

## Arbeitskräfteüberlassung - Abgrenzung zum Werkvertrag

### 1. Ausgangslage

Die jüngste Entwicklung zeigt, dass die Grenzen zwischen Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassungsvertrag immer schwieriger zu treffen ist. 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, in denen nicht nur klassische Werkverträge, die auf Erfolg gerichtet sind, stattfinden<sup>1</sup>.

Eine Reihe von Gewerbe rechnen auch im Werkvertragsbereich (Reinigungsarbeiten, Malereitätigkeiten) 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 oft nicht darauf geachtet, ob die vergebenen Leistungen ein selbstständiges Werk darstellen. Dies führt immer häufiger dazu, dass Verwaltungsbehörden von einer unzulässigen Arbeitskräfteüberlassung und in der

---

<sup>1</sup> 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).

Folge vom Verstoß der in AÜG vorgesehenen Bestimmungen sowie von einer Überschreitung der Gewerbeberechtigung ausgehen. Wird der Werkunternehmer als Beschäftigter qualifiziert, so hätte dieser neben den Bestimmungen des Arbeitnehmerschutzgesetzes auch die Bestimmungen des AuslBG einzuhalten.

## 2. Grundlagen

Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des AÜG liegt dann vor, wenn Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen werden<sup>2</sup>. Kennzeichen der Arbeitskräfteüberlassung ist, dass die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung eines Arbeitnehmers oder einer arbeitnehmerähnlichen Person gegenüber einem Dritten (Beschäftigter) 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 nimmt<sup>3</sup>.

Zwischen dem Überlasser und dem Beschäftigter besteht in der Regel ein Überlassungsverhältnis, dessen Rechtsgrundlage in der Regel ein Dienstverschaffungsvertrag (= Arbeitskräfteüberlassungsvertrag) bildet. In bestimmten Fällen kann aber auch ein Werkvertrag zwischen Überlasser und Beschäftigter bestehen, auf welchen das AÜG anzuwenden ist<sup>4</sup>.

Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend<sup>5</sup>.

Arbeitskräfteüberlassung liegt insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber

1. kein von den Produkten und Dienstleistungen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken, oder

---

<sup>2</sup> § 1 Abs 1 AÜG.

<sup>3</sup> vgl. *Sacherer/Schwarz*, Kommentar zum Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, 2. Auflage, Seite 60; in diesem Punkt grenzt sich die Arbeitskräfteüberlassung von der bloßen Arbeitsvermittlung ab.

<sup>4</sup> vgl. *Sacherer/Schwarz*, Kommentar zum Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, Seite 124; Regierungsvorlage zum AÜG; *Kerschner* in RdA 1989, 134. Wir halten diese Auffassung für zu weit gehend.

<sup>5</sup> § 4 Abs 1 AÜG.

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<sup>6</sup>.

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 Subunternehmerverhältnissen<sup>7</sup>.

Der Verwaltungsgerichtshof hat wiederholt dargelegt<sup>8</sup>, dass für die Abgrenzung grundsätzlich eine Gesamtbetrachtung der Unterscheidungsmerkmale notwendig ist.

Bei der Erfüllung auch nur eines der in § 4 Abs 2 Zif 1 bis 4 AÜG genannten Tatbestandsmerkmale liegt jedenfalls dem wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des § 3 Abs 1 AÜG durch den Werkunternehmer als Überlasser im Sinne des § 3 Abs 2 AÜG vor<sup>9</sup>. Dies wird zwar in der Lehre<sup>10</sup> kritisiert, entspricht allerdings der ständigen Rechtsprechung des VwGH<sup>11</sup>.

### 3. 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.

---

<sup>6</sup> § 4 Abs 2 AÜG.

<sup>7</sup> *Sacherer/Schwarz*, Kommentar Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, Seite 121.

<sup>8</sup> VwGH 21.3.1995, ZI 94/09/0097 und VwGH 18.11.1998, ZI 96/09/0281.

<sup>9</sup> VwGH 4.9.2006, ZI 2005/09/0068.

<sup>10</sup> vgl. *Kerschner* in RdA 1989, 144 ff.

<sup>11</sup> VwGH vom 20.11.2003, ZI 2000/09/0173.

- 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 (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 Beschäftigterbetrieb (Nutzung von Sozialeinrichtungen des Beschäftigters).
- Die Erteilung von Arbeitsanweisungen und die Kontrolle von Arbeitsfortschritten (insbesondere während der Ausführung der Arbeiten).
- Fachaufsicht des Beschäftigters.
- 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, so schließt dies nicht das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung aus. Im Einzelfall ist daher zu beurteilen, ob aufgrund des wirtschaftlichen Gehalts dennoch die Überlassung von Arbeitskräften im Vordergrund steht<sup>12</sup>.

#### 4. Risiken für den Werkbesteller

a) Achtet der Auftraggeber zuwenig auf die Abgrenzung zwischen Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertrag, besteht Gefahr, dass dieser als Beschäftigter im Sinne des § 3 Abs 3 AÜG qualifiziert wird. Aufgrund der weiten Definition der Arbeitskräfteüberlassung und des Verweises des § 2 Abs 2 lit e AusIBG auf das AÜG, kann der Werkunternehmer auch für die Belange des AusIBG belangt werden, wenn die Merkmale der Arbeitskräfteüberlassung überwiegen. Als Beschäftigung im Sinne des AusIBG gilt die Verwendung überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs 4 AÜG, da Beschäftigter im Sinne des § 3 Abs 3 AÜG den Arbeitgebern gleichzuhalten sind<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> VwGH 3.10.2002, 98/08/0147.

<sup>13</sup> § 2 Abs 3 lit c AusIBG.

Es könnte demnach ein Werkunternehmer sogar bei Vorliegen eines Werkvertrages für die illegale Beschäftigung von Ausländern des Auftragnehmers (Subunternehmer) gemäß § 28 AusIBG verantwortlich gemacht werden<sup>14</sup>.

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.

### 5. Risiken für den Werkunternehmer (= Auftragnehmer)

a) Wird der Werkvertrag auch als Arbeitskräfteüberlassung qualifiziert, so läge bei Unternehmen, die über andere Gewerbeberechtigung 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 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.

### 6. 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 einstehen muss, die

---

<sup>14</sup> Die meisten Fälle, die die Abgrenzung zwischen Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertrag betreffen, behandeln Fälle nach dem AusIBG.

von keiner Haftpflichtversicherung gedeckt sind. Derartige Wünsche seitens Beschäftigter sollen daher sorgfältig geprüft werden.

c) Mischbetriebe sollten für eine klare Trennung der Gewerbe (AKÜ - z.B. Schlosserei) durch eigene Organisationsstrukturen schaffen. Mitarbeiter, die überlassen werden bedürfen anderer Dienstverträge als andere. 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. Hier kommt es auf das „Überwiegensprinzip“ an. Daraus ergeben sich sozialversicherungs- und arbeitsrechtliche Fragen, die im Einzelfall exakt zu prüfen sind.

## 7. Ausblick

Auch wenn der VwGH in ständiger Rechtsprechung davon ausgeht, dass auch bei Vorliegen eines „echten“ Werkvertrages Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des AÜG vorliegt und die Materialien zum AÜG dies bestätigen, sollte unseres Erachtens der Beurteilungsmaßstab des § 4 AÜG am Zweck des AÜG ausgelegt werden. Dieser ist in § 2 Abs 1 AÜG mit dem Schutz der überlassenen Arbeitskräfte, insbesondere in arbeitsvertraglicher, arbeitnehmerschutz- und sozialversicherungsrechtlichen Angelegenheiten und mit der Vermeidung von arbeitsmarktpolitisch nachteiligen Entwicklungen beschränkt. Zweifellos soll jegliche Art von Scheinwerkvertrag, die einer Umgehung dieser Zwecke dienen würde, hintangehalten werden.

Die derzeitige Spruchpraxis des VwGH, die sich am Wortlaut des § 4 Abs 2 AÜG orientiert, ist unseres Erachtens über das Ziel hinausgehend. Eine Änderung des § 4 Abs. 2 AÜG oder dessen Streichung könnte unseres Erachtens ohne nachteilige Auswirkungen auf die überlassenen Arbeitskräfte dieses Problem beseitigen. Allenfalls könnte der Verfassungsgerichtshof durch Aufhebung der Norm eine gesetzliche Änderung bewirken. Bis dahin sind die strengen Auslegungsregeln anzuwenden.

BRUCKMÜLLER & ZEITLER  
RECHTSANWÄLTE

Verfasser: Rechtsanwalt Dr. Georg Bruckmüller

Vertrauensanwalt der OÖ Arbeitskräfteüberlasser

im Namen der Bruckmüller Zeitler Rechtsanwälte GmbH

Kontakt: [www.bzp.at](http://www.bzp.at)

Stand: Oktober 2007

Trotz sorgfältigster Bearbeitung wird für die Ausführungen keine Gewähr übernommen. Nachdruck, Vervielfältigung und Verbreitung jeglicher Art nur mit ausdrücklicher Zustimmung der Allgemeinen Fachgruppe OÖ des Gewerbes, Berufsgruppe Arbeitskräfteüberlasser, zulässig.