OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-301238/34/BMA/FE

Datum:
Linz, 13. Oktober 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des Z S vom 1. August 2016 gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 11. Juli 2016, SanRB96-Ge-57-2015, wegen Übertretungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 29.05.2017, die am 03.07.2017 fortgesetzt wurde,

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird hinsichtlich Spruchpunkt 1 des bekämpften Bescheides (betreffend I I) insofern Folge gegeben, als diesbezüglich sowohl der Schuld- als auch der Strafausspruch aufgehoben werden. Im Übrigen wird der Beschwerde hinsichtlich Spruchpunkt 2 und 3 des bekämpften Bescheids insofern Folge gegeben, als die jeweils verhängte Geldstrafe auf 1.500 Euro und die verhängte Ersatzfreiheitsstrafe auf jeweils 50 Stunden herabgesetzt werden.

II. Die Kosten für das Verfahren vor der belangten Behörde ermäßigen sich auf insgesamt 300 Euro. Für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist kein Kostenbeitrag zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Z u I . :

1.1. Mit dem in der Präambel angeführten Bescheid wurde der Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wie folgt schuldig gesprochen und bestraft:

„Sie haben als nach außen hin zur Vertretung Berufener der T Kft mit Sitz in der II. R ut x, B in Ungarn, wie im Zuge einer Kontrolle durch Organe des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr, Finanzpolizei Team 43, am 17.06.2015 um 09:15 Uhr am Firmengelände der B Stahlhandel GmbH in M festgestellt wurde, zu verantworten, dass die T Kft als grenzüberschreitende Überlasserin dem Beschäftiger (Firma B Stahlhandel GmbH) folgende Arbeitskräfte

1. I I, geb. x, StA. v. Ungarn
2. S D, geb. x, StA. v. Ungarn
3. T A, geb. x, StA. v. Ungarn

zur Verfügung gestellt, jedoch die Lohnunterlagen für die Genannten nicht nachweislich bereitgestellt hat.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:
§ 7d und Abs. 2 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz - AVRAG, BGBl. Nr. 459/ 1993 idF BGBl Nr. 152/2015

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen werden über Sie folgende Strafen verhängt:

Geldstrafe in Euro	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	gemäß
Zu 1.) 2.000,--	67 Stunden	--	§ 9 VStG i.V.m. § 7i Abs. 4 Z 2 AVRAG, BGBl.Nr. 459/1993 idF BGBl.Nr. 152/2015
Zu 2.) 2.000,--	67 Stunden	--	§ 9 VStG i.V.m. § 7i Abs. 4 Z 2 AVRAG, BGBl.Nr. 459/1993 idF BGBl.Nr. 152/2015
Zu 3.) 2.000	67 Stunden	--	§ 9 VStG i.V.m. § 7i Abs. 4 Z 2 AVRAG, BGBl.Nr. 459/1993 idF BGBl.Nr. 152/2015

Ferner haben gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:

€ 600,-- Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe, mindestens jedoch 10 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro);

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen beträgt daher € 6.600,--„
[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Mit der rechtzeitig eingebrachten Beschwerde vom 1. August 2016, die dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich gemeinsam mit dem Bezug habenden Verwaltungsakt vorgelegt wurde, wurde die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und Einstellung des Verfahrens, die Zurückverweisung der Verwaltungssache an die erstinstanzliche Behörde und Herabsetzung der verhängten Geldstrafe beantragt.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich entscheidet gemäß § 2 VwGVG durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.
Es hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt der belangten Behörde und am 29. Mai 2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, bei der die Verfahren LVwG-301237, LVwG-301238, LVwG-301239 und LVwG-301240 zur gemeinsamen Verhandlung verbunden wurden. Die öffentliche mündliche Verhandlung wurde am 3. Juli 2017 fortgesetzt. Bei der fortgesetzten Verhandlung wurden auch die Verfahren LVwG-301498 bis LVwG-301501, die in die Zuständigkeit einer weiteren Richterin des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich fallen, neben den vorerwähnten, zur gemeinsamen Verhandlung verbunden. Das in den Verfahren LVwG-301498 bis LVwG-301501 erstellte Tonbandprotokoll vom 22. Juni 2017 gilt in diesem Verfahren als verlesen.
Zur Verhandlung ist ein Vertreter des Bf, der Beschwerdeführer in einem der verbundenen Verfahren war, eine Vertreterin der belangten Behörde, ein Vertreter des Finanzamtes und zwei weitere Beschwerdeführer der verbundenen Verfahren, gemeinsam mit deren rechtsfreundlicher Vertretung, gekommen. Als Zeugen wurden M H, J K, H A, P H, G D und K W einvernommen.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Z S ist zur Vertretung nach außen Berufener der T Kft. (im Folgenden: T Kft.) mit Sitz in B, Ungarn. Die Firmenadresse wurde am 15.12.2016 geändert, sodass im Spruch des bekämpften Bescheids noch eine andere aufscheint.
Die T Kft. hatte in Ungarn zum Tatzeitpunkt ca. 80 Bedienstete, davon waren 7 bis 8 Leute in einem Büro in Ungarn und 25 bis 30 Leute in einem von der Firma betriebenen Produktionsstandort außerhalb von Budapest eingesetzt. Neben Produktionsstandorten in Österreich wurden auch solche in Deutschland mit Arbeitern beschickt, sodass insgesamt ca. 50 bis 60 Personen außerhalb von Ungarn eingesetzt waren (Seite 3 des Sprachprotokolls vom 3. Juli 2017). Damit wurden mehr als die Hälfte der Bediensteten dieser Firma als Arbeitskräfte zu Firmen in Österreich und Deutschland zur Bearbeitung von Stahl ins Ausland geschickt.
Die T Kft. hat am Firmengelände der B Stahlhandel GmbH in M in einer Produktionshalle zum Biegen von Stahl (Biegehalle), die die B Stahlhandel GmbH

von der Firma J N GmbH angemietet hatte, Biegemaschinen von der Firma B Stahlhandel GmbH angemietet. Die Biegehalle selbst wurde nicht an die T Kft. weitervermietet.
An der Decke der Biegehalle befinden sich Krananlagen, durch die das zu bearbeitende Material zu den Maschinen gebracht und nach Bearbeitung des Betonstahls mit den Krananlagen abtransportiert wurde.
Das Bürogebäude der B Stahlhandel GmbH ist durch einen Fahrweg von der Biegehalle getrennt. Vor der Biegehalle befindet sich auf der Freifläche eine Waage, auf der LKWs gewogen werden können.

Mit den Maschinen wurden von der Firma T Kft. keine anderen Aufträge als jene, die von der B Stahlhandel GmbH erteilt wurden, abgearbeitet (Seite 3 des Sprachprotokolls vom 29. Mai 2017). Es konnten von der Firma T Kft. auch keine anderen Aufträge in Österreich angenommen werden (ebendort).

Der Halle angeschlossen sind Sozialräumlichkeiten, wie Dusche, Küche und WC. Diese konnten im Rahmen der Miete genutzt werden. Die Miete für diese Räumlichkeiten wurde in die Miete der Wohnungen eingerechnet, die von der Firma B Stahlhandel GmbH an die Firma T Kft. vermietet wurden. Von der T Kft. wurden diese Wohnungen den ungarischen Arbeitern kostenlos zur Verfügung gestellt (Seite 4 der Verhandlungsschrift vom 3. Juli 2017 und Seite 4 der Verhandlungsschrift vom 29. Mai 2017).
Die ZMR-Meldung für die Arbeiter der Firma T Kft. wurde von einer Bediensteten der Firma B Stahlhandel GmbH durchgeführt, und zwar wurde vom Vorarbeiter der Firma T Kft. der Bediensteten A von der Firma Stahlhandel GmbH mitgeteilt, wenn ein neuer Arbeiter gekommen war und diese machte die Anmeldung, weil der Vorarbeiter der Firma T Kft. nicht über ausreichend Deutschkenntnisse dafür verfügt hatte (Seite 14 des Sprachprotokolls vom 3. Juli 2017).
Die Entlohnung der ungarischen Arbeiter erfolgte durch die Firma T Kft.
Zwischen der Firma B Stahlhandel GmbH und der Firma T Kft. wurde eine Rahmenvereinbarung mit Datum 7. Jänner 2015 geschlossen. Diesem angeschlossen war ein mit demselben Tag datiertes Leistungsverzeichnis sowie der Mietvertrag betreffend Maschinen und Anlagegüter, ebenfalls vom 7. Jänner 2015. Gegenstand der genannten Rahmenvereinbarung war die Absicht des Auftraggebers, den Auftragnehmer mittels einzelner Leistungsverzeichnisse wiederholt mit der Bearbeitung von Betonstahl sowie mit Anpassen und Kommissionieren der Ware zu beauftragen. Zu diesem Zweck sollten durch diese Rahmenvereinbarung die allgemeinen Bedingungen für künftige Leistungsverzeichnisse verbindlich festgelegt werden, wobei jedoch keine Partei durch diese Vereinbarung zum Abschluss von einzelnen Leistungsverzeichnissen verpflichtet wurde.
Weiter wurden in der Rahmenvereinbarung allgemeine Regelungen, ebenso solche zur Ausführung der Werke, zur Vergütung, zur Kündigung/Vertragsbeendigung,

zur Gewährleistung, zur Geheimhaltung, eine Konkurrenzklausel, sonstige Regelungen, das anwendbare Recht und der Gerichtsstand festgelegt.

Unter dem Punkt 5 „Kündigung/Vertragsbeendigung" ist geregelt:
"Der AG und der AN können diese Rahmenvereinbarung mit einer Frist von einem Monat zum Monatsende kündigen, sofern keine Werkleistungen bestehen. Besteht eine Werkleistung, so ist eine Kündigung der Rahmenvereinbarung frühestens nach Beendigung des Werkes möglich. Eine abweichende Regelung im Leistungsverzeichnis ist möglich.
Beiden Vertragsparteien unbenommen bleibt das Recht zur fristlosen Auflösung einzelner Werkverträge aus wichtigem Grund.
Im Fall einer vorzeitigen Beendigung einer Werkleistung steht dem AN nur die Vergütung für seine bis dahin erbrachten Leistungen zu. Weitergehende Ansprüche des AN sind ausgeschlossen. Jede Kündigung oder sofortige Auflösung ist mittels eingeschriebenen Briefs vorzunehmen."

Im Leistungsverzeichnis Nr. 1 zum Rahmenvertrag vom 7. Jänner 2015 sind Einheiten von verschiedenen Stahlarten, die Mengen in Tonnen, der verrechnete Europreis pro Tonne sowie der Gesamtpreis, angegeben.

Weder im Leistungsverzeichnis noch im Rahmenvertrag war hinsichtlich einzelner Werkstücke geregelt, bis zu welchem Zeitpunkt diese zu erstellen sind.

Auf Grund dieser Rahmenvereinbarung und des Leistungsverzeichnisses wurden Arbeiter der Firma T Kft. in die Biegehalle der B Stahlhandel GmbH nach Österreich gebracht, um dort Biegearbeiten an den von der Firma T Kft. angemieteten Maschinen auszuführen.
Das, abgesehen von den angemieteten Maschinen, eingesetzte Werkzeug, wie Flex, Zangen und Werkzeugschlüssel, wurde von der Firma T Kft. den Arbeitern zur Verfügung gestellt (Seite 7 des Sprachprotokolls vom 29. Mai 2017).
Dem Vorarbeiter der Firma T Kft. wurden von Mitarbeitern der B Stahlhandel GmbH Etiketten übergeben, die dieser an die ungarischen Arbeiter weitergegeben hat. Der jeweilige Arbeiter konnte von den Etiketten die Daten ablesen, die er in die Biegemaschine eingegeben hat. Dafür benötigte der Arbeiter eine Einschulung bei der jeweiligen Maschine. In der Stahlbranche werden die sogenannten "Eisenbieger" als Maschinenarbeiter bezeichnet mit der Kurzbezeichnung "Maschineure" (Seite 13 des Sprachprotokolls vom 29. Mai 2017).
Die Etiketten mit der Information zum Eisenbiegen wurden dem Vorarbeiter zwei bis vier Tage bevor das jeweilige Eisenstück abgeliefert werden musste, übergeben. Wurden jedoch Etiketten mit dem aktuellen Datum übergeben, wusste der Vorarbeiter der Firma T Kft., dass der Auftrag dringend abzuarbeiten war, und er hat die Arbeiten vorgezogen (Seite 14 und 15 des Sprachprotokolls vom 3. Juli 2017).

Die Programmierung der Eisenbiegemaschinen war immer die gleiche, unabhängig davon, ob es sich um eine Maschine der Firma F oder der Firma S handelt. An der Maschine musste die auf der Etikette vermerkte Stückzahl angegeben werden sowie der Durchmesser und die Länge des angegebenen Materials. Auch musste der zu biegende Winkel angegeben werden. Um die entsprechenden Parameter in die Maschine einzugeben, wurden die Etiketten benötigt.
Es gab aber auch händisch einzustellende Biegemaschinen, bei denen die Längen mit dem Zollstock abgemessen wurden. Die Herstellung der gebogenen Eisenstücke erfolgte zu ca. 50 % des Produktionsergebnisses auf Automaten, und zu ca. 50 % erfolgte eine halbautomatische Fertigung mit Abmessung der Längen mittels Zollstabs (Seite 19 der Verhandlungsschrift vom 3. Juli 2017).

Mit dem Vorarbeiter der Firma T Kft. wurde von K W, einer Bediensteten der Firma B Stahlhandel GmbH, Kontakt aufgenommen, wenn sie dringend eine Antwort zu irgendeinem Thema benötigte und der Vorarbeiter J K aus der Produktionshalle nicht ins Büro kam. Mit diesem wurde beispielsweise besprochen, wenn etwas falsch gebogen war, wenn ein Mail herein gekommen war oder wenn Anlass für das Gespräch auf Grund eines Telefonats gegeben war (Seite 27 des Sprachprotokolls vom 3. Juli 2017).
Während der von der Finanzpolizei durchgeführten Kontrolle am Firmenareal der BSZ Stahlhandel GmbH wurden von Frau W auch die Etiketten, die sich an den gebogenen Eisenstücken befunden haben, kontrolliert, weil der Vorarbeiter der Firma T Kft. nicht greifbar war und mit dem Gewicht des beladenen LKWs etwas nicht gestimmt hatte.
Von K W wurden "im Notfall" die Etiketten auf den beladenen LKWs kontrolliert (Seite 28 des Sprachprotokolls vom 3. Juli 2017).

Das von der Firma T Kft. verarbeitete Material wurde von der Firma B Stahlhandel GmbH zur Verfügung gestellt. Vom Vorarbeiter der Firma T Kft. wurde ein Rundgang gemacht und alles was benötigt wurde auf einen Zettel geschrieben. Dieser wurde einem Arbeiter der B Stahlhandel GmbH übergeben, woraufhin das Rohmaterial geliefert wurde.

Die "Arbeitsanweisung" des J R bestand darin, dass er dem J K die Etiketten oder Produktionspläne gab und ihm die notwendigen Lieferzeiten sagte (Seite 12 des Sprachprotokolls vom 3. Juli 2017).

Bei Auftreten einer Maschinenstörung wurde diese vom Vorarbeiter der Firma T Kft. bei der Firma B Stahlhandel GmbH gemeldet, und von dieser wurde ein Monteur des jeweiligen Maschinenherstellers zur Reparatur herbeigerufen (Seite 4 und 5 des Sprachprotokolls vom 29. Mai 2017).

Es wurden etliche Gewährleistungsfälle zwischen der Firma T Kft. und der B Stahlhandel GmbH abgewickelt.

Es kann nicht festgestellt werden, dass I I am Firmengelände der B Stahlhandel GmbH gearbeitet hat.
D S und A T wurden am 17. Juni 2015 bei Arbeiten in der Biegehalle der B Stahlhandel von Organen der Finanzpolizei angetroffen.

Hinsichtlich des Dienstzettels des A T ist als Erstellungsdatum der PDF-Datei bei der Finanzpolizei der 18. Juni 2015 angegeben. Diese Datei wurde auch dem Bf zur Verfügung gestellt.
Hinsichtlich D S scheinen keine Daten zum Vorhandensein eines Dienstzettels in den Dateien der Finanzpolizei auf.

Der vorgelegte Dienstzettel hinsichtlich A T beinhaltet dessen Geburtsdatum, seinen Wohnsitz, die Staatsangehörigkeit, die Sozialversicherungsnummer, die Angabe, seit wann er bei der T Kft. beschäftigt war und die Art der Tätigkeit als angelernter Eisenbieger. Weiter wurde angeführt, dass der genannte Arbeitnehmer maximal acht Stunden pro Tag und fünf Tage pro Woche arbeitet, einen Stundenlohn von 12,84 Euro brutto pro Stunde bezieht und ein Anrecht auf 30 Tage bezahlten Urlaubs pro Jahr im Fall einer Entsendung nach Österreich hat.
Informationen betreffend Lohneinstufung, Arbeitszeitaufzeichnungen oder Lohnzahlungsnachweisen scheinen auf dem Dienstzettel nicht auf.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorgelegten Akt der belangten Behörde und den Erhebungen des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich, insbesondere dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 29. Mai 2017, die am 3. Juli 2017 fortgesetzt wurde und in der auch das Protokoll über die Verhandlung am 22. Juni 2017 betreffend die Verfahren LVwG-301498 bis LVwG-301501 einbezogen wurde, ergibt.

Vom Beschwerdeführer in einem der verbundenen Verfahren, S, wurde wiederholt darauf hingewiesen, dass I I, ein Arbeiter der T Kft., der von einem Betrieb in Deutschland abgezogen wurde, mit einem Privat-PKW zum Firmengelände der B Stahlhandel GmbH gekommen war und dort auf eine weitere Transportmöglichkeit gewartet hat.
Von keinem der dazu befragten Zeugen konnte bestätigt werden, dass I am Firmenareal der Firma B Stahlhandel GmbH gearbeitet hat, und vom Kontrollorgan D wurde bei seiner zeugenschaftlichen Befragung in der mündlichen Verhandlung am 3. Juli 2017 angegeben, dass es durchaus möglich sei, dass es eine Verwechslung gegeben habe und der Vermerk, dass I in Arbeitskleidung und beim Eisenbiegen angetroffen worden sei, irrtümlich erfolgt sei.
Zu Gunsten des Bf wird daher davon ausgegangen, dass I nicht am Firmengelände der B Stahlhandel GmbH als Arbeiter tätig war.

Obwohl behauptet wurde, dass der hinsichtlich T A vorgelegte Dienstzettel sämtliche Informationen der geforderten Lohnunterlagen beinhaltet, hat sich durch dessen Vorlage doch ergeben, dass sich insbesondere Informationen betreffend Lohneinstufung, Arbeitszeitaufzeichnungen oder Lohnzahlungsnachweise aus diesem nicht ergeben.

Zu Gunsten des Bf wird davon ausgegangen, dass die sogenannten Arbeitsanweisungen des J R an J K, darin bestanden haben, dass dem J K von J R die Etiketten oder Produktionspläne übergeben wurden, die Grundlage für die Bearbeitung des Eisens an den Maschinen waren.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

3.3.1. Gemäß § 7d Abs. 1 AVRAG in der zur Tatzeit geltenden Fassung haben Arbeitgeber/innen im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 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 bereit zu halten, auch wenn die Beschäftigung des/der einzelnen Arbeitnehmers/in in Österreich früher geendet hat. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die Lohnunterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereit zu halten. Ist die Bereithaltung der Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort nicht zumutbar, sind die Unterlagen jedenfalls im Inland bereit zu halten und der Abgabenbehörde auf Aufforderung nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.

Nach Abs. 2 leg. cit. trifft bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen den/die inländische/n Beschäftiger/in. Der/die Überlasser/in hat dem/der Beschäftiger/in die Unterlagen nachweislich bereit zu stellen.

Gemäß § 7i Abs. 4 Z 3 leg. cit. begeht eine Verwaltungsübertretung und ist für jeden 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, wer als Beschäftiger/in im Falle einer grenzüberschreitenden

Arbeitskräfteüberlassung entgegen § 7d Abs. 2 die Lohnunterlagen nicht bereit hält.

Gemäß § 9 Abs. 1 VStG ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch "juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften", sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

§ 4 Arbeitskräfte-Überlassungsgesetz - AÜG, BGBl. Nr. 196/1988, in der zur Tatzeit geltenden Fassung lautet:
„ (1) Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.
(2) Arbeitskräfteüberlassung liegt insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber

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

Voraussetzung für die Verpflichtung des Bf zur Bereitstellung von Lohnunterlagen gemäß § 7d Abs. 2 AVRAG ist, dass der Bf als Überlasser von grenzüberschreitend überlassenen Arbeitskräften zu sehen ist.

Gemäß § 3 Abs. 1 AÜG ist Überlassung von Arbeitskräften die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte.

Nach Abs. 2 leg. cit. ist Überlasser, wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet, und Beschäftiger ist gemäß Abs. 3 leg. cit., wer Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt. Arbeitskräfte sind nach Abs. 4 leg. cit. Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen.

3.3.2. Demnach ist vorweg zu prüfen, ob eine Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des § 4 AÜG vorliegt und der Bf Überlasser der ungarischen Arbeitskräfte war.
Wie sich aus den Feststellungen ergibt, ist § 4 Abs. 2 Z 2 AÜG erfüllt, wurde die Arbeit der ungarischen Arbeitnehmer der T Kft. doch ausschließlich mit dem

Material der Firma B Stahlhandel GmbH geleistet und die Arbeit an den Maschinen, die von der B Stahlhandel GmbH angemietet wurden, hätte nicht erledigt werden können, ohne die Zurverfügungstellung der Produktionshalle und der an der Decke dieser befindlichen Krananlagen.
Den Ausführungen des Beschlusses des VwGH vom 18.01.2017, Ra 2016/11/0179, ist zu entnehmen, dass die Beistellung des zu verwendenden Werkzeuges durch den Werkbesteller nach der höchstgerichtlichen Judikatur ein aussagekräftiges Abgrenzungskriterium darstellt. In diesem Judikat ist ebenfalls die B Stahlhandel GmbH verfahrensgegenständlich. Der vorliegende Fall unterscheidet sich hinsichtlich des verwendeten Werkzeugs von dem bereits entschiedenen vor allem dadurch, dass die zur Erbringung der Arbeitsleistung verwendeten Maschinen zwar noch im Eigentum der B Stahlhandel GmbH stehen, nunmehr aber an die T Kft. vermietet wurden. Aus den Feststellungen ergibt sich aber, dass die Verfügungsgewalt der anmietenden Firma insofern eingeschränkt war, als diese ausschließlich Aufträge der B Stahlhandel GmbH damit abarbeiten konnte.
Ausgehend vom in der Gewerbeordnung 1994 verankerten Grundsatz der Einheit einer Betriebsanlage ist wohl auch aus diesem Gesichtspunkt davon auszugehen, dass die B Stahlhandel GmbH die Betreiberin der gesamten Produktionshalle ist, konnte die T Kft. die Maschinen nicht ohne Einschränkungen und nicht ohne die zur Verfügung gestellte Halle mit deren an der Decke befindlichen Krananlagen nutzen und zum Tatzeitpunkt war kein Betriebsstandort für die T Kft. unter der Adresse Gasse x in M im Gewerbeinformationssystem Austria eingetragen, sondern nur ein solcher für die B Stahlhandel GmbH und für die B Bewehrung GmbH.

Darüber hinaus ist von einer organisatorischen Eingliederung der ungarischen Arbeitnehmer in den Betrieb der B Stahlhandel GmbH und der Unterordnung der Arbeitnehmer der T Kft unter die Dienst- und Fachaufsicht der Bediensteten der B Stahlhandel GmbH, auszugehen.
Dies ergibt sich daraus, dass die mit einem Rahmenvertrag festgelegte Arbeit durch Übergabe von Produktionsetiketten, die von der B Stahlhandel GmbH erstellt wurden, für jedes zu bearbeitende Eisenstück definiert wird und die zeitliche Abfolge der Bearbeitung der Stahlstücke auch von der B Stahlhandel GmbH durch Übergabe der Etiketten vorgegeben wird. Eine Beschreibung der einzelnen zu verrichtenden Werke, und die Festlegung des Beginns und des Endes jedes einzelnen Werkvertrags war nicht vorhanden.
Es war dem Vorarbeiter der T Kft. aber klar, dass, wenn Etiketten übergeben werden, die ein taggleiches Datum haben, diese sofort abzuarbeiten sind. Selbst wenn diesbezüglich keine verbalen Vorgaben hinsichtlich der konkreten Aufträge erfolgt waren, handelt es sich um einen zwischen den Firmen bereits eingespielten Arbeitsablauf, der auf Grund der von der B Stahlhandel GmbH angefertigten Etiketten stattgefunden hat und zu einem früheren Zeitpunkt offensichtlich besprochen sein musste.

Auch das Eingreifen des Ing. Mag. F in die niederschriftliche Befragung des Vorarbeiters K verdeutlicht, dass dieser dafür gesorgt hat, dass K seine Arbeit verrichtet. In "Notfällen" werden die Etiketten auf den beladenen LKWs auch von einer Angestellten der Firma B Stahlhandel GmbH kontrolliert.
Damit aber ist von einem Eingreifen der der B Stahlhandel zuzuordnenden Personen in die Abläufe der von der T Kft. zu bewerkstelligenden Arbeit und einer betrieblichen Eingliederung der der T Kft. zurechenbaren Arbeiter in den Arbeitsablauf der B Stahlhandel GmbH und einer Letztverantwortung dieser Firma für die hergestellten Produkte auszugehen.
Somit ist Z 3 des § 4 Abs. 2 AÜG erfüllt, sodass auch aus diesem Grund von einer Arbeitskräfteüberlassung auszugehen ist und demgemäß der Rechtsmittelwerber Überlasser der ungarischen Arbeitskräfte an die Firma B Stahlhandel war.

Im Übrigen fehlen dem vorgelegten Rahmenvertrag mit Leistungsverzeichnis wesentliche Elemente eines Werkvertrages, wie z. B. die Anführung des konkreten Beginns und des Endes des jeweils zu erbringenden Werks. Vom Prokuristen der T Kft. wurde die Meinung vertreten, dass die durchgeführte Biegeleistung und das fertiggestellte Produkt (und zwar jedes einzelne gebogene Stahlelement) als eigenes Werk zu betrachten ist (Seite 11 des Sprachprotokolls vom 29. Mai 2017). Dieser Ansicht folgend ergäbe sich auf Grund des Rahmenvertrages mit dem Leistungsverzeichnis eine Aneinanderreihung von bestellten Werken, wobei bei keinem dieser "Werkstücke" ein konkreter Arbeitsbeginn und ein konkretes Arbeitsende festgelegt worden war.
Vielmehr handelt es sich beim Eisenbiegen in der Biegehalle des B Stahlhandel um typische Tätigkeiten, die von Maschinenarbeitern in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit in unselbständiger Arbeit erbracht werden. Demnach liegt auch, abstellend auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt im Sinne des § 4 Abs. 1 AÜG der zwischen der B Stahlhandel GmbH und der T Kft. getroffenen Vereinbarung, Arbeitskräfteüberlassung vor, dies selbst dann, wenn der Rahmenvertrag mit dem Leistungsverzeichnis als Werkvertrag einzustufen wäre (VwGH 21.7.2016, Ra 2016/11/0090 mwN).

Dazu kommt, dass von der T Kft. ca. 50% ihres Personals Arbeiten in Betrieben in Österreich und Deutschland verrichten, sodass davon auszugehen ist, dass die Überlassung der ungarischen Arbeitnehmer an ausländische Firmen ein wesentlicher Wirtschaftsfaktor und damit auch Betriebszweck dieser Firma ist.

Damit aber ist auch von Arbeitskräfteüberlassung i.S. der jüngeren höchstgerichtlichen Judikatur des VwGH vom 22.08.2017, Ra 2017/11/0068, auszugehen.

3.3.3. Es wäre daher am Bf gelegen, handelt es sich doch bei dem Einsatz von ungarischen Arbeitskräften um eine grenzüberschreitende Arbeitskräfte-

überlassung, die entsprechenden Lohnunterlagen für die eingesetzten Arbeiter bereitzustellen.

Weil hinsichtlich I I nicht festgestellt werden konnte, dass dieser im Betrieb der B Stahlhandel GmbH Arbeiten verrichtet hat, war Spruchpunkt 1 des bekämpften Strafbescheides gem. § 45 Abs. 1 Z. 1 VStG ersatzlos aufzuheben.

Das abgeführte Verfahren hat hervorgebracht, dass an Lohnunterlagen lediglich der Dienstzettel des A T anlässlich der Kontrolle vorhanden war. Es fehlen aber auch hinsichtlich T relevante Lohnunterlagen in deutscher Sprache, wie z. B. jene zum Nachweis der Lohneinstufung.
Hinsichtlich D S wurde gar nicht behauptet, dass Lohnunterlagen (nicht einmal ein Dienstzettel) anlässlich der Kontrolle bereitgehalten wurden.

Der Bf hat damit das Tatbild der ihm vorgeworfenen Strafbestimmung erfüllt.

3.3.4. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (sog. „Ungehorsamsdelikt“).

Nach Abs. 2 leg. cit. entschuldigt Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwider gehandelt hat, nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte.

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (vgl. VwGH 23.12.1991, 88/17/0010 mwN).

Das Verschulden des Bf besteht darin, dass er als handelsrechtlicher Geschäftsführer der von ihm geführten Firma dafür verantwortlich ist, dass ungarische Arbeitskräfte in Österreich eingesetzt wurden und er nicht die notwendigen Vorkehrungen für die Bereitstellung entsprechender Unterlagen getroffen hat. Er hat damit fahrlässig gehandelt.

3.3.6. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG idgF iVm § 38 VwGVG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Nach Abs. 2 leg. cit. sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (statt vieler VwGH 16.09.1987, 87/03/006) innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides, die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (vgl. u.a. VwSlg 8134 A/1971).

Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbesondere Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

Die belangte Behörde hat ausgeführt, dass "keine relevanten Verwaltungsvorstrafen" vorliegen würden und ist offenbar vom Milderungsgrund der absoluten verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit des Bf ausgegangen. Dieser Strafmilderungsgrund wurde auch im Rechtsmittelverfahren berücksichtigt. Darüber hinaus konnte die illegale grenzüberschreitende Überlassung lediglich hinsichtlich zweier Arbeitnehmer festgestellt werden, wodurch sich das Verschulden des Bf vermindert.

Den von der belangten Behörde festgestellten Einkommens- und Vermögensverhältnissen (Nettoeinkommen in Höhe von 2.000 Euro, keine Sorgepflichten und kein Vermögen) ist der Bf nicht entgegen getreten, sodass auch diese Feststellungen dem Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zugrunde gelegt werden.

Unter Berücksichtigung, dass die Übertretung lediglich hinsichtlich zweier überlassener Arbeitskräfte festgestellt wurde, war die Strafe entsprechend herabzusetzen.

Zu II.:
Weil die Beschwerde teilweise Erfolg hatte, waren die Kosten für das Behördenverfahren entsprechend herabzusetzen und für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich waren keine Verfahrenskosten vorzuschreiben.

Zu III.: Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Insbesondere weicht die gegenständliche Entscheidung von der als einheitlich zu beurteilenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ab.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s e

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

2. Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

3. Gemäß § 7n Abs. 2 AVRAG wird darauf hingewiesen, dass mit der rechtskräftigen Bestrafung die Eintragung des Beschuldigten und jenes Unternehmens, dem die Bestrafung zuzurechnen ist, in die beim Kompetenzzentrum LSDB geführte Evidenz verbunden ist.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag.[a] Bergmayr-Mann