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-301619/11/KLi/PP

Datum: Linz, 15. September 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über die (undatierte) Beschwerde des V.P., geb. x, X, P., S.R., gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 23. Mai 2017, GZ: 0061437/2015, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Aus Anlass der Beschwerde wird das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Strafverfahren eingestellt.

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

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz (im Folgenden: belangte Behörde) vom 23. Mai 2017, GZ: 0061437/2015, wurden dem Beschwerdeführer zwei Übertretungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) vorgeworfen.

Das Unternehmen B. s.r.o. habe als Arbeitgeberin am 25.09.2015 für die folgenden auf der Baustelle „L.“ in L. mit der Durchführung von „Bodenverlege-Arbeiten“ (Fliesenlegearbeiten) beschäftigten – zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandten – Arbeitnehmer, die zur Überprüfung des den Arbeitnehmern nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts erforderlichen Unterlagen (= Lohnunterlagen) wie Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung, in deutscher Sprache auf der Baustelle vor Ort nicht bereitgehalten; für die Arbeiter D.A. und K.C.. Für die oben angeführten zwei Arbeitnehmer hätten bei der am 25.09.2015 von der Finanzpolizei auf der genannten Baustelle durchgeführten Kontrolle keine entsprechenden Lohnunterlagen zur Überprüfung des den entsandten Arbeitnehmern für die Dauer der Beschäftigung nach österreichischem Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts – in deutscher Sprache vorgelegt werden können, obwohl das s. Unternehmen eine gesetzliche Verpflichtung für das Bereithalten solcher Unterlagen im Inland nach den österreichischen Rechtsvorschriften habe.

Der Beschwerdeführer habe dadurch § 7i Abs. 4 Z 1 iVm § 7d Abs. 1 AVRAG verletzt. Über ihn würden Geldstrafen von je 1.000 Euro, insgesamt 2.000 Euro bzw. Ersatzfreiheitsstrafen von je 16 Stunden, insgesamt 32 Stunden verhängt. Ferner habe der Beschwerdeführer einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens von 200 Euro zu leisten.

Begründend führte die belangte Behörde aus, die im Spruch dargestellten Verwaltungsübertretungen seien von der Abgabenbehörde angezeigt worden. Diese habe am 25.09.2016 auf der Baustelle L., X in L., beginnend um 9.00 Uhr eine Kontrolle auf die Einhaltung der Bestimmungen u.a. des AuslBG und des AVRAG durchgeführt. Im Zuge dieser Kontrolle seien vier Arbeitnehmer des s. Unternehmens B. s.r.o. bei Fliesenlegearbeiten angetroffen worden; A.J., D.D., D.A. und K.C. Für die Arbeitnehmer D.A. und K.C. seien vor Ort keine Lohnunterlagen aufgelegen bzw. hätten solche der Finanzpolizei nicht vorgelegt werden können.

Im Rahmen einer schriftlichen Stellungnahme habe der Beschwerdeführer vorgebracht, diese beiden Personen seien nicht Arbeitnehmer sondern selbständige, auf Werksvertragsbasis tätige Personen gewesen. Im Zuge dieser

Einwendungen habe die belangte Behörde nochmals Einsicht in die Erhebungsergebnisse der Abgabenbehörde genommen. Daraus gehe eindeutig hervor, dass auf der besagten Baustelle lediglich die Firmen W. GmbH, R.Z. und B. s.r.o. tätig gewesen seien. Die vier genannten s. Arbeiter hätten als geschlossene Einheit für das s. Unternehmen Fliesenlegearbeiten verrichtet. Diese vier Arbeiter seien z.B. jeden Tag mit dem Firmenauto auf die gegenständliche Baustelle gefahren.

Aufgrund dieser Feststellungen vertrete auch die belangte Behörde die Ansicht, dass bezüglich dieser Personen in Wahrheit von einem Arbeitsverhältnis zum s. Unternehmen auszugehen sei. Für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses komme es nämlich auf die tatsächliche Ausgestaltung und nicht auf das äußere Erscheinungsbild an. Die Bezeichnung der vertraglichen Beziehung als Werkvertrag sei demnach ohne Belang. In diesem Zusammenhang führe selbst das Vorliegen ausländischer Gewerbescheine nicht zu einer selbständigen Tätigkeit.

Dem Beschwerdeführer sei daher in objektiver und subjektiver Hinsicht die vorgeworfene Verwaltungsübertretung anzulasten. Darüber hinaus sei im Hinblick auf die Strafhöhe die Mindeststrafe verhängt worden.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die undatierte Beschwerde, mit welcher das Straferkenntnis im vollen Umfang angefochten wird.

Zusammengefasst bringt der Beschwerdeführer vor, dass die beiden genannten Personen zum fraglichen Zeitpunkt nicht Arbeitnehmer seines Unternehmens gewesen seien, vielmehr seien sie selbständige Unternehmer, die mit seinem Unternehmen auf Werkvertragsbasis zusammengearbeitet hätten. Aus diesem Grund würden die Vorwürfe der Verwaltungsstrafbehörde ins Leere gehen; er habe die inkriminierten Bestimmungen des AVRAG nicht verletzt. Diese Bestimmungen würden nur für Arbeitnehmer gelten, nicht aber für selbständig Gewerbetreibende. Die Vorwürfe der Behörde würden daher jedweder Grundlage entbehren und er beantrage die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahren.

I.3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beraumte daraufhin für 5. September 2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung an, zu welcher sowohl der Beschwerdeführer als auch die belangte Behörde, die Abgabenbehörde sowie drei Zeugen der Abgabenbehörde und die im Straferkenntnis genannten Zeugen D.A. und K.C. geladen wurden.

II. Nachfolgender Sachverhalt steht fest:

II.1. Am 25.09.2015 um 09:00 Uhr fand durch Organe der Abgabenbehörde auf der Baustelle L., X, L., eine Kontrolle auf Einhaltung der Bestimmungen u.a. des AuslBG, des AVRAG und des AÜG, statt.

Im Zuge dieser Kontrolle wurden vier Arbeiter des Unternehmens B. s.r.o., X, P., S.R., angetroffen. Bei Bodenverlegearbeiten, insbesondere Estrich und Fliesen, wurden vier Personen angetroffen, nämlich A.J., D.D., D.A. und K.C.

II.2. Diese vier Personen wurden zur Erbringung von Arbeitsleistungen, nämlich Fliesenlegearbeiten, vom s. Unternehmen B. s.r.o. an das d. Unternehmen W. GmbH überlassen. Ebenso arbeiteten Arbeiter des Unternehmens R.Z. auf der Baustelle.

Das Unternehmen L. A. hatte zunächst an die W. GmbH einen Werkvertrag für Fliesen- und Estricharbeiten vergeben. Dieses Unternehmen verrichtete sodann mit eigenen Arbeitern und Arbeitern des s. Unternehmens und des Unternehmens R.Z. die Fliesenlegearbeiten.

II.3. Seitens des Unternehmens W. GmbH wurde auf der Baustelle ein Vorarbeiter, M.M., eingesetzt. Dieser Vorarbeiter erteilte die Anweisungen an die auf der Baustelle tätigen Personen. Im Zuge der Arbeiten waren von der W. GmbH neben M.M. noch J.N., S.G. und B.J. beschäftigt. Von der Firma R.Z. waren A.H. und M.F. tätig. Darüber hinaus waren noch die vier Arbeitnehmer des s. Unternehmens tätig.

Die Arbeiter aller Firmen arbeiteten im Verbund an der Durchführung der Fliesenlegearbeiten. Die vier s. Arbeiter hatten die gleichen Aufgaben wie auch die Arbeiter der W. GmbH und des Unternehmens R.Z. Dabei handelte es sich um Arbeiten wie Fliesen schneiden, Fliesen kleben, Mörtel anrühren und Ausfugen der Fliesen.

Die Anweisungen auf der Baustelle, die er selber wieder von seinem Bauleiter erhalten hatte, erteilte M.M. an alle Arbeiter.

Für alle Arbeiter führte der Zeuge M.M. Stundenaufzeichnungen. Begonnen wurde gemeinsam jeweils um 7 Uhr; gearbeitet wurde gemeinsam bis 18 Uhr. Die Arbeiter des s. Unternehmens kamen jeweils gemeinsam mit einem Firmenauto der s. Firma auf die Baustelle.

II.4. Dem s. Unternehmen waren nicht nur die Arbeitnehmer A.J. und D.D. zuzurechnen, sondern auch die im Straferkenntnis genannten Arbeiter D.A. und K.C.

Ob diese vier Arbeitnehmer tatsächlich zur Erbringung von Leistungen nach Österreich entsendet wurden, oder ob es sich bei dieser Vorgehensweise nicht um eine Entsendung sondern eine Überlassung handelte, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

II.5. Für die beiden im Spruch genannten Arbeitnehmer wurden ZKO3-Meldungen vom Beschwerdeführer nicht erstattet, darüber hinaus wurden A1-Dokumente nicht bereitgehalten; ebenso wenig wurden Lohnunterlagen bereitgehalten.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Die Feststellungen zur durchgeführten Kontrolle auf der besagten Baustelle ergeben sich aus dem Akteninhalt und sind unstrittig. Strittig ist vielmehr die Frage, inwiefern der Beschwerdeführer zur Erstattung von ZKO3-Meldungen, dem Bereithalten von A1-Dokumenten und dem Bereithalten von Lohnunterlagen verpflichtet war.

III.2. Feststeht ebenfalls, dass die Arbeitnehmer des Beschwerdeführers in Österreich Fliesenlegearbeiten verrichten sollten. Die Vertragskette von der Firma L. A. an die W. GmbH sowie an die B. s.r.o. ist ebenfalls unstrittig. Rechtlich zu hinterfragen ist allerdings, ob es sich tatsächlich um einen Werkvertrag handelt oder aber um eine Überlassung.

III.3. Die gemeinschaftliche Arbeit aller zehn Arbeiter, nämlich jener der W. GmbH, dem Unternehmen R.Z. und der B. s.r.o. ergibt sich aus dem Akteninhalt sowie aus der schlüssigen und nachvollziehbaren Aussage des M.M. Dieser wurde im Zuge von Erhebungen der Finanzpolizei von Organen der Abgabenbehörde eingehend befragt. An der Richtigkeit dieser Niederschrift haben sich keine Zweifel ergeben. Der Zeuge konnte die entsprechenden Fragen nachvollziehbar beantworten. Zweifel daran, dass diese inhaltlich unrichtig sein könnten haben sich nicht ergeben.

Der Inhalt der Niederschrift wurde auch von den in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht anwesenden beiden Zeugen der Abgabenbehörde übereinstimmend bestätigt. Einer dieser Zeugen gab an, die s. Arbeiter seien nach seinem Eindruck vom deutschen Unternehmen „entlehnt“ worden.

Somit steht nachvollziehbar fest, dass alle zehn Arbeiter gemeinsam die Fliesenlegearbeiten verrichteten, wobei die Weisungen von M.M. an alle Arbeiter erteilt wurden. Auch der gemeinsame Arbeitsbeginn und das gemeinsame Arbeitsende stehen fest.

III.4. Die Erstattung der ZKO-Meldungen für zwei der Arbeitnehmer des Beschwerdeführers ergibt sich aus dem Akteninhalt, ebenso deren A1-Formulare. Auch die Dienstverträge zwischen dem s. Unternehmen und den beiden Arbeitern wurden vorgelegt. Ebenso ergibt sich aus dem Akteninhalt, dass die ZKO3-Meldungen für die beiden im Spruch genannten Arbeiter nicht erstattet wurden und auch keine A1-Dokumente bzw. Lohnunterlagen vorgelegt werden konnten.

III.5. Inwiefern der Beschwerdeführer verpflichtet gewesen wäre, die oben genannten Dokumente für die beiden Arbeiter bereitzuhalten, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

IV. Rechtslage:

§ 7d. (1) Arbeitgeber/innen im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 haben 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.

[...]

§ 7i. (1) Wer die erforderlichen Unterlagen entgegen § 7d Abs. 1 oder § 7f Abs. 1 Z 3 nicht übermittelt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jede/n Arbeitnehmer/in mit Geldstrafe von 500 Euro bis 5 000 Euro, im Wiederholungsfall von 1 000 Euro bis 10 000 Euro zu bestrafen. Ebenso ist zu bestrafen, wer entgegen § 7g Abs. 2 oder § 7h Abs. 2 die Unterlagen nicht übermittelt.

[...]

(4) 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

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.

[...]

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen:

V.1. Verfahrensgegenständlich steht fest, dass sämtliche auf der Baustelle bei der Kontrolle angetroffenen Arbeiter gemeinsam im Verbund Fliesenlegearbeiten verrichteten. Das erkennende Gericht geht insofern von dem auch von der belangten Behörde festgestellten Sachverhalt aus. Rechtlich zu hinterfragen ist allerdings, inwiefern gegenständlich überhaupt eine Entsendung nach dem AVRAG vorliegt oder ob es sich vielmehr um eine Überlassung nach dem AÜG handelt.

V.2. Gemäß § 3 Abs. 1 AÜG ist die Überlassung von Arbeitskräften die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte. Gemäß § 3 Abs. 2 AÜG ist Überlasser, wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet; Beschäftiger ist gemäß § 3 Abs. 3 AÜG, wer Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt. Gemäß § 3 Abs. 4 AÜG sind Arbeitskräfte Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen. Arbeitnehmerähnlich sind Personen, die, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wirtschaftlich unselbständig sind.

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.2.1. 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.2.2. Auch der Verwaltungsgerichtshof hatte sich in der Vergangenheit bereits mehrfach mit der Abgrenzung zwischen Werkverträgen, deren Erfüllung im Wege einer Arbeitskräfteüberlassung im Sinn des AÜG stattfindet, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, auseinanderzusetzen.

In seinem Erkenntnis vom 19.5.2014, Ro 2014/09/0026, führte der Verwaltungsgerichtshof dazu Nachfolgendes aus:

„Wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt dargelegt hat (vergleiche die Erkenntnisse vom 21. März 1995, Zl. 94/09/0097, und vom 18. November 1998, Zl. 96/09/0281) ist für die Abgrenzung zwischen Werkverträgen, deren Erfüllung im Wege einer Arbeitskräfteüberlassung im Sinn des 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 sprechender Sachverhaltselemente ist in diesem Sinn nicht ausreichend, wenn sich aus den Gesamtumständen unter Berücksichtigung der jeweiligen wirtschaftlichen Interessenlage Gegenteiliges ergibt (vergleiche das Erkenntnis vom 16. September 1998, Zl. 97/09/0150). Bei Erfüllung auch nur eines der im § 4 Abs. 2 Z 1-4 AÜG genannten Tatbestandsmerkmale liegt jedenfalls 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 vor. Es kann Arbeitskräfteüberlassung im Sinn von § 4 Abs. 2 AÜG insbesondere auch vorliegen, wenn keine organisatorische Eingliederung der Arbeitskräfte in den Betrieb des Werkbestellers besteht, stellt doch dieses Tatbestandsmerkmal (im Sinn der Z 3 leg.cit.) nur eines von vier möglichen Merkmalen der Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte dar (vergleiche hiezu die Erkenntnisse vom 17. Juli 1997, Zl. 95/09/0218, vom 18. März 1998, Zl. 96/09/0191, und vom 22. Oktober 1996, Zl. 94/08/0178). Selbst im Fall zivilrechtlich als Werkvertrag einzustufender Vereinbarungen (und einer ihnen entsprechenden Vertragsabwicklung) zwischen Unternehmer und „Subunternehmer“ liegt danach eine Arbeitskräfteüberlassung vor, wenn eine der Ziffern des § 4 Abs. 2a AÜG anwendbar ist. Einer Gesamtbeurteilung des Sachverhaltes im Sinne des § 4 Abs. 1 AÜG bedarf 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 ist (vergleiche das Erkenntnis vom 10. März 1998, Zl. 95/08/0345, sowie zum Ganzen das Erkenntnis vom 3. Oktober 2013, Zl. 2013/09/0042).“

V.2.3. Schon zuvor hatte sich der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 22.10.1996, 94/08/0178, mit der Rechtsauffassung, es gebe nur die Alternative zwischen zivilrechtlich gültigem Werkvertrag und (bei zivilrechtlich ungültigem Werkvertrag) Arbeitskräfteüberlassung, auseinanderzusetzen. Der Verwaltungsgerichtshof hat hiezu ausgeführt:

„Die von der K.KG im Verwaltungsverfahren vertretene und in der Gegenschrift aufrecht erhaltene Auffassung, es gebe im Falle der Erbringung von Arbeitsleistungen im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung eines Werkvertrages zwischen dem Werkunternehmer und dem Werkbesteller durch Erfüllungsgehilfen des Werkunternehmers nur die Alternative zwischen zivilrechtlich gültigem Werkvertrag und (bei zivilrechtlich ungültigem Werkvertrag) Arbeitskräfteüberlassung, entspricht weder dem Wortlaut dieser Bestimmungen noch dem aus ihnen ableitbarem Regelungszweck noch schließlich (zumindest im Ergebnis) den Erläuterungen der Regierungsvorlage zum AÜG (450 BlgNR XVII GP):
Zunächst dient der Beurteilungsmaßstab des § 4 AÜG nach dem insofern eindeutigen Wortlaut nicht einer solchen Abgrenzung, sondern stellt – im Gegenteil – klar, dass selbst

für den Fall des Vorliegens eines gültigen Werkvertrages zwischen Entsender und Beschäftiger 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 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 Sinne des § 3 Abs. 3 AÜG vor. Ist in den im zweiten Halbsatz des § 4 Abs. 2 AÜG genannten Fällen keines der Tatbestandsmerkmale der vier Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG erfüllt, sind aber dennoch einige der in diesen vier Ziffern genannten oder ihnen gleichwertige Tatbestandsmomente gegeben, so schließt dies (arg. „insbesondere") nicht das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung aus; sie hängt dann aber – entsprechend dem § 4 Abs. 1 AÜG – von einer jeweils im Einzelfall vorzunehmenden Beurteilung ab, ob dem wirtschaftlichen Gehalt nach dennoch die Überlassung von Arbeitskräften im Vordergrund steht.

Auch die schon genannten Erläuterungen der Regierungsvorlage (diesfalls auf Seite 17) stützen letztlich nicht die Auffassung der K.KG:

Die Erläuterungen sprechen zwar eingangs davon, dass § 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 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 zutreffender 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.

Das bedeutet, dass auch die Erläuterungen eindeutig davon ausgehen, dass schon dann, wenn auch nur eines der Tatbestandsmerkmale der Z 1 bis 4 des § 4 Abs. 2 AÜG gegeben ist, Arbeitskräfteüberlassung anzunehmen ist. Ob die Ausführungen im Übrigen so zu verstehen sind, dass nach ihnen auch eine Arbeitskräfteüberlassung aufgrund eines zivilrechtlich gültigen Werkvertrages möglich erscheint, und ob diese Auffassung aus zivilrechtlicher Sicht zutreffend ist, kann ebenso wie die Darlegung zum Zweck des AÜG auf sich beruhen, weil es darauf, wie ausgeführt, nach dem Gesetzestext nicht ankommt.

Im § 4 Abs. 2 AÜG findet sich kein Anhaltspunkt dafür, dass, wie die belangte Behörde meint, die Z 2 dieser Bestimmung eine Ausnahme davon bilde, dass Arbeitskräfte-überlassung grundsätzlich schon vorliege, wenn nur eines der „unter Punkt 1 bis 4 des § 4 Abs. 2 angeführten Merkmale erfüllt" sei. Die belangte Behörde stützt sich diesbezüglich

auch zu Unrecht auf die zitierten Autoren, die ihrerseits lediglich die genannten Erläuterungen (Seite 17) zitieren, in denen es diesbezüglich heißt:
„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."
Dem ist beizupflichten. Denn nach § 4 Abs. 2 Z 2 AÜG genügt weder eine „Benutzung von Geräten" allein noch eine bloße „ergänzende Verwendung von Material oder Werkzeug des Werkbestellers"; erforderlich ist vielmehr für die Annahme der Arbeitskräfteüberlassung unter der im zweiten Halbsatz des § 4 Abs. 2 genannten Voraussetzung, dass „die Arbeit nicht vorwiegend mit Material UND Werkzeug des Werkunternehmers" geleistet wird. Ob die bloße „Benutzung von Geräten" oder die „ergänzende Verwendung von Material oder Werkzeug des Werkbestellers" „die Einstufung als Überlassung zur Folge haben", hängt in der Tat – unter dem Gesichtspunkt des § 4 Abs. 1 AÜG – von der „Würdigung aller Umstände des gegebenen Falles" ab. Sind hingegen die Tatbestandsmerkmale des § 4 Abs. 2 Z 2 AÜG gegeben, so ist eine Arbeitskräfteüberlassung ohne eine solche Würdigung unwiderleglich anzunehmen. Dagegen bestehen auch keine sachlichen Bedenken, weil in dem Fall, in denen Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers für dessen betriebseigene Aufgaben, wenn auch in Erfüllung eines Werkvertrages, zwischen dem Werkbesteller und dem Werkunternehmer, „nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten" (wobei es hinsichtlich des Überwiegens nicht auf nummerische Kategorien, sondern auf die Bedeutung des Materials bzw. Werkzeugs für das zu erbringende Werk ankommt), in aller Regel dem wirtschaftlichen Gehalt nach die Überlassung der Arbeitskräfte im Vordergrund stehen wird. Der Verwaltungsgerichtshof teilt die insoweit zurückhaltenderen Auffassungen von Geppert (Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, 59), Grillberger (Neuerungen durch das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, WBl. 1988, 314) und Kerschner (Rohrverlegung in „Subauftrag", DRdA 1989, 136) nicht. Den genannten Autoren ist allerdings zuzugeben, dass – ungeachtet der Verknüpfung der vier Tatbestände des § 4 Abs. 2 AÜG „oder" – in der Praxis jene Fälle selten werden, in denen nicht ohnehin zwei oder drei dieser Merkmale vorliegen. Das von Grillberger genannte Beispiel der Renovierung eines Betriebsgebäudes aufgrund eines Werkvertrages kann schon nicht als eine Arbeitsleistung „im Betrieb" (das heißt in Verfolgung der betriebstypischen Erwerbszwecke) des Werkbestellers im Sinne des Einleitungssatzes des § 4 Abs. 2 AÜG – angesehen werden und widerspricht daher nicht der nach dem Gesetzeswortlaut in Übereinstimmung mit den Materialien zwingend gebotenen Auslegung. Obwohl die belangte Behörde demgemäß in ihren allgemeinen rechtlichen Ausführungen § 4 Abs. 2 Z 2 AÜG zu Unrecht als Ausnahme vom genannten allgemeinen Grundsatz ansieht, ist dennoch der angefochtene Bescheid nicht mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit behaftet, weil die belangte Behörde bei der konkreten rechtlichen Bewertung nur von der Tatsache ausgeht, dass die K.KG das Material zur Verfügung gestellt habe. Dadurch ist aber nach den obigen Darlegungen noch nicht das Tatbestandsmerkmal des § 4 Abs. 2 Z 2 AÜG erfüllt.
Ob die belangte Behörde aber im Übrigen, wie offensichtlich die Beschwerdeführerin meint, von einer unrichtigen Interpretation des § 4 Abs. 1 oder Abs. 2 Z 1 und 3 AÜG (Z 4 scheidet im Beschwerdefall unstrittig aus) ausgegangen ist, kann mangels ausreichender Sachverhaltsfeststellungen nicht abschließend beurteilt werden:
Für die Tatbestandsmäßigkeit des § 4 Abs. 2 Z 1 AÜG reicht es jedenfalls – entgegen der diesbezüglich von der Beschwerdeführerin in ihrer Verfahrensrüge vertretenen Auffassung

– nicht aus, „dass der Produktionsbereich der (K.KG) und der (R.GmbH) deckungsgleich sind“; es kommt vielmehr darauf an, ob das konkrete Werk dem Werkunternehmer oder dem Werkbesteller zuzurechnen ist. Das Tatbestandsmerkmal des § 4 Abs. 2 Z 3 AÜG ist – ausgehend von den Feststellungen der belangten Behörde, die ungarischen Arbeitnehmer seien hinsichtlich Arbeitszeit und Arbeitslauf nur den Weisungen und der Aufsicht der O. unterworfen gewesen; schon wegen des fehlenden Tatbestandsmomentes, dass die Arbeitskräfte der Dienstaufsicht des Werkbestellers unterstehen müssen, nicht gegeben. Zur Beurteilung der Frage aber, ob zumindest im Sinn des § 4 Abs. 1 AÜG dem wahren wirtschaftlichen Gehalt nach eine Arbeitskräfteüberlassung vorlag, reichen die getroffenen Feststellungen nicht aus. Keine inhaltliche Rechtswidrigkeit (die die Beschwerdeführerin auch nicht mehr als solche reklamiert) begründet schließlich die Darlegungen der belangten Behörde zum Ansuchen der K.KG um die Beschäftigungsbewilligungen für die ungarischen Arbeitskräfte (vergleiche dazu u.a. das Erkenntnis vom 19. Jänner 1995, Zl. 94/09/0275; vergleiche dazu ferner die Entscheidungen des VwGH vom 18.3.1998, 96/09/0131, vom 17.7.1997, 95/09/0218, vom 3.10.2013, 2013/09/0042).“

V.3. Aus der vorzitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes lässt sich insofern für den vorliegenden zu beurteilenden Fall ableiten, dass auch gegenständlich eine Abgrenzung zwischen einem (echten) Werkvertrag und einer Arbeitskräfteüberlassung zu beurteilen ist.

Im Hinblick auf § 4 Abs. 2 Z 1 AÜG ist zunächst auszuführen, dass die beiden verfahrensrelevanten Arbeiter keine von den übrigen Arbeitern unterscheidbare Leistung erbrachten. Das Produkt – nämlich das Verlegen von Fliesen – wurde ganz im Gegenteil von sämtlichen auf der Baustelle tätigen Arbeiter gemeinsam erledigt. Insofern ist § 4 Abs. 2 Z 1 AÜG verwirklicht. Darüber hinaus ist auch § 4 Abs. 2 Z 2 AÜG erfüült, zumal sämtliche Arbeiter gemeinsam das auf der Baustelle vorhandene Material verarbeiteten. Auch waren alle Arbeiter gemäß § 4 Abs. 2 Z 3 AÜG organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert und standen unter dessen Dienst- und Fachaufsicht. Alle Arbeiter hatten einen gemeinsamen täglichen Arbeitsbeginn und ein gemeinsames tägliches Arbeitsende. Darüber hinaus standen auch alle Arbeiter unter der Fachaufsicht des Vorarbeiters auf der Baustelle, von welchem die Anweisungen erteilt wurden. Ob auch § 4 Abs. 2 Z 4 AÜG verwirklicht ist, kann dahingestellt bleiben, zumal es nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ausreichend ist, wenn nur eines der vier Merkmale aus § 4 Abs. 2 AÜG verwirklicht ist.

Auch nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt gemäß § 4 Abs. 1 AÜG kann auf Basis des festgestellten Sachverhaltes nur eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegen, wobei der Beschwerdeführer im Ergebnis alle vier s. Arbeiter an das d. Unternehmen überlassen hat. Dementsprechend liegt also keine Entsendung iSd AVRAG vor. Dies gilt im Übrigen auch für die beiden nicht im Straferkenntnis genannten s. Arbeiter.

V.4. Dementsprechend liegt also keine Entsendung iSd AVRAG vor, sondern eine Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des AÜG. Dem Beschwerdeführer wurde jedoch

in der Strafverfügung vom 22.06.2016 und im Straferkenntnis vom 23.05.2017 die Entendung von Arbeitskräften vorgeworfen. Der Beschwerdeführer hat die ihm vorgeworfene Tat nicht begangen.

V.5. Aus Anlass der Beschwerde war daher das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Strafverfahren einzustellen. Der Beschwerdeführer hat 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. Darüber hinaus steht die vorliegende Entscheidung im Einklang mit der oben zitierten Rechtsprechung des VwGH zur Beurteilung von Arbeitskräfteüberlassungen. Insbesondere stimmt die vorliegende Entscheidung mit der Auffassung des VwGH überein, dass es ausreichend ist, wenn von den vier Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 AÜG lediglich eine Voraussetzung erfüllt ist, wobei im vorliegenden Fall drei dieser vier Voraussetzungen erfüllt waren.

Die Abgrenzung zwischen Entsendung und Überlassung wurde daher im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vorgenommen. Auch aus diesem Grund 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