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-301842/14/KLi

Datum:
Linz, 7. September 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde vom 28. Februar 2018 des K O, geb. 25x, c/o E-E Kft, x 11, E, U, vertreten durch Dr. E M B, Rechtsanwältin, x 4/ x 6, W, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 18. Jänner 2018, GZ: 0058700/2015, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) nach Durchführung öffentlicher mündlicher Verhandlungen

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis wird aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangte Behörde noch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu bezahlen.

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

I.1. Mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 18. Jänner 2018, GZ: 0058700/2015, wurde dem Beschwerdeführer (Bf) als Geschäftsführer und zur Vertretung nach außen berufenen Organ der E-El Kft. eine Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) betreffend drei Arbeitnehmer vorgeworfen.

Im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses führte die belangte Behörde aus, der Bf habe folgende Verwaltungsübertretungen als verwaltungsstrafrechtlich verantwortlicher, zur Vertretung nach außen, Berufener der E-E Kft. mit Sitz in U zu vertreten:

Dieses Unternehmen habe als Arbeitsgeberin am 7. Oktober 2015 für die folgenden auf der Baustelle „Wohn- und Bürogebäude L – gegenüber L“ in L/U mit dem Eingipsen von Elektroleitungen beschäftigten – zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandten – Arbeitnehmer, die nachfolgenden Unterlagen

- Lohnunterlagen (in deutscher Sprache)
- Abschriften der Meldung über die Entsendung nach Österreich (ZKO3-Meldung)
- Sozialversicherungsdokumente (A1)

auf der genannten Baustelle in Österreich vor Ort nicht bereitgehalten bzw. nicht vor Ort in elektronischer Form der Abgabenbehörde zugänglich gemacht.

Für folgende vor Ort eingesetzte Arbeitnehmer hätten diese Unterlagen gefehlt:

1. P I, geb. x, StA: U
2. P I, geb. x, StA: U
3. R D, geb. x, StA: U

Obwohl das Unternehmen im Zusammenhang mit diesem fehlenden Unterlagen vor Ort von der Abgabenbehörde mittels E-Mail vom 8. Oktober 2015 ausdrücklich aufgefordert worden sei, die oben genannten Unterlagen für die genannten Arbeitnehmer innerhalb der gesetzlichen Frist an diese zu übermitteln, nämlich die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktages abzusenden (das wäre der 10. Oktober 2015 gewesen), habe es diese angeforderten Unterlagen nicht innerhalb der gesetzlichen Frist an die Abgabenbehörde übermittelt und somit gegen diese gesetzliche Verpflichtung nach § 7f Abs. 1 Z 3 AVRAG verstoßen. Der Bf habe § 7i Abs. 1 iVm § 7f Abs. 1 Z 3 AVRAG verletzt.

Gemäß § 7i Abs. 1 AVRAG werde eine Geldstrafe von jeweils 500 Euro, insgesamt 1.500 Euro bzw. eine Ersatzfreiheitsstrafe von jeweils 33 Stunden, insgesamt 99 Stunden verhängt; ferner werde ein Kostenbeitrag von 150 Euro vorgeschrieben.

Begründend führte die belangte Behörde aus, die im Spruch dargestellten Verwaltungsübertretungen seien mit Schreiben vom 6. November 2015 von der Abgabenbehörde angezeigt und die Verhängung von Geldstrafen beantragt worden.

Aufgrund des angezeigten Sachverhaltes sei gegen den Bf mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 20. Juni 2016 ein Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet worden. Dieser habe mit Schreiben vom 19. Juli 2016 eine Rechtfertigung erstattet und diverse Unterlagen vorgelegt.

Die belangte Behörde habe in den von der E-E Kft. und der P G A Kft. abgeschlossenen Werkvertrag vom 4. August 2015 Einsicht genommen. Diese Vertragsvereinbarung würde nicht dem wahren wirtschaftlichen Gehalt entsprechen. Deshalb habe die Abgabenbehörde die Anzeige nicht gegen die P G A Kft. erstattet, sondern gegen das Unternehmen des Bf. Die vor Ort eingesetzten Arbeitnehmer seien vom Unternehmen des Bf instruiert und damit beschäftigt worden. Der Bf sei daher verpflichtet gewesen, die entsprechenden Unterlagen nachzureichen.

Unter Wiedergabe der gesetzlichen Bestimmungen führte die belangte Behörde aus, der Bf sei seiner gesetzlichen Verpflichtung nicht nachgekommen und er habe den Tatbestand der angelasteten Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht erfüllt.

Der Bf habe ein Ungehorsamsdelikt begangen und die Verwaltungsübertretung sei auch hinsichtlich der subjektiven Tatbestandsmäßigkeit erwiesen.

Zur Strafhöhe führte die belangte Behörde aus, dass strafmildernd die bisherige Unbescholtenheit des Bf und die lange Verfahrensdauer gewürdigt würden, straferschwerend sei hingegen kein Umstand. Die festgesetzte Strafe würde den Vermögens-, Einkommens- und Familienverhältnissen des Bf entsprechen.

I.2. Dagegen richtet sich die Beschwerde vom 28. Februar 2018, mit welcher Mangelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtige rechtliche Beurteilung geltend gemacht werden.

Nach dem Vorbringen des Bf liege eine Verletzung des Günstigkeitsprinzips nach § 1 Abs. 2 VStG und eine Verletzung des Art. 7 EMRK vor. Das Straferkenntnis sei am 17. Jänner 2018 ergangen; zu diesem Zeitpunkt seien die angeführten

Gesetze, insbesondere die Strafbestimmungen nicht mehr in Kraft gewesen. Wenngleich Übergangsbestimmungen bestehen würden, sei davon auszugehen, dass das Gesetz die genannten Straftatbestände nicht mehr enthalte und daher keine Strafe mehr vorgesehen sei.

Gemäß § 1 Abs. 2 VStG richte sich die Strafe nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht, es sei denn, dass das zur Zeit der Entscheidung geltende Recht in seiner Gesamtauswirkung für den Täter günstiger wäre.

Im vorliegenden Fall handle es sich eindeutig um eine Änderung der dem Straferkenntnis zu Grunde liegenden gesetzlichen Bestimmungen, sodass eine Bestrafung des Bf nicht mehr zulässig sei.

Außerdem liege eine Verletzung von § 39 AVG und § 58 AVG vor. Die belangte Behörde habe vier Straferkenntnisse erlassen, die zu einer gemeinsamen Entscheidung verbunden werden hätten müssen.

Der Bf rügt ferner die mangelnde Bestimmtheit des Straferkenntnisses und die unzulässige Zustellung per E-Mail der Nachforderung der fehlenden Unterlagen.

Das angefochtene Straferkenntnis verstoße gegen das Doppelbestrafungsverbot. Der Bf werde zweimal wegen der Nichtbereithaltung der Lohnunterlagen bestraft, wobei einmal die Strafbestimmung des § 7i Abs. 4 Z 1 AVRAG und einmal jene des § 7i Abs. 1 AVRAG heranbezogen werde.

Die belangte Behörde berücksichtige nicht, dass ein Werkvertag vorliegen würde und lege nicht dar, weshalb dieser nicht dem wahren wirtschaftlichen Gehalt entsprechen würde. Ein Verfahrensmangel liege auch darin, dass auf der Baustelle nur Arbeiter befragt worden seien, die der deutschen Sprache nicht mächtig seien, ohne dass ein Dolmetscher beigezogen worden sei.

Letztendlich sei die verhängte Geldstrafe überhöht und würde nicht den Verhältnissen des Bf entsprechen. Auch die Abwägung der Milderungs- und Erschwerungsgründe sei unrichtig; eine Ermahnung bzw. eine außerordentliche Strafmilderung sei gerechtfertigt.

Der Bf beantragte (1.) gemäß § 44 VwGVG eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen; (2.) das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos aufzuheben und das Verfahren einzustellen; (3.) in eventu das Straferkenntnis aufzuheben und der Behörde erster Instanz die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufzuerlegen; (4.) jedenfalls aufgrund des geringen Verschuldens und der geringen Intensität der Beeinträchtigung durch die Tat an Stelle der verhängten Strafe eine Ermahnung auszusprechen. (5.) in eventu die Strafhöhe auf ein tat-

uns schuldangemessenes Maß unter Anwendung der außerordentlichen Milderung schuldangemessen herabzusetzen.

I.3. Mit Vorlageschreiben vom 6. März 2018, beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eingelangt am 12. März 2018, legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem Straferkenntnis und dem Bezug habenden Verwaltungsakt ohne Beschwerdevorentscheidung vor. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich entscheidet durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht beraumte daraufhin für 28. Mai 2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung an, in der die Sach- und Rechtslage mit dem Bf, seiner rechtsfreundlichen Vertretung, einem Vertreter der belangten Behörde und einem Vertreter der Abgabenbehörde umfassend erörtert wurde. Außerdem wurden der Bf und der Zeuge I P jun. unter Beiziehung einer Dolmetscherin für die u Spreche vernommen.

In einer weiteren öffentlichen mündlichen Verhandlung am 4. September 2018 wurde die Sach- und Rechtslage mit dem Bf, seiner rechtsfreundlichen Vertretung, einem Vertreter der belangten Behörde und einem Vertreter der Abgabenbehörde neuerlich umfassend erörtert. Außerdem wurden der Zeuge I P sen. unter Beiziehung einer Dolmetscherin für die u Sprache und der Zeuge FOI M K vernommen. Die rechtsfreundliche Vertreterin des Bf legte nachfolgende Vertragsunterlagen vor: Vertrag zwischen der S S GmbH und der E-E Kft. (Beilage ./A), Vertrag zwischen der E-E Kft. und der P G A Kft. (Beilage ./B), Vertrag zwischen der P G A Kft. und Istvan P sen. in deutscher Sprache (Beilage ./C) und Vertrag zwischen der H B Kft. und D R in u Sprache (Beilage ./D).

II. Nachfolgender Sachverhalt steht fest:

II.1. Die E-E Kft. hat ihren Sitz in x 11, E, U. Sie entspricht im Wesentlichen einer österreichischen GmbH. Unternehmensgegenstand ist u. a. die Durchführung von Elektroinstallationen.

Der Bf ist der Geschäftsführer und das zur Vertretung nach außen berufene Organ dieses Unternehmens. Diese Sachverhaltsfeststellungen sind unstrittig.

II.2. Am 7. Oktober 2015 führte die Abgabenbehörde auf der Baustelle „Wohn- und Bürogebäude Lk – gegenüber L“ in L/U eine Kontrolle u.a. nach den Bestimmungen des AVRAG durch. Im Zuge dieser Kontrolle wurde das Unternehmen des Bf bzw. drei Arbeitnehmer, die dem Unternehmen des Bf zugeordnet wurden, überprüft.

II.3. Vorauszuschicken ist, dass gegen den Bf aus Anlass dieser Kontrolle vier Verwaltungsstrafverfahren anhängig sind. Von der belangten Behörde wurden vier Straferkenntnisse erlassen, gegen welche der Bf jeweils Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erhoben wurde. Diese stellen sich wie folgt dar:

II.3.1. Verfahren der belangten Behörde, GZ: 0059523/2015 bzw. Beschwerdeverfahren, GZ: LVwG-301841-2018:

Mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 17. Jänner 2018, GZ: 0059523/2015 wurde dem Beschwerdeführer als Geschäftsführer und zur Vertretung nach außen berufenes Organ der E-E Kft. eine Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) betreffend drei Arbeitnehmer vorgeworfen.

Im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses führte die belangte Behörde aus, er habe folgende Verwaltungsübertretungen als verwaltungsstrafrechtlich verantwortlicher, zur Vertretung nach außen, Berufener der E-E Kft. mit Sitz in U zu vertreten:

Dieses Unternehmen habe als Arbeitsgeberin am 7. Oktober 2015 für die folgenden auf der Baustelle „Wohn- und Bürogebäude L – gegenüber L 2 in L/U mit dem Eingipsen von Elektroleitungen beschäftigten – zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandten – Arbeitnehmer, die zur Überprüfung des den Arbeitnehmern nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts erforderliche Unterlagen (= Lohnunterlagen) wie Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufen, in deutscher Sprache auf der genannten Baustelle nicht bereitgehalten:

1. P I, geb. x, StA: U
2. P I, geb. x, StA: U
3. R D, geb. x, StA: U

Von den oben angeführten drei Arbeitnehmern hätten nämlich anlässlich der am 7. Oktober 2015 von der Finanzpolizei auf der genannten Baustelle durchgeführten Kontrolle keine Lohnunterlagen in deutscher Sprache zur Überprüfung des den entsandten Arbeitnehmern gebührenden Entgelts vorgelegt werden können, obwohl dazu eine gesetzliche Verpflichtung nach § 7d Abs. 1 AVRAG bestehe.

Der Bf habe § 7i Abs. 4 Z 1 iVm § 7d Abs. 1 AVRAG verletzt. Gemäß § 7i Abs. 4 AVRAG werde eine Geldstrafe von jeweils 1.000 Euro, insgesamt 3.000 Euro bzw.

eine Ersatzfreiheitsstrafe von jeweils 33 Stunden, insgesamt 99 Stunden verhängt; ferner werde ein Kostenbeitrag von 300 Euro vorgeschrieben.

II.3.2. Verfahren der belangten Behörde, GZ: 0058700/2015 bzw. Beschwerdeverfahren, GZ: LVwG-301842-2018:

Mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 18. Jänner 2018, GZ: 0058700/2015 wurde dem Beschwerdeführer eine Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) betreffend drei Arbeitnehmer vorgeworfen.

Im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses führte die belangte Behörde aus, der Beschuldigte habe folgende Verwaltungsübertretungen als verwaltungsstrafrechtlich verantwortlicher, zur Vertretung nach außen, Berufener der E-E Kft. mit Sitz in U zu vertreten:

Dieses Unternehmen habe als Arbeitsgeberin am 7. Oktober 2015 für die folgenden auf der Baustelle „Wohn- und Bürogebäude L – gegenüber L 2 in L/U mit dem Eingipsen von Elektroleitungen beschäftigten – zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandten – Arbeitnehmer, die nachfolgenden Unterlagen

- Lohnunterlagen (in deutscher Sprache)
- Abschriften der Meldung über die Entsendung nach Österreich (ZKO3-Meldung)
- Sozialversicherungsdokumente (A1)

auf der genannten Baustelle in Österreich vor Ort nicht bereitgehalten bzw. nicht vor Ort in elektronischer Form der Abgabenbehörde zugänglich gemacht.

Für folgende vor Ort eingesetzte Arbeitnehmer hätten diese Unterlagen gefehlt:

1. P I, geb. x, StA: U
2. P Is, geb. x, StA: U
3. R D, geb. x, StA: U

Obwohl das Unternehmen im Zusammenhang mit diesem fehlenden Unterlagen vor Ort von der Abgabenbehörde mittels E-Mail vom 8. Oktober 2015 ausdrücklich aufgefordert worden sei, die oben genannten Unterlagen für die genannten Arbeitnehmer innerhalb der gesetzlichen Frist an diese zu übermitteln, nämlich die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zeitfolgenden Werktages abzusenden (das wäre der 10. Oktober 2015 gewesen), habe es diese angeforderten Unterlagen nicht innerhalb der gesetzlichen Frist an die Abgabenbehörde übermittelt und somit gegen diese gesetzliche Verpflichtung nach

§ 7f Abs. 1 Z 3 AVRAG verstoßen. Der Bf habe § 7i Abs. 1 iVm § 7f Abs. 1 Z 3 AVRAG verletzt.

Gemäß § 7i Abs. 1 AVRAG werde eine Geldstrafe von jeweils 500 Euro, insgesamt 1.500 Euro bzw. eine Ersatzfreiheitsstrafe von jeweils 33 Stunden, insgesamt 99 Stunden verhängt; ferner werde ein Kostenbeitrag von 150 Euro vorgeschrieben.

II.3.3. Verfahren der belangten Behörde, GZ: 0059512/2015 bzw. Beschwerdeverfahren, GZ: LVwG-301843-2018:

Mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 18. Jänner 2018, GZ: 0059512/2015 wurde dem Bf eine Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) betreffend drei Arbeitnehmer vorgeworfen.

Im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses führte die belangte Behörde aus, der Beschuldigte habe folgende Verwaltungsübertretungen als verwaltungsstrafrechtlich verantwortlicher, zur Vertretung nach außen, Berufener der E-E Kft. mit Sitz in U zu vertreten:

Dieses Unternehmen habe als Arbeitsgeberin die Beschäftigung der folgenden, zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandten Arbeitnehmer (beschäftigt auf der Baustelle „Wohn- und Bürogebäude L – gegenüber L in L/U) nicht – und zwar bis spätestens eine Woche vor deren Arbeitsaufnahme – der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundeministeriums für Finanzen gemeldet:

1. P I, geb. x, StA:
2. P I, geb. x, StA: U
3. R D, geb. x, StA: U

Die oben angeführten drei Arbeitnehmern seien nämlich am 7. Oktober 2015 von der Finanzpolizei auf der genannten Baustelle beim Eingipsen von Elektroleitungen angetroffen worden; die Finanzpolizei habe festgestellt, dass deren Arbeitsaufnahme / Beschäftigung bereits am 10. August 2015 begonnen habe. ohne dass vom Unternehmen des Bf hinsichtlich der Entsendung dieser Arbeitnehmer eine solche Meldung spätestens bis eine Woche vor deren Arbeitsaufnahme in Österreich (Meldefrist: 3. August 2015) erfolgt sei.

Der Bf habe § 7b Abs. 8 Z 1 iVm § 7b Abs. 3 AVRAG verletzt. Gemäß § 7b Abs. 8 AVRAG werde eine Geldstrafe von jeweils 500 Euro, insgesamt 1.500 Euro bzw. eine Ersatzfreiheitsstrafe von jeweils 33 Stunden, insgesamt

99 Stunden verhängt; ferner werde ein Kostenbeitrag von 150 Euro vorgeschrieben.

II.3.4. Verfahren der belangten Behörde, GZ: 0059520/2015 bzw. Beschwerdeverfahren, GZ: LVwG-301844-2018:

Mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 17. Jänner 2018, GZ: 0059520/2015 wurden dem Bf zwei Übertretungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) betreffend jeweils drei Arbeitnehmer vorgeworfen.

Im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses führte die belangte Behörde aus, der Bf habe folgende Verwaltungsübertretungen als verwaltungsstrafrechtlich verantwortlicher, zur Vertretung nach außen, Berufener der E-E Kft. mit Sitz in U zu vertreten:

1. Das Unternehmen habe – wie im Zuge einer Kontrolle durch die Abgabenbehörde hervorgekommen sei – am 7. Oktober 2015 als Arbeitgeberin für die folgenden auf der Baustelle „Wohn- und Bürogebäude L – gegenüber L 2 in L/U mit dem Eingipsen von Elektroleitungen beschäftigten – zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandten – Arbeitnehmer (für die in Österreich keine Sozialversicherungspflicht besteht), die Unterlagen über die Anmeldung dieser Arbeitnehmer zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04) weder bereitgehalten noch diese den Organen der Abgabenbehörde unmittelbar vor Ort in elektronischer Form zugänglich gemacht, obwohl dazu nach den österreichischen Rechtsvorschriften eine gesetzliche Verpflichtung bestehe:

1. P I, geb. x, StA: U
2. P I, geb. x, StA: U
3. R D, geb. x, StA: U

2. Das Unternehmen habe auch – wie im Zuge der Kontrolle durch die Abgabenbehörde hervorgekommen sei – am 7. Oktober 2015 als Arbeitgeberin für die genannten Arbeitnehmer auf der genannten Baustelle weder eine Abschrift der Meldung (ZKO3-Meldung) gemäß § 7b Abs. 3 und 4 AVRAG bereitgehalten noch eine solche den Organen der Abgabenbehörde unmittelbar vor Ort in elektronischer Form zugänglich gemacht, obwohl dazu nach den österreichischen Rechtsvorschriften eine gesetzliche Verpflichtung bestehe:

a. P I, geb. x, StA: U
b. P I, geb. x, StA: U
c. R D, geb. x, StA: U

Der Bf habe § 7b Abs.8 Z 3 (1. Fall) iVm § 7b Abs. 5 AVRAG (Spruchpunkt 1) bzw. § 7b Abs. 8 Z 3 (2. Fall) iVm § 7b Abs. 5 AVRAG (Spruchpunkt 2) verletzt. Hinsichtlich beider Spruchpunkte würden gemäß § 8b Abs. 8 AVRAG jeweils Geldstrafen von je 500 Euro, insgesamt 1.500 Euro bzw. Ersatzfreiheitsstrafen von je 33 Stunden, insgesamt 99 Stunden verhängt; ferner werde ein Verfahrenskostenbeitrag von 300 Euro festgesetzt.

II.4. Am 7. Oktober 2015 führten Organe der Abgabenbehörde (Finanzpolizei Team 44 für das Finanzamt F R U) in L/U, auf der Baustelle „Wohn- und Bürogebäude L – gegenüber L“ eine Kontrolle gemäß AuslBG, AVRAG und § 89 EStG durch.

Bei dieser Kontrolle wurden die drei ungarischen Arbeiter angetroffen. Diese füllten Personenblätter in ihrer Muttersprache aus. Sie waren der deutschen Sprache nicht ausreichend mächtig, ein Dolmetscher für die ungarische Sprache wurde nicht beigezogen. Niederschriften wurden weder mit den drei Arbeitnehmern noch mit anderen auf der Baustelle anwesenden Personen (Vorarbeiter, etc.) errichtet.

Ferner wurden von der Finanzpolizei im Zuge ihrer Erhebungen nachfolgende Unterlagen entgegengenommen:

- Vertragsunterlagen zwischen der R I GmbH und der E E Ö GmbH
- Vertragsunterlagen zwischen der E E Ö GmbH und der S S GmbH
- Vertrag zwischen der E-E Kft und der P G Aa Kft in u und deutscher Sprache
- als Entsendungsvertrag bezeichneter Vertrag zwischen der P G A Kft. und I P sen. in deutscher und u Sprache
- als Entsendungsvertrag bezeichneter Vertrag zwischen der H B Kft. und I P jun. in deutscher und u Sprache
- als Entsendungsvertrag bezeichneter Vertrag zwischen der H B Kft. und D R in deutscher und u Sprache

Nachfolgende Vertragsunterlagen fehlen nach den dem erkennenden Gericht vorliegenden Akten:

- Vertragsunterlagen zwischen der S S GmbH und der E-E Kft
- Vertrag zwischen der E-E Kft und der H B Kft in deutscher und u Sprache

II.5. Zwischen den auf der Baustelle tätigen Unternehmen bestand eine Kette verschiedener Verträge. Werkbesteller (also der „Kopf“ der Verträge) war die R I GmbH. Diese hatte einen Vertrag mit der E E Ö GmbH abgeschlossen. Die E E Ö GmbH hatte in weiterer Folge einen Vertrag mit der S S GmbH abgeschlossen. Erst hier erschien das Unternehmen des Beschwerdeführers; die E-E Kft. hatte einen Vertrag mit der S S GmbH abgeschlossen. In weiterer Folge bestanden dann die Verträge der E-E Kft. mit der P G A Kft. und der H B Kft.

Nach den Personenblättern stammte der Arbeitnehmer I P sen. von der P G A Kft. Die Arbeitnehmer I P jun. und D R stammten von der H B Kft.

Ob es sich bei den Vertragsverhältnissen zwischen der E-E Kft. und den beiden weiteren u Unternehmen um Werkverträge (Subunternehmer) handelte bzw. ob es sich hiebei um eine Entsendung oder um eine Arbeitskräfteüberlassung handelte, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

II.6. Die zwischen den einzelnen Unternehmen abgeschlossenen Verträge stellen sich wie folgt dar:

II.6.1. Vertragsunterlagen zwischen der R I GmbH und der E E Ö GmbH:

Zwischen der als Werkbesteller bezeichneten R I GmbH und der als Werkunternehmer bezeichneten E E Ö GmbH wurde mit Datum vom 24. Februar 2015 ein Werkvertrag abgeschlossen. Bei dem vertragsgegenständlichen Gewerk handelte es sich um die Installation der Elektrotechnik für welche im Vertrag eine (offensichtlich für das gegenständliche Verfahren geschwärzte, aber auch nicht relevante) Bruttoauftragssumme als Festpreis vereinbart worden war. Weiters wurden Prüffristen und Zahlungsfristen für den Werkbesteller, ein Deckungsrücklass und ein Haftrücklass sowie eine Vertragserfüllungsgarantie und Vertragsstrafen vereinbart.

II.6.2. Vertragsunterlagen zwischen der E E Ö GmbH und der S GmbH:

Mit Datum vom 22. September 2015 beauftragte die E E Ö GmbH die S S GmbH mit der Installation der Brandmeldeanlage inklusive aller Komponenten und Heimrauchmelder inklusive Verkabelung und Montagen.

II.6.3. Vertragsunterlagen zwischen der S S GmbH und der E-E Kft.:

Mit Datum von 2. Jänner 2015 erfolgte zwischen diesen Unternehmen eine Jahresbeauftragung für diverse Bauvorhaben von Jänner 2015 bis Dezember 2015, der die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Firma S S GmbH zugrunde gelegt wurden.

Neben Vereinbarungen über den Lieferumfang, Preis und Leistungserbringung wurden umfangreiche Haftungs- und Gewährleistungsvereinbarungen getroffen. Das Unternehmen des Bf verpflichtete sich zu einer umfangreichen Gewährleistung für die ordnungsgemäße Leistungserbringung und Haftung für verursachte Schäden, ferner wurde ein Zurückbehaltungsrecht der Auftraggeberin bzw. Haftrücklass vereinbart, außerdem wurden spezielle Verjährungsvereinbarungen getroffen.

II.6.4. Vertrag zwischen der E-E Kft und der P G A Kft in deutscher und u Sprache:

Mit Datum vom 4. August 2015 schlossen die als Auftraggeber bezeichnete -E Kft und die als Auftragnehmer bezeichnete P G A Kft eine als Werkvertrag bezeichnete Vereinbarung.

Inhalt der Vereinbarung war die Verrichtung von Kabelverlegungsarbeiten zu einem Preis von 17 Euro pro Stunde. Unter Punkt 4 wurde festgehalten, dass der Auftragnehmer „anerkennt, dass er für die Leistung der oben genannten Arbeiten entsprechende Berechtigungsscheine hat und die Arbeit auf höchstem Niveau und mit entsprechenden Fachkenntnissen mit Einhalten der Arbeits- und Arbeitssicherheitsvorschriften ausführen wird.“ Explizit als Leistungsort wurde die verfahrensgegenständliche Baustelle genannt. Dem Vertrag wurde ungarisches Recht zugrunde gelegt.

Ob es sich bei dieser Vereinbarung nunmehr um eine dem Bf bzw. dem Unternehmen des Bf zurechenbare Entsendung von Arbeitnehmern handelte, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

II.6.5. Als Entsendungsvertrag bezeichneter Vertrag zwischen der P G A Kft. und I P sen. in deutscher und u Sprache:

Ebenfalls mit Datum vom 4. August 2015 liegt eine als Entsendungsvertrag bezeichnete Vereinbarung zwischen der P G A Kft. und I P sen. abgeschlossene Vereinbarung vor.

Diese Vereinbarung regelt den als Entsendung bezeichneten Einsatz des Arbeitsnehmers ab 4. August 2015 für die Dauer von drei Monaten in Österreich. Bestimmungen zur Kündigung wurden festgelegt. Vereinbart wurde eine Tätigkeit als Elektriker zu einem Grundlohn von 11,50 Euro pro Stunde, bei monatlicher Abrechnung. Ferner stellte der Arbeitgeber die Unterkunft am Einsatzort für die Dauer des Einsatzes zur Verfügung, ebenso Schutzausrüstung, Werkzeug, etc. Darüber hinaus wurden zahlreiche weitere wechselseitige Rechte und Verpflichtungen vereinbart.

Ob es sich bei dieser Vereinbarung nunmehr um eine dem Bf bzw. dem Unternehmen des Bf zurechenbare Entsendung von Arbeitnehmern handelte, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

II.6.6. Als Entsendungsvertrag bezeichneter Vertrag zwischen der H B Kft. und I P jun. in deutscher und u Sprache:

Ebenfalls mit Datum vom 4. August 2015 liegt eine als Entsendungsvertrag bezeichnete Vereinbarung zwischen der H B Kft. und I P jun. abgeschlossene

Vereinbarung vor. Der Wortlaut dieser Vereinbarung entspricht jener zwischen der P G A Kft. und I P sen.

Ob es sich bei dieser Vereinbarung nunmehr um eine dem Bf bzw. dem Unternehmen des Bf zurechenbare Entsendung von Arbeitnehmern handelte, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

II.6.7. Als Entsendungsvertrag bezeichneter Vertrag zwischen der H B Kft. und D Ri in deutscher und u Sprache:

Ebenfalls mit Datum vom 4. August 2015 liegt eine als Entsendungsvertrag bezeichnete Vereinbarung zwischen der H B Kft. und D R abgeschlossene Vereinbarung vor. Der Wortlaut dieser Vereinbarung entspricht jener zwischen der P G A Kft. und I P sen.

Ob es sich bei dieser Vereinbarung nunmehr um eine dem Bf bzw. dem Unternehmen des Bf zurechenbare Entsendung von Arbeitnehmern handelte, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

II.6.8. Der zwischen der E-E Kft. und der H B Kft. abgeschlossene Vertrag liegt nicht vor. Der Bf wurde mit der Ladung für die Verhandlung am 4. September 2018 aufgefordert, diesen Vertrag vorzulegen. Bei dem tatsächlich vorgelegten Vertrag handelt es sich um jenen mit der P G A Kft.

II.7. Das Unternehmen des Bf übernahm von der S S GmbH den Auftrag zur Installation der Brandmeldeanlage inklusive aller Komponenten und Heimrauchmelder inklusive Verkabelung und Montagen. In weiterer Folge stellte der Bf fest, dass er diesen Auftrag nicht selbst ausführen konnte. Er erteilte deshalb zwei Subunternehmeraufträge, einerseits für die Kabelverlegungsarbeiten, andererseits für die Montage der Brandmelder.

Die P G A Kft. verrichtete die Kabelverlegungsarbeiten.

Die H B Kft. verrichtete die Montage der Brandmelder.

Der Zeuge I jun. arbeitete für die H B Kft. Er erhielt Anweisungen von S R, die auch als Geschäftsführerin der H B Kft. in der als Entsendungsvertrag bezeichneten Vereinbarung aufscheint. Diese kam auf die Baustelle und kontrollierte die vom Zeugen ausgeführten Arbeiten. Sie gab außerdem die Arbeitszeiten vor und bezahlte den Lohn des Zeugen. Letztlich kannte der Zeuge zum damaligen Zeitpunkt weder das Unternehmen des Bf noch den Bf oder dessen Arbeiter.

D R arbeitete ebenfalls für die H B Kft.

Der Zeuge I P sen. arbeitete für die P G A Kft. Er erhielt Anweisungen von I T H, der auch als Geschäftsführer der P G A Kft. in der als Entsendungsvertrag bezeichneten Vereinbarung aufscheint. Dieser kam auf die Baustelle und kontrollierte die vom Zeugen ausgeführten Arbeiten. Er gab außerdem die Arbeitszeiten vor und bezahlte den Lohn des Zeugen. Letztlich kannte der Zeuge zum damaligen Zeitpunkt weder das Unternehmen des Bf noch den Bf oder dessen Arbeiter.

II.8. Die drei Arbeitnehmer füllten im Zuge der Kontrolle Personenblätter in ungarischer Sprache aus.

Im Personenblatt des Arbeitnehmers I P sen. finden sich folgende Angaben: Er arbeite für die P G A Kft. Auf der genannten Baustelle sei er seit 10. August 2015 tätig. Er arbeite von Montag bis Freitag jeweils acht Stunden und er erhalte einen Lohn von acht Euro pro Stunde. Dieser werde von der P G A Kft. bezahlt. Die Abrechnung erfolge monatlich. Er erhalte Arbeitsanweisungen von einer Person namens „E“.

Im Personenblatt des Arbeitnehmers I P jun. finden sich folgende Angaben: Er arbeite für die H B Kft. Auf der genannten Baustelle sei er seit 10. August 2015 tätig. Er arbeite von Montag bis Freitag jeweils acht Stunden und er erhalte einen Lohn von acht Euro pro Stunde. Dieser werde von der H B Kft. bezahlt. Die Abrechnung erfolge monatlich. Er erhalte Arbeitsanweisungen von einer Person namens „E R“.

Im Personenblatt des Arbeitnehmers D R finden sich folgende Angaben: Er arbeite für die H B Kft. Auf der genannten Baustelle sei er seit 10. August 2015 tätig. Er arbeite von Montag bis Freitag jeweils acht Stunden und er erhalte einen Lohn von acht Euro pro Stunde. Dieser werde von der H B Kft. bezahlt. Die Abrechnung erfolge monatlich. Er erhalte Arbeitsanweisungen von einer Person namens „E R“.

II.9. Die ZKO3-Meldungen, die A1-Dokumente und die Lohnunterlagen in deutscher Sprache konnten für die drei Arbeitnehmer im Zuge der Kontrolle am 7. Oktober 2015 nicht vorgelegt werden. ZKO3-Meldungen wurden vor Arbeitsantritt nicht erstattet. Der Bf hat nach der Kontrolle diverse Unterlagen an die Abgabenbehörde übermittelt.

Welchem Unternehmen das Fehlen dieser Unterlagen zuzurechnen ist bzw. ob der Bf verpflichtet war, diese Unterlagen vorzulegen, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Die Feststellungen zum Unternehmen und zur Geschäftsführereigenschaft des Bf ergeben sich aus dem Akt und aus den Angaben aller Parteien.

III.2. Datum und Ort der Kontrolle durch die Abgabenbehörde können ebenfalls dem Akteninhalt entnommen werden.

III.3. Die anhängigen Strafverfahren, die Straferkenntnisse der belangten Behörde, die jeweiligen Inhalte des Spruches sowie die Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich gehen aus den Behördenakten, GZ: 0059523/2015, 0058700/2015, 0059512/2015 und 0059520/2015 sowie aus den Akten des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich, GZ: LVwG-301841-2018, LVwG-301842-2018, LVwG-301843-2018 und LVwG-301844-2018 hervor.

III.4. Die Durchführung der Kontrolle lässt sich den vorliegenden Akten entnehmen. Aus diesen sind die ausgefüllten Personenblätter ersichtlich. Außerdem ergibt sich, welche Vertragsunterlagen beigeschafft wurden.

Im Behördenakt GZ: 0059523/2015 (LVwG-301841-2018) befinden sich nachfolgende Unterlagen:

- Vertrag zwischen der E-E Kft und der P G A Kft
  in deutscher und ungarischer Sprache
- als Entsendungsvertrag bezeichneter Vertrag zwischen der P G A Kft. und I P sen. in deutscher und u Sprache
- als Entsendungsvertrag bezeichneter Vertrag zwischen der H B Kft. und I P jun. in deutscher und u Sprache
- als Entsendungsvertrag bezeichneter Vertrag zwischen der H B Kft. und D R in deutscher und u Sprache
- die drei von den Arbeitnehmern ausgefüllten Personenblätter

Im Behördenakt GZ: 0058700/2015 (LVwG-301842-2018) befinden sich keine Vertragsunterlagen.

Im Behördenakt GZ: 0059512/2015 (LVwG-301843-2018) befinden sich nachfolgende Unterlagen:

- Vertragsunterlagen zwischen der R I GmbH und der E E Ö GmbH
- Vertragsunterlagen zwischen der E E Ö GmbH und der S S GmbH
- die drei von den Arbeitnehmern ausgefüllten Personenblätter

Im Behördenakt GZ: 0059520/2015 (LVwG-301842-2018) befinden sich keine Vertragsunterlagen.

Nachfolgende Vertragsunterlagen fehlen nach den dem erkennenden Gericht vorliegenden Akten:

- Vertragsunterlagen zwischen der S S GmbH und der E-E Kft

- Vertrag zwischen der E-E Kft und der H B Kft in u und deutscher Sprache

III.5. Die Vertragskette zwischen den einzelnen Unternehmen ergibt sich aus dem Akteninhalt und aus den in den oben dargestellten Behördenakten einliegenden Verträgen. Diese Vertragskette wurde in den Verhandlungen vor dem erkennenden Gericht mit den Parteien erörtert und außer Streit gestellt.

Auch die grundsätzliche Zugehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer ergibt sich aus dem Akteninhalt sowie aus den in den Behördenakten befindlichen und von den Arbeitnehmern in ungarischer Sprache ausgefüllten Personenblättern. Darüber hinaus bestätigte der in der Verhandlung am 28. Mai 2018 vernommene Zeuge I P jun. seine Zugehörigkeit zur H B Kft. Der in der Verhandlung am 4. September 2018 vernommene Zeuge I P sen. bestätigte seine Zugehörigkeit zur P G A Kft.

Ob es sich bei den Vertragsverhältnissen zwischen der E-E Kft. und den beiden weiteren ungarischen Unternehmen um Werkverträge (Subunternehmer) handelte bzw. ob es sich hiebei um eine Entsendung oder um eine Arbeitskräfteüberlassung handelte, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

III.6. Die zwischen den einzelnen Unternehmen abgeschlossenen Verträge ergeben sich aus den Behördenakten GZ: 0059512/2015 (LVwG-301843-2018) und GZ: 0059523/2015 (LVwG-301841-2018).

III.6.1. Den Vertragsunterlagen zwischen der R I GmbH und der E E Ö GmbH lässt sich der abgeschlossene Werkvertrag sowie als Gewerk die Installation der Elektrotechnik entnehmen. Die relevanten Vertragsklauseln ergeben sich aus dem vorliegenden Vertrag und sind unstrittig. [Behördenakt GZ: 0059512/2015]

III.6.2. Den Vertragsunterlagen zwischen der E E Ö GmbH und der S S GmbH lässt sich der abgeschlossene Werkvertrag sowie als Gewerk die Installation der Brandmeldeanlage entnehmen. Auch diese Feststellungen sind unstrittig. [Behördenakt GZ: 0059512/2015]

III.6.3. Die Vertragsunterlagen zwischen der S S GmbH und der E-E Kft. wurden vom Bf in der Verhandlung am 4. September 2018 vorgelegt.

Aus diesen lassen sich die zwischen den beiden Unternehmen getroffenen Vereinbarungen, insbesondere zum Leistungsumfang, zur Gewährleistung und zum Haftungsumfang, entnehmen.

III.6.4. Die zwischen der E-E Kft. und der P G A Kft. abgeschlossene und als Werkvertrag bezeichnete Vereinbarung ergibt sich aus den vom Bf an die Finanzpolizei übermittelten Unterlagen. [Behördenakten GZ: 0059512/2015]

Ob es sich bei dieser Vereinbarung nunmehr um eine dem Bf bzw. dem Unternehmen des Bf zurechenbare Entsendung von Arbeitnehmern handelte, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

III.6.5. Die als Entsendungsvertrag bezeichnete Vereinbarung zwischen der P G A Kft. und I P sen. in deutscher und ungarischer Sprache ergibt sich aus den vom Bf an die Finanzpolizei übermittelten Unterlagen. [Behördenakten GZ: 0059512/2015]

Ob es sich bei dieser Vereinbarung nunmehr um eine dem Bf bzw. dem Unternehmen des Bf zurechenbare Entsendung von Arbeitnehmern handelte, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

III.6.6. Die als Entsendungsvertrag bezeichnete Vereinbarung zwischen der H B Kft. und I P jun. in deutscher und u Sprache ergibt sich aus den vom Bf an die Finanzpolizei übermittelten Unterlagen.
[Behördenakten GZ: 0059512/2015]

Ob es sich bei dieser Vereinbarung nunmehr um eine dem Bf bzw. dem Unternehmen des Bf zurechenbare Entsendung von Arbeitnehmern handelte, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

III.6.7. Die als Entsendungsvertrag bezeichnete Vereinbarung zwischen der H B Kft. und D R in deutscher und u Sprache ergibt sich aus den vom Bf an die Finanzpolizei übermittelten Unterlagen.
[Behördenakten GZ: 0059512/2015]

Ob es sich bei dieser Vereinbarung nunmehr um eine dem Bf bzw. dem Unternehmen des Bf zurechenbare Entsendung von Arbeitnehmern handelte, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

III.6.8. Der zwischen der E-E Kft. und der H B Kft. abgeschlossene Vertrag liegt nicht vor.

Der Bf wurde mit der Ladung für die Verhandlung am 4. September 2018 aufgefordert, diesen Vertrag vorzulegen. Bei dem tatsächlich vorgelegten Vertrag handelt es sich um jenen mit der P G A Kft.

III.7. Die Abwicklung der Installations- und Montagearbeiten auf der Baustelle ergibt sich aus den übereinstimmenden Aussagen des Zeugen I P jun. sowie I P sen. (siehe dazu unten III.8.) und des Bf.

III.8. Der Inhalt der Personenblätter ergibt sich aus den Behördenakten GZ: 0059523/2015 und 0059512/2015.

Das erkennende Gericht geht davon aus, dass ein R E nicht existiert. Laut „wikipedia“ handelt es sich bei „E“ um ein Akronym, welches für „x“ steht. Weshalb eine derartige Bezeichnung im Personenblatt des Zeugen I P jun. aufscheint, konnte selbst dieser nicht erklären. Anhand der oben dargestellten Vertragskette von der E E Ö GmbH und der S S GmbH, weiter an die E-E Kft. und sodann an die P G A Kft. bzw. an die H B Kft. bleibt auch unschlüssig, wie eine Person aus dem „überübernächsten“ Unternehmen hier die Anweisung erteilt hätte. Dies umso weniger als eine Person mit einem derartigen Namen wohl gar nicht existiert.

Wenngleich es zwar grundsätzlich denkbar erscheint, dass ein Mitarbeiter der E E Ö GmbH mit dem Vornamen „R“ hinsichtlich der Elektroinstallation Anweisungen an alle nachgeordneten Unternehmen bzw. deren Arbeiter erteilt oder zumindest eine Abnahme der erbrachten Gewerke vorgenommen hat, konnte diese Möglichkeit für den vorliegenden Fall jedenfalls nicht festgestellt werden.

Dem gegenüber ist die Aussage des Zeugen I P jun., vor dem erkennenden Gericht, seine „Chefin“ habe ihm die Anweisungen erteilt, sie sei auf die Baustelle gekommen und habe die Arbeit kotrolliert und die Arbeitszeiten vorgegeben sowie auch den Lohn bezahlt deutlich besser nachvollziehbar. Bei der „Chefin“ handelte es sich um „S R“, die auch als Geschäftsführerin in der als „Entsendungsvertrag“ bezeichneten Vereinbarung aufscheint. Letztlich gab der Zeuge noch an, das Unternehmen des Bf zum damaligen Zeitpunkt nicht gekannt zu haben.

Die Aussage des Zeugen stellt sich insgesamt schlüssig und nachvollziehbar dar. Insbesondere bilden die Aussage des Zeugen und seine Angaben im Personenblatt – wenn man die angeblichen Anweisungen des R E weglässt – ein glaubwürdiges Ganzes.

Der Bf bzw. dessen rechtsfreundliche Vertreterin versuchten D R sowohl zur Verhandlung am 28. Mai 2018 als auch am 4. September 2018 stellig zu machen, was letztendlich nicht gelang. Nachdem aber auch der Zeuge I P jun. – so wie D R – für die H B Kft. arbeitete und vor dem erkennenden Gericht einvernommen wurde, konnte von einer Vernehmung des D R Anstand genommen werden.

Die Aussage des Zeugen I P sen. steht im Einklang mit der Aussage des Zeugen I P jun. Er gab an, sein „Chef“ habe ihm die Anweisungen erteilt, er habe die Arbeit kotrolliert und die Arbeitszeiten vorgegeben sowie auch den Lohn bezahlt. Bei seinem „Chef“ handelte es sich um „I T H“, der auch als Geschäftsführer in der als „Entsendungsvertrag“ bezeichneten Vereinbarung aufscheint. Letztlich gab der Zeuge noch an, das Unternehmen des Bf zum damaligen Zeitpunkt nicht gekannt zu haben.

III.9. Dass die oben genannten Unterlagen auf der Baustelle nicht vorgelegt werden konnten bzw. nicht vorgelegt wurden, steht fest; ebenso dass der Bf nach der Kontrolle diverse Unterlagen an die Abgabenbehörde übermittelt hat.

Welchem Unternehmen das Fehlen dieser Unterlagen zuzurechnen ist bzw. ob der Bf verpflichtet war, diese Unterlagen vorzulegen, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

IV. Rechtslage:

IV.1. § 7b. (1) Ein/e Arbeitnehmer/in, der/die von einem/einer Arbeitgeber/in mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wird, hat unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts für die Dauer der Entsendung zwingend Anspruch auf

1. zumindest jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern/Arbeitnehmerinnen von vergleichbaren Arbeitgebern/Arbeitgeberinnen gebührt (ausgenommen Beiträge nach § 6 BMSVG und Beiträge oder Prämien nach dem BPG);
2. bezahlten Urlaub nach § 2 Urlaubsgesetz, sofern das Urlaubsausmaß nach den Rechtsvorschriften des Heimatstaates geringer ist; nach Beendigung der Entsendung behält dieser/diese Arbeitnehmer/in den der Dauer der Entsendung entsprechenden aliquoten Teil der Differenz zwischen dem nach österreichischem Recht höheren Urlaubsanspruch und dem Urlaubsanspruch, der ihm/ihr nach den Rechtsvorschriften des Heimatstaates zusteht; ausgenommen von dieser Urlaubsregelung sind Arbeitnehmer/innen, für die die Urlaubsregelung des BUAG gilt;
3. die Einhaltung der kollektivvertraglich festgelegten Arbeitszeitregelungen;
4. die Bereithaltung der Aufzeichnung im Sinne der Richtlinie des Rates über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen (91/533/EWG) in Österreich durch den Arbeitgeber oder den mit der Ausübung des Weisungsrechts des Arbeitgebers gegenüber den entsandten Arbeitnehmern Beauftragten.

Ein/e Beschäftiger/in mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich gilt hinsichtlich der an ihn/sie überlassenen Arbeitskräfte, die zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, in Bezug auf die Abs. 3 bis 5 und 8, § 7d Abs. 1, § 7f Abs. 1 Z 3 sowie § 7i Abs. 1 und Abs. 4 Z 1 als Arbeitgeber/in. Sieht das nach Abs. 1 Z 1 anzuwendende Gesetz, der Kollektivvertrag oder die Verordnung Sonderzahlungen vor, hat der/die Arbeitgeber/in diese dem/der Arbeitnehmer/in

aliquot für die jeweilige Lohnzahlungsperiode zusätzlich zum laufenden Entgelt (Fälligkeit) zu leisten.

[...]

(3) Arbeitgeber/innen im Sinne des Abs. 1 haben die Beschäftigung von Arbeitnehmer/innen, die zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, spätestens eine Woche vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen zu melden und dem/der im Abs. 1 Z 4 bezeichneten Beauftragten, sofern nur ein/e Arbeitnehmer/in entsandt wird, diesem/dieser, die Meldung in Abschrift auszuhändigen oder in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen. Die Meldung hat ausschließlich automationsunterstützt über die elektronischen Formulare des Bundesministeriums für Finanzen zu erfolgen. In Katastrophenfällen, bei unaufschiebbaren Arbeiten und bei kurzfristig zu erledigenden Aufträgen ist die Meldung unverzüglich vor Arbeitsaufnahme zu erstatten. Die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen hat die Meldung an den zuständigen Krankenversicherungsträger (§§ 26 und 30 ASVG), und sofern es sich um Bautätigkeiten handelt, der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse elektronisch zu übermitteln.

[...]

(5) Arbeitgeber/innen im Sinne des Abs. 1 haben, sofern für den/die entsandten Arbeitnehmer/innen in Österreich keine Sozialversicherungspflicht besteht, Unterlagen über die Anmeldung des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04) sowie eine Abschrift der Meldung gemäß den Abs. 3 und 4 am Arbeits(Einsatz)ort im Inland bereitzuhalten oder diese den Organen der Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse unmittelbar vor Ort in elektronischer Form zugänglich zu machen. Sofern für die Beschäftigung der entsandten Arbeitnehmer/innen im Sitzstaat des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin eine behördliche Genehmigung erforderlich ist, ist auch die Genehmigung bereitzuhalten. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die erforderlichen Unterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten oder in elektronischer Form zugänglich zu machen. Ist die Bereithaltung oder Zugänglichmachung der Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort nicht zumutbar, sind die Unterlagen jedenfalls im Inland bereitzuhalten und der Abgabenbehörde auf Verlangen nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis einschließlich des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.

[...]

(8) Wer als Arbeitgeber/in im Sinne des Abs. 1

1. die Meldung oder die Meldung über nachträgliche Änderungen bei den Angaben (Änderungsmeldung) entgegen Abs. 3 nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erstattet oder

2. in der Meldung oder Änderungsmeldung nach Abs. 3 wissentlich unrichtige Angaben erstattet oder

3. die erforderlichen Unterlagen entgegen Abs. 5 nicht bereithält oder den Organen der Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vor Ort nicht unmittelbar zugänglich macht oder

4. die erforderlichen Unterlagen entgegen Abs. 5 oder § 7h Abs. 2 nicht übermittelt,

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jede/n Arbeitnehmer/in mit Geldstrafe von 500 Euro bis 5 000 Euro, im Wiederholungsfall von 1 000 Euro bis 10 000 Euro zu bestrafen. Bei grenzüberschreitender Entsendung gilt die Verwaltungsübertretung als in dem Sprengel der Bezirksverwaltungsbehörde begangen, in dem der Arbeits(Einsatz)ort der nach Österreich entsandten Arbeitnehmer/innen liegt, bei wechselnden Arbeits(Einsatz)orten am Ort der Kontrolle.

(9) Die Abs. 1 bis 8 gelten auch für Arbeitnehmer/innen, die von einem/einer Arbeitgeber/in mit Sitz in der Schweizerischen Eidgenossenschaft zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden.

IV.2. § 7d. (1) Arbeitgeber/innen im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 haben während des Zeitraums der Entsendung insgesamt (§ 7b Abs. 4 Z 6) den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel (§ 7b Abs. 1 Z 4), Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des dem/der entsandten Arbeitnehmers/in für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten, auch wenn die Beschäftigung des/der einzelnen Arbeitnehmers/in Österreich früher geendet hat. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die Lohnunterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten. Ist die Bereithaltung der Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort nicht zumutbar, sind die Unterlagen jedenfalls im Inland bereitzuhalten und der Abgabenbehörde auf 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.

[...]

IV.3. § 7f. (1) Die Organe der Abgabenbehörden sind berechtigt, das Bereithalten der Unterlagen nach §§ 7b Abs. 5 und 7d zu überwachen sowie die zur Kontrolle des dem/der nicht dem ASVG unterliegenden Arbeitnehmer/in unter Beachtung

der jeweiligen Einstufungskriterien zustehenden Entgelts im Sinne des § 7i Abs. 5 erforderlichen Erhebungen durchzuführen und

1. die Betriebsstätten, Betriebsräume und auswärtigen Arbeitsstätten oder Arbeitsstellen sowie die Aufenthaltsräume der Arbeitnehmer/innen ungehindert zu betreten und Wege zu befahren, auch wenn dies sonst der Allgemeinheit untersagt ist,

2. von den dort angetroffenen Personen Auskünfte über alle für die Erhebung nach Abs. 1 maßgebenden Tatsachen zu verlangen, wenn Grund zur Annahme besteht, dass es sich bei diesen Personen um Arbeitgeber/innen oder um Arbeitnehmer/innen handelt, sowie

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

(2) Die Organe der Abgabenbehörden haben die Ergebnisse der Erhebungen nach Abs. 1 dem Kompetenzzentrum LSDB zu übermitteln und auf Ersuchen des Kompetenzzentrums LSDB konkret zu bezeichnende weitere Erhebungen zu übermittelten Erhebungsergebnissen oder Erhebungen auf Grund von begründeten Mitteilungen durch Dritte durchzuführen.

IV.4. § 7i. (1) Wer die erforderlichen Unterlagen entgegen § 7d Abs. 1 oder § 7f Abs. 1 Z 3 nicht übermittelt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jede/n Arbeitnehmer/in mit Geldstrafe von 500 Euro bis 5 000 Euro, im Wiederholungsfall von 1 000 Euro bis 10 000 Euro zu bestrafen. Ebenso ist zu bestrafen, wer entgegen § 7g Abs. 2 oder § 7h Abs. 2 die Unterlagen nicht übermittelt.

(2) Wer entgegen § 7f Abs. 1 den Zutritt zu den Betriebsstätten, Betriebsräumen und auswärtigen Arbeitsstätten oder Arbeitsstellen sowie den Aufenthaltsräumen der Arbeitnehmer/innen und das damit verbundene Befahren von Wegen oder die Erteilung von Auskünften verweigert oder die Kontrolle sonst erschwert oder behindert, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe von 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Wiederholungsfall von 2 000 Euro bis 20 000 Euro zu bestrafen.

(2a) Wer die Einsichtnahme in die Unterlagen nach den §§ 7b Abs. 5 und 7d verweigert, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist für jede/n Arbeitnehmer/in von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe von 1 000 Euro

bis 10 000 Euro, im Wiederholungsfall von 2 000 Euro bis 20 000 Euro zu bestrafen.

(3) Ebenso ist nach Abs. 2a zu bestrafen, wer als Arbeitgeber/in entgegen § 7g Abs. 2 die Einsichtnahme in die Unterlagen verweigert.

(4) Wer als

1. Arbeitgeber/in im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 entgegen § 7d die Lohnunterlagen nicht bereithält, oder
2. Überlasser/in im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich entgegen § 7d Abs. 2 die Lohnunterlagen dem/der Beschäftiger/in nicht nachweislich bereitstellt, oder
3. Beschäftiger/in im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung entgegen § 7d Abs. 2 die Lohnunterlagen nicht bereithält

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jede/n Arbeitnehmer/in mit einer Geldstrafe von 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Wiederholungsfall von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer/innen betroffen, für jede/n Arbeitnehmer/in von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Wiederholungsfall von 4 000 Euro bis 50 000 Euro zu bestrafen.

(5) Wer als Arbeitgeber/in einen/e Arbeitnehmer/in beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm/ihr zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, zu leisten, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe zu bestrafen. Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, liegt eine einzige Verwaltungsübertretung vor. Auf Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag beruhende Überzahlungen bei den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgeltbestandteilen sind auf allfällige Unterentlohnungen im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum anzurechnen. Hinsichtlich von Sonderzahlungen für die in § 7g Abs. 1 Z 1 und 2 genannten Arbeitnehmer/innen liegt eine Verwaltungsübertretung nach dem ersten Satz nur dann vor, wenn der/die Arbeitgeber/in die Sonderzahlungen nicht oder nicht vollständig bis spätestens 31. Dezember des jeweiligen Kalenderjahres leistet. Sind von der Unterentlohnung höchstens drei Arbeitnehmer/innen betroffen, beträgt die Geldstrafe für jede/n Arbeitnehmer/in 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Wiederholungsfall 2 000 Euro bis 20 000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer/innen betroffen, für jede/n Arbeitnehmer/in 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Wiederholungsfall 4 000 Euro bis 50 000 Euro.

[...]

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen:

Die sich in diesem Verfahren stellenden Rechtsfragen sind (V.1.) die anzuwendende Fassung des AVRAG und (V.2.) die Abgrenzung zwischen Entsendung und Arbeitskräfteüberlassung sowie die zur Einhaltung der sich daraus ergebenden Verpflichtungen des AVRAG betroffene Person.

V.1. Zur anzuwendenden Fassung des AVRAG ist Nachfolgendes auszuführen:

Gemäß § 1 Abs. 2 VStG, BGBl. Nr. 52/1991 idF BGBl. I Nr. 33/2013 richtet sich die Strafe nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht, es sei denn, dass das zur Zeit der Entscheidung geltende Recht in seiner Gesamtauswirkung für den Täter günstiger wäre.

Dem Bf wird im gegenständlichen Straferkenntnis eine Übertretung des AVRAG vorgeworfen; er habe § 7i Abs. 1 iVm § 7f Abs. 1 Z 3 AVRAG verletzt. Obwohl das Unternehmen im Zusammenhang mit fehlenden Unterlagen vor Ort von der Abgabenbehörde mittels E-Mail vom 8. Oktober 2015 ausdrücklich aufgefordert worden sei, diese Unterlagen für die genannten Arbeitnehmer innerhalb der gesetzlichen Frist, nämlich bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktages abzusenden (das wäre der 10. Oktober 2015 gewesen), habe es diese angeforderten Unterlagen nicht innerhalb der gesetzlichen Frist an die Abgabenbehörde übermittelt und somit gegen diese gesetzliche Verpflichtung nach § 7f Abs. 1 Z 3 AVRAG verstoßen.

Zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt, dem 7. Oktober 2015, war für die Entsendung dieser Arbeitnehmer das Nachreichen fehlender Unterlagen (ZKO-Meldung, A1-Dokument, Lohnunterlagen), nämlich diese bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktages abzusenden, vorgeschrieben.

Durch die spätere Rechtslage wurde das strafrechtliche Unwerturteil der dem Bf zur Last gelegten Tat, nämlich die Pönalisierung der Entsendung von Arbeitnehmern ohne Nachreichen fehlender Unterlagen, nicht beseitigt. Der Übergang der Bestimmungen des AVRAG in das LSD-BG, führte nicht zum Wegfall des Unwerturteils über das zur Zeit seiner Begehung strafbare Verhalten. Die Entsendung von Arbeitnehmern ohne Nachreichen fehlender Unterlagen (ZKO-Meldung, A1-Dokument, Lohnunterlagen) ist weiterhin strafbar und mit der gleichen Strafsanktion bedroht (vgl. VfGH 8. März 2012, B 1003/11-7 zum AuslBG).

Ein Absehen von der Verhängung einer Strafe im Fall eines Verstoßes gegen eine konkrete, zeitlich befristete Verhaltenspflicht, die zum Zeitpunkt seiner Begehung strafbar war, dessen Strafbarkeit nach Begehung der Tat aber weggefallen ist, würde dazu führen, dass die Sanktionsbewehrung eines Gebotes bereits einige Zeit vor dem Außerkrafttreten des Gebotes beseitigt würde und hätte die Konsequenz, dass der rechtstreue Normadressat im Ergebnis schlechter gestellt wäre als ein

Rechtsunterworfener, der ein rechtswidriges Verhalten in Kauf nimmt (vgl. auch VwGH 6. September 2012, 2012/09/0105 und 4. Oktober 2012, 2012/09/0134).

Im Ergebnis bleiben derartige Verstöße gegen das AVRAG (bzw. nunmehr gegen das LSD-BG) – wie sie dem Bf vorgeworfen wurden – daher weiterhin strafbar, nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht.

Zu prüfen ist, ob der Bf die ihm vorgeworfene Verwaltungsübertretung tatsächlich begangen hat.

V.2. Wesentliche Rechtsfrage ist, ob im vorliegenden Fall eine Entsendung von Arbeitskräften durch die E-E Kft im Wege einer vorgeschalteten Arbeitskräfteüberlassung durch die P G A Kft. bzw. die H B Kft. an die E-E Kft. vorliegt oder ob die E-E Kft. mit der P G A Kft. bzw. der H B Kft. jeweils einen Werkvertrag abgeschlossen hatte und diese beiden Unternehmen sodann ihre Arbeitnehmer nach Österreich entsendeten; nämlich die P G A Kft. den Arbeitnehmer I P sen. und die H B Kft. die Arbeitnehmer I P jun. und D R. In weiterer Folge wird zu beantworten sein, wen die Verpflichtungen nach den Bestimmungen des AVRAG trafen.

V.2.1. Der Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung ist in § 4 AÜG geregelt.

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 Sachverhaltes maßgebend.

Gemäß § 4 Abs. 2 AÜG 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.

V.2.2. Aufschluss über die Auslegung des § 4 AÜG bieten zunächst die Gesetzesmaterialien.

Entsprechend der *Regierungsvorlage, 450 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates XVII. GP* soll diese Bestimmung eine Orientierungshilfe zur Verhinderung von Umgehungen bieten:

„Grundsätzlich sollen jene Fälle, in denen ein Werkunternehmer ausschließlich zur Herstellung eines Werkes, für dessen ordnungsgemäßes Zustandekommen er die Verantwortung trägt, Hilfspersonen (Erfüllungsgehilfen) in den Betrieb des Werkbestellers sendet, nicht vom Regelungsbereich des Gesetzesentwurfes erfasst sein.
Der Abschluss von Werkverträgen soll, soweit er nicht missbräuchlich zur Umgehung der Ziele der vorgesehenen Regelung erfolgt, keinesfalls erschwert oder verhindert werden. Die im Rahmen von Werkverträgen übliche Verwendung von Erfüllungsgehilfen stellt grundsätzlich keine Überlassung von Arbeitskräften dar. So wird etwa die Gestaltung von Werbe- und Infoständen oder von Auslagen in der Regel nicht als Überlassung zu werten sein, sondern als „echter“ Werkvertrag. Allen Versuchen, durch den Abschluss eines Werkvertrages die für die Überlassung von Arbeitskräften geltenden gesetzlichen Schranken zu umgehen, soll jedoch vorgebeugt werden.
In diesem Sinne soll mit dieser Bestimmung sichergestellt werden, dass durch die Erweckung eines Anscheines, der nicht auf das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung schließen lässt, noch keineswegs die Nichtanwendbarkeit der entsprechenden Gesetzesbestimmungen erreicht werden kann.
Wegen der niemals gänzlich auszuschließenden Umgehungsversuche soll die wirtschaftliche Funktion der in Frage stehenden Vertragsverhältnisse eingehend geprüft werden und für die Zuordnung zum Tatbestand der Arbeitskräfteüberlassung entscheidend sein.
Der allgemeine Grundsatz des Abs. 1 lehnt sich an die entsprechenden steuerrechtlichen Bestimmungen (z.B. § 21 Bundesabgabenordnung) an.
Abs. 2 befasst sich speziell mit dem Werkvertrag, der erfahrungsgemäß am häufigsten zur Umgehung der bei der Arbeitskräfteüberlassung zu beachtenden Regeln Verwendung findet. Sofern ein für den Werkvertrag typisches Merkmal nicht vorhanden ist (Z 1, 2 und 4) oder ein für den Werkvertrag völlig untypisches Merkmal (Z 3) gegeben ist, wird das Vorliegen des Tatbestandes der Arbeitskräfteüberlassung angenommen. Auch wenn für die Klassifizierung als Werkvertrag an sich bereits die Kombination einzelner für den Werkvertrag typischer Sachverhaltselemente ausreichend sein mag, muss zur Abgrenzung von der Arbeitskräfteüberlassung die Erfüllung sämtlicher im Regelfall zutreffenden Merkmale (einschließlich des Fehlens bestimmter, auf eine Arbeitskräfteüberlassung hinweisenden Sachverhaltselemente) verlangt werden, um der Erfahrung Rechnung zu tragen, dass häufig die Überlassung von Arbeitskräften den eigentlichen Zweck des Werkvertrages bildet.
Z 1 des Abs. 2 stellt darauf ab, dass von den Erfüllungsgehilfen des Werkunternehmers ein völlig eigenständiges Werk erbracht wird oder diese an der Herstellung eines Werkes mitwirken, dass sich von allen im Bestellerbetrieb gewöhnlich erbrachten Leistungen deutlich abhebt. Eine Einbindung in die üblichen Arbeitsgänge des Bestellerbetriebes unter dem Deckmantel der Erfüllung eines Werkvertrages soll ausgeschlossen werden. Die Rückführbarkeit des Arbeitsergebnisses auf den Werkunternehmer als dessen Leistung verlangt vor allem die ihm hinsichtlich der Werkentstehung zukommende Dispositionsgewalt.
Zur Erreichung dieses Zieles tragen auch die Z 2 und 3 bei. Aber nicht jede Benutzung von Geräten soll die Einstufung als Überlassung zur Folge haben, sondern nur jene, die bei

Würdigung aller Umstände des konkreten Falles das Vorliegen des Tatbestandes der Überlassung von Arbeitskräften erhärtet.
Eine ergänzende Verwendung von Material oder Werkzeug des Werkbestellers, die in der Praxis aus Zweckmäßigkeitsgründen oft unvermeidlich ist, wird zugestanden. Dasselbe gilt für Weisungen des Werkbestellers, mit denen im Regelfall zu rechnen ist, z.B. die Zuweisung von Räumlichkeiten, die Einschärfung besonderer Rücksichtnahme auf bestehende Einrichtungen, die Warnung vor Gefahrenquellen, schließlich auch vertraglich vereinbarte Spezifikationen, wie etwa die Mitteilung von Wünschen hinsichtlich der farblichen Gestaltung, die Auswahl unter mehreren möglichen Varianten (etwa welche Fliesen, Tapeten, Furniere Verwendung finden sollen) usw. Die zur Erstellung des Werkes erforderlichen fachlichen, organisatorischen oder zeitlichen Dispositionen müssen jedoch beim Werkunternehmer verbleiben.
Durch das in Z 4 genannte Erfordernis der Haftung des Werkunternehmers für den Erfolg der Werkleistung soll klargestellt werden, dass der Werkunternehmer die Gefahr für das von ihm beigestellte Material und für das Werk bis zur Übernahme trägt."

V.2.3. Der *Verwaltungsgerichtshof* hat sich anhand dieser gesetzlichen Bestimmung bereits mehrfach mit der Frage des Vorliegens einer Arbeitskräfteüberlassung auseinandergesetzt:

„Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist zufolge § 4 Abs. 1 AÜG der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.
Nach Abs. 2 dieser Gesetzesstelle liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträge 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.
Wie der VwGH wiederholt dargelegt hat (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 17.11.1994, Zl. 94/09/0223, und vom 21.3.1995, Zl. 94/09/0097) ist für die Abgrenzung zwischen Werkverträgen, deren Erfüllung im Wege einer Arbeitskräfteüberlassung iSd AÜG stattfindet, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, grundsätzlich eine Gesamtbetrachtung der Unterscheidungsmerkmale notwendig. Das Vorliegen einzelner, auch für das Vorliegen eines Werkvertrages entsprechender Sachverhaltselemente ist in diesem Sinne nicht ausreichend, wenn sich aus den Gesamtumständen unter Berücksichtigung der jeweiligen wirtschaftlichen Interessenlage Gegenteiliges ergibt (vgl. das hg. Erkenntnis v. 19.09.1998, Zl. 97/09/0150). Es kann Arbeitskräfteüberlassung iSd § 4 Abs. 2 AÜG aber auch vorliegen, wenn keine organisatorische Eingliederung der Arbeitskräfte in den Betrieb des Werkbestellers besteht, stellt doch dieses Tatbestandsmerkmal (iSd Z 3 leg.cit.) nur eines von vier möglichen Merkmalen der Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte dar (vgl. hiezu die hg. Erkenntnisse v. 17.07.1997, Zl. 95/09/0218, v. 18.03.1998, Zl. 96/09/0131, und vom 22.10.1996, Zl. 94/08/0178) [VwGH 18.11.1998, 96/09/0281].

Ist der Tatbestand auch nur einer der vier Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG erfüllt, liegt eine Arbeitskräfteüberlassung iSd AÜG vor, selbst wenn die zugrunde liegende Vereinbarung zivilrechtlich als Werkvertrag einzustufen wäre (ständige Judikatur; vgl. jüngst den hg. Beschluss v. 21.07.2016, Zl. Ra 2016/11/0090, mit Verweisen auf die hg. Erkenntnisse v. 10.03.1998, Zl. 95/08/0345, v. 18.04.2002, Zl. 2002/09/0063, und vom 19.05.2014, Zl. Ro 2014/09/0026) [VwGH 06.09.2016, Ra 2016/11/0110]."

V.2.4. Zu Montagearbeiten führte der *Verwaltungsgerichtshof* im Speziellen aus:

„Der Bf bringt vor, dass keine Dienstverträge, sondern Werkverträge vorgelegen seien. Dazu ist festzuhalten, dass bereits nach den ‚Auftragsschreiben' die Tätigkeit von J.L. und M.L. in der Montage von Sprinkleranlageteilen einschließlich der erforderlichen Anpassarbeiten und Errichtung von Zwischenstücken bestand. Diese Tätigkeit wurde auch von der belangten Behörde festgestellt und vom Bf nicht bestritten. Auch wenn die Gesamtheit der Montagearbeiten bei Errichtung einer Sprinkleranlage auf einzelne Arbeitspartien aufgeteilt wird, die jeweils einen bestimmten Ausschnitt der erforderlichen Arbeit besorgen, so liegt doch in der Montage der gesamten Sprinkleranlage das Werk, dessen Herstellung der Auftragnehmer seinem Auftraggeber schuldet, während die einzelnen manuellen Beiträge der Monteure zu diesem Werk nicht in sich geschlossene Einheiten darstellen, sondern den Charakter von Dienstleistungen aufweisen. Ob diese Dienstleistungen in persönlicher Abhängigkeit oder im Rahmen eines freien Dienstvertrages erbracht werden, hängt davon ab, ob die betreffenden Monteure in den Belangen der Arbeitszeit, des Arbeitsortes und des arbeitsbezogenen Verhaltens den Weisungen des Herstellers unterliegen oder nicht (vgl. das eine Lüftungsanlage betreffende Erkenntnis v. 17.01.1995, Zl. 93/08/0092, sowie das Erkenntnis vom 19.01.1999, Zl. 96/08/0350) [VwGH 18.02.2009, 2007/08/0041]."

Der Verwaltungsgerichtshof nahm unter Zugrundelegung seiner bisherigen Rechtsprechung somit nur dann einen Werkvertrag an, wenn die Verpflichtung zur Erbringung einer geschlossenen Einheit bereits im Vertrag individualisiert und konkretisiert wurde und erläuterte dies an einem Beispiel. Wer sich etwa dazu verpflichtete, eine näher umschriebene Lüftungsanlage zu errichten, schloss einen Werkvertrag. Vergab er in der Folge jedoch die dazu erforderlichen Montage-arbeiten an verschiedene Arbeitsgruppen, dann waren dies nicht mehr Werk- sondern Dienstverträge [Tomandl, Arbeitskräfteüberlassung[2], 20].

V.2.5. Auch der *Gerichtshof der Europäischen Union* hat Grundsätze für die Unterscheidung zwischen Entsendungen und Arbeitskräfteüberlassungen gebildet:
„Unter diesen Umständen ist die erste Frage so zu verstehen, dass das vorlegende Gericht wissen möchte, auf welche Gesichtspunkte bei einem Vertragsverhältnis wie dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden abzustellen ist für die Feststellung, ob dieses Vertragsverhältnis als Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 einzustufen ist.
Insofern ergibt sich aus dem Urteil Vicoplus u.a. (C-307/09 – C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 51), dass eine Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 vorliegt, 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 Aufgabe unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnehmen.

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. Dem zufolge 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.

Im vorliegenden Fall ist es Sache des nationalen Gerichts, den Umfang der jeweiligen Pflichten der Vertragsparteien zu prüfen, um festzustellen, welche Partei die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung dieser Leistung zu tragen hat, wobei der Umstand, dass die Vergütung des Dienstleistungserbringers nicht von der Menge des verarbeiteten Fleisches, sondern auch von dessen Qualität abhängt, darauf hindeutet, dass der Dienstleistungserbringer zur ordnungsgemäßen Ausführung dieser Leistung verpflichtet ist. Zudem kann der Umstand, dass es dem Dienstleistungserbringer frei steht, die Zahl der Arbeitnehmer zu bestimmen, deren Entsendung in den Aufnahmemitgliedstaat er für sachgerecht hält – was nach den Bemerkungen, die die Beklagten des Ausgangsverfahrens in der mündlichen Verhandlung gemacht haben, im Ausgangsverfahren der Fall zu sein scheint -, 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 liefen 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 diesem Mitgliedstaat ist.

Was sodann die dritte Voraussetzung angeht, die der Gerichtshof im Urteil Vicoplus u.a. (C-307/09 – C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 51), aufgestellt hat, so ist, wie die Generalanwältin in Nr. 55 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, zwischen der

Beaufsichtigung und Leitung der Arbeitnehmer selbst und der vom Kunden durchgeführten Überprüfung der ordnungsgemäßen Erfüllung eines Dienstleistungsvertrages 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 – C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 51) genannten Voraussetzung verbunden ist, sofern der Dienstleistungserbringer seinen Arbeitnehmern die genauen und individuellen Anweisungen erteilt, die er für die Ausführung der betreffenden Dienstleistungen für erforderlich hält (EuGH 18.06.2015, C-586/13, Martin Meat Kft; vgl. auch Vicoplus, C-307/09, C-308/09, C-309/09 v. 10.02.2011)."

V.2.6. Inzwischen befasste sich der *Verwaltungsgerichtshof* in seiner jüngsten Rechtsprechung (vgl. VwGH 22.08.2017, Ra 2017/11/0068 sowie 20.09.2017, Ra 2017/11/0016 und Ra 2017/11/0024) mit dieser Judikatur des EuGH und hielt dazu – in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung – Nachfolgendes fest:

„24 Unter Bezugnahme auf diese Gesetzesmaterialien hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 22. Oktober 1996, Zl. 94/08/0178, (soweit überblickbar erstmals in dieser Deutlichkeit) zu § 4 AÜG ausgeführt, dass ‚dem wahren wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitnehmerüberlassung vorliegen kann, und zwar dann, wenn es den Vertragspartnern nach der atypischen Gestaltung des Vertragsinhaltes erkennbar gerade auf die Zurverfügungstellung von dessen Arbeitskräften ankommt. Wann dies (jedenfalls) der Fall ist, legt § 4 Abs. 2 AÜG typisierend (nach der Art unwiderleglicher Vermutungen) fest. Bei Erfüllung eines dieser Tatbestandsmerkmale (und zwar jedes einzelnen: arg. ‚oder') liegt jedenfalls dem wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des § 3 Abs. 1 AÜG durch den Werkunternehmer als Überlasser im Sinne des § 3 Abs. 2 AÜG (der insofern die überlassenen Arbeitskräfte mittelbar zur Arbeitsleistung an den Beschäftiger verpflichtet) an den Werkbesteller als Beschäftiger im Sinn des § 3 Abs. 3 AÜG vor.'
25 Diese Rechtssätze wurden vom Verwaltungsgerichtshof in der Folge seiner ständigen Rechtsprechung zugrunde gelegt (vgl. aus vielen etwa die hg. Erkenntnisse vom 10. März 1998, Zl. 95/08/0345, vom 19. Mai 2014, Zl. Ro 2014/09/0026, mit zahlreichen Verweisen auf die Vorjudikatur, und vom 21. Juli 2016, Zl. Ra 2016/11/0090), und wiederholend ausgeführt, dass bei Erfüllung auch nur eines der in § 4 Abs. 2 Z 1 bis 4 AÜG genannten Tatbestandsmerkmale dem wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitskräfteüberlassung im Sinn des § 3 Abs. 1 AÜG durch den Werkunternehmer als Überlasser im Sinn des § 3 Abs. 2 AÜG (der insofern die überlassenen Arbeitskräfte mittelbar zur Arbeitsleistung an den Beschäftiger verpflichtet) an den Werkbesteller als Beschäftiger im Sinn des § 3 Abs. 3 AÜG jedenfalls vorliegt. Einer Gesamtbeurteilung des Sachverhalts im Sinn des § 4 Abs. 1 AÜG bedürfe es nur dann, wenn durch den Tatbestand keine der vier Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG (in Verbindung mit dem Einleitungssatz dieser Bestimmung) zur Gänze erfüllt sei (vgl. etwa das zitierte Erkenntnis Zl. Ro 2014/09/0026).
26 Wie die Revision zutreffend ausführt, ist die gegenständlich entscheidende Rechtsfrage, ob es sich bei dem Vertragsverhältnis zwischen der L. Kft. und der M. GmbH um einen (‚echten') Werkvertrag oder um einen Vertrag 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.

27 Von der Richtlinie 96/71 erfasst ist sowohl (Art. 1 Abs. 3 lit. a) die grenzüberschreitende Entsendung eines Arbeitnehmers durch ein Unternehmen, um einen von diesem Unternehmen eingegangenen Werkvertrag zu erfüllen, als auch (Art. 1 Abs. 3 lit. c) - insoweit im Einklang mit dem AÜG (*Tomandl*, AÜG, 3. Auflage (2017), S. 37) - die grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung, nämlich die grenzüberschreitende Entsendung eines Arbeitnehmers durch ein Unternehmen zum Zwecke (lediglich) der Überlassung an ein anderes (den Arbeitnehmer verwendendes) Unternehmen (vgl. dazu auch die hg. Erkenntnisse vom 6. November 2012, Zl. 2012/09/0130, und vom 19. März 2014, Zl. 2013/09/0159).

28 Vor diesem rechtlichen Hintergrund sind die Kriterien, die für die Arbeitskräfteüberlassung iSd Art. 1 Abs. 3 lit. c der Richtlinie 96/71 entscheidend sind, insofern auch maßgebend für die Beurteilung, ob (grenzüberschreitende) Arbeitskräfteüberlassung iSd §§ 3 und 4 AÜG vorliegt, als nur bei Übereinstimmung mit den unionsrechtlichen Vorgaben eine uneingeschränkte Anwendung des AÜG in Betracht kommt.

29 Im vorliegenden Fall hat sich das Verwaltungsgericht bei der Beurteilung, ob Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, zwar auf die zitierte hg. Judikatur zu § 4 AÜG bezogen und seine Ansicht, dass gegenständlich Arbeitskräfteüberlassung vorliege, ausschließlich auf die Erfüllung des § 4 Abs. 2 Z 2 AÜG gestützt (die Arbeiten seien nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers geleistet worden). Der Einwand des Revisionswerbers, dass das in der letztgenannten Bestimmung genannte Kriterium - aus unionsrechtlicher Sicht - nach aktueller Judikatur des EuGH im Urteil vom 18. Juni 2015 "Martin Meat" (C- 586/13) kein ausreichendes Abgrenzungskriterium darstelle und weitere Kriterien als entscheidend zu berücksichtigen seien, wurde vom Verwaltungsgericht keiner inhaltlichen Überprüfung unterzogen, sondern sinngemäß mit dem Hinweis verworfen, dass dieses Urteil für den vorliegenden Fall nicht einschlägig sei.

30 Damit hat das Verwaltungsgericht die Rechtslage verkannt. 31 Der EuGH hat im Urteil ‚Martin Meat' vom 18. Juni 2015, C-586/13, wie folgt ausgeführt:

‚32 Unter diesen Umständen ist die erste Frage so zu
verstehen, dass das vorlegende Gericht wissen möchte, auf welche Gesichtspunkte bei einem Vertragsverhältnis wie dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden abzustellen ist für die Feststellung, ob dieses Vertragsverhältnis als Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 einzustufen ist.

33 Insoweit ergibt sich aus dem Urteil Vicoplus u.a. (C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 51), dass eine Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 vorliegt, 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.

34 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.

35 Hierbei ist zu beachten, dass ein Dienstleistungserbringer grundsätzlich eine Leistung erbringen muss, die mit den Vorgaben des Vertrags übereinstimmt, so dass 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.

36 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.

37 Im vorliegenden Fall ist es Sache des nationalen Gerichts, den Umfang der jeweiligen Pflichten der Vertragsparteien zu prüfen, um festzustellen, welche Partei die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung dieser Leistung zu tragen hat, wobei der Umstand, dass die Vergütung des Dienstleistungserbringers nicht nur von der Menge des verarbeiteten Fleisches, sondern auch von dessen Qualität abhängt, darauf hindeutet, dass der Dienstleistungserbringer zur ordnungsgemäßen Ausführung dieser Leistung verpflichtet ist.

38 Zudem kann der Umstand, dass es dem Dienstleistungserbringer freisteht, die Zahl der Arbeitnehmer zu bestimmen, deren Entsendung in den Aufnahmemitgliedstaat er für sachgerecht hält - was nach den Bemerkungen, die die Beklagten des Ausgangsverfahrens in der mündlichen Verhandlung gemacht haben, im Ausgangsverfahren der Fall zu sein scheint -, 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.

39 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.

40 Was sodann die dritte Voraussetzung angeht, die der Gerichtshof im Urteil Vicoplus u.a. (C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 51) aufgestellt hat, so ist, wie die Generalanwältin in Nr. 55 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, 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.
41 Nach alledem ist auf die erste Frage zu antworten, dass für die Feststellung, ob ein Vertragsverhältnis wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende als Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 einzustufen ist, jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen ist, ob der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat den eigentlichen Gegenstand der Dienstleistung, auf den sich dieses Vertragsverhältnis bezieht, darstellt oder nicht. Einen Hinweis darauf, dass ein solcher Wechsel nicht der eigentliche Gegenstand der betreffenden Dienstleistung ist, stellen grundsätzlich u.a. der Umstand dar, dass der Dienstleistungserbringer die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich vereinbarten Leistung trägt, sowie der Umstand, dass es dem Dienstleistungserbringer freisteht, die Zahl der Arbeitnehmer zu bestimmen, deren Entsendung in den Aufnahmemitgliedstaat er für sachgerecht hält. Hingegen erlaubt der Umstand, dass das Unternehmen, dem die betreffende Leistung zugutekommt, kontrolliert, ob diese vertragsgemäß ist, oder allgemeine Anweisungen an die Arbeitnehmer des Dienstleistungserbringers erteilen kann, als solcher nicht die Schlussfolgerung, dass eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt.‘
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 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).
33 Im Speziellen sind dabei entsprechend dem Urteil ‚Martin Meat‘ die Fragen, ob die Vergütung/das Entgelt auch von der Qualität der erbrachten Leistung abhängt bzw. wer die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich festgelegten Leistung trägt (Rn 35 ff des EuGH-Urteils), ob also der für einen Werkvertrag essenzielle ‚gewährleistungstaugliche‘ Erfolg vereinbart wurde (vgl. abermals das zitierte hg. Erkenntnis Zl. 2012/09/0130, mwN), wer die Zahl der für die Herstellung des Werkes jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer bestimmt (Rn 38) und von wem die Arbeitnehmer die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung ihrer Tätigkeiten erhalten (Rn 40 des EuGH-Urteils), von entscheidender Bedeutung.“

V.2.7. Zur Rechtslage im konkreten Fall ist im Wege einer Gesamtbetrachtung gemäß § 4 Abs. 1 AÜG Nachfolgendes auszuführen:

Zunächst werden in § 4 Abs. 2 Z 1 bis Z 4 AÜG vier alternative Kriterien dargestellt, die für das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung sprechen.

Gemäß Z 1 liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch dann vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber kein von den Produkten, Dienstleistungen und

Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken.

Im vorliegenden Fall haben die im Spruch genannten drei Arbeiter nicht gemeinsam mit weiteren Arbeitern des Bf im Verbund gearbeitet. Sie waren auch nicht in den Betrieb des Unternehmens des Bf eingebunden. Ebenso wenig haben diese gemeinsam ein Produkt hergestellt. Vielmehr verrichtete die P G A Kft. die Kabelverlegungsarbeiten; die H B Kft. die Montage der Brandmelder.

Die letztendlichen Anweisungen dazu stammten von dem jeweiligen Unternehmen selbst und nicht vom Bf. So gab der Zeuge I P jun. an, die Anweisungen von der Geschäftsführerin der H B Kft. erhalten zu haben bzw. der Zeuge I P sen. diese vom Geschäftsführer der P G A erhalten zu haben.

Insgesamt wurde daher Gewerke erstellt, die voneinander abgegrenzt werden können. Diese Arbeiter haben somit nicht ein Produkt erstellt, welches vom Unternehmen des Bf zu produzieren gewesen wäre, sondern voneinander unabhängige Produkte.

Gemäß Z 2 leg. cit. liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch dann vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten.

Im vorliegenden Fall wurde das Material – soweit ersichtlich – von der S S GmbH – zur Verfügung gestellt, nämlich das Installationsmaterial und auch die Brandmelder. Dieses Material stammte somit weder vom Unternehmen des Bf noch von den von ihm beauftragten Unternehmen.

Gemäß Z 3 leg. cit. liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch dann vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterliegen.

Im vorliegenden Fall erfolgte auch keine Eingliederung der Arbeiter in den Betrieb des Bf. Diese wurden auch nicht von den beiden u Unternehmen zunächst an das Unternehmen des Bf überlassen und von diesem dann zur Erfüllung des Auftrages mit der S S GmbH nach Österreich entsendet. Auch Anweisungen durch den Bf oder andere Arbeiter seines Unternehmens erfolgten nicht. Auch die sonstige Organisation, wie die Einteilung der Arbeitszeiten oder die Bezahlung des Lohnes, erfolgte durch die jeweiligen Unternehmen.

Gemäß Z 4 leg. cit. liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch dann vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Leistung haftet.

Im vorliegenden Fall können zu den Gewährleistungs- und Haftungsregeln keine detaillierten Feststellungen getroffen werden.

Zumindest lassen sich diese aus dem Vertrag zwischen dem Unternehmen des Bf und der P G A Kft. erschließen. Unter Punkt 4 wurde festgehalten, dass der Auftragnehmer „anerkennt, dass er für die Leistung der oben genannten Arbeiten entsprechende Berechtigungsscheine hat und die Arbeit auf höchstem Niveau und mit entsprechenden Fachkenntnissen mit Einhalten der Arbeits- und Arbeitssicherheitsvorschriften ausführen wird.“ Explizit als Leistungsort wurde die verfahrensgegenständliche Baustelle genannt. Dem Vertrag wurde u Recht zugrunde gelegt. In rechtlicher Hinsicht lässt sich daraus die Haftung der P G A Kft. ableiten.

Insgesamt sind daher die Kriterien des § 4 Abs. 2 Z 1 bis Z 4 AÜG erfüllt. Im Wege einer Gesamtbetrachtung kann aufgrund des (noch) feststellbaren Sachverhaltes – immerhin sind seit 7. Oktober 2015 beinahe drei Jahre vergangen – nur noch ein Werkvertrag zwischen dem Unternehmen des Bf und den beiden weiteren ungarischen Unternehmen als erwiesen angenommen werden.

Auch im Hinblick auf die oben dargestellte Rechtsprechung des EuGH ist letztlich auszuführen, dass die genannten Arbeitnehmer nicht von den beiden weiteren Unternehmen an das Unternehmen des Bf überlassen und sodann von diesem nach Österreich entsendet wurden, sondern dass die drei Arbeitnehmer direkt von den jeweiligen Unternehmen nach Österreich entsendet wurden. Dies ergibt sich auch in einer wertenden Gesamtschau im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH.

V.2.8. Gemäß § 38 VwGVG iVm § 44a VStG ist die als erwiesen angenommene Tat der den Deliktstatbestand erfüllende Sachverhalt. Der Bf hat in diesem Sinn das Recht, dass ihm die Tat richtig und vollständig vorgeworfen wird (VwGH 8.8.2008, 2008/09/0042). Die Umschreibung dieser Tat hat bereits im Spruch zu erfolgen und muss so präzise sein, dass der Beschuldigte nicht der Gefahr der Doppelbestrafung ausgesetzt ist und er sich entsprechend verteidigen kann (siehe statt vieler VfSlg. 11.894 A/1985).

Die Tat muss somit alle Tatbestandselemente umfassen und darf keinen Zweifel daran lassen, wofür der Täter bestraft worden ist (VwGH 23.4.2008, 2005/03/0243). Ungenauigkeiten haben nur dann keinen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit des Strafbescheides, wenn dadurch keine Beeinträchtigung der

Verteidigungsrechte des Beschuldigten und keine Gefahr der Doppelbestrafung bewirkt werden (VwSlg. 15.745 A/2001).

Das Nachschärfen der Umschreibung der Tat ist vor dem Hintergrund des Schutzzweckes des § 38 VwGVG iVm § 44a VStG begrenzt und darf die Tat einerseits nicht ausgetauscht werden (z.B. VwGH 27.2.2015, 2011/17/0131) und ist andererseits ein Ergänzen bzw. Nachschärfen der Tat nur im Rahmen der Verfolgungsverjährung zulässig (z.B. VwGH 10.12.2008, 2004/17/0226).

V.2.9 Im Ergebnis war daher nicht – wie von der Abgabenbehörde angezeigt und von der belangten Behörde vorgeworfen – von einer Entsendung durch den Bf auszugehen, sondern von einer Entsendung durch die beiden weiteren ungarischen Unternehmen. Die fehlenden Unterlagen iSd § 7f AVRAG wären daher nicht vom Bf, sondern von den beiden weiteren ungarischen Unternehmen für ihre jeweiligen Arbeitnehmer nachzureichen gewesen. Ein Verstoß gegen diese Verpflichtung wäre daher gegenüber den jeweiligen zur Vertretung nach außen berufenen Organen dieser Unternehmen zu verfolgen gewesen.

V.3. Nachdem somit bereits feststeht, dass die gegenüber dem Bf erhobenen Tatvorwürfe nicht zu Recht bestehen, war auf dessen weitere Argumente nicht mehr einzugehen.

V.4. Zusammengefasst war der Beschwerde stattzugeben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Der Bf hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde noch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu bezahlen (§ 52 Abs. 8 VwGVG).

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

VI.1. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

VI.2. Die vorliegende Entscheidung steht außerdem im Einklang mit der jüngsten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 22.08.2017, Ra 2017/11/0068; 20.09.2017, Ra 2017/11/0016; 20.09.2017,

Ra 2017/11/0024), die ihrerseits wiederum Deckung in der Rechtsprechung des EuGH findet (EuGH 10.02.2011, Vicoplus, Rs C-307/09, Rs C-308/09, Rs C-309/09; 18.06.2015, Martin Meat Kft, Rs C-586/13).

VI.3. Die vorliegende Entscheidung gründet ferner auf der konkreten Vertragsauslegung und auf den vorliegenden Beweisergebnissen sowie den in der öffentlichen mündlichen Verhandlung erörterten Dokumenten der Finanzpolizei, den Personenblätter, den vom Bf vorgelegten ergänzenden Unterlagen sowie den durchgeführten Zeugenvernehmungen. Bei der Auslegung von Verträgen handelt es sich stets um eine konkrete Beweiswürdigung sowie darauf aufbauende 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 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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Lidauer