

# TE Vwgh Erkenntnis 2018/3/28 Ra 2018/11/0026

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.03.2018

## Index

E3L E05202000;

E3L E06202000;

E6j;

10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);

60/01 Arbeitsvertragsrecht;

60/02 Arbeitnehmerschutz;

62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

31996L0071 Entsende-RL;

62013CJ0586 Martin Meat VORAB;

AÜG §17 Abs7;

AÜG §22 Abs1 Z2;

AÜG §4;

AVRAG 1993 §7d Abs1;

AVRAG 1993 §7d Abs2;

AVRAG 1993 §7f Abs1 Z3;

B-VG Art133 Abs4;

## Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):Ra 2018/11/0027

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rigler und den Hofrat Dr. Grünstäudl sowie die Hofrätin Dr. Pollak als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Soyer, über die Revisionen des Ing. H F in G, vertreten durch die Steißl und Kasper Rechtsanwälte GmbH in 8010 Graz, Sporgasse 11, 2. Stock, gegen die Erkenntnisse des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 30. Oktober 2017,

1) Zl. LVwG-301232/9/BMa und 2) Zl. LVwG-301233/9/BMa/TK, betreffend Übertretungen des AVRAG und des AÜG (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die angefochtenen Erkenntnisse werden wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Revisionswerber Aufwendungen in der Höhe von insgesamt EUR 2.692,80 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

1 Mit dem erstangefochtenen Erkenntnis wurde der Revisionswerber als nach außen zur Vertretung Berufener der B. GmbH schuldig erkannt, diese Gesellschaft habe von 26. bis 28. Jänner 2016 als inländische Beschäftigerin vier namentlich genannte polnische Arbeitskräfte im Rahmen der grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung beschäftigt, ohne die Unterlagen über die Anmeldung der überlassenen Arbeitskräfte zur Sozialversicherung (Dokument A 1) sowie über die Meldung der Überlassung (Formular ZKO 4) am Arbeitsort in geeigneter Form zur Überprüfung bereitzuhalten oder zugänglich zu machen, und habe dadurch § 17 Abs. 7 AÜG verletzt. Über den Revisionswerber wurde deshalb gemäß § 22 Abs. 1 Z 2 AÜG eine Geldstrafe verhängt und ein Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vorgeschrieben. Mit dem zweitangefochtenen Erkenntnis wurde der Revisionswerber als nach außen zur Vertretung Berufener der B. GmbH schuldig erkannt, diese Gesellschaft habe von 26. bis 28. Jänner 2016 als inländische Beschäftigerin vier namentlich genannte polnische Arbeitskräfte im Rahmen der grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung beschäftigt, ohne

1. deren Lohnunterlagen am Arbeitsort bereitzuhalten, und damit gegen § 7d Abs. 1 iVm Abs. 2 AVRAG (hier in der zum angelasteten Tatzeitpunkt maßgebenden Fassung BGBl. I Nr. 113/2015) verstoßen;

2. der am 28. bzw. 29. Jänner 2016 erfolgten Aufforderung zur Übermittlung fehlender Lohnunterlagen und Unterlagen nach § 7b Abs. 5 (Dokument A 1 und Formular ZKO 4) an die Abgabenbehörde bis spätestens 1. Februar 2016 Folge zu leisten, und damit gegen § 7f Abs. 1 Z 3 AVRAG verstoßen. Über den Revisionswerber wurden deshalb gemäß § 7i Abs. 4 Z 3 (zu 1.) und § 7i Abs. 1 (zu 2.) AVRAG Geldstrafen verhängt und ein Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vorgeschrieben.

Gleichzeitig wurde jeweils gemäß § 25a VwGG ausgesprochen, dass eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig sei.

2 Begründend stellte das Verwaltungsgericht nach durchgeführter Verhandlung in beiden Erkenntnissen gleichlautend u. a. fest, dass zwischen der (vom Revisionswerber vertretenen) B. GmbH und der (in Krakau ansässigen) N Sp. z.o.o. am 18. Jänner 2016 ein Rahmenvertrag samt zugehörigem Leistungsverzeichnis betreffend "Revisionsarbeiten inkl. Montage" abgeschlossen worden sei, und führte dann näher aus, weshalb seiner Meinung nach das Vertragsverhältnis der B. GmbH mit der N Sp. z.o.o. entgegen dem Vorbringen des Revisionswerbers nicht als Werkvertrag betreffend das Beseitigen von Mängeln an Maschinen anzusehen sei, sondern als Arbeitskräfteüberlassung.

3 Gegen diese Erkenntnisse richten sich die vorliegenden außerordentlichen Revisionen, zu denen das Verwaltungsgericht die Akten vorgelegt und die belangte Behörde eine Revisionsbeantwortung erstattet hat.

4 Der Verwaltungsgerichtshof hat über die wegen ihres sachlichen und rechtlichen Zusammenhangs zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Revisionen erwogen:

5 Die - im Wesentlichen gleichlautenden - Revisionen sind zulässig und begründet, weil die angefochtenen Erkenntnisse von der hg. Rechtsprechung (vgl. VwGH 22.8.2017, Ra 2017/11/0068) zu den maßgebenden Kriterien für das Vorliegen von grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung in entscheidenden Punkten abweichen.

6 Das Arbeitskräfte Überlassungsgesetz (AÜG), BGBl. Nr. 196/1988 idF. BGBl. I Nr. 94/2014, lautet auszugsweise:

"Meldepflichten

§ 17. (1) ...

...

(7) Der Beschäftiger hat für jede nicht in Österreich sozialversicherungspflichtige überlassene Arbeitskraft Unterlagen über die Anmeldung der Arbeitskraft zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. Nr. L 166 vom 30.04.2004 S. 1, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) Nr. 465/2012, ABl. Nr. L 149 vom 8.6.2012 S. 4) sowie die Meldung gemäß den Abs. 2 und 3 am Arbeits(Einsatz)Ort in geeigneter Form zur Überprüfung bereitzuhalten oder zugänglich zu machen.

...

#### Strafbestimmungen

§ 22. (1) Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen

1.

...

2.

mit Geldstrafe von 500 EUR bis zu 5 000 EUR, im Wiederholungsfall von 1 000 EUR bis zu 10 000 EUR, wer die Meldungen gemäß § 17 Abs. 2 nicht oder nicht rechtzeitig oder nicht vollständig oder wissentlich unrichtig erstattet oder die erforderlichen Unterlagen entgegen § 17 Abs. 7 nicht zur Überprüfung bereithält oder nicht zugänglich macht;

..."

Das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG), BGBl. Nr. 459/1993 idF. BGBl. I Nr. 113/2015, lautet auszugsweise:

#### "Verpflichtung zur Bereithaltung von Lohnunterlagen

§ 7d. (1) Arbeitgeber/innen im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 haben während des Zeitraums der Entsendung insgesamt (§ 7b Abs. 4 Z 6) den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel (§ 7b Abs. 1 Z 4), Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die LohnEinstufung zur Überprüfung des dem/der entsandten Arbeitnehmers/in für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten, auch wenn die Beschäftigung des/der einzelnen Arbeitnehmers/in in Österreich früher geendet hat. ...

(2) Bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung trifft die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen den/die inländische/n Beschäftigte/n. Der/Die Überlasser/in hat dem/der Beschäftigte/n die Unterlagen nachweislich bereitzustellen.

...

#### Erhebungen der Abgabenbehörden

§ 7f. (1) Die Organe der Abgabenbehörden sind berechtigt, das Bereithalten der Unterlagen nach §§ 7b Abs. 5 und 7d zu überwachen sowie die zur Kontrolle des dem/der nicht dem ASVG unterliegenden Arbeitnehmer/in unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zustehenden Entgelts im Sinne des § 7i Abs. 5 erforderlichen Erhebungen durchzuführen und

1. ...

...

3.

in die zur Erhebung erforderlichen Unterlagen (§§ 7b Abs. 5 und 7d) Einsicht zu nehmen, Abschriften dieser Unterlagen anzufertigen und die Übermittlung von Unterlagen zu fordern, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Erfolgt bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten die Kontrolle nicht am ersten Arbeits(Einsatz)ort, sind die Unterlagen der Abgabenbehörde nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.

...

#### Strafbestimmungen

§ 7i. (1) Wer die erforderlichen Unterlagen entgegen

§ 7d Abs. 1 oder § 7f Abs. 1 Z 3 nicht übermittelt, begeht eine

Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jede/n Arbeitnehmer/in mit Geldstrafe von 500 Euro bis 5 000 Euro, im Wiederholungsfall von 1 000 Euro bis 10 000 Euro zu bestrafen. ...

...

(4) Wer als ...

3. Beschäftigter/in im Falle einer grenzüberschreitenden

Arbeitskräfteüberlassung entgegen § 7d Abs. 2 die Lohnunterlagen nicht bereithält, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jede/n Arbeitnehmer/in mit einer Geldstrafe von 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Wiederholungsfall von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer/innen betroffen, für jede/n Arbeitnehmer/in von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Wiederholungsfall von 4 000 Euro bis 50 000 Euro zu bestrafen.

..."

7 Die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Erkenntnisse hängt davon ab, ob die vier in den Straferkenntnissen genannten polnischen Arbeitskräfte von der N Sp. z.o.o. grenzüberschreitend der B. GmbH zur Arbeitsleistung überlassen wurden und die letztgenannte Gesellschaft damit als Beschäftigter (§ 3 Abs. 3 AÜG) dieser Arbeitskräfte die Verpflichtung zur Vorlage bzw. Übermittlung der genannten Unterlagen traf.

8 Hinsichtlich der im Zusammenhang stehenden Bestimmungen einerseits des AÜG und andererseits des Unionsrechts sowie der nach diesem maßgebenden Kriterien für das Vorliegen von grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung wird gemäß § 43 Abs. 2 VwGG auf das bereits genannte Erkenntnis VwGH 22.8.2017, Ra 2017/11/0068, verwiesen, in welchem der Verwaltungsgerichtshof unter Bezugnahme auf das dort auszugsweise zitierte Urteil des EuGH vom 18.6.2015, *Martin Meat*, C-586/13, wie folgt ausgeführt hat:

"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 (...), 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.

34 Daher sind in einem Fall wie dem Vorliegenden (im Regelfall nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung) eindeutige Sachverhaltsfeststellungen dahin zu treffen, ob und welche der für die Arbeitskräfteüberlassung ausschlaggebenden Kriterien verwirklicht sind, um im Rahmen einer rechtlichen Gesamtbeurteilung fallbezogen das Vorliegen von grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung bejahen oder verneinen zu können.

..."

9 Der Verwaltungsgerichtshof hat jene Revisionsfälle, in denen bei der Beurteilung des Vorliegens von Arbeitskräfteüberlassung die nach dieser Judikatur maßgebenden Kriterien im Rahmen einer Gesamtbeurteilung herangezogen wurden bzw. in denen das Verwaltungsgericht einzelnen dieser Kriterien ein höheres, anderen aber ein geringeres Gewicht beigemessen hat, wegen ihrer einzelfallbezogenen Bedeutung als nicht revisibel angesehen (vgl. VwGH 20.9.2017, Ra 2017/11/0024 bis 0029 und Ra 2017/11/0016).

10 Anders als in den soeben genannten Fällen und ebenso wie im jüngst ergangenen Erkenntnis VwGH 22.2.2018, Ra 2018/11/0014, wurden in den vorliegenden Revisionsfällen bei der Beurteilung der Frage, ob die Arbeitskräfte grenzüberschreitend überlassen wurden (unbeschadet der vorgenommenen Beurteilung unter mehreren

Gesichtspunkten und unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das zitierte Erkenntnis Ra 2017/11/0068), die drei nach dem letztzitierten Erkenntnis jedenfalls als wesentlich anzusehenden Kriterien (ob also der für einen Werkvertrag essenzielle "gewährleistungstaugliche" Erfolg vereinbart wurde, wer die Zahl der für die Herstellung des Werkes jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer bestimmt und von wem die Arbeitnehmer die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung ihrer Tätigkeiten erhalten) nicht bzw. nicht mängelfrei herangezogen:

11 Gegen das Vorliegen eines Werkvertrags und für eine Arbeitskräfteüberlassung spreche nach Ansicht des Verwaltungsgerichts zunächst, dass die polnischen Arbeiter weiterhin im Dienst der N Sp. z.o.o. verblieben seien. Dieser Umstand ist jedoch kein Unterscheidungsmerkmal, da auch bei einem Werkvertrag der Hersteller des Werkes sich seiner eigenen Arbeitnehmer bedient.

Dass weiters der Wechsel der Arbeitnehmer in den Aufnahmemitgliedstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung sei und damit eine Arbeitskräfteüberlassung vorliege, ergebe sich aus dem Umstand, dass "weltweit Arbeitnehmer der (N Sp. z.o.o.) zu Arbeitseinsätzen in der Industriemontage geschickt" würden. Auch dieser Umstand liefert - ebenso wie beispielsweise jener im zitierten Urteil des EuGH, *Martin Meat*, C-586/13, Rn 39 (wiedergegeben im zitierten Erkenntnis Ra 2017/11/0068), dass der Dienstleister nur einen Kunden im Aufnahmemitgliedstaat hatte - keinen sachgerechten Hinweis für die Beantwortung der Frage, ob der tatsächliche Gegenstand der Dienstleistung der Wechsel der Arbeitnehmer in den Aufnahmemitgliedstaat war.

12 Eine rechtliche Auseinandersetzung mit der nach der dargestellten Judikatur relevanten ("essenziellen") Frage, ob aufgrund des genannten Vertrages von der Vereinbarung eines gewährleistungstauglichen Erfolges auszugehen sei, findet sich in den angefochtenen Erkenntnissen hingegen nicht. Abgesehen davon sprechen jedoch die vom Verwaltungsgericht getroffenen Feststellungen zum "Montage-Werkvertrag" (Verantwortung des Auftragnehmers für die Einhaltung aller technischen und sicherheits- und gesundheitsrechtlichen Vorschriften, Leistungserbringung nach einem Leistungsverzeichnis, Montagebeginn und -ende, Pönale, Gewährleistung für fach- und plangerechte Ausführung 24 Monate ab mängelfreier Abnahme, Garantiedauer 24 Monate ab Inbetriebnahme der Gesamtanlage) für die Vereinbarung eines gewährleistungstauglichen Erfolges und damit gegen das Ergebnis des Verwaltungsgerichts.

Ebensowenig finden sich im angefochtenen Erkenntnis Ausführungen zu dem nach dem Erkenntnis Ra 2017/11/0068 im Rahmen der Gesamtbeurteilung (jedenfalls auch) zu beachtenden Kriterium, wer die Zahl der für die Herstellung des Werkes jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer bestimmt.

13 Die nach der zitierten Judikatur maßgebende Frage, wer den Arbeitnehmern die genauen und individuellen Weisungen erteilt hat, beantwortet das Verwaltungsgericht mit einem bloßen Hinweis auf seine "Feststellungen (siehe oben)", aus denen sich ergebe, dass die Dienst- und Fachaufsicht bei der B. GmbH gelegen sei. Festgestellt hat das Verwaltungsgericht, dass die Arbeiten zumindest einmal pro Woche von der B. GmbH kontrolliert worden seien. Ein Arbeitnehmer der B. GmbH sei auf der Baustelle anwesend gewesen und habe auch kontrolliert, dass alle nötigen Materialien, wie etwa Schrauben, vorhanden seien, bzw. habe diese sofort besorgt, damit die Arbeitspartie nicht aufgehalten worden sei. Er habe dieselben Arbeitszeiten gehabt wie die polnischen Arbeitnehmer und mit ihnen die Pausen verbracht. Der Arbeiter der B. GmbH habe die Stundenaufzeichnungen der polnischen Arbeiter kontrolliert und abgezeichnet und ebenso wie seine eigenen an die B. GmbH weitergeleitet.

Aus diesen Feststellungen ist allerdings noch keine Dienst- und Fachaufsicht ableitbar, die etwa Anordnungen und Kontrollen des jeweiligen Arbeitnehmers hinsichtlich der Ausführung der konkreten Arbeitsschritte umfasst.

Der EuGH hat im erwähnten Urteil C-586/13, Rn 40, klargestellt, dass "zwischen der Beaufsichtigung und Leitung der Arbeitnehmer selbst und der vom Kunden durchgeführten Überprüfung der ordnungsgemäßen Erfüllung eines Dienstleistungsvertrags zu unterscheiden" ist. So kann der Kunde den Arbeitnehmern des Dienstleistungserbringers sogar "bestimmte allgemeine Anweisungen erteilen, ohne dass damit in Bezug auf diese Arbeitnehmer die

Ausübung einer Leitungs- und Aufsichtsbefugnis ... verbunden ist,

sofern der Dienstleistungserbringer seinen Arbeitnehmern die genauen und individuellen Weisungen erteilt, die er für die Ausführung der betreffenden Dienstleistung für erforderlich hält". Dass jemand anderer als die N Sp. z.o.o. bzw. deren Vorarbeiter den polnischen Arbeitnehmern die genauen und individuellen Weisungen zur Ausführung der mit der B. GmbH vereinbarten Dienstleistung erteilt hätte, hat das Verwaltungsgericht nicht festgestellt.

14 Das Verwaltungsgericht hat in den vorliegenden Fällen somit, ausgehend von einer unzutreffenden Rechtsansicht, die maßgebenden Feststellungen zu den drei nach der dargestellten Judikatur essenziellen Kriterien für das Vorliegen grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung nicht getroffen.

15 Die angefochtenen Erkenntnisse waren daher wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

16 Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den §§ 47ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

Wien, am 28. März 2018

#### **Gerichtsentscheidung**

EuGH 62013CJ0586 Martin Meat VORAB

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2018:RA2018110026.L00.1

#### **Im RIS seit**

20.04.2018

#### **Zuletzt aktualisiert am**

27.11.2018

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

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)