OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

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

Geschäftszeichen:
LVwG-301240/51/BMa/JW

Datum:
Linz, 28. August 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des Ing. Mag. G F, MBA, vom 27.07.2016, vertreten durch L Rechtsanwälte, L, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 27.06.2016, GZ: SanRB96-Ge-59-2015, wegen Übertretungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 29.05.2017, die am 03.07.2017 fortgesetzt wurde, unter Berücksichtigung des im ersten Rechtsgang ergangenen Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 22.02.2018, Ra 2018/11/0014-8,

A. zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, die Spruchpunkte 2. und 3. des angefochtenen Straferkenntnisses (betreffend D S und A T) werden aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren wird eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

B. fasst die B e s c h l ü s s e :

IV. a.) Der Antrag auf Berichtigung des Protokolls vom 29.05.2017 wird zurückgewiesen.

b.) Der Antrag auf Berichtigung des Protokolls vom 03.07.2017 wird abgewiesen.

V. Gegen diese Beschlüsse ist jeweils eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu 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 B GmbH mit Sitz in der G-straße, M, 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 GmbH in M, G-straße, festgestellt wurde, zu verantworten, dass die Firma B GmbH als inländische Beschäftigerin, anlässlich der grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung, die Lohnunterlagen für

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

nicht nachweislich bereitgestellt hat.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:
§ 7d Abs. 1 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	gemäß
Zu 1.) 1.000,--	33 Stunden	§ 9 VStG i.V.m. § 7i Abs. 4 Z 3 AVRAG, BGBl.Nr. 152/2015 idF BGBl.Nr. 152/2015
Zu 2.) 1.000,--	33 Stunden	§ 9 VStG i.V.m. § 7i Abs. 4 Z 3 AVRAG, BGBl.Nr. 459/1993 idF BGBl.Nr. 152/2015
Zu 3.) 1.000,--	33 Stunden	§ 9 VStG i.V.m. § 7i Abs. 4 Z 3 AVRAG, BGBl.Nr. 459/1993 idF BGBl.Nr. 152/2015

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

€ 300,-- 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 € 3.300,--“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Mit der rechtzeitig eingebrachten Beschwerde vom 27.07.2016, die dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich gemeinsam mit dem Bezug habenden Verwaltungsakt vorgelegt wurde, wurde die Einstellung des Verfahrens beantragt.

1.3. Über diese Beschwerde hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich im ersten Rechtsgang mit Erkenntnis vom 09.10.2017, LVwG-301240/34/BMa/FE, der Beschwerde hinsichtlich Spruchpunkt 1. Folge gegeben und diesbezüglich sowohl den Schuld- als auch den Strafausspruch aufgehoben. Hinsichtlich der Spruchpunkte 2. und 3. wurde die Beschwerde abgewiesen. Der Bf hat gegen dieses Erkenntnis Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben.

Mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 22.02.2018, Zl. Ra 2018/11/0014-8, wurde das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Oberösterreich vom 09.10.2017, Zl. LVwG-301240/34/BMa/FE, soweit es das erstinstanzliche Straferkenntnis bestätigt und dem Revisionswerber insoweit auch einen Kostenbeitrag vorschreibt, wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts aufgehoben.

Der Verwaltungsgerichtshof führt im Wesentlichen Folgendes aus:

„9. Die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Erkenntnisses hängt davon ab, dass die beiden im Straferkenntnis genannten ungarischen Arbeitskräfte von der T. Kft. grenzüberschreitend der B. GmbH zur Arbeitsleistung überlassen wurden und die letztgenannte Gesellschaft damit als Beschäftiger (§ 3 Abs. 3 AÜG) dieser Arbeitskräfte die Verpflichtung des § 7d Abs. 1 und 2 erster Satz AVRAG traf.

10. 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 ZI. 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 ZI. 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.
...‘

11. 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).

12. Anders als in den soeben genannten Fällen wurden im vorliegenden Revisionsfall bei der Beurteilung der Frage, ob die Arbeitskräfte von der T. Kft. grenzüberschreitend an die B. GmbH 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:

13. So führte das Verwaltungsgericht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages (und für die Qualifikation des Vertragsverhältnisses als Arbeitskräfteüberlassung) ins Treffen, dass als wesentliches Element eines Werkvertrages gegenständlich die Festlegung des konkreten Beginnes und Endes der Arbeiten am jeweils zu erbringenden Werk fehlten. Diese Annahme ist aber, wie die Revision zutreffend einwendet, ohne weitere Begründung nicht tragfähig, weil das Verwaltungsgericht im Rahmen des als erwiesen angenommenen Sachverhalts festgestellt hat, dass die konkreten Informationen darüber, wie die jeweiligen Eisenstücke gebogen hätten werden müssen, von einem Mitarbeiter der B. GmbH an den Vorarbeiter der T. Kft. in Form von ‚Etiketten‘ übergeben worden seien, und zwar zwei bis vier Tage bevor die betreffenden Eisenstücke hätten abgeliefert werden müssen, sodass es offenbar doch einen vereinbarten Fertigstellungszeitpunkt gab (vgl. auch unten Rn 15).

14. Vor allem unterblieb im vorliegenden Fall 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, wofür insbesondere auch entscheidend ist, ob das Entgelt für die zu erbringende Dienstleistung nur von der Menge des bearbeiteten Materials (hier: Betonstahls) oder auch von der Qualität abhängt (vgl. dazu auch das im Erkenntnis Ra

2017/11/0068 zitierte Urteil des EuGH C-586/13). Abgesehen davon spricht es gegenständlich für die Vereinbarung eines gewährleistungstauglichen Erfolges (und damit gegen das Ergebnis des Verwaltungsgerichts), wenn das Verwaltungsgericht im angefochtenen Erkenntnis, Seite 5, von (nicht näher präzisierten) Regelungen zur Gewährleistung in der Rahmenvereinbarung ausgeht und feststellt (Seite 8): ‚Es wurden etliche Gewährleistungsfälle zwischen der Firma T. Kft. und der B. GmbH abgewickelt.‘

15. Was das nach der zitierten Judikatur für die Abgrenzung der Arbeitskräfteüberlassung zum Werkvertrag maßgebende Kriterium, wer den Arbeitnehmern die genauen und individuellen Weisungen erteilt, betrifft, so meint das Verwaltungsgericht, dass die Dienst- und Fachaufsicht gegenständlich bei der B. GmbH gelegen sei. Begründet wird dies jedoch im Wesentlichen damit, dass durch die Übergabe der genannten ‚Etiketten‘ die Arbeit für jedes zu bearbeitende Eisenstück durch die B. GmbH definiert und die zeitliche Abfolge der Arbeiten vorgegeben worden sei.

16. Damit wird allerdings nicht die Dienst- und Fachaufsicht (die gegenüber dem Arbeitnehmer ausgeübt wird) angesprochen, die etwa die Einteilung der konkreten Arbeits- und Pausenzeiten der Arbeitnehmer bzw. Anordnungen und Kontrollen des jeweiligen Arbeitnehmers hinsichtlich der Fertigung des konkreten Werkstückes umfasst.

17. So hat auch der EuGH im erwähnten Urteil C-586/13, Rn 40 (wiedergegeben im zitierten hg. Erkenntnis Ra 2017/11/0068), klargestellt, dass ‚zwischen der Beaufsichtigung und Leitung der Arbeitnehmer selbst und der vom Kunden durchgeführten Überprüfung der ordnungsgemäßen Erfüllung eines Dienstleistungsvertrags zu unterscheiden‘ ist.

18. Wenn daher die B. GmbH (als Werkbesteller) das jeweils herzustellende Werk definiert und dem Vertragspartner (hier: T. Kft. bzw. ihrem Vorarbeiter) durch Etiketten bekanntgibt und anschließend die Vertragserfüllung (also die Herstellung des Werkes) kontrolliert, so betrifft dies einerseits nicht die Dienst- und Fachaufsicht und spricht andererseits für das Vorliegen eines Werkvertrages und gegen die Annahme einer Arbeitskräfteüberlassung.

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

20. Umgekehrt misst das Verwaltungsgericht im Rahmen seiner Gesamtbeurteilung dem Umstand, dass die für die Arbeiten erforderlichen Maschinen der T. Kft. von Seiten der B. GmbH mietweise zur Verfügung gestellt wurden, entscheidende Bedeutung bei, was jedoch nicht im Einklang mit dem zitierten EuGH-Urteil C-586/13, Rn 39 (wiedergegeben im Erkenntnis Ra 2017/11/0068), steht.“

Die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vom 22.02.2018, Ra 2018/11/0014-8, bewirkt, dass über die Beschwerde des Bf gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 27.06.2016, SanRB96-Ge-59-2015, soweit dieses durch Revision an den VwGH angefochten wurde,

neuerlich, dies unter Beachtung der Rechtsansicht des Verwaltungsgerichtshofs, zu entscheiden ist.

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 29.05.2017 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 03.07.2017 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 22.06.2017 gilt in diesem Verfahren als verlesen.
Zur Verhandlung ist der Bf in rechtsfreundlicher Vertretung, eine Vertreterin der belangten Behörde, ein Vertreter des Finanzamtes und zwei Beschwerdeführer der verbundenen Verfahren, gekommen. Als Zeugen wurden M H, J K, H A, P H, G D und K W einvernommen.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oö hat erwogen:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Ing. Mag. F ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der B GmbH (im Folgenden: B) mit der Geschäftsanschrift G-straße, M. Diese Firma beliefert u.a. Baustellen mit gebogenem Stahl.

Laut Aussage des Bf gehört das verfahrensgegenständliche Eisenbiegen zum Unternehmensgegenstand der B GmbH.

Am Firmengelände der B GmbH in M befindet sich auch eine Produktionshalle zum Biegen von Stahl (Biegehalle), die die B GmbH von der Firma J N GmbH angemietet hat. In der Produktion (Stahlbearbeitung) beschäftigte die B GmbH jedenfalls zum verfahrensgegenständlichen Zeitraum keine eigenen Arbeitnehmer. Das Bürogebäude der B GmbH ist durch einen Fahrweg von der Biegehalle getrennt.

Generell bekommt die B von einem Kunden aus der Bauindustrie oder dem Baugewerbe einen Auftrag für die Lieferung von geschnittenem und gebogenem Betonstahl. Dazu werden ihr vom Bauherrn bzw. dessen Statiker Bewehrungspläne übermittelt. Diese Pläne werden in Folge von der B in Form von einzelnen Etiketten erfasst. Den einzelnen Etiketten sind sämtliche Parameter für die Bearbeitung und

eine Abbildung der jeweils zu biegenden Form zu entnehmen. Ebenso ist auf dem Etikett das jeweilige Lieferdatum vermerkt.

Zwischen der Firma B GmbH und der Firma T wurde eine Rahmenvereinbarung mit Datum 07.01.2015 geschlossen. Dieser angeschlossen war ein mit demselben Tag datiertes Leistungsverzeichnis sowie der Mietvertrag betreffend Maschinen und Anlagegüter, ebenfalls vom 07.01.2015.

Die Rahmenvereinbarung, abgeschlossen zwischen der B GmbH als Auftraggeber einerseits und der ungarischen T als Auftragnehmer andererseits enthält auszugsweise folgende Regelungen:

„1) Gegenstand

Der AG beabsichtigt, den AN mittels einzelner Leistungsverzeichnissen wiederholt mit der Durchführung von Bearbeitung von Betonstahl, anpassen und kommissionieren der Ware, zu beauftragen.

Zu diesem Zweck sollen 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 wird.

2) Allgemeine Regelungen

Diese Rahmenvereinbarung gilt für alle Verträge zwischen dem AG und dem AN, sofern nicht schriftlich etwas anderes vereinbart wird.

Die einzelnen Bestellungen im Rahmen dieser Vereinbarung sind nur in Schriftform bindend, und stellen einen Werkvertrag dar; das gleiche gilt für Änderungen und Ergänzungen.

Allgemeine Geschäftsbedingungen des AN werden in keinem Fall Vertragsbestandteil; dies auch dann nicht, wenn ihnen vom AG nicht widersprochen wurde.

Jeder Auftrag wird vom AN nach bestem Wissen und Gewissen durchgeführt. Der AN verpflichtet sich ausdrücklich, bei der Abwicklung des Auftrages/Werkvertrages alle gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten. Ein Auftrag besteht mindestens aus einer Leistungsbeschreibung und einer Vergütungsregelung.

3) Ausführung der Werke

Durch den Abschluss eines Leistungsverzeichnisses verpflichtet sich der AN zur Erstellung des darin bezeichneten Werks. Soweit einzelvertraglich nicht anderes vereinbart, gelten hierfür die gesetzlichen Vorschriften über den Werkvertrag….

Grundsätzlich hat der AN das im jeweiligen Leistungsverzeichnis vereinbarte Werk mit eigenen Materialien und Geräten herzustellen.

Der AG stellt es dem AN jedoch frei, vom AG angemietete Geräte und Werkzeuge zu verwenden und zur Zwischenlagerung der hergestellten Werke die Lagerflächen/Lagerräume des AG zu benutzen….

4) Vergütung

Die Vergütung des AN wird im jeweiligen Leistungsverzeichnis vereinbart und wird vom AG auf ein vom AN bekanntzugebendes Bankkonto geleistet,…

5) Kündigung/Vertragsbeendigung

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.
6) Gewährleistung
Der AN leistet Gewähr dafür, dass seine Leistungen zum Zeitpunkt der Abnahme die vertraglich zugesicherten Eigenschaften aufweisen, nach dem neuesten Stand der Technik ausgeführt und nicht mit Fehlern behaftet sind, die ihren Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern.
Der AG wird den AN über etwaige am Werk vorhandene Mängel unverzüglich nach deren Feststellung in Kenntnis setzen. Der AN ist verpflichtet, die Mängel auf seine Kosten innerhalb angemessener Frist zu beseitigen. Andernfalls ist der AG berechtigt, die Mängel auf Kosten des AN zu beseitigen.
Die Gewährleistungsfrist beträgt drei Jahre.
…."

Das Leistungsverzeichnis Nr. 1 zum Rahmenvertrag vom 7. Jänner 2015 lautet wie folgt:

„Auftraggeber: B GmbH
G-str., A-.... M

Auftragnehmer: T
H-.... B

Bauvorhaben: Im Werk der Fa.
B GmbH
G-str., A-.... M

Metallverarbeitung

POS.	TEXT	EINHEIT	MENGE	E.PREIS	GES.PREIS
01./	Bearbeitung von Betonstahl, anpassen und kommissionieren der Waren – inkl. bis 450to 451-800 to Ab 800 to	 8-40 8-40 8-40	 8235	 30,- 29,- 28,50	 247.050,-
02./	Bearbeitung von Betonstahl - Sonderbiegeformen	8-40	120	80,-	9.600,-
03./	Betonstahl schweissen	8-40	375	200,-	75.000,-
zu 01./	Tonnagenabhängige Gerätemiete inkl. Reparaturrisiko für				

	Verschleißteile (All-in Miete) bis 450 to 451-800 to Ab 800 to	 8-40 8-40 8-40	8.235	20,- 16,- 14,50	 164.700,-
	Gesamt:				496.350,-

“

Die unter Spruchpunkt 2 und 3 des bekämpften Bescheids der BH Perg angeführten Arbeitnehmer der Firma T (im Folgenden: T), H-.... B, haben in der erwähnten Produktionshalle aufgrund der genannten Rahmenvereinbarung und des Leistungsverzeichnisses jedenfalls zum Zeitpunkt der Kontrolle Biegearbeiten ausgeführt.

Die Benützung der Biegehalle wurde der Firma T von der Firma B nicht in Rechnung gestellt. Die Betriebskosten für die Benützung der Biegehalle sind in den Mietkosten für die gemieteten Maschinen enthalten. Im Mietvertrag betreffend Maschinen und Anlagegüter vom 07.01.2015 findet sich unter Pkt. I.1.2. der Passus „ inkl. der verursachten anteiligen Energiekosten“. Die in dieser Halle aufgestellten Biegemaschinen wurden nämlich an die Firma T (im Folgenden: T), H-.... B, von der B GmbH vermietet. Im genannten Mietvertrag vom 07.01.2015 wurde als Mietzins für den unter Punkt I.1.1. genannten Mietgegenstand (Bügelbiegeautomat, Schneid-Richtanlage, Schneideanlage, Biegemaschinen, Doppelbiegeanlage, Schweißgeräte) monatlich abhängig von den bearbeiteten Tonnagen ein Betrag von EUR 14,50/to vereinbart, abgestuft unter 800 to ein Zuschlag von EUR 1,50/to, unter 450 to ein Zuschlag von 3,50/to, bei quartalsmäßiger Abrechnung.

Von Mitarbeitern der B GmbH, wie beispielsweise J R, wurden dem Vorarbeiter der Firma T, J K, die genannten Etiketten übergeben. Diese Etiketten mit den Informationen zum Eisenbiegen und dem angegebenen Liefertermin wurden dem ungarischen Vorarbeiter in der Firma B zwei bis vier Tage bevor das jeweilige Eisenstück abgeliefert werden musste, übergeben. Wurden Etiketten mit dem aktuellen Datum übergeben, wusste der Vorarbeiter der Firma T, dass der Auftrag dringend abzuarbeiten war, und er hat die Arbeiten vorgezogen. Anhand der übergebenen Etiketten teilte der ungarische Vorarbeiter J K die ungarischen Arbeiter ein, wer an welcher Maschine die einzelnen Positionen fertigen muss, damit der auf der Etikette angegebene Liefertermin eingehalten werden konnte. Die Entscheidung, wie viele Arbeitnehmer eingesetzt wurden, hat die T getroffen. War erhöhter Produktionsbedarf gegeben, teilte der ungarische Vorarbeiter die Arbeiter auf zwei Schichten auf. Die Arbeitszeit von 8 Stunden pro Tag wurde von der T vorgegeben. Bei einem Mangel an Arbeitskräften hat der ungarische Vorarbeiter seine Firma um eine weitere Arbeitskraft ersucht.

Die fertig bearbeiteten (gebogenen und allenfalls geschnittenen) Stangen wurden sodann auf dem Kommissionsplatz in der Halle für den Abtransport gesammelt.

Zum Liefertermin wurden die gebogenen Stangen von den ungarischen Arbeitern in der Produktionshalle auf den von der B georderten LKW verladen.

J K, der Vorarbeiter der T, schulte seine ungarischen Arbeitskollegen an den Biegemaschinen ein. 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. Arbeitsgrundlage waren die Etiketten, denen sämtliche Parameter für die Bearbeitung zu entnehmen waren. Sollten jedoch ausnahmsweise bei den enthaltenen Angaben Unklarheiten aufgetreten sein, ersuchte der ungarische Vorarbeiter K Mitarbeiter der B GmbH, ihm auch die entsprechenden Bewehrungspläne zu übergeben. Der ungarische Vorarbeiter hat seinen Arbeitskollegen auch die sicherheitstechnischen Anweisungen in der Werkhalle erteilt.

Das - abgesehen von den laut Maschinenmietvertrag angemieteten Biegemaschinen - eingesetzte Werkzeug, wie Flex, Zangen und Werkzeugschlüssel, wurde den Arbeitern von der Firma T zur Verfügung gestellt, ebenso die Arbeitskleidung (Hose und Sicherheitsschuhe).

Urlaub und Krankenstand haben die ungarischen Arbeitskräfte ihrem ungarischen Vorarbeiter gemeldet. Dieser veranlasste eine Weiterleitung der Meldung an die T.

Die Entlohnung der ungarischen Arbeiter erfolgte durch die Firma T.

Die ungarischen Arbeitskräfte hatten separate Sozialräume, die ausschließlich von ihnen benutzt wurden. Die Wohnungsmiete für die Unterkünfte der ungarischen Arbeiter wurde von der B der T weiterverrechnet. In diese Wohnungsmiete wurde von der B auch die Miete für die Alleinbenutzung der genannten Sozialräume eingerechnet.

Das von der Firma T verarbeitete Material (Betonstahl in Form von einzelnen 14 m langen, geraden Stangen in unterschiedlichen Durchmessern) wurde von der Firma B GmbH zur Verfügung gestellt. Vom Vorarbeiter der Firma T wurde ein Rundgang gemacht und alles, was benötigt wurde, wurde auf einen Zettel geschrieben. Dieser wurde einem Arbeiter der B GmbH übergeben, woraufhin das Rohmaterial geliefert wurde.

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

Für die ungarischen Arbeitskräfte D S und A T wurden am Tag der finanzpolizeilichen Kontrolle am 17.06.2015 um 9.15 Uhr bei der Firma B GmbH in M, G-straße, unstrittig keine Lohnunterlagen nachweislich bereitgestellt.

3.2. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aufgrund folgender Beweis-würdigung:

Der festgestellte Sachverhalt geht aus dem vorgelegten Akt der belangten Behörde und den Erhebungen des LVwG Oö. insbesondere dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 29.05.2017, die am 03.07.2017 fortgesetzt wurde, hervor. In der Verhandlung am 03.07.2017 wurde festgestellt, dass das Tonbandprotokoll vom 22.06.2017, betreffend die Verfahren LVwG-301498 bis LVwG-301501 als verlesen gilt. Auch die dort aufgezeigten Beweisergebnisse werden diesem Verfahren zu Grunde gelegt. In der Verhandlung vom 29.05.2017 wurden der erkennenden Richterin von den beiden Geschäftsführern der Firma B GmbH Filme vorgeführt, die die örtlichen und betrieblichen Gegebenheiten der gegenständlichen Firma zeigen. Die diesbezügliche dem LVwG übergebene DVD liegt im gegenständlichen Akt LVwG-301240 (Bf: Ing. Mag. G F) ein.

Die von den Geschäftsführern der B GmbH vorgelegten Verträge (v.a. Rahmenvertrag samt vorgelegtem Leistungsverzeichnis) sind der rechtlichen Beurteilung zu unterziehen. Das durchgeführte Beweisverfahren hat keine Anhaltspunkte ergeben, dass die Verträge in der Praxis anders gelebt wurden.

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens ergaben sich weiters keine Beweise dahingehend, dass Mitarbeiter der B Arbeitsanweisungen an die ungarischen Arbeiter der T erteilt haben.

Hinsichtlich der niederschriftlichen Angabe des ungarischen Vorarbeiters J K im Personenblatt am Kontrolltag, dass er die Arbeitsanweisungen von „J B“ erhalten hat, gab K im Rahmen seiner zeugenschaftlichen Einvernahme in der Verhandlung glaubhaft an, dass seine Angabe dahingehend zu verstehen ist, dass ihm von J R die Etiketten oder Produktionspläne übergeben wurden.

Dass die T die Anzahl der einzusetzenden Arbeitskräfte bestimmt hat, ergibt sich aus der glaubwürdigen zeugenschaftlichen Aussage des ungarischen Vorarbeiters J K in der Verhandlung. Er schilderte nachvollziehbar, dass er bei Arbeitermangel die Firma um einen Arbeiter gebeten hat,… (S. 15 Verhandlungsprotokoll vom 3. Juli 2017). Außerdem gibt der Vorarbeiter im selben Protokoll auf Seite 17 unten an: Wenn ich gesehen habe, dass wir mehr produzieren müssen, habe ich die Arbeitszeit auf zwei Schichten aufgeteilt. Das Beweisverfahren hat dagegen keine

Hinweise darauf ergeben, dass die T verpflichtet gewesen wäre, eine genau festgesetzte Anzahl an Arbeitnehmern für die Betonstahlbearbeitung zur Verfügung zu stellen.

Ein in der Verhandlung zeugenschaftlich einvernommener Vertreter des Finanzamtes bestätigte, dass von der B ein umfangreicher Ordner mit Gewährleistungsfällen vorgelegt wurde.

In der Verhandlung konnte der Grund der Anwesenheit von Frau W, einer Angestellten der B, in der Biegehalle während der Kontrolle geklärt werden. Da beim beladenden LKW des Frächters Gewichtsdifferenzen zwischen der Lademenge laut Lieferschein und dem Gewicht laut Brückenwaage auftraten und der ungarischen Vorarbeiter wegen der Kontrolle nicht greifbar war, kontrollierte die Angestellte der B die Etiketten. Frau W disponiert bei der B die Transporte und erledigt die Baustellenfakturierung.

Die Aussagen aller Befragten in der mündlichen Verhandlung waren glaubwürdig und nachvollziehbar. Insgesamt betrachtet hat sich für die erkennende Richterin ein schlüssiges und realistisches Bild der Vertragsverhältnisse zwischen der B und der T sowie der Arbeitsabläufe ergeben.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das LvWG Oö. erwogen:

3.3.1. Rechtslage:

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 Bereithaltung von Lohnunterlagen gemäß § 7d Abs. 2 AVRAG ist, dass der Bf als Beschäftiger 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.

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

„Artikel 1
Anwendungsbereich

(1) Diese Richtlinie gilt für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer gemäß Absatz 3 in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden.

[…]

(3) Diese Richtlinie findet Anwendung, soweit die in Absatz 1 genannten Unternehmen eine der folgenden länderübergreifenden Maßnahmen treffen:

a) einen Arbeitnehmer in ihrem Namen und unter ihrer Leitung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats im Rahmen eines Vertrags entsenden, der zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem in diesem Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger geschlossen wurde, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht, oder

b) einen Arbeitnehmer in eine Niederlassung oder ein der Unternehmensgruppe angehörendes Unternehmen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht, oder

c) als Leiharbeitsunternehmen oder als einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellendes Unternehmen einen Arbeitnehmer in ein verwendendes Unternehmen entsenden, das seinen Sitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat oder dort seine Tätigkeit ausübt, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitunternehmen oder dem einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht.

[…]

Artikel 3
Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen

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

[…]“

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn der

Beschuldigte die ihm zu Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen.

3.3.2. Verfahrensgegenständlich ist strittig, ob die Vereinbarung zwischen der B GmbH und der in Budapest ansässigen T als („echter“) Werkvertrag zu qualifizieren ist, im Rahmen dessen die in Rede stehende Bearbeitung von Betonstahl (Biegearbeiten) von der T und den von ihr grenzüberschreitend entsandten (und als Erfüllungsgehilfen der T handelnden) Arbeitnehmern erbracht wurden, oder ob, wie dem angefochtenen Straferkenntnis zugrunde liegt, der wahre Vertragsgenstand lediglich die grenzüberschreitende Überlassung dieser Arbeitnehmer an die B GmbH ist (sodass letztere die Biegearbeiten, wenngleich unter Zuhilfenahme der ihr überlassenen Arbeitskräfte, durchführte).

Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 22.08.2017, Ra 2017/11/0068, ausgesprochen, dass für die Arbeitskräfteüberlassung iSd Art. 1 Abs. 3 lit. c der Richtlinie 96/71 entscheidend ist, insofern ist dies auch maßgebend für die Beurteilung, ob (grenzüberschreitende) Arbeitskräfteüberlassung iSd §§ 3 und 4 AÜG vorliegt, dass nur bei Übereinstimmung mit den unionsrechtlichen Vorgaben eine uneingeschränkte Anwendung des AÜG in Betracht kommt.

Nach der Judikatur der EuGH (Vicoplus u. a. (C- 307/09 bis C-309/09)) liegt eine Arbeitskräfteüberlassung im Sinne der Entsenderichtlinie 96/71/EG dann vor, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind:
„Erstens muss es sich bei der Überlassung von Arbeitskräften um eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung handeln, bei der der entsandte Arbeitnehmer im Dienst des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens bleibt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem verwendenden Unternehmen geschlossen wird.
Zweitens muss das wesentliche Merkmal dieser Überlassung darin bestehen, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens ist.
Drittens muss der Arbeitnehmer im Rahmen einer solchen Überlassung seine Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnehmen.“

Unter Hinweis auf die Judikatur des EUGH führt der VwGH in seinem erwähnten Erkenntnis auch aus:
„Was zunächst die zweite Voraussetzung betrifft, die eine Analyse des eigentlichen Gegenstands der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens erfordert, ist jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat den Gegenstand der betreffenden Dienstleistung darstellt oder nicht darstellt.
Hierbei ist zu beachten, dass ein Dienstleistungserbringer grundsätzlich eine Leistung erbringen muss, die mit den Vorgaben des Vertrags übereinstimmt, sodass die Folgen der Erbringung einer nicht vertragsgemäßen Leistung von dem Dienstleistungserbringer getragen werden müssen. Demzufolge ist bei der Feststellung, ob der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung die Entsendung des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat ist, insbesondere jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen,

dass der Dienstleistungserbringer nicht die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich festgelegten Leistung trägt. Ergibt sich daher aus dem Vertrag, dass der Dienstleistungserbringer verpflichtet ist, die vertraglich vereinbarte Leistung ordnungsgemäß auszuführen, ist es grundsätzlich weniger wahrscheinlich, dass es sich um eine Arbeitskräfteüberlassung handelt, als wenn er die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung dieser Leistung nicht zu tragen hat. ....
Zudem kann der Umstand, dass es dem Dienstleistungserbringer freisteht, die Zahl der Arbeitnehmer zu bestimmen, deren Entsendung in den Aufnahmemitgliedstaat er für sachgerecht hält, dafür sprechen, dass der Gegenstand der betreffenden Leistung nicht der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat ist, sondern dieser Wechsel mit der Erfüllung der in dem in Rede stehenden Vertrag vereinbarten Leistung einhergeht, und dass es sich somit um eine Entsendung von Arbeitnehmern im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 96/71 handelt. Hingegen liefern im Ausgangsverfahren weder der Umstand, dass der Dienstleistungserbringer nur einen einzigen Kunden im Aufnahmemitgliedstaat hat, noch die Tatsache, dass er die Räumlichkeiten, in denen die Dienstleistung erbracht wird, und die Maschinen mietet, einen sachgerechten Hinweis für die Beantwortung der Frage, ob der tatsächliche Gegenstand der in Rede stehenden Erbringung von Dienstleistungen der Wechsel von Arbeitnehmern in diesen Mitgliedstaat ist. Was sodann die dritte Voraussetzung angeht, die der EuGH im erwähnten Urteil Vicoplus u. a. (C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 51) aufgestellt hat, so ist zwischen der Beaufsichtigung und Leitung der Arbeitnehmer selbst und der vom Kunden durchgeführten Überprüfung der ordnungsgemäßen Erfüllung eines Dienstleistungsvertrags zu unterscheiden. Bei der Erbringung von Dienstleistungen ist es nämlich üblich, dass der Kunde überprüft, ob die Dienstleistung vertragsgemäß erbracht wird. Zudem kann der Kunde bei der Erbringung von Dienstleistungen den Arbeitnehmern des Dienstleistungserbringers bestimmte allgemeine Anweisungen erteilen, ohne dass damit in Bezug auf diese Arbeitnehmer die Ausübung einer Leitungs- und Aufsichtsbefugnis im Sinne der dritten im Urteil Vicoplus u. a. (C- 307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 51) genannten Voraussetzung verbunden ist, sofern der Dienstleistungserbringer seinen Arbeitnehmern die genauen und individuellen Weisungen erteilt, die er für die Ausführung der betreffenden Dienstleistungen für erforderlich hält."

Der VwGH führt im erwähnten Urteil weiter aus:
„Aus dem zitierten Urteil des EuGH, C-586/13, ergibt sich somit, dass für die Beurteilung, ob ein Sachverhalt als grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung zu beurteilen ist und die in § 17 Abs. 2 AÜG genannte Meldepflicht nach sich zieht, aus unionsrechtlicher Sicht ‚jeder Anhaltspunkt' zu berücksichtigen ist und somit unter mehreren Gesichtspunkten (nach dem ‚wahren wirtschaftlichen Gehalt'; vgl. das zitierte hg. Erkenntnis Zl. 2012/09/0130 mit Bezugnahme auf das dem Urteil ‚Martin Meat' vorausgegangene Urteil des EuGH ‚Vicoplus', C-307/09 bis C-309/09) zu prüfen ist (vgl. zur ‚Gesamtbeurteilung aller Umstände' auch Art. 4 Abs. 1 der RL 2014/67/EU zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, samt dortigem fünften Erwägungsgrund).
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."

Nach den Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes in seiner Entscheidung vom 22.08.2017, Ra 2017/11/0068, ist die gegenständlich entscheidende Rechtsfrage, ob es sich um einen „echten" Werkvertrag oder um Verträge betreffend grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung handelt, allerdings nicht ausschließlich nach innerstaatlichem Recht zu beantworten. Nach den zitierten Gesetzesmaterialien dienen die in Rede stehenden Bestimmungen des AÜG auch der Umsetzung von Unionsrecht, sodass dessen Vorgaben bei der Vollziehung dieser Gesetzesbestimmungen zu berücksichtigen sind.

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

3.3.3. Zwischen der B GmbH und der in B ansässigen T wurde ein mit 07.01.2015 datierter Rahmenvertrag samt zugehörigem Leistungsverzeichnis betreffend die Bearbeitung von Betonstahl (v.a. Biegearbeiten) abgeschlossen. Die Werkleistung bestand konkret im Biegen, Schneiden und Kommissionieren des von der B bereitgestellten Rohmaterials Betonstahl. Die konkrete Informationen darüber, wie die jeweiligen Eisenstücke gebogen werden mussten, wurden von einem Mitarbeiter der B GmbH an den Vorarbeiter der T in Form der genannten „Etiketten" übergeben, denen die entsprechenden Parameter für die konkrete Bearbeitung zu entnehmen war. Der jeweilige Liefertermin war auf den Etiketten vermerkt. Die Übergabe dieser Etiketten erfolgte zwei bis vier Tage bevor die betreffenden Eisenstücke abgeliefert werden mussten. Es ist daher von einem vereinbarten Fertigstellungstermin auszugehen. Durch diese Etiketten wurde von der B GmbH (als Werkbesteller) das herzustellende Werk definiert.

In Bezug auf die im Leistungsverzeichnis festgesetzte Menge wurde ein Gesamtpreis vereinbart. Laut Leistungsverzeichnis Nr. 1 zum RV vom 07.01.2015 betrug die Auftragssumme 496.350 Euro gesamt.

Die genannte Rahmenvereinbarung enthält Regelungen zur Gewährleistung (Pkt. 6 der Vereinbarung), wonach der Auftragnehmer (T) dafür Gewähr leistet, dass seine Leistungen zum Zeitpunkt der Abnahme die vertraglich zugesicherten Eigenschaften aufweist, nach dem neuesten Stand der Technik ausgeführt und nicht mit Fehlern behaftete ist,... Der Auftragnehmer ist ferner verpflichtet, die

Mängel innerhalb angemessener Frist zu beseitigen, andernfalls der Auftraggeber berechtigt ist, die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers zu beseitigen. Außerdem können für den Fall der nicht vertrags- und/oder fristgemäßen Erfüllung des Auftrages entsprechende Vertragsstrafen oder andere Regelungen vereinbart werden (sh. Pkt. 3 Rahmenvertrag).

Unstrittig steht fest, dass zwischen der T und der B GmbH etliche Gewährleistungsfälle abgewickelt wurden.

Die B GmbH als Werkbesteller hat somit das jeweils herzustellende Werk definiert und dem Vertragspartner T bzw. deren Vorarbeiter durch Etiketten bekanntgegeben und anschließend die Vertragserfüllung (also die Herstellung des Werkes) kontrolliert. Dies spricht für das Vorliegen eines Werkvertrages und gegen die Annahme einer Arbeitskräfteüberlassung. So hat nämlich auch der EuGH im erwähnten Urteil C-596/13, Rn 40 (wiedergegeben im zitierten Erkenntnis des VwGH Ra 2017/11/0068), klargestellt, dass „zwischen der Beaufsichtigung und Leitung der Arbeitnehmer selbst und der vom Kunden durchgeführten Überprüfung der ordnungsgemäßen Erfüllung eines Dienstleistungsvertrages zu unterscheiden“ ist.

Die Zahl der für die Herstellung des Werkes jeweils konkret eingesetzten Arbeiter wurde nicht von der B GmbH vorgegeben, sondern von der T bestimmt. Sofern nämlich ein Mangel an Arbeitskräften auftrat, wandte sich der ungarische Vorarbeiter J K an seine Firma, eine Aushilfskraft zu entsenden (zeugenschaftliche Aussage des J K in der Verhandlung am 03.07.2017 vor dem LVwG Oö.). Außerdem ist es bei erhöhtem Produktionsanfall auch dem ungarischen Vorarbeiter oblegen, seine Arbeitskollegen in entsprechende Arbeitsschichten einzuteilen. Das Beweisverfahren hat dagegen keine Hinweise darauf ergeben, dass die T verpflichtet gewesen wäre, eine genau festgesetzte Anzahl an Arbeitnehmern für die Betonstahlbearbeitung zur Verfügung zu stellen.

Die Arbeitskräfte der T haben entsprechend den von B GmbH an den Vorarbeiter der T übergebenen Etiketten die einzelnen Werkstücke (lt. Angaben auf der Etikette gebogener und geschnittener Betonstahl) eigenständig hergestellt. Die entsprechenden Parameter, die in die Eisenbiegemaschinen einzugeben waren, konnten der jeweiligen Etikette entnommen werden. Anhand der von der B GesmbH übergebenen Etiketten teilte der ungarische Vorarbeiter die ungarischen Arbeitskräfte ein, wer die einzelnen Positionen fertigen muss und an welcher Maschine.

Die grundsätzliche tägliche Arbeitszeit für die ungarischen Arbeiter wurde von der T vorgegeben. Sollte aufgrund des erhöhten Produktionsumfanges ein Arbeiten in Schichten notwendig geworden sein, teilte der ungarische Vorarbeiter seine ungarischen Arbeitskollegen in entsprechende Schichten ein. Urlaub und

Krankenstand haben die ungarischen Arbeitskräfte ihrem ungarischen Vorarbeiter gemeldet. Dieser veranlasste eine Weiterleitung der Meldung an die T. Der ungarische Vorarbeiter hat auch die Einschulung seiner Arbeitskollegen auf den Biegemaschinen vorgenommen. Arbeitsgrundlage waren die Etiketten, denen sämtliche Parameter für die Bearbeitung zu entnehmen waren. Sollten ausnahmsweise bei den enthaltenen Angaben Unklarheiten aufgetreten sein, ersuchte der ungarische Vorarbeiter die B GmbH, ihm die entsprechenden Bewehrungspläne zu übergeben. Der ungarische Vorarbeiter hat seinen Arbeitskollegen auch die sicherheitstechnischen Anweisungen in der Werkhalle erteilt.

Die ungarischen Arbeitskräfte hatten separate Sozialräume, die ausschließlich von ihnen benutzt wurden. Die Unterkunft der Arbeitskräfte wurde von der T über die B GmbH angemietet. Die Arbeitskleidung (Hose und Sicherheitsschuhe) und das Kleinwerkzeug (Flex, Zangen,…) wurden von der Firma T zur Verfügung gestellt.

Das Material stammte von der Firma B GmbH. Nach der werkvertraglichen Normenlage kommt jedoch der Materialbeistellung keine allzu große Bedeutung zu, denn die Vertragsparteien können die Stoffbeistellung im Sinne des ABGB beliebig regeln. Ohne vertragliche Regelung hat nach herrschender Meinung der Werkbesteller für die Stoffbeistellung zu sorgen, kann also selbst beistellen, durch Dritte liefern lassen oder aus Beständen des Werkunternehmers auswählen.

Die Biegemaschinen wurden von der B GmbH angemietet. Diesem Umstand ist jedoch auch im Rahmen der Gesamtbeurteilung keine entscheidende Bedeutung beizumessen (vgl. VwGH 22.02.2018, Ra 2018/11/0014, und die darin angegeben Judikatur).

Das Überprüfen der Etiketten von Frau W, einer Büroangestellten der B, in der Biegehalle während der Kontrolle durch die Finanzpolizei, ist als Kontrolle der Vertragserfüllung (also der Herstellung des Werkes) zu werten. Eine solche betrifft nicht die Dienst- und Fachaufsicht und spricht für das Vorliegen eines Werkvertrages und gegen die Annahme einer Arbeitskräfteüberlassung (sh. VwGH 22.02.2018, Ra 2018/11/0014).

Insgesamt betrachtet hat sich die B GmbH nicht in die konkreten Arbeitsabläufe eingemischt und es liegt keine organisatorische Eingliederung der Arbeiter der ungarischen T in das Unternehmen der B GmbH vor.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass die B GmbH und die ungarische T einen Werkvertrag über einen gewährleistungstauglichen Erfolg abgeschlossen haben. Die Zahl der für die Biegearbeiten eingesetzten Arbeitnehmer wurde von der T bestimmt und die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung

der Tätigkeiten ergingen nicht von der B GmbH, sondern vom Vorarbeiter der T an ihre Arbeitnehmer.

Aus dieser Gesamtbetrachtung im Lichte der neuen Judikatur des VwGH ergibt sich, dass eine Arbeitskräfteüberlassung nach der Richtlinie 96/71 nicht vorliegt. Somit kann auch alleine aufgrund von § 4 Abs. 2 AÜG eine Arbeitskräfteüberlassung nicht vorliegen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass eine Entsendung der ungarischen Arbeiter vorliegt. Die B GmbH war daher nicht „Überlasser“ iSd Bestimmungen des AÜG und der Bf hat als deren handelsrechtlicher Geschäftsführer die vorgeworfene Verwaltungsübertretung nicht zu verantworten.

Im Ergebnis war der Beschwerde somit stattzugeben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren hinsichtlich des Bf einzustellen.

Zu II.:
Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Bf weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde noch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu entrichten.

Zu IV.:
Der Antrag auf Berichtigung des Protokolls vom 29.05.2017 war als verspätet zurückzuweisen, wurde dem Vertreter der Beschwerdeführer das Protokoll doch bereits in der Verhandlung am 22.06.2017 betreffend die Verfahren LVwG-301498 bis LVwG-301501 nachweislich übergeben. Damit ist das in Rede stehende Protokoll iSd § 7 ZustellG diesem faktisch zugekommen. Eine Berichtigung wurde nicht innerhalb der dafür vorgesehenen Zweiwochenfrist des § 14 Abs. 3 AVG beantragt.

Der Antrag auf Berichtigung des Protokolls vom 03.07.2017 war abzuweisen, weil sich durch keinen der gestellten Anträge eine relevante inhaltliche Änderung ergibt.

Zu III. und V.:
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. Die vorliegende Entscheidung stützt sich auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 22.02.2018, RA 2018/11/0014-8. Die vorliegende Entscheidung steht weiters im Einklang mit der jüngsten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH 22.08.2017, Ra 2017/11/0068; 30.09.2017, Ra

2017/11/0016; 20.09.2017, Ra 2017/11/0024; 08.02.2018, Ra 2017/11/0206; 03.05.2018, Ra 2018/11/0050), die ihrerseits wiederum Deckung in der Rechtsprechung des EuGH findet (EuGH 10.02.2011 Wicko plus, RSC-307/09, RSC-308/09, RSC-309/09; 18.06.2015, Martin Meet Kft., RSC-586/13). Die vorliegende Entscheidung gründet sich ferner auf der konkreten Vertragsauslegung der im Beschwerdeverfahren vorgelegten Vertragsunterlagen und der Beweiswürdigung der Zeugenaussagen. Somit ist der konkrete Sachverhalt einer rechtlichen Beurteilung zu unterziehen. Bei der Auslegung von Verträgen handelt es sich stets um eine konkrete Beweiswürdigung sowie darauf aufbauend rechtliche Beurteilung und im Ergebnis um eine nicht verallgemeinerungsfähige Einzelfallentscheidung. Auch deshalb war die ordentliche Revision für unzulässig zu erklären.

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

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

H i n w e i s

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bergmayr-Mann