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-301848/7/Kü/KaL

Datum:
Linz, 11. Dezember 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde des Ing. J B, vertreten durch P & M Rechtsanwälte, x, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 30. Jänner 2018, GZ: SanRB96-596-2016, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 21. November 2018

zu Recht:

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

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde, noch zum Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land (im Folgenden: belangte Behörde) vom 30. Jänner 2018, GZ: SanRB96-596-2016, wurden unter Spruchpunkt A) über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) in Verbindung mit § 7d Abs. 2 in Verbindung mit § 7i Abs. 4 Z 3 Arbeits-vertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), in neun Fällen Geldstrafen in der Höhe von jeweils 2.500 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit dieser Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 42 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von insgesamt 2.250 Euro vorgeschrieben.

Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf und Haftungsausspruch zugrunde:
„A)
Sie haben

am	um (von – bis Uhr)	in
25.08.2016	um 14:50 Uhr	Spar Zentrallager;
	(zum Kontrollzeitpunkt)	x

folgende Verwaltungsübertretung begangen:

Die B G m.b.H. mit Sitz in x, x, hat es in ihrer Eigenschaft als inländischer Beschäftiger im Zuge der grenzüberschreitenden Überlassung der Arbeitskräfte der E s.r.o. mit Sitz in x, x, x, an die B G m.b.H., unterlassen, auf der Baustelle beim Spar Zentrallager, x, x, am 25.08.2016, um 14:50 Uhr (zum Kontrollzeitpunkt), die Lohnunterlagen im Sinne des § 7d Abs. 1 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) zur Überprüfung des den überlassenen und nachstehend angeführten Arbeitnehmern für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache bereitzuhalten.

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

Bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung tritt die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohunterlagen den/die inländische/n Beschäftiger/in. Der/Die Überlasser/in hat dem/der Beschäftiger/in die Unterlagen nachweislich bereitzustellen (§7d Abs. 2 AVRAG).

Dies betrifft folgende (an die B G m.b.H. überlassene) Arbeitnehmer der E s.r.o.:

1. G H, geb. x
Staatsbürgerschaft: U
Arbeitsantritt: 01.05.2016

2. A K, geb. x
Staatsbürgerschaft: T R
Arbeitsantritt: 11.05.2016

3. M L, geb. x
Staatsbürgerschaft: T R
Arbeitsantritt: 18.04.2016

4. M P, geb. x
Staatsbürgerschaft: S R
Arbeitsantritt: 22.08.2016

5. J T, geb. x
Staatsbürgerschaft: T R
Arbeitsantritt: 22.08.2016

6. R T, geb. x
Staatsbürgerschaft: U
Arbeitsantritt: 18.04.2016

7. L V, geb. x
Staatsbürgerschaft: T R
Arbeitsantritt: 02.05.2016

8. P V, geb. x
Staatsbürgerschaft: T R
Arbeitsantritt: 18.04.2016

9. D V, geb. x
Staatsbürgerschaft: S R
Arbeitsantritt: 22.08.2016

Sie sind als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als nach außen zur Vertretung Berufener und mangels Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 Abs. 2 und Abs. 3 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) als gemäß § 9 Abs. 1 VStV verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher der B G m.b.H. für diese Verwaltungsübertretung verantwortlich.
[...]

B) Die Firma B G m.b.H. mit Sitz in x, x, haftet für die im Spruchpunkt A) verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten zu ungeteilter Hand.

Rechtsgrundlage
§ 9 Abs. 7 Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG [...]“

I.2. Dagegen richtet sich die vom Bf rechtzeitig eingebrachte Beschwerde, mit der die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens beantragt werden.

Begründend wird zusammengefasst im Wesentlichen ausgeführt, dass die B G m.b.H. als zuständiger Teilgeneralunternehmer mit mehreren Subunternehmen, unter anderem mit der E s.r.o. Werkverträge geschlossen hätte, wie es der gängigen Praxis im Baubereich entspreche.
Der organisatorische Ablauf entspreche dem eines klassischen Werkvertrages und keinesfalls einer Arbeitskräfteüberlassung. Die E s.r.o. hätte sämtliche Arbeiten ausschließlich selbstständig, eigenverantwortlich und auf eigenes kaufmännisches Risiko durchgeführt. Insbesondere hätte sie das gesamte Personal, alle relevanten Betriebsmittel (wie insbesondere das gesamte Werkzeug) sowie die vollständige Organisationsstruktur ausschließlich selbst bereitgestellt. Die Zahl der für die Herstellung des Werkes konkret eingesetzten Arbeitnehmer sei ausschließlich von E s.r.o. bestimmt worden. Genaue und individuelle Weisungen für die Ausübung ihrer Tätigkeiten hätten die Arbeitnehmer ausschließlich von der E s.r.o., nämlich von deren Vorarbeiter erhalten und seien die Arbeiten ausschließlich mit eigenem Werkzeug von der E s.r.o. ausgeführt worden. Im Werkvertrag werde auch klar festgehalten, dass hinsichtlich der von E s.r.o. durchzuführenden Arbeiten die Gewährleistungsbestimmungen der einschlägigen ÖNORMEN anzuwenden seien und hätte die B G m.b.H. daher umfassende Gewährleistungsansprüche gegenüber E s.r.o. Im Werkvertrag sei auch vereinbart, dass die Abrechnung der Werkleistungen ausschließlich auf Basis der von E s.r.o. tatsächlich installierten Quadrat- bzw. Laufmeter (also nach dem tatsächlich erbrachten Werk) erfolge und nicht etwa nach Arbeitsstunden. Die vom Werkunternehmer im vorliegenden Fall erbrachten Dienstleistungen wären überaus umfangreiche und komplexe Arbeiten und daher zweifellos als unterscheidbares Werk zu qualifizieren. Im vorliegenden Fall wäre keine organisatorische Eingliederung der Dienstnehmer des Werkunternehmers in den Betrieb des Werkbestellers vorgelegen. Der Werkbesteller hätte gegenüber dem Werkunternehmer keinerlei Werkzeug bereitgestellt. Der Werkunternehmer hätte im vorliegenden Fall gegenüber dem Werkbesteller eindeutig für den Erfolg der Werkleistung gehaftet. Es seien somit keine Elemente einer Arbeitskräfteüberlassung gegeben.
Unabhängig vom Nichtvorliegen einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfte-überlassung könne dem Bf auch kein Verschulden angelastet werden, da sämtliche von E s.r.o. erhaltenen Unterlagen jeweils innerhalb der von der Finanzpolizei gesetzten Frist bereitgestellt bzw. in elektronischer Form zugänglich gemacht worden wären. Über weitere Unterlagen betreffend die im Straferkenntnis angeführten Arbeiter von E s.r.o. hätte die B G m.b.H. zum damaligen Zeitpunkt selbst nicht verfügt.
Schließlich wären der belangten Behörde im Ermittlungsverfahren mehrere wesentliche Verfahrensfehler unterlaufen und weise das gegenständliche

Straferkenntnis massive Begründungsmängel auf und sei mit einer gravierenden inhaltlichen Rechtswidrigkeit behaftet.

I.3. Mit Schreiben vom 7. März 2018 hat die belangte Behörde die Beschwerde samt Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt. Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 21. November 2018 an welcher der Rechtsvertreter des Bf gemeinsam mit Ing. M S, einem informierten Vertreter der B G m.b.H., der Verantwortliche der E s.r.o. samt Rechtsvertreter sowie zwei Vertreter des Finanzamtes teilgenommen haben. Zeugenschaftlich wurde C T einvernommen.

II.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem relevanten Sachverhalt aus:

Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der B G m.b.H. mit Sitz in x, x.

Unternehmensgegenstand der B G m.b.H. ist die Produktion von Dach-, Wand- und Fassadenpaneelen sowie die Montage dieser Produkte samt Systemzubehör. Die Produkte der B G m.b.H. werden insbesondere für den Kühl-, Tiefkühl-, Industrie- und Agrarhallenbau sowie zur Herstellung von Kühlzellen-, Kühlraumtüren- und EPS-Produkten eingesetzt. 90 % der von der B G m.b.H. hergestellten Produkte gehen in das Liefergeschäft und die restlichen 10 % der hergestellten Paneele werden von dem Unternehmen selbst montiert, wobei kleine Aufträge mit Eigenpersonal durchgeführt werden und bei Großprojekten Subunternehmen beigezogen werden. Das Unternehmen hat hiefür ca. 170 Personen als Montagepersonal angestellt.

Am 25. August 2016 führten Organe der Finanzpolizei beim Bauvorhaben Zentrallager der Spar Österreichische Warenhandels-AG Spar in x, x, eine Kontrolle durch. Bei dieser Kontrolle wurden neun Arbeiter der Firma E s.r.o. mit dem Sitz in x, x bei Montagearbeiten (Winkelmontage) und beim Kleben von Glasboards am Dach angetroffen. Von der B G m.b.H. waren zwei Arbeiter und zwar Herr C T und Herr D auf der Baustelle anwesend.

Zur gegenständlichen Baustelle ist festzuhalten, dass die B G m.b.H. im Jahr 2015 von der Spar Österreichische Warenhandels-AG als Teil-Generalunternehmer mit der Abwicklung von mehreren Bauabschnitten beim Um- und Neubau des Zentrallagers in M beauftragt wurde.

Konkret war die B G m.b.H. betreffend den Umbau eines Trockenkühllagers, einer Fleischkühlanlage und einer Fleischproduktionshalle sowie den Neubau eines großflächigen Hochregallagers, eines Konferenzraums sowie eines Bürogebäudes für die Installation der gesamten Fassaden- und Dachverkleidungen im Ausmaß von über 20.000 m² zuständig. Zudem hatte die B G m.b.H. bei sämtlichen dieser Bauwerke den vollständigen Innenausbau mit Innenelementwänden, Fenstern und Türen abzuwickeln sowie anschließend die Ausstattung der Innenräume mit speziellen Hygieneelementen (GFK-Platten) zu bewerkstelligen. An der neu errichteten Lagerhalle war die B G m.b.H. darüber hinaus für die Errichtung einer entsprechenden Sub-Unterkonstruktion in Stahlbauweise, auf der in weiterer Folge sämtliche Bauteile zu montieren waren, verantwortlich.
Die Produktion der Paneele sowie der Elementwände führte die B G m.b.H. ausschließlich in ihrer Produktionsstätte in M durch. Nach Fertigstellung der Hallenunterkonstruktion begannen im Frühling 2016 jene Bauabschnitte, für welche die B G m.b.H. als Teil-Generalunternehmer vor Ort auf der Baustelle zuständig war. Neben zahlreichen weiteren Tätigkeiten fielen in diesen Bereich auch die Herstellung der Sub-Unterkonstruktion sowie die Montage der Fassaden- und Dachpaneele.
Für die Abwicklung dieser Aufgabenbereiche musste die B G m.b.H. mehrere Subunternehmen beauftragen. So wurden etwa für die Stahlbauarbeiten die H S GmbH und die D M GmbH beigezogen, die Herstellung und Montage von Fensterbeschlägen erledigte die M B GmbH, mit den Dachdichtungsarbeiten wurde die M. R GmbH beauftragt.
Für die Montage der Fassaden-unter Dachpaneele wurde ebenfalls ein Werkvertrag mit einem Professionisten, und zwar der E s.r.o. geschlossen.

Bei der E s.r.o. mit Sitz in x, x, T R, waren in den Jahren 2016 und 2017 rund 100 bis 150 Arbeitnehmer beschäftigt. Dieses Unternehmen verfügt über die Gewerbeberechtigungen Schlosserei, Werkzeugbau und Vorbereitung- und Abschlussbauarbeiten, sowie spezialisierte Bautätigkeiten. Seit 1. Jänner 2018 befindet sich dieses Unternehmen in Liquidation.

Die B G m.b.H. hat mit der E s.r.o. mit 25.05.2016 datierte Werkverträge (bezeichnet als Auftragserweiterung 01 bis 03) über die Montage von Paneelen (innen) und Montage von Verwinkelung (innen) abgeschlossen. In diesen Werkverträgen werden die Quadratmeter für die Montage der Isolierpaneele und die Laufmeter für die Montage der Verwinkelung jeweils mit entsprechenden Preisen ausgewiesen. Zudem sind die Termine für den Montagestart und das voraussichtliche Ende vorgegeben. Festgelegt ist das alle Termine und Zwischentermine der Ö-Norm B 2110 festgelegten Konventionalstrafe unterliegen und die Gewährleistung fünf Jahre nach VOB beträgt. Die Abrechnung erfolgt entsprechend der Vereinbarung nach Aufmaß.

Der Inhalt des Werkvertrages „Auftragerweiterung 1“ lautet auszugsweise wie folgt, wobei die aufgelisteten Preise nicht wiedergegeben werden:

„GEWERK: MONTAGE VON PANEELEN/MONTAGE VON VERWINKELUNG

Vergabe-LV	Menge	Einheitspreis	EUR	Gesamtpreis
Hauptauftrag	1 Stk.	xxx		€ xxx
Montage isolierpaneele	650 m²	xxx	EUR	€ xxx
Montage Verwinkelung	1400 lfm	xxx	EUR	€ xxx
ANGEBOTSSUMME NETTO:			EUR	€ xxx
NACHLASS (in %):				
VOAUSMASSPREIS	NETTO*		EUR	
ZUZÜGLICH MWST (in %)				
AUFTRAGSSUMME BRUTTO (INKL.MWST/UST)			EUR	€ xxx

DER AUFTRAGGEBER BEAUFTRAGT DEN AUFTRAGNEHMER MIT DER DURCHFÜHRUNG DER MONTAGE. DIE MONTAGE DER ELEMENTE ERFOLGT DURCH DEN AN EIGEN-VERANTWORTLICH; DURCH DEN AUFTRAGGEBER WIRD LEDIGLICH EIN AUFSICHTS-FÜHRER ZUR GESAMTKOORDINATION UND BEAUFSICHTIGUNG DER ARBEITEN ZUR VERFÜGUNG GESTELLT!

1. PREISE

1.1. Die vom AN offerierten Einheitspreise werden als Festpreise anerkannt.

2. ZAHLUNGSBEDINGUNGEN

2.1. Rechnungsprüffrist: 0 Tage

2.2. Die Zahlungsfrist beginnt nach Ablauf der Prüffrist:
Zahlung prompt abzüglich 0 % Skonto

2.3. Zahlungsplan:
Teilrechnungen nach Baustellenfortschritt
Schlussrechnung nach Abnahme durch den Bauherrn

Die Abrechnung erfolgt nach Aufmaß

2.4. Umsatzsteuer:
Der AG ist im Sinne des § 19 Abs. 1a UStG 1994 ein Unternehmer der üblicherweise Bauleistungen erbringt.

3. TERMINE

Montagestart	KW 25/2016
Montageende voraussichtlich	KW 38/2016

Sofern keine anderslautenden Vereinbarungen getroffen wurden, sind Betriebsunterbrechungen ausgeschlossen. Alle Termine, auch Zwischentermine unterliegen der in der Ö-Norm B 2110 festgelegten Konventionalstrafe.

4. GEWÄHRLEISTUNG

Die Gewährleistung beträgt 5 Jahre nach VOB

5. VERSICHERUNG

Versicherung / Polizze Nr.: / Deckungssumme € 1.500.000,-
Eine Kopie der Versicherungspolizze ist vor WV-Unterzeichnung vorzulegen.

6. AUFTRAGSGRUNDLAGEN

Folgende Vertragsgrundlagen, die integrierender Bestandteil des Vertrages sind, haben in nachstehender Reihenfolge Gültigkeit:

a) der Werkvertrag mit allen darin enthaltenen Abmachungen,
b) das Angebot des AN,
c) die Ö-NORMEN in ihrer jeweiligen neuesten Fassung bzw. soweit nicht vorhanden, die entsprechenden DIN-Normen; in Deutschland die DIN-Normen und die VOB,
d) die gesetzlichen Bestimmungen, z.B. in A: ABGB, in D: BGB, AGB;

8. SONSTIGE BEDINGUNGEN

keine“

Seitens der B G m.b.H. war beim gegenständlichen Bauvorhaben Herr C T als Bauleiter im Einsatz, eigenes Montagepersonal setzte das Unternehmen bei diesem Projekt nicht ein.

Von der E s.r.o. waren neben dem Vorarbeiter Milan Lechner noch acht Arbeitnehmer am Kontrolltag auf der Baustelle im Arbeitseinsatz. Zwischen diesen Arbeitnehmern und der E s.r.o. bestanden Arbeitsverträge und waren diese in Tschechien zur Sozialversicherung angemeldet. Bei der Kontrolle am 25.08.2016 konnten für sämtliche anwesenden Arbeiter der E s.r.o. Meldungen über die Entsendung nach Österreich (ZKO3-Meldungen) und A1 Sozialversicherungs-dokumente bzw. für zwei Arbeiter (G H und L V) Anträge auf Ausstellung von A1 Dokumenten zur Einsichtnahme durch die Kontrollorgane vorgelegt werden. Ebenso wurden bei der Kontrolle die Arbeitsverträge oder Dienstzettel, wobei ein Arbeitsvertrag nur in t Sprache bereitgelegen ist, sowie teilweise Lohnzettel und Arbeitsaufzeichnungen vorgewiesen. Der Bauleiter und auch der Vorarbeiter wurden von den Kontrollorganen anlässlich der niederschriftlichen Einvernahme aufgefordert, die sonstigen fehlenden Lohnunterlagen wie Lohnzahlungsnachweise, Lohnaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die

Lohneinstufung, die in einer Tabelle dargestellt wurden, zu übermitteln, wobei auf die gesetzliche Frist von zwei Werktagen hingewiesen wurde.

Die Aufgaben des Bauleiters der B G m.b.H. waren Terminkoordination, Abstimmungen mit anderen Gewerken und Bauablaufplanungen sowie Qualitätskontrollen. Weiters erfolgten monatlich Sicherheitsunterweisungen durch ihn. Der Bauleiter nahm auch an den wöchentlichen Baubesprechungen teil. Von der E s.r.o. nahm an diesen Besprechungen niemand teil. Allfällige sich aus diesen Besprechungen ergebende Änderungen, insbesondere bei zeitlichen Abläufen, wurden vom Bauleiter an den Vorarbeiter der E s.r.o. weitergegeben.

Die Aufgabe des Vorarbeiters des t Unternehmens war insbesondere die Einteilung der Arbeiter auf der Baustelle, welche Personen Montagetätigkeiten vornehmen bzw. welche Vorbereitungsarbeiten oder Zuarbeiten für die Monteure erledigen.

Die E s.r.o. hat die Arbeitszeiten der t Arbeiter vorgegeben. Arbeitszeitaufzeichnungen wurden von diesem Unternehmen geführt.
Der Bauleiter der B G m.b.H. hatte keine Weisungsbefugnis hinsichtlich der Festlegung der einzusetzenden Arbeitnehmer und deren Arbeitszeiten. Abwesenheiten, wie Krankenstände oder Urlaube, wurden dem Geschäftsführer der E s.r.o. oder dem Vorarbeiter gemeldet. Diese haben sodann darüber entschieden, ob Ersatzarbeiter auf der Baustelle eingesetzt werden. Der Vorarbeiter hat Abwesenheiten auch dem Bauleiter im Rahmen von Gesprächen im Baucontainer in den Pausen mitgeteilt.

Die Entscheidung wie viele Arbeiter bzw. zu welchen Arbeiten diese eingesetzt wurden hat die E s.r.o. sowie der Vorarbeiter getroffen. Sofern der Baufortschritt nicht wie gewünscht verlaufen ist und Termine nicht eingehalten werden konnten, hat der Bauleiter seinen Projektleiter informiert bzw. den Vorarbeiter darauf hingewiesen, zu welchem Zeitpunkt welche Arbeiten fertigzustellen ist.

Konkrete Arbeitsanweisungen wurden vom Bauleiter an die t Arbeitnehmer nicht erteilt. Zu Beginn der Arbeiten wurden die Pläne dem t Vorarbeiter übergeben und Einzelheiten und Details sowie die Abläufe besprochen. Allfällig auftauchende Fragen wurden auch mit dem Bauleiter besprochen.

Der Bauleiter hat tägliche Kontrollen, ob die Paneele ordnungsgemäß montiert wurden, durchgeführt. Bei Nichtentsprechen der Montage der Paneele wurde die E s.r.o. zur sofortigen Verbesserung aufgefordert. Die Verbesserungsarbeiten wurden anschließend auch wieder kontrolliert. Für diese Verbesserungen erhält die E s.r.o. keine zusätzliche Bezahlung, da diese im Rahmen der Gewährleistung stattfinden.
Die Abrechnung erfolgte nach Aufmaß an Hand der Einheitspreise. Allfällige Zusatzleistungen wurden nach Regiestunden abgerechnet.

Die zu verbauenden Paneele wurden von der B G m.b.H. hergestellt und durch ein Speditionsunternehmen zur Baustelle transportiert. Das Werkzeug, wie Bohrmaschinen, Kreissägen, Nietzangen, Blechzangen etc., befand sich im Eigentum der E s.r.o.

Die t Arbeiter kamen mit Firmenwagen der E s.r.o. zur Baustelle und haben in Österreich in einer Unterkunft genächtigt, die von der E bezahlt wurde. Für die Verpflegung stand den Arbeitern eine Kreditkarte der E s.r.o. zur Verfügung.

Auf der gegenständlichen Baustelle waren insgesamt drei Container der B G m.b.H. vorhanden, ein Magazincontainer, ein Bürocontainer und ein Mannschaftscontainer. Diese wurden auch von den t Arbeitnehmern genutzt.

II.3. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt grundsätzlich aus den in den Verwaltungsakten einliegenden Schriftstücken (Werkverträge sowie Arbeitsverträge, ZKO3-Meldungen, A1-Dokumente bzw. die Anträge auf Ausstellung von A1 Dokumenten hinsichtlich der eingesetzten Arbeiter) und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung am 21. November 2018 ergibt.

Die Aussagen des in der mündlichen Verhandlung vernommenen Zeugen zum Arbeitsablauf und der Art und Weise der Zusammenarbeit der beteiligten Firmen decken sich mit den Aussagen der Auskunftsperson des Bf bzw. des Geschäftsführers der E s.r.o. und sind diese auch in sich schlüssig, glaubwürdig und nachvollziehbar.

Die Aussagen des Zeugen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung widersprechen teilweise seinen Angaben bei der Einvernahme durch die Finanzpolizei am Kontrolltag. Dazu ist festzuhalten, dass der Zeuge glaubwürdig darlegte, dass er im Zuge der Kontrolle sehr nervös war. Im Übrigen entspricht es der Regel, dass Bauleiter über bestimmte Modalitäten nicht Bescheid wissen, sondern in erster Linie dafür Sorge tragen, dass die Abwicklung auf der Baustelle reibungslos abläuft. Darauf deutet auch seine Aussage im Rahmen der Einvernahme am 19. September 2017, dass er schätzt, dass die B G m.b.H. die Haftung für die durchgeführten Montagearbeiten übernehme, hin. Unter dem Gesichtspunkt, dass die B G m.b.H. den Auftrag direkt von der Fa. Spar Österreichische Warenhandels-AG erhalten hat, ist die Aussage verständlich und entspricht insgesamt auch den tatsächlichen Verhältnissen. Die B G m.b.H. ist als Teil-Generalunternehmer dem Auftraggeber Spar Österreichische Warenhandels-AG gegenüber für die einwandfreie Ausführung der beauftragten Arbeiten auch verantwortlich, somit auch für die in Sub vergebenen Arbeiten. Dies ist auf allen Baustellen an denen Subunternehmer zum Einsatz gelangen gleich.

Dass von der B G m.b.H. bzw. vom Bauleiter die Arbeitszeiten der t Arbeiter nicht vorgegeben wurden, ist bereits den gleichlautenden Aussagen des Zeugen, als auch des Vorarbeiters im Rahmen der Einvernahme am Kontrolltag zu entnehmen. Ebenso, dass die Einteilung der Arbeiter durch den Vorarbeiter der E s.r.o. erfolgte.

Mit seiner Aussage vom 19. September 2017 vor den Kontrollorganen konfrontiert, wonach Krankenstände und Urlaube schon mit ihm besprochen werden und er dann alleine oder in Absprache mit dem Projektleiter entscheidet, ob die Anzahl der t Arbeiter ausreicht oder ob ein Ersatz geschickt werden muss, gab der Zeuge bei seiner Einvernahme in der Verhandlung glaubhaft an, dass er Abwesenheiten oder Urlaube bei Gesprächen im Baucontainer oder in den Pausen erfährt, diese aber nicht bei ihm gemeldet werden müssen.

Insgesamt ist zur Aussage des Zeugen anzumerken, dass dieser bei der Vernehmung in der mündlichen Verhandlung glaubwürdig aussagte, dass die Arbeiter der E s.r.o. schon wissen, wie die Paneele zu montieren sind. Wenn aber Fragen auftauchen, stehe er erklärend zur Verfügung. Die Pläne habe grundsätzlich er und gebe er diese an den Vorarbeiter weiter. Dieser könne den Plan auch lesen. Einzelheiten und Details seien aber zu besprechen. Wenn der Vorarbeiter auf den einzelnen Plänen gewisse Unverständlichkeiten sehe, dann helfe er aus und erkläre den Plan. Am Beginn der Arbeiten gehe er mit dem Vorarbeiter eine Runde in den einzelnen Arbeitsbereichen. Dabei hätten sie den Plan dabei und würden die Abläufe besprechen.
Zudem hat der Zeuge an den Baubesprechungen teilgenommen und haben sich bei diesen wöchentlichen Besprechungen – wie bei großen Projekten durchaus üblich – eine Reihe von Änderungen in der Projektsabwicklung ergeben und war es deshalb zum reibungslosen Projektablauf notwendig, dass diese Änderungen auch vom Bauleiter an die t Arbeiter bzw. deren Vorarbeiter weitergegeben werden. Es ändern sich dadurch immer wieder Arbeitsabläufe und Terminvorgaben. Von konkreten Arbeitsanweisungen kann in diesem Zusammenhang aber nicht gesprochen werden.
Überhaupt liegen für konkrete Arbeitsanweisungen des Bauleiters an die t Arbeiter keine Beweise vor. Auch aus den Aussagen der Beteiligten anlässlich der Kontrolle ergeben sich dafür keine Anhaltspunkte. Dass es einen „Austausch“ zwischen dem Bauleiter und dem t Vorarbeiter gegeben hat, wird zudem auch nicht bestritten. Dies ist unter anderem nachvollziehbar darin begründet, dass keiner der Arbeiter der E s.r.o. an den wöchentlichen Baubesprechungen teilgenommen haben.

Auch die Aussagen des t Vorarbeiters im Rahmen der Einvernahme durch die Finanzpolizei am Kontrolltag decken sich mit den Aussagen des Zeugen und des Bf bzw. der Auskunftsperson in der mündlichen Verhandlung am 21. November 2018.

Dass der Bauleiter der B G m.b.H. die Montagearbeiten der t Arbeitnehmer täglich kontrolliert hat, steht unbestritten fest. Dass eine laufende Kontrolle der Montage von Paneelen jedoch üblich und auch notwendig ist, hat die in der mündlichen Verhandlung vernommene Auskunftsperson der B G m.b.H. schlüssig und nachvollziehbar dargelegt, da allfällige Mängel im hygienischen und bautechnischen Bereich am fertigen Objekt nicht mehr erkennbar sind.

Unstrittig steht weiters fest, dass das Material von der B G m.b.H. hergestellt und dem Subunternehmer zur Verfügung gestellt wurde sowie dass die von den Arbeitern der E s.r.o. verwendeten Werkzeuge in deren Eigentum gestanden sind. Ebenso unstrittig ist, dass die t Arbeitnehmer mit Firmenwagen der E s.r.o. zur Baustelle kamen und dieses Unternehmen auch für die Verpflegung und die Nächtigungen aufkam.

Die Aussagen aller Befragten in der mündlichen Verhandlung waren glaubwürdig und nachvollziehbar. Insgesamt betrachtet hat sich für den erkennenden Richter ein schlüssiges und realistisches Bild der Vertragsverhältnisse zwischen der B G m.b.H. und der E s.r.o. und der Arbeitsabläufe bei einem Großprojekt ergeben.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.1.1. Rechtsgrundlagen:

Die im gegenständlichen Fall maßgeblichen Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung, BGBl. I Nr. 113/2015, lauten wie folgt:

„Verpflichtung zur Bereithaltung von Lohnunterlagen

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

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

Strafbestimmungen

§ 7i.

[...]
(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."

III.1.2. Die im gegenständlichen Fall maßgeblichen Bestimmungen des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung, BGBl. I Nr. 94/2014, lauten wie folgt:

„Beurteilungsmaßstab

§ 4. (1) Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

(2) Arbeitskräfteüberlassung liegt insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber

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

[...]"

III.1.3. Die Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (im Folgenden kurz: Richtlinie 96/71) lautet auszugsweise:

„Artikel 1
Anwendungsbereich

(1) Diese Richtlinie gilt für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer gemäß Absatz 3 in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden.
[...]
(3) Diese Richtlinie findet Anwendung, soweit die in Absatz 1 genannten Unternehmen eine der folgenden länderübergreifenden Maßnahmen treffen:
a) einen Arbeitnehmer in ihrem Namen und unter ihrer Leitung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats im Rahmen eines Vertrags entsenden, der zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem in diesem Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger geschlossen wurde, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht, oder
b) einen Arbeitnehmer in eine Niederlassung oder ein der Unternehmensgruppe angehörendes Unternehmen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht, oder
c) als Leiharbeitsunternehmen oder als einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellendes Unternehmen einen Arbeitnehmer in ein verwendendes Unternehmen entsenden, das seinen Sitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat oder dort seine Tätigkeit ausübt, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitunternehmen oder dem einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht.
[...]

Artikel 3
Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen

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

III.1.4. Den Gesetzesmaterialien (Regierungsvorlage, 450 BlgNR XVII. GP, 17f) zu § 4 AÜG, der seit der Stammfassung unverändert ist, ist unter anderem zu entnehmen:
„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.
[…]"

III.2. Verfahrensgegenständlich wird dem Bf im angefochtenen Straferkenntnis zusammengefasst zur Last gelegt, dass er es verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten hat, dass die B G m.b.H. als inländischer Beschäftiger im Zuge grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung entgegen den Bestimmungen des AVRAG es unterlassen hat, für alle überlassenen Arbeitskräfte der E s.r.o. Lohnunterlagen zur Überprüfung des zustehenden Entgelts bereitzuhalten.
Strittig ist, ob es sich bei dem zwischen der B G m.b.H. und der E s.r.o. abgeschlossenen Vertrag um einen „echten" Werkvertrag und damit in arbeitsrechtlicher Hinsicht um eine Entsendung oder um eine Arbeitskräfteüberlassung an die B G m.b.H. handelt.

III.2.1. Nach den Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes – in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung – in seiner Entscheidung vom 22. August 2017,

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

Weiters stellte der Verwaltungsgerichtshof in dieser Entscheidung fest:
„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.
[...]
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.“

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

III.2.2. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. nur VwGH 8.8.2008, 2008/09/0022) liegt ein Werkvertrag vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im

Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Die Verpflichtung aus einem Werkvertrag besteht darin, die genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein „gewährleistungstauglicher“ Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden können. Mit der Erbringung der Leistung endet das Werkvertragsverhältnis.

III.2.3. Die vertraglichen Vereinbarungen zwischen der B G m.b.H. und der E s.r.o. über die Montage von Paneelen auf der Baustelle Zentrallager in M der Spar Österreichische Warenhandels-AG werden als Auftragserweiterung 01 bis 03 bezeichnet. Die Werkleistung bestand konkret in der Montage der von der B G m.b.H. hergestellten Isolierpaneele und von Verwinkelungen. Für diese Montagearbeiten sind fachtechnische Kenntnisse erforderlich und müssen bautechnische Standards eingehalten werden. Die fachgerechte Ausführung der Montage stellt einen gewährleistungstauglichen Erfolg dar. Der Arbeitseinsatz für die Ausführung der Montage der Paneele war klar unterscheidbar und abgrenzbar. Zudem war auch kein Montagepersonal der B G m.b.H. auf dieser Baustelle tätig.

Es wurde ein Aufmaßpreis nach Quadratmeteranzahl der verlegten Isolierpaneele bzw. Laufmeter der Verwinkelung vereinbart. Die Auftragssumme ist in den vertraglichen Vereinbarungen ausgewiesen.

Für den Montagebeginn sowie das voraussichtliche Montageende wurden Termine vereinbart. Vereinbart wurde auch, dass alle Termine der in der Ö-Norm B 2110 festgelegten Konventionalstrafe unterliegen. Ebenso wurde eine Gewährleistung vereinbart.

Das Material, die von der B G m.b.H. hergestellten Isolierpaneele und Verwinkelungen wurden von dieser zur Verfügung gestellt. Gegenstand des Werkvertrages war nur die Montage dieser Teile, nicht auch die Herstellung dieser, sodass die Zurverfügungstellung des Materials verfahrensgegenständlich nicht als entscheidungsrelevant gewertet werden kann. Das von den Arbeitern für die Durchführung des Auftrags verwendete Werkzeug befand sich im Eigentum der E s.r.o.

Die belangte Behörde hat weiters die Dienst- und Fachaufsicht sowie die Qualitätskontrolle durch den Bauleiter als Gründe für das Vorliegen einer organisatorischen und fachlichen Eingliederung der Arbeiter der E s.r.o. in das Unternehmen der B G m.b.H. gewertet.

Dazu ist festzuhalten, dass nach dem durchgeführten Beweisverfahren die Zahl der für die Durchführung des Auftrages konkret eingesetzten Arbeitnehmer das t Unternehmen selbst bestimmt hat. Ebenso erfolgte die Einteilung der Arbeiter und die Vorgabe der Arbeitszeiten durch die E s.r.o. und wurden von diesem Unternehmen bzw. vom Vorarbeiter auch Arbeitszeitaufzeichnungen geführt. Allfällige Abwesenheiten wurden an den t Vorarbeiter bzw. an das t Unternehmen gemeldet. Selbst wenn die Abwesenheiten zusätzlich an den Bauleiter der B G m.b.H. gemeldet wurden, bedeutet dies noch nicht, dass eine Dienstaufsicht durch die B G m.b.H. gegeben war.

Individuelle Arbeitsanweisungen an die Arbeiter hat der Bauleiter nicht erteilt. Änderungen, die sich aus den wöchentlichen Baubesprechungen ergeben haben, wurden vom Bauleiter an den Vorarbeiter weitergegeben. Der Bauleiter stand auch für Fragen bei Unklarheiten in den Ausführungsplänen zur Verfügung, was aber nicht mit der Erteilung konkreter individueller Arbeitsanweisungen gleichzusetzen ist. Insbesondere bei Großprojekten erscheint es nachvollziehbar und lebensnah, dass ein ständiger Austausch zu erfolgen hat, um das gesamte Bauvorhaben koordinieren zu können.
Die Arbeiter erfüllen ihre Aufgaben jedoch unter Aufsicht und Leitung ihres Vorarbeiters bzw. ihres Unternehmens. Arbeitsgrundlage waren die aufliegenden Pläne.

Die laufende Qualitätskontrolle der Montagearbeiten ist für die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen erforderlich, da allfällige Mängel im bautechnischen Bereich am fertigen Objekt nicht mehr erkennbar sind. Es ist daher durchaus schlüssig und nachvollziehbar, dass diese laufend nach Arbeitsfortschritt zu erfolgen haben.

Zusammenfassend kann daraus noch nicht auf das Vorliegen einer Fachaufsicht der B G m.b.H. geschlossen werden.

Die Arbeitnehmer sind mit Firmenfahrzeugen der E s.r.o. zur Baustelle gekommen und haben in einer Unterkunft genächtigt, die von der E s.r.o. bezahlt wurde. Für die Verpflegung stand eine Kreditkarte der E s.r.o. zur Verfügung. Es bestanden sohin in diesen Fragen keine Bezugspunkte zur B G m.b.H.
Die Mitbenützung von Aufenthaltscontainern auf der Baustelle kann nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes noch keine Eingliederung in den Betrieb des österreichischen Unternehmens bedeuten.

Insgesamt betrachtet liegt keine organisatorische Eingliederung der t Arbeitnehmer in das Unternehmen der B G m.b.H. vor. Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass die B G m.b.H. und die E s.r.o. einen Werkvertrag über einen gewährleistungstauglichen Erfolg abgeschlossen haben.

Aus dieser Gesamtbetrachtung ergibt sich, dass eine Arbeitskräfteüberlassung nach der Richtlinie 96/71 nicht vorliegt. Somit kann auch alleinig aufgrund von § 4 Abs. 2 AÜG eine Arbeitskräfteüberlassung nicht vorliegen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass eine Entsendung der t Arbeitnehmer gegeben war. Die B G m.b.H. war daher nicht „inländischer Beschäftiger“ und können diese daher die im Straferkenntnis angelasteten Verpflichtungen nicht treffen. Der Bf hat als handelsrechtlicher Geschäftsführer der B G m.b.H. die vorgeworfene Verwaltungsübertretung daher nicht zu verantworten.

Bei diesem Ergebnis erübrigt sich schließlich auch ein Eingehen darauf, welche konkreten Lohnunterlagen vor Ort nicht bereitgehalten worden sind, wobei anzumerken ist, dass dies aus dem Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses gerade nicht hervorgeht. Dem Strafantrag der Finanzpolizei ist aber zu entnehmen, dass Arbeitsverträge oder Dienstzettel, teilweise Lohnzettel und Arbeitszeit-aufzeichnungen sehr wohl während der Kontrolle bereitgehalten wurden.

III.3. Im Ergebnis war der Beschwerde somit stattzugeben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG iVm § 38 VwGVG einzustellen.

Mit dem Wegfall des Straferkenntnisses ist auch der akzessorische Haftungs-ausspruch nach § 9 Abs. 7 VStG betreffend die Solidarhaftung der B G m.b.H. für die gegen ihr Vertretungsorgan (Bf als Geschäftsführer) verhängten Geldstrafen und Verfahrenskosten gegenstandslos geworden.

III.4. Bei diesem Ergebnis entfällt sowohl die Verpflichtung zur Leistung eines Beitrags zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens (§ 66 Abs. 1 VStG) als auch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens (§ 52 Abs. 9 VwGVG).

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die vorliegende Entscheidung steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 22.8.2017, Ra 2017/11/0068; 20.9.2017, Ra 2017/11/0016; 20.9.2017, Ra 2017/11/0024; 8.2.2018, Ra 2017/11/0206; 22.2.2018, Ra 2018/11/0014), die ihrerseits wiederum Deckung in der Rechtsprechung des EuGH findet (EuGH 10.2.2011, Vicoplus, Rs C-307/09, Rs C-308/09,Rs C-309/09; 18.6.2015, Martin Meat Kft, Rs C-586/13).
Die vorliegende Entscheidung gründet ferner auf der konkreten Vertragsauslegung der im Verfahren vorgelegten Vertragsunterlagen und der Beweiswürdigung der Aussagen in der mündlichen Verhandlung. Somit ist ein konkreter Sachverhalt einer rechtlichen Beurteilung zu unterziehen. 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 diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.
Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kühberger