

EXPERT 085

VERSION 01
2013 - Oktober

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

Arbeitskräfteüberlassung oder Werkvertrag?

KOMPAKT AUF EINEN BLICK

Welcher Arbeitskräfteüberlasser kennt das nicht? Der Druck, günstig zu arbeiten um wettbewerbsfähig zu sein, steigt. Das darf nicht dazu führen, anstatt einer Arbeitskräfteüberlassung eine scheinbar günstigere Werkvertragskonstruktion zu wählen. Ist der Werkvertrag in Wahrheit eine Arbeitskräfteüberlassung, kann dies äußerst teuer werden. Für Überlasser ist es daher wichtig zu wissen, wie Werkverträge und Arbeitskräfteüberlassungsverträge abzugrenzen sind.

Verfasser: Rechtsanwalt Dr. Georg BRUCKMÜLLER
Branchenanwalt der OÖ Arbeitskräfteüberlasser, Lektor Donau-Universität Krems

Trotz sorgfältiger Bearbeitung wird für die Ausführungen keine Gewähr übernommen.
Nur für Mitglieder der Berufsgruppe der Arbeitskräfteüberlasser zum internen Gebrauch bestimmt.
Jegliche andere Art der Verbreitung und Vervielfältigung nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Fachverbandes der
Gewerblichen Dienstleister, Berufsgruppe Arbeitskräfteüberlassung, zulässig. gewerbliche.dienstleister@wko.at; 05 90 900 3260

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

? 1. Arbeitskräfteüberlasser X:

„Ein Beschäftigter möchte Mitarbeiter von mir auf einer Baustelle einsetzen. Er hat vorgeschlagen, dass man das als Werkvertrag machen kann. Geht das? Wie unterscheidet man einen Werkvertrag von einem Arbeitskräfteüberlassungsvertrag?“

! Dr. BRUCKMÜLLER:

„Zunächst ist wichtig zu wissen, dass die Grenzen zwischen Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassungsvertrag in der Praxis oft schwierig zu treffen sind - die Grenze ist fließend.

Bei einem **Werkvertrag** schuldet der Werkunternehmer einen bestimmten **Erfolg** (= Werk; z.B. ein Dach, ein Haus etc.).

Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des AÜG liegt vor, wenn **Arbeitskräfte** zur **Arbeitsleistung** an **Dritte** überlassen werden. Der Überlasser trägt dabei das wirtschaftliche Wagnis eines Unternehmers, er hat also der Arbeitskraft gegenüber die vertraglichen Verpflichtungen eines Arbeitgebers tatsächlich und nicht nur scheinbar zu erfüllen und auch das Risiko der Auslastung der vereinbarten Arbeitszeit mit Überlassungen auf sich zu nehmen.

Zwischen dem Überlasser und dem Beschäftigter besteht in der Regel ein Überlassungsverhältnis (Arbeitskräfteüberlassungsvertrag). In bestimmten Fällen kann aber auch ein Werkvertrag zwischen Überlasser und Beschäftigter bestehen und dennoch kommt das AÜG zur Anwendung.

Arbeitskräfteüberlassung liegt nach § 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 haftet.

Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist der **wahre wirtschaftliche Gehalt** und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Dies bedeutet, dass es darauf ankommt, wie der Vertrag tatsächlich gelebt wird. Nur weil man einen Vertrag „Werkvertrag“ nennt, heißt das nicht, dass auch ein Werkvertrag vorliegt.“

Praxistipp: Obwohl es auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt ankommt, ist es trotzdem wichtig, auch bei der Vertragsgestaltung auf klare Regelungen zu achten.

? 2. Arbeitskräfteüberlasser X:

„Heißt das, dass Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, wenn auch nur einer der genannten Punkte vorliegt? Wenn also z.B. bloß nicht für den Erfolg der Werkleistung gehaftet wird?“

! Dr. BRUCKMÜLLER:

„Nach der Rechtsprechung des VwGH¹ 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 (z.B. nur einzelne Tatbestandsmerkmale sind erfüllt), kann dennoch eine Beurteilung des wirtschaftlichen Gehaltes ergeben, dass Arbeitskräfteüberlassung vorliegt.

Der Verwaltungsgerichtshof² hat jedoch auch wiederholt dargelegt, 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 Lehre wird überwiegend vertreten, dass grundsätzlich eine Gesamtbetrachtung der Unterscheidungsmerkmale erforderlich ist.“

¹ Vgl. etwa VwGH 22.10.1996, 94/08/0178; VwGH 26.09.2008, 2008/02/0039; VwGH 29.04.2011, 2010/09/0161.

² VwGH 18.11.1998, ZI 96/09/0281; VwGH 22.04.2010, 2007/09/0358; VwGH 12.07.2011, 2008/09/0239.

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

? **3. Arbeitskräfteüberlasser X:**
„Gibt es irgendwelche Kriterien, die man zur Abgrenzung heranziehen kann?“

! **Dr. BRUCKMÜLLER:**
„Ja. Indizien für das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung sind insbesondere folgende Punkte:

- Wenn der Beschäftigte die Qualifikation der überlassenen Arbeitskräfte bestimmt.
- Wenn der Beschäftigte 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)
- Aus der Art der Abrechnung können sich Rückschlüsse auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt ableiten (z.B. 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 Beschäftigterbetrieb (Nutzung von Sozialeinrichtungen des Beschäftigters).
- 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.“

Praxistipp: Um rechtlich abgesichert zu sein, empfiehlt sich eine genaue Prüfung, ob Arbeitskräfteüberlassung vorliegt. Von Umgehungsversuchen mittels Werkvertragskonstruktionen ist strikt abzuraten. Im Zweifel sollte auch der Rat eines Anwalts eingeholt werden.

? **4. Arbeitskräfteüberlasser X:**
„Welche Risiken hat der Werkbesteller/Beschäftigte, wenn in Wahrheit gar kein Werkvertrag, sondern ein Arbeitskräfteüberlassungsvertrag vorliegt?“

! **Dr. BRUCKMÜLLER:**
„Achtet der Werkbesteller zu wenig auf die Abgrenzung zwischen Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertrag, besteht die Gefahr, dass der Werkbesteller als Beschäftigter im Sinne des AÜG qualifiziert wird und daher auch für die Belange des AusIBG belangt werden kann.“

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 Schadensfalls zu einer Haftung des „Werkbestellers“ führen.

? **5. Arbeitskräfteüberlasser X:**
„Welche Risiken hat der Werkunternehmer/Überlasser, wenn in Wahrheit gar kein Werkvertrag, sondern ein Arbeitskräfteüberlassungsvertrag vorliegt?“

! **Dr. BRUCKMÜLLER:**
„Auch hier bestehen mehrere Gefahren:

1. 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.
2. Meist gehen die Werk-(Sub-)Unternehmer davon aus, dass für ihre eigenen Mitarbeiter lediglich die allgemeinen arbeitsrechtlichen Vorschriften, die sich aus dem anzuwendenden 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**

EXPERT 085

VERSION 01
2013 - Oktober

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

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.

3. 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**. Wer einen Arbeitnehmer beschäftigt und ihm nicht den ihm zustehenden Grundlohn bezahlt, 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 Wiederholungsfall.
4. 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. 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 Handelnde geltend gemacht werden.“

Verfasser: Rechtsanwalt Dr. Georg BRUCKMÜLLER
Branchenanwalt der OÖ Arbeitskräfteüberlasser
Lektor Donau-Universität Krems
Kontakt: +43 (0)732 77 55 44-0