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-301520/19/KLi/PP

Datum: Linz, 30. November 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde vom 3. April 2017 des J.W., geb. x, X, S., vertreten durch Mag. G.K., Rechtsanwalt, X, W., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 1. März 2017, GZ: SanRB96-533-2016, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 1. März 2017, GZ: SanRB96-533-2015, aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde noch zum Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu bezahlen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgserichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land (im Folgenden: belangte Behörde) vom 1. März 2017, SanRB96-533-2016, wurden dem Beschwerdeführer nachfolgende Übertretungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) vorgeworfen:

„Sie haben es als der gem. § 9 VStG nach außen zur Vertretung Berufene der Firma T. GmbH mit Sitz in X, F. zu verantworten, dass Organe der Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde bei den erforderlichen Erhebungen auf der Baustelle in BVH Umfahrung L., L. 16.06.2015 um 11:00 Uhr die Unterlagen zur Überprüfung der Arbeitnehmer nicht bereitgestellt werden konnten, wobei bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen den Beschäftiger, trifft, und der Überlasser jene Unterlagen, die zur Überprüfung der Arbeitnehmer nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts erforderlich sind (Lohnunterlagen), in deutscher Sprache für die Dauer der Beschäftigung der Arbeitnehmer/innen am Arbeits(Einsatz)ort bereitzustellen hat. Diese Unterlagen haben Sie nicht bereitgestellt.

1. Name und Geburtsdatum: G.C., geb. x
   Kontrollzeitpunkt: 16.06.2015 um 10:15 Uhr
   Beschäftigungs- bzw. Tatort: auf der Baustelle Umfahrung L., L.

2. Name und Geburtsdatum: M.C., geb. x
   Kontrollzeitpunkt: 16.06.2015 um 10:15 Uhr
   Beschäftigungs- bzw. Tatort: auf der Baustelle Umfahrung L., L.

3. Name und Geburtsdatum: R.K., geb. x
   Kontrollzeitpunkt: 16.06.2015 um 10:15 Uhr
   Beschäftigungs- bzw. Tatort: auf der Baustelle Umfahrung L., L.

4. Name und Geburtsdatum: W.M., geb. x
   Kontrollzeitpunkt: 16.06.2015 um 10:15 Uhr
   Beschäftigungs- bzw. Tatort: auf der Baustelle Umfahrung L., L.

5. Name und Geburtsdatum: W.S., geb. x
   Kontrollzeitpunkt: 16.06.2015 um 10:15 Uhr
   Beschäftigungs- bzw. Tatort: auf der Baustelle Umfahrung L., L.

6. Name und Geburtsdatum: K.Z., geb. x
   Kontrollzeitpunkt: 16.06.2015 um 10:15 Uhr
   Beschäftigungs- bzw. Tatort: auf der Baustelle Umfahrung L., L.“

Der Beschwerdeführer habe dadurch § 7d Abs. 2 iVm § 7i Abs. 4 Z 2 AVRAG verletzt. Über ihn würden Geldstrafen von jeweils 4.000 Euro, insgesamt 24.000 Euro bzw. Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 27 Stunden, insgesamt

162 Stunden verhängt. Ferner habe der Beschwerdeführer einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens von 2.400 Euro zu bezahlen.

Begründend führte die belangte Behörde aus, der Sachverhalt ergebe sich aus einer Anzeige der Finanzpolizei. Im Zuge der Kontrolle am 16. Juni 2015 um 10:15 Uhr bei der Firma B. GmbH auf der Baustelle Umfahrung L. seien die im Spruch genannten sechs Arbeiter angetroffen worden. Die Arbeiter hätten Personenblätter ausgefüllt, wobei sich herausgestellt habe, dass die sechs Arbeiter über die Firma T. GmbH nach Österreich überlassen worden seien.

Eine niederschriftliche Befragung des Zeugen W.S. habe ergeben, dass es sich im gegenständlichen Fall nicht um eine Erfüllung eines echten Werkvertrages handle, sondern um Arbeitskräfteüberlassung, weil bei Arbeitskräftemangel Ing. Mag. G.F. informiert werde, der sich um zusätzliches Personal für die Auftragserfüllung kümmere; nötiges Personal bei der B. GmbH angefordert werde; die Berichte der erbrachten Leistungen von W.S. an die B. GmbH übermittelt würden, die ausländischen Firmen würden diesen Bericht nicht direkt übermittelt bekommen. Weiters seien von der B. GmbH Abrechnungen übermittelt worden, aus denen hervorgehe, dass kein eigenständiges Gewerk, sondern erbrachte Arbeitsleistung in Form von Arbeitsstunden und verlegte Tonnen Baustahl abgerechnet würden.

Um die Einhaltung der Verpflichtung zur Breithaltung der Lohnunterlagen gemäß § 7d AVRAG überprüfen zu können, sei im Zuge der Kontrolle am 16. Juni 2015 die Vorlage der Lohnunterlagen, welche zur Überprüfung des nach österreichischem Recht gebührenden Entgelts notwendig seien, verlangt worden. Es hätten keine Arbeitsverträge, Stundenaufzeichnungen, Lohnzettel oder Kassen- bzw. Überweisungsbelege vorgelegt werden können. Aus Sicht der Abgaben-behörde sei die Bereithaltung der Lohnunterlagen am Arbeitsort zumutbar gewesen.

In einer Stellungnahme habe der Beschwerdeführer angegeben, dass die T. GmbH von der B. GmbH beauftragt worden sei, beim genannten Bauvorhaben Betonbaueisenverlegungsarbeiten/Flechtarbeiten durchzuführen. Zwischen den beiden Firmen sei ein Vertrag abgeschlossen worden. Die T. GmbH habe „in Sub“ die R. Sp.z.o.o. beauftragt, diese Arbeiten durchzuführen; es sei ein Werkvertrag abgeschlossen worden. Bei den angeführten Arbeitnehmern handle es sich nicht um Arbeitnehmer der T. GmbH. Lediglich die Arbeitnehmer W.S. und R.K. seien für die T. GmbH im Einsatz gewesen. Der Beschwerdeführer habe keinen Verstoß gegen die angezeigten Verwaltungsvorschriften zu vertreten.

Der zwischen der T. GmbH und R. Sp.z.o.o. abgeschlossene Werkvertrag weise sämtliche Merkmale eines solchen Vertrages auf, so auch eine Regelung hinsichtlich der Gewährleistung und Haftung für Bauschäden, auch die Abrechnung

sei auf Werkvertragsbasis erfolgt. Von einer Arbeitskräfteüberlassung könne daher keine Rede sein.

Für den Beschwerdeführer sei es vollkommen unerklärlich, wie der Zeuge W.S. habe anführen können, dass er einerseits als Baustellenkoordinator für die B. GmbH gehandelt habe und andererseits Anweisungen an die ausländischen Arbeitnehmer gegeben habe. Dieser habe sich offenbar in einer Ausnahmesituation befunden. Für die T. GmbH seien lediglich W.S. und R.K. im Einsatz gewesen. Für diese seien die erforderlichen Arbeitspapiere/Bescheinigungen vorhanden gewesen.

In einer Stellungnahme vom 13. Juni 2016 habe die Finanzpolizei dazu vorgebracht, dass W.S. in seiner Niederschrift selbst angegeben habe, als Koordinator für die B. GmbH auf der Baustelle tätig zu sein und Arbeitsanweisungen an die Arbeiter der ausländischen Firmen zu erteilen. Wenn zusätzliches Personal benötigt werde, informiere er Ing. Mag. G.F. von der B. GmbH, damit dieser kurzfristig zusätzliches Personal bereitstelle. Einen Bericht über die erbrachten Leistungen würde er an die B. GmbH übermitteln. Die T. GmbH erhalte diesen Bericht nicht. Nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt gemäß § 4 AÜG sei von Arbeitskräfteüberlassung auszugehen.

Diese Stellungnahme der Finanzpolizei sei vom Beschwerdeführer in einer Stellungnahme vom 22. Juli 2016 als pauschal zurückgewiesen worden. Darüber hinaus seien eine eidesstättige Erklärung dieses Zeugen sowie eine eidesstättige Erklärung des Beschwerdeführers vorgelegt worden. Diesbezüglich sei von der Finanzpolizei eine Stellungnahme dahingehend abgegeben worden, dass am ordnungsgemäßen Zustandekommen der Niederschrift mit dem Zeugen W.S. keine Zweifel bestehen würden und daher diese Erstangaben als richtig zu werten seien. Demgegenüber habe der Beschwerdeführer erwidert, dass die Stellungnahme der Finanzpolizei allgemein gehalten sei und sich daraus keine Anhaltspunkte ergeben würden, weshalb den nunmehrigen eidesstattlichen Erklärungen des Zeugen W.S. kein Glauben geschenkt würde.

Unter Wiedergabe der gesetzlichen Bestimmungen führte die belangte Behörde sodann aus, dass beweiswürdigend den Ausführungen der Abgabenbehörde gefolgt werde und nach allgemeiner Lebenserfahrung kein Anlass für Zweifel an deren Schlüssigkeit bestehe. Den Erstaussagen des Zeugen W.S. sei mehr Glauben zu schenken, als einer wohlüberlegten Aussage, die Monate später verfasst worden sei.

Das Verfahren habe keine Umstände hervorgebracht, die Zweifel an der gegenständlichen Verwaltungsübertretung bzw. am Verschulden des Beschwerdeführers

hervorgerufen hätten. In einer Gesamtzusammenschau sei von Arbeitskräfte-überlassung auszugehen. Der Beschwerdeführer habe diese in objektiver und subjektiver Hinsicht zu verantworten.

Im Hinblick auf die Strafzumessung führte die belangte Behörde aus, dass die verhängte Strafe ausreichend erscheine, um den Beschwerdeführer in Zukunft von der Begehung ähnlicher Verstöße gegen die österreichische Rechtsordnung abzuhalten.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die Beschwerde vom 3. April 2017, mit welcher das Straferkenntnis zur Gänze angefochten wird.

Begründend führt der Beschwerdeführer aus, die belangte Behörde gehe von einer Übertretung der Bestimmungen des § 7d Abs. 2 iVm § 7i Abs. 4 Z 2 AVRAG aus. Die belangte Behörde gehe bei der Beurteilung des gegenständlichen Sachverhaltes davon aus, dass im konkreten Fall eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegen würde. Die Behörde stütze sich im Wesentlichen lediglich auf die Angaben des W.S. bei seiner Einvernahme durch die Finanzpolizei am 16. Juni 2015. Mit den im Verfahren vorgelegten eidesstattigen Erklärungen des Zeugen W.S. sowie des Beschwerdeführers habe sich die Behörde nicht auseinander-gesetzt.

Tatsache sei, dass die B. GmbH die T. GmbH beauftragt habe, beim gegenständlichen Bauvorhaben Betonbaueisenverlegungsarbeiten / Flechtarbeiten durchzuführen. Die T. GmbH habe in weiterer Folge die R. Sp.z.o.o. beauftragt diese Arbeiten selbständig durchzuführen. Gegenständlicher Vereinbarung liege ein Werkvertrag zugrunde. Dieser Vertrag würde sämtliche Merkmale eines Werkvertrages aufweisen, so auch eine Regelung hinsichtlich der Gewährleistung und Haftung sowie die Abrechnung auf Werkvertragsbasis. Bereits daraus ergebe sich, dass von einer Arbeitskräfteüberlassung keine Rede sein könne.

Geschuldet gewesen sei ein Werk. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung sei eine Arbeitskräfteüberlassung ausschließlich und alleinig dann gegeben, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistungen im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen würden, aber kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnis des Werkvertrages abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken würden, oder die Arbeit nicht vorübergehend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten würden, oder organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert seien und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen würden, oder der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haften würde. Nach den Bemerkungen zu § 4 AÜG wie auch der höchstgerichtlichen Judikatur ergebe sich, dass die im Rahmen von

Werkverträgen übliche Verwendung von Erfüllungsgehilfen stets grundsätzlich keine Überlassung von Arbeitskräften darstelle.

Die konkret zu erbringende Werkleistung (Bewehrung) bestehe darin, dass die lagerichtige Verlegung mit bauseits bzw. mit vom Biegebetrieb bereitgestellten und allenfalls von Eisenbiegern vorgefertigten Betonstählen bzw. Betonstahlkonstruktionen vorgenommen würde. Wesentliche Leistungsmerkmale seien die Termintreue, die Einhaltung der richtigen Abstände der statisch wirksamen Stähle zueinander und der Abstand der Konstruktion zur Schalung. Somit komme man zu dem Ergebnis, dass es sich definitiv um ein eigenständiges Gewerk handle und eine Haftung des Werkunternehmers für den Erfolg der Werkleistung gegeben sei. Auch wenn eine Abgrenzung zwischen Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertrag schwierig sei, sei im Ergebnis letztlich der wahre wirtschaftliche Gehalt maßgebend. Entscheidend sei das Gesamtbild der Verhältnisse. Insofern komme man zwingend zu dem Ergebnis, dass ein Zusammenwirken der Arbeitskräfte des Unternehmens des Beschwerdeführers und der B. GmbH nicht stattfinde. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte die Behörde zu dem Ergebnis kommen müssen, dass keinesfalls eine Arbeitskräfteüberlassung vorliege.

Der Beschwerdeführer beziehe ein monatliches Einkommen von 1.900 Euro, er sei sorgepflichtig für minderjährige Kinder. Die Strafhöhe würde mehr als ein gesamtes Jahreseinkommen darstellen. Die Strafe sei weder tat- noch schuldangemessen. Der Beschwerdeführer sei bislang verwaltungsstrafrechtlich unbescholten. Aus diesem Grund sei es, selbst wenn man ausdrücklich bestrittener Maßen zum Ergebnis kommen würde, dass der Tatbestand verwirklicht sei, ausreichend, mittels Ermahnung vorzugehen. In eventu wäre die Strafe auf die Hälfte des gesetzlichen Mindestmaßes zu reduzieren gewesen.

Der Beschwerdeführer beantrage, das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos zu beheben und das Verfahren einzustellen; in eventu das Verfahren unter Erteilung einer Ermahnung einzustellen; in eventu die Strafhöhe auf tat- und schuldangemessenes Maß herabzusetzen.

I.3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beraumt daraufhin für 12. Juni 2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung an, in welcher die Vernehmungen des Beschwerdeführers, der Zeugen W.S., Ing. Mag. G.F., Ing. H.W. und R.K., erfolgten. Auf die Vernehmung der geladenen, aber nicht erschienen polnischen Arbeiter, wurde allseits verzichtet.

Darüber hinaus wurde in dieser Verhandlung die Sach- und Rechtslage umfassend erörtert. Sämtlichen Parteien wurde die Möglichkeit eingeräumt, Vertragsunterlagen vorzulegen, welche verlesen und zum Akt genommen wurden. Sämtliche Parteien hatten die Möglichkeit, Stellungnahmen dazu sowie zur Abgrenzung zwischen Entsendung und Arbeitskräfteüberlassung zu erstatten.

II. Nachfolgender Sachverhalt steht fest:

II.1. Der Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) ist gemeinsam mit dem Mitbeschuldigten S.B. (in der Folge: Zweit-Bf) handelsrechtlicher Geschäftsführer des Unternehmens T. GmbH mit Sitz in Freilassing / Deutschland. Zwischen den beiden Geschäftsführern besteht keine Aufgabenverteilung; sämtliche Maßnahmen werden nach Besprechung gemeinsam entschieden. Auch im vorliegenden Fall wurden alle Entscheidungen gemeinsam getroffen; für die Abwicklung der verfahrensgegenständlichen Baustelle war sodann der Zweit-Bf verantwortlich.

Unternehmensgegenstand sind u.a. die Verlegung von Betonstahl und die Verrichtung von Bewehrungsmaßnahmen. Im vorliegenden Fall war das Unternehmen des Bf mit Bewehrungsnahmen im Zuge der Errichtung der Umfahrung L. befasst. Das Unternehmen des Bf wurde von der B. GmbH mit der Bearbeitung der gegenständlichen Baustelle beauftragt. Der Vertragsgegenstand wird weiter unten näher dargestellt; ob es sich bei diesem Vertrag um einen Werkvertrag oder um eine Arbeitskräfteüberlassung handelt, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

Das Unternehmen des Bf beschäftigte ursprünglich 300 Arbeiter, wurde dann sukzessive verkleinert auf 100 und dann auf 50 Arbeiter, abhängig von der Auftragslage. Im Vorjahr beschäftigte das Unternehmen nur fünf Arbeiter; zur Tatzeit verfügte das Unternehmen des Bf über keine eigenen Arbeiter, abgesehen von den Zeugen W.S. und R.K.

Zum verfahrensgegenständlichen Sachverhalt waren ursprünglich vier Strafverfahren anhängig, jeweils gegen beide Geschäftsführer wegen Nichterstattens der ZKO4-Meldung und Nichtbereithaltens der Lohnunterlagen. Im Strafverfahren gegen den Zweit-Bf wegen Nichtbereithaltens der Lohnunterlagen ist bereits vor der belangten Behörde Verfolgungsverjährung eingetreten, sodass dieses Verfahren von der belangten Behörde richtiger Weise eingestellt wurde.

Im Strafverfahren gegen den Bf wegen Nichterstatten der ZKO4-Meldung ist das Beschwerdeverfahren zu GZ: LVwG-300519-2017 sowie gegen den Zweit-Bf das Beschwerdeverfahren zu GZ: LVwG-301518-2017 anhängig; gegen den Bf ist ferner das gegenständliche Beschwerdefahren zu GZ: LVwG-301520-2017 wegen Nichtbereithalten der Lohnunterlagen anhängig.

II.2. Das „B.-Unternehmen“ setzt sich aus zwei Unternehmen zusammen, der B. S. GmbH, die die Produktion und Lieferung von Betonstahl betreibt und die B. GmbH, die die Verlegung und Montage der Bewehrung durchführt.

II.3. Die R. Sp.z.o.o. ist ein polnisches Unternehmen mit Sitz in W., Unternehmensgegenstand ist die Verrichtung von Bewehrungsarbeiten. Das Unternehmen des Bf beauftragte dieses polnische Unternehmen mit Teilen der Bewehrungsarbeiten auf der Baustelle „Umfahrung L.“. die weiter unten näher dargestellt werden.

Von diesem polnischen Unternehmen arbeiteten die im Spruch des Straferkenntnisses genannten Arbeiter, G.C., M.C., W.M. und K.Z. auf der Baustelle (neben den beiden Arbeitern des Bf, W.S. und R.K.). Ob es sich um eine Entsendung oder um eine Arbeitskräfteüberlassung (bzw. eine Kette von Arbeitskräfteüberlassungen von der R. Sp.z.o.o. an die T. GmbH und sodann an die B. GmbH) handelt, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

II.4. Das gegenständliche Bauprojekt „Umfahrung L.“ wurde von verschiedenen Unternehmen umgesetzt. Für die Projektleitung war die H. m.b.H. zuständig. Für die Errichtung des Tunnelsystems war die „A. X Umfahrung L. Ost“ verantwortlich, die sich aus zwei Unternehmen – der ÖSTU-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH und der G. HINTEREGGER & Söhne Baugesellschaft m.b.H. – zusammensetzte.

Hinsichtlich der Stahlbetonarbeiten beauftragte die „A. X Umfahrung L. Ost“ die Unternehmen B. S. GmbH mit der Lieferung und die B. GmbH mit der Verlegung des Betonstahls.

Die B. GmbH beauftragte mit der Verlegung des Betonstahls im Tunnelsystem sowohl die ungarische A. Kft. als auch die deutsche T. GmbH. Die T. GmbH beauftragte sodann die polnische R. Sp.z.o.o. mit Verlegearbeiten.

II.5. Für die Umsetzung des Gesamtprojektes „Umfahrung L.“ war in zwei Bauweisen vorzugehen.

Die offene Bauweise betraf die im Freiland befindlichen Teile der Umfahrung, die hier nicht Verfahrensgegenstand sind. Die bergmännische Bauweise betraf die hier verfahrensgegenständliche Errichtung des Tunnelsystems. Die B. GmbH wurde für die Verlegung des Betonstahls im gesamten Tunnelsystem beauftragt.

Das Tunnelsystem setzte sich aus dem Haupttunnel und den Nebenstollen zusammen. Sowohl im Haupttunnel als auch in den Nebenstollen waren sowohl die Sohle – also jener Teil auf dem die Fahrbahn verläuft – als auch das Gewölbe mit Betonstahl zu bewehren.

Im Haupttunnel wurden die Verlegearbeiten an der Sohle von der T. GmbH bzw. der von ihr beauftragten R. Sp.z.o.o. verrichtet; die Verlegearbeiten am Gewölbe des Haupttunnels wurden von der A. Kft. erledigt (welche die B. GmbH direkt beauftragt hatte). In den Nebenstollen wurden sämtliche Bewehrungsarbeiten

sowohl an der Sohle als auch am Gewölbe von der T. GmbH bzw. der von ihr beauftragten R. Sp.z.o.o. verrichtet.

Verfahrensgegenständlich ist strittig, ob es sich bei dem zwischen der B. GmbH und der T. GmbH abgeschlossenen Vertrag um einen Werkvertrag und damit in arbeitsrechtlicher Hinsicht um eine Entsendung oder um eine Arbeitnehmerüberlassung handelt; allenfalls kommt auch eine Kette von Arbeitskräfteüberlassungen von der R. Sp.z.o.o. an die T. GmbH und sodann von der T. GmbH an die B. GmbH in Betracht. Dies ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

II.6. Zwischen der „A. X Umfahrung L. Ost“ und den beiden Unternehmen (1.) B. S. GmbH sowie (2.) B. GmbH wurde ein Werkvertrag über die zu erbringenden Leistungen abgeschlossen.

Vertragsgegenstand war das Liefern der Bewehrung gemäß dem dem Vertrag beiliegenden Leistungsverzeichnis durch die B. S. GmbH und das Verlegen, Versetzen und Montieren der gelieferten Bewehrung gemäß dem dem Vertrag beiliegenden Leistungsverzeichnis durch die B. GmbH. Die Preise für die in Auftrag gegebenen Leistungen wurden als Festpreise vereinbart; die Ausführung von Regiearbeiten bedurfte ausnahmslos der schriftlichen Genehmigung durch die A. Für die Abrechnung wurden die vereinbarten Einheitspreise zugrunde gelegt. Die beiden B.-Unternehmen mussten die Funktionstüchtigkeit der vereinbarten Werkleistungen garantieren.

Betreffend Haftung und Gewährleistung wurde vereinbart, dass die Übernahme erfolgt, wenn die Leistungen keine Mängel aufweisen. Eine Haftung wurde für alle anlässlich der Leistung entstehenden Schäden am Eigentum und Vermögen Dritter oder des Bauherrn in Form einer Schad- und Klagloshaltung vereinbart; ferner dass dann, wenn die Leistung mit behebbaren Mängeln übernommen werden sollte, der Auftraggeber das Recht hat, den noch ausstehenden Werklohn bis zur Behebung einzubehalten. Die Auftragnehmerin hatte für die sach- und fachgerechte sowie für die termingemäße Ausführung der beauftragten Leistungen zu haften; insbesondere dafür, dass die Leistung die gewöhnlich vorausgesetzten und die in diesem Vertrag zugesicherten Eigenschaften hat.

II.7. Zwischen der B. GmbH und der T. GmbH wurde ebenfalls ein schriftlicher Vertrag über die zu verrichtenden Bewehrungsarbeiten abgeschlossen. Diesem Vertag wurden u.a. die Bedingungen des Auftraggebers der B. GmbH (also deren Vertrag mit der A.) sowie die „Vertragsbedingungen für Bewehrungsarbeiten (AVB-BA 2010) samt Baustellenordnung und die Allgemeinen Vertrags- und Einkaufsbedingungen der B. GmbH sowie die einschlägigen technischen Ö-NORMEN, subsidiär die DIN, zugrunde gelegt.

Als Preise wurden Festpreise vereinbart, die alle Arbeiten und Lieferungen zu enthalten hatten, die zur vollständigen Herstellung der beauftragten Leistungen gehörten, auch wenn diese in der Leistungsbeschreibung nicht besonders angeführt oder näher beschrieben waren. Im Rahmen der Gewährleistung hatte das Unternehmen des Bf für die sach- und fachgerechte sowie termingemäße Ausführung der beauftragten Leistungen zu haften; insbesondere dafür, dass diese Leistungen die gewöhnlich vorausgesetzten und die in diesem Auftrag zugesicherten Eigenschaften haben sowie den anerkannten Regeln der Technik und den einschlägigen Ö-Normen entsprechen.

Die dem Vertrag zugrunde gelegten „Allgemeinen Vertragsbedingungen für Bewehrungsarbeiten AVB-BA 2010“ enthalten darüber hinaus auf Werkverträge anzuwendende allgemeine Bestimmungen und umfassende Regeln für die Preisbildung, Vertragsstrafen, Gewährleistung, Schadenersatz, das Bestehen einer Haftpflichtversicherung, Rechnungslegung und Rücktritt vom Vertrag. Auch in den ebenfalls einen Vertragsbestandteil bildenden „Allgemeinen Vertrags- und Einkaufsbedingungen“ der B. GmbH finden sich diesbezügliche Regelungen, insbesondere zur Leistungsgarantie, zur Gewährleistung und zur Rechnungslegung, die wiederum auf die AVB-BA 2010 verwiesen.

II.8. Auch zwischen dem Unternehmen des Bf und dem polnischen Unternehmen wurde ein entsprechender Vertrag abgeschlossen, in welchem die Leistungen und Preise festgelegt wurden, wobei die Preise als Festpreise vereinbart wurden. Für die Ausführung der Leistungen wurden Ausführungsfristen und eine Erfüllungsgarantie vereinbart.

Im Rahmen der Gewährleistung hatte das polnische Unternehmen gegenüber dem Unternehmen des Bf für die sach- und fachgerechte sowie termingemäße Ausführung der beauftragten Leistung zu haften; insbesondere dafür, dass diese Leistungen die gewöhnlich vorausgesetzten und die in diesem Auftrag zugesicherten Eigenschaften haben sowie den anerkannten Regeln der Technik und den einschlägigen Ö-NORMEN entsprechen. Sollte das polnische Unternehmen nicht allen ihren Verpflichtungen nachkommen, wurde eine Haftung für alle entstehenden Nachteile und Folgeschäden vereinbart.

II.9. Am 16. Juni 2015 um 10:15 Uhr fand auf der „Baustelle Umfahrung L.“ eine Kontrolle des Unternehmens B. GmbH durch Organe der Abgabenbehörde statt. Im Zuge dieser Kontrolle wurden die beiden Arbeitnehmer des Unternehmens des Bf, die Zeugen W.S. und R.K., sowie die vier Arbeitnehmer des polnischen Unternehmens angetroffen.

Im Zuge der Kontrolle ergab sich, dass die von den Organen der Abgabenbehörde geforderten Lohnunterlagen iSd § 7d AVRAG vom Bf als Arbeitskräfteüberlasser nicht vorgelegt werden konnten. Ob für die kontrollierte Baustelle Lohnunterlagen

iSd § 7d AVRAG, wegen Arbeitskräfteüberlassung, bereitzuhalten gewesen wären, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

II.10. Für die Ausführung der Bewehrungsarbeiten war ein sehr straffes Zeitmanagement erforderlich. Es gab nur eine Einfahrt in den Tunnel und es war genau vorgesehen, wann der Tunnel für welches Unternehmen und für welche Arbeiten frei war. Diese Zeiten mussten genau eingehalten werden, um das Eisen in den Tunnel zu transportieren und dort zu verlegen. Im Tunnel selbst wären Manipulationen aufgrund der örtlichen Gegebenheiten nicht mehr möglich gewesen. Die Aufgabe des Zeugen S. war es, diese Zeiten und Zeitfenster zu koordinieren. Zu beachten war insbesondere auch, dass im Tunnel ein sogenannter Vortrieb tätig war, Sprengarbeiten verrichtet wurden und mit einem Bagger der Aushub aus dem Tunnel gebracht werden musste. In weiterer Folge musste die Bewehrung verlegt werden. Dazu mussten die vorhandenen Zeitfenster optimal ausgenutzt werden; z.B. bei Beginn eines Zeitfenster um 14:00 Uhr musste der LKW für den Transport des Bewehrungsmaterials in den Tunnel bereit sein, um nicht Zeit zu verlieren und Stehzeiten für das polnische Unternehmen zu verursachen. Um eine Kollision der einzelnen Arbeiten in den jeweiligen Abschnitten zu vermeiden bedurfte es u.a. der Koordination durch den Zeugen S.

Für die konkrete Bearbeitung wurde jeweils ein Wochenprogramm von der A. erstellt und u.a. dem polnischen Unternehmen übermittelt. Streng genommen wäre der organisatorische Lauf dieses Wochenprogrammes von der A. an die B. GmbH und dann weiter an das Unternehmen des Bf und von diesem an das polnische Unternehmen gegangen. Aus Vereinfachungsgründen wurde aber oftmals der unmittelbare, direkte Weg gewählt, ohne dass dadurch Weisungs- und/oder Aufsichtsbefugnisse begründet worden wären.

Weder der Bf noch der Zeuge W.S. erteilten im Hinblick auf die Verlegung der Betonstahlbewehrungen Weisungen an die vier polnischen Arbeiter, die selber in der Lage sein mussten und auch waren, die Verlegearbeiten zu verrichten. Der Zeuge S. war ausschließlich für die Koordination des zeitlichen Ablaufes der einzelnen Bauabschnitte und für die Kontrolle der von den polnischen Arbeitern fertig gestellten Verlegearbeiten (Logistik und Qualitätssicherung) zuständig. Eine Kontrolle der Verlegearbeiten war schon deshalb erforderlich, weil das polnische Unternehmen für die sach- und fachgerechte Verlegung der Betonstahlbewehrung gewährleistungs- und haftpflichtig war. Das Unternehmen des Bf haftete wiederum gegenüber der B. GmbH. Die Geschäftsführer der B. GmbH erteilten ihrerseits ebenso keine Weisungen an die Arbeiter des polnischen Unternehmens. Bis zur Kontrolle durch die Abgabenbehörde war diesen nicht bekannt, dass das Unternehmen des Bf den Auftrag seinerseits weitergegeben hatte, an das polnische Unternehmen.

Der Zeuge W.S. war im Unternehmen des Bf der Ansprechpartner für die B. GmbH. Aus Vereinfachungsgründen besprach insofern der Zeuge die Arbeiten auf der Baustelle direkt mit dem Zeugen Ing. Mag. G.F., anstelle des „Umweges“ über den Bf bzw. den Zweit-Bf. Der Zeuge W.S. war früher Dienstnehmer des Unternehmens B. GmbH, wo der Zeuge Ing. Mag. G.F. sein Vorgesetzter war; mit diesem ist der Zeuge S. zumindest auf beruflicher Ebene befreundet. Nicht zuletzt deshalb fanden auch Gespräche zwischen ihnen statt, ohne dass dadurch ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Zeugen und der B. GmbH entstanden wäre.

Der Zeuge R.K. hatte mit den Tunnelarbeiten nichts zu tun und war im Bereich der offenen Bauweise tätig. Im Bereich Tunnelbau verrichtete er keine Arbeiten. Seine Anwesenheit beschränkte sich darauf, die dortigen Tätigkeiten zu beobachten und zu erlernen, wobei er sich aber nicht aktiv an den Bewehrungsarbeiten im Tunnel beteiligte und weder selber Anweisungen erteilte noch welche erhielt.

Die polnischen Arbeiter erhielten ihre Arbeitsanweisungen von einem Mitarbeiter des polnischen Unternehmens, somit nicht vom Bf oder einem seiner Mitarbeiter, etwa dem Zeugen W.S. Auch ihre Bezahlung erhielten die polnischen Arbeiter vom polnischen Unternehmen.

II.11. Der Bf verdient monatlich ca. 2.000 Euro bis 2.200. Euro, 12-mal jährlich. Gemeinsam mit seiner Ehegattin besitzt er ein Einfamilienhaus, sie sind jeweils Hälfteeigentümer. Ebenfalls gemeinsam mit seiner Ehegattin hat der Bf Schulden in Höhe von ca. 80.000 Euro bis 100.000 Euro für einen Hauskredit, mit einer monatlichen Rückzahlung von ca. 550 Euro. Die Ehegattin des Bf ist nicht berufstätig. Der Bf ist sorgepflichtig für seine Ehegattin und einen Sohn im Alter von 25 Jahren, der noch studiert. Für zwei ältere Kinder ist der Bf nicht mehr sorgepflichtig.

Der Bf ist im Hinblick auf arbeitsrechtliche Verwaltungsübertretungen unbescholten.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Die Feststellungen zum Unternehmen des Bf ergeben sich aus dem Akteninhalt und aus den schlüssigen und glaubwürdigen Ausführungen des Bf in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht. Insbesondere gestand der Bf unumwunden zu, dass zwischen den beiden Geschäftsführern keine Aufgabenverteilung besteht und alle Entscheidungen gemeinsam getroffen werden, sodass auch alle beiden Geschäftsführer gegebenenfalls verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich sind. Den Schilderungen des Bf kommt insofern besonders hohe Glaubwürdigkeit zu.

III.2. Die Zusammensetzung des „B.-Unternehmens“ geht ebenfalls bereits aus dem Akteninhalt, den im Beschwerdeverfahren vorgelegten Vertragsunterlagen und den Aussagen der Geschäftsführer dieses Unternehmens hervor. Auch gegen diese Geschäftsführer waren Verwaltungsstrafverfahren anhängig, sie legten aber dennoch (trotz entsprechender Belehrung) Aussagen unter Wahrheitspflicht ab.

III.3. Ebenso ergeben sich die Feststellungen zum polnischen Unternehmen aus den vorgelegten Vertragsunterlagen und den Ergebnissen der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht. Von der Vernehmung der polnischen Arbeiter konnte daher Abstand genommen werden.

III.4. Die Feststellungen zur Organisation der bei diesem Bauprojekt tätigen Unternehmen gründen auf den Aussagen des Bf (Tonbandprotokoll ON 19, Seite 5 Abs. 3, 8; Seite 7, Abs. 7) sowie der Zeugen W.S. (Tonbandprotokoll ON 19, Seite 13 Abs. 7; Seite 15, Abs. 2), Ing. Mag. G.F. (Tonbandprotokoll ON 19, Seite 9 Abs. 2) und Ing. H.W. (Tonbandprotokoll ON 19, Seite 10 Abs. 10) in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht. Die von allen vernommenen Personen übereinstimmend und schlüssig geschilderte Organisationsstruktur wurde auch durch ein vom Zeugen Ing. Mag. G.F. vorgelegtes und zum Akt genommenes Organigramm (Beilage ./3 und ./4 zu ON 19) veranschaulicht.

Inwiefern diese Organisation im Verhältnis der B. GmbH zur T. GmbH eine Entsendung (Werkvertrag) oder eine Arbeitskräfteüberlassung darstellt, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

III.5. Die Feststellungen zur offenen und zur bergmännischen Bauweise sowie zu den einzelnen Bestandteilen der Bewehrung an den Sohlen und an den Gewölben im Haupttunnel und in den Nebenstollen gründen auf den Aussagen des Bf (Tonbandprotokoll ON 19, Seite 5 Abs. 5; Seite 7, Abs. 7) sowie der Zeugen W.S. (Tonbandprotokoll ON 19, Seite 15, Abs. 2, Abs. 4), Ing. Mag. G.F. (Tonband-protokoll ON 19, Seite 9 Abs. 1-2) und Ing. H.W. (Tonbandprotokoll ON 19, Seite 10 Abs. 10; Seite 11 Abs. 1).

III.6. Der Inhalt des Vertrages zwischen der „A. X Umfahrung L. Ost“ und der B. S. GmbH sowie der B. GmbH ergibt sich aus dem im Beschwerdeverfahren vorgelegten Vertrag.

III.7. Der Inhalt des Vertrages zwischen der B. GmbH und dem Unternehmen des Bf ergibt sich aus den ebenfalls im Beschwerdeverfahren vorgelegten Vertragsunterlagen. Ob es sich insbesondere bei diesem Vertrag um einen Werkvertrag oder um eine Arbeitskräfteüberlassung handelt, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

III.8. Der Inhalt des Vertrages zwischen dem Unternehmen des Bf und dem polnischen Unternehmen ergibt sich ebenfalls aus den im Beschwerdeverfahren vorgelegten Vertragsunterlagen.

III.9. Die Daten zur durchgeführten Kontrolle, zu den angetroffenen Unternehmen und deren Arbeitnehmer ergeben sich aus den Erhebungen der Abgabenbehörde, dem Strafantrag sowie dem Akt der belangten Behörde. Die Feststellungen zu den Unternehmen und den jeweiligen Arbeitnehmern sind außerdem unstrittig. Strittig ist aber die Rechtsfrage, ob tatsächlich ZKO4- oder ZKO3-Dokumente vorzulegen gewesen wären.

III.10. Die Feststellungen zur konkreten Abwicklung der Bewehrungsarbeiten auf der Baustelle ergeben sich aus den Aussagen des Bf (Tonbandprotokoll ON 19, Seite 5, Abs. 4, Abs. 8, Seite 6, Abs. 5, Seite 7, Abs. 6), des Zeugen Ing. Mag. G.F. (Tonbandprotokoll ON 19, Seite 9, Abs. 2, Abs. 4), des Zeugen Ing. H.W. (Tonbandprotokoll ON 19, Seite 10, Abs. 10, Seite 11, Abs. 1-2) und des Zeugen W.S. (Tonbandprotokoll ON 19, Seite 13, Abs. 1, Abs. 5, Abs. 8, Seite 14, Abs. 1, Abs. 5, Seite 15, Abs. 2, Seite 16, Abs. 3). Sämtliche Aussagen decken sich in den wesentlichen Punkten und können insofern nachvollzogen und für glaubwürdig befunden werden.

Dass die Angaben des W.S. in der Niederschrift vor der Abgabenbehörde von der im Strafverfahren abgegebenen eidesstattigen Erklärung abweichen würden, den Erstangaben aber höhere Glaubwürdigkeit zukommen würde, als späteren, durchdachten Aussagen, ist differenziert zu betrachten.

Zwar hat der Zeuge vor der Abgabenbehörde angegeben, dass er Verlegeleiter für das Unternehmen des Bf sei und für die B. GmbH als Koordinator zuständig sei, jedoch kann diese Aussage auch so interpretiert werden, dass der Zeuge in Zusammenhang mit dem verfahrensgegenständlichen Auftrag als Koordinator des Unternehmens des Bf tätig war und für die B. GmbH der Ansprechpartner im Unternehmen des Bf war. Der Zeuge hat seine direkten Gespräche mit dem Zeugen Ing. Mag. G.F. in der Verhandlung dahingehend präzisiert, dass letzterer 18 Jahre lang sein Chef war und das berufliche Verhältnis stets positiv war. Auch lassen sich die direkten Gespräche dadurch erklären, dass diese deshalb geführt wurden, um die organisatorische Abwicklung zu vereinfachen. So gab ja auch der Bf an, dass die Wochenpläne direkt von der A. an das polnische Unternehmen übermittelt wurden, ohne dass dadurch ein direktes Vertragsverhältnis entstanden wäre.

In der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht entstand außerdem auch der Eindruck, dass der Zeuge S. ein ausgesprochen stark ausgeprägtes Selbstbewusstsein hat und durch seine Aussage, mit wem er Kontakte pflegte und mit wem er über den Ablauf auf der Baustelle sprach, seine langjährige und umfassende Erfahrung und die Bedeutsamkeit seiner Rolle für das gegenständliche

Projekt verdeutlichen wollte. Das erkennende Gericht gesteht dem Zeugen auch durchaus zu, auf dem Fachgebiet des Tunnelbaus versiert zu sein, demgegenüber war sich der Zeuge der rechtlichen Bedeutung seiner Angaben nicht immer in diesem Ausmaß bewusst.

Vor diesem Hintergrund sind für das erkennende Gericht für die Feststellung des Sachverhaltes in erster Linie die Aussagen des Zeugen in der Verhandlung relevant, die sich mit dem Inhalt der Niederschrift vor der Abgabenbehörde in Einklang bringen lassen. Demgegenüber kommt der eidesstättigen Erklärung, die offenbar auch nach juristischer Vorbereitung verfasst wurde, nur untergeordnete Bedeutung zu.

Die polnischen Arbeiter füllten im Zuge der Kontrolle durch die Abgabenbehörde Personenblätter in ihrer Muttersprache aus. Alle vier polnischen Arbeiter gaben an für das polnische Unternehmen tätig zu sein und von dessen Mitarbeiter ihre Arbeitsanweisungen zu erhalten; keiner der polnischen Arbeiter nannte etwa das Unternehmen der Bf als Arbeitgeber oder W.S. als Vorgesetzten. Nur W.S. und R.K. gaben in ihren Personenblättern an, für das Unternehmen des Bf tätig zu sein, wobei R.K. angab, Anweisungen von Walter (gemeint: S.) zu erhalten. Dass W.S. zusätzlich zu seiner Beschäftigung beim Unternehmen des Bf auch noch angab, für das völlig unbeteiligte Unternehmen „S.H.“ tätig zu sein, tut nichts zur Sache und hängt wohl eher damit zusammen, dass der Zeuge S. seine fachliche Kompetenz besonders hervorheben wollte.

III.11. Die Feststellungen zu den persönlichen Verhältnissen des Bf gründen auf seinen eigenen Angaben in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht (Tonbandprotokoll ON 19, Seite 4, Abs. 5).

IV. Rechtlage:

IV.1. Gemäß § 7d Abs. 1 AVRAG haben Arbeitgeber/innen im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 während des Zeitraums der Entsendung insgesamt (§ 7b Abs. 4 Z 6) den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel (§ 7b Abs. 1 Z 4), Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des dem/der entsandten Arbeitnehmers/in für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten, auch wenn die Beschäftigung des/der einzelnen Arbeitnehmers/in in Österreich früher geendet hat. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die Lohnunterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten. Ist die Bereithaltung der Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort nicht zumutbar, sind die Unterlagen jedenfalls im Inland bereitzuhalten und der

Abgabenbehörde auf Aufforderung nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.

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.

IV.2. Gemäß § 7i Abs. 4 AVRAG begeht, wer als

1. Arbeitgeber/in im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 entgegen § 7d die Lohnunterlagen nicht bereithält, oder
2. Überlasser/in im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich entgegen § 7d Abs. 2 die Lohnunterlagen dem/der Beschäftiger/in nicht nachweislich bereitstellt, oder
3. Beschäftiger/in im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung entgegen § 7d Abs. 2 die Lohnunterlagen nicht bereithält,

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.

IV.3. 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.

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen:

V.1. Die wesentliche Rechtsfrage im vorliegenden Fall ist die Abgrenzung zwischen einer Entsendung von Arbeitskräften (Werkvertrag) und einer Arbeitskräfteüberlassung (AÜG).

Insbesondere stellt sich die Frage, ob der Bf die vier polnischen Arbeiter (in Form einer Kette von Arbeitskräfteüberlassungen) und seine eigenen beiden Arbeiter (W.S. und R.K.) an die B. GmbH überlassen hat oder ob diese zur Erfüllung eines Werkvertrages auf die Baustelle entsendet wurden.

In der Folge stellt sich auch die Frage, ob der Bf als Arbeitskräfteüberlasser eingeschritten ist.

V.2. Der Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung ist in § 4 AÜG geregelt.

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.

V.3. Aufschluss über die Auslegung des § 4 AÜG bieten zunächst die Gesetzesmaterialien.

Entsprechend der *Regierungsvorlage, 450 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates XVII. GP* soll diese Bestimmung eine Orientierungshilfe zur Verhinderung von Umgehungen bieten:

„Grundsätzlich sollen jene Fälle, in denen ein Werkunternehmer ausschließlich zur Herstellung eines Werkes, für dessen ordnungsgemäßes Zustandekommen er die Verantwortung trägt, Hilfspersonen (Erfüllungsgehilfen) in den Betrieb des Werkbestellers sendet, nicht vom Regelungsbereich des Gesetzesentwurfes erfasst sein.
Der Abschluss von Werkverträgen soll, soweit er nicht missbräuchlich zur Umgehung der Ziele der vorgesehenen Regelung erfolgt, keinesfalls erschwert oder verhindert werden. Die im Rahmen von Werkverträgen übliche Verwendung von Erfüllungsgehilfen stellt grundsätzlich keine Überlassung von Arbeitskräften dar. So wird etwa die Gestaltung von Werbe- und Infoständen oder von Auslagen in der Regel nicht als Überlassung zu werten sein, sondern als „echter“ Werkvertrag. Allen Versuchen, durch den Abschluss eines

Werkvertrages die für die Überlassung von Arbeitskräften geltenden gesetzlichen Schranken zu umgehen, soll jedoch vorgebeugt werden.
In diesem Sinne soll mit dieser Bestimmung sichergestellt werden, dass durch die Erweckung eines Anscheines, der nicht auf das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung schließen lässt, noch keineswegs die Nichtanwendbarkeit der entsprechenden Gesetzesbestimmungen erreicht werden kann.
Wegen der niemals gänzlich auszuschließenden Umgehungsversuche soll die wirtschaftliche Funktion der in Frage stehenden Vertragsverhältnisse eingehend geprüft werden und für die Zuordnung zum Tatbestand der Arbeitskräfteüberlassung entscheidend sein.
Der allgemeine Grundsatz des Abs. 1 lehnt sich an die entsprechenden steuerrechtlichen Bestimmungen (z.B. § 21 Bundesabgabenordnung) an.
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. 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, dass 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, z.B. 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 oder 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.“

V.4. Der *Verwaltungsgerichtshof* hat sich anhand dieser gesetzlichen Bestimmung bereits mehrfach mit der Frage des Vorliegens einer Arbeitskräfteüberlassung auseinandergesetzt:

„Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist zufolge § 4 Abs. 1 AÜG der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.
Nach Abs. 2 dieser Gesetzesstelle liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträge 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.
Wie der VwGH wiederholt dargelegt hat (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 17.11.1994, Zl. 94/09/0223, und vom 21.3.1995, Zl. 94/09/0097) ist für die Abgrenzung zwischen Werkverträgen, deren Erfüllung im Wege einer Arbeitskräfteüberlassung iSd AÜG stattfindet, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, grundsätzlich eine Gesamtbetrachtung der Unterscheidungsmerkmale notwendig. Das Vorliegen einzelner, auch für das Vorliegen eines Werkvertrages entsprechender Sachverhaltselemente ist in diesem Sinne nicht ausreichend, wenn sich aus den Gesamtumständen unter Berücksichtigung der jeweiligen wirtschaftlichen Interessenlage Gegenteiliges ergibt (vgl. das hg. Erkenntnis v. 19.09.1998, Zl. 97/09/0150). Es kann Arbeitskräfteüberlassung iSd § 4 Abs. 2 AÜG aber auch vorliegen, wenn keine organisatorische Eingliederung der Arbeitskräfte in den Betrieb des Werkbestellers besteht, stellt doch dieses Tatbestandsmerkmal (iSd Z 3 leg.cit.) nur eines von vier möglichen Merkmalen der Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte dar (vgl. hiezu die hg. Erkenntnisse v. 17.07.1997, Zl. 95/09/0218, v. 18.03.1998, Zl. 96/09/0131, und vom 22.10.1996, Zl. 94/08/0178) [VwGH 18.11.1998, 96/09/0281].
Ist der Tatbestand auch nur einer der vier Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG erfüllt, liegt eine Arbeitskräfteüberlassung iSd AÜG vor, selbst wenn die zugrunde liegende Vereinbarung zivilrechtlich als Werkvertrag einzustufen wäre (ständige Judikatur; vgl. jüngst den hg. Beschluss v. 21.07.2016, Zl. Ra 2016/11/0090, mit Verweisen auf die hg. Erkenntnisse v. 10.03.1998, Zl. 95/08/0345, v. 18.04.2002, Zl. 2002/09/0063, und vom 19.05.2014, Zl. Ro 2014/09/0026) [VwGH 06.09.2016, Ra 2016/11/0110].“

Zu Montagearbeiten führte der *Verwaltungsgerichtshof* im Speziellen aus:

„Der Bf bringt vor, dass keine Dienstverträge, sondern Werkverträge vorgelegen seien. Dazu ist festzuhalten, dass bereits nach den „Auftragsschreiben“ die Tätigkeit von J.L. und M.L. in der Montage von Sprinkleranlageteilen einschließlich der erforderlichen Anpassarbeiten und Errichtung von Zwischenstücken bestand. Diese Tätigkeit wurde auch von der belangten Behörde festgestellt und vom Bf nicht bestritten. Auch wenn die Gesamtheit der Montagearbeiten bei Errichtung einer Sprinkleranlage auf einzelne Arbeitspartien aufgeteilt wird, die jeweils einen bestimmten Ausschnitt der erforderlichen

Arbeit besorgen, so liegt doch in der Montage der gesamten Sprinkleranlage das Werk, dessen Herstellung der Auftragnehmer seinem Auftraggeber schuldet, während die einzelnen manuellen Beiträge der Monteure zu diesem Werk nicht in sich geschlossene Einheiten darstellen, sondern den Charakter von Dienstleistungen aufweisen. Ob diese Dienstleistungen in persönlicher Abhängigkeit oder im Rahmen eines freien Dienstvertrages erbracht werden, hängt davon ab, ob die betreffenden Monteure in den Belangen der Arbeitszeit, des Arbeitsortes und des arbeitsbezogenen Verhaltens den Weisungen des Herstellers unterliegen oder nicht (vgl. das eine Lüftungsanlage betreffende Erkenntnis v. 17.01.1995, Zl. 93/08/0092, sowie das Erkenntnis vom 19.01.1999, Zl. 96/08/0350) [VwGH 18.02.2009, 2007/08/0041]."

Der Verwaltungsgerichtshof nahm unter Zugrundelegung seiner bisherigen Rechtsprechung somit nur dann einen Werkvertrag an, wenn die Verpflichtung zur Erbringung einer geschlossenen Einheit bereits im Vertrag individualisiert und konkretisiert wurde und erläuterte dies an einem Beispiel. Wer sich etwa dazu verpflichtete, eine näher umschriebene Lüftungsanlage zu errichten, schloss einen Werkvertrag. Vergab er in der Folge jedoch die dazu erforderlichen Montage-arbeiten an verschiedene Arbeitsgruppen, dann waren dies nicht mehr Werk- sondern Dienstverträge [Tomandl, Arbeitskräfteüberlassung^2, 20].

V.5. Auch der *Gerichtshof der Europäischen Union* hat Grundsätze für die Unterscheidung zwischen Entsendungen und Arbeitskräfteüberlassungen gebildet:

„Unter diesen Umständen ist die erste Frage so zu verstehen, dass das vorlegende Gericht wissen möchte, auf welche Gesichtspunkte bei einem Vertragsverhältnis wie dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden abzustellen ist für die Feststellung, ob dieses Vertragsverhältnis als Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 einzustufen ist.
Insofern ergibt sich aus dem Urteil Vicoplus u.a. (C-307/09 – C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 51), dass eine Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 vorliegt, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind. 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. 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. Drittens muss der Arbeitnehmer im Rahmen einer solchen Überlassung seine Aufgabe unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnehmen.
Was zunächst die zweite Voraussetzung betrifft, die eine Analyse des eigentlichen Gegenstands der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens erfordert, ist jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat den Gegenstand der betreffenden Dienstleistung darstellt oder nicht darstellt.
Hierbei ist zu beachten, dass ein Dienstleistungserbringer grundsätzlich eine Leistung erbringen muss, die mit den Vorgaben des Vertrags übereinstimmt, sodass die Folgen der Erbringung einer nicht vertragsgemäßen Leistung von dem Dienstleistungserbringer

getragen werden müssen. Dem zufolge ist bei der Feststellung, ob der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung die Entsendung des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat ist, insbesondere jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen, 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 Arbeitskräfteüberlassung handelt, als wenn er die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung dieser Leistung nicht zu tragen hat.

Im vorliegenden Fall ist es Sache des nationalen Gerichts, den Umfang der jeweiligen Pflichten der Vertragsparteien zu prüfen, um festzustellen, welche Partei die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung dieser Leistung zu tragen hat, wobei der Umstand, dass die Vergütung des Dienstleistungserbringers nicht von der Menge des verarbeiteten Fleisches, sondern auch von dessen Qualität abhängt, darauf hindeutet, 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 – was nach den Bemerkungen, die die Beklagten des Ausgangsverfahrens in der mündlichen Verhandlung gemacht haben, im Ausgangsverfahren der Fall zu sein scheint -, 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 im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 96/71 handelt.

Hingegen liefen im Ausgangsverfahren weder der Umstand, dass der Dienstleistungserbringer nur einen einzigen Kunden im Aufnahmemitgliedstaat hat, noch die Tatsache, dass er die Räumlichkeiten, in denen die Dienstleistung erbracht wird, und die Maschinen mietet, einen sachgerechten Hinweis für die Beantwortung der Frage, ob der tatsächliche Gegenstand der in Rede stehenden Erbringung von Dienstleistungen der Wechsel von Arbeitnehmern in diesem Mitgliedstaat ist.

Was sodann die dritte Voraussetzung angeht, die der Gerichtshof im Urteil Vicoplus u.a. (C-307/09 – C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 51), aufgestellt hat, so ist, wie die Generalanwältin in Nr. 55 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, zwischen der Beaufsichtigung und Leitung der Arbeitnehmer selbst und der vom Kunden durchgeführten Überprüfung der ordnungsgemäßen Erfüllung eines Dienstleistungsvertrages 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 Dienstleistungserbringers bestimmte allgemeine Anweisungen erteilen, ohne dass damit in Bezug auf diese Arbeitnehmer die Ausübung einer Leitungs- und Aufsichtsbefugnis im Sinne der dritten im Urteil Vicoplus u.a. (C-307/09 – C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 51) genannten Voraussetzung verbunden ist, sofern der Dienstleistungserbringer seinen Arbeitnehmern die genauen und individuellen Anweisungen erteilt, die er für die Ausführung der betreffenden Dienstleistungen für erforderlich hält (EuGH 18.06.2015, C-586/13, Martin Meat Kft; vgl. auch Vicoplus, C-307/09, C-308/09, C-309/09 v. 10.02.2011).“

V.6. Inzwischen befasste sich der Verwaltungsgerichtshof in seiner jüngsten Rechtsprechung (vgl. VwGH 22.08.2017, Ra 2017/11/0068 sowie 20.09.2017, Ra 2017/11/0016 und Ra 2017/11/0024) mit dieser Judikatur des EuGH und hielt dazu – in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung – Nachfolgendes fest:

„24 Unter Bezugnahme auf diese Gesetzesmaterialien hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 22. Oktober 1996, Zl. 94/08/0178, (soweit überblickbar erstmals in dieser Deutlichkeit) zu § 4 AÜG ausgeführt, dass "dem wahren wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitnehmerüberlassung vorliegen kann, und zwar dann, wenn es den Vertragspartnern nach der atypischen Gestaltung des Vertragsinhaltes erkennbar gerade auf die Zurverfügungstellung von dessen Arbeitskräften ankommt. Wann dies (jedenfalls) der Fall ist, legt § 4 Abs. 2 AÜG typisierend (nach der Art unwiderleglicher Vermutungen) fest. Bei Erfüllung eines dieser Tatbestandsmerkmale (und zwar jedes einzelnen: arg. ‚oder') liegt jedenfalls dem wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des § 3 Abs. 1 AÜG durch den Werkunternehmer als Überlasser im Sinne des § 3 Abs. 2 AÜG (der insofern die überlassenen Arbeitskräfte mittelbar zur Arbeitsleistung an den Beschäftiger verpflichtet) an den Werkbesteller als Beschäftiger im Sinn des § 3 Abs. 3 AÜG vor."
25 Diese Rechtssätze wurden vom Verwaltungsgerichtshof in der Folge seiner ständigen Rechtsprechung zugrunde gelegt (vgl. aus vielen etwa die hg. Erkenntnisse vom 10. März 1998, Zl. 95/08/0345, vom 19. Mai 2014, Zl. Ro 2014/09/0026, mit zahlreichen Verweisen auf die Vorjudikatur, und vom 21. Juli 2016, Zl. Ra 2016/11/0090), und wiederholend ausgeführt, dass bei Erfüllung auch nur eines der in § 4 Abs. 2 Z 1 bis 4 AÜG genannten Tatbestandsmerkmale dem wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitskräfteüberlassung im Sinn des § 3 Abs. 1 AÜG durch den Werkunternehmer als Überlasser im Sinn des § 3 Abs. 2 AÜG (der insofern die überlassenen Arbeitskräfte mittelbar zur Arbeitsleistung an den Beschäftiger verpflichtet) an den Werkbesteller als Beschäftiger im Sinn des § 3 Abs. 3 AÜG jedenfalls vorliegt. Einer Gesamtbeurteilung des Sachverhalts im Sinn des § 4 Abs. 1 AÜG bedürfe es nur dann, wenn durch den Tatbestand keine der vier Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG (in Verbindung mit dem Einleitungssatz dieser Bestimmung) zur Gänze erfüllt sei (vgl. etwa das zitierte Erkenntnis Zl. Ro 2014/09/0026).
26 Wie die Revision zutreffend ausführt, ist die gegenständlich entscheidende Rechtsfrage, ob es sich bei dem Vertragsverhältnis zwischen der L. Kft. und der M. GmbH um einen ("echten") Werkvertrag oder um einen Vertrag betreffend grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung handelt, allerdings nicht ausschließlich nach innerstaatlichem Recht zu beantworten. Nach den zitierten Gesetzesmaterialien dienen die in Rede stehenden Bestimmungen des AÜG auch der Umsetzung von Unionsrecht, sodass dessen Vorgaben bei der Vollziehung dieser Gesetzesbestimmungen zu berücksichtigen sind.
27 Von der Richtlinie 96/71 erfasst ist sowohl (Art. 1 Abs. 3 lit. a) die grenzüberschreitende Entsendung eines Arbeitnehmers durch ein Unternehmen, um einen von diesem Unternehmen eingegangenen Werkvertrag zu erfüllen, als auch (Art. 1 Abs. 3 lit. c) - insoweit im Einklang mit dem AÜG (*Tomandl*, AÜG, 3. Auflage (2017), S. 37) - die grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung, nämlich die grenzüberschreitende Entsendung eines Arbeitnehmers durch ein Unternehmen zum Zwecke (lediglich) der Überlassung an ein anderes (den Arbeitnehmer verwendendes) Unternehmen (vgl. dazu auch die hg. Erkenntnisse vom 6. November 2012, Zl. 2012/09/0130, und vom 19. März 2014, Zl. 2013/09/0159).
28 Vor diesem rechtlichen Hintergrund sind die Kriterien, die für die Arbeitskräfteüberlassung iSd Art. 1 Abs. 3 lit. c der Richtlinie 96/71 entscheidend sind,

insofern auch maßgebend für die Beurteilung, ob (grenzüberschreitende) Arbeitskräfteüberlassung iSd §§ 3 und 4 AÜG vorliegt, als nur bei Übereinstimmung mit den unionsrechtlichen Vorgaben eine uneingeschränkte Anwendung des AÜG in Betracht kommt.

29 Im vorliegenden Fall hat sich das Verwaltungsgericht bei der Beurteilung, ob Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, zwar auf die zitierte hg. Judikatur zu § 4 AÜG bezogen und seine Ansicht, dass gegenständlich Arbeitskräfteüberlassung vorliege, ausschließlich auf die Erfüllung des § 4 Abs. 2 Z 2 AÜG gestützt (die Arbeiten seien nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers geleistet worden). Der Einwand des Revisionswerbers, dass das in der letztgenannten Bestimmung genannte Kriterium - aus unionsrechtlicher Sicht - nach aktueller Judikatur des EuGH im Urteil vom 18. Juni 2015 "Martin Meat" (C- 586/13) kein ausreichendes Abgrenzungskriterium darstelle und weitere Kriterien als entscheidend zu berücksichtigen seien, wurde vom Verwaltungsgericht keiner inhaltlichen Überprüfung unterzogen, sondern sinngemäß mit dem Hinweis verworfen, dass dieses Urteil für den vorliegenden Fall nicht einschlägig sei.

30 Damit hat das Verwaltungsgericht die Rechtslage verkannt. 31 Der EuGH hat im Urteil "Martin Meat" vom 18. Juni 2015, C-586/13, wie folgt ausgeführt:

"32 Unter diesen Umständen ist die erste Frage so zu
verstehen, dass das vorlegende Gericht wissen möchte, auf welche Gesichtspunkte bei einem Vertragsverhältnis wie dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden abzustellen ist für die Feststellung, ob dieses Vertragsverhältnis als Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 einzustufen ist.

33 Insoweit ergibt sich aus dem Urteil Vicoplus u.a. (C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 51), dass eine Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 vorliegt, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind. 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. 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. Drittens muss der Arbeitnehmer im Rahmen einer solchen Überlassung seine Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnehmen.

34 Was zunächst die zweite Voraussetzung betrifft, die eine Analyse des eigentlichen Gegenstands der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens erfordert, ist jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat den Gegenstand der betreffenden Dienstleistung darstellt oder nicht darstellt.

35 Hierbei ist zu beachten, dass ein Dienstleistungserbringer grundsätzlich eine Leistung erbringen muss, die mit den Vorgaben des Vertrags übereinstimmt, so dass die Folgen der Erbringung einer nicht vertragsgemäßen Leistung von dem Dienstleistungserbringer getragen werden müssen. Demzufolge ist bei der Feststellung, ob der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung die Entsendung des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat ist, insbesondere jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen, dass der Dienstleistungserbringer nicht die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich festgelegten Leistung trägt.

36 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 Arbeitskräfteüberlassung handelt, als wenn er die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung dieser Leistung nicht zu tragen hat.

37 Im vorliegenden Fall ist es Sache des nationalen Gerichts, den Umfang der jeweiligen Pflichten der Vertragsparteien zu prüfen, um festzustellen, welche Partei die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung dieser Leistung zu tragen hat, wobei der Umstand, dass die Vergütung des Dienstleistungserbringers nicht nur von der Menge des verarbeiteten Fleisches, sondern auch von dessen Qualität abhängt, darauf hindeutet, dass der Dienstleistungserbringer zur ordnungsgemäßen Ausführung dieser Leistung verpflichtet ist.

38 Zudem kann der Umstand, dass es dem Dienstleistungserbringer freisteht, die Zahl der Arbeitnehmer zu bestimmen, deren Entsendung in den Aufnahmemitgliedstaat er für sachgerecht hält - was nach den Bemerkungen, die die Beklagten des Ausgangsverfahrens in der mündlichen Verhandlung gemacht haben, im Ausgangsverfahren der Fall zu sein scheint -, 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 im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 96/71 handelt.

39 Hingegen liefern im Ausgangsverfahren weder der Umstand, dass der Dienstleistungserbringer nur einen einzigen Kunden im Aufnahmemitgliedstaat hat, noch die Tatsache, dass er die Räumlichkeiten, in denen die Dienstleistung erbracht wird, und die Maschinen mietet, einen sachgerechten Hinweis für die Beantwortung der Frage, ob der tatsächliche Gegenstand der in Rede stehenden Erbringung von Dienstleistungen der Wechsel von Arbeitnehmern in diesen Mitgliedstaat ist.

40 Was sodann die dritte Voraussetzung angeht, die der Gerichtshof im Urteil Vicoplus u.a. (C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 51) aufgestellt hat, so ist, wie die Generalanwältin in Nr. 55 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, 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 Dienstleistungserbringers bestimmte allgemeine Anweisungen erteilen, ohne dass damit in Bezug auf diese Arbeitnehmer die Ausübung einer Leitungs- und Aufsichtsbefugnis im Sinne der dritten im Urteil Vicoplus u.a. (C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 51) genannten Voraussetzung verbunden ist, sofern der Dienstleistungserbringer seinen Arbeitnehmern die genauen und individuellen Weisungen erteilt, die er für die Ausführung der betreffenden Dienstleistungen für erforderlich hält.

41 Nach alledem ist auf die erste Frage zu antworten, dass für die Feststellung, ob ein Vertragsverhältnis wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende als Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 einzustufen ist, 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 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."
32 Aus dem zitierten Urteil des EuGH, C-586/13, ergibt sich somit, dass für die Beurteilung, ob ein Sachverhalt als grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung zu beurteilen ist und die in § 17 Abs. 2 AÜG genannte Meldepflicht nach sich zieht, aus unionsrechtlicher Sicht "jeder Anhaltspunkt" zu berücksichtigen ist und somit unter mehreren Gesichtspunkten (nach dem "wahren wirtschaftlichen Gehalt"; vgl. das zitierte hg. Erkenntnis Zl. 2012/09/0130 mit Bezugnahme auf das dem Urteil "Martin Meat" vorausgegangene Urteil des EuGH "Vicoplus", C-307/09 bis C-309/09) zu prüfen ist (vgl. zur "Gesamtbeurteilung aller Umstände" auch Art. 4 Abs. 1 der RL 2014/67/EU zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, samt dortigem fünften Erwägungsgrund).
33 Im Speziellen sind dabei entsprechend dem Urteil "Martin Meat" die Fragen, ob die Vergütung/das Entgelt auch von der Qualität der erbrachten Leistung abhängt bzw. wer die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich festgelegten Leistung trägt (Rn 35 ff des EuGH-Urteils), ob also der für einen Werkvertrag essenzielle "gewährleistungstaugliche" Erfolg vereinbart wurde (vgl. abermals das zitierte hg. Erkenntnis Zl. 2012/09/0130, mwN), wer die Zahl der für die Herstellung des Werkes jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer bestimmt (Rn 38) und von wem die Arbeitnehmer die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung ihrer Tätigkeiten erhalten (Rn 40 des EuGH-Urteils), von entscheidender Bedeutung.“

V.7. Zur Rechtslage im konkreten Fall ist im Wege einer Gesamtbetrachtung gemäß § 4 Abs. 1 AÜG Nachfolgendes auszuführen:

Zunächst werden in § 4 Abs. 2 Z 1-4 AÜG vier alternative Kriterien dargestellt, die für das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung sprechen.

Gemäß Z 1 liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch dann vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkbesteller zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken.

Im vorliegenden Fall haben die vier polnischen Arbeiter die Verlegearbeiten nicht im Betrieb der B. GmbH verrichtet. Ein Vertragsverhältnis bestand ausschließlich zwischen dem polnischen Unternehmen und dem Unternehmen des Bf. Auch dieses zuletzt genannte Verhältnis ist aufgrund der obigen Sachverhaltsfeststellungen zum Vertragsinhalt als Werkvertrag zu qualifizieren. Im Übrigen könnte es aber auch dahingestellt bleiben, ob es sich bei dem Vertragsverhältnis zwischen dem Unternehmen des Bf und dem polnischen Unternehmen um eine Arbeitskräfteüberlassung oder um eine Entsendung handelt, da es sich dabei lediglich um das Verhältnis Deutschland-Polen handelt und ein Bezug zu Österreich

(noch) nicht hergestellt ist. Ob also allenfalls der Vertrag zwischen dem Unternehmen des Bf und dem polnischen Unternehmen eine Arbeitskräfteüberlassung darstellt und erst in weiterer Folge Arbeiter nach Österreich entsendet wurden, ist für das vorliegende Verfahren unerheblich. Fest steht aber, dass die vier polnischen Arbeiter in ihrem eigenen Betrieb verblieben sind und auch die Arbeiter des Bf in dessen Betrieb verblieben sind.

Gemäß Z 2 leg. cit. liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch dann vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten.

Im vorliegenden Fall wurde das Material erwiesener Maßen nicht vom Unternehmen des Bf geliefert, sondern von der B. S. GmbH, also einem an den gegenständlichen Verträgen bzw. an der gegenständlichen Kette von Verträgen nicht beteiligten Unternehmen.

Gemäß Z 3 leg. cit. liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch dann vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterliegen.

Im vorliegenden Fall erfolgte weder eine Eingliederung der vier polnischen Arbeiter in den Betrieb des Bf noch in die B. GmbH. Auch die beiden Arbeiter des Bf wurden nicht in die B. GmbH eingegliedert. Ebenso lag auch keine Dienst- und Fachaufsicht durch das Unternehmen des Bf über die polnischen Arbeiter vor bzw unterstand keiner der Arbeiter der Dienst- und Fachaufsicht der B. GmbH. Dass für ein derartiges Großprojekt wie die verfahrensgegenständliche Baustelle entsprechende zeitliche Koordinierungsarbeiten notwendig sind, haben sämtliche Zeugen anschaulich und lebensnahe dargestellt. Außerdem ist es auch bei einem Werkvertrag üblich, dass der Kunde prüft, ob die vertraglich vereinbarten Leistungen auch tatsächlich vertragsgemäß erbracht wurde, ohne dass daraus eine Dienst- bzw. Fachaufsicht abzuleiten wäre.

Gemäß Z 4 leg. cit. liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch dann vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet.

Im vorliegenden Fall wurden in sämtlichen Verträgen umfassende Gewährleistungs- und Haftungsregeln normiert. So haftet das Unternehmen des Bf gegenüber der B. GmbH für die sach- und fachgerechte Verrichtung der

Bewehrungsarbeiten. Gegenüber dem Unternehmen des Bf haftet wiederum das polnische Unternehmen.

Insgesamt sind daher die Kriterien des § 4 Abs. 2 Z 1-4 AÜG nicht erfüllt; eine Arbeitskräfteüberlassung liegt nicht vor. Auch bei einer Abwägung der Gesamtsituation lässt sich nur eine Entsendung erkennen. Im Hinblick auf die oben dargestellte Rechtsprechung des EuGH ist letztlich auszuführen, dass Vertragsgegenstand nicht bloß der Wechsel von Arbeitnehmern von einem Mitgliedsstaat in einen anderen Mitgliedsstaat war, sondern die Erfüllung einer vertraglich vereinbarten Leistung. Auch deshalb handelt es sich um eine Entsendung.

Ferner ist zwischen der Beaufsichtigung und Leitung der Arbeitnehmer selbst und der vom Kunden durchgeführten Überprüfung der ordnungsgemäßen Erfüllung eines Dienstleistungsvertrages zu unterscheiden. Bei der Erbringung von Dienstleistungen ist es nämlich üblich, dass der Kunde überprüft, ob die Leistung vertragsgemäß erbracht wird. Zudem kann der Kunde bei der Erbringung von Dienstleistungen den Arbeitnehmern des Dienstleistungserbringers 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. Daraus ergibt sich, dass die Koordinierungstätigkeiten bzw. die Qualitätssicherung des Zeugen S. keine Dienst- und Fachaufsicht im Sinne des AÜG darstellen.

Bei einer wertenden Gesamtschau ist somit von einer Entsendung der vier polnischen Arbeiter sowie des Zeugen W.S. auszugehen, wobei die vier polnischen Arbeiter vom polnischen Unternehmen entsendet worden waren, der Zeuge S. vom Unternehmen des Bf. Der Zeuge R.K. übte für die Erfüllung des verfahrensgegenständlichen Vertrages keine relevante Tätigkeit aus, sondern war im Bereich der hier nicht zu beurteilenden offenen Bauweise tätig, sodass die rechtliche Qualifikation seiner Anwesenheit dahingestellt bleiben kann.

V.8. Im Ergebnis war der Beschwerde daher stattzugeben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Bf weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde noch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu bezahlen.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

VI.1. 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. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

VI.2. Die vorliegende Entscheidung steht außerdem im Einklang mit der jüngsten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 22.08.2017, Ra 2017/11/0068; 20.09.2017, Ra 2017/11/0016; 20.09.2017, Ra 2017/11/0024), die ihrerseits wiederum Deckung in der Rechtsprechung des EuGH findet (EuGH 10.02.2011, Vicoplus, Rs C-307/09, Rs C-308/09, Rs C-309/09; 18.06.2015, Martin Meat Kft, Rs C-586/13).

VI.3. Die vorliegende Entscheidung gründet ferner auf der konkreten Vertragsauslegung der im Beschwerdeverfahren vorgelegten Vertragsunterlagen und der Beweiswürdigung der Aussagen des Zweit-Bf und der einvernommenen Zeugen. Somit ist ein konkreter Sachverhalt einer rechtlichen Beurteilung zu unterziehen. Bei der Auslegung von Verträgen handelt es sich stets um eine konkrete Beweiswürdigung sowie darauf aufbauende rechtliche Beurteilung und im Ergebnis um eine nicht verallgemeinerungsfähige Einzelfallentscheidung. Auch deshalb war die ordentliche Revision für unzulässig zu erklären.

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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Lidauer