

Arbeitskräfteüberlassung - Abgrenzung zum Werkvertrag

Stellungnahme II/2013

1. Ausgangslage

Die Grenzen zwischen Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassungsvertrag sind in der Praxis oft schwierig zu treffen. Dies hängt einerseits damit zusammen, dass die Anforderungen an Arbeitskräfteüberlasser durch Übernahme von weiteren Tätigkeiten (zum Beispiel Master Vendor Systeme, Outsourcing) seitens der Beschäftiger gestiegen sind und die Beschäftiger von Arbeitskräfteüberlassern zum Teil die Einhaltung von Bedingungen, wie Haftungsübernahme, Pönale bei Verzug, etc. fordern, die mit dem Wesen der Arbeitskräfteüberlassung nicht vereinbar sind. Andererseits findet Arbeitskräfteüberlassung mittlerweile in Bereichen statt, die früher eher durch klassische Werkverträge, die auf Erfolg gerichtet sind, bedient wurden¹.

Darüber hinaus rechnen auch eine Reihe von Gewerben im Werkvertragsbereich (Reinigungsarbeiten, Malereitigkeiten) ihre Leistungen wie in der Arbeitskräfteüberlassung nach Regiestunden ab, weshalb die Frage, ob ein selbstständiges Werk oder Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, strittig sein kann. Für sog. Mischbetriebe, das sind solche die neben einer auf die Erfüllung von Werkverträgen gerichteten gewerblichen Tätigkeit auch Arbeitskräfteüberlassung ausüben, ist die Abgrenzung von grundsätzlicher Bedeutung.

Gerade bei der Vergabe von Subaufträgen wird von Unternehmen jedoch nicht darauf geachtet, ob die vergebenen Leistungen ein selbstständiges Werk darstellen. Dies führt

¹ Ein Werkvertrag liegt etwa nicht vor, wenn ein Ingenieur bloß leitende und überwachende Tätigkeiten ausübt (Rz 19 zu § 1165 ABGB in *Schwimmann*, Praxiskommentar, Band V, 3. Auflage).

immer häufiger dazu, dass Verwaltungsbehörden von einer unzulässigen Arbeitskräfteüberlassung und in der Folge vom Verstoß der in AÜG vorgesehenen Bestimmungen sowie von einer Überschreitung der Gewerbeberechtigung ausgehen.

In jedem Fall sind Umgehungsversuche dahingehend, dass Arbeitskräfteüberlassung als „Werkvertrag“ getarnt wird, mit hohen Risiken verbunden und abzulehnen.

2. Kurzzusammenfassung

Die Abgrenzung ob ein Werkvertrag oder doch Arbeitskräfteüberlassung vorliegt ist in der Praxis oft schwierig und die Grenze fließend. Umso wichtiger ist es in der Vertragsgestaltung auf klare Regelungen zu achten.

Maßgebend ist die Regelung des § 4 Abs 2 AÜG, welcher vier Kriterien aufzählt, bei deren Erfüllung Arbeitskräfteüberlassung auch dann vorliegt, wenn die Arbeitsleistung in Erfüllung von Werkverträgen erbracht wird. Nach der (überwiegend) Rechtsprechung des VwGH² wird Arbeitskräfteüberlassung **unwiderleglich vermutet**, wenn auch nur **ein einzelner** der vier Punkte erfüllt ist.

Diese Rechtssprechungslinie könnte bei **grenzüberschreitender Überlassung** aufgrund einer Entscheidung des EuGH unzulässig sein, da der Begriff der Arbeitskräfteüberlassung, wie er vom EuGH definiert wurde, in Österreich damit unzulässig erweitert würde. Es ist fraglich, ob sodann nur eine Gesamtbetrachtung der Unterscheidungsmerkmale für die Beurteilung relevant ist. Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten sollte nichtsdestotrotz ebenfalls auf eine saubere Trennung Werkvertrag/Arbeitskräfteüberlassung Wert gelegt werden.

3. Grundlagen

² vgl. etwa VwGH 22.10.1996, 94/08/0178; VwGH 26.09.2008, 2008/02/0039; VwGH 29.04.2011, 2010/09/0161.

Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des AÜG liegt dann vor, wenn Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen werden³.

Kennzeichen der Arbeitskräfteüberlassung ist, dass die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung eines Arbeitnehmers oder einer arbeitnehmerähnlichen Person gegenüber einem Dritten (Beschäftiger) erbracht wird. Arbeitskräfteüberlassung liegt nur dann vor, wenn der Überlasser das wirtschaftliche Wagnis eines Unternehmers trägt, also der Arbeitskraft gegenüber die vertraglichen Verpflichtungen eines Arbeitgebers tatsächlich und nicht nur scheinbar erfüllt und auch das Risiko der Auslastung der vereinbarten Arbeitszeit mit Überlassungen auf sich nimmt⁴.

Zwischen dem Überlasser und dem Beschäftiger besteht in der Regel ein Überlassungsverhältnis, dessen Rechtsgrundlage ein Dienstverschaffungsvertrag (= Arbeitskräfteüberlassungsvertrag) bildet. In bestimmten Fällen kann aber auch ein Werkvertrag zwischen Überlasser und Beschäftiger bestehen und dennoch kommt das AÜG zur Anwendung⁵.

Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend⁶.

³ § 1 Abs 1 AÜG.

⁴ vgl. *Sacherer/Schwarz*, Kommentar zum Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, 2. Auflage, Seite 60; in diesem Punkt grenzt sich die Arbeitskräfteüberlassung von der bloßen Arbeitsvermittlung ab.

⁵ vgl. *Sacherer/Schwarz*, Kommentar zum Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, Seite 124; Regierungsvorlage zum AÜG; *Kerschner* in RdA 1989, 134. Wir halten diese Auffassung für zu weit gehend.

⁶ § 4 Abs 1 AÜG.

Arbeitskräfteüberlassung liegt nach dem § 4 Abs 2 AÜG insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers **in Erfüllung von Werkverträgen** erbringen, aber

1. kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken, oder
2. die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten, oder
3. organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen, oder
4. der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet⁷.

Hintergrund der weiten Auslegung des Begriffes Arbeitskräfteüberlassung ist, dass speziell mit dem Werkvertrag am häufigsten eine Umgehung der Arbeitskräfteüberlassung angestrebt wird. Eine Umgehung des AÜG kann nämlich nicht nur durch Scheinwerkverträge erfolgen, sondern auch durch „echte“ Werkverträge, insbesondere bei Subunternehmerverhältnissen⁸.

Nach der Rechtsprechung des VwGH⁹ wird Arbeitskräfteüberlassung dann **unwiderleglich vermutet**, wenn auch nur ein einzelner der oben aufgezählten vier Punkte erfüllt ist. Ist dies nicht der Fall bzw. sind die aufgezählten Punkte nicht zur Gänze erfüllt (zB nur einzelne Tatbestandsmerkmale sind erfüllt), kann dennoch eine Beurteilung des wirtschaftlichen Gehaltes ergeben, dass Arbeitskräfteüberlassung vorliegt.¹⁰ Bei der Erfüllung auch nur eines der in § 4 Abs 2 Zif 1 bis 4 AÜG genannten Tatbestandsmerkmale liegt nach dieser Rechtsprechungslinie daher Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des § 3

⁷ § 4 Abs 2 AÜG.

⁸ vgl. *Sacherer/Schwarz*, Kommentar Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, Seite 121.

⁹ vgl. etwa VwGH 22.10.1996, 94/08/0178; VwGH 26.09.2008, 2008/02/0039; VwGH 29.04.2011, 2010/09/0161.

¹⁰ vgl. *Schindler* in *ZellKomm*² § 4 AÜG Rz 5f.

Abs 1 AÜG durch den Werkunternehmer als Überlasser im Sinne des § 3 Abs 2 AÜG vor¹¹. Dies wird zwar in der Lehre¹² kritisiert, entspricht allerdings der ständigen Rechtsprechung des VwGH¹³.

Der Verwaltungsgerichtshof hat jedoch auch wiederholt dargelegt¹⁴, dass für die Abgrenzung ob Arbeitskräfteüberlassung vorliegt **grundsätzlich eine Gesamtbetrachtung** der Unterscheidungsmerkmale notwendig ist. Dies auch wenn ein Kriterium des § 4 Abs 2 AÜG bereits erfüllt ist.

Dies verdeutlicht, dass die Rechtsprechung in diesem Punkt nicht einheitlich ist. In der Lehre¹⁵ wird überwiegend vertreten, dass grundsätzlich **eine Gesamtbetrachtung** der Unterscheidungsmerkmale erforderlich ist.

Hinzuweisen ist noch auf eine Meinung in der Lehre¹⁶, wonach die vom VwGH judizierte unwiderlegbare Vermutung der Arbeitskräfteüberlassung bei Erfüllung einer der Ziffern 1, 2 und 4 des § 4 Abs 2 AÜG (jedoch nicht Z 3!) **bei grenzüberschreitendem Sachverhalt** unzulässig sei. Dies aufgrund eines 2011 ergangenen Urteils des EuGH. Der EuGH definierte in der Entscheidung eine Überlassung als *„eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung, bei der der entsandte Arbeitnehmer im Dienst, des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens bleibt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem verwendenden Unternehmen geschlossen würde. Ihr wesentlichstes Merkmal besteht darin, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens ist und dass der Arbeitnehmer seine Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens*

¹¹ VwGH 4.9.2006, Zl 2005/09/0068.

¹² vgl. Kerschner in RdA 1989, 144 ff.

¹³ VwGH vom 20.11.2003, Zl 2000/09/0173.

¹⁴ VwGH 18.11.1998, Zl 96/09/0281; VwGH 22.04.2010, 2007/09/0358; VwGH 12.07.2011, 2008/09/0239.

¹⁵ vgl. Rebhahn/Schörghofer, wbl 2012, 372 (377) mWN.

¹⁶ vgl. Rebhahn/Schörghofer, wbl 2012, 372 (378).

wahrnimmt.“ Das Kriterium der Aufsicht und Leitung entspricht am ehesten § 4 Abs 2 Z 3 AÜG (organisatorische Eingliederung/Fachaufsicht). Nach der Rechtsprechung des VwGH liegt nun aber Arbeitskräfteüberlassung auch dann vor, wenn Z 3 (also das für den EuGH wesentlichste Merkmal) nicht gegeben ist, sofern eine andere Ziffer des § 4 Abs 2 AÜG erfüllt ist. Dies führt nach der zitierten Literaturmeinung dazu, dass der Begriff der Überlassung, wie er vom EuGH definiert wurde, in Österreich **unzulässig erweitert** würde. Eine unwiderlegbare Vermutung der Arbeitskräfteüberlassung bei Erfüllung einer der Z 1, 2 und 4 des § 4 Abs 2 AÜG **bei grenzüberschreitendem Sachverhalt** sei daher unzulässig.

Fest steht, dass der VwGH in einem Erkenntnis aus 2012¹⁷ betreffend die Beurteilung der Frage ob eine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, jedenfalls auf das Urteil des EuGH Bezug nahm und die Prüfung auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt konzentrierte.

Es bleibt abzuwarten, ob der VwGH künftig eine einheitliche Rechtssprechungslinie zu dieser Thematik entwickeln wird und ob er im Zuge der Entscheidung des EuGH bei innerstaatlichen Sachverhalten nach wie vor judiziert, dass Arbeitskräfteüberlassung dann unwiderleglich vermutet wird, wenn auch nur eine Einzelne der vier Ziffern des § 4 Abs 2 AÜG erfüllt ist.

4. Abgrenzungskriterien

Indizien für das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung sind insbesondere folgende Punkte:

- Wenn der Beschäftiger die Qualifikation der überlassenen Arbeitskräfte bestimmt.
- Wenn der Beschäftiger das Recht hat, bestimmte Arbeitskräfte zurückzuweisen.
- Wenn eine bestimmte Anzahl von Personen vom Hersteller eines Werkes gefordert wird (z.B. der Einsatz von 10 Arbeitern)

¹⁷ VwGH vom 06.11.2012, 2012/09/0130.

- Aus der Art der Abrechnung können sich Rückschlüsse auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt ableiten (zum Beispiel Abrechnung nach Arbeitsstunden). Es gibt allerdings auch Werkverträge, bei denen eine Abrechnung nach Stunden verkehrsmäßig ist (zum Beispiel bei Handwerkern). Eine Abrechnung nach Materialausmaß, Kubikmeter bzw. ein Akkordlohn schließt allerdings das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung nicht automatisch aus.
- Ein vertraglicher Ausschluss von Gewährleistungsansprüchen für das erbrachte Werk spricht für das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung.
- Organisatorische Eingliederung in den Beschäftigertbetrieb (Nutzung von Sozialeinrichtungen des Beschäftigten).
- Die Erteilung von Arbeitsanweisungen und die Kontrolle von Arbeitsfortschritten (insbesondere während der Ausführung der Arbeiten).
- Fachaufsicht des Beschäftigten.
- Eine Pönale bei Verzug ist mit dem Wesen der Arbeitskräfteüberlassung nicht vereinbar.
- Eine Abrechnung in regelmäßigen Abschnitten (monatsweise) unter Angabe der tätigen Arbeitskräfte sowie unter Zugrundelegung eines Stundensatzes.

Selbst dann, wenn keines der Tatbestandselemente des § 4 Abs 2 Zif 1 bis 4 AÜG erfüllt ist, aber dennoch einige der in diesen vier Ziffern genannten oder ihnen gleichwertige Tatbestandsmomente gegeben sind, schließt dies nicht das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung aus. Im Einzelfall ist dann zu beurteilen, ob aufgrund des wirtschaftlichen Gehalts dennoch die Überlassung von Arbeitskräften im Vordergrund steht¹⁸.

5. Risiken für den Werkbesteller

¹⁸ VwGH 3.10.2002, 98/08/0147.

a) Achtet der Auftraggeber zu wenig auf die Abgrenzung zwischen Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertrag, besteht Gefahr, dass dieser als Beschäftiger im Sinne des § 3 Abs 3 AÜG qualifiziert wird. Aufgrund der weiten Definition der Arbeitskräfteüberlassung und des Verweises des § 2 Abs 2 lit e AuslBG auf das AÜG, kann der Werkunternehmer auch für die Belange des AuslBG belangt werden, wenn die Merkmale der Arbeitskräfteüberlassung überwiegen. Als Beschäftigung im Sinne des AuslBG gilt die Verwendung überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs 4 AÜG, da Beschäftiger im Sinne des § 3 Abs 3 AÜG den Arbeitgebern gleichzuhalten sind¹⁹.

Es könnte demnach ein Werkunternehmer sogar bei Vorliegen eines Werkvertrages für die illegale Beschäftigung von Ausländern des Auftragnehmers (Subunternehmer) gemäß § 28 AuslBG verantwortlich gemacht werden²⁰.

b) Weiters hat der Werkbesteller sämtliche Arbeitnehmerschutzbestimmungen vor Ort für die „eingesetzten“ Arbeitnehmer einzuhalten. Da Arbeitnehmerschutzbestimmungen Schutzgesetze sind, könnte die Nichteinhaltung dieser Bestimmungen bei Vorliegen eines Schadenfalls zu einer Haftung des „Werkbestellers“ führen.

6. Risiken für den Werkunternehmer (= Auftragnehmer)

a) Wird der Werkvertrag auch als Arbeitskräfteüberlassung qualifiziert, so läge bei Unternehmen, die über andere Gewerbeberechtigungen verfügen, eine unbefugte Gewerbeausübung im Sinne des § 366 Abs 1 Zif 1 GewO vor. Die Gewerbebehörde könnte die unbefugte Gewerbeausübung mit einer Verwaltungsstrafe ahnden.

b) Meist gehen die Werk- (Sub-)Unternehmer davon aus, dass für ihre eigenen Mitarbeiter lediglich die allgemeinen arbeitsrechtlichen Vorschriften, die sich aus dem anzuwendenden

¹⁹ § 2 Abs 3 lit c AuslBG.

²⁰ Die meisten Fälle, die die Abgrenzung zwischen Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertrag betreffen, behandeln Fälle nach dem AuslBG.

Kollektivvertrag, sowie aus den Gesetzen und der Einzelvereinbarung ergibt, zu beachten sind. Die Sonderbestimmungen, die sich aus dem AÜG bzw. aus dem Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung ergeben, werden nicht beachtet. Geht die Gewerbebehörde davon aus, dass unzulässigerweise Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, wird sie regelmäßig auch Verwaltungsstrafen gemäß § 22 AÜG verhängen. Der „Werkunternehmer“, der als Arbeitskräfteüberlasser qualifiziert wird, wird in der Regel keinen Dienstzettel, der den Bestimmungen des § 11 AÜG entspricht, ausstellen und die Mitteilungspflichten gemäß § 12 nicht einhalten. Auch die gemäß § 13 AÜG zu führenden Aufzeichnungen werden nicht geführt. Es kommen daher gleichzeitig mit der unbefugten Gewerbeausübung eine Reihe von anderen Verwaltungsstrafen zur Anwendung.

c) Liegt trotz eines Werkvertragskonstrukts Arbeitskräfteüberlassung vor, sind die Entlohnungsbestimmungen die sich aus dem AÜG und dem Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung bzw. dem Rahmenkollektivvertrag für Angestellte im Handwerk und Gewerbe, in der Dienstleistung, Information und Consulting ergeben zu berücksichtigen. Die Gefahr ist groß, dass der jeweilige Arbeitnehmer unterentlohnt wurde. Ist dies der Fall, verstößt der Arbeitgeber damit gegen die Entlohnungsbestimmungen des AÜG und der Kollektivverträge sowie auch gegen das **Gesetz gegen Lohn- und Sozialdumping**. Dieses Gesetz gilt für alle in- und ausländischen Arbeitgeber, die in Österreich Arbeitskräfte beschäftigen. Den Arbeitskräften muss der zustehende Grundlohn ausbezahlt werden. Für die Überprüfung des Grundlohnes hat das Lohn- und Sozialdumpingbekämpfungsgesetz auch geregelt, welche Unterlagen vom Arbeitgeber, oder dem Beschäftigten bereitgehalten werden müssen. Bei grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung müssen die erforderlichen Lohnunterlagen etwa dem Beschäftigten zur Verfügung gestellt werden. Wer als Arbeitgeber einen Arbeitnehmer beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm zumindest den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zu leisten, begeht eine Verwaltungsübertretung. Die Geldstrafen reichen von EUR 1.000 bis 10.000 Euro bis hin zu EUR 2.000 Euro bis EUR 20.000 im Wiederholungsfall²¹.

²¹ § 7i Abs 3 AVRAG (bei Unterentlohnung von höchstens drei AN; darüber höhere Strafen).

d.) Weiters sind Verstöße gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften (UWG) denkbar. Dies etwa wenn ohne erforderliche Gewerbeberechtigung für die Arbeitskräfteüberlassung Arbeitnehmer überlassen oder wenn die Entlohnungsbestimmungen verletzt werden. Nach der Rechtsprechung des OGH ist es unlauter, sich einen Vorsprung gegenüber gesetzestreuen Mitbewerbern zu verschaffen, indem gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen wird.²² Bei Verstößen gegen das UWG sind Unterlassungsansprüche gekoppelt mit einem Anspruch auf Urteilsveröffentlichung denkbar. Auch die Kosten eines gerichtlichen Verfahrens dürfen nicht unterschätzt werden. Darüber hinaus können auch Schadenersatzansprüche gegen unlauter Handelnden geltend gemacht werden.

7. Empfehlungen

a) Bei jenen Werkverträgen, bei welchen Mitarbeiter eines Unternehmens in den Produktionsprozess und das Unternehmen des Auftraggebers eingebunden sind oder in Fällen, bei denen Mitarbeiter längere Zeit direkt in einem Unternehmen vor Ort tätig sind, ist seitens der Unternehmen einerseits auf die vertragliche Regelung, andererseits auch auf die gelebte Praxis zu achten. Bei der Gestaltung des Werkvertrages ist zu beachten, dass die Merkmale der Arbeitskräfteüberlassung weitgehend hintan gehalten werden.

b) Für Arbeitskräfteüberlasser besteht bei Übernahme eines Haftungserfolges und bei Einsatz eigenen Werkzeuges, bei Vereinbarung von Pönalen für den Fall des Verzuges, Preisabschläge bei nicht ordnungsgemäßer Leistung und bei ähnlichen atypischen Regelungen, die Gefahr der Überschreitung der Gewerbeberechtigung. Weiters birgt dies die Gefahr in sich, dass der Überlasser - außerhalb jeglicher Haftpflichtbedingungen - für Leistungen eintreten muss, die von keiner Haftpflichtversicherung gedeckt sind.

Derartige Wünsche seitens Beschäftigter sollen daher sorgfältig geprüft werden.

²² vgl. Müller, UWG kompakt, S. 21

c) Mischbetriebe sollten für eine klare Trennung der Gewerbe (AKÜ - z.B. Schlosserei) durch eigene Organisationsstrukturen sorgen. Mitarbeiter, die überlassen werden bedürfen anderer Dienstverträge. Auch die im AÜG vorgesehenen Aufzeichnungspflichten gelten nur für Arbeitnehmer, die an die Dritte überlassen werden. Bei Mischbetrieben stellt sich zusätzlich die Frage, welcher Kollektivvertrag während der Tätigkeit im eigenen Betrieb anzuwenden ist. Daraus ergeben sich sozialversicherungs- und arbeitsrechtliche Fragen, die im Einzelfall exakt zu prüfen sind.

d.) Um rechtlich abgesichert zu sein empfiehlt sich daher eine genaue Prüfung ob Arbeitskräfteüberlassung vorliegt. Von Umgehungsversuchen mittels Werkvertragskonstrukten ist strikt abzuraten.