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-301450/8/SE

Datum:

Linz, 8. Jänner 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Ellmer über die Beschwerde von der Finanzpolizei Team 43, für das Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr, Handel-Mazzetti-Promenade 14, 4400 Steyr, vom 19. Jänner 2017, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 10. Jänner 2016, GZ: SanRB96-Ge-60-2016, betreffend Einstellung eines Verwaltungsstrafverfahrens nach dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Perg (in der Folge: belangte Behörde) vom 10. Jänner 2016, GZ: SanRB96-Ge-60-2016, wurde das gegen Mag. K.M. (in der Folge: Auftraggeberin) geführte Verwaltungsstrafverfahren nach dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz eingestellt.

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Auftraggeberin private Bauherrin sei und keine Unternehmereigenschaft besitzen würde. Die polnischen Arbeiter seien nicht für eigene (betriebliche) Aufgaben eingesetzt worden. Ferner seien keine fachlichen Weisungen an die polnischen Arbeiter erteilt worden. Die Firma X aus W. habe als Bauträger bzw. Herr V. vom L. als Bauführer, der das benötigte Baumaterial exklusiv im L. orderte, fungiert. Mangels Vorliegen einer Beschäftigereigenschaft beim Auftraggeber könne wechselwirkend bei der Beschuldigten keine Überlassereigenschaft entstehen.

I.2. Dagegen hat die Finanzpolizei, Team 43, für das Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr, Handel-Mazzetti-Promenade 14, 4400 Steyr (in der Folge Beschwerdeführerin), fristgerecht Beschwerde erhoben und beantragt, der Beschwerde Folge zu geben und eine tat- und schuldangemessene Strafe gemäß den Bestimmungen des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes zu verhängen.

In der Beschwerde wurde zusammengefasst vorgebracht, dass die Bauherren über keine speziellen bautechnischen Kenntnisse verfügen würden, weshalb der Vater der Bauherrin mittels eines formlosen Vertrages als Bauleiter fungiert habe. Ein angetroffener Arbeiter habe am Personenblatt angegeben, dass er vom Vater der Bauherrin Arbeitsanweisungen erhalte.
Das beauftragte polnische Unternehmen habe eine ZKO3 Meldung für eine Entsendung nach Österreich mit den inländischen Auftraggebern abgegeben. Das Baumaterial sei von den Auftraggebern zur Verfügung gestellt worden. Nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt seien die Auftraggeber als Beschäftiger und der Beschuldigte als Überlasser anzusehen.

I.3. Die belangte Behörde hat die Beschwerde unter Anschluss des Verfahrensaktes mit Schreiben vom 27. Jänner 2017, eingelangt am 31. Jänner 2017, dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt.

I.4. Die Auftraggeberin führte in seiner Stellungnahme vom 22. Februar 2017 im Wesentlichen Folgendes aus:

- Der Auftragnehmer sei Inhaber des Einzelunternehmens B. „G.“ P.G., ul. X; L.
- Er habe der Auftraggeberin und ihrem Ehegatten als Bauherren einen Kostenvoranschlag in Höhe von rund 33.000 Euro für die Errichtung ihres Rohbaues unterbreitet.

- Das L. P. habe den Einreichplan (samt Kostenvoranschlag und Materialaufstellung) über die Errichtung des Einfamilienhauses samt Garage erstellt. Die S. GmbH habe als Baufirma fungiert und den Einreichplan überprüft und mitabgezeichnet sowie die Bauaufsicht inne gehabt.
- Am 10. Juni 2016 sei zwischen der Auftraggeberin und ihrem Ehegatten und dem Auftragnehmer ein Bauvertrag abgeschlossen worden, wobei aufgrund von Einwänden des Auftragnehmers betreffend Nichtvorliegen von Polierplänen eine Abrechnung nach Regiestunden vereinbart worden sei. Dabei seien drei Teilzahlungen festgelegt worden.
- Der Auftragnehmer habe für diesen Auftrag drei Arbeitnehmer nach Österreich entsandt und die entsprechend gesetzlichen Meldungen fristgerecht durchgeführt.
- Der pensionierte Vater der Auftraggeberin sei mit schriftlichem Vertrag verpflichtet worden, die Ehegatten beim Hausbau unentgeltlich mit seiner Berufserfahrung zu unterstützen.
- Die Arbeitnehmer des Auftragnehmers seien mit einem Firmenwagen zur Baustelle gekommen, hätten Arbeitskleidung getragen und firmeneigenes Kleinwerkzeug verwendet.
- Großwerkzeuge wie Kran und Hiab-Wagen seien vom L. P. bereitgestellt worden.
- Ein Mitarbeiter des L. P. habe wöchentlich die geleisteten Arbeiten abgenommen und das benötigte Baumaterial bestellt.
- Die Auftraggeberin habe bei der Kontrolle angegeben, dass der Polier und ihr Vater die Pläne, die in polnischer Sprache verfasst gewesen seien, lesen könnten. Woraufhin der polnische Polier am zuvor ausgefüllten Personenblatt seinen Namen ausgestrichen und „F.“ dazuschreiben musste.
- Es stimme nicht, dass der polnische Polier das Personenblatt ohne Druckausübung durch die Finanzpolizei ausgefüllt habe.
- Die Auftraggeberin und ihr Ehegatte seien private Bauherren ohne jedwede bautechnischen Kenntnisse. Eine Unternehmereigenschaft liege nicht vor. Die polnischen Arbeitnehmer hätten somit nicht für „betriebseigene Aufgaben“ eingesetzt werden könne.
- Es liege ein Werkvertrag vor.
- Es sei kein einziges Merkmal des § 4 Abs. 2 Z 1 bis Z 4 AÜG erfüllt.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt, das Beschwerdevorbringen und Einholung einer Stellungnahme des Auftragnehmers. Gemäß § 44 Abs. 3 Z 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG konnte die Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Hinblick darauf, dass der für die Entscheidung wesentliche Sachverhalt aufgrund der Aktenlage hinreichend geklärt ist, unterbleiben. Ferner wurde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung von keiner Partei beantragt.

II.2. Folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt gilt als erwiesen:

Der Auftragnehmer ist Inhaber des Einzelunternehmens B. „G.“ P.G., ul. X, L., Gewerberegisternr. x, REGON: x, UID Nr: x.

Das L. P. erstellte einen Einreichplan über die Errichtung des Einfamilienhauses der Auftraggeberin und ihres Ehegatten, X, P. (in der Folge: die Auftraggeber) samt Kostenvoranschlag und Materialaufstellung. Die Auftraggeber waren Bauherren und keine Unternehmer bzw. Betriebsinhaber und verfügten über keine speziellen bautechnischen Kenntnisse. Der vom L. erstellte Plan wurde von der S. GmbH in W. als Bauträgerfirma überprüft und mitabgezeichnet. Mit Bescheid vom 11. Mai 2016 wurde die Errichtung des Eigenheims bewilligt.

Am 10. Juni 2016 schloss der Auftragnehmer mit den Auftraggebern einen Bauvertrag mit folgendem Inhalt (auszugsweise Wiedergabe, Hervorhebungen nicht übernommen) ab:

„§1
Die Auftraggeberin beauftragt den Auftragnehmer mit der Rohbauererrichtung eines Einfamilienhauses in der X, S., Österreich

§2
Die im §1 genannte Bauleistung erfolgt im Zeitraum:
Anfang: 29. Juni 2016
Ende: 30. September 2016

§3
Der Auftragnehmer verpflichtet sich zur Auftragsausführung entsprechend den bautechnischen Bedingungen, der Baukunst und mit Einhalten der Bau- und Sicherheitsvorschriften.

§4
1. Die Abrechnung erfolgt in 3 Tranchen, zwei zu jeweiligem Monatsende und die dritte nach der Auftragsbeendigung. Als Abrechnungsgrundlage gelten die geleisteten Stunden sowie die vom Auftraggeber ausgestellte Rechnung.

Die Rechnungsbegleichung erfolgt aus das Konto:
(Kontonummer), Zahlungsziel: 7 Tage

2. Als Stundensatz werden 20,50 EUR netto festgelegt

§5
Das notwendige Baumaterial ist bauseits zur Verfügung zu stellen

§6

Der Ausführungstermin kann seitens der Auftragnehmer verschoben werden, Gründe dafür: Änderung der geplanten Bauarbeiten während der Auftragsausführung, widrige Wetterbedingungen usw.

§7

Es wird für die Bauleistung eine 36-monatige Garantie gewährleistet.

§8

Alle Änderungen im Bauvertrag sind mit Zustimmung beider Parteien und in der Annexform vorzunehmen.

[...]“

Zwischen den Auftraggebern und dem Vater der Auftraggeberin wurde am 1. Juli 2016 ein „Formloser Vertrag“ über die unentgeltliche Unterstützung mit seiner Berufserfahrung und Hilfe auf der Baustelle X, S. abgeschlossen.

Am 27. Juni 2016 erfolgte vom Auftragnehmer eine ZKO3-Meldung betreffend Entsendung von den drei bei der von der Finanzpolizei am 13. Juli 2016 durchgeführten Kontrolle angetroffenen Arbeitnehmern. Bei der Kontrolle wurden für alle polnischen Arbeitnehmer jeweils das EG101/A1-Dokument, die Meldung an die ZKO (ZKO3), der Arbeitsvertrag/Dienstzettel und der Dienstzettel vorgelegt. Am 7. Juli 2016 nahmen die drei Arbeitnehmer des Auftragnehmers die Arbeit auf. Die Anreise erfolgte mit einem Firmenfahrzeug des Auftragnehmers. Sie trugen Arbeitskleidung des Auftragnehmers und waren mit Kleinwerkzeug ausgestattet. Großwerkzeuge wie Kran und ein Hiab-Wagen wurde vom L. bereitgestellt.

Ein Mitarbeiter des L. führte wöchentlich eine Kontrolle auf der Baustelle durch, nahm die bereits geleisteten Arbeiten ab und bestellte das weiter benötigte Material vom L. Der Rohbau wurde nach den von der S. GmbH gezeichneten und von der Baubehörde genehmigten Plänen angefertigt. Sie standen in polnischer Sprache zur Verfügung.

Ein Arbeitnehmer des Auftragnehmers hatte als Polier die Fachaufsicht. Die übrigen Arbeitnehmer des Auftragnehmers unterlagen seinen Weisungen. Keiner der polnischen Arbeitnehmer war der deutschen Sprache mächtig.
Ansprechpartner für die polnischen Arbeitnehmer auf der Baustelle war der Vater der Auftraggeberin, der auch als Helfer tätig war.

II.3. Der entscheidungsrelevante Sachverhalt blieb bis auf die Frage, wer wem Arbeitsanweisungen erteilte, unbestritten.

Die Beschwerdeführerin ging aufgrund der Angaben des polnischen Poliers auf dem Personenblatt (Finpol 9-polnisch), dass der Vater der Auftraggeberin Arbeitsanweisungen an den Polier erteilt.

Dazu ist festzuhalten, dass wie die Auftraggeberin in seinen Stellungnahmen realistisch und nachvollziehbar ausführte, sein Schwiegervater aufgrund seiner Berufserfahrung die Auftragnehmer auf der Baustelle unterstützte und auch mithalf.
Der polnische Polier hatte am Personenblatt vorerst seinen eigenen Namen notiert, diesen in der Folge gestrichen und den Namen des Vaters der Auftraggeberin hingeschrieben. Dies weist auf Unklarheiten beim Ausfüllen des Personenblattes hin. Angeblich habe er nach Intervention der Finanzpolizei die Änderung vorgenommen. Aber auch, wenn der polnische Polier die Änderung von sich aus vorgenommen hat, zeigt sich, dass ihm nicht klar war, was unter Arbeitsanweisungen zu verstehen ist. Aus dem Personenblatt geht nämlich nicht hervor, ob hier allgemeine Arbeitsanweisungen sowie Arbeitseinteilungen oder konkrete die Durchführung der Bauarbeiten betreffende Anweisungen gemeint sind, obwohl dies für die rechtliche Beurteilung von wesentlicher Relevanz ist.
Es ist jedoch aufgrund der Funktion des Vaters der Auftraggeberin als „Unterstützter mit Berufserfahrung“ naheliegend, dass er auch als Vertreter der Auftraggeber wahrgenommen wurde und falls er dem polnischen Polier „Arbeitsanweisungen“ erteilt hat, sich diese auf notwendige Abstimmungen oder generelle Anweisungen z.B. hinsichtlich der Platznutzung auf der Baustelle, etc. bezogen haben.
Aus dem Personenblatt geht jedenfalls nicht eindeutig hervor, dass der Vater der Auftraggeberin dem polnischen Polier Arbeitsanweisungen hinsichtlich der konkreten Aus- und Durchführung der zu verrichtenden Tätigkeiten gegeben hat. Der polnische Polier konnte die Baupläne lesen und war dabei nicht auf den Vater der Auftraggeberin angewiesen.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.1. Zum Tatzeitpunkt (16. Juni 2015) anzuwendende Rechtslage:

III.1.1. Das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz - AÜG, BGBl. Nr. 196/1988 in der maßgebenden Fassung, lautet auszugsweise:

„Geltungsbereich

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz gilt für die Beschäftigung von Arbeitskräften, die zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen werden.
[…]

Zweck

§ 2. (1) Das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz bezweckt

1. den Schutz der überlassenen Arbeitskräfte, insbesondere in arbeitsvertraglichen, arbeitnehmerschutz- und sozialversicherungsrechtlichen Angelegenheiten, und
2. die Regelung der Arbeitskräfteüberlassung zur Vermeidung arbeitsmarktpolitisch nachteiliger Entwicklungen.

[...]

Begriffsbestimmung

§ 3. (1) Überlassung von Arbeitskräften ist die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte.
(2) Überlasser ist, wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet.
(3) Beschäftiger ist, wer Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt.
(4) Arbeitskräfte sind 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.

Beurteilungsmaß

§ 4. (1) Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.
(2) Arbeitskräfteüberlassung liegt insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber

1. kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder
2. die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder
3. organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder
4. der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet.

[...]

Grenzüberschreitende Überlassung

§ 16. [...]
(3) Die Überlassung von Arbeitskräften vom Ausland nach Österreich ist nur zulässig, wenn ausnahmsweise eine Bewilligung gemäß Abs. 4 erteilt wurde.
[...]

Grenzüberschreitung im Europäischen Wirtschaftsraum

§ 16a. Auf Überlassungen innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR) ist § 16 nicht anzuwenden.

Meldepflichten

§ 17. […]
(2) Der Überlasser hat bei bewilligungsfreier Überlassung von Arbeitskräften vom Ausland nach Österreich die grenzüberschreitende Überlassung der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung (nach dem AuslBG und dem AVRAG) des Bundesministeriums für Finanzen zu melden. Die Meldung ist jeweils spätestens eine Woche vor der Arbeitsaufnahme in Österreich zu erstatten; in Katastrophenfällen, bei unaufschiebbaren Arbeiten und bei kurzfristig zu erledigenden Aufträgen genügt die Meldung unverzüglich vor Arbeitsaufnahme. Änderungen der gemeldeten Daten sind unverzüglich zu erstatten. Die Übermittlung der Meldungen hat ausschließlich automations- unterstützt über die elektronischen Formulare des Bundesministeriums für Finanzen zu erfolgen.
(3) Die Meldung gemäß Abs. 2 hat folgende Daten zu enthalten:
[…]
(7) Der Beschäftiger hat für jede nicht in Österreich sozialversicherungspflichtige überlassene Arbeitskraft Unterlagen über die Anmeldung der Arbeitskraft zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. Nr. L 166 vom 30.04.2004 S. 1, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) Nr. 465/2012, ABl. Nr. L 149 vom 08.06.2012 S. 4) sowie die Meldung gemäß den Abs. 2 und 3 am Arbeits(Einsatz)Ort in geeigneter Form zur Überprüfung bereitzuhalten oder zugänglich zu machen.
[…]

Strafbestimmungen

§ 22. (1) Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen
1. […]
2. mit Geldstrafe von 500 € bis zu 5 000 €, im Wiederholungsfall von 1 000 € bis zu 10 000 €, wer die Meldungen gemäß § 17 Abs. 2 nicht oder nicht rechtzeitig oder nicht vollständig oder wissentlich unrichtig erstattet oder die erforderlichen Unterlagen entgegen § 17 Abs. 7 nicht zur Überprüfung bereithält oder nicht zugänglich macht;
3. […]“

III.1.2. Die Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (im Folgenden kurz: Richtlinie 96/71) lautet auszugsweise:

„Artikel 1
Anwendungsbereich

(1) Diese Richtlinie gilt für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer gemäß Absatz 3 in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden.
[…]
(3) Diese Richtlinie findet Anwendung, soweit die in Absatz 1 genannten Unternehmen eine der folgenden länderübergreifenden Maßnahmen treffen:

a) einen Arbeitnehmer in ihrem Namen und unter ihrer Leitung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats im Rahmen eines Vertrags entsenden, der zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem in diesem Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger geschlossen wurde, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht, oder
b) einen Arbeitnehmer in eine Niederlassung oder ein der Unternehmensgruppe angehörendes Unternehmen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht, oder
c) als Leiharbeitsunternehmen oder als einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellendes Unternehmen einen Arbeitnehmer in ein verwendendes Unternehmen entsenden, das seinen Sitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat oder dort seine Tätigkeit ausübt, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitunternehmen oder dem einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht.
[...]

Artikel 3
Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen

(1) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, daß unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht die in Artikel 1 Absatz 1 genannten Unternehmen den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern bezüglich der nachstehenden Aspekte die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird, - durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder - durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche im Sinne des Absatzes 8, sofern sie die im Anhang genannten Tätigkeiten betreffen, festgelegt sind:
[...]“

III.2. Die Bestimmung des § 17 Abs. 2 AÜG geht auf die Novelle BGBl. I Nr. 120/1999 zurück, in deren Gesetzesmaterialien (IA 1103/A GP XX.) im Vorblatt darauf hingewiesen wird, dass die Novelle der Anpassung der österreichischen Rechtslage an die Entsenderichtlinie 96/71/EG dient, so auch die Anzeigepflicht betreffend die im EWR bewilligungsfreien Überlassungen nach Österreich. Im besonderen Teil dieser Gesetzesmaterialien wird zu § 17 Abs. 2 AÜG darauf hingewiesen, dass die Meldepflicht die erforderliche Überwachung der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen bei grenzüberschreitender Überlassung innerhalb des EWR ermöglichen soll.

Die im vorliegenden Fall maßgebenden Bestimmungen der §§ 2 bis 4 AÜG sind seit der Stammfassung unverändert; die Materialien dazu (450 BlgNR XVII. GP, S. 17 f) lauten auszugsweise:
„Zu § 4:
Diese Bestimmung soll 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 Gesetzentwurfes 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 ganz 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 (zB § 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.
[...]“

III.3. Gemäß § 3 Abs. 3 AÜG ist Beschäftiger, wer Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt. Es kann nur derjenige als Beschäftiger angesehen werden, der diese Arbeitskräfte im Rahmen der Erfüllung eigener Aufgaben einsetzt, was jedenfalls ein Mindestmaß an organisatorischer Vorkehrungen voraussetzt (vgl. VwGH vom 10.3.1999, Zl. 97/09/0209). Wie die belangte Behörde richtig ausführte, fehlt es den Auftraggebern an der Unternehmereigenschaft. Sie sind ausschließlich private Bauherren und haben den Auftragnehmer mit der Errichtung des Rohbaus ihres

Einfamilienhauses beauftragt. Somit können die Auftraggeber keine Beschäftiger und der Auftragnehmer hier konkret auch nicht Überlasser i.S.d. AÜG sein.

III.4. Selbst wenn, wie die Beschwerdeführerin hier annimmt, von einer Unternehmereigenschaft der Auftraggeberin auszugehen wäre, sind jedoch die notwendigen Voraussetzung für das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung nicht erfüllt.

Entsprechend den Ausführungen des VwGH in seinem Erkenntnis vom 22.8.2017, Ra 2017/11/0068, wäre hier die gegenständlich entscheidende Rechtsfrage, ob es sich beim Vertragsverhältnis zwischen dem Auftragnehmern und den Auftragnehmern um einen („echten“) Werkvertrag oder um einen Vertrag betreffend grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung handelt, allerdings ist diese 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.

Weiters stellt der VwGH in diesem Erkenntnis fest:
„26 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)

27 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.“

III.5. Im Speziellen sind dabei entsprechend dem Urteil „M.M." 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. VwGH vom 6.12.2012, Zl. 2012/09/0130), 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 (VwGH vom 22.8.2017, Ra 2017/11/0068, RZ 33).

III.6. Zusammengefasst bedeutet das, dass erst bei Verwirklichung ausschlaggebender Kriterien und dem sich daraus ergebenden Vorliegen einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach der Richtlinie 96/71 § 4 Abs. 2 AÜG uneingeschränkt anzuwenden ist.
Ergibt sich aber aus der Gesamtbetrachtung der gegebenen Anhaltspunkte, dass nach der Richtlinie 96/71 keine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, so kann auch alleinig aufgrund § 4 Abs. 2 AÜG eine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung nicht vorliegen.

III.7. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 8.8.2008, 2008/09/0022) liegt ein Werkvertrag vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Die Verpflichtung aus einem Werkvertrag besteht darin, die genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein „gewährleistungstauglicher“ Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden können. Mit der Erbringung der Leistung endet das Werkvertragsverhältnis.

Die vertragliche Vereinbarung des Auftragnehmers und die Auftraggeberin ist ein Werkvertrag über die Errichtung eines aufgrund des genehmigten Bauplanes spezifizierten Rohbaus. Der Vertrag enthält einen konkreten Arbeitsbeginn sowie einen konkreten Fertigstellungstermin. Der Preis bestimmt sich nach den geleisteten Stunden. Weiters wurde auch eine 36-monatige Gewährleistung des Auftragnehmers vereinbart.
Es gibt auch keine Hinweise, noch hat die Beschwerdeführerin entsprechende Angaben gemacht, dass die Anzahl der zur Erfüllung des Werkvertrags einzusetzenden Arbeitnehmer von den Auftragnehmern bestimmt worden wäre.
Die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung der Tätigkeiten erhielten die polnischen Arbeitnehmer jeweils von ihrem Polier. Weder die Auftraggeber noch der Vater der Auftraggeberin haben individuelle fachliche Weisungen an die polnischen Arbeitnehmer erteilt. Auch wurden von den Auftraggebern keine Aufzeichnungen über die Anwesenheiten/Abwesenheiten der polnischen Arbeitnehmer geführt. Insgesamt betrachtet, würde auch keine organisatorische Eingliederung der ausländischen Arbeitnehmer hier konkret vorliegen.

Aus dieser Gesamtbetrachtung ergibt sich, dass –unabhängig vom Vorliegen der Unternehmereigenschaft die Auftraggeberin- eine Arbeitskräfteüberlassung nach der Richtlinie 96/71 nicht vorliegt. Somit könnte auch alleinig aufgrund von § 4

Abs. 2 AÜG eine Arbeitskräfteüberlassung nicht vorliegen. Die Auftraggeberin wäre somit nicht Beschäftigerin iSd § 3 Abs. 3 AÜG.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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

IV.2. Darüber hinaus steht die vorliegende Entscheidung sowohl im Einklang mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes als auch mit jener des EuGH.

IV.3. Die vorliegende Entscheidung beruht ferner auf einem konkreten und für den Einzelfall festgestellten Sachverhalt, der das Ergebnis einer individuellen Beweiswürdigung (Vertragsunterlagen, Stellungnahmen, Zeugenaussagen) ist. Die konkrete Vertragsauslegung ist stets einzelfallbezogen und einer Revision nicht zugänglich (vgl. OGH RS0042769, RS0042936, RS0044298, RS0044358). Auch aus diesem Grund war die ordentliche Revision als 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 Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Ellmer