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

Geschäftszeichen:
LVwG-301898/5/KLi/JB

Datum:
Linz, 9. Juli 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde vom 15. Februar 2018 des S M, B S GmbH, L S 115, A, Deutschland, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. E H, Rechtsanwälte K Heck V PartGmbB, O 12-14, A, Deutschland, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 5. Februar 2018, GZ: BZ-Pol-78021-2016, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis wird aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. 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.

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 Stadt Wels (in der Folge: belangte Behörde) vom 5. Februar 2018, GZ: BZ-Pol-78021-2016, wurde dem Beschwerdeführer (Bf) eine Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) vorgeworfen.

Er habe es als zur Vertretung nach Außen berufenes und damit gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortliches Organ der Firma B S GmbH mit Sitz in Deutschland, L S 115, A, zu verantworten, dass durch diese Firma als Arbeitgeberin gemäß § 7b Abs. 1 AVRAG bei einer Kontrolle durch Organe des Finanzamtes Grieskirchen Wels – Finanzpolizei – am 7. November 2015 ab 13:30 Uhr in W, M 1, entgegen § 7b Abs. 3 AVRAG die Beschäftigung der im November 2015 zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich, W, M 1, Umbau B entsendeten Arbeitnehmer (1.) R P, (2.) R R, (3.) M H, (4.) B H, (5.) P T und (6.) N T nicht spätestens eine Woche vor der Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrecht-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen gemeldet worden seien. Mit Strafantrag vom 1. April 2016 habe die Finanzpolizei die Verhängung einer Verwaltungsstrafe beantragt. Der Bf habe dadurch § 7b Abs. 3 iVm § 7b Abs. 8 Z 1 AVRAG verletzt. Wegen dieser Verwaltungsübertretung werde gemäß § 7b Abs. 8 AVRAG eine Geldstrafe von jeweils 500 Euro, insgesamt 3.000 Euro, sowie jeweils eine Ersatzfreiheitsstrafe von 34 Stunden, insgesamt 204 Stunden verhängt. Ferner habe der Bf einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens von 300 Euro zu bezahlen. Daraus ergebe sich ein Gesamtbetrag von 3.300 Euro.

Begründend führte die belangte Behörde unter Wiedergabe der gesetzlichen Bestimmungen aus, der im Spruch angeführte Sachverhalt sei mit Strafantrag der Finanzpolizei vom 1. April 2016 angezeigt worden. Mit Aufforderung zur Rechtfertigung von 19. Mai 2016, dem Bf zugestellt am 13. Juni 2016, sei wegen der im Spruch dargestellten Verwaltungsübertretung ein ordentliches Strafverfahren eingeleitet worden. Am 29. Juni 2016 habe der Bf zahlreiche Unterlagen zur Rechtsfertigung eingereicht. Diese seien wiederum der Finanzpolizei am 21. August 2017 zur Stellungnahme übermittelt worden. Die Finanzpolizei habe am 4. September 2017 eine Stellungnahme abgegeben und die Fortführung des Verwaltungsstrafverfahrens beantragt. Aus der Rechtsfertigung des Bf hätten sich keine Anhaltspunkte ergeben, die geeignet wären, an der Richtigkeit des angezeigten Sachverhaltes Zweifel zu erregen. Für die belangte Behörde sei der im Spruch dargestellte Sachverhalt aufgrund der Aktenlage und des Ergebnisses des durchgeführten Ermittlungsverfahrens folglich erwiesen.

In rechtlicher Würdigung habe sich daher ergeben, dass der Bf den Tatbestand der angelasteten Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht erfüllt habe. Das

AVRAG sehe keine eigenen Regelungen hinsichtlich des Verschuldens vor. Es komme daher § 5 Abs. 1 VStG zum Tragen, wonach zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genüge.

Die Rechtfertigung des Beschuldigten reiche für die Annahme, dass er alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen und Vorkehrungen getroffen habe, nicht aus. Der Schuldentlastungsbeweis sei vom Bf nicht erbracht worden. Die gegenständliche Verwaltungsübertretung sei daher auch schuldhaft begangen worden.

Zur Strafhöhe sei § 19 VStG heranzuziehen. Strafmildernd sei das kooperative Nachtatverhalten des Beschuldigten zu werden. Im Hinblick auf die Verhängung der gesetzlichen Mindeststrafe brauche auf die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Bf nicht näher eingegangen zu werden.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die Beschwerde vom 15. Februar 2018.

Zunächst wendet der Bf Verjährung ein, zumal innerhalb eines Jahres keine strafrechtlich relevanten Maßnahmen ergriffen worden seien.

Sodann bringt der Bf lediglich vor, es sei unzutreffend, dass die unter Ziffer 1 bis 6 genannten Staatsbürger Mitarbeiter seines Unternehmens gewesen seien. Weitere Ausführungen würden noch ergänzend erklärt werden.

I.3. Die belangte Behörde legte das Straferkenntnis, die Beschwerde sowie den bezughabenden Verwaltungsakt mit Vorlageschreiben vom 5. April 2018 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses entscheidet durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

I.4. Am 22. Mai 2018 fand sodann vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, zu welcher der Rechtsvertreter des Bf, eine Vertreterin der belangten Behörde sowie ein Vertreter der Abgabenbehörde erschienen sind. Die Sach- und Rechtslage wurde umfassend erörtert.

II. Nachfolgender Sachverhalt steht fest:

II.1. Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der B S GmbH mit Sitz in L S 115, A, Deutschland.

Das Unternehmen des Bf hatte eine als Werkvertrag (Rahmenvereinbarung) bezeichnete Vereinbarung vom 30. März 2009, abgeschlossen mit der deutschen

Firma O C C GmbH, A-E-S 7-9, W, Deutschland. Diese Vereinbarung beinhaltete Regalaufbauarbeiten, u.a. in der O-Filiale in W, M 1.

II.2. Am 7. November 2015 um 13:30 Uhr führten Organe der Abgabenbehörde (Finanzamt Wels Grieskirchen, Finanzpolizei) in dieser O-Filiale eine Kontrolle durch. Bei dieser Kontrolle wurden u.a. die im Spruch des Straferkenntnisses zu Punkt I.1. genannten Personen bei Umbauarbeiten angetroffen.

II.3. Im Zuge der Kontrolle durch die Organe der Abgabenbehörde wurde eine Vertragskette wie folgt erhoben:

Die Firma M T R B, L, T,T 1a, dessen einziger Arbeiter E D auf der Baustelle war, war ein Subunternehmer des Unternehmens des Bf. Der Arbeiter E D gab an, der Vorarbeiter für alle am Regalaufbau tätigen Personen zu sein. Er zeichnete an, wo welches Regal aufzustellen war und er erteilte die Arbeitsanweisungen an alle anwesenden Arbeitskräfte. Er erteilte somit auch alle Anweisungen an sämtliche Subunternehmer des Unternehmens des Bf.

Weiters war das Unternehmen I M H, D, C 15 anwesend. Der Vorarbeiter M L war auf der Baustelle anwesend. Beim Unternehmen I M H handelt es sich um ein Subunternehmen des Unternehmens des Bf. Bei den Arbeiten handelte es sich um Regalab- und -aufbauarbeiten. Für diese Arbeiten stellte das Unternehmen I M H drei Arbeiter zur Verfügung und zusätzlich zwei Arbeiter des deutschen Unternehmens P GmbH.

Darüber hinaus wurden Arbeiter der H&B M GmbH, L b B, J 24 angetroffen. Der Geschäftsführer M B war auf der Baustelle anwesend. Er gab an, dass die Arbeiten seines Unternehmens als Subunternehmer für die Firma R B durchgeführt würden. Es handle sich um Regalbauarbeiten. Außerdem sei es seine Aufgabe die drei Selbstständigen, womit er die im Spruch genannten Personen P R, R R und H M meinte, zu unterweisen.

Darüber hinaus wurde von der Firma O C C GmbH P V befragt. Dieser gab an, dass hinsichtlich der Regalbauarbeiten nur ein Werkvertrag zwischen der O C C GmbH und dem Unternehmen des Bf bestand. Sämtliche an den Regalauf- und -abbauarbeiten beschäftigten Personen wurden demnach vom Unternehmen des Bf nach Österreich entsandt.

II.4. Fest steht somit, dass das Unternehmen des Bf mit der O C C GmbH eine als Werkvertrag bezeichnete Vereinbarung vom 30. März 2009 abgeschlossen hatte. Ausführender Betrieb sämtlicher Arbeiter zur Erfüllung des Vertrages war daher das Unternehmen des Bf. Sämtliche Arbeiter wurden letztendlich in einer Kette unterschiedlicher Arbeitskräfteüberlassungen an das Unternehmen des Bf

überlassen. Dieser überließ sodann in ihrer Gesamtheit alle Arbeitnehmer zur Erfüllung der Vereinbarung auf die kontrollierte Baustelle.

Dies ergibt sich schon aus den Aussagen der vernommenen Personen. So gab insbesondere M B an, sein Unternehmen stamme von der Firma R B mit dem Namen H&B M GmbH. Er sei mit drei Arbeitern, M F, M H und F O seit 4. November 2015 als Regalbauer tätig. Die Firma des Bf sei der erste Auftragnehmer von O. Die Firma B sei in Sub anwesend, da zu wenig Leute zur Verfügung stehen, sein Unternehmen, H&B M GmbH sei ebenfalls in Sub (für die Firma B) anwesend.

Sein Unternehmen stellte die bereits eingebauten Regale um und erfolgte deren Abbau mit anschließendem neuem Aufbau. Material war bereits im Markt, teilweise wurden neue Regale von O angeliefert, das Befestigungsmaterial, Hebebühnen, Stapler, Ameise und dergleichen stammte ebenfalls von O. Lediglich Handwerkzeug für die Montage der Regalsysteme, Schlagschrauber, Akkuschrauber, Sticksäge und allgemeines Handwerkzeug wurde selber mitgebracht.

Das Unternehmen H&B M GmbH hatte selber keine weiteren Subunternehmer. Der vernommene M B war dafür verantwortlich, die drei als Selbstständige bezeichneten Personen – womit P R, R R und H M gemeint waren – zu unterweisen. Diese hatten wiederum Verträge mit dem Unternehmen des Bf. Sie brachten Handwerkzeug selbst mit. M B lernte sie an.

Es gab einen Plan, wo die Regalarbeiten eingeteilt waren. Dieser wurde von O erstellt und geplant und dann wurden die Aufträge verteilt. Das Unternehmen H&B M GmbH hatte vom Unternehmen R B den Regalbau im ganzen Markt übertragen bekommen.

M B führte täglich Arbeitszeitaufzeichnungen für die eigenen Mitarbeiter sowie für die drei als Selbstständige bezeichnete Personen des Bf.

Für die eigenen drei Mitarbeiter konnte M B ZKO3-Meldungen vorlegen. Für die „drei Selbstständigen“ waren keine ZKO3-Meldungen vorhanden.

Der Mitarbeiter des Unternehmens R B, E D gab an, für dieses Unternehmen seit 4. November 2015 tätig zu sein, er sei der einzige Mitarbeiter der Firma R B und zugleich der Vorarbeiter. Er sei für alle Regalbauer im Markt zuständig. Er zeichnete an, wo welches Regal aufzustellen war und erteilte an die vorhandenen Arbeitskräfte die Anweisungen. Darüber hinaus lief alles über das Unternehmen des Bf, die Firma B war ein Subunternehmer. E D war für alle Subunternehmer des Bf zuständig. Er erteilte die Arbeitsanweisungen an deren Mitarbeiter.

Die genaue Tätigkeit und der Einsatz von Material und Werkzeug wurden von ihm vorgenommen. Das Regalequipment war bereits vorhanden und angeliefert. Das Befestigungsmaterial (Schrauben, etc.) stammte von O. Die Baustelleneinrichtung (Hebebühne, Stapler, etc.) wurde ebenfalls von O gestellt. Von der Firma B war nur Handwerkzeug, z.B. Bohrmaschine, Akkuschrauber, Säge, etc. vorhanden.

Die Einteilung der Regalbauten wurde nach einem Plan bearbeitet. Der Plan stammte von der Firma O. Diese bestimmte, wo die Regalsysteme aufgebaut werden mussten.

E D führte für sich selbst keine Stundenaufzeichnungen, für die anderen Mitarbeiter im Regalbau wurden die Stundenaufzeichnungen von ihm gemeinsam mit Ml B (von dem Unternehmen H&B M GmbH) geführt.

Übereinstimmend wurde nach den Angaben von M B und E D von 8:00 Uhr bis 19:00 Uhr, sechs Tage in der Woche, mit zwei Stunden Pause pro Tag gearbeitet.

Zusätzlich ergibt sich aus der Aussage des M L, dass dieser für das Unternehmen I S D I anwesend war. Dieses Unternehmen war im Auftrag des Unternehmens des Bf auf der Baustelle. Inhalt des Auftrages war der Regalab- und -aufbau für den zukünftigen O-Markt. Zusätzlich gab er an, vom O-Mitarbeiter, P V, seine Anweisungen zu erhalten. Es würde nur Handwerkzeug selber mitgenommen.

Darüber hinaus gab P V an, dass die angetroffenen 19 Polen im Zeitpunkt der Kontrolle vom Unternehmen des Bf nach Österreich entsendet wurden. Dazu gab es einen Werkvertrag zwischen der Firma O und dem Unternehmen des Bf. Es gab einen polnischen Arbeiter, P D, der Deutsch sprach. Diesem erteilte P V Anweisungen. Er sagte ihm, was zu tun war. Er sagte ihm im Detail, wann und wie viele Leute er wo hin schicken sollte und was sie dort zu tun hatten. Er übersetzte auch und klärte Unklarheiten auf. Manchmal kamen Arbeiter auch direkt zu P V und er versuchte mit einfachen Worten und Sätzen bzw. Zeichensprache die Arbeiten zu erklären. Er selbst hatte keine Vorgaben, wofür die Leute einzusetzen waren, was von ihren Fähigkeiten abhing. Sie durften keine „qualifizierten Arbeiten“ ausführen, de facto nur Hilfsarbeiten. Als Arbeitszeit wurde mit dem Unternehmen des Bf vereinbart, dass maximal 50 Stunden pro Woche gearbeitet wurde. Der Arbeiter mit Deutschkenntnissen, P D, schrieb für alle die Stunden auf und legte sie P V zur Abzeichnung vor. Die Polen gingen und kamen miteinander, so konnte er einfach kontrollieren, ob die Angaben korrekt waren. Darüber hinaus wurde die Zeit jedes Mitarbeiters beim Betreten und Verlassen des Gebäudes beim Wareneingang durch den Sicherheitsdienst notiert. Dies war der einzige Zugang zum Gebäude während der Umbauarbeiten, der verwendet werden durfte.

P V kontrollierte auch die Pausenzeiten, damit es zu keinen Übertretungen kam. Die Pausenzeiten waren genau vorgegeben und mussten von allen eingehalten

werden, in der Zeit von 10:00 Uhr bis 10:30 Uhr, von 12:30 Uhr bis 13:30 Uhr und von 16:00 Uhr bis 16:30 Uhr.

Nach Angabe des P V war das, was hier tatsächlich gemacht wurde, unter dem Begriff „Personalleasing“ oder „Personalgestellung“ zu verstehen. Es war der Tätigkeitsbereich aber grob eingeschränkt. Zur Zeit der Kontrolle handelte es sich um Hilfs- und Handlangerarbeiten, die aktuell anfielen. In weiterer Folge schränkte sich dies auf das Einräumen von Warenregalen ein. In diesem Zusammenhang bestand auch Bedarf daran, dass die Regale grob gewischt wurden.

II.5. Zusammengefasst steht daher fest, dass vorliegend keine Entsendung vorliegt, sondern eine Kette von Arbeitskräfteüberlassungen, nämlich vom Unternehmen des Bf letztendlich an das Unternehmen O C C GmbH. Das Unternehmen des Bf hat dazu bei weiteren als „Subunternehmer“ gezeichneten Unternehmen Personal überlassen erhalten. Die dargestellte Vertragskette stellt sich daher als Kette von Arbeitskräfteüberlassungen dar.

II.6. ZKO3-Meldungen lagen im Zeitpunkt der Kontrolle nicht vor.

In wie fern der Bf nunmehr eine Übertretung des § 7b Abs. 3 AVRAG zu verantworten hat, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Die Feststellungen zum Unternehmen des Bf ergeben sich aus dem Akteninhalt. Diese sind unstrittig.

III.2. Die Feststellungen zu den Vertragsverhältnissen und zu der Vertragskette gehen ebenfalls aus dem Akteninhalt, insbesondere aus den Erhebungen der Finanzpolizei hervor.

Diese hat auch umfangreiche Vernehmungen der jeweiligen auf der Baustelle anwesenden Personen vorgenommen. Die Vernehmung dieser Personen im Verfahren vor dem erkennenden Gericht wurde von keiner Partei, weder dem Rechtsvertreter des Bf, noch der belangten Behörde, noch der Abgabenbehörde beantragt. Parteieneinverständlich wurde mit der Verlesung und Erörterung der diesbezüglichen Niederschriften das Auslangen gefunden. Diese wurden dargetan und verlesen. Insbesondere wurde auch der Inhalt der Niederschriften erörtert. Dies wurde auch entsprechend im Verhandlungsprotokoll festgehalten.

III.3. Sämtliche angetroffene Vorarbeiter der Vertragskette wurden schon im Zusammenhang mit den Erhebungen der Finanzpolizei befragt. Dazu wurden vom Bf keinerlei Einwendungen erhoben. Dieser brachte in seiner Beschwerde lediglich

vor, die genannten Arbeiter seien keine Arbeitnehmer seines Unternehmens. Konkretes Vorbringen erstattete er dazu nicht, sondern behielt sich dies für das weitere Verfahren vor. Ob dies zureichend für eine ordnungsgemäße Beschwerde ist, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

III.4. Zu den Vernehmungen der jeweiligen Vorarbeiter ist in beweiswürdigender Sicht noch auszuführen, dass es sich bei diesen Personen wohl nicht um juristisch ausgebildete Mitarbeiter handelt, denen die Unterscheidung zwischen Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung bekannt ist bzw. der Abgrenzung von Entsendung und Überlassung. Diese gaben lediglich aus ihrer eigenen Wahrnehmung die jeweilige Einschätzung an. In wie fern nunmehr tatsächlich eine Entsendung vorliegt oder aber Arbeitskräfteüberlassung bzw. eine Kette von Arbeitskräfteüberlassungen, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

IV. Rechtslage:

Die relevanten Bestimmungen des AVRAG lauten wie folgt:

IV.1. § 7b. (1) Ein Arbeitnehmer, der von einem Arbeitgeber mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich zur Erbringung einer fortgesetzten Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wird, hat unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts für die Dauer der Entsendung zwingend Anspruch auf

1. zumindest jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebührt;
2. bezahlten Urlaub nach § 2 UrlG, sofern das Urlaubsausmaß nach den Rechtsvorschriften des Heimatstaates geringer ist; nach Beendigung der Entsendung behält dieser Arbeitnehmer den der Dauer der Entsendung entsprechenden aliquoten Teil der Differenz zwischen dem nach österreichischem Recht höheren Urlaubsanspruch und dem Urlaubsanspruch, der ihm nach den Rechtsvorschriften des Heimatstaates zusteht; ausgenommen von dieser Urlaubsregelung sind Arbeitnehmer, für die die Urlaubsregelung des BUAG gilt;
3. die Einhaltung der kollektivvertraglich festgelegten Arbeitszeitregelungen;
4. Bereithaltung der Aufzeichnung im Sinne der Richtlinie des Rates über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen (91/533/EWG) in Österreich durch den Arbeitgeber oder den mit der Ausübung des Weisungsrechts des Arbeitgebers gegenüber den entsandten Arbeitnehmern Beauftragten.

Ein/e Beschäftiger/in mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich gilt hinsichtlich der an ihn/sie überlassenen Arbeitskräfte, die zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, in Bezug auf die Abs. 3 bis 5 und 8, § 7d Abs. 1, § 7f Abs. 1 Z 3 sowie § 7i Abs. 1 und Abs. 4 Z 1 als Arbeitgeber/in. Sieht das nach Abs. 1 Z 1 anzuwendende Gesetz; der Kollektivvertrag oder die Verordnung Sonderzahlungen vor, hat der/die Arbeitgeber/in diese dem/der Arbeitnehmer/in aliquot für die jeweilige Lohnzahlungsperiode zusätzlich zum laufenden Entgelt (Fälligkeit)) zu leisten.

[...]

(3) Arbeitgeber im Sinne des Abs. 1 haben die Beschäftigung von Arbeitnehmern, die zur Erbringung einer fortgesetzten Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, spätestens eine Woche vor Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen zu melden und eine Abschrift der Meldung dem im Abs. 1 Z 4 bezeichneten Beauftragten, sofern nur ein Arbeitnehmer entsandt wird, diesem auszuhändigen. In Katastrophenfällen, bei unaufschiebbaren Arbeiten und bei kurzfristig zu erledigenden Aufträgen ist die Meldung unverzüglich vor Arbeitsaufnahme zu erstatten. Hat der Arbeitgeber dem Beauftragten oder dem Arbeitnehmer vor Arbeitsaufnahme keine Abschrift der Meldung ausgehändigt, so hat der Beauftragte oder der Arbeitnehmer eine Meldung nach dem 1. Satz und Abs. 4 unverzüglich mit der Arbeitsaufnahme zu erstatten. Die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen hat eine Abschrift der Meldung an den zuständigen Krankenversicherungsträger (§§ 26 und 30 ASVG) elektronisch zu übermitteln.

[...]

(8) Wer als Arbeitgeber/in im Sinne des Abs. 1

1. die Meldung oder die Meldung über nachträgliche Änderungen bei den Angaben (Änderungsmeldung) entgegen Abs. 3 nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erstattet oder
2. in der Meldung oder Änderungsmeldung nach Abs. 3 wissentlich unrichtige Angaben erstattet oder
3. die erforderlichen Unterlagen entgegen Abs. 5 nicht bereithält oder den Organen den Abgabenbehörde oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vor Ort nicht unmittelbar zugänglich macht oder
4. die erforderlichen Unterlagen entgegen Abs. 5 oder § 7h Abs. 2 nicht übermittelt,

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von einer Bezirksverwaltungsbehörde für jede/n Arbeitnehmer/in mit Geldstrafe von 500 Euro bis 5 000 Euro, im Wiederholungsfall vom 1 000 Euro bis 10 000 Euro zu bestrafen. Bei grenzüberschreitender Entsendung gilt die Verwaltungsübertretung als in dem

Sprengel der Bezirksverwaltungsbehörde begangen, in dem der Arbeits(Einsatz)ort der nach Österreich entsandten Arbeitnehmer/innen liegt, bei wechselnden Arbeits(Einsatz)orten am Ort der Kontrolle.

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen:

Im vorliegenden Fall sind nunmehr drei Rechtsfragen zu beurteilen:
(V.1.) die ausreichende Begründung der Beschwerde, (V.2.) der Eintritt der Verjährung und (V.3.) die Abgrenzung zwischen der Entsendung von Arbeitskräften und Arbeitskräfteüberlassung.

V.1. Zunächst stellte sich die Frage und wurde auch im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 22. Mai 2018 erörtert, ob die Beschwerde mit dem Vorbringen: *„Darüber hinaus ist es unzutreffend, dass die unter Ziffer 1 bis 6 genannten Staatsbürger Mitarbeiter meines Mandanten waren. Weitere Ausführungen werde ich noch ergänzend erklären.“* überhaupt ausreichend war. Fraglich ist außerdem, in wie weit ein Verbesserungsverfahren nach § 13 AVG durchzuführen ist bzw. ob das Vorbringen des Rechtsvertreters in der öffentlichen mündlichen Verhandlung ausreichend begründet wurde.

V.1.1. Dazu führen *Eder/Martschin/Schmid, Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte*, Nachfolgendes aus:
„Zur Frage, ob eine Bindung des VwG an die Beschwerdegründe insofern besteht, als vom Beschwerdeführer nicht geltend gemachte Beschwerdegründe vom VwG von Amtswegen nicht aufgegriffen werden dürfen, somit diesbezüglich ein Überprüfungsverbot besteht, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass in jedem Verfahren – so auch im Verfahren vor dem VwG – die Notwendigkeit besteht, den Gegenstand des Verfahrens abzustecken. Da der Gegenstand des Verfahrens gerade nicht durch die Erklärung des Beschwerdeführers, in welchem subjektiven Recht er sich verletzt betrachtet, erfolgen soll, weil eine solche Erklärung nach § 9 Abs. 1 VwGVG nicht verlangt wird (vgl. dem gegenüber § 28 Abs. 1 Z 4 VwGG), bedarf es anderer Kriterien nach denen sich der Gegenstand des Verfahrens bestimmen lässt. Dass sich dafür sowohl die Begründung der Beschwerde als auch das darin enthaltene Begehren in besonderem Maß eignet, liegt auf der Hand. Daraus wird deutlich, dass es dem Gesetzgeber in § 27 VwGVG nicht darum ging, das VwG, soweit es den Inhalt seiner Entscheidung betrifft, an die Beschwerdegründe zu binden, sondern mit § 27 VwGVG lediglich eine Grundlage schaffen wollte, den Gegenstand des Verfahrens abzustecken. Eine strikte Bindung an die in der Beschwerde enthaltenen Gründe hätte zur Folge, dass – auch außerhalb des verwaltungsgerichtlichen Strafverfahrens – eine „reformation in peius“ regelmäßig (insbesondere wenn sich die belangte Behörde oder andere Parteien am Verfahren nicht beteiligen, deren Erklärungen als Beschwerdegegner aber offenbar das VwG nicht binden könnten) nicht stattfinden dürfte. Ein Beschwerdeführer wird wohl selten selbst Gründe geltend machen, die eine für ihn noch nachteiligere Rechtsfolge haben könnte. Durch eine Bindung an die in der Beschwerde enthaltenen Gründe würde zudem ein – aber ganz offenkundig für das Verfahren vor dem VwG nicht vorgesehenes – Neuerungsverbot eingeführt. Insgesamt sprechen somit die

besseren Gründe dafür, dass das VwG bei der Beurteilung der Rechtsache nicht an die in der Beschwerde enthaltenen Gründe gebunden ist.“
(Eder/Martschin/Schmid, Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte, § 27 VwGVG, K 7)

Ferner wird dort ausgeführt:
„Offenkundige Rechtswidrigkeiten müssen daher vom VwG jedenfalls aufgegriffen werden, auch wenn sie nicht ausdrücklich in den Beschwerdegründen geltend gemacht werden. So ist etwa eine eingetretene Verfolgungsverjährung, die Strafbarkeitsverjährung, die Verjährungsfrist des § 43 Abs. 1 VwGVG sowie ein offenkundiger Zustellmangel vom VwG in jeder Lage des Verfahrens von Amtswegen aufzugreifen. Allfällige Zweifel über die Beschwerdegründe oder den Umfang der Anfechtung (etwa bei missverständlicher Formulierung) sind nach dem zu erforschenden Willen der Partei zu lösen.“
(Eder/Martschin/Schmid, Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte, § 27 VwGVG, K 8, K 9)

V.1.2. Somit ergibt sich insgesamt, dass selbst die – wenn auch sehr pauschal gehaltene Begründung des Bf – immer noch ausreichend ist bzw. zumindest soweit ausreichend ist, als diese einer Verbesserung iSd § 13 AVG zugänglich ist, welche nunmehr im Verfahren vor dem erkennenden Gericht in der öffentlichen mündlichen Verhandlung an 22. Mai 2018 vorgenommen wurde.

Vor diesem Hintergrund ist daher die Beschwerde – gerade noch – als ausreichend begründet zu qualifizieren.

V.2. Darüber hinaus wendet der Bf ein, es sei Verjährung – wobei er wohl Verfolgungsverjährung meint – eingetreten, zumal innerhalb der Frist von einem Jahr keine Strafrechtlich relevanten Maßnahmen ergriffen worden seien.

V.2.1. Diese Annahme ist jedoch unrichtig. Dies wurde auch von der in der Verhandlung anwesenden Rechtsvertreterin zugestanden.

V.2.2. § 31 Abs. 1 VStG normiert diesbezüglich die Verjährung (genau: Verfolgungsverjährung). Die Verfolgung einer Person ist unzulässig, wenn gegen sie binnen einer Frist von einem Jahr keine Verfolgungshandlung (§ 32 Abs. 2) vorgenommen wird. Diese Frist ist von dem Zeitpunkt zu berechnen, an dem die strafbare Tätigkeit abgeschlossen worden ist oder das strafbare Verhalten aufgehört hat; ist der zum Tatbestand gehörende Erfolg erst später eingetreten, so läuft die Frist erst von diesem Zeitpunkt. Gemäß § 32 Abs. 2 VStG ist Verfolgungshandlung jede von einer Behörde gegen eine bestimmte Person als Beschuldigten gerichtete Amtshandlung (Ladung, Vorführungsbefehl, Vernehmung, Ersuchen um Vernehmung, Strafverfügung u. dgl.), und zwar auch dann, wenn die Behörde zu dieser Amtshandlung nicht zuständig war, die Amtshandlung ihr Ziel nicht erreicht oder der Beschuldigte davon keine Kenntnis erlangt hat.

V.2.3. Im vorliegenden Fall wurde die Kontrolle am 7. November 2015 durchgeführt. Der Strafantrag der Finanzpolizei stammt vom 1. April 2016. Die Aufforderung zur Rechtfertigung von der belangten Behörde wurde dem Bf entsprechend dem Rückschein vom 13. Juni 2016 zugestellt. Eine taugliche Verfolgungshandlung wurde daher innerhalb der Frist von einem Jahr gestellt.

Die sogenannte Strafbarkeitsverjährung gemäß § 31 Abs. 2 VStG beträgt drei Jahre. Diese ist noch nicht eingetreten.

V.2.4. Der Verjährungseingang geht somit ins Leere.

V.3. Wesentliche Rechtsfrage ist, ob im vorliegenden Fall eine Entsendung von Arbeitskräften oder Arbeitskräfteüberlassung vorliegt:

V.3.1. 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.3.2. 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.3.3. 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]."

V.3.4. 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.3.5. 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.3.6. 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.3.7. 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 bis Z 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 Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken.

Im vorliegenden Fall haben die im Spruch genannten sechs Arbeiter gemeinsam mit mehreren weiteren und von den unterschiedlichen im Sachverhalt dargestellten Unternehmen anwesenden Arbeitern die Regalabbau-, -umbau- und -aufbauarbeiten durchgeführt. Sämtliche Arbeiter der genannten Unternehmen haben diesbezüglich im Verbund zusammen gewirkt. Diese haben gemeinsam das

Produkt der „Regalarbeiten“ durchgeführt. Die letztendlichen Anweisungen dazu stammten vom Unternehmen O C C GmbH.

Insgesamt wurde daher ein Werk erstellt, das unmittelbar in den Bereich des Unternehmens O C C GmbH einzugliedern ist. Diese Arbeiter haben somit nicht ein Produkt erstellt, welches vom Unternehmen des Bf zu produzieren gewesen wäre, sondern ein Produkt im Betrieb der O C C GmbH.

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 von der O C C GmbH zur Verfügung gestellt, nämlich sämtliche Regale, sowie auch sämtliches Werkzeug, Stapler, Hubmaschinen, etc. Lediglich kleineres Handwerkzeug wurde von den Arbeitern selbst mitgebracht.

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 eine Eingliederung sämtlicher Arbeiter in den Betrieb des Auftraggebers, nämlich der O C C GmbH. Diese wurden von dem Unternehmen des Bf sowie dessen Subunternehmern, im Sinne einer Kette von Verträgen an die O C C GmbH überlassen. Wenn gleich diverse Vorarbeiter der einzelnen „Subunternehmer“ Weisungen an anwesende Arbeiter erteilten, lag der „Oberbefehl“ beim Mitarbeiter der Firma O C C GmbH, P V, welcher letztendlich die Aufsicht über das gesamte Projekt hatte, also in letzter Konsequenz auch über sämtliche Arbeiter, aller genannten Unternehmen.

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 Leistung haftet.

Im vorliegenden Fall können zu den Gewährleistungs- und Haftungsregeln keine detaillierten Feststellungen getroffen werden. Diese haben sich trotz Einsicht in sämtliche vorliegende Dokumente sowie Erörterung in der öffentlichen mündlichen Verhandlung nicht erweisen lassen. Am ehesten erscheint es aber so, dass letzten Endes das Unternehmen des Bf zumindest für die Überlassung der Arbeitskräfte – nämlich auch in der „Subüberlasserkette“ – haftet.

Insgesamt sind daher die Kriterien des § 4 Abs. 2 Z 1 bis Z 4 AÜG erfüllt. Im Wege einer Gesamtbetrachtung kann aufgrund des (noch) feststellbaren Sachverhaltes – immerhin sind seit 7. November 2015 beinahe drei Jahre vergangen – nur noch Arbeitskräfteüberlassung als erwiesen angenommen werden.

Auch im Hinblick auf die oben dargestellte Rechtsprechung des EuGH ist letztlich auszuführen, dass Vertragsgegenstand die Überlassung von Arbeitnehmern zur Durchführung der Regalarbeiten war. Somit war Vertragsgegenstand der Wechsel von Arbeitnehmern von einem Mitgliedsstaat in einem anderen Mitgliedsstaat. Damit handelt es sich aber nicht um eine Entsendung, sondern um Arbeitskräfteüberlassung. Dies ergibt sich auch in einer wertenden Gesamtschau im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH.

V.3.8. Gemäß § 38 VwGVG iVm § 44a VStG ist die als erwiesen angenommene Tat der den Deliktstatbestand erfüllende Sachverhalt. Der Bf hat in diesem Sinn das Recht, dass ihm die Tat richtig und vollständig vorgeworfen wird (VwGH 8.8.2008, 2008/09/0042). Die Umschreibung dieser Tat hat bereits im Spruch zu erfolgen und muss so präzise sein, dass der Beschuldigte nicht der Gefahr der Doppelbestrafung ausgesetzt ist und er sich entsprechend verteidigen kann (siehe statt vieler VfSlg. 11.894 A/1985). Die Tat muss somit alle Tatbestandselemente umfassen und darf keinen Zweifel daran lassen, wofür der Täter bestraft worden ist (VwGH 23.4.2008, 2005/03/0243). Ungenauigkeiten haben nur dann keinen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit des Strafbescheides, wenn dadurch keine Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte des Beschuldigten und keine Gefahr der Doppelbestrafung bewirkt werden (VwSlg. 15.745 A/2001).

Das Nachschärfen der Umschreibung der Tat ist vor dem Hintergrund des Schutzzweckes des § 38 VwGVG iVm § 44a VStG begrenzt und darf die Tat einerseits nicht ausgetauscht werden (z.B. VwGH 27.2.2015, 2011/17/0131) und ist andererseits ein Ergänzen bzw. Nachschärfen der Tat nur im Rahmen der Verfolgungsverjährung zulässig (z.B. VwGH 10.12.2008, 2004/17/0226).

V.3.9 Im Ergebnis war daher – wie von der Abgabenbehörde angezeigt und von der belangten Behörde vorgeworfen – nicht von einer Entsendung auszugehen, sondern von Arbeitskräfteüberlassung. Eine ZKO3-Meldung iSd § 7b AVRAG war deshalb nicht zu erstatten. Richtigerweise hätte eine Meldung nach ZKO4 für die Überlassung von Arbeitskräften erstattet werden müssen. Ein entsprechender Vorwurf wurde innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist nicht erhoben.

V.4. Zusammengefasst 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 sowie auf den vorliegenden Beweisergebnissen sowie den in der öffentlichen mündlichen Verhandlung erörterten Niederschriften der Finanzpolizei, der Personenblätter, der vom Bf vorgelegten ergänzenden Unterlagen.

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 Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Lidauer