



BRUCKMÜLLER

RECHTSANWÄLTE

passion for law

Expert

Überlassung von Selbstständigen – geht das?

Es kommt in der Praxis vor, dass selbstständige Unternehmer an Arbeitskräfteüberlasser mit dem Wunsch herantreten, selbst an Dritte überlassen zu werden. Beispielsweise im IT-Bereich, wo Personen als „Freelancer“ selbstständig tätig sind, ist das Phänomen zu beobachten.

Wie sollen Überlasser mit einem solchen Vorschlag umgehen? Ist es überhaupt möglich, dass ein Einzelunternehmer oder eine GmbH überlassen werden?

Arbeitskräfteüberlasser X:

Herr A ist heute zu mir gekommen und will, dass er an Dritte überlassen wird. Ich bin mir nicht sicher, ob ich Herrn A an Beschäftiger überlassen darf, weil er eine Schlosserei als Einzelunternehmen betreibt. Da Herr A aber sehr geschickt ist und ich auch schon einen Beschäftiger wüsste, bei dem er eingesetzt werden kann, würde ich ihn sehr gerne überlassen, wenn das rechtlich zulässig ist.

Dr. Georg Bruckmüller:

Das AÜG geht davon aus, dass eine Arbeitskraft überlassen wird. Unter einer Arbeitskraft versteht das AÜG nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch arbeitnehmerähnliche Personen. Nach dem AÜG sind Personen arbeitnehmerähnlich, die – ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen – im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wirtschaftlich unselbstständig sind.

Arbeitskräfteüberlasser X:

Was bedeutet „wirtschaftlich unselbstständig“, ein Einzelunternehmer ist doch selbstständig tätig?

Dr. Georg Bruckmüller:

Wirtschaftlich unselbstständig bedeutet, dass Herr A zwar formal ein selbstständiger Einzelunternehmer ist, allerdings in starker wirtschaftlicher Abhängigkeit zu *einem* Auftraggeber (hier zum Überlasser) steht. Daher ist er im Verhältnis zum Überlasser als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen.

Die Abgrenzung ist oft schwierig und vom Einzelfall abhängig. Es muss auch keine bestimmte Art von Vertrag zwischen Überlasser und Arbeitskraft vorliegen. Die Arbeitskraft kann daher zB auch aufgrund eines Werkvertrages, freien Dienstvertrages, eines Auftrags oder eines anderen Vertragsverhältnisses tätig sein.

Für den geschilderten Fall heißt das, dass – nach dem AÜG – Herr A, der mit dem Überlasser einen Vertrag schließt, im Verhältnis zum Überlasser als arbeitnehmerähnliche Person eingestuft werden kann. Für ihn gelten alle Regelungen des AÜG, ungeachtet seiner sozialversicherungsrechtlichen Stellung.

Arbeitskräfteüberlasser X:

Ist es überhaupt möglich, dass Herr A als Selbstständiger überlassen wird?

Dr. Georg Bruckmüller:

Das ist heikel. Denn einerseits möchte A selbstständig bleiben, andererseits wird er als überlassene Arbeitskraft Weisungen vom Überlasser und Beschäftiger erhalten.

Grundsätzlich wird sich ein Selbstständiger gegenüber seinem Vertragspartner verpflichten, den Erfolg (das zu erstellende Werk) bei einem anderen zu erbringen. Herr A ist gegenüber seinem Vertragspartner zur selbstständigen Herstellung eines Werkes verpflichtet und hat daher Weisungen (zB hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort etc) nicht zu befolgen.

Das verträgt sich nicht mit der Konstruktion, dass A als „selbstständiger Unternehmer“ im Beschäftigerbetrieb Weisungen erteilt werden.

Arbeitskräfteüberlasser X:

Warum kann das problematisch werden?

Dr. Georg Bruckmüller:

Bei diesen Konstruktionen wird meist die sozialversicherungsrechtliche Problematik übersehen. Die tatsächliche Einordnung eines „Selbstständigen“ in den Betrieb des Beschäftigers kann dazu führen, dass die Finanzbehörden und die ÖGK im Nachhinein ein Dienstverhältnis zum Überlasser annehmen. Dies hat Nachteile für alle Beteiligten und kann zu erheblichen Steuer- und Beitragsnachforderungen führen.

Ich empfehle, dass Arbeitskräfteüberlasser solche Konstruktionen vermeiden sollten oder jedenfalls vor Abschluss der entsprechenden Verträge eine eingehende Prüfung der Konstruktion vornehmen.

Arbeitskräfteüberlasser X:

Kann sich Herr A direkt selbst an einen Beschäftiger überlassen, wenn er – neben der Gewerbeberechtigung für Schlosser – über eine Gewerbeberechtigung für die Arbeitskräfteüberlassung verfügt?

Dr. Georg Bruckmüller:

Nein. Die Arbeitskräfteüberlassung setzt drei Beteiligte voraus, bei der Selbstüberlassung sind aber nur zwei Beteiligte vorhanden. Herr A könnte aber zB einen Werkvertrag mit dem „Beschäftiger“ schließen.

Geschäftsführer und Alleingesellschafter B:

Ich bin Geschäftsführer und Alleingesellschafter einer Ein-Mann-GmbH. Da ich mit dieser Tätigkeit derzeit nicht ganz ausgelastet bin, würde ich mich gerne von einem Arbeitskräfteüberlasser an einen Beschäftiger überlassen lassen. Geht das?

Dr. Georg Bruckmüller:

Sie können sich bei einem Überlassungsunternehmen als zu überlassende Arbeitskraft bewerben und mit dem Überlasser vereinbaren, für diesen als Arbeitskraft tätig zu werden. Das bedeutet, dass Sie (als Arbeitskraft) einen Vertrag mit dem Überlasser schließen; ihre GmbH ist dabei nicht beteiligt.

Geschäftsführer und Alleingesellschafter B:

Kann mich meine GmbH direkt – ohne Zwischenschaltung eines Dritten – an einen Beschäftigten überlassen, wenn die GmbH über die Gewerbeberechtigung für Arbeitskräfteüberlasser verfügt?

Dr. Georg Bruckmüller:

Nach dem AÜG ist vom Grundsatz auszugehen, dass der Überlasser nicht mit der überlassenen Arbeitskraft ident sein darf, weil das AÜG ein 3-Personenverhältnis voraussetzt. Bei einer Ein-Mann-GmbH ist der Geschäftsführer nicht ident mit der GmbH. Er ist aber auch weder Arbeitnehmer der GmbH (= Überlasser) noch arbeitnehmerähnlich im Verhältnis zur GmbH. Die Überlassung des Geschäftsführers durch die Gesellschaft würde daher nicht dem AÜG unterliegen.

Es ist aber Vorsicht geboten: Faktisch kann es auch hier so sein, dass der Geschäftsführer in den Betrieb des Beschäftigten – wie alle anderen Arbeitnehmer – eingegliedert wird und daher aufgrund der praktischen Verwendung zu einer arbeitnehmerähnlichen Arbeitskraft im Sinne des AÜG wird. Wie bereits ausgeführt, ist für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, stets der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Auch derartige Konstruktionen sollten daher sehr genau – insbesondere auch hinsichtlich der Sozialversicherungspflicht – überprüft werden, um unangenehme Nachforderungen zu vermeiden.

Ist ein Geschäftsführer nicht (Allein-)Gesellschafter einer GmbH (zB Fremdgeschäftsführer), kann ein Arbeitsverhältnis zur oder Arbeitnehmerähnlichkeit im Verhältnis zur GmbH vorliegen und ist dementsprechend sehr wohl das AÜG anwendbar.

© Autor: RA Dr. Georg Bruckmüller, Univ.-Lektor

Branchenanwalt der OÖ Arbeitskräfteüberlasser

Bruckmüller RechtsanwaltsGmbH

Landstraße 50, 4020 Linz /Grünangergasse 8, 1010 Wien

Linz: 0043-732 77 55 44-0 / Wien: 0043-1 5123798

team@bruckmueller-law.at / www.bruckmueller-law.at