

Überlassung von arbeitnehmerähnlichen (ausländischen) Arbeitskräften

Die Problematik:

Immer wieder treten in der Praxis selbständige Einzelunternehmer an Arbeitskräfteüberlasser heran, um diesen anzubieten, der Überlasser könne sie an Dritte überlassen. Argumentiert wird gegenüber dem Arbeitskräfteüberlasser, dass er sich im Unterschied zu fest angestellten Arbeitnehmern aufgrund ihrer eigenen Selbstständigkeit Lohnnebenkosten ersparen könne. Ein Motiv, könnte auch darin gelegen sein, die Bestimmungen des AuslBG durch „Beschäftigung“ selbständiger Unternehmer umgehen zu wollen. Aufgrund der Dienstleistungsfreiheit innerhalb der Europäischen Union können ausländische Unternehmer in einem anderen Mitgliedstaat eine selbständige Tätigkeit vorübergehend auszuüben.¹ Manchmal treten diese auch ausländischen „Selbstständigen“ unter der Bezeichnung „ICH-AG“² mit Arbeitskräfteüberlassern in Kontakt.

Es stellen sich die Fragen, ob die vermeintlichen Vorteile bestehen und ob diese Vorgangsweise zulässig ist und welche Rechtsvorschriften auf diese Fälle anwendbar sind:

1 Bei freien Gewerben (Handel, Reinigungsgewerbe) ist dies ohne großen Aufwand möglich, bei reglementierten Gewerben (z.B. Handwerksberufe im Bau) ist ein „Gleichhaltungsbescheid“ des Wirtschaftsministeriums erforderlich. Dieser Bescheid muss ausgestellt werden, wenn der Betreffende nachweist, dass er in seinem Heimatland zB. aufgrund eines Zeugnisses oder langjähriger faktischer Tätigkeit zur selbständigen Berufsausübung berechtigt wäre. Hinsichtlich einzelner Gewerbe, Regionen und Personengruppen gibt es spezielle Vorschriften, die die allgemeine Dienstleistungsfreiheit modifizieren.

2 "Ich-AG" ist der Name für einen Existenzgründungszuschuss für deutsche Arbeitnehmer während der ersten drei Jahre ihrer Selbständigkeit. Ziel des Existenzgründungszuschusses ist vor allem, die soziale Sicherung der neuen Selbständigen sicherzustellen. Die Gründerinnen und Gründer können damit einen Teil ihrer Beitragszahlungen für die gesetzliche Rentenversicherung und ihren Krankenversicherungsschutz finanzieren. Wird der Zuschuss in Anspruch genommen, gilt der Berechtigte als Selbstständiger.

1. Wann liegt Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des AÜG vor?

Die Arbeitskräfteüberlassung beinhaltet die Bereitstellung von Arbeitnehmern. Diese verpflichten sich in der Regel in Arbeitsverträgen zur Arbeit in persönlicher Abhängigkeit bei einem Dritten. Den Überlasser trifft die Verpflichtung zur Bezahlung des Lohns und der Entrichtung von Sozialversicherungsabgaben. Es können aber auch Personen, die nicht Arbeitnehmer sind, Gegenstand der Arbeitskräfteüberlassung sein.

Das AÜG geht davon aus, dass Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen zur Arbeitsleistung zur Verfügung gestellt werden können (§ 3 Abs. 4 AÜG). Arbeitnehmerähnlich ist, wer ohne in einem bestimmten Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leistet und wirtschaftlich unselbständig ist.³ Das heißt, dass im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung zwischen Überlasser und überlassener Arbeitskraft nicht zwingend ein Arbeitsvertrag abgeschlossen werden muss, um in den Anwendungsbereich des AÜG zu fallen.⁴

Zwischen arbeitnehmerähnlichen Personen und Überlasser können daher freie Dienstverträge oder Werkverträge (Bevollmächtigungsvertrag, „freie Mitarbeit“, Konsulentenvertrag,...) zu Stande kommen, die ebenfalls die Erbringung einer Leistung an Dritte vorsehen.

Diese durch das AÜG bezweckte Ausweitung auf arbeitnehmerähnliche Personen dient der Vermeidung von Umgehungskonstruktionen. Der Begriff „arbeitnehmerähnliche Person“ ist weit auszulegen.⁵

Kriterien, die eine arbeitnehmerähnliche Person kennzeichnen, sind beispielsweise:

- eine wirtschaftliche Abhängigkeit von einem oder mehreren Unternehmen
- die Erbringung von Arbeitsleistungen in wirtschaftlicher Unterordnung
- regelmäßige Arbeitsleistungen für einen Auftraggeber und längere Dauer
- Arbeit mit Arbeitsmitteln des Überlassers oder Beschäftigers
- regelmäßige Bezahlung

³ Definition in § 3 Abs. 4 letzter Satz. Diese Begriffsdefinition orientiert sich an § 51 Abs.3 ASGG.

⁴ Auch § 11 AÜG stellt nicht auf einen Arbeitsvertrag ab, sondern auf eine vertragliche Vereinbarung, die einen gewissen Mindestinhalt enthalten muss.

⁵ Rz 29 f zu § 3 AÜG, Handbuch der Arbeitskräfteüberlassung und Auslandsentsendung; Leutner/Schwarz/Ziniel, AÜG-Kommentar, S 72.

- das Fehlen einer eigenen Betriebsstätte oder eigener Arbeitnehmer
- Berichterstattungspflichten
- Verpflichtung zur persönlichen Arbeitsleistung (ohne Vertretungsmöglichkeit)

Anhand dieser Kriterien ist zu beurteilen, ob der „Selbständige“ als arbeitnehmerähnlich einzustufen ist. Die steuerliche oder sozialrechtliche Behandlung des abhängigen Vertragspartners ist nicht entscheidend. Das heißt, dass auch ein selbständiger Schlosser, der über einen Gewerbeschein verfügt, bei Vorliegen dieser (nicht aller) Kriterien als „arbeitnehmerähnliche Person“ eingestuft sein kann.⁶

Außerhalb des Anwendungsbereiches des AÜG wurde die Problematik unter dem Gesichtspunkt der „Scheinselbständigkeit“ behandelt.

Beispiele für arbeitnehmerähnliche Personen

Eine Beschäftigung eines selbständigen Unternehmers liegt nicht vor, wenn z.B. einfache Hilfsarbeiten in einem unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf erbracht werden müssen:⁷

- Werbemittelverteiler stellen kein selbständiges, näher umschriebenes "Werk" her. Ihre Verwendung erfolgt daher grundsätzlich in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis.
- Ist eine ICH-AG nach einer gewissen Anlaufzeit dauerhaft an nur einen bestimmten Kunden gebunden, so kann der Existenzgründer als arbeitnehmerähnlicher Selbständiger gelten.⁸

Auch der Umstand einer Beitragsabführung bei der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft selbständig Erwerbstätiger oder einer Einkommensteuerveranlagung durch den „Selbständigen“ selbst, stellt allein die rechtliche Qualifikation eines (Werk-)Vertrages mit einem selbständigen Unternehmer nicht her. Es ist auch grundsätzlich nicht entscheidend, in welcher Rechtsform der "Selbständige" (Einzelunternehmer, OEG, GmbH...) für den Überlasser tätig wird. Entscheidend ist, ob die oben genannten Kriterien dazu führen, dass sich eine arbeitnehmerähnliche Person zur Erbringung von Arbeitsleistungen bei einem Dritten bereit erklärt hat.

⁶ Der Beurteilung des Einzelfalls kommt in diesem Bereich besondere Bedeutung zu.

⁷ Auch die einfache Montage einer Anlage durch überlassene ausländische Monteure ohne vorherige Herstellung einer komplett funktionsfähigen Anlage bzw. ohne Montage der dafür unumgänglich notwendigen Teile der Anlage ist als nach § 2 Abs 2 AuslBG eine bewilligungspflichtige Beschäftigung und kein Werkvertragsverhältnis mit selbständigen Unternehmern.

⁸ Liegt eine solche „Scheinselbständigkeit“ vor, droht dem Existenzgründer in Deutschland eine Betriebsprüfung durch die Sozialkassen.

2. Zivilrechtliche Konsequenzen bei Vorliegen einer arbeitnehmerähnlichen Beschäftigung

a) *Welches Entgelt muss an eine „arbeitnehmerähnliche Person“ bezahlt werden?*

Der arbeitnehmerähnliche Selbstständige und der Überlasser können grundsätzlich im Rahmen der Vertragsfreiheit jede Höhe des Entgelts vereinbaren. Liegt eine arbeitnehmerähnliche Stellung einer Person vor, gilt diese als Arbeitskraft im Sinne der §§ 2 und 3 AÜG. Für Arbeitskräfte gelten die Bestimmungen des AÜG. Die Anmeldung eines Gewerbes, z.B. Einmannreinigungsunternehmen ändert bei Eingliederung in das Unternehmen des Überlassers nichts an dessen Position. Selbst wenn eine solche Konstruktion steuerrechtlich oder sozialversicherungsrechtlich zulässig sein sollte, hat dies die Konsequenz, dass alle Bestimmungen des AÜG (Ansprüche der Arbeitskraft, Urlaubsanspruch bei grenzüberschreitender Überlassung, zwingender Vereinbarungsinhalt, Mitteilungspflichten) einzuhalten sind. Insbesondere hat der Überlasser der Arbeitskraft das in § 10 Abs. 1 AÜG vorgesehene, angemessene Entgelt und im Kollektivvertrag spezifizierte Gehalt zu bezahlen. Meines Erachtens ist diese Bestimmung nicht nur eine Schutznorm für jede einzelne Arbeitskraft, sondern für alle kollektiv. Würde daher die arbeitnehmerähnliche Arbeitskraft weniger als Entgelt verlangen und bekommen, als das angemessene Entgelt, z.B. als andere mittels Arbeitsvertrag regelmäßig beschäftigte Personen, ist dies gesetzeswidrig. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit ist daher in diesem Bereich eingeschränkt.

Dass bei der Überlassung von „Selbständigen“, die als arbeitnehmerähnlich einzustufen sind, meist noch eine Fülle von anderen Bestimmungen (z.B. Verletzung von §§ 8, 11 AÜG) und steuer- oder sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen zu beachten sind, kommt hinzu. **Dem Trugschluss, man könne die Bestimmungen des AÜG auf die eingangs geschilderte Art und Weise umgehen, ist daher eine Absage zu erteilen. Beitragsnachzahlungen und allenfalls Finanzstrafverfahren können als Folgen ebenso dazu kommen.**

Abgesehen davon, dass bei Betriebsprüfungen durch die Finanz und bei Nachschau durch die Gebietskrankenkassen Beanstandungen zu erwarten sind, sind auch Mitbewerber berechtigt, Gesetzesverstöße in Form von Unterlassungs- und Schadenersatzklagen aufzugreifen: Gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) verstößt derjenige, der im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs gegen ein Gesetz verstößt, um sich dadurch einen Wettbewerbsvorteil sichern zu wollen.⁹ Es kommt dabei darauf an, ob der konkrete Verstoß (z.B. unterkollektivvertragliche Entlohnung) zur Beeinträchtigung des freien Leistungswettbewerbs führen kann.¹⁰ Dies wird im

⁹ Vgl. § 1 UWG.

¹⁰ Ecolex 1991, 261.

gegenständlichen Fall in der Regel deswegen anzunehmen sein, da gesetzestreue Arbeitskräfteüberlasser durch Bezahlung gesetz- und kollektivvertragsgemäßer Entlohnung im Verhältnis zum Beschäftigten ganz andere (höhere) Honorarvereinbarungen treffen müssen als jene, die sich Lohnnebenkosten rechtswidrig ersparen wollen.

b) Kann man durch die Beschäftigung von arbeitnehmerähnlichen Personen die Bestimmungen des AuslBG umgehen?

Die Beschäftigung von unselbstständigen Ausländern in Österreich unterliegt den Bestimmungen des AuslBG. Für Selbstständige gilt das AuslBG nicht. § 2 Abs. 2 lit b AuslBG bestimmt, dass eine Beschäftigung in arbeitnehmerähnlichen Verhältnissen in den Anwendungsbereich fällt, wenn die Tätigkeit nicht aufgrund gewerberechtl. Vorschriften oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird.¹¹ Gemäß § 2 Abs 2 lit e AuslBG gilt die Verwendung von überlassenen Arbeitskräften im Sinne des § 3 Abs. 4 AÜG als Beschäftigung im Anwendungsbereich des AuslBG.

Ausländische „Scheinselbstständige“ oder arbeitnehmerähnliche Personen unterliegen daher sowohl dem AÜG als auch dem AuslBG. Eine Umgehung der Vorschriften des AuslBG durch den Einsatz von ausländischen Scheinselbstständigen ohne die erforderlichen Zugangsberechtigungen (Beschäftigungsbewilligung, Arbeitserlaubnis, Befreiungsschein, Zulassung als Schlüsselkraft oder Entsendebestätigung bei vorübergehender Tätigkeit) bedeutet einen Verstoß gegen § 28 Abs 1 AuslBG und wird mit Geldstrafen von € 1.000 bis € 25.000 bestraft.

Der ausländischen Arbeitskraft stehen gemäß § 29 AuslBG dieselben Ansprüche zu wie wenn für die Zeit der Beschäftigung ein gültiger Arbeitsvertrag bestanden hätte. Die kontrollierenden Behörden (KIAB, Gebietskrankenkasse) müssen den Beweis führen, dass die Beschäftigung in Wahrheit die Merkmale eines unselbstständigen Arbeitsverhältnisses hat und daher ein Verstoß gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz vorliegt.

Der Überlasser verstößt zudem gegen die Meldepflicht gemäß § 17 AÜG und gegen die Melde- und Beitragspflicht nach § 33 ASVG.

Durch Beschäftigung von arbeitnehmerähnlichen Personen ohne entsprechende Zugangsberechtigungen für den inländischen Arbeitsmarkt werden nicht nur die Bestimmungen des AuslBG verletzt. Es kann auch hier neben den Verwaltungsstrafen auch eine Wettbewerbswidrigkeit im Sinne des § 1 UWG vorliegen.

¹¹ Der Begriff der Arbeitnehmerähnlichkeit ist daher enger gefasst als im AÜG. Im AÜG ist die Frage des Vorhandenseins einer Gewerbeberechtigung von untergeordneter Bedeutung.

3. Zusammenfassung:

Grundsätzlich ist es zulässig nicht nur Arbeitnehmer im Rahmen von Arbeitsverhältnissen an Beschäftigerunternehmen zu überlassen. Durch die Gestaltung des Vertrages mit einer Arbeitskraft im Sinne des AÜG können die Bestimmungen des AÜG und allenfalls AuslBG nicht umgangen werden. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine arbeitnehmerähnliche Person überlassen wird oder nicht. Unterscheidet sich die Tätigkeit des „Selbstständigen“ und dessen Eingliederung in den Betrieb des Überlassers nicht ganz markant von der Position der Arbeitnehmer wird ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis bestehen. Ob überhaupt ein Fall denkbar ist, bei dem der Dritte als „echter“ Selbstständiger an einen Beschäftiger überlassen wird, ist fraglich. Hier läge meines Erachtens gar keine zulässige Arbeitskräfteüberlassung, sondern ein Dienstleistungs- oder Werkvertrag (Subauftrag) vor, für den die Beteiligten die erforderlichen gewerberechtlichen Voraussetzungen erbringen müssten.

Für Fragen oder Anregungen stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung!

BRUCKMÜLLER & ZEITLER
RECHTSANWÄLTE

Verfasser: Rechtsanwalt Dr. Georg Bruckmüller

Vertrauensanwalt der OÖ Arbeitskräfteüberlasser

im Namen der Bruckmüller Zeitler Rechtsanwälte GmbH

Kontakt: www.bzp.at

Stand: Oktober 2004

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.