

TE Vwgh Erkenntnis 2016/9/8 Ra 2014/11/0083

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 08.09.2016

Index

20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);

60/01 Arbeitsvertragsrecht;

60/02 Arbeitnehmerschutz;

62 Arbeitsmarktverwaltung;

Norm

ABGB §1151;

AÜG §2;

AÜG §4 Abs1;

AÜG §4 Abs2;

AVRAG 1993 §1 Abs1;

AVRAG 1993 §7a Abs2;

AVRAG 1993 §7d;

AVRAG 1993 §7i Abs3;

AVRAG 1993 §7i Abs4;

AVRAG 1993 §7i Abs9;

AVRAG 1993 §7i;

1. ABGB § 1151 heute

2. ABGB § 1151 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

1. AÜG § 2 heute

2. AÜG § 2 gültig ab 01.07.1988

1. AÜG § 4 heute

2. AÜG § 4 gültig ab 01.07.1988

1. AÜG § 4 heute

2. AÜG § 4 gültig ab 01.07.1988

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Waldstätten und die Hofräte Dr. Schick und Mag. Samm als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Höhl, über die Revision der S N in V, vertreten durch Mag. Petra Cernochova, Rechtsanwältin in 1010 Wien, Habsburgergasse 3/20, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Niederösterreich vom 10. September 2014, Zl. LVwG-MD-13-0074, betreffend

Übertretungen des AVRAG (belangte Behörde im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht: Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Waldstätten und die Hofräte Dr. Schick und Mag. Samm als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Höhl, über die Revision der S N in römisch fünf, vertreten durch Mag. Petra Cernochova, Rechtsanwältin in 1010 Wien, Habsburgergasse 3/20, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Niederösterreich vom 10. September 2014, Zl. LVwG-MD-13-0074, betreffend Übertretungen des AVRAG (belangte Behörde im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht:

Bezirkshauptmannschaft Mödling), zu Recht erkannt:

Spruch

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der revisionswerbenden Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.346,40 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1 Mit Straferkenntnis der belangten Behörde des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, der Bezirkshauptmannschaft Mödling, vom 6. Mai 2013 waren der Revisionswerberin Übertretungen des § 7i Abs. 3 erster Satz AVRAG in Verbindung mit dem Kollektivvertrag für das Bauhilfsgewerbe angelastet worden, weil sie es als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der S s.r.o (iF: S) mit einem näher genannten Sitz in der Slowakei zu verantworten habe, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin am 1 Mit Straferkenntnis der belangten Behörde des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, der Bezirkshauptmannschaft Mödling, vom 6. Mai 2013 waren der Revisionswerberin Übertretungen des Paragraph 7 i, Absatz 3, erster Satz AVRAG in Verbindung mit dem Kollektivvertrag für das Bauhilfsgewerbe angelastet worden, weil sie es als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der S s.r.o (iF: S) mit einem näher genannten Sitz in der Slowakei zu verantworten habe, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin am

17. und 18. November 2011 acht nach Namen und Geburtsdatum bestimmte Arbeitnehmer beschäftigt habe, ohne ihnen zumindest den nach dem Kollektivvertrag für das Bauhilfsgewerbe zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zu leisten. Über sie wurden gemäß § 7 Abs. 3 AVRAG acht Geldstrafen in Höhe von jeweils EUR 10.000,-- (bzw. Ersatzfreiheitsstrafen) verhängt. 17. und 18. November 2011 acht nach Namen und Geburtsdatum bestimmte Arbeitnehmer beschäftigt habe, ohne ihnen zumindest den nach dem Kollektivvertrag für das Bauhilfsgewerbe zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zu leisten. Über sie wurden gemäß Paragraph 7, Absatz 3, AVRAG acht Geldstrafen in Höhe von jeweils EUR 10.000,-- (bzw. Ersatzfreiheitsstrafen) verhängt.

2 Mit dem nun angefochtenen Erkenntnis gab das Verwaltungsgericht der dagegen erhobenen Berufung (nunmehr Beschwerde) nur teilweise, nämlich im Strafausspruch, Folge und reduzierte die verhängten Geldstrafen auf jeweils EUR 2.000,-- ebenso wie die Ersatzfreiheitsstrafen.

3 In der Begründung gab das Verwaltungsgericht den Inhalt der Beschwerde wieder. Danach habe die Revisionswerberin (zusammengefasst) geltend gemacht, im Tatzeitraum gar keine Arbeitnehmer auf der fraglichen Baustelle in M beschäftigt zu haben. Vielmehr habe sie sich mit Werkvertrag vom 15. September 2011 gegenüber der W. e.U. (iF: W) verpflichtet, an dem fraglichen Gebäude in M ab der Kalenderwoche 38 an der Außenwand ein bestimmtes Wärmeverbundsystem gegen Leistung eines Werklohns von EUR 14.420,-- anzubringen. Die S habe für die Erbringung eines Teils des Werks, nämlich die Aufbringung des Verputzes nach der Montage der Dämmelemente, als Subunternehmer ein anderes Unternehmen, nämlich die Firma P M (iF: PM) mit Sitz in der Slowakei beauftragt. Die diesbezüglichen Arbeiten hätten bis spätestens 20. Dezember 2011 abgeschlossen sein müssen, als Werklohn seien EUR 5.150,-- vereinbart worden. Bei den aus Anlass der Kontrolle angetroffenen Personen dürfte es sich um den Inhaber der Firma PM und die von ihm beauftragten bzw. beschäftigten Personen handeln.

4 Das Verwaltungsgericht traf folgende Feststellungen:

"Die Beschwerdeführerin ist zur Vertretung nach außen befugtes Organ der S mit dem Sitz in ... Slowakei, die in Österreich keinen Sitz hat. Die S hat von der W einen Auftrag zur Anbringung eines Wärmeverbundsystems zu einem Werklohn von EUR 14.420,-- netto an der spruchgegenständlichen Baustelle in M übernommen.

Aus Anlass der Kontrolle durch Organe der Bauarbeiter-Urlaubs & Abfertigungskasse am 18.11.2011 wurden die im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses bezeichneten Personen bei der Ausführung von Fassadenarbeiten arbeitend angetroffen. Die Arbeitskräfte waren im Auftrag der S in Ausführung der von dieser übernommenen Fassadenarbeiten tätig. Ein Subauftragsverhältnis zur Firma PM lag nicht vor. Den Arbeitskräften wurde für ihre Tätigkeit nicht der nach dem Kollektivvertrag Bauhilfsgewerbe für Fassader zustehende Grundlohn geleistet."

5 Im Rahmen der Beweiswürdigung führte das Verwaltungsgericht (soweit für die nunmehrige Revision wesentlich) Folgendes aus:

6 Es sei unstrittig, dass sich die S gegenüber der W werkvertraglich zur Ausführung eines Wärmedämmverbundsystems gegen einen Einheitspreis von EUR 14,-- pro m², insgesamt EUR 14.420,--, an der in Rede stehenden Wohnhausanlage verpflichtet habe. Zum behaupteten Subvertrag zwischen S und PM führte das Verwaltungsgericht aus, es sei "zunächst ein Vertragsverhältnis zum genannten Vertragspartner auf Grundlage einer schriftlichen Vereinbarung einzuräumen, deren Inhalt auf die Durchführung von

Bau-/Montagearbeiten am Projekt Wohnhaus ... lautet", dies mit

Arbeitsbeginn am 17. November 2011 und Arbeitsende spätestens am 20. Dezember 2011. Im Folgenden gab das Verwaltungsgericht die Übersetzung in die deutsche Sprache des Vertrags zwischen S und PM wieder. Danach sei als "Volumen des Auftrags" EUR 5,-- pro m² beendeter Fassade, insgesamt EUR 5.150,-- für 1.030 m² beendeter Fassade vereinbart worden, zusätzlich näher genannte Beträge für Mehrarbeiten, gegliedert nach Fach- und Hilfsarbeiter.

7 Die Revisionswerberin habe zusammengefasst geltend gemacht, dass der im Werkvertrag zwischen S und W vereinbarte Werklohn von EUR 14,-- pro m² die vollständige Errichtung der Fassade enthalten habe, wobei das Material zur Gänze von der W beigestellt worden sei. Mit der Ausführung des Werkvertrags sei gleich nach Unterzeichnung des Vertrags etwa Ende September 2011 begonnen worden. Weil die S selbst keine Arbeitnehmer gehabt habe, seien die Arbeiten mit Arbeitnehmern der M s.r.o. (iF: M), mit der ein ähnlicher Subvertrag wie in der Folge mit PM geschlossen worden sei, begonnen worden. Da aber die W mit der Arbeitsleistung nicht zufrieden gewesen sei und ein Auswechseln der Arbeiter durch S gefordert habe, seien die Arbeiten durch M eingestellt und letztlich die Montagearbeiten durch die S mit Leuten der PM fertiggestellt worden. Der mit PM vereinbarte Preis von EUR 5,-- pro m² habe ausschließlich die Montage des letzten Putzes (Silikatputz) beinhaltet, weitere Komponenten seien darin nicht enthalten gewesen. Lediglich Gerüstabbau und Baustellenreinigung seien noch von PM durchzuführen gewesen. Werkzeug hätten die Arbeiter von PM selbst mitgebracht. Von Beginn der Ausführungsarbeiten an sei Herr BP für die S tätig gewesen; dieser habe die Bauaufsicht innegehabt, mit Kontrolle sowohl der Arbeitskräfte, ihrer Anzahl und Arbeitszeit und dem Arbeitsergebnis. BP sei von S entlohnt worden. Herr PM von der Firma PM habe gegenüber S EUR 14.157,-- in Rechnung gestellt, ihm sei aber mangels Vorlage näherer Unterlagen nur ein Betrag von EUR 8.600,-- ausbezahlt worden. Auszahlungen seien im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Auftrag nur an ihn erfolgt, nicht aber an die anderen Arbeitskräfte auf der gegenständlichen Baustelle.

8 Richtig sei, dass die S im Jahr 2011 "Meldungen an die zentrale Koordinationsstelle, die gegenständliche Baustelle betreffend, erstattet" habe. Dabei habe es sich um Leute der M gehandelt, die keinen Vertrag mit der W gehabt habe, weshalb die S diese "Entsendemeldungen" erstattet habe. Die Revisionswerberin sei - über Vorhalt, dass sie zur Erstattung der Meldung nur als Arbeitgeberin im Falle einer Entsendung verpflichtet gewesen wäre -

über die näheren rechtlichen Umstände nicht so informiert gewesen. Eine Verpflichtung zur Meldung habe sie aufgrund von Internetrecherchen und der Aufforderung der W abgeleitet. Über Vorhalt, dass im Vertrag zwischen S und W vereinbart sei, dass eine teilweise Weitergabe des Werkvertrags mittels Subvertrag einer schriftlichen Zustimmung bedürfe, habe die Revisionswerberin vorgebracht, österreichische Firmen hätten derartige Vertragsbestimmungen immer in ihren Verträgen, die Realität sei aber anders.

9 Im Weiteren gab das Verwaltungsgericht die Aussagen der vernommenen Zeugen wieder. Der Zeuge BP habe ausgeführt, sein Vertragsverhältnis mit S habe von 2011 bis etwa März oder April 2014 gedauert; er sei für S als Projektmanager und Bauführer tätig gewesen und habe in dieser Funktion Baustellen sowohl in Österreich als auch in der Slowakei betreut. Er habe auch die Baustelle in M betreut und die fachliche Seite des Bauwerks zu überprüfen gehabt. Auf der Baustelle seien zunächst Arbeitskräfte von M und dann von PM tätig gewesen. Er selbst habe nicht mitgearbeitet, sondern nur kontrolliert. Wegen Streitigkeiten über die Qualität der Leistungen habe die erste Gruppe

die Arbeit beendet und es sei von der Gruppe von PM weitergearbeitet worden. Der Auftragnehmer sei PM gewesen, er habe mit den Leuten dort gearbeitet, es seien seine Arbeitnehmer gewesen. Die Materialien seien von W geliefert worden. Die Arbeiter der Firma PM hätten das benötigte Werkzeug selbst mitgebracht. Die S habe damals selbst keine Monteure beschäftigt gehabt, erst nach dem verfahrensgegenständlichen Zeitraum eigene Montagearbeiter angestellt.

10 Der als Zeuge vernommene JR, der für die BUA die Erhebungen durchgeführt hatte, habe anlässlich der Amtshandlung acht Personen slowakischer Herkunft auf der Baustelle angetroffen, die mit der Aufbringung des Silikatputzes im Zuge der Errichtung einer Vollwärmefassade beschäftigt gewesen seien. Es habe sich auf der Baustelle niemand als Vorarbeiter oder als Vertreter des Dienstgebers zu erkennen gegeben. Die Verständigung sei aufgrund mangelhafter Sprachkenntnisse schwierig gewesen, eine der Personen habe ihm eine Telefonnummer auf dem Display des Handys gezeigt, nach Anruf dieser Nummer habe sich eine männliche Person vorgestellt mit S. Der Name des Betreffenden sei nicht bekannt, er habe aber Deutsch gesprochen. JR habe von keinem der Kontrollierten eine Angabe dazu erhalten, wer sein Dienstgeber sei; es habe auch niemand erwähnt, für eine Firma PM zu arbeiten. Am Kontrolltag sei die Fassade an allen Stellen für die Aufbringung des Putzes vorbereitet gewesen; die Frage der Materialbeistellung sei aus sprachlichen Gründen nicht gestellt worden, ebenso die Frage der Gerätebeistellung. Ebenso wenig seien die Vertragsverhältnisse ein Thema gewesen. Zwar werde üblicherweise "die Subunternehmerkette bei derartigen Kontrollen abgefragt", dies sei bei der gegenständlichen Baustelle aus sprachlichen Gründen aber nicht möglich gewesen. PM habe sich zu keiner Zeit als Vorarbeiter oder ähnliches zu erkennen gegeben, es habe sich auch "nicht herauskristallisiert, dass er Dienstgeber sei". Ebenso habe auch niemand von den Arbeitern gesagt, für die S zu arbeiten.

11 Das Verwaltungsgericht führte weiter aus, aus den vorgelegten Urkunden ergebe sich, dass die S als Arbeitgeber Meldungen gemäß § 7b Abs. 3 und 4 AVRAG (Entsendemeldungen) für mehrere Personen, nicht aber die spruchgegenständlichen, für die gegenständliche Baustelle erstattet habe. Aus dem Akteninhalt ergebe sich weiter, dass PM am 27. März 2012 eine Rechnung an S in Höhe von EUR 14.157,-- "für durchgeführte Bauarbeiten in Österreich laut Vereinbarung" gelegt habe, wobei sich dieser Betrag nach Angaben der Revisionswerberin nicht nur für die gegenständliche, sondern auch für weitere Baustellen in Österreich errechne. 11 Das Verwaltungsgericht führte weiter aus, aus den vorgelegten Urkunden ergebe sich, dass die S als Arbeitgeber Meldungen gemäß Paragraph 7 b, Absatz 3, und 4 AVRAG (Entsendemeldungen) für mehrere Personen, nicht aber die spruchgegenständlichen, für die gegenständliche Baustelle erstattet habe. Aus dem Akteninhalt ergebe sich weiter, dass PM am 27. März 2012 eine Rechnung an S in Höhe von EUR 14.157,-- "für durchgeführte Bauarbeiten in Österreich laut Vereinbarung" gelegt habe, wobei sich dieser Betrag nach Angaben der Revisionswerberin nicht nur für die gegenständliche, sondern auch für weitere Baustellen in Österreich errechne.

12 Die verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmer seien im fraglichen Zeitraum mit Ausnahme einer einzigen Person als Angestellte des PM bei der Sozialversicherung in der Slowakei gemeldet gewesen.

13 Abschließend führte das Verwaltungsgericht Folgendes aus:

"Unzweifelhaft ergibt sich aus dem durchgeführten Beweisverfahren, dass die angetroffenen Arbeitskräfte ausschließlich Montagearbeiten erbracht haben. Dabei hat es sich um einen Teil jener Arbeiten gehandelt, die die S aus einer vertraglichen Verpflichtung der W gegenüber übernommen hatte. Aus den mit den Aussagen des Zeugen BP korrespondierenden Angaben der Beschwerdeführerin ergibt sich weiters ohne jeden Zweifel, dass es sich dabei um Arbeiten handelte, die in Fortsetzung von im plangemäßen Arbeitsablauf erbrachten Vorarbeiten im Zuge desselben Auftrages, nämlich der Anbringung eines Wärmedämmsystems an dem bezeichneten Objekt, ausgeführt wurden. Aus den Angaben der Beschwerdeführerin ergibt sich dazu weiters nachvollziehbar, dass die Arbeiten zunächst von Arbeitskräften der M begonnen worden sind, zumal die S selbst keine Arbeitskräfte gehabt hat. Sie verweist weiters darauf, dass die Montage der gesamten Fassade, also die Arbeit, angekauft worden ist und verweist darauf, dass es sich dabei um einen ähnlichen Vertrag gehandelt hat, wie in der Folge mit Herrn PM. Aus ihren Aussagen ergibt sich, dass die Arbeitskräfte ausgewechselt wurden, weil das Arbeitsergebnis nicht zufriedenstellend gewesen sei. Schon daraus, ebenso aber auch aus dem Umstand, dass über die gesamte Ausführungsdauer ein der S zugehöriger Bauleiter die Arbeiten beaufsichtigt und koordiniert hat, wie dies das Beweisergebnis übereinstimmend gezeigt hat, ergibt sich, dass die von den Arbeitern erbrachten Dienstleistungen im Zuge des Gesamtauftrages in einem einzigen Arbeitsvorgang unter arbeitsbezogener Verantwortung der S erbracht wurden und lässt sich eine unternehmerische Eigeninitiative des Herrn PM nicht erkennen. Damit steht im Einklang, dass sich auch aus der

schriftlichen Vertragsgrundlage keine eindeutige Werkbeschreibung ergibt. Das Verwaltungsgericht kann eine solche aus dem vorliegenden Vertrag, der unter ‚Inhalt des Vertrages‘ die ‚Spezifizierung der Beziehungen und Bedingungen der Montagearbeiten am genannten Projekt‘ und als Volumen des Auftrages einen Quadratmeterpreis von EUR 5.-- pro m² fertiggestellter Fassade, sowie Preise (Facharbeiter und Hilfsarbeiter) für Mehrleistungen festlegt (gemeint offenbar: ‚nicht erkennen‘). Aus der diesbezüglichen Abrechnungsunterlage lässt sich eine konkrete Leistung nicht einmal baustellenbezogen ableiten, zumal nach den Angaben der Beschwerdeführerin diese Rechnung unspezifisch einen einzigen Betrag für offensichtlich erbrachte Leistungen auf verschiedenen Baustellen aufweist. Das Verwaltungsgericht geht daher ohne jeden Zweifel davon aus, dass die von PM beigestellten Arbeitskräfte jene Arbeiten im planmäßigen Verlauf der Gesamtarbeiten aufgenommen und dort fortgesetzt haben, wo die von der S auf Grund eines Vertrages mit M zur Arbeitsleistung verpflichteten Arbeitskräfte die Arbeiten beendet bzw. abgebrochen haben und dass diese Arbeitskräfte somit unter Aufsicht des der S zuzurechnenden Bauleiters BP in den betrieblichen Ablauf der S eingebunden waren.

Im Übrigen lag entgegen der Vertragspflicht, vor Beauftragung eines Subunternehmers die schriftliche Zustimmung des Auftraggebers einzuholen, seitens der W keine derartige Zustimmung gegenüber der S vor und ist die dazu abgegebene Erklärung der Beschwerdeführerin, es handle sich dabei um eine lediglich in den Vertrag aufgenommene, jedoch realitätsferne Vertragsbestimmung, als Schutzbehauptung anzusehen.

Somit ergibt sich aus dem Vertragsinhalt im Zusammenhalt mit den Erklärungen der Beschwerdeführerin, die nicht von jenen des Zeugen BP abweichen, dass das Ziel der mit PM getroffenen Vereinbarung ausschließlich die Beistellung von Arbeitskräften für die Fertigstellung der bereits begonnenen Fassade war. Dem Umstand der Materialbeistellung kommt im gegenständlichen Fall insoweit keine Bedeutung zu, als diese - wie in derartigen Fällen nicht unüblich - vom Auftraggeber (hier: W) erfolgt ist.

Somit ergibt sich aus dieser Beweislage unzweifelhaft, dass die Arbeitskräfte von Herrn PM zur Verfügung gestellt wurden, jedoch in den Arbeitsprozess der S eingegliedert waren und in Erfüllung eines dieser erteilten Auftrages tätig waren, dies unter Aufsicht des von der S eingesetzten BP, der auch selbst Dienstnehmer der S war.

In diesem Sinn erübrigte sich - unabhängig von der Tatsache, dass die Ladung des R D ergebnislos verlaufen ist - dessen Einvernahme zu dem beantragten Thema, dass die spruchgegenständlichen Personen Arbeiter der Firma PM gewesen wären."

14 Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung führte das Verwaltungsgericht nach Wiedergabe von § 7i Abs. 3 AVRAG und § 4 Abs. 2 AÜG im Wesentlichen aus, die vorliegenden Vereinbarungen enthielten als Leistungsgegenstand Montagearbeiten, nämlich die Wärmedämmung der Fassade, mit einer vereinbarten Abgeltung nach Einheiten. Der Preis beinhalte ausschließlich Kosten für Arbeit, nicht aber für Material (dessen Beistellung zur Gänze durch den Auftraggeber W erfolgt sei). Für die Abgrenzung zwischen Werkverträgen, deren Erfüllung im Wege einer Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des AÜG statfinde, und solchen, bei denen dies nicht der Fall sei, sei grundsätzlich eine Gesamtbetrachtung der Unterscheidungsmerkmale notwendig; demgemäß könne Arbeitskräfteüberlassung iSd § 4 Abs. 2 AÜG auch dann vorliegen, wenn etwa nur einzelne der beispielsweise genannten Tatbestände des § 4 Abs. 2 Z 1 bis 4 AÜG verwirklicht seien. Ein Werkvertrag liege nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs dann vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werks gegen Entgelt bestehe, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit, handeln müsse. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers seien auf das Endprodukt als solches gerichtet; essentiell sei ein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit, nach dem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung beurteilt werden könnten. 14 Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung führte das Verwaltungsgericht nach Wiedergabe von Paragraph 7 i, Absatz 3, AVRAG und Paragraph 4, Absatz 2, AÜG im Wesentlichen aus, die vorliegenden Vereinbarungen enthielten als Leistungsgegenstand Montagearbeiten, nämlich die Wärmedämmung der Fassade, mit einer vereinbarten Abgeltung nach Einheiten. Der Preis beinhalte ausschließlich Kosten für Arbeit, nicht aber für Material (dessen Beistellung zur Gänze durch den Auftraggeber W erfolgt sei). Für die Abgrenzung zwischen Werkverträgen, deren Erfüllung im Wege einer Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des AÜG statfinde, und solchen, bei denen dies nicht der Fall sei, sei grundsätzlich eine Gesamtbetrachtung der Unterscheidungsmerkmale notwendig; demgemäß könne Arbeitskräfteüberlassung iSd Paragraph 4, Absatz 2, AÜG auch dann vorliegen, wenn etwa nur einzelne der

beispielsweise genannten Tatbestände des Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer eins, bis 4 AÜG verwirklicht seien. Ein Werkvertrag liege nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs dann vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werks gegen Entgelt bestehe, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit, handeln müsse. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers seien auf das Endprodukt als solches gerichtet; essentiell sei ein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit, nach dem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung beurteilt werden könnten.

15 Der Vertrag zwischen S und PM enthalte kein von vornherein abgrenzbares, unterscheidbares, gewährleistungstaugliches Werk, weil er sich ohne nähere Individualisierung auf einen zeitlich nachgelagerten, vertraglich nicht ausdrücklich bezeichneten oder abgrenzbaren Teil der Fassadenarbeiten beziehe. Er enthalte keinen im Vorhinein bestimmaren Bereich des gegenständlichen Gesamtauftrags. Vielmehr handle es sich bei den vereinbarten Montagetätigkeiten um solche, die "im unmittelbaren Arbeitsablauf zu erbringen waren" und wenn überhaupt erst nachträglich bestimmbar gewesen seien. Zudem stellten derartige einfache Hilfsarbeiten typischerweise kein selbständiges Werk dar und werde eine unselbständig zu erbringende Dienstleistung auch nicht dadurch zu einer selbständigen Werkleistung, dass sich die Abgrenzbarkeit nachträglich ergebe. Es sei daher eine Abgrenzbarkeit einer Werkleistung im Vorhinein nicht gegeben gewesen, weil lediglich Arbeitsleistungen während eines bestimmten Zeitraums nach Einheits- und Regiepreisen geschuldet worden seien, wobei es dem Auftraggeber oblegen sei, die Arbeiten durch entsprechende Weisungen zu organisieren. Abschließend folgte das Verwaltungsgericht:

"Unter Zugrundelegung der oben konkret dargestellten Abgrenzungskriterien ist im Hinblick auf das genau erhobene Gesamtbild der Tätigkeiten, insbesondere auch unter Einbeziehung der Kontrolle der Arbeitsleistungen durch ein Organ des ‚Auftraggebers‘ daher die Behauptung des Bestehens eines Werkvertrages als nicht dem wahren wirtschaftlichen Gehalt entsprechend zu beurteilen.

Die Beschwerdeführerin hat daher, ausgehend von dem im Anzeiginhalt festgestellten Bruttomonatslohn laut Kollektivvertrag (Lohntabelle Bauhilfsgewerbe NÖ 2011) von EUR 1.812,94 und dem im Verfahren festgestellten Bruttomonatslohn von EUR 800,-- für die unterkollektivvertragliche Entlohnung der Arbeitskräfte einzustehen."

16 Nach Ausführungen zur Strafhöhe beurteilte das Verwaltungsgericht schließlich die ordentliche Revision als unzulässig, weil keine Rechtsfragen iSd Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen gewesen seien, denen grundsätzliche Bedeutung zukomme. Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision, über die der Verwaltungsgerichtshof nach Vorlage der Verfahrensakten und Erstattung einer Revisionsbeantwortung durch die belangte Behörde erwogen hat: 16 Nach Ausführungen zur Strafhöhe beurteilte das Verwaltungsgericht schließlich die ordentliche Revision als unzulässig, weil keine Rechtsfragen iSd Artikel 133, Absatz 4, B-VG zu beurteilen gewesen seien, denen grundsätzliche Bedeutung zukomme. Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision, über die der Verwaltungsgerichtshof nach Vorlage der Verfahrensakten und Erstattung einer Revisionsbeantwortung durch die belangte Behörde erwogen hat:

17 Die Revision ist aus dem von ihr geltend gemachten Grund (Verkennung der Rechtslage durch das Verwaltungsgericht im Zusammenhang mit Arbeitskräfteüberlassung und Entsendung) zulässig; sie ist auch begründet.

18 Die Revision macht unter anderem geltend, die der Revisionswerberin angelastete Übertretung nach § 7i Abs. 3 AVRAG setze voraus, dass sie als "Arbeitgeber" einen Arbeitnehmer beschäftigt habe, ohne ihm den erforderlichen Grundlohn zu leisten. Nach den Ausführungen des Verwaltungsgerichts liege aber eine Arbeitskräfteüberlassung seitens PM an die S vor, weshalb Arbeitgeber (und Überlasser) PM sei, die S hingegen bloß Beschäftigter, sodass sie schon deshalb nicht als Arbeitgeber iSd § 7i Abs. 3 AVRAG verantwortlich sein könne. 18 Die Revision macht unter anderem geltend, die der Revisionswerberin angelastete Übertretung nach Paragraph 7 i, Absatz 3, AVRAG setze voraus, dass sie als "Arbeitgeber" einen Arbeitnehmer beschäftigt habe, ohne ihm den erforderlichen Grundlohn zu leisten. Nach den Ausführungen des Verwaltungsgerichts liege aber eine Arbeitskräfteüberlassung seitens PM an die S vor, weshalb Arbeitgeber (und Überlasser) PM sei, die S hingegen bloß Beschäftigter, sodass sie schon deshalb nicht als Arbeitgeber iSd Paragraph 7 i, Absatz 3, AVRAG verantwortlich sein könne.

19 Dieses Vorbringen ist im Ergebnis zutreffend. 20 Das AVRAG, BGBl. Nr. 459/1993 idF der - im Hinblick auf 19 Dieses Vorbringen ist im Ergebnis zutreffend. 20 Das AVRAG, Bundesgesetzblatt Nr. 459 aus 1993, in der Fassung der - im Hinblick auf

den Zeitpunkt der Begehung der vorgeworfenen Übertretung schon maßgeblichen - NovelleBGBl. I Nr. 24/2011 lautet (auszugsweise) wie folgt:den Zeitpunkt der Begehung der vorgeworfenen Übertretung schon maßgeblichen - Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 24 aus 2011, lautet (auszugsweise) wie folgt:

"Geltungsbereich

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz gilt für Arbeitsverhältnisse, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhenParagraph eins, (1) Dieses Bundesgesetz gilt für Arbeitsverhältnisse, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen.

...

Ansprüche gegen ausländische Arbeitgeber ohne Sitz in einem EWR-Mitgliedstaat

§ 7a. (1) § 7 gilt, unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts, zwingend auch für einen Arbeitnehmer, der von einem Arbeitgeber ohne Sitz in einem Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes für Arbeiten im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung oder zur Erbringung einer fortgesetzten Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wird.Paragraph 7 a, (1) Paragraph 7, gilt, unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts, zwingend auch für einen Arbeitnehmer, der von einem Arbeitgeber ohne Sitz in einem Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes für Arbeiten im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung oder zur Erbringung einer fortgesetzten Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wird.

1. (2)Absatz 2,Der Arbeitgeber nach Abs. 1 und dessen Auftraggeber als Unternehmer haften als Gesamtschuldner für die sich nach Abs. 1 ergebenden Entgeltansprüche des Arbeitnehmers.Der Arbeitgeber nach Absatz eins und dessen Auftraggeber als Unternehmer haften als Gesamtschuldner für die sich nach Absatz eins, ergebenden Entgeltansprüche des Arbeitnehmers.

...

Verpflichtung zur Bereithaltung von Lohnunterlagen

§ 7d. (1) Arbeitgeber/innen im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 haben jene Unterlagen, die zur Überprüfung des dem/der Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts erforderlich sind (Lohnunterlagen), in deutscher Sprache für die Dauer der Beschäftigung der Arbeitnehmer/innen am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die Lohnunterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten. Ist die Bereithaltung der Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort nicht zumutbar, sind die Unterlagen jedenfalls im Inland bereitzuhalten und der Abgabenbehörde auf Verlangen binnen 24 Stunden nachweislich zu übermitteln.Paragraph 7 d, (1) Arbeitgeber/innen im Sinne der Paragraphen 7, 7 a, Absatz eins, oder 7b Absatz eins, haben jene Unterlagen, die zur Überprüfung des dem/der Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts erforderlich sind (Lohnunterlagen), in deutscher Sprache für die Dauer der Beschäftigung der Arbeitnehmer/innen am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die Lohnunterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten. Ist die Bereithaltung der Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort nicht zumutbar, sind die Unterlagen jedenfalls im Inland bereitzuhalten und der Abgabenbehörde auf Verlangen binnen 24 Stunden nachweislich zu übermitteln.

1. (2)Absatz 2,Hat der/die Arbeitgeber/in im Sinne des § 7b Abs. 1 eine/n Beauftragte/n nach § 7b Abs. 1 Z 4 bestellt, so trifft die Verpflichtung nach Abs. 1 diese/n. Bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung trifft die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen den/die Beschäftigte/in, wobei der/die Überlasser/in dem/der Beschäftigte/in die Unterlagen bereitzustellen hat.Hat der/die Arbeitgeber/in im Sinne des Paragraph 7 b, Absatz eins, eine/n Beauftragte/n nach Paragraph 7 b, Absatz eins, Ziffer 4, bestellt, so trifft die Verpflichtung nach Absatz eins, diese/n. Bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung trifft die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen den/die Beschäftigte/in, wobei der/die Überlasser/in dem/der Beschäftigte/in die Unterlagen bereitzustellen hat.

...

Strafbestimmungen

§ 7i. (1) Wer als Arbeitgeber/in entgegen § 7f Abs. 1 den Zutritt zu den Betriebsstätten, Betriebsräumen und auswärtigen Arbeitsstätten sowie den Aufenthaltsräumen der Arbeitnehmer/innen und das damit verbundene Befahren von Wegen oder die Erteilung von Auskünften verweigert oder die Einsichtnahme in die Unterlagen oder die Kontrolle sonst erschwert oder behindert, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe von 500 Euro bis 5 000 Euro, im Wiederholungsfall von 1 000 Euro bis 10 000 Euro zu bestrafen. Ebenso ist zu bestrafen, wer als Arbeitgeber/in entgegen § 7g Abs. 2 die Einsichtnahme oder die Übermittlung der Unterlagen verweigert. Paragraph 7 i, (1) Wer als Arbeitgeber/in entgegen Paragraph 7 f, Absatz eins, den Zutritt zu den Betriebsstätten, Betriebsräumen und auswärtigen Arbeitsstätten sowie den Aufenthaltsräumen der Arbeitnehmer/innen und das damit verbundene Befahren von Wegen oder die Erteilung von Auskünften verweigert oder die Einsichtnahme in die Unterlagen oder die Kontrolle sonst erschwert oder behindert, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe von 500 Euro bis 5 000 Euro, im Wiederholungsfall von 1 000 Euro bis 10 000 Euro zu bestrafen. Ebenso ist zu bestrafen, wer als Arbeitgeber/in entgegen Paragraph 7 g, Absatz 2, die Einsichtnahme oder die Übermittlung der Unterlagen verweigert.

1. (2) Absatz 2, Wer als Arbeitgeber/in im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 oder als Beauftragte/r im Sinne des § 7b Abs. 1 Z 4 entgegen § 7d die Lohnunterlagen nicht bereithält oder als Überlasser/in im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung die Lohnunterlagen dem/der Beschäftigte/in nicht bereitstellt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe von 500 Euro bis 5 000 Euro, im Wiederholungsfall von 1 000 Euro bis 10 000 Euro zu bestrafen. Wer als Arbeitgeber/in im Sinne der Paragraphen 7, 7 a, Absatz eins, oder 7b Absatz eins, oder als Beauftragte/r im Sinne des Paragraph 7 b, Absatz eins, Ziffer 4, entgegen Paragraph 7 d, die Lohnunterlagen nicht bereithält oder als Überlasser/in im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung die Lohnunterlagen dem/der Beschäftigte/in nicht bereitstellt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe von 500 Euro bis 5 000 Euro, im Wiederholungsfall von 1 000 Euro bis 10 000 Euro zu bestrafen.
2. (3) Absatz 3, Wer als Arbeitgeber/in ein/en Arbeitnehmer/in beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm/ihr zumindest den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zu leisten, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe zu bestrafen, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet. Sind von der Unterentlohnung höchstens drei Arbeitnehmer/innen betroffen, beträgt die Geldstrafe für jede/n Arbeitnehmer/in 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Wiederholungsfall 2 000 Euro bis 20 000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer/innen betroffen, für jede/n Arbeitnehmer/in 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Wiederholungsfall 4 000 Euro bis 50 000 Euro.
3. (4) Absatz 4, Stellt die Bezirksverwaltungsbehörde fest, dass die Unterschreitung des Grundlohns gering oder das Verschulden des Arbeitgebers oder der Arbeitgeberin geringfügig ist, hat sie von der Verhängung einer Strafe abzusehen, sofern der/die Arbeitgeber/in dem/der Arbeitnehmer/in die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem/der Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelt binnen einer von der Behörde festzusetzenden Frist nachweislich leistet und eine solche Unterschreitung des Grundlohns durch den/die Arbeitgeber/in das erste Mal erfolgt. Hat das Kompetenzzentrum LSDB, der zuständige Krankenversicherungsträger oder die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse bei erstmaliger Unterschreitung des Grundlohns von einer Anzeige abgesehen oder hat die Bezirksverwaltungsbehörde von der Verhängung einer Strafe abgesehen, ist bei der erstmaligen Wiederholung der Unterschreitung zumindest die Mindeststrafe zu verhängen. Im Fall des ersten und zweiten Satzes ist § 21 Abs. 1 VStG nicht anzuwenden. Weist der/die Arbeitgeber/in der Bezirksverwaltungsbehörde nach, dass er/sie die Differenz vom tatsächlich geleisteten und dem dem/der Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelt geleistet hat, ist dies bei der Strafbemessung strafmildernd zu berücksichtigen. Stellt die Bezirksverwaltungsbehörde fest, dass die Unterschreitung des Grundlohns gering oder das Verschulden des Arbeitgebers oder der Arbeitgeberin geringfügig ist, hat sie von der Verhängung einer Strafe abzusehen, sofern der/die Arbeitgeber/in dem/der Arbeitnehmer/in die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem/der Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelt binnen einer von der Behörde festzusetzenden Frist nachweislich leistet und eine solche Unterschreitung des Grundlohns durch den/die Arbeitgeber/in das erste Mal erfolgt. Hat das Kompetenzzentrum LSDB, der zuständige Krankenversicherungsträger oder die Bauarbeiter-

Urlaubs- und Abfertigungskasse bei erstmaliger Unterschreitung des Grundlohns von einer Anzeige abgesehen oder hat die Bezirksverwaltungsbehörde von der Verhängung einer Strafe abgesehen, ist bei der erstmaligen Wiederholung der Unterschreitung zumindest die Mindeststrafe zu verhängen. Im Fall des ersten und zweiten Satzes ist Paragraph 21, Absatz eins, VStG nicht anzuwenden. Weist der/die Arbeitgeber/in der Bezirksverwaltungsbehörde nach, dass er/sie die Differenz vom tatsächlich geleisteten und dem dem/der Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelt geleistet hat, ist dies bei der Strafbemessung strafmildernd zu berücksichtigen.

...

1. (9) Absatz 9, Bei grenzüberschreitender Entsendung oder Arbeitskräfteüberlassung gilt die Verwaltungsübertretung als in dem Sprengel der Bezirksverwaltungsbehörde begangen, in dem der Arbeits(Einsatz)ort der nach Österreich entsandten oder überlassenen Arbeitnehmer/innen liegt, bei wechselnden Arbeits(Einsatzorten) am Ort der Kontrolle."

21 Der Revisionswerberin (als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der S) waren mit dem angefochtenen Erkenntnis Übertretungen des § 7i Abs. 3 AVRAG angelastet worden. Diese Bestimmung pönalisiert den Arbeitgeber, der einen Arbeitnehmer beschäftigt (hat), ohne ihm zumindest den zustehenden Grundlohn zu leisten. 21 Der Revisionswerberin (als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der S) waren mit dem angefochtenen Erkenntnis Übertretungen des Paragraph 7 i, Absatz 3, AVRAG angelastet worden. Diese Bestimmung pönalisiert den Arbeitgeber, der einen Arbeitnehmer beschäftigt (hat), ohne ihm zumindest den zustehenden Grundlohn zu leisten.

22 Wer "Arbeitgeber" bzw. "Arbeitnehmer" iSd AVRAG ist, wird in diesem Gesetz nicht eigens definiert.

23 Gemäß § 1 Abs. 1 AVRAG gilt dieses Gesetz für "Arbeitsverhältnisse, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen". Neben der Abgrenzung zu öffentlichrechtlichen Dienstverhältnissen wird mit dieser Formulierung zum Ausdruck gebracht, dass der persönliche Geltungsbereich des AVRAG insofern mit der Vertragstheorie korrespondiert, als für die Anwendbarkeit des Gesetzes die Arbeitnehmer- bzw. Arbeitgeber-eigenschaft iSd Arbeitsvertragsrechts zu prüfen ist (vgl. Reissner in Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2011), § 1 AVRAG Rz 2; Binder, AVRAG 2. Auflage (2010), § 1, Rz 4). Als Arbeitnehmer ist somit zu qualifizieren, wer sich auf Grund eines Arbeitsvertrags einem anderen zur Arbeitsleistung in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet (§ 1151 ABGB). Arbeitgeber (als Gegenstück zum Arbeitnehmer) ist damit jene Person, der sich der Arbeitnehmer auf Grund eines Arbeitsvertrags auf gewisse Zeit zur Dienstleistung verpflichtet hat (vgl. zum Arbeitgeberbegriff auch den Beschluss des OGH vom 2. Juni 2009, 9 ObA 43/09b und die dort zitierte Literatur). 23 Gemäß Paragraph eins, Absatz eins, AVRAG gilt dieses Gesetz für "Arbeitsverhältnisse, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen". Neben der Abgrenzung zu öffentlichrechtlichen Dienstverhältnissen wird mit dieser Formulierung zum Ausdruck gebracht, dass der persönliche Geltungsbereich des AVRAG insofern mit der Vertragstheorie korrespondiert, als für die Anwendbarkeit des Gesetzes die Arbeitnehmer- bzw. Arbeitgeber-eigenschaft iSd Arbeitsvertragsrechts zu prüfen ist vergleiche , Reissner in Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2011), Paragraph eins, AVRAG Rz 2; Binder, AVRAG 2. Auflage (2010), Paragraph eins,, Rz 4). Als Arbeitnehmer ist somit zu qualifizieren, wer sich auf Grund eines Arbeitsvertrags einem anderen zur Arbeitsleistung in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet (Paragraph 1151, ABGB). Arbeitgeber (als Gegenstück zum Arbeitnehmer) ist damit jene Person, der sich der Arbeitnehmer auf Grund eines Arbeitsvertrags auf gewisse Zeit zur Dienstleistung verpflichtet hat vergleiche , zum Arbeitgeberbegriff auch den Beschluss des OGH vom 2. Juni 2009, 9 ObA 43/09b und die dort zitierte Literatur).

24 Das vom Verwaltungsgericht angesprochene AÜG (Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, BGBl. Nr. 196/1988) gilt gemäß § 1 AÜG - von den im Revisionsfall nicht relevanten Ausnahmen nach Abs. 2 bis 4 abgesehen - grundsätzlich für die "Beschäftigung von Arbeitskräften, die zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen werden" (Abs. 1); dies auch - unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis sonst anzuwendenden Rechts - für aus der EU, aus dem EWR oder aus Drittstaaten überlassene Arbeitskräfte (Abs. 5). 24 Das vom Verwaltungsgericht angesprochene AÜG (Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 196 aus 1988,) gilt gemäß Paragraph eins, AÜG - von den im Revisionsfall nicht relevanten Ausnahmen nach Absatz 2, bis 4 abgesehen - grundsätzlich für die "Beschäftigung von Arbeitskräften, die zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen werden" (Absatz eins,); dies auch - unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis sonst anzuwendenden Rechts - für aus der EU, aus dem EWR oder aus Drittstaaten überlassene Arbeitskräfte (Absatz 5,).

25 Nach den Begriffsbestimmungen des § 2 AÜG ist Überlassung von Arbeitskräften die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte (Abs. 1); Überlasser ist, wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet (Abs. 2); Beschäftiger ist, wer Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt (Abs. 3). 25 Nach den Begriffsbestimmungen des Paragraph 2, AÜG ist Überlassung von Arbeitskräften die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte (Absatz eins,); Überlasser ist, wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet (Absatz 2,); Beschäftiger ist, wer Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt (Absatz 3,).

26 Während zwischen dem Überlasser und der überlassenen Arbeitskraft ein Arbeitsverhältnis (bzw. gegebenenfalls ein freier Dienstvertrag oder ein Werkvertrag) besteht, und zwischen Überlasser und Beschäftiger ein Überlassungsvertrag, entsteht zwischen dem Beschäftiger und der überlassenen Arbeitskraft regelmäßig kein (weiteres) Vertragsverhältnis (vgl. Schindler in Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2011), § 3 AÜG Rz 2). Der Überlasser ist also Arbeitgeber im arbeitsrechtlichen Sinn, während der Beschäftiger nicht Arbeitgeber der überlassenen Arbeitskraft wird (vgl. Schindler aaO, Rz 7 und 10). 26 Während zwischen dem Überlasser und der überlassenen Arbeitskraft ein Arbeitsverhältnis (bzw. gegebenenfalls ein freier Dienstvertrag oder ein Werkvertrag) besteht, und zwischen Überlasser und Beschäftiger ein Überlassungsvertrag, entsteht zwischen dem Beschäftiger und der überlassenen Arbeitskraft regelmäßig kein (weiteres) Vertragsverhältnis vergleiche , Schindler in Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2011), Paragraph 3, AÜG Rz 2). Der Überlasser ist also Arbeitgeber im arbeitsrechtlichen Sinn, während der Beschäftiger nicht Arbeitgeber der überlassenen Arbeitskraft wird vergleiche , Schindler aaO, Rz 7 und 10).

27 Für die Beurteilung, ob Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt der getroffenen Vereinbarungen und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend (vgl. § 4 Abs. 1 AÜG). Durch § 4 Abs. 2 AÜG wird klargestellt, dass auch im Fall des Vorliegens eines gültigen Werkvertrags dem wahren wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitskräfteüberlassung gegeben sein kann, wenn nämlich der Tatbestand auch nur einer der vier Ziffern des Abs. 2 erfüllt ist, oder wenn eine Gesamtbeurteilung ergibt, dass die auf eine Arbeitskräfteüberlassung weisenden Elemente überwiegen (vgl. zur Abgrenzung etwa den hg. Beschluss vom 21. Juli 2016, Zl. Ra 2016/11/0090). 27 Für die Beurteilung, ob Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt der getroffenen Vereinbarungen und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend vergleiche , Paragraph 4, Absatz eins, AÜG). Durch Paragraph 4, Absatz 2, AÜG wird klargestellt, dass auch im Fall des Vorliegens eines gültigen Werkvertrags dem wahren wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitskräfteüberlassung gegeben sein kann, wenn nämlich der Tatbestand auch nur einer der vier Ziffern des Absatz 2, erfüllt ist, oder wenn eine Gesamtbeurteilung ergibt, dass die auf eine Arbeitskräfteüberlassung weisenden Elemente überwiegen vergleiche , zur Abgrenzung etwa den hg. Beschluss vom 21. Juli 2016, Zl. Ra 2016/11/0090).

28 Dieser nach § 4 AÜG anzulegende Beurteilungsmaßstab ändert aber nichts an der oben dargestellten grundsätzlichen "Rollenverteilung" im Dreiecksverhältnis zwischen Überlasser, Beschäftiger und überlassener Arbeitskraft; Arbeitgeber im arbeitsvertraglichen Sinn bleibt also der Überlasser. 28 Dieser nach Paragraph 4, AÜG anzulegende Beurteilungsmaßstab ändert aber nichts an der oben dargestellten grundsätzlichen "Rollenverteilung" im Dreiecksverhältnis zwischen Überlasser, Beschäftiger und überlassener Arbeitskraft; Arbeitgeber im arbeitsvertraglichen Sinn bleibt also der Überlasser.

29 Dafür, dass dem Arbeitgeberbegriff des AVRAG (insbesondere nach § 7i) ein anderes als das oben dargelegte (etwa auch den Beschäftiger umfassendes) Begriffsverständnis zu Grunde zu legen wäre, bietet das Gesetz keine Hinweise. Im Gegenteil: 29 Dafür, dass dem Arbeitgeberbegriff des AVRAG (insbesondere nach Paragraph 7 i,) ein anderes als das oben dargelegte (etwa auch den Beschäftiger umfassendes) Begriffsverständnis zu Grunde zu legen wäre, bietet das Gesetz keine Hinweise. Im Gegenteil:

30 Da der Beschäftiger regelmäßig in keinem Vertragsverhältnis zur überlassenen Arbeitskraft steht, insbesondere nicht nur Entgeltzahlung ihr gegenüber verpflichtet ist, fehlt es schon an der grundlegenden - durch §7i Abs. 3 AVRAG pönalisierten - Verpflichtung, dem Arbeitnehmer den Grundlohn zu leisten; auch die Regelung des § 7i Abs. 4 AVRAG, wonach (unter weiteren Voraussetzungen) bei Nachzahlung des geschuldeten Differenzbetrags die Behörde von der Verhängung einer Strafe abzusehen hat, richtet sich an den Arbeitgeber, weil dieser es ist, den die arbeitsvertragliche Entgeltzahlungspflicht trifft. 30 Da der Beschäftiger regelmäßig in keinem Vertragsverhältnis zur überlassenen Arbeitskraft steht, insbesondere nicht nur Entgeltzahlung ihr gegenüber verpflichtet ist, fehlt es schon an der

grundlegenden - durch § 7i Absatz 3, AVRAG pönalisierten - Verpflichtung, dem Arbeitnehmer den Grundlohn zu leisten; auch die Regelung des Paragraph 7 i, Absatz 4, AVRAG, wonach (unter weiteren Voraussetzungen) bei Nachzahlung des geschuldeten Differenzbetrags die Behörde von der Verhängung einer Strafe abzusehen hat, richtet sich an den Arbeitgeber, weil dieser es ist, den die arbeitsvertragliche Entgeltzahlungspflicht trifft.

31 Im Übrigen bestimmt etwa § 7a Abs. 2 AVRAG, dass der Arbeitgeber nach Abs. 1 und dessen Auftraggeber als Unternehmer (bei dem es sich im Fall einer auch von Abs. 1 erfassten Arbeitskräfteüberlassung um den "Beschäftigten" handelt) für die Entgeltansprüche des Arbeitnehmers als Gesamtschuldner haften; damit wird vom Gesetz also zwischen Arbeitgeber und Beschäftigter unterschieden. 31 Im Übrigen bestimmt etwa Paragraph 7 a, Absatz 2, AVRAG, dass der Arbeitgeber nach Absatz eins und dessen Auftraggeber als Unternehmer (bei dem es sich im Fall einer auch von Absatz eins, erfassten Arbeitskräfteüberlassung um den "Beschäftigten" handelt) für die Entgeltansprüche des Arbeitnehmers als Gesamtschuldner haften; damit wird vom Gesetz also zwischen Arbeitgeber und Beschäftigter unterschieden.

32 Ähnlich die Regelung des § 7d AVRAG: Die Verpflichtung zur Bereithaltung von Lohnunterlagen trifft regelmäßig den Arbeitgeber (Abs. 1), im Fall einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung aber den Beschäftigten (vgl. Abs. 2 letzter Satz). 32 Ähnlich die Regelung des Paragraph 7 d, AVRAG: Die Verpflichtung zur Bereithaltung von Lohnunterlagen trifft regelmäßig den Arbeitgeber (Absatz eins.), im Fall einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung aber den Beschäftigten (Absatz 2, letzter Satz).

33 Das dargelegte Begriffsverständnis, wonach Arbeitgeber nicht auch der Beschäftigte ist, wird insbesondere auch durch die Tatortfiktion des § 7i Abs. 9 AVRAG für Fälle grenzüberschreitender Entsendung oder Arbeitskräfteüberlassung belegt: Diese Regelung wäre insoweit entbehrlich, würde als Arbeitgeber auch der (inländische) Beschäftigte gelten. 33 Das dargelegte Begriffsverständnis, wonach Arbeitgeber nicht auch der Beschäftigte ist, wird insbesondere auch durch die Tatortfiktion des Paragraph 7 i, Absatz 9, AVRAG für Fälle grenzüberschreitender Entsendung oder Arbeitskräfteüberlassung belegt: Diese Regelung wäre insoweit entbehrlich, würde als Arbeitgeber auch der (inländische) Beschäftigte gelten.

34 Die Überlassung eines Arbeitnehmers an einen (inländischen) Beschäftigten durch den Überlasser ändert also nichts daran, dass dieser Arbeitgeber und damit Verantwortlicher für allfällige Übertretungen nach § 7i Abs. 3 AVRAG ist und bleibt (in diesem Sinne auch schon das hg. Erkenntnis vom 27. Jänner 2014, Zl. 2013/11/0122). 34 Die Überlassung eines Arbeitnehmers an einen (inländischen) Beschäftigten durch den Überlasser ändert also nichts daran, dass dieser Arbeitgeber und damit Verantwortlicher für allfällige Übertretungen nach Paragraph 7 i, Absatz 3, AVRAG ist und bleibt (in diesem Sinne auch schon das hg. Erkenntnis vom 27. Jänner 2014, Zl. 2013/11/0122).

35 Das Verwaltungsgericht ist (im Rahmen der ausdrücklich getroffenen Feststellungen) davon ausgegangen, dass die auf der Baustelle angetroffenen Arbeitskräfte im Auftrag der S tätig gewesen seien und ein Subauftragsverhältnis zu PM nicht vorgelegen sei. Im Widerspruch dazu wurde im Rahmen der Beweiswürdigung ausgeführt, es habe ein Subvertrag zwischen S (die selbst "keine Arbeitnehmer gehabt" habe) und PM (als deren "Angestellte" die verfahrensgegenständlichen Arbeitskräfte im fraglichen Zeitraum bei der Sozialversicherung gemeldet gewesen seien) bestanden. Die Arbeitskräfte seien von PM der S "zur Verfügung gestellt" worden und in deren Arbeitsprozess eingegliedert gewesen.

Trifft es zu, dass - entgegen den eigentlichen "Feststellungen" - die verfahrensgegenständlichen Arbeitskräfte Arbeitnehmer der PM waren und der S überlassen wurden, scheidet eine Bestrafung des verantwortlichen Organs der S (die dann nicht als "Arbeitgeber" iSd § 7i Abs. 3 AVRAG anzusehen wäre) wegen der im Revisionsfall gegenständlichen Übertretung aus. Trifft es zu, dass - entgegen den eigentlichen "Feststellungen" - die verfahrensgegenständlichen Arbeitskräfte Arbeitnehmer der PM waren und der S überlassen wurden, scheidet eine Bestrafung des verantwortlichen Organs der S (die dann nicht als "Arbeitgeber" iSd Paragraph 7 i, Absatz 3, AVRAG anzusehen wäre) wegen der im Revisionsfall gegenständlichen Übertretung aus.

Das Verwaltungsgericht hat also - offenbar auf Basis einer unzutreffenden Rechtsansicht - keine klaren und widerspruchsfreien Feststellungen getroffen, die eine Beurteilung zuließen, ob die S als "Arbeitgeber" oder bloß als "Beschäftigter" anzusehen ist. Das angefochtene Erkenntnis war deshalb gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben. Das Verwaltungsgericht hat also - offenbar auf Basis einer unzutreffenden

Rechtsansicht - keine klaren und widerspruchsfreien Feststellungen getroffen, die eine Beurteilung zuließen, ob die S als "Arbeitgeber" oder bloß als "Beschäftigter" anzusehen ist. Das angefochtene Erkenntnis war deshalb gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

36 Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung. 36 Die Kostenentscheidung gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung.

Wien, am 8. September 2016

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2016:RA2014110083.L00

Im RIS seit

30.09.2016

Zuletzt aktualisiert am

23.03.2018

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at