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-301621/8/BMa/TK

Datum:
Linz, 10. Juli 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des Ing. Mag. G J F, vertreten durch L Rechtsanwälte, L, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land vom 24.05.2017, BHSESBBG-2017-193816/7-AICH, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

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

II. Der Beschwerdeführer hat weder Kosten zum erstinstanzlichen Verfahren noch zum Beschwerdeverfahren zu tragen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

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 zur Vertretung nach außen Berufener Ihres Unternehmens B GmbH mit Sitz in Österreich, M, x, zumindest am 22.02.2017 (beim Bauvorhaben H, Österreich, S, x) folgende p Dienstnehmer als Arbeitnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit beschäftigt, ohne die Lohnunterlagen in deutscher Sprache vor Ort bereitzuhalten oder diese den Abgabebehörden unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich zu machen.

Herr S G, geb. x
Herr H J L, geb. x
Herr B T B, geb. x
Herr S R, geb. x
Herr C D, geb. x
Herr N M L, geb. x
Herr C M, geb. x
Herr J K D, geb. x
Herr T G, geb. x

Die gegenständliche Firma hat somit gegen § 28 Z.3 iVm § 22 LSD-BG verstoßen.

Diese Tat wird Ihnen als gem. § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher der Firma B GmbH mit Sitz in Österreich, M, x, angelastet.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 28 Z.3 iVm § 22 Lohn-und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) idgF

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von je	falls, diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von je	Gemäß
2000,- Euro	24 Stunden	§ 28 Z.3 LSD-BG

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:
1800 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 19800.- Euro.“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Dagegen richtet sich die rechtzeitige Beschwerde vom 28.06.2017, die dem LVwG Oö. gemeinsam mit dem bezughabenden Behördenakt vorgelegt wurde.

2. Das LVwG Oö. hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und am 26.03.2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der der Bf mit seiner rechtsfreundlichen Vertretung gekommen war. Das Verfahren wurde mit weiteren Verfahren, nämlich LVwG-301620, 301608, 301609, 301610, 301611, 301688 und 301689 zur gemeinsamen Verhandlung verbunden, weil diesen Akten derselbe Sachverhalt, hinsichtlich der durchgeführten Kontrolle durch die Finanzpolizei am 22.02.2017, zugrunde liegt. Zu der Verhandlung ist auch der Bf, der in den Verfahren 301610 und 301611 als Beschuldigter betroffen war, in rechtsfreundlicher Vertretung gekommen. Jene Bf, die in den Verfahren 301608 und 301609 sowie 301688 und 301689 Betroffene waren, wurden jeweils durch einen der anwesenden Rechtsanwälte mitvertreten.
Als Zeugen wurden C G und J W einvernommen.

3. Erwägungen des LVwG Oö.:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird der Entscheidung zugrunde gelegt:
Der Bf. ist handelsrechtlicher Geschäftsführer und damit zur Vertretung nach außen Berufener der Fa. B GmbH.
Anlässlich einer Kontrolle der Finanzpolizei am 22.01.2017 auf der Baustelle „Bauvorhaben H, S“ wurden die neun im Spruch des bekämpften Bescheids angeführten p Arbeiter bei Eisenflecht- bzw. Verlegungsarbeiten, bei der Verlegung von Bewehrungen, angetroffen. Von den Arbeitern wurde im Personenblatt als Firma für diese Arbeiten bzw. Name des Chefs entweder „P“ oder „E T K“ vermerkt. Jeder der angetroffenen Arbeiter hat auch angegeben, dass er die Arbeitsanweisungen von „M C“ erhalten würde und einige der Arbeiter haben als die von ihnen ausgeübte Beschäftigung „Aizem Biga“ gemeint wohl Eisenbieger angeführt. Anlässlich der Kontrolle wurde der Polier der Fa. H C G niederschriftlich befragt. Bereits bei dieser Kontrolle hat er angegeben, dass seine Ansprechperson der p Arbeiter, der Vorarbeiter „M“ war.

Die Fa. H hat am 23.12.2016 einen Werkvertrag mit der Fa. B GmbH geschlossen. Die B GmbH ihrerseits hat einen Werkvertrag mit der Fa. T GmbH, D, geschlossen und diese wiederum hat den Auftrag an die p Firma „P“ weitergegeben, wobei sie zusätzlich einen Vertrag mit der Fa. „E T K“ für Fälle des Ausfalls der Arbeiter von der Fa. P geschlossen hatte. Arbeiter der Fa. E T K sind beim gegenständlichen Bauvorhaben auch tatsächlich zum Einsatz gekommen.

In dem mit der Fa. T am 16.02.2017 geschlossenen Vertrag wurden die zu verlegenden Tonnen Eisen und der jeweilige Preis für eine bestimmte Art von Eisen pro Tonne und die Mindestverlegemenge von Eisen pro Tag und Einsatz festgelegt. Für den Fall, dass diese Mindestverlegemenge unterschritten wurde, wurden die Stunden der Arbeiter in Regie, also pro Stunde, abgerechnet. Der Arbeitsbeginn

wurde zwischen der Fa. T GmbH und der B GmbH mündlich festgelegt, weil diese Verlegearbeiten wetterabhängig sind.
Der Geschäftsführer der Fa. T GmbH wusste jedoch, dass ca. 1 Woche nach Vertragsabschluss mit den Arbeiten zu beginnen war. Die p Arbeiter sind mit Kraftfahrzeugen, die nicht der B GmbH zuzurechnen sind, zur Baustelle gekommen. Den Plan für die Arbeiten hat der Polier der Fa. H an den Vorarbeiter der p Arbeitskräfte weitergegeben. Dieser hat auch den Baufortschritt und die Qualität der Arbeiten der p Kräfte kontrolliert. Herr W, der Geschäftsführer der Fa. T GmbH, war während der Verlegearbeiten zweimal auf der Baustelle und hat Nachschau gehalten, ob die terminlichen Vorgaben durch die Arbeiter eingehalten werden.
Von der B GmbH hat sich kein Arbeiter auf der Baustelle befunden. Es wurden auch keine Kontrolltätigkeiten von dieser Firma ausgeübt. Die B GmbH war der H GmbH gegenüber für eine unsachgemäße oder mangelhafte Erbringung der Leistung haftbar und die Fa. T GmbH hat gegenüber der Fa. B GmbH insofern das wirtschaftliche Risiko getragen, als bei fehlerhafter Erbringung, die sofort vor Ort vom Polier der H GmbH festgestellt wurde, die Korrekturen ausgeführt werden mussten und die Arbeit sich dadurch über eine längere Zeitdauer erstreckt hatte. Darüber hinaus ist in dem mit der Fa. T GmbH am 25.03.2013 geschlossenen Rahmenvertrag mit der Bezeichnung allgemeine „Vertrags- und Einkaufsbedingungen“ festgelegt, dass die Fa. T GmbH für die sach- und fachgerechte sowie termingemäße Ausführung der beauftragten Leistungen haftet.

Das von der Fa. T GmbH verarbeitete Material hat die Fa. H GmbH von der Fa. B S zugekauft. Die von den angetroffenen Arbeitern verwendeten Werkzeuge haben diese selbst beigestellt. Im Akt des verbundenen Verfahrens LVwG-301610-2017, betreffend den Geschäftsführer der T GmbH, sind teilweise nicht bzw. nur schwer lesbare Dokumente, teilweise in p Sprache, wobei jene Teile, die lesbar sind, beispielsweise Wortpassagen „befristeter Arbeitsvertrag“ oder „Parteiabrede, betreffs der Änderung der Arbeitsbedingungen zum Arbeitsvertrag während Entsendung nach Österreich und D“ aufweisen, einliegend. Der genaue Inhalt dieser Dokumente kann aber schon aus Gründen der mangelnden vollständigen Lesbarkeit dieser nicht festgestellt werden.
Bei Problemen auf der Baustelle hat sich der Polier der Fa. H an den Geschäftsführer der Fa. T GmbH gewandt und in einem Fall, als ein Problem hinsichtlich des Einsatzes von Arbeitern nicht geklärt werden konnte, wurde ein Mitarbeiter der B GmbH kontaktiert, weil die Fa. H GmbH den Werkvertrag mit der Fa. B GmbH geschlossen hatte.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem Verwaltungsakt der belangten Behörde sowie aus den Aussagen der in der mündlichen Verhandlung am 26.03.2018 vernommenen Zeugen ergibt. Soweit die Aussagen des Zeugen G jener des J W widersprochen haben, war dabei zu werten, dass G seine persönlichen Eindrücke berichtet hat, ohne Kenntnis der vertraglichen

Struktur der Bestellung von mehreren Subunternehmern. G war beispielsweise der Meinung, sämtliche p Arbeiter seien der Fa. T GmbH zuzurechnen. Eine Zurechnung zur Fa. B GmbH hat der Zeuge offenbar auch deshalb nicht in Erwägung gezogen, weil kein Arbeiter der Fa. B GmbH während seiner Zeit der Anwesenheit auf der Baustelle dort erschienen war und er sich bei Problemen an J W von der T GmbH gewandt hat, der diesem auch mitgeteilt hat, dass er die Ansprechperson ist.

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

3.3.1. Hinsichtlich der rechtlich relevanten Bestimmungen der §§ 22 und 28 LSD-BG wird auf die Darstellung dieser im angefochtenen Erkenntnis der belangten Behörde vom 24.5.2017 verwiesen.

Voraussetzung dafür, dass der Bf als Arbeitgeber im Sinne der §§ 3 Abs. 2, 8 Abs. 1 und 19 Abs. 1 während der Dauer der Beschäftigung oder des Zeitraums der Entsendung insgesamt den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitsaufzeichnung und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des dem entsandten Arbeitnehmers für die Dauer der Beschäftigung nach dem österreichischen Geschäftsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache, ausgenommen den Arbeitsvertrag am Arbeits(einsatz)ort bereitzuhalten oder diese den Abgabenbehörden oder der Bauarbeiter- Urlaubs- und Abfertigungskasse unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich zu machen hat, ist, dass zwischen der Fa. B GmbH und der Fa. T GmbH Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des AÜG vorgelegen war.

3.3.2. Gemäß § 4 Abs. 1 AÜG ist für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend. Nach Abs. 2 leg.cit. liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber

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

Im vorliegenden Fall ist keiner der in Ziffer 1 – 4 genannten Kriterien zu bejahen, denn wie sich aus den Feststellungen ergibt, hat die B GmbH keine Verlegearbeiten beim Bauvorhaben in S durchgeführt, das Material wurde von einer anderen Firma (der Fa. H GmbH) zur Verfügung gestellt und das Werkzeug haben die jeweiligen Arbeiter selbst mitgebracht. Es hat auch keine organisatorische Eingliederung in den Betrieb der B GmbH stattgefunden, und eine Dienst- oder Fachaufsicht wurde durch diese Firma gegenüber den p Arbeitern nicht ausgeübt, war doch gar kein Arbeiter dieser Firma auf der Baustelle anwesend.
Darüber hinaus bestand eine Haftung für die durchzuführende Arbeit nach vertraglich festgelegten Kriterien.
Damit aber ist bei einer Gesamtbetrachtung und nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht von einer Arbeitskräfteüberlassung der Fa. T GmbH oder einer von ihr beauftragten Subfirma an die Fa. B GmbH auszugehen.

3.3.3. Gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn u.a. der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat.

Weil nicht festgestellt werden konnte, dass die Fa. B, deren handelsrechtlicher Geschäftsführer der Bf ist, Beschäftiger der neun im bekämpften Straferkenntnis angeführten Arbeiter war und ihn damit auch nicht die Verpflichtung zur Bereithaltung entsprechender Unterlagen nach § 22 LSD-BG vor Ort getroffen hat, war der angefochtene Bescheid aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Auch nach den Vorgaben des EuGH, insbesondere jenen im Urteil Vicoplus dargestellten Kriterien, u.a., wonach eine Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchstabe c der Richtlinie 96/71 vorliegt, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind, nämlich es muss sich bei der Überlassung von Arbeitskräften um eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung handeln, bei der der entsandte Arbeitnehmer im Dienste des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens bleibt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem verwendenden Unternehmen geschlossen wird. Es muss auch das wesentliche Merkmal dieser Überlassung darin bestehen, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens ist und der Arbeiter muss im Rahmen einer solchen Überlassung seine Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnehmen, ist nicht von Arbeitskräfteüberlassung auszugehen.

Im vorliegenden Fall sind sowohl die zweite als auch die dritte genannte Voraussetzung zu verneinen. Denn es konnte, wie sich aus den Feststellungen ergibt, weder eine Aufsicht noch eine Leitung der B GmbH gegenüber den p Arbeitnehmern festgestellt werden. Auch war der Gegenstand der Dienstleistung der T GmbH gegenüber der B GmbH die Erfüllung einer werkvertraglich

festgelegten Leistung, bei deren mangelhafter Erbringung die Fa. T GmbH das wirtschaftliche Risiko getroffen hat, sodass es sich im konkreten Fall nicht um eine bloße Zurverfügungstellung einer Arbeitskraft gehandelt hat.

Auch bei den vom VwGH in seinem Erkenntnis vom 22.08.2017, Ra 2017/11/0068, ausgeführten Kriterien zur wertenden Gesamtschau ergibt sich damit, dass keine Überlassung von Arbeitskräften an die Fa. B GmbH vorgelegen war, diese nicht Beschäftigerin der angeführten Arbeiter war und der Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer das fehlende Bereithalten der entsprechenden Lohnunterlagen vor Ort, im Zeitpunkt der Erhebung, nicht zu verantworten hat.

zu II.
Weil das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verfahren einzustellen war, hat der Bf keine Verfahrenskosten zu leisten.

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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bergmayr-Mann