

EXPERT 093

VERSION 01
2013 - Dezember

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

Überlassung von Selbstständigen - geht das?

KOMPAKT AUF EINEN BLICK

Es kommt in der Praxis vor, dass selbstständige Unternehmer an Arbeitskräfteüberlasser mit dem Wunsch herantreten, selbst an Dritte überlassen zu werden.

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

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 zulässig. gewerbliche.dienstleister@wko.at; 05 909003260

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

? 1. 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 Beschäftigter überlassen darf, weil er eine Schlosserei als Einzelunternehmen betreibt. Da Herr A aber sehr geschickt ist und ich auch schon einen Beschäftigter wüsste, bei dem er eingesetzt werden kann, würde ich ihn sehr gerne überlassen, wenn das rechtlich zulässig ist.“

! Dr. 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. 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 bspw. auch aufgrund eines Werkvertrages, freien Dienstvertrages, eines Auftrags oder eines anderen Vertragsverhältnisses tätig sein.

Für den geschilderten Fall heißt das, dass - nach dem AÜG - auch ein selbstständiger Schlosser, der mit dem Überlasser einen Vertrag schließt, (im Verhältnis zum Überlasser) als arbeitnehmerähnliche Person eingestuft werden kann. Herr A kann sich daher theoretisch als Arbeitskraft einem Überlasser zur Arbeitskräfteüberlassung an Dritte zur Verfügung stellen, **wenn er nach der Vereinbarung mit dem Überlasser eine Tätigkeit als Arbeitnehmer oder als arbeitnehmerähnliche Person erbringt** und beim Beschäftigter für betriebseigene Aufgaben eingesetzt wird.“

? 2. Arbeitskräfteüberlasser X:

„Ist es auch möglich, dass Herr A als Selbstständiger überlassen wird?“

! Dr. BRUCKMÜLLER:

„Wenn Herr A im Verhältnis zum Überlasser nicht arbeitnehmerähnlich, sondern selbstständig ist, ist das

AÜG nicht mehr anwendbar. Grundsätzlich kann sich ein Selbstständiger gegenüber seinem Vertragspartner (Überlasser) verpflichten, den Erfolg (das zu erstellende Werk) bei einem anderen (Beschäftigter) zu erbringen. Dass sich der Überlasser gegenüber dem Beschäftigter (z.B. auch aufgrund seiner Gewerbeberechtigung) nicht zu einem Werk verpflichtet, schadet nicht. Der Überlasser „kauft“ also vom Selbstständigen ein Werk ein (→Werkvertrag) und „verkauft“ an den Beschäftigter „das Zur-Verfügung-Stellen eines Dritten“ (→Überlassungsvereinbarung).

Diese Konstruktion kann aber problematisch werden, wenn dem „selbstständigen Unternehmer“ eine Weisung erteilt werden soll. Herr A ist gegenüber seinem Vertragspartner zur Herstellung eines Werkes verpflichtet und hat daher Weisungen (z.B. hinsichtlich Arbeitszeit etc.) nicht zu befolgen.

Es ist auch aus folgendem Grund Vorsicht geboten: Faktisch ist davon auszugehen, dass der „Selbstständige“ in den Betrieb des Beschäftigters - wie alle anderen Arbeitnehmer - eingegliedert wird und daher aufgrund der praktischen Verwendung zu einer arbeitnehmerähnlichen Arbeitskraft im Sinne des AÜG wird. Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Es stellt sich auch die Frage, ob nicht der mit dem Selbstständigen abgeschlossene „Werkvertrag“ aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse ein zumindest arbeitnehmerähnliches Verhältnis darstellt.

Bei diesen Konstruktionen wird meist die **sozialversicherungsrechtliche Problematik übersehen**. Die tatsächliche Einordnung in den Betrieb des Beschäftigters wird meist dazu führen, dass die Finanzbehörden und die Krankenkassen ein Dienstverhältnis zum Überlasser vermuten. Dies hat erhebliche Nachteile für alle Beteiligte.“

Empfehlung: Der Überlasser sollte solche Konstruktionen vermeiden.

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

? **3. 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. BRUCKMÜLLER:**
„Nein. Die Arbeitskräfteüberlassung setzt **drei Beteiligte** voraus, bei der Selbstüberlassung sind aber nur **zwei Beteiligte** vorhanden. Herr A könnte aber z.B. einen Werkvertrag mit dem „Beschäftiger“ schließen.“

? **4. 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. 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.“

? **5. Geschäftsführer und Alleingesellschafter B:**
„Kann mich meine GmbH direkt - ohne Zwischenschaltung eines Dritten - an einen Beschäftiger überlassen, wenn die GmbH über die Gewerbeberechtigung für Arbeitskräfteüberlasser verfügt?“

! **DR. 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 noch arbeitnehmerähnlich (im Verhältnis zur GmbH). Die Überlassung des Geschäftsführers durch die Gesellschaft würde daher nicht dem AÜG unterlie-

gen. Es ist aber Vorsicht geboten: Faktisch kann es auch hier so sein, dass der Geschäftsführer in den Betrieb des Beschäftigers - 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. Solche Konstruktionen sollten daher sehr genau - insbesondere auch hinsichtlich der Sozialversicherungspflicht - überprüft werden.

Wird der Geschäftsführer nicht in den Betrieb des Beschäftigers eingegliedert und ist er keine Arbeitskraft im Sinne des AÜG, sondern selbstständig, würde die „Überlassung“ nicht dem AÜG unterliegen. Die „Überlassung“ des Geschäftsführers ist aber deswegen nicht zwingend unzulässig. Der Geschäftsführer kann sich z.B. nach § 881 ABGB (Vertrag zugunsten Dritter) verpflichten, Dienstleistungen an einen Dritten zu erbringen. Der Geschäftsführer wird dabei beim und für den Dritten tätig, ohne dass eine Arbeitskräfteüberlassung nach dem AÜG vorliegt.

Praxistipp: Ist ein Geschäftsführer nicht (Allein-)Gesellschafter einer GmbH (bspw. Fremdgeschäftsführer), kann ein Arbeitsverhältnis mit der GmbH oder Arbeitnehmerähnlichkeit vorliegen und ist dementsprechend das AÜG anwendbar. Es sollte daher jeder Einzelfall genau geprüft werden, damit es nicht zu teuren Fehlern kommt!“

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