

04.05.2012

Stellungnahme VI/2012

Können selbständige Unternehmer als Arbeitskräfte iSd AÜG überlassen werden?

1. Ausgangslage

In der Praxis bieten auch selbständige Unternehmer (Einzelunternehmer, Ein-Mann-GmbH) ihre Dienste Überlassungsunternehmen mit der Vorstellung an, der Überlasser könne sie an Dritte überlassen. Dabei sind folgende Konstellationen denkbar:

Fall 1: Ein Einzelunternehmer bietet einem Überlasser an, dass dieser

(a.) ihn bzw

(b.) einen seiner Arbeitnehmer an einen Dritten überlässt.

Fall 2: Ein Einzelunternehmer bietet sich direkt einem Dritten (Unternehmen) als Arbeitskraft an.

Fall 3: Ein Geschäftsführer einer GmbH bietet einem Überlasser an, dass dieser

(a.) ihn bzw.

(b.) die GmbH an einen Dritten überlässt.

2. Welche Tätigkeiten unterliegen dem AÜG ?

Grundsätzlich geht das AÜG davon aus, dass neben Arbeitnehmern auch arbeitnehmerähnliche Personen als Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung zur Verfügung gestellt werden können (§ 3 Abs. 4 AÜG)¹.

Arbeitnehmerähnlich ist eine Person, die - ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen - im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen (d.h. des Überlassers) Arbeit leistet und wirtschaftlich unselbständig² ist. Es muss zwischen Überlasser und arbeitnehmerähnlicher Person kein Arbeitsvertrag bestehen; es kann auch ein Bevollmächtigungsvertrag oder ein freier Dienstvertrag abgeschlossen werden, der die arbeitnehmerähnliche Person dazu verpflichtet, ihre Leistungen bei einem Dritten zu erbringen.

Lediglich für die Überlassung von Arbeitskräften im Sinne der obigen Definition ist das AÜG anzuwenden.

Daran knüpft die Frage, ob sich Selbständige verpflichten können, einem anderen (Überlasser) zur Verfügung zu stehen, um ihre Dienst bei einem Dritten zu erbringen. Wenn ja, ist zu Beurteilung, ob diese aufgrund ihrer grundsätzlichen Selbstständigkeit³ als Arbeitskraft iSd AÜG anzusehen sind.

Ob eine Arbeitskraft vorliegt, entscheidet sich danach, ob die Arbeitskraft im Verhältnis zum Überlasser in einem Arbeits- oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnis steht. Dies ergibt sich daraus, dass das Fehlen arbeitsvertraglicher Beziehungen zwischen der überlassenen Arbeitskraft und dem Beschäftiger Wesensmerkmal der Arbeitskräfteüberlassung ist⁴. Daraus folgt, dass bei Annahme der Zulässigkeit der Überlassung eines Selbstständigen, dieser aufgrund der Tätigkeit für einen Dritten nicht zur Arbeitskraft wird.

1 Siehe Stellungnahme VIII/2004 „Überlassung selbständiger (ausländischer) Arbeitskräfte“

2 Dies ist insbesondere dann zweifelhaft, wenn ein Selbstständiger längere Zeit ausschließlich für einen Überlasser arbeitet.

3 Oft verfügen solche Personen über eine GSVG- und Haftpflichtversicherung sowie Gewerbeberechtigung.

4 Leutner/Schwarz/Ziniel, AÜG, 69

Zu beachten ist, dass die sozialversicherungsrechtliche Behandlung von der Frage der Zulässigkeit nach dem AÜG getrennt ist. Wenn daher etwa eine GKK keine Beanstandung bei der Überlassung eines „Selbständigen“ annimmt, heißt dies nicht, dass dies aus dem Blickwinkel der Arbeitskräfteüberlassung zulässig ist und umgekehrt.

3. Abgrenzung zwischen „Arbeitnehmerähnlich“ und „Selbständig“ iSd AÜG

Die Abgrenzung zwischen arbeitnehmerähnlichen und selbständigen Personen erfolgt aufgrund folgender Merkmale:

Indizien für Arbeitnehmerähnlichkeit	Indizien für Selbständigkeit
wirtschaftliche Abhängigkeit von einem oder mehreren Unternehmer (Tätigkeit für einen oder für mehrere bestimmte Unternehmen)	wirtschaftliche Unabhängigkeit durch größeren Kundenkreis (Tätigkeit für eine unbegrenzte Anzahl ständig wechselnder Unternehmen)
regelmäßige Arbeitsleistung und längere Dauer	zielgerichtete Leistung für eine bestimmte Dauer
Arbeit mit fremden Arbeitsmitteln	Arbeit mit eigenen Arbeitsmitteln
regelmäßige Bezahlung	Entlohnung für ein bestimmtes Ergebnis
Mangel einer eigenen Betriebsstätte	eigener Betrieb oder Betriebsstätte
Berichterstattungspflicht; Bindung in zeitlicher (Arbeitszeit), örtlicher (Arbeitsplatz) und sachlicher Hinsicht	keine persönlichen, lediglich fachliche Berichterstattungspflichten über den Werkerfolg; keine zeitlichen/örtlichen Bindungen, lediglich sachliche Anweisungen

Nach Absicht des Gesetzgebers ist der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person iSd AÜG weit auszulegen⁵. Um festzustellen, ob Arbeitnehmerähnlichkeit oder Selbständigkeit vorliegt ist eine Gesamtbeurteilung vorzunehmen ist, d.h. es müssen nicht alle der oben genannten Voraussetzungen vorliegen, um Arbeitnehmerähnlichkeit annehmen zu können.⁶ Eine besondere Bedeutung kommt bei der Abgrenzung dem Kriterium der Fremdbestimmtheit der Arbeit zu. Die Entschlussfähigkeit der arbeitnehmerähnlichen Person muss auf ein Minimum beschränkt sein. Damit ist sie ähnlich abhängig wie ein weisungsunterworfener Arbeitnehmer.

Die Regelung des § 4 AÜG stellt klar, dass auch im Fall des Vorliegens eines gültigen Werkvertrags dem wahren wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitskräfteüberlassung vorliegen kann. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn es den Vertragspartnern nach der atypischen Gestaltung des Vertrags erkennbar gerade auf die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften ankommt.⁷ Selbst wenn die Arbeitskraft über eine Gewerbeberechtigung für die verrichteten Arbeiten verfügt, kann nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt eine unselbständige Tätigkeit und somit Arbeitskräfteüberlassung vorliegen.⁸

Insbesondere zum AuslBG erkennt der VwGH⁹ in ständiger Rechtsprechung, dass der bloß formale Umstand, dass die Ausländer im Besitz (österreichischer oder ausländischer) Gewerbeberechtigungen sind, für die Beurteilung ihrer Tätigkeit dahingehend, ob eine Beschäftigung nach dem AuslBG vorliegt oder nicht, nicht maßgeblich ist. Ausländer, die formell im Besitz von Gewerbeberechtigungen sind, nach der nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt vorzunehmenden Beurteilung ihrer Tätigkeit aber de facto nicht selbständig sind, sind nicht vom Anwendungsbereich des AuslBG ausgenommen. Daraus folgt, dass es auch bei der Arbeitskräfteüberlassung nicht allein auf das Vorliegen einer Gewerbeberechtigung ankommen kann. Dies bedeutet, dass grundsätzlich auch Personen mit Gewerbeberechtigung Arbeitnehmer (oder arbeitnehmerähnlich) sein und damit

5 Leutner/Schwarz/Ziniel, AÜG, 73

6 Sacherer/Schwarz, AÜG, 118.

7 VwGH 97/08/0053, RdW 2000/141, 165

8 VwGH 2009/09/0150, ARD 6054/3/2010; vgl. auch Schindler in ZellKomm2 § 4 AÜG Rz 3.

9 VwGH 2011/09/0024.

überlassen werden können. Selbstverständlich müssen dazu jedoch die Voraussetzungen des AÜG eingehalten werden. Ob eine Überlassung in den oben genannten Beispielen daher möglich ist, wird im folgenden unter Punkt 4. geklärt.

4. Antworten

FALL 1: Die Schlosserei X wird von Meister X als Einzelunternehmen mit vier Mitarbeitern geführt.

(a.) Ob eine Person als arbeitnehmerähnlich oder als selbständig einzustufen ist, beurteilt sich ausschließlich anhand der obigen Kriterien (Punkt 3.), nicht aber anhand einer allenfalls vorliegenden Gewerbeberechtigung oder ob eine Person ein eigenes Unternehmen hat.¹⁰ Das heißt, dass auch ein selbständiger Schlosser bei Vorliegen dieser (nicht aller) Kriterien als arbeitnehmerähnliche Person eingestuft werden kann. Meister X kann sich daher als Arbeitskraft¹¹ nach dem AÜG einem anderen 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 Beschäftiger für betriebseigene Aufgaben eingesetzt wird.

Zwischenfrage: Gibt es Fälle, wo Meister X als Selbständiger überlassen wird?

Wenn Meister X im Verhältnis zum Überlasser nicht arbeitnehmerähnlich, sondern selbständig ist, ist das AÜG nicht mehr anwendbar. Er schließt bspw. mit dem Überlasser einen Vertrag über die Lieferung und Montage eines Garagentors für einen Häuselbauer ab. Dabei handelt es sich um einen Werkvertrag nach allgemeinem Zivilrecht, wonach er Werkleistungen an einen Dritten erbringen muss. Meister X wird dabei zwar beim und für den Dritten tätig, diese Tätigkeit unterliegt aber nicht dem AÜG, weil Meister X gegenüber dem Überlasser einen bestimmten Werkerfolg schuldet und gegenüber dem Dritten nicht in dessen Betrieb eingegliedert ist.

¹⁰ Kuderna, ASGG, 332. Die Überlegungen zum ASGG können auch für das AÜG herangezogen werden.

¹¹ Krejci in Rummel, ABGB3, § 1151 Rz 59

Eine solche Verpflichtung ist nach allg. Zivilrecht zu beurteilen. Grundsätzlich kann sich ein Selbständiger auch gegenüber seinem Vertragspartner (Überlasser) verpflichten, den Erfolg (das zu erstellende Werk) bei einem anderen (Beschäftiger) zu erbringen. Dass sich der Überlasser gegenüber dem Beschäftiger (auch aufgrund seiner Gewerbeberechtigung) nicht zu einem Werk verpflichten kann, schadet nicht. Der Überlasser „kauft“ also vom Selbständigen ein Werk ein und „verkauft“ an den Beschäftiger „das zur Verfügung stellen eines Dritten“. Während im Verhältnis Überlasser - Arbeitskraft ein Werkvertrag vorliegt, liegt im Verhältnis Überlasser - Beschäftiger eine Überlassungsvereinbarung vor.

Problematisch wird die grundsätzlich zulässige Konstruktion, wenn der Überlasser dem „Selbständigen Unternehmer“ eine Weisung geben möchte. Aufgrund seines mit dem Überlasser abgeschlossenen Vertrages hat er das Weisungsrecht an der überlassenen Person. Meister X ist gegenüber seinem Vertragspartner zur Herstellung eines Werkes verpflichtet und hat daher Weisungen nicht zu befolgen.

Diese Form der Überlassung unterläge nicht dem AÜG und ist nach allgemeinem Zivilrecht zulässig, soweit sie nicht gegen ein anderes Gesetz oder die guten Sitten verstößt. Faktisch ist davon auszugehen, dass der „Selbstständige“ in den Betrieb des Beschäftigers¹² - wie alle anderen Arbeitnehmer - eingegliedert wird und daher aufgrund der praktischen Verwendung zu einer arbeitnehmerähnlichen Arbeitskraft iSd des AÜG werden kann. Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.¹³ Es stellt sich auch die Frage, ob nicht der mit dem Selbständigen abgeschlossene „Werkvertrag“ aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse ein zumindest arbeitnehmerähnliches Verhältnis darstellt.

12 Abgesehen davon stellt sich die praktische Frage, wie eine Eingliederung eines Selbständigen in den Betrieb des Beschäftigers aussehen soll, da ein Selbständiger, der mit der Montage eines Walzwerks betraut ist gerade nicht die Aufgaben erbringt, die auch von Arbeitnehmern des Beschäftigers erbracht werden und sohin der Einsatz des Selbständigen gerade nicht betriebseigenen Aufgaben des Beschäftigers dient.

13 § 4 Abs.1 AÜG.

Empfehlung: Der Überlasser sollte eine derartige Konstruktion vermeiden, da sozialversicherungsrechtliche Probleme entstehen können und unter dem Gesichtspunkt als Umgehung des ASVG verstanden werden können. Im Einzelfall - wenn der Selbständige für mehrere Auftraggeber arbeitet - kann argumentiert werden, dass er wirtschaftlich selbständig und nicht Arbeitskraft ist.

(b.) Möchte Meister X seine Mitarbeiter einem Dritten zum Arbeitseinsatz überlassen, wird er als Arbeitskräfteüberlasser tätig. Wenn er die Arbeitskräfteüberlassung nicht nur gelegentlich, sondern gewerbsmäßig (regelmäßig, selbständig, mit Erwerbsabsicht und Gewerbeberechtigung) betreibt, benötigt er eine Gewerbeberechtigung für die Arbeitskräfteüberlassung. Meist liegt sogar bei einer einmaligen Überlassung eine gewerbliche Überlassung vor. Gewerbsmäßigkeit der Tätigkeit wird bspw. auch dann vorliegen, wenn der Unternehmer seine Arbeitnehmer nur deswegen verleiht, weil er momentan selbst nicht genug Arbeit für seine Arbeitnehmer hat, er aber wegen „Arbeitsmangels“ keinen Einkommensausfall erleiden will. Liegt keine der in § 1 AÜG genannten Ausnahmen vor, unterliegt diese Arbeitskräfteüberlassung grundsätzlich dem AÜG.¹⁴

Empfehlung: Bei einer derartigen Überlassungstätigkeit hat Meister X selbst eine Gewerbeberechtigung für die Arbeitskräfteüberlassung zu beantragen.

FALL 2: Kann sich Meister X direkt selbst an einen Beschäftiger überlassen, wenn er - neben der Gewerbeberechtigung für Schlosser - über eine Gewerbeberechtigung für die Arbeitskräfteüberlassung verfügt?

Im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung werden Arbeitskräfte durch einen Überlasser an Dritte zur Verfügung gestellt. Da der Überlasser Arbeitgeber der überlassenen Arbeitskraft ist, kann er nicht gleichzeitig seine Arbeitskraft iSd AÜG sein^{15 16}. Eine Selbstüberlassung

¹⁴ Siehe dazu Stellungnahme XI/2011.

¹⁵ in diesem Sinn auch das Protokoll über das Ergebnis der RGP-Referentenbesprechung der rechtspolitischen Abteilungen der Wirtschaftskammer 2003/IV vom 3.-4.12.2003.

ist daher nach dem AÜG nicht möglich und fällt daher aus dem Anwendungsbereich des AÜG, weil dieses drei Beteiligte voraussetzt, bei der Selbstüberlassung aber nur zwei Beteiligte vorhanden sind.¹⁷

FALL 3: Der Geschäftsführer und Alleingesellschafter einer Ein-Mann-GmbH, die auf dem Gebiet der Anlagenautomatisierung tätig ist, überlegt, ob er sich selbst als Arbeitskraft iSd AÜG überlassen kann.

(a.) Sofern der Geschäftsführer einer GmbH die - bei einer Ein-Mann-GmbH unproblematische - Erlaubnis einer Nebenbeschäftigung (Konkurrenztätigkeit) nach § 24 GmbHG hat, darf er grundsätzlich auch im selben Geschäftszweig wie die GmbH Geschäfte machen. Ist der Einsatz bei einem Beschäftigten aus gesellschaftsrechtlicher Sicht zulässig, kann sich der Geschäftsführer auch bei einem Überlassungsunternehmen als zu überlassende Arbeitskraft bewerben und mit dem Überlasser eine Vereinbarung abschließen, für diesen als Arbeitskraft tätig zu werden. An dieser Überlassung ist ausschließlich der Geschäftsführer als Arbeitskraft beteiligt, nicht aber die GmbH.

Frage: Kann die GmbH den Geschäftsführer direkt - ohne Zwischenschaltung eines Überlassers - an einen dritten Beschäftigten überlassen, wenn die GmbH über die Gewerbeberechtigung für Arbeitskräfteüberlasser verfügt?

Nach dem AÜG ist vom Grundsatz auszugehen, dass der Überlasser nicht mit der überlassenen Arbeitskraft ident sein darf, da Arbeitskräfteüberlassung iSd AÜG ein 3-Personenverhältnis voraussetzt. Bei einer Ein-Mann-GmbH, in der der Geschäftsführer als Alleingesellschafter willensbildendes und entscheidungsbefugtes Organ der Gesellschaft ist, ist er weder Arbeitnehmer noch arbeitnehmerähnlich (im Verhältnis zur GmbH)¹⁸, er ist aber auch nicht ident mit der GmbH. Eine Überlassung des Geschäftsführers durch die

¹⁶Der Unterschied zum Fall 1 (a.) liegt darin, dass der Schlosser dort nicht Arbeitskraft und Überlasser in einer Person ist, sondern sich als Arbeitskraft einem anderen Überlasser zur Verfügung stellt.

¹⁷Ähnlich zum deutschen AÜG Hamann in Schüren, Arbeitnehmerüberlassung⁴, § 1 Rz 36.

¹⁸Vgl. Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht⁹, 196 mwN; Gellis, GmbHG⁴, § 15 Rz 15

Gesellschaft unterliegt nicht dem AÜG¹⁹, weil der Geschäftsführer keine Arbeitskraft iSd AÜG ist.

Die Überlassung des Geschäftsführers ist aber deswegen nicht unzulässig. Der Geschäftsführer kann sich gegenüber der GmbH nach **§ 881 ABGB** (Vertrag zugunsten Dritter) verpflichten²⁰, Dienstleistungen an einen Dritten zu erbringen. Der Geschäftsführer wird dabei beim und für den Dritten tätig, ohne dass eine Arbeitskräfteüberlassung nach dem AÜG vorliegt.

Empfehlung: 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. Dies muss am Einzelfall überprüft werden.

Frage: Kann die GmbH als solche als Arbeitskraft im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung verliehen werden kann?

Grundsätzlich kann eine juristische Person (bspw. GmbH, AG) Werkverträge abschließen, ebenso kann sie Arbeitgeber sein. Sie kann aber nicht Arbeitnehmer sein²¹. Eine GmbH kann aber auch nicht als arbeitnehmerähnliche Person iSd AÜG betrachtet werden, weil § 3 Abs. 4 AÜG bestimmt, dass eine Arbeitskraft (d.h. ein Arbeitnehmer oder eine arbeitnehmerähnliche Person) „*Arbeit leisten und wirtschaftlich unselbständig sein muss*“. Eine GmbH kann keine Arbeit im Sinne des AÜG leisten, sie kann lediglich durch ihre vertretungsbefugten Organe (bspw. Geschäftsführer) bestimmen, wer von ihren Arbeitnehmern die Arbeit, d.h. die konkrete Tätigkeit leisten muss. Da Arbeitskräfteüberlassung die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung

¹⁹ Der Unterschied zur Selbstüberlassung eines Einzelunternehmers liegt darin, dass der Einzelunternehmer nicht Arbeitskraft und Überlasser in einer Person sein kann. Die GmbH ist zwar vom Geschäftsführer rechtlich getrennt, beim Geschäftsführer handelt es sich aber um keine Arbeitskraft iSd AÜG.

²⁰ Spielbüchler/Grillberger in Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I4, 154

²¹ Aicher in Rummel, ABGB3, § 26 RZ 18 mit Verweis auf Ostheim, Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden im österreichischen bürgerlichen Recht (1967).

an Dritte ist, kann eine GmbH nicht Arbeitskraft einer Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG sein.

Auch hier stellt sich die Frage, ob eine GmbH außerhalb des AÜG zu Werkleistungen überlassen werden kann? Als Rechtsperson kann eine GmbH Rechtsgeschäfte abschließen, sie kann sich auch gemäß § 881 ABGB gegenüber ihrem Vertragspartner verpflichten, (Werk-)Leistungen für eine dritte Person im Rahmen eines Vertrages zugunsten Dritter zu erbringen. Diese Tätigkeit stellt allerdings schon begrifflich keine Arbeitskräfteüberlassung dar, da eine GmbH keine Arbeit leisten kann.

5. Zusammenfassung

Die Selbstüberlassung von Arbeitskräften ist vom Gesetzgeber bei Erlassung des AÜG nicht geregelt worden. Sie entspricht nicht dem Grundkonzept des AÜG, das von einem 3-Personen-Verhältnis ausgeht. Das bedeutet aber nicht, dass sie ohne weiteres unzulässig ist. Wenn nämlich - wie in den angeführten Fällen - eine Situation vorliegt, in der das AÜG nicht anwendbar ist, kann ein Dienstverschaffungsvertrag oder ein Vertrag zugunsten Dritter (§ 881 ABGB) vorliegen, der nach allgemeinem Zivilrecht zu beurteilen ist.