

# Verdeckte Arbeitskräfteüberlassung und Scheingeschäft

9. Symposium des Wiener Arbeitsrechtsforums am 27.11.2023



## Inhaltsübersicht

- Einführung: Von der Legitimierung der Arbeitskräfteüberlassung/Leiharbeit zur Umgehung
- Gesetzliche Gegenstrategie in § 4 AÜG
- Fallkonstellationen
  - Logistikbranche: Zustellung und Verpackung
  - Plattformarbeit: Personentransport und Essenszustellung
  - Zusammenarbeit in virtuellen Teams
- Ergebnis
  - Typische Merkmale verdeckter Arbeitskräfteüberlassung
  - Rechtsfolgen

## Von der Legitimierung zur Umgehung

- Legitimierung durch Regulierung
  - Arbeitskräfteüberlassung als atypische Beschäftigung
  - Nationale Regelung – AÜG und KollV Arbeitskräfteüberlassung
  - Unionsrecht – Leiharbeits-RL 2008/104/EG
- Vermeidung der vollen AG-Stellung: Langfristige Überlassung als atypische Arbeitskräfteüberlassung
- Vermeidung Beschäftiger-Stellung (verdeckte Arbeitskräfteüberlassung)
  - Werkvertragserfüllung
  - Sub-Auftragnehmer:innenketten
  - Virtuelle Zusammenarbeit

## Gesetzliche Gegenstrategie § 4 AÜG

### Beurteilungsmaßstab

§ 4. (1) Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

(2) 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, 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.

## Gesetzesmaterialien - ErlRV 450 BlgNR XVII. GP 17

- *„[§ 4] soll eine Orientierungshilfe zur Verhinderung von Umgehungen bieten.“*
- *„Abs. 2 befaßt sich speziell mit dem Werkvertrag, der erfahrungsgemäß am häufigsten zur Umgehung der bei der Arbeitskräfteüberlassung zu beachtenden Regeln Verwendung findet.“*
- *„Sofern ein für den Werkvertrag, typisches Merkmal nicht vorhanden ist (Z 1, 2 und 4) oder ein für den Werkvertrag völlig untypisches Merkmal (Z 3) gegeben ist, wird das Vorliegen des Tatbestandes der Arbeitskräfteüberlassung angenommen.“*

## Judikatur – VwGH 94/08/0178

Zunächst ambivalent – jedoch Leitentscheidung 94/08/0178 (nunmehr stRpr) in starker Anlehnung an Gesetzesmaterialien:

- *„Bei Erfüllung eines dieser [vier] Tatbestandsmerkmale (...) liegt jedenfalls dem wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitskräfteüberlassung (...) vor.“*
- *„Ist (...) keines der Tatbestandsmerkmale der vier Ziffern (...) erfüllt, sind aber dennoch einige der in diesen vier Ziffern genannten oder ihnen gleichwertige Tatbestandsmomente gegeben, so schließt dies (...) nicht das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung aus.“*

## Judikatur OGH 8 ObA 7/14h

- *„Der Gesetzgeber stellt mit der Verwendung des Wortes „oder“ klar, dass der wahre wirtschaftliche Gehalt schon dann der einer Arbeitskräfteüberlassung ist, wenn auch nur eines der demonstrativ aufgezählten Tatbestandselemente zutrifft“*
- *„[Dies] ist unabhängig davon, ob die Vereinbarung zwischen dem Dienstgeber und seinem Auftraggeber (...) als Werkvertrag einzustufen ist.“*
- *„Der (...) Gesamtbeurteilung (...) bedürfte es nur dann, wenn (...) nicht ohnehin bereits einer der gesetzlichen Vermutungsfälle nach § 4 Abs 2 AÜG (...) zur Gänze erfüllt ist.“*

## Judikatur EuGH C-586/13, Rs *Martin Meat* zu grenzüberschreitender Leiharbeit

*„Für die Feststellung, ob ein Vertragsverhältnis wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende als Arbeitskräfteüberlassung (...) einzustufen ist, ist jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen, ob der Wechsel des AN in den Aufnahmemitgliedstaat den eigentlichen Gegenstand der Dienstleistung, auf den sich dieses Vertragsverhältnis bezieht, darstellt oder nicht. Einen Hinweis darauf, dass ein solcher Wechsel nicht der eigentliche Gegenstand der betreffenden Dienstleistung ist, stellen grundsätzlich u. a. der Umstand dar, dass der Dienstleistungserbringer die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich vereinbarten Leistung trägt, sowie der Umstand, dass es dem Dienstleistungserbringer freisteht, die Zahl der Arbeitnehmer zu bestimmen, deren Entsendung in den Aufnahmemitgliedstaat er für sachgerecht hält. Hingegen erlaubt der Umstand, dass das Unternehmen, dem die betreffende Leistung zugutekommt, kontrolliert, ob diese vertragsgemäß ist, oder allgemeine Anweisungen an die Arbeitnehmer des Dienstleistungserbringers erteilen kann, als solcher nicht die Schlussfolgerung, dass eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt.“*



## OGH 8 ObA 63/20b, 9 ObA 60/20v vor dem Hintergrund der EuGH-E in der Rs *Martin Meat*

- Richtlinienkonforme Interpretation darf nicht zu Auslegung *contra legem* führen – § 4 Abs 2 AÜG ist eine eindeutige Regelung, OGH hält bisherige Rsp aufrecht
- Es liegt dadurch aber auch gar keine Inländerdiskriminierung vor. Selbst wenn dem EuGH folgend keine grenzüberschreitende AÜ vorliegt, kann der Anwendungsbereich der Entsende-RL durch die Erfüllung der anderen beiden Tatbestände (Entsendung, Entsendung in Niederlassung in anderem Mitgliedstaat) eröffnet sein.
- Damit haben die Mitgliedsstaaten insb die Möglichkeit die Arbeitsbedingungen, die in Tarifverträgen festgelegt sind, auch auf andere Tätigkeiten auszudehnen

## Zwischenergebnis

- § 4 Abs 2 AÜG – unwiderlegliche gesetzliche Vermutung für Inlandssachverhalte
- Erleichtert Durchsetzung des korrekten Vertragsstatus da nur Vorliegen eines Kriteriums bewiesen werden und keine Gesamtschau angestellt werden muss
- Gesetzliche Vermutung nur für Werkverträge? – Nein, vertragstypenunabhängig!

## Fallkonstellationen Logistikbranche I – Zustelldienste

AN sind mit Fahrzeug eines Subunternehmers “im Auftrag“ eines Paketdiensts unterwegs. Die Beladung der Fahrzeuge erfolgt in Verteilerzentren des Dritten, mit Handheldgeräten bekommen die AN Routenplanung und melden Lieferungen ein.

Tatbestand	erfüllt
kein abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk (Z 1)	✓
nicht vorwiegend Material und Werkzeug des Werkunternehmers (Z 2)	✓
organisatorisch im Betrieb des Werkbestellers eingegliedert (Z 3)	✓
Werkunternehmer haftet nicht für Erfolg (Z 4)	✗

## Fallkonstellationen






### Logistikbranche II – Verpackungsdienstleistungen

AN eines beauftragten Logistikunternehmens verpacken Waren diverser Handelsunternehmen in der Lagerhalle

Tatbestand	erfüllt
kein abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk (Z 1)	✓
nicht vorwiegend Material und Werkzeug des Werkunternehmers (Z 2)	✓
organisatorisch im Betrieb des Werkbestellers eingegliedert (Z 3)	✓
Werkunternehmer haftet nicht für Erfolg (Z 4)	✗

## Fallkonstellationen Plattformwirtschaft I – „Logistikpartner:innen“ bei Essenzustellung

AN sind mit Fahrzeug/Fahrrad eines Subunternehmens tätig, wählen sich mit Zugang des Subunternehmens in eine Essenzustell-App ein.

Tatbestand	erfüllt
kein abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk (Z 1)	
nicht vorwiegend Material und Werkzeug des Werkunternehmers (Z 2)	 
organisatorisch im Betrieb des Werkbestellers eingegliedert (Z 3)	
Werkunternehmer haftet nicht für Erfolg (Z 4)	

## Fallkonstellationen Plattformwirtschaft II – Transportdienstleistungen

AN eines Taxiunternehmens erhalten Aufträge via Online-Plattform, die Verrechnung von Entgelt, Prämien etc erfolgt über das Taxiunternehmen (tw leistungsbezogen)

Tatbestand	erfüllt
kein abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk (Z 1)	✓
nicht vorwiegend Material und Werkzeug des Werkunternehmers (Z 2)	✓ ✗
organisatorisch im Betrieb des Werkbestellers eingegliedert (Z 3)	✓
Werkunternehmer haftet nicht für Erfolg (Z 4)	✗






## Fallkonstellationen Virtuelle Teams

AN eines ausländischen Kooperationspartners arbeiten gemeinsam mit AN eines österreichischen Unternehmens unter österreichischer Leitung an der Entwicklung eines Computerprogrammes

Tatbestand	erfüllt
kein abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk (Z 1)	<input checked="" type="checkbox"/>
nicht vorwiegend Material und Werkzeug des Werkunternehmers (Z 2)	<input checked="" type="checkbox"/>
organisatorisch im Betrieb des Werkbestellers eingegliedert (Z 3)	<input checked="" type="checkbox"/>
Werkunternehmer haftet nicht für Erfolg (Z 4)	<input checked="" type="checkbox"/>

## Fallkonstellationen Virtuelle Teams

- Grenzüberschreitende Überlassung -> Gesamtbeurteilung erforderlich

Kriterien aus EuGH R Vicoplus und Martin Meat	erfüllt
Gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung bei der AN im Dienst des Unternehmens verbleiben	
Wechsel der AN in Aufnahme-MS ist eigentlicher Gegenstand der Dienstleistung	
Verwendung der AN unter Aufsicht und Leistung des verwendenden Unternehmens	
Keine Haftung für nicht vertragsgemäße Ausführung der vertraglich festgelegten Leistung	
Keine Möglichkeit des Dienstleistungserbringer Zahl der AN selbst festzulegen	



## Ergebnis

### typische Merkmale verdeckter Arbeitskräfteüberlassung I

- Konkrete Arbeitsleistung der Arbeitskräfte wird an Ort und Stelle von Dritten (und nicht AG) fixiert
- Werk könnte nicht selbständig sinnvoll am Markt verkauft werden
- Gemeinsame Ausübung der Tätigkeit mit Stammpersonal (Hinweise zB auch gemeinsame Kantine oder Umkleidekabinen)
- Dritter („Werkbesteller“) steuert wieviel gearbeitet wird – wer das kommuniziert, ist weniger entscheidend
- Zerstückelung eines einheitlichen Produktionsprozesses – einzelne Arbeitsvorgänge eines Produktionsablaufs stellen kein unterscheidbares Werk dar

## Ergebnis

### typische Merkmale verdeckter Arbeitskräfteüberlassung II

- Eine „Fabrik in der Fabrik“ ist ein starkes Indiz für einen einheitlichen Produktionsprozess
- Werkunternehmer mietet Betriebsmittel für den jeweiligen Arbeitsauftrag an → Indiz, dass diese Betriebsmittel notwendig sind, um Arbeitsschritt in einem einheitlichen Prozess zu übernehmen.
- **Digitale Infrastruktur** ist zunehmend zentrales Werkzeug im Arbeitsprozess und Indiz für Eingliederung in Prozess. Insbesondere kann die Software des Werkbestellers sowohl zentrales Betriebsmittel (Z 2) sein als auch für die Eingliederung im Betrieb sorgen (Z 3).

## Rechtsfolge

- § 4 Abs 1 AÜG -> AÜG kommt zur Anwendung
- Fehlbezeichnung
- Verdecktes/dissimuliertes Geschäft - Scheingeschäft
- § 916 Abs 1 ABGB: Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber mit dessen Einverständnis zum Schein abgegeben wird, ist nichtig. Soll dadurch ein anderes Geschäft verborgen werden, so ist dieses nach seiner wahren Beschaffenheit zu beurteilen.

## Vielen Dank für die Aufmerksamkeit!

ao. Univ.-Prof. Dr. Martin Gruber-Risak

Institut für Arbeits- und Sozialrecht, Universität Wien

[martin.gruber-risak@univie.ac.at](mailto:martin.gruber-risak@univie.ac.at)

<https://arbeitsrecht.univie.ac.at/team/gruber-risak-martin/>