

Versicherungsrecht Rsp 2016

Lebensversicherung: Frühstorno

Haftpflichtversicherung:

Schwarze Ehre und Rabiaterperle (?)

Wachkomapatienten

Medizinische Behandlung

IRÄG und

Insolvenz natürlicher Personen

Großer Wert – kleiner Preis

Einlagenrückgewähr?

Neues Register für

Wirtschaftliche Eigentümer

Gleichwertiges Alternativverfahren für

Diensterfindungen

Reihengeschäfte – alles anders?

EuGH zur USt

Arbeitskräfteüberlassung reloaded

Der VwGH passt seine strenge Judikatur zur Arbeitskräfteüberlassung an unionsrechtliche Vorgaben an – bei grenzüberschreitenden Sachverhalten.

Judikaturänderung des VwGH

DANIELA KRÖMER

A. Arbeitskräfteüberlassung iSd § 4 Abs 2 AÜG

Das österr AÜG bestimmt in § 4 Abs 1, dass für das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung „*der wahre wirtschaftliche Gehalt einer Tätigkeit und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes*“ maßgebend ist. Der Gesetzgeber bietet hier eine Orientierungshilfe zur Verhinderung der Umgehung des AÜG, indem er klar macht, dass bei der Beurteilung des Vorliegens einer Arbeitskräfteüberlassung gerade nicht die Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses durch die Parteien ausschlaggebend ist.¹⁾ Eine vertragsrechtliche Konstruktion, die den Zweck einer Arbeitskräfteüberlassung („*Zurverfügungstellung von Arbeitskräften*“) verfolgt, ist eine solche, auch wenn sie auf einem Werk-, Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsvertrag beruht.

§ 4 Abs 2 AÜG befasst sich speziell mit dem Werkvertrag. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass dieser häufig genutzt wird, um die Regelung der Arbeitskräfteüberlassung zu umgehen. Arbeitskräfteüberlassung liegt nach § 4 Abs 2 AÜG 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.

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, nimmt § 4 Abs 2 AÜG das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung an.²⁾ Dementsprechend gehen auch OGH³⁾ und VwGH⁴⁾ bei Vorliegen eines der in § 4 Abs 2 AÜG genannten Merkmale vom Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung aus. Es bedarf bei Werkserfüllung im Betrieb des Werkbestellers daher nur dann einer Gesamtbeurteilung des Sachverhalts iSd § 4 Abs 1 AÜG, wenn keine der vier Ziffern des § 4 Abs 2 AÜG zur Gänze erfüllt ist.⁵⁾

Diese Rsp des VwGH und des OGH zu § 4 Abs 2 AÜG wurde wiederholt als mit der Judikatur

des EuGH zu grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung unvereinbar kritisiert.⁶⁾ Der VwGH hat nun unter Bezugnahme auf den EuGH – die im Folgenden näher dargestellt wird – seine Judikatur zu § 4 Abs 2 AÜG bei Fällen von grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung geändert.

1. Sachverhalt und Gang des Verfahrens

Eine österr Gesellschaft beauftragte eine ungarische Gesellschaft mit Lackierarbeiten für Autoteile samt vor- und nachbereitenden Tätigkeiten. Die ungarische Gesellschaft führte diese Lackierarbeiten mit ihren Arbeitnehmern auf Basis eines Werkvertrags in der Fabrikshalle der österr Gesellschaft in Österreich durch. Da die ungarische Gesellschaft der Auffassung war, dass sie im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit mit eigenen Arbeitnehmern einen Werkvertrag erfüllte und nicht Arbeitskräfte an die österr Gesellschaft überließ, erstattete sie keine Meldung nach § 17 Abs 2 AÜG. Aufgrund der fehlenden Meldung wurde über die Vertreter der ungarischen Gesellschaft nach § 22 Abs 1 Z 2 AÜG eine Geldstrafe verhängt.

Das VwG stützte sich auf die dargestellte Judikatur des VwGH. Da die österr Gesellschaft der ungarischen Gesellschaft bzw deren Arbeitnehmern die in der Fabrikshalle benötigten Materialien und Werkzeuge vereinbarungsgemäß kostenlos zur Verfügung stellte, also eines der in § 4 Abs 2 AÜG genannten Merkmale vorlag, und der Werkvertrag im Betrieb des Werkbestellers erfüllt wurde, ging das VwG vom Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung aus.

Mag. Daniela Krömer ist Rechtsanwältin bei CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH.

- 1) *Sacherer* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² § 4, 127.
- 2) ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 17; kritisch *Mazal* in *Bernat/Böhler/Weilinger* (Hrsg), FS Krejci 1589 f.
- 3) OGH 25. 8. 2014, 8 OBA 7/14 h.
- 4) VwGH 10. 3. 1998, 95/08/034; 19. 5. 2014, Ro 2014/09/0026, mit zahlreichen Verweisen auf die Vorjudikatur, und 21. 7. 2016, Ra 2016/11/0090. Zur Uneinheitlichkeit des Rsp des VwGH s aber *Schörghofer*, Grenzfälle der Arbeitskräfteüberlassung (2015) 185 f mwN; *Rebhahn/Schörghofer*, Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung im Lichte des Urteils Vicoplus, wbl 2012, 372 (377); *Brodill/Dullinger*, Zur Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung, ZAS 2017/1, 8.
- 5) VwGH 19. 5. 2014, Ro 2014/09/0026.
- 6) *Rebhahn/Schörghofer*, Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung im Lichte des Urteils Vicoplus, wbl 2012, 372; *Schörghofer*, Grenzfälle der Arbeitskräfteüberlassung 205 ff; *Krömer*, Entsendung oder grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung? *ecolex* 2016, 660; *Brodill/Dullinger*, Zur Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung, ZAS 2017/1.

Eine Gesamtbeurteilung des Sachverhalts, insb eine Prüfung dahingehend, ob und wie die Arbeitnehmer der ungarischen Gesellschaft von der österr Gesellschaft beaufsichtigt wurden, und ob die ungarische Gesellschaft die volle Gewährleistungspflicht für ihre Werkstücke traf, nahm das VwG nicht vor.

2. Erkenntnis des VwGH und Judikatur des EuGH

In seinem Erk bezog sich der VwGH erstmals auf die Judikatur des EuGH zu grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassungen und ging in deren Sinne bei grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassungen ausdrücklich von seiner bisherigen Judikatur zu § 4 Abs 2 AÜG ab. Rein inländische Arbeitskräfteüberlassungen sind von dieser Judikatur des EuGH aber nicht erfasst.

Der EuGH hatte sich iZm der EntsendeRL 96/71/EG mit grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung auseinanderzusetzen. Die EntsendeRL gilt für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden.⁷⁾ Unter Entsendung iS der RL ist nach Art 1 Abs 3 lit c der RL auch das grenzüberschreitende Zurverfügungstellen von Leiharbeitskräften zu verstehen. Eine Definition von Leiharbeit bzw Arbeitskräfteüberlassung beinhaltet die RL nicht. Die RL führt nur an, dass für die „Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitsunternehmen oder dem einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer“⁸⁾ bestehen muss. Inhaltlich regelt Art 3 Abs 1 lit d der RL, dass Mitgliedstaaten garantieren müssen, dass bei Arbeitskräfteüberlassungen, die unter den Entsendebegriff der Mitgliedstaaten fallen, die nationalen Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften Anwendung finden.⁹⁾

Hintergrund der im Kontext der RL 96/71/EG vom EuGH getroffenen E *Vicoplus*¹⁰⁾ und *Martin Meat*¹¹⁾ waren Übergangsmaßnahmen nach der Beitrittsakte 2003, nämlich die (teilweise) vorübergehende Einschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit in den Beitrittsverträgen. In den Ausgangsverfahren war zunächst fraglich, ob die Einschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit auch eine Einschränkung der Arbeitnehmerüberlassung erlaubt, die ja eine Dienstleistung iSd Art 56 f AEUV ist. Der EuGH erachtete die Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit in Bezug auf Arbeitskräfteüberlassung aufgrund ihres Naheverhältnisses zur Arbeitnehmerfreizügigkeit¹²⁾ als zulässig. Die Unterscheidung zwischen einer „klassischen“ Entsendung und einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung iSd Art 1 Abs 3 lit c der RL 96/71/EG war daher entscheidungserheblich: Nur für (grenzüberschreitend) überlassene Arbeitskräfte konnten während der Einschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit Beschäftigungsbewilligungen gefordert werden.

In *Vicoplus* erkannte der EuGH drei Kriterien für das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung iSv Art 1 Abs 3 lit c der RL 96/71/EG:

- Erstens muss es sich bei der Überlassung von Arbeitskräften um eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung handeln, bei der der entsandte Arbeitnehmer im Dienst des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens bleibt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem verwendenden Unternehmen geschlossen wird.¹³⁾
 - Zweitens muss das wesentliche Merkmal dieser Überlassung darin bestehen, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens ist.¹⁴⁾
 - Drittens muss der Arbeitnehmer im Rahmen einer solchen Überlassung seine Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnehmen.¹⁵⁾
- In der E *Martin Meat* verfeinerte der EuGH seine Rsp betreffend das zweite in *Vicoplus* genannte Merkmal, nämlich die Frage, wie festgestellt werden kann, wann „der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat der Gegenstand der betreffenden Dienstleistung“ ist,¹⁶⁾ dahingehend, dass „jeder Anhaltspunkt berücksichtigt“ werden muss. Besonderes Augenmerk legte er dabei auf folgende Punkte:
- Die Haftung für eine nicht vertragsgemäße Ausführung der vertraglich festgelegten Leistung. Bei einer vereinbarten Erfolgshaftung ist es für den EuGH grundsätzlich weniger wahrscheinlich, dass es sich um eine Arbeitskräfteüberlassung handelt.¹⁷⁾

7) Art 1 Abs 1 der RL 96/71/EG.

8) Art 1 Abs 3 lit c der RL 96/71/EG.

9) Art 3 Abs 9 der RL 96/71/EG ermöglicht Mitgliedstaaten darüber hinaus vorzusehen, dass Unternehmen grenzüberschreitend überlassenen Arbeitnehmern iS der RL diejenigen Bedingungen garantieren, die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird, für Leiharbeiter gelten. Das Verhältnis dieser beiden Bestimmungen ist unklar, vgl EUArbR/*Rebhahn* RL 96/71/EG Art 3 Rz 30.

10) EuGH 10. 2. 2011, C-307/09, *Vicoplus SC PUHI/Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid*.

11) EuGH 18. 6. 2015, C-586/13, *Martin Meat kft/Géza Simonfay und Ulrich Salburg*.

12) EuGH C-307/09, *Vicoplus*, Rz 29 ff.

13) Diese Voraussetzung ergab sich ua aus der RL 96/71/EG selbst, die vorsieht, dass iSd Art 1 Abs 3 lit c zwischen dem Leiharbeitsunternehmen und dem Arbeitnehmer für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis bestehen muss, EuGH C-307, *Vicoplus*, Rz 44.

14) Hier liegt für den EuGH der Unterschied zu einer Entsendung nach Art 1 Abs 3 lit a der RL 96/71/EG, EuGH C-307/09, *Vicoplus*, Rz 45.

15) Betreffend dieses Kriterium verweist der EuGH auf die RL 91/383, Richtlinie des Rates v 25. 6. 1991 zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis. Diese definiert in Art 1 Nr 2 einen Leiharbeiternehmer als einen Arbeitnehmer, der von einem Leiharbeitsunternehmen zur Verfügung gestellt wird, um für und unter der Kontrolle eines entleihenden Unternehmens und/oder einer entleihenden Einrichtung zu arbeiten, EuGH C-307/09, *Vicoplus*, Rz 48.

16) EuGH C-586/13, *Martin Meat*, Rz 34.

17) EuGH C-586/13, *Martin Meat*, Rz 36. Für den EuGH spricht die Tatsache, dass die Vergütung des Dienstleistungserbringers nicht nur von der Menge des verarbeiteten Fleisches, sondern auch von dessen Qualität abhängig war, dafür, dass der Dienstleistungserbringer zur ordnungsgemäßen Ausführung dieser Leistung verpflichtet war, Rz 37.

- Die Möglichkeit des Dienstleistungserbringers, die Zahl der zu entsendenden Arbeitnehmer selbst bestimmen zu können. Falls ja, ist dieser Umstand ein Indiz dafür, dass der Gegenstand der betreffenden Leistung nicht der Wechsel des Arbeitnehmers ist, sondern eben die Erbringung der vertraglich vereinbarten Leistung.¹⁸⁾

Für den EuGH waren hingegen weder der Umstand, dass der Dienstleistungserbringer nur einen einzigen Kunden im Aufnahmemitgliedstaat hatte, noch die Tatsache, dass er die Räumlichkeiten, in denen die Dienstleistung erbracht wird, und die Maschinen mietet, relevant.

Auch betreffend das dritte in *Vicoplus* genannte Merkmal, nämlich die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers unter der Aufsicht und Leitung des verwendeten Unternehmens, präziserte der EuGH in *Martin Meat* seine Judikatur. Er führte aus, dass unterschieden werden muss zwischen der Beaufsichtigung und Leitung der Arbeitnehmer und der vom Kunden durchgeführten Überprüfung der ordnungsgemäßen Erfüllung eines Dienstleistungsvertrags.¹⁹⁾ Dass der Kunde bei der Erbringung von Dienstleistungen den Arbeitnehmern des Dienstleistungserbringers bestimmte allgemeine Anweisungen erteilt, bedeutet nicht, dass er in Bezug auf diese Arbeitnehmer eine Leitungs- und Aufsichtsbefugnis ausübt (und somit Arbeitskräfteüberlassung vorliegt), wenn der Dienstleistungserbringer seinen Arbeitnehmern die genauen und individuellen Weisungen erteilt, die er für erforderlich hält.²⁰⁾

Der VwGH nimmt in seinem jüngsten Erk nun ausdrücklich auf die E *Vicoplus* und *Martin Meat* Bezug. Bei der Prüfung, ob eine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, ist daher nun „*jeder Anhaltspunkt*“²¹⁾ zu berücksichtigen und der Sachverhalt „*somit unter mehreren Gesichtspunkten*“ zu prüfen. Konkret sind für den VwGH daher die Fragen, ob „*also der für einen Werkvertrag essenzielle ‚gewährleistungstaugliche‘ Erfolg vereinbart wurde (...), wer die Zahl der für die Herstellung des Werkes jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer bestimmt (...) und von wem die Arbeitnehmer die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung ihrer Tätigkeiten erhalten (...) von entscheidender Bedeutung*“.²²⁾

Von seiner bisherigen Judikatur ist der VwGH bei grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassungen im Anwendungsbereich der EntsenderL 96/71/EG damit ausdrücklich abgegangen.

3. Auswirkungen auf innerstaatliche Sachverhalte?

Offen ist, wie und ob sich diese Judikaturänderung auch auf innerstaatliche Sachverhalte auswirkt. Aus unionsrechtlicher Sicht ist für innerstaatliche Arbeitskräfteüberlassung nicht die EntsenderL, sondern die LeiharbeitsRL 2008/104/EG von Bedeutung. Diese gilt für „*Arbeitnehmer, die mit Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen sind und die entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, um vorübergehend unter deren Aufsicht*

und Leitung zu arbeiten“.²³⁾ Die RL verweist betreffend „*Aufsicht und Leitung*“ nicht auf das nationale Recht, weshalb von einer einheitlichen unionsrechtlichen Auslegung dieses Begriffspaares auszugehen ist.²⁴⁾

Der EuGH nimmt in *Vicoplus* und *Martin Meat* keinen direkten Bezug auf die LeiharbeitsRL 2008/104/EG,²⁵⁾ zieht aber ausdrücklich das Arbeiten unter „*Aufsicht und Leitung*“ als Kriterium heran. Diese fehlende ausdrückliche Bezugnahme des EuGH mag auf ein zeitliches Moment zurückzuführen sein: Als sich die entscheidungserheblichen Sachverhalte verwirklichten, war die RL noch nicht verfasst bzw in Kraft.²⁶⁾ Grundsätzlich sind für die einheitliche unionsrechtliche Definition der Arbeitskräfteüberlassung²⁷⁾ auch die vom EuGH entwickelten Kriterien in *Vicoplus* und *Martin Meat* von Bedeutung.²⁸⁾

Geht man nun davon aus, dass die Definition von Arbeitskräfteüberlassung iSd RL 2008/104/EG jene ist, die der EuGH in *Vicoplus* und *Martin Meat* entwickelt hat, geht die Definition des § 4 Abs 2 AÜG über jene der RL 2008/104/EG hinaus. Dies ist zunächst unproblematisch: Eine überschießende Richtlinienumsetzung ist im Anwendungsbereich der RL 2008/104/EG zulässig, da aus ihr nur ein Mindestumfang des Begriffs der Arbeitskräfteüberlassung folgt.²⁹⁾ Aus der EntsenderL 96/71/EG folgt hingegen ein Höchstumfang,³⁰⁾ so dass es trotz einer einheitlichen unionsrechtlichen Definition von Arbeitskräfteüberlassung möglich ist, dass die konkret anzuwendende Definition unterschiedlich ist, je nachdem es sich um einen reinen Inlandssachverhalt oder um einen Sachverhalt mit grenzüberschreitenden Bezug handelt.

Der Gesetzgeber hat in § 4 AÜG nun sowohl die LeiharbeitsRL 2008/104/EG als auch die EntsenderL 96/71/EG umgesetzt und somit in einer Norm rein inländische und grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung geregelt. Es wurde wiederholt diskutiert, ob § 4 Abs 2 AÜG „*gespalten*“ ausgelegt werden kann, je nachdem um welchen Sachverhalt es

18) EuGH C-586/13, *Martin Meat*, Rz 38.

19) EuGH C-586/13, *Martin Meat*, Rz 40.

20) EuGH C-586/13, *Martin Meat*, Rz 40.

21) VwGH 2017/11/0068 Rz 32.

22) VwGH 2017/11/0068 Rz 33.

23) Art 1 Abs 1 der RL.

24) EUArbR/*Rebhahn/Schörghofer*, RL 2008/104/EG Art 3 Rz 7.

25) GA Sharpston nimmt in ihren Schlussanträgen zu C-586/13, *Martin Meat*, auf die RL 2008/104/EG und das Kriterium „*unter Aufsicht und Leitung*“ in Rz 52 allerdings ausdrücklich Bezug.

26) Stattdessen verweist der EuGH auf die RL 91/383/EWG, die davon spricht, dass Leiharbeiter „*für und unter der Kontrolle eines entleihenden Unternehmens*“ arbeiten, s EuGH C-307/09, *Vicoplus*, Rz 48.

27) *Schörghofer*, Grenzfälle der Arbeitskräfteüberlassung 208.

28) Zur unionsrechtlichen Definition von Leiharbeit s EUArbR/*Rebhahn/Schörghofer*, RL 2008/104/EG Art 3 Rz 8 ff.

29) EUArbR/*Rebhahn/Schörghofer*, RL 2008/104/EG Art 1 Rz 9; *Brodil/Dullinger*, Zur Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung, ZAS 2017/1, 9.

30) EUArbR/*Rebhahn/Schörghofer*, RL 2008/104/EG Art 3 Rz 8 ff.

sich handelt.³¹⁾ Ergebnis dieser Überlegungen war, dass trotz einer grundsätzlichen Zulässigkeit einer gespaltenen Auslegung (im konkreten Fall) überwiegende Argumente gegen eine solche sprechen: So wird die Einheitlichkeit der nationalen Norm³²⁾ ebenso ins Treffen geführt wie die Tendenz des OGH zu einer einheitlichen Auslegung.³³⁾ Eine gespaltene Auslegung würde auch dem Zweck des AÜG widersprechen, vom Ausland überlassene Arbeitnehmer den inländisch überlassenen Arbeitnehmern so weit als möglich und unionsrechtlich zulässig gleichzustellen.³⁴⁾ Dies dient nicht nur dem Schutz der Leiharbeitnehmer, sondern bietet auch Schutz vor Wettbewerbsverzerrungen. Gerade diese können sich aufgrund auseinanderfallender Definitionen der Arbeitskräfteüberlassung für inländische und grenzüberschreitende Sachverhalte ergeben.³⁵⁾

Das gewichtigste Argument gegen eine gespaltene Auslegung ist aber wohl jenes der Inländerdiskriminierung.³⁶⁾ Eine gespaltene Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG würde zu einer unterschiedlichen Behandlung von Inländern gegenüber Unionsbürgern führen. Nach der Rsp des VfGH³⁷⁾ sind Diskriminierungen von Inländern gegenüber Ausländern am Gleichheitssatz zu messen. Eine aus dem Unionsrecht resultierende Inländerdiskriminierung ist daher nur dann zulässig, wenn sie objektiv gerechtfertigt ist und Staatsbürger nicht unverhältnismäßig belastet.³⁸⁾ Die Zulässigkeit einer Inländerdiskriminierung im Anwendungsbereich des § 4 Abs 2 AÜG wird im Schrifttum bezweifelt³⁹⁾ bzw verneint.⁴⁰⁾ Denkbar wäre zwar, die Inländerdiskriminierung mit dem Ziel des Arbeitnehmerschutzes zu rechtfertigen. Gegen diese Rechtfertigung bringen *Brodil/Dullinger* aber vor, dass eine solche Rechtfertigung wohl nur bedingt taue, immerhin könne das Ziel des Arbeitnehmerschutzes im konkreten Fall durch eine grenzüberschreitende Tätigkeit unterlaufen werden.⁴¹⁾ Es ist weiters auch fraglich, wie sehr durch den Arbeitnehmerschutz eine stärkere Belastung inländischer Arbeitgeber gerechtfertigt werden kann bzw ab wann diese unverhältnismäßig ist der Rsp des VfGH ist.

B. Zusammenfassung

Der VwGH hat betreffend grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung seine Judikatur zu § 4 Abs 2

AÜG geändert. Bei grenzüberschreitenden Tatbeständen ist in jenen Fällen, in denen der Werkvertrag im Betrieb des Werkbestellers erfüllt ist, nicht bereits dann von einer Arbeitskräfteüberlassung auszugehen, wenn eines der vier Kriterien des § 4 Abs 2 AÜG erfüllt ist. Vielmehr ist eine Gesamtbetrachtung im Lichte der Rsp des EuGH vorzunehmen, die vorrangig auf das Zurverfügungstellen von Arbeitskräften abstellt. Offen bleibt, ob sich aufgrund dieser Erkenntnis die Rsp des VwGH bzw des OGH zu § 4 Abs 2 AÜG zu reinen Inlandssachverhalten der Arbeitskräfteüberlassung ändert. Eine solche Änderung ist unionsrechtlich nicht geboten, ergibt sich aber möglicherweise aufgrund der Auslegung im nationalen Recht.

31) *Schörghofer*, Grenzfälle der Arbeitskräfteüberlassung 212 mwN; allg s *Rebbahn* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, AGBG³ Nach §§ 6, 7 ABGB Rz 143.

32) *Schörghofer*, Grenzfälle der Arbeitskräfteüberlassung 212, mwN.

33) *Rebbahn* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, AGBG³ Nach §§ 6, 7 ABGB Rz 143.

34) *Brodil/Dullinger*, Zur Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung, ZAS 2017/1, 11.

35) Ausführlich *Brodil/Dullinger*, Zur Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung, ZAS 2017/1, 11.

36) Siehe *Schörghofer*, Grenzfälle der Arbeitskräfteüberlassung 213; *Brodil/Dullinger*, Zur Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung, ZAS 2017/1, 11 f.

37) VfSlg 13084/1992; 14963/1997; 15683/1999, zitiert aus *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht (2011) 104.

38) *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht 104.

39) *Schörghofer*, Grenzfälle der Arbeitskräfteüberlassung 213; *Brodil/Dullinger*, Zur Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung, ZAS 2017/1, 11.

40) *Gleissner* in *Brodil* (Hrsg), Diener fremder Herren (2016) 102.

41) *Brodil/Dullinger*, Zur Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung, ZAS 2017/1, 12.

SCHLUSSTRICH

Der VwGH hat seine Judikatur zu § 4 Abs 2 AÜG bei grenzüberschreitenden Sachverhalten in der Judikatur des EuGH geändert. Es gibt aber Gründe dafür, diese Judikaturänderung auch auf reine Inlandssachverhalte anzuwenden.