OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-301067/5/Kl/TO

Datum:
Linz, 23. März 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde des Finanzamts X vom 20.05.2016, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 11.05.2016, GZ: SanRB96-33-2016, betreffend die Einstellung des gegen Herrn J B, vertreten durch X Rechtsanwälte GmbH, X, X, geführten Verwaltungsstrafverfahrens wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. 1. Mit Bescheid vom 11.05.2016, SanRB96-33-2016, entschied die Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf (in der Folge: belangte Behörde), dass das gegen Herrn J B (in der Folge: Beschuldigter) eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren wegen des Verdachtes einer Übertretung gemäß § 7i Abs. 4 Z 2 iVm § 7d Abs. 2 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz – AVRAG, BGBl. Nr. 459/1993 idF BGBl. I Nr. 152/2015, eingestellt werde.

Begründend führte die belangte Behörde aus, dass das Finanzamt X am 26.02.2016 zu GZ: 051/10142/52/4316 einen Strafantrag gegen den Beschuldigten wegen des Verdachts einer Übertretung nach dem AVRAG (keine Bereithaltung von Lohnunterlagen für 6 Arbeitnehmer) gestellt habe. Folgender Sachverhalt sei mitgeteilt worden:

„Am 15.02.2016 um 09:05 Uhr wurde durch Organe der Finanzpolizei X, Team X, bei der Firma N (A) GmbH, X, X, Geschäftsführer: Herr H B, geb. X, eine Kontrolle auf Einhaltung der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes und des Einkommenssteuergesetzes § 89 Abs. 3 durchgeführt.

Bei dieser Kontrolle wurden folgende sechs Arbeiter der ungarischen Firma X Kft, X, X bei Tribünenaufbauarbeiten betreten:

[....]

Es wurde festgestellt, dass die genannten Personen durch die Firma X Kft auf Grund eines bei der Kontrolle vorgelegten Werkvertrages mit der Firma N (A) GmbH zur Werkerrichtung von U nach Ö mittels ZKO 3 Meldung nicht entsendet wurden. Im Zuge der niederschriftlichen Befragung von Herrn M T, Bauleiter der Fa. N (A) GmbH, gab dieser an, dass

- er mit einem weiteren Mitarbeiter der Fa. N (A) GmbH die Arbeit der ungarischen Arbeiter überprüfe,
- dass die Firma N (A) GmbH die Haftung für die Tribüne trägt,
- die Tribüne im Eigentum der Fa. N (A) GmbH steht und
- die Mitarbeiter der Firma X Kft im Verbund mit Arbeitern der slowenischen Firma E d.o.o. arbeiten.

Die ungarischen Arbeiter stellen ausschließlich ihre Arbeitskraft zur Verfügung.

Aufgrund der Beurteilung des wahren wirtschaftlichen Gehalts (§ 4 AUG) handelt es sich in diesem Fall um eine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung.

Um die Einhaltung der Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen gemäß § 7d AVRAG überprüfen zu können, wurde von den sechs Arbeitern der Firma X Kft die Vorlage der Lohnunterlagen, welche zur Überprüfung des nach österreichischem Recht gebührenden Entgelts notwendig sind, verlangt. Alle sechs o.a. Personen konnten Arbeitsverträge lediglich in ungarischer Sprache vorlegen.

Aus Sicht der Abgabenbehörde war die Bereithaltung der Lohnunterlagen am Arbeits(Einsatz)ort zumutbar.

Aufgrund des Sachverhalts wird um die Durchführung eines entsprechenden Verwaltungsstrafverfahrens wegen Übertretung des AVRAG § 7 Abs. 2 beantragt.

Im Ermittlungsverfahren sei festgestellt worden, dass die ausländischen Arbeitnehmer nicht überlassen worden seien, sondern lediglich von der Firma X Kft. entsandt worden wären. Für die Arbeitnehmer seien von der Firma X Kft. die Werkzeuge, die Fahrzeuge und die Transportmittel zur Verfügung gestellt worden. Die X Kft. sei für die fristgerechte Fertigstellung des ausschließlich ihr zurechenbaren Werkes (Aufbau der Treppen für die Tribüne) verantwortlich gewesen und hafte – im Verhältnis zwischen N (A) GmbH als Subauftraggeber und X Kft. als Subauftragnehmer – auch für den sicheren Aufbau.
Die Arbeitnehmer haben ausschließlich auf Arbeitsanweisung des Vorarbeiters der X Kft. gearbeitet. Es könne somit von einer Entsendung und nicht von einer Überlassung der Arbeitnehmer gesprochen werden.
Der Beschuldigte habe die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen, weswegen das Strafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG einzustellen gewesen sei.

2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die Beschwerde des Finanzamts X vom 20.05.2016, in der beantragt wurde, dass eine tat- und schuldangemessene Strafe gemäß den Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes verhängt werde. Dazu wurde vorgebracht, dass die Firma N (A) GmbH bei der Betrachtung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes nach den Bestimmungen des AÜG als Beschäftiger und die ungarische Firma X Kft. als Überlasser anzusehen sei, weshalb bezogen auf die Verpflichtung zur Bereithaltung von Lohnunterlagen die Bestimmungen des § 7d Abs. 2 iVm § 7i Abs. 4 AVRAG zur Anwendung kommen würden.

3. Mit Schreiben vom 23.05.2016 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor, das gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seinen nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter berufen ist.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme. Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 3 Z 1 VwGVG abgesehen werden, zumal in der Beschwerde nur eine unrichtige rechtliche Beurteilung behauptet und die Durchführung einer Verhandlung nicht beantragt wurde.
Der Beschuldigte nahm im Wege seiner rechtsfreundlichen Vertretung im Rahmen des ihm vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 31.05.2016 eingeräumten Parteiengehörs zur Beschwerde Stellung. Darin wird auf die Rechtfertigung vom 30.03.2016 verwiesen. Ergänzend wird zudem Folgendes vorgebracht:

„Aus der Beschwerde ist nicht ersichtlich, weshalb die von der belangten Behörde getroffenen Feststellungen unrichtig sein sollten. Ebenso wenig kann der Beschwerde entnommen werden, weshalb die belangte Behörde gewissen Beweisen, etwa den

Angaben von T M mehr Glauben hätte schenken müssen, als anderen Beweisen, etwa den Angaben in meiner Rechtfertigung vom 30.03.2016.

Hinzu kommt freilich, dass die protokollierte Aussage des T M von der belangten Behörde ohnehin nicht in Frage gestellt wurde. Vielmehr leitet die belangte Behörde aus dem festgestellten Sachverhalt schlichtweg andere, als die von der Beschwerdeführerin angestrebten Rechtsfolgen ab:

Bloß die Tatsache, dass die Firma N (A) GmbH für die Tribüne verantwortlich ist, schließt keinesfalls aus, dass auch die Firma X Kft für jenen Teil - nämlich bestimmte Treppensysteme als eigenständiges Gewerk- der Tribüne, der von ihr aufgestellt bzw. installiert wurde, haftet. Ganz im Gegenteil: Es ist etwas Selbstverständliches, dass beide, also sowohl der Hauptauftragnehmer, N (A) GmbH, als auch der Subauftragnehmer, X Kft, für das Werkergebnis haften, nur bestehen diese Haftungen eben gegenüber unterschiedlichen Vertragspartnern. So haftet N (A) GmbH als Hauptauftragnehmer gegenüber ihrem Auftraggeber und X Kft als Subauftragnehmer haftet gegenüber N (A) GmbH als Subauftraggeber. Dass eine Haftung des Hauptauftragnehmers die Haftung des Subauftragnehmers gegenüber dem Subauftraggeber nicht ausschließt, bedarf keiner näheren Vertiefung.
[...]

Für die Frage, ob eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, ist es irrelevant, wem das Eigentum an dem Kran zusteht. Der Beschwerdeführer hat bis dato nicht einmal vorgebracht, dass der Kran im Eigentum der N (A) GmbH stünde. Ebenso wenig hat der Beschwerdeführer bis dato vorgebracht, dass die X Kft den Kran für ihre Tätigkeit verwendet hätte.

Käme es für die Beurteilung der Frage, ob Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, undifferenziert darauf an, in wessen Eigentum Maschinen stehen, so könnten nur in den seltensten Fällen Subaufträge existieren, da Maschinen häufig geleast werden und diesfalls im Eigentum des Leasinggebers stehen. Welche Auswirkungen eine derartige Interpretation von § 4 Abs 2 AUG auf die Wirtschaft hätte, bedarf keiner näheren Vertiefung.“

4.1. Folgender Sachverhalt steht fest:

Der Beschuldigte ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der ungarischen Firma X Kft. Diese wurde von der, im Bereich Eventplanung tätigen Firma N (A) GmbH beauftragt die Treppensysteme der Tribüne im Zieleinlauf des im Februar 2016 stattgefundenen S in X zu montieren.

Die Firma N plant und entwickelt temporäre Bauten (Tribünensysteme) für Großveranstaltungen und Events. Der Aufbau dieser Tribünen erfolgt jedoch nicht durch deren Mitarbeiter.

Bezüglich der Treppensysteme (als Teilgewerk) wurde mit der Firma X Kft. am 09.02.2016 ein Werkvertrag über die Montage geschlossen. Sämtliche Bauteile wurden von der Firma N GmbH zur Verfügung gestellt.

Mit dem Auf- und Abbau der Tribüne wurde ein anderes Unternehmen mittels Werkvertrag beauftragt.

Laut Werkvertrag musste die Montage der Treppensysteme in der Zeit von 13.02.2016 bis 17.02.2016 erfolgen. Der S X war mit 25.02. bis 28.02.2016 fixiert.

Im Werkvertrag vom 09.02.2016 hat sich die X Kft. zur eigenverantwortlichen Ausführung der Montage anhand des von der N (A) GmbH erstellen Montageplanes verpflichtet. Vereinbart wurde die Abnahme des Gewerkes durch die N GmbH und die Gewährleistung der X Kft. Zu darüber hinaus gehenden Dienst- oder Fachanweisungen war die N (A) GmbH vertraglich nicht berechtigt und hatte auch keinerlei Weisungsbefugnis gegenüber den Arbeitern der X Kft.

Am 15.02.2016 führten Organe der Finanzpolizei am Gelände des Zieleinlaufs des S in X eine Kontrolle durch. Bei dieser Kontrolle wurden 6 Arbeiter der Firma X Kft. beim Aufbau der Treppensysteme der Tribüne angetroffen. Aufgrund einer Befragung des Projektleiters der N (A) GmbH kamen die Prüforgane zum Schluss, dass nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit, der zwischen der N (A) GmbH und der X Kft. abgeschlossene Werkvertrag nicht anerkannt wird, sondern eine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, weshalb Strafanzeige erstattet wurde. Die belangte Behörde hat daraufhin mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 03.03.2016 ein Verwaltungsstrafverfahren gegen den Beschuldigten eingeleitet und diesem in seiner Eigenschaft als Überlasser von Arbeitskräften vorgeworfen, dem Beschäftiger die erforderlichen Lohnunterlagen in deutscher Sprache nicht bereitgestellt zu haben.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem vorliegenden Akt der belangten Behörde, insbesondere dem Strafantrag des Finanzamtes X vom 26.02.2016 und dessen Beilagen und der Aufforderung zur Rechtfertigung der belangten Behörde. Aus der mit dem Projektleiter der N (A) GmbH aufgenommenen Niederschrift sowie den Stellungnahmen des Beschuldigten geht nachvollziehbar hervor, in welcher Form die Arbeiten an den Treppen der Tribüne im Zielbereich für das S in X vereinbart und organisiert waren und wie diese Arbeiten tatsächlich abgewickelt wurden. Insofern waren gesonderte Erhebungen nicht erforderlich.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. Gemäß § 3 Abs. 1 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) – in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl. I. Nr. 94/2014 - ist Überlassung von Arbeitskräften die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte.

Gemäß § 3 Abs. 2 AÜG ist Überlasser, wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte verpflichtet.

Gemäß § 4 Abs. 1 AÜG ist für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Gemäß § 4 Abs. 2 AÜG liegt Arbeitskräfteüberlassung 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.

Gemäß § 7d Abs. 2 AVRAG trifft bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen den/die inländische/n Beschäftiger/in. Der/Die Überlasser/in hat dem/der Beschäftiger/in die Unterlagen nachweislich bereitzustellen.

Gemäß § 7i Abs. 4 Z 2 AVRAG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jede/n Arbeitnehmer/in mit einer Geldstrafe von 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Wiederholungsfall von 2.000 Euro bis 20.000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer/innen betroffen, für jede/n Arbeitnehmer/in von 2.000 Euro bis 20.000 Euro, im Wiederholungsfall von 4.000 Euro bis 50.000 Euro zu bestrafen, wer als Überlasser/in im Fall einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich entgegen § 7d Abs. 2 die Lohnunterlagen dem/der Beschäftiger/in nicht nachweislich bereitstellt.

5.2. Das Finanzamt X bringt in der Beschwerde vor, dass zwischen Unternehmer und Subunternehmer Arbeitskräfteüberlassung vorliege, wenn eine Ziffer des § 4 Abs. 2 AÜG anwendbar sei.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 08.08.2008, 2008/09/0022; 05.06.2002, 2001/08/0107; 24.01.2006, 2004/08/0101) liegt ein Werkvertrag vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Die Verpflichtung aus einem Werkvertrag besteht darin, die genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein „gewährleistungstauglicher“ Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden können. Mit der Erbringung der Leistung endet das Werkvertragsverhältnis (so auch VwGH vom 23.04.2013, Zl. 2013/09/0036).

Im gegenständlichen Fall stand schon vor Arbeitsaufnahme gemäß dem abgeschlossenen Vertrag das Werk (Aufbau Tribünen und Treppensysteme, Podeste und Türme-Videowand) und der sich ergebende Preis fest. Korrespondierend dazu ergab sich die im Subunternehmervertrag näher geregelte Haftung. Demnach lag ein Werk im Sinne der zitierten Rechtsprechung vor. Gemäß dem vom Finanzamt erstellten Strafantrag lag ein Arbeitsverbund zwischen Personal der Firma N (A) GmbH und Personal der Firma X Kft. nicht vor. Es gibt keine Hinweise auf fachliche oder dienstliche Anweisungen des Projektleiters der N (A) GmbH an die Arbeiter der X Kft. Arbeitsgrundlage war der Montageplan bzw. die Leistungsbeschreibung, welche für die X Kft. maßgeblich waren. Eine an „stille Autorität“ heranreichende Kontrolldichte ist nicht hervorgekommen. Der Projektleiter der Firma N (A) GmbH hatte die Aufgabe mit dem Veranstalter als seinem Auftraggeber zu kommunizieren, welchem gegenüber auch die Verantwortlichkeit der N (A) GmbH bestand. Daraus erklärt sich auch, dass der Projektleiter die Arbeiten eines Subunternehmers zu kontrollieren hat. In dieser Funktion als Projektleiter steht er verständlicherweise auch den Arbeitern der X Kft. – im gegenständlichen Fall mit dem Vorarbeiter der X Kft., Herrn Ferenc Szücs - zur Klärung allfälliger Fragen zur Verfügung und beinhaltet seine Funktion – wie bei vergleichbaren Arbeiten durchaus üblich – auch die Aufgabe, die Subunternehmer zu koordinieren. Aus der Aussage des Projektleiters sind darüber hinaus keine Anhaltspunkte für Dienst- oder Fachanweisungen, die über ein im Wirtschaftsleben typischerweise bestehendes Verhältnis zwischen Auftraggeber und Subunternehmer hinausgehen, zu erkennen.

Zum Beschwerdevorbringen, wonach die Tribüne im Eigentum der Firma N (A) GmbH steht und für den Aufbau zur Verfügung gestellt wurde und mit dem im Eigentum dieser Firma stehenden Kran gearbeitet wurde, darf auf die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum AÜG (450 BlgNr XVII. GP) verwiesen

werden. Die Erläuterungen sprechen eingangs davon, dass die Bestimmungen des § 4 „eine Orientierungshilfe zur Verhinderung von Umgehungen“ bieten und den Abschluss von Werkverträgen, die „missbräuchlich zur Umgehung der Ziele der vorgesehenen Regelung“ abgeschlossen werden, erschweren oder verhindern soll, und führen dann zu Abs. 2 aus, dass sich diese Bestimmung „speziell mit dem Werkvertrag befasst, der erfahrungsgemäß am häufigsten zur Umgehung der bei der Arbeitskräfteüberlassung zu beachtenden Regeln Verwendung findet“. Im Anschluss daran heißt es – wörtlich wiedergegeben - aber:

„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. Auch wenn für die Klassifizierung als Werkvertrag an sich bereits die Kombination einzelner für den Werkvertrag typischer Sachverhaltselemente ausreichend sein mag, muss zur Abgrenzung von der Arbeitskräfteüberlassung die Erfüllung sämtlicher im Regelfall zutreffenden Merkmale (einschließlich des Fehlens bestimmter, auf eine Arbeitskräfteüberlassung hinweisenden Sachverhaltselemente) verlangt werden, um der Erfahrung Rechnung zu tragen, dass häufig die Überlassung von Arbeitskräften den eigentlichen Zweck des Werkvertrages bildet.

Z 1 des Abs. 2 stellt darauf ab, dass von den Erfüllungsgehilfen des Werkunternehmers ein völlig eigenständiges Werk erbracht wird oder diese an der Herstellung eines Werkes mitwirken, das sich von allen im Bestellerbetrieb gewöhnlich erbrachten Leistungen deutlich abhebt. Eine Einbindung in die üblichen Arbeitsgänge des Bestellerbetriebes unter dem Deckmantel der Erfüllung eines Werkvertrages soll ausgeschlossen werden. Die Rückführbarkeit des Arbeitsergebnisses auf den Werkunternehmer als dessen Leistung verlangt vor allem die ihm hinsichtlich der Werkentstehung zukommende Dispositionsgewalt.

Zur Erreichung dieses Zieles tragen auch die Z 2 und 3 bei. Aber nicht jede Benutzung von Geräten soll die Einstufung als Überlassung zur Folge haben, sondern nur jene, die bei Würdigung aller Umstände des konkreten Falles das Vorliegen des Tatbestandes der Überlassung von Arbeitskräften erhärtet.

Eine ergänzende Verwendung von Material oder Werkzeug des Werkbestellers, die in der Praxis aus Zweckmäßigkeitsgründen oft unvermeidlich ist, wird zugestanden. Dasselbe gilt für "Weisungen des Werkbestellers, mit denen im Regelfall zu rechnen ist, zum Beispiel die Zuweisung von Räumlichkeiten, die Einschärfung besonderer Rücksichtnahme auf bestehende Einrichtungen, die Warnung vor Gefahrenquellen, schließlich auch vertraglich vereinbarte Spezifikationen, wie etwa die Mitteilung von Wünschen hinsichtlich der farblichen Gestaltung, die Auswahl unter mehreren möglichen Varianten (etwa welche Fliesen, Tapeten, Furniere Verwendung finden sollen) usw. Die zur Erstellung des Werkes erforderlichen fachlichen, organisatorischen und zeitlichen Dispositionen müssen jedoch beim Werkunternehmer verbleiben.

Durch das in Z 4 genannte Erfordernis der Haftung des Werkunternehmers für den Erfolg der Werkleistung soll klargestellt werden, dass der Werkunternehmer die Gefahr für das von ihm beigestellte Material und für das Werk bis zur Übernahme trägt.“

Die Beschwerdeführerin begründet ihr Vorbringen mit der Tatsache, dass die N (A) GmbH sämtliches Material für den Tribünenaufbau zur Verfügung gestellt hat und schließt daraus auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt der Vereinbarung

zwischen den beteiligten Firmen. In diesem Umstand allein kann aber in Anlehnung an die oben dargestellten Erläuterungen eine Erfüllung des Tatbestandsmerkmals des § 4 Abs. 2 Z 2 AÜG nicht gesehen werden.

Gegenständlich ergeben sich keine Anhaltspunkte dahingehend, dass die Arbeitnehmer der X Kft. organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert waren oder dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstanden sind. Dass eine Koordination mit der „Baustellenleitung“ hergestellt werden muss bzw. auch eine Kontaktperson im Hinblick auf die zeitliche Abstimmung der „Baustelle“ benannt ist, beweist noch keine Dienst- und Fachaufsicht. Dazu darf nochmals auf die dargestellten Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum AÜG hingewiesen werden, in denen Weisungen des Werkbestellers mit denen im Regelfall zu rechnen sei, zugestanden werden. Die für die Montagearbeiten erforderlichen fachlichen, organisatorischen und zeitlichen Dispositionen lagen bei der X Kft. Aufgrund des mit 25.02. bis 28.02.2016 terminisierten Großevents in X war ein Fertigstellungstermin zwingend notwendig. Dies war die einzige zeitliche Vorgabe, die die N (A) GmbH der X Kft. gab.

5.3. Der Europäische Gerichtshof hat in richtungsweisenden Entscheidungen in den Rechtssachen C-307/09 – C-309/09 (Vicoplus) vom 10.02.2011 und in der die Republik Österreich betreffenden Rechtssache C-586/13 (M M) vom 18.06.2015 entscheidende Erfordernisse für eine Entsendung von Arbeitnehmern nach der Richtlinie 96/71/EG bzw. Abgrenzungskriterien zur Arbeitskräfteüberlassung festgelegt.
In der Rechtssache Vicoplus definiert der Europäische Gerichtshof die Überlassung von Arbeitnehmern als eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung im Sinne des Art. 57 Abs. 1 AEUV, bei der der zur Verfügung gestellte Arbeitnehmer im Dienst des Dienstleistungserbringers bleibt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem Entleiher geschlossen wird (Rz 43). Entgegen einer Überlassung ist eine Entsendung lediglich ein vorübergehender Ortswechsel von Arbeitnehmern, die in einen anderen Mitgliedstaat entsandt werden, um dort im Rahmen von Dienstleistungen ihres Arbeitgebers Arbeiten auszuführen (Rz 45). Im Gegensatz dazu stellt bei einer Überlassung nach Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 der Wechsel der Arbeitnehmer in einen anderen Mitgliedstaat anders als bei einem nur vorübergehenden Ortswechsel den eigentlichen Gegenstand einer länderübergreifenden Dienstleistung dar (Rz 46). Als drittes Kriterium führt der Gerichtshof an, dass der Arbeitnehmer unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens arbeitet, also seine Arbeit nicht im Rahmen einer Dienstleistung verrichtet, die sein Arbeitgeber im Aufnahmemitgliedstaat erbringt (Rz 47).
Eine genauere Unterscheidung trifft die Generalanwältin in ihren Schlussanträgen zur Rechtssache C-586/13 (M M) und unterscheidet darin streng zwischen Entsendung und Überlassung. In Rz 41 stützt sie sich auf die Schlussanträge des Generalanwalts Bot in der Rechtssache Vicoplus, nämlich das Beispiel eines

Dienstleistungsvertrages, durch den sich ein auf die Installation von Software spezialisiertes Unternehmen A mit Sitz in einem Mitgliedstaat verpflichtet, seine Ingenieure zu einem Unternehmen B mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat zu senden um das EDV-System von B aufzubauen. Ein solcher Vertrag beinhaltet zwar eine transnationale Beschäftigung von Arbeitnehmern, sein Gegenstand ist jedoch die Erbringung von Dienstleistungen der Informationstechnologie (womöglich verbunden mit der Lieferung elektronischer Ausstattung). Es handelt sich deshalb um eine Entsendung von Arbeitnehmern. Nehmen wir stattdessen an, dass A sich zur Abstellung von Personal verpflichtet, das ein Jahr lang innerhalb eines auf die Entwicklung von Spielen spezialisierten Unternehmens C arbeiten soll, um bei der Entwicklung eines neuen Spiels mitzuhelfen. A erhält von C jeden Monat ein Honorar, das auf einen Pauschalbetrag pro Arbeitnehmer und Arbeitstag beruht. Der Gegenstand eines solchen Vertrags ist eindeutig, C bestimmtes Personal zur Verfügung zu stellen. Sofern die abgestellten Arbeitnehmer ihre Aufgaben unter Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnehmen, handelt es sich ohne Zweifel um eine Überlassung von Arbeitskräften.

Zur Rechtssache M M wurde dargelegt, dass M M verpflichtet war, jede Woche 25 Rinderhälften für Alpenrind zu verarbeiten und das Fleisch in Stücke geschnitten zu verpacken. M M hat nach freiem Ermessen die Anzahl der zur Erfüllung des Vertrags erforderlichen Arbeitnehmer festgelegt und richtete sich die M M zustehende Vergütung nach der verarbeiteten Fleischmenge. Alpenrind war zur Herabsetzung der Vergütung berechtigt, falls das Fleisch mangelhaft verarbeitet war. Nach diesen Faktoren war der Ortswechsel der in Rede stehenden ungarischen Arbeitnehmer nicht der „eigentliche Gegenstand“ des Vertrags, er ging mit der Erbringung der in der Fleischverarbeitung und -verpackung bestehenden Dienstleistung an A einher. Die Tragung des wirtschaftlichen Risikos sah die Generalanwältin nicht als entscheidenden Faktor an. Werde dieses Risiko in erster Linie vom Dienstleister getragen, sei dies im allgemeinen ein Indiz dafür, dass der Vertrag nicht eine Überlassung, sondern eine Entsendung von Arbeitnehmern umfasse; sie sah darin ein Charakteristikum des Marktes für die betreffende Dienstleistung und der von den Parteien im Einzelfall vereinbarten konkreten Vertragsbedingungen (Rz 44, 45 und 46). Sie sah in der Fleischverarbeitung und -verpackung die Erbringung einer gegenüber der Arbeitskräfteüberlassung eigenständigen Dienstleistung (Rz 48). Für die Abgrenzung einer Überlassung und einer Entsendung kommt es auch nicht entscheidend darauf an, ob der Vertrag in den Räumlichkeiten des Kunden/verwendenden Unternehmens erfüllt wird, ob in diesem Fall Miete gezahlt wird, ob die betreffenden Arbeitnehmer vom Kunden/verwendenden Unternehmen geschult werden und ob es sich um den einzigen Kunden/das einzige verwendende Unternehmen im Aufnahmemitgliedstaat handelt (Rz 49). Vielmehr erkannte sie es als nicht ungewöhnlich, dass entsandte Arbeitnehmer eines Dienstleisters in den Räumlichkeiten des Kunden arbeiten und dessen Werkzeuge und Ausrüstungsgegenstände benutzen (Rz 50). Ebenso ist nicht

entscheidend, dass die betreffenden Arbeitnehmer vom Kunden/verwendenden Unternehmen geschult werden oder dass der Kunde eine Schulung über Arbeitsschutzmaßnahmen am Arbeitsplatz durchführt (Rz 51). Zur Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wird darauf hingewiesen, dass bei einer Überlassung es das verwendende Unternehmen ist, dass die Arbeit organisiert, dem einzelnen Arbeitnehmer Weisungen erteilt, wie er seine Aufgabe zu erfüllen hat, und kontrolliert, ob er diese Weisungen befolgt (Rz 53). Der Vertragsgegenstand liefert in der Regel nützliche Anhaltspunkte dafür, wer die Aufsicht über den/die betreffenden Arbeitnehmer ausübt und die Leitung innehat. Falls sich die Vergütung im Wesentlichen nach dem Umfang der von den einzelnen Arbeitnehmer verrichteten Arbeit und nicht nach einer gegenüber der Arbeitskräfteüberlassung eigenständigen Dienstleistung bemisst, wird das verwendende Unternehmen höchstwahrscheinlich von der Möglichkeit Gebrauch machen, den Arbeitnehmern genaue Weisungen zu erteilen, wie sie ihre Aufgaben zu erfüllen haben, und auch die Befolgung dieser Weisungen überwachen. Dadurch will das verwendende Unternehmen schlichtweg die überlassenen Arbeitskräfte optimal einsetzen. Wird die Vergütung hingegen anhand einer gegenüber der Arbeitskräfteüberlassung eigenständigen Dienstleistung berechnet, werden die Arbeitnehmer sehr wahrscheinlich unter der Aufsicht und Leitung des Dienstleisters verbleiben. In diesem Fall ist es der Dienstleister und nicht der Kunde, der ein Interesse daran hat, das seine Arbeitnehmer möglichst effizient für die Erbringung der in Rede stehenden Dienstleistung eingesetzt werden (Rz 54). In diesem Zusammenhang ist zu unterscheiden zwischen der Beaufsichtigung und Leitung der Arbeitnehmer selbst und der vom Kunden durchgeführten Überprüfung der ordnungsgemäßen Erfüllung eines Dienstleistungsvertrages (Rz 55). Wenn wie in der Rechtssache M M der Vorarbeiter von Alpenrind dem Vorarbeiter von M M Weisungen erteilte, welches Fleisch auf welche Weise zu verarbeiten war, und überprüfte, ob die hergestellten Fleischpackungen diesen Weisungen entsprachen, und Alpenrind offenbar auch über Arbeitsschutzvorschriften belehrte, die die Arbeitnehmer von M M bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu beachten hatten, und M M für die Arbeitsorganisation verantwortlich geblieben ist, wobei ihr Vorarbeiter die Aufgaben auf die Arbeitnehmer verteilt und ihnen auf Ungarisch individuelle Weisungen erteilt hat, auf welche Weise das Fleisch zu verarbeiten und zu verpacken gewesen ist, und die Befolgung dieser Weisungen überwacht hat, bestehen keine Bedenken, dass die streitige grenzüberschreitende Beschäftigung der Arbeitnehmer eine Entsendung und nicht eine Überlassung darstellt (Rz 56 und 57).

Unter Zugrundelegung des Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 96/71 und der §§ 3 und 4 AÜG kam daher der Gerichtshof im Urteil vom 18.06.2015, C-586/13, zu dem Ergebnis, dass bei der Feststellung, ob der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung die Entsendung (gemeint wohl Überlassung) des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat ist, insbesondere jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen ist, dass der Dienstleistungserbringer nicht die Folgen einer nicht

vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich festgelegten Leistung trägt. Ergibt sich daher aus dem Vertrag, dass der Dienstleistungserbringer verpflichtet ist, die vertraglich vereinbarte Leistung ordnungsgemäß auszuführen, ist es grundsätzlich weniger wahrscheinlich, dass es sich um eine Arbeitskräfte-überlassung handelt, als wenn er die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung dieser Leistung nicht zu tragen hat (Rz 36). Dabei deutet der Umstand, dass die Vergütung des Dienstleistungserbringers nicht nur von der Menge des verarbeiteten Fleisches, sondern auch von dessen Qualität abhängt, darauf hin, dass der Dienstleistungserbringer zur ordnungsgemäßen Ausführung dieser Leistung verpflichtet ist. Zudem kann der Umstand, dass es dem Dienstleistungserbringer frei steht, die Zahl der Arbeitnehmer zu bestimmen, deren Entsendung in den Aufnahmemitgliedstaat er für sachgerecht hält, dafür sprechen, dass der Gegenstand der betreffenden Leistung nicht der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat ist, sondern dieser Wechsel mit der Erfüllung der in dem in Rede stehenden Vertrag vereinbarten Leistung einhergeht, und dass es sich somit um eine Entsendung von Arbeitnehmern handelt (Rz 38). Weder der Umstand, dass der Dienstleistungserbringer nur einen einzigen Kunden im Aufnahmemitgliedstaat hat, noch die Tatsache, dass er die Räumlichkeit, in denen die Dienstleistung erbracht wird, und die Maschinen mietet, liefern einen sachgerechten Hinweis für die Beantwortung der Frage ob der tatsächliche Gegenstand der in Rede stehenden Erbringung von Leistungen der Wechsel von Arbeitnehmern in diesen Mitgliedstaat ist. Außerdem ist zwischen der Beaufsichtigung und Leitung der Arbeitnehmer selbst und der vom Kunden durchgeführten Überprüfung der ordnungsgemäßen Erfüllung eines Dienstleistungsvertrags zu unterscheiden. Bei der Erbringung von Dienstleistungen ist es nämlich üblich, dass der Kunde überprüft, ob die Dienstleistung vertragsgemäß erbracht wird. Zudem kann der Kunde bei der Erbringung von Dienstleistungen den Arbeitnehmern des Dienstleistungs-erbringers bestimmte allgemeine Anweisungen erteilen, ohne dass damit in Bezug auf diese Arbeitnehmer die Ausübung einer Leitungs- und Aufsichtsbefugnis verbunden ist, sofern der Dienstleistungserbringer seinen Arbeitnehmern die genauen und individuellen Weisungen erteilt, die er für die Ausführung der betreffenden Dienstleistungen für erforderlich hält. In der Rz 41 hält daher der Gerichtshof für die Feststellung, ob ein Vertragsverhältnis als Arbeitskräfteüberlassung iSd Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 einzustufen ist, fest, dass jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen ist, ob der Wechsel des Arbeitnehmers 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 frei steht, 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 zukommt, 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.

Da auch die gegenständliche Dienstleistungserbringung Auslandsbezug aufweist und den mit der Richtlinie 96/71/EG geregelten freien Dienstleistungsverkehr betrifft, war die Auslegung des Europäischen Gerichtshofes in den obzitierten Entscheidungen auch bei der Rechtsanwendung des nationalen Rechts heranzuziehen. Nach den Erwägungen der Generalanwältin und des Gerichtshofes liegen daher auch im vorliegenden Fall Anhaltspunkte vor, die für eine Entsendung sprechen, insbesondere, dass Gegenstand des Vertrags die eigenverantwortliche Erbringung von Montageleistungen und nicht eine Arbeitskräfteüberlassung ist, sowie dass für die vertragsgemäße Ausführung bzw. für eine Mängelbehebung das entsendende Unternehmen haftet sowie dass genaue Anweisungen für die Ausführung der Leistung sowie die Zahl der Arbeitnehmer, die die Leistung erbringen, vom entsendenden Unternehmen stammen und dass letztlich konkrete Anweisungen hinsichtlich der Erbringung der Leistung im Detail ebenfalls vom entsendenden Unternehmen kommen. Angesichts dieser Anhaltspunkte war die von der Beschwerdeführerin angenommene Arbeitskräfteüberlassung nicht nachweisbar und nicht mehr aufrecht zu erhalten.

5.4. Zusammengefasst kann daher dem Beschuldigten die in der Aufforderung zur Rechtfertigung angelastete Übertretung des AVRAG nicht vorgeworfen werden. Die belangte Behörde hat das Verwaltungsstrafverfahren gegen den Beschuldigten insofern zu Recht eingestellt. Der Bescheid der belangten Behörde vom 11.05.2016, SanRB96-33-2016, ist deshalb nicht zu beanstanden, weshalb die Beschwerde des Finanzamts vom 20.05.2016 abzuweisen war.

II. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Entscheidung stützt sich auf die zitierte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes und Europäischen Gerichtshofes.

## R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten.

Die Beschwerde/Revision ist nicht mehr zulässig, wenn nach Verkündung oder Zustellung des Erkenntnisses oder Beschlusses ausdrücklich auf die Beschwerde/Revision verzichtet wird. Der Verzicht auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof ist dem Verwaltungsgericht schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht auf die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof ist nach Zustellung der Ausfertigung des Erkenntnisses oder Beschlusses dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

## H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt