



Nach der bisherigen ständigen Rechtsprechung war bereits dann von einer Arbeitskräfteüberlassung iSd AÜG auszugehen, wenn ein Werkvertrag auch nur ein einziges der im Gesetz festgelegten Indizien für eine Überlassung aufweist. Da dies der EuGH-Rechtsprechung widerspricht, hat der VwGH nunmehr entschieden, dass für die Abgrenzung eine Gesamtbeurteilung notwendig und dabei insbesondere zu prüfen ist, ob der Auftragnehmer für einen Leistungserfolg einzustehen hat, von dem auch die Leistungsvergütung abhängt. Es ist somit unzulässig, Werkverträge allein aufgrund einzelner, für die Abgrenzung untergeordneter Aspekte (zB der Verwendung von Material und Werkzeug des Auftraggebers) in Überlassungsverträge umzuqualifizieren.

Das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung ist mit einer Reihe von arbeitsrechtlichen Verpflichtungen (und damit verbundener Sanktionsdrohungen) verbunden, wobei dies insbesondere für Fälle von Überlassungen vom Ausland ins Inland (Inbound-Überlassungen) gilt (vgl dazu auch unsere Broschüre zum Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz).

§ 4 Abs 1 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG) sieht vor, dass für die Beurteilung, ob eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts sondern der wahre wirtschaftliche Gehalt maßgebend ist. Nach § 4 Abs 2 AÜG liegt eine Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch dann 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.

Die bisherige Rechtsprechung hat diese Regelung so interpretiert, dass eine Arbeitskräfteüberlassung bereits dann anzunehmen ist, wenn auch nur eines der angeführten Kriterien (zB die vorwiegende Verwendung von Material und Werkzeug des Auftraggebers) erfüllt ist. Eine weiterführende Prüfung wurde nur dann als notwendig erachtet, wenn keine der vier Ziffern zur Gänze erfüllt war. Da diese Auslegung der einschlägigen EuGH-Judikatur (insbesondere Rechtssache „*Martin Meat*“, EuGH [C-586/13](#)) widerspricht, ist der VwGH nunmehr in der Entscheidung vom [22.08.2017, Ra 2017/11/0068](#), von dieser Ansicht abgegangen.

Im konkreten Fall ging es um die Beauftragung eines ungarischen Unternehmens zur Durchführung von Lackierarbeiten beim österreichischen Auftraggeber, wobei das Landesverwaltungsgericht allein

deshalb von einer Arbeitskräfteüberlassung ausging, weil der Auftraggeber dafür Material und Werkzeug zur Verfügung stellte. Der VwGH trat dem entgegen und entschied, dass die Abgrenzung anhand einer Gesamtbeurteilung aller Aspekte, die für bzw gegen eine Arbeitskräfteüberlassung sprechen, zu erfolgen hat. Insbesondere ist zu prüfen, ob der Auftragnehmer aufgrund eines konkret vereinbarten Leistungsgegenstandes für einen bestimmten, ihm zurechenbaren Leistungserfolg einzustehen hat, von dem auch die Leistungsvergütung abhängt. Letzteres impliziert, dass die beim Auftraggeber eingesetzten Arbeitnehmer beim Auftragnehmer eingegliedert bleiben und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterliegen sowie dass der Auftragnehmer die Zahl der für die Herstellung des Werkes jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer bestimmt. Die Annahme einer Arbeitskräfteüberlassung allein aufgrund des Aspekts der vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Materialien bzw Betriebsmittel ist demnach unzulässig.

Auch wenn die neue Rechtsprechung das Risiko der Umqualifizierung grenzüberschreitender Werkverträge in Arbeitskräfteüberlassungen verringern dürfte, muss berücksichtigt werden, dass auch bei der Erbringung von Werkleistungen durch ausländische Unternehmen in Österreich umfassende formale und materiell-rechtliche Vorschriften zu beachten sind (vgl dazu auch unsere Broschüre zum Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz).

Alfred Shubshizky
Director, Tax
T +43 732 6938-2316
ashubshizky@kpmg.at

Karin Mayrhofer
Assistant Manager, Tax
T +43 732 6938-2378
kmayrhofer@kpmg.at

kpmg.at