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-301852/7/Kü/PP

Datum:
Linz, 19. Dezember 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde des J P, vertreten durch V B S & N Rechtsanwälte OG, x 1a, M, vom 1. März 2018, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 30. Jänner 2018, GZ: SanRB96-575-2016, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 21. November 2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis 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 vom 30.01.2018, GZ: SanRB96-575-2016, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) im Spruchpunkt A) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) in Verbindung mit § 7d Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 7i Abs. 4 Z 2 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) neun Geldstrafen in Höhe von jeweils 2.500 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit jeweils Ersatzfreiheitsstrafen von 42 Stunden verhängt. Im Spruchpunkt B) wurde festgeschrieben, dass die Euromontage s.r.o. gemäß § 9 Abs. 7 VStG für die verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten haftet.

Dem Spruchpunkt A) des Straferkenntnisses liegt folgender Tatvorwurf zugrunde: „A)
Sie haben

am	um (von – bis Uhr)	in
25.08.2016	um 14:50 Uhr	x Zentrallager
	(zum Kontrollzeitpunkt)	x 1, M

folgende Verwaltungsübertretungen begangen:

Die E s.r.o. mit Sitz in B, x 98, T, hat es im Zuge der grenzüberschreitenden Überlassung der Arbeitskräfte an die B Gesellschaft m.b.H. mit Sitz in M, x 33, unterlassen, 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 der B Gesellschaft m.b.H. nachweislich bereitzustellen.

Dies, obwohl gemäß § 7d Abs. 2 AVRAG bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen im Sinne des § 7d Abs. 1 AVRAG den/die inländische/n Beschäftiger/in trifft. Der/Die Überlasser/in hat dem/der Beschäftiger/in die Unterlagen nachweislich bereitzustellen.

Dies betrifft folgende (an die B Gesellschaft 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
   Arbeitsantritt: 11.05.2016
3. M L, geb. x
   Staatsbürgerschaft: T
   Arbeitsantritt: 18.04.2016
4. M P, geb. x
   Staatsbürgerschaft: S
   Arbeitsantritt: 22.08.2016
5. J T, geb. x

Staatsbürgerschaft: T
Arbeitsantritt: 22.08.2016

6. R T, geb, x
   Staatsbürgerschaft: U
   Arbeitsantritt: 18.04.2016
7. L V, geb. x
   Staatsbürgerschaft: T
   Arbeitsantritt: 02.05.2016
8. P V, geb. x
   Staatsbürgerschaft: T
   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 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher der E s.r.o. für diese Verwaltungsübertretung verantwortlich."

I.2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde, in der beantragt wird den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben und das Verfahren einzustellen, in eventu von einer Bestrafung abzusehen und den Beschuldigten mit Bescheid zu ermahnen oder die Mindeststrafe gemäß § 20 VStG zu unterschreiten.

Begründend wurde ausgeführt, dass die betroffenen Dienstnehmer der E s.r.o. im konkreten Fall zur Erfüllung eines Werkvertrages eingesetzt worden seien, welchen die E s.r.o. mit der B GmbH abgeschlossen habe. Gegenstand des Werkvertrages sei die Herstellung von Paneel-Fassaden und Dachverwinkelungen beim Projekt x Zentrallager in M zu einem im Vorhinein bestimmten Werklohn gewesen.

Das Werk sei klar abgrenzbar. Die hergestellten Paneel-Fassaden und Dachverwinkelungen seien nicht unselbständige Bestandteile irgendeines anderen Werks. Sie seien vielmehr als selbständige Werke anzusehen. Weder die B GmbH noch ein anderes Unternehmen habe an der Herstellung der Fassaden und Dachverwinkelungen mitgewirkt. Die Leistungen der E s.r.o. seien aufgrund eigener fachlicher Kompetenz erbracht worden. Lediglich die Termine hätten naturgemäß abgestimmt werden müssen. Alle von der E s.r.o. einzuhaltenden Termine würden gemäß Werkvertrag der in der Ö-Norm B 2110 festgelegten Konventionalstrafe unterliegen. Die Erfüllung des Auftrags sei auch nicht von der Mithilfe von Arbeitern der B GmbH abhängig gewesen. Die Arbeit sei ausschließlich mit eigenem Werkzeug der E s.r.o. geleistet worden. Die Arbeitskräfte der E s.r.o. seien nicht organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert gewesen und seien auch nicht dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstanden. Die

Arbeitszeit sei ausschließlich vom zuständigen Vorarbeiter der E s.r.o. kontrolliert worden und keinesfalls durch einen Mitarbeiter eines anderen Unternehmens wie der B GmbH.

Dass ein Mitarbeiter der GmbH Qualitätskontrollen vorgenommen habe, bedeutet noch keine Übernahme einer Dienst- oder Fachaufsicht über die Arbeiter der E s.r.o.

Bei Mängeln an der erbrachten Leistung bestehe aufgrund des Werkvertrages eine Gewährleistungspflicht der E s.r.o. Allfällige Mängel an dem Werk müsse die E s.r.o. auf eigene Kosten ausbessern. Im Werkvertrag sei ausdrücklich eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist auf 5 Jahre vereinbart worden.

Die E s.r.o. treffe daher selbstverständlich gegenüber der B GmbH die Gewährleistung und Haftung für die mängelfreie Ausführung. Dies zeige sich schon anhand der Regressmöglichkeit. Wenn die x Warenhandels-AG wegen Mangelhaftigkeit z.B. eines Paneel-Elements die BGmbH in Anspruch nehme, könne sich die B GmbH bei der E s.r.o. regressieren.

Da insgesamt keines der Kriterien des § 4 Abs. 2 AÜG für eine Arbeitskräfte-überlassung auch nur teilweise erfüllt sei, sei jedenfalls von einer Entsendung auszugehen.

Festzuhalten sei, dass die angeblich nicht bereitgehaltenen Lohnunterlagen im angefochtenen Bescheid gar nicht angeführt seien. Es seien nur die betroffenen Arbeitnehmer, nicht jedoch jene Lohnunterlagen angeführt, die nicht bereit-gehalten worden sein sollen. Im parallel ergangenen Erkenntnis der belangten Behörde (GZ: SanRB96-611-2016) habe diese ausdrücklich anerkannt, dass der dort erhobene Vorwurf der nicht rechtzeitigen Übermittlung von Lohnunterlagen bezüglich der Arbeiter P, T und V nicht aufrechterhalten werden könne, weil das Ermittlungsverfahren ergeben habe, dass die Lohnzahlungsnachweise bzw. Banküberweisungsbelege für diese drei Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Kontrolle am 25.08.2016 noch nicht hätten vorliegen müssen. Es sei unverständlich, warum mit dem hier bekämpfen Straferkenntnis die Strafe auch hinsichtlich dieser drei Arbeiter verhängt würde.

Im Übrigen seien wesentliche Teile der erforderlichen Lohnunterlagen bei der Kontrolle am 25.08.2016 ohnehin bereitgehalten worden. Die Ausführungen im Strafantrag, dass „keine Lohnunterlagen“ vorgelegt worden seien, sei offensichtlich unrichtig. Die in der Niederschrift genannten Unterlagen seien jedenfalls vorhanden gewesen. Ob diese von Arbeitnehmern der E s.r.o. oder der B GmbH vorgewiesen worden seien, sei irrelevant, wenn sich die Unterlagen an Ort und Stelle befinden würden und der Behörde tatsächlich ausgehändigt worden seien. Darüber hinaus sei wie erwähnt zu berücksichtigen, dass einzelne der

geforderten Unterlagen zum Zeitpunkt der Überprüfung bzw. Anforderung noch gar nicht verfügbar gewesen seien. Die Vorlage dieser Unterlagen im Überprüfungszeitpunkt sei daher nicht möglich und jedenfalls nicht zumutbar gewesen.

Mit E-Mail vom 02.09.2016 sei die E s.r.o. von der Finanzpolizei zur Übermittlung der fehlenden Unterlagen aufgefordert worden. Es sei nicht mehr nachvollziehbar, ob und wann diese E-Mail der E s.r.o. zugestellt worden sei. Ein Zustellnachweis sei jedenfalls nicht vorhanden. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Zustellung der E-Mail verzögert worden sei.

Am 12.09.2016 sei das E-Mail vom 02.09.2016 der steuerlichen Vertretung der E s.r.o. weitergeleitet worden. Erst am 12.09.2016 stehe die Zustellung der Aufforderung vom 02.09.2016 an die E s.r.o. fest. Am 13.09.2016, somit nur einen Werktag später und innerhalb der gesetzlichen Frist, habe die E s.r.o. der Finanzpolizei die gewünschten Informationen und Unterlagen übermittelt.

Aufgrund des hohen Datenvolumens der E-Mails sei es offenbar zu einer Störung bei der Übermittlung an die Finanzpolizei gekommen. Auf eine telefonische Nachfrage des Beschuldigten habe die Finanzpolizei ersucht die Unterlagen per Brief zu übermitteln. Dieser Aufforderung sei der Beschuldigte unverzüglich nachgekommen.

Insgesamt sei festzuhalten, dass der Beschuldigte die fehlenden Lohnunterlagen innerhalb der Nachfrist abgesendet habe. Allfällige Verzögerungen oder Störungen der (elektronischen) Kommunikation oder technische Beschränkungen bei der Finanzbehörde über den Umfang der entgegengenommenen E-Mail dürften jedenfalls nicht zu Lasten des Beschuldigten ausgelegt werden.

Bei der Strafzumessung sei mildernd zu berücksichtigen, dass der wesentliche Teil der Unterlagen am 25.08.2016 bereits vorgelegen sei und die restlichen Unterlagen nachträglich übermittelt worden seien. Im Übrigen sei die Verhängung einer Strafe pro betroffenem Arbeitnehmer nicht zulässig.

Jedenfalls sei das Verschulden des Beschuldigten als geringfügig zu qualifizieren und die Folgen der Übertretung seien als unbedeutend anzusehen. Wenn man berücksichtige, dass einige der geforderten Unterlagen noch gar nicht hätten vorliegen können (Arbeitsaufzeichnungen, Lohnzahlungsnachweise) und andere nicht erforderlich gewesen seien (Unterlagen betreffend die Lohneinstufung, weil ohnehin die Arbeitsverträge vorlagen), seien von den angeforderten Unterlagen die meisten ohnehin bereits zum Zeitpunkt der Überprüfung vor Ort vorgelegen.

Die Folgen der Übertretung seien als unbedeutend anzusehen, weil die Lohn-unterlagen nunmehr vollständig vorgelegt worden seien und sich daraus ergebe,

dass den Arbeitnehmern das gebührende Entgelt tatsächlich zukomme. Es würden die Voraussetzungen für Anwendbarkeit von § 21 Abs. 1 VStG vorliegen und sei der Beschuldigte mit Bescheid zu ermahnen.

Aus den genannten Gründen würden auch die Voraussetzungen der Unterschreitung der Mindeststrafe gemäß § 20 VStG vorliegen.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass eine kumulative Bestrafung in den Verfahren GZ: SanRB96-575-2016 und SanRB96-611-2016 nicht zulässig sei. Selbst im Fall einer Arbeitskräfteüberlassung stehe die Frist zur Übermittlung der Lohnunterlagen gemäß § 7d Abs. 2 iVm Abs. 1 AVRAG zur Verfügung. Es sei nicht zulässig, den Beschuldigten zu bestrafen, weil er die Unterlagen nicht nachweislich bereitgestellt habe und gesondert zu bestrafen, weil der die Lohnunterlagen nicht innerhalb der Frist übermittelt habe. Es dürfe vielmehr (wenn überhaupt) nur eine Strafe verhängt werden.

I.3. Mit Schreiben vom 07.03.2018 hat die belangte Behörde die Beschwerde samt Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidungsfindung vorgelegt. Gemäß § 2 VwGVG hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 21.11.2018, an welcher der Bf in Begleitung seines Rechtsvertreters sowie ein Vertreter der Finanzbehörde teilgenommen haben. Die belangte Behörde war zur mündlichen Verhandlung entschuldigt. Da die mündliche Verhandlung mit den gegen das verantwortliche Organ der B GmbH geführten Strafverfahren verbunden wurde, waren bei der mündlichen Verhandlung auch der Rechtsvertreter des Geschäftsführers der B GmbH sowie ein weiterer Vertreter dieser Gesellschaft anwesend. Zudem wurde der Vorarbeiter der B GmbH, Herr C T, als Zeuge einvernommen.

I.4.1. Folgender Sachverhalt steht fest:
Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der E s.r.o. mit Sitz in B, x 98, T. Bei der E s.r.o., 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.

Am 25. August 2016 führten Organe der Finanzpolizei beim Bauvorhaben Zentrallager der x Österreichische Warenhandels-AG x in M, x 1, eine Kontrolle durch. Bei dieser Kontrolle wurden neun Arbeiter der Firma E s.r.o. bei

Montagearbeiten (Winkelmontage) und beim Kleben von Glasboards am Dach angetroffen. Auftraggeber dieser Montagearbeiten war die B Gesellschaft m.b.H. mit dem Sitz in M, x 33. Von der B Gesellschaft m.b.H. waren ebenfalls zwei Arbeiter und zwar Herr C T und Herr D auf der Baustelle anwesend.

Unternehmensgegenstand der B Gesellschaft m.b.H. ist die Produktion von Dach-, Wand- und Fassadenpaneelen sowie die Montage dieser Produkte samt Systemzubehör. Die Produkte der B Gesellschaft 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 Gesellschaft 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.

Zur gegenständlichen Baustelle ist festzuhalten, dass die B Gesellschaft m.b.H. im Jahr 2015 von der x 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 Gesellschaft 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 Gesellschaft 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 Gesellschaft 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 Brucha Gesellschaft m.b.H. ausschließlich in ihrer Produktionsstätte in M durch. Nach Fertigstellung der Hallenunterkonstruktion begannen im Frühling 2016 jene Bauabschnitte, für welche die B Gesellschaft m.b.H. als Teil-Generalunternehmer vor Ort auf der Baustelle zuständig war. Neben zahlreichen weiteren Tätigkeiten fiel in diesen Bereich auch die Herstellung der Sub-Unterkonstruktion sowie die Montage der Fassaden-und Dachpaneele.
Für die Abwicklung dieser Aufgabenbereiche musste die B Gesellschaft m.b.H. mehrere Subunternehmen beauftragen. So wurden etwa für die Stahlbauarbeiten die H GmbH und der D GmbH beigezogen, die Herstellung und Montage von Fensterbeschlägen erledigte die M GmbH, mit den Dachdichtungsarbeiten wurde die M. R GmbH beauftragt.

Über die Montage von Paneelen (innen) und Montage von Verwinkelung (innen) hat die B Gesellschaft m.b.H. mit der E s.r.o. mit 25.05.2016 datierte Werkverträge (bezeichnet als Auftragserweiterung 01 bis 03) 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 in 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 01“ 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 EIGENVERANT-WORTLICH; DURCH DEN AUFTRAGGEBER WIRD LEDIGLICH EIN AUFSICHTSFÜHRER 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“

Die B Gesellschaft m.b.H. brachte beim gegenständlichen Bauvorhaben nur Herrn C T als Bauleiter zum Einsatz, eigenes Montagepersonal setzte das Unternehmen bei diesem Projekt nicht ein. Die Aufgaben des Bauleiters gliederten sich in Terminkoordination, Abstimmungen mit anderen Gewerken und Bauablaufplanungen sowie Qualitätskontrollen. Weiters führte er monatlich Sicherheitsunterweisungen durch. 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. Ebenso wurden vom Bauleiter zu Beginn der jeweiligen Arbeiten die Pläne dem t Vorarbeiter übergeben und Einzelheiten und Details sowie die Abläufe besprochen. Allfällig auftauchende Fragen wurden zwischen Bauleiter und Vorarbeiter besprochen.

Von der E s.r.o. waren auf der gegenständlichen Baustelle neben dem Vorarbeiter M L – wie bereits erwähnt – noch acht Arbeitnehmer am Kontrolltag im Arbeitseinsatz. Dem Vorarbeiter oblag die Einteilung dieser Arbeiter auf der Baustelle, und zwar dahingehend, welche Personen Montagetätigkeiten vornehmen bzw. welche Personen Vorbereitungsarbeiten oder Zuarbeiten für die Monteure erledigen. Der Bauleiter der B Gesellschaft m.b.H. hatte keine Weisungsbefugnis hinsichtlich der Festlegung der einzusetzenden Arbeitnehmer und deren Arbeitszeiten. Vielmehr wurden von der Euromontage s.r.o. den t Arbeitern die Arbeitszeiten vorgegeben und führte das Unternehmen auch die Arbeitszeitaufzeichnungen. 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. Es ist vorgekommen, dass der Vorarbeiter anstehende Abwesenheiten auch dem Bauleiter im Rahmen von Pausengesprächen im Baucontainer mitgeteilt hat.

Die Entscheidung wie viele Arbeiter bzw. zu welchen Arbeiten diese eingesetzt werden, hat die E s.r.o. sowie der Vorarbeiter allein getroffen. Sofern der Baufortschritt nicht wie gewünscht verlaufen ist und Termine nicht eingehalten werden konnten, hat der Bauleiter der B Gesellschaft m.b.H. seinen Projektleiter informiert bzw. den Vorarbeiter darauf hingewiesen, zu welchem Zeitpunkt welche Arbeiten fertigzustellen sind. Konkrete Arbeitsanweisungen wurden vom Bauleiter aber an die t Arbeitnehmer nicht erteilt.

Der Bauleiter hat hinsichtlich der ordnungsgemäßen Montage der Paneele tägliche Kontrollen 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 allfällige Verbesserungen würde der E s.r.o. keine zusätzliche Bezahlung zustehen, da diese im Rahmen der Gewährleistung umzusetzen waren.

Die zu verbauenden Paneele wurden von der B Gesellschaft 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 Abrechnung der Leistungen erfolgte nach Aufmaß an Hand der im Werkvertrag vereinbarten Einheitspreise. Allfällige Zusatzleistungen wurden nach Regiestunden abgerechnet.

Die t Arbeiter gelangten mit Firmenwagen der E s.r.o. zur Baustelle und haben in Österreich in einer Unterkunft genächtigt, die von der E s.r.o. 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 Gesellschaft m.b.H. vorhanden, ein Magazincontainer, ein Bürocontainer und ein Mannschaftscontainer. Diese wurden auch von den t Arbeitnehmern genutzt.

Zwischen den am Kontrolltag angetroffenen Arbeitnehmern und der E s.r.o. bestanden Arbeitsverträge und waren diese in T zur Sozialversicherung angemeldet. Vor Aufnahme der Tätigkeiten in Österreich erstattete die E s.r.o. für sämtliche Arbeitnehmer Meldungen über die Entsendung nach Österreich an die Zentrale Koordinationsstelle des Bundesministeriums für Finanzen (ZKO3 Meldungen) Bei der Kontrolle am 25.08.2016 konnten für sämtliche anwesenden Arbeiter der E s.r.o. diese Meldungen über die Entsendung nach Österreich (ZKO3-Meldungen) und A1 Sozialversicherungsdokumente 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 für alle Arbeiter vorgelegt, wobei ein Arbeitsvertrag nur in t Sprache bereitgelegen ist. Lohnzettel und Arbeitsaufzeichnungen konnten nicht für alle anwesenden Arbeiter vorgewiesen werden. Sowohl der Bauleiter und als auch der Vorarbeiter wurden deswegen anlässlich der niederschriftlichen Einvernahme am 25.08.2016 von den Kontrollorganen schriftlich aufgefordert, die sonstigen fehlenden Lohnunterlagen wie Lohnzahlungsnachweise, Lohnaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zu übermitteln. Zur Verdeutlichung welche Lohnunterlagen für welchen Arbeiter fehlen, wurde eine Tabelle erstellt, die in der Aufforderung enthalten ist. Die Übernahme der schriftlichen Aufforderungen, in denen auf die gesetzliche Frist von zwei Werktagen zur Vorlage der Unterlagen hingewiesen wurde, haben sowohl der Bauleiter als auch der Vorarbeiter der E s.r.o. durch eigenhändige Unterschrift bestätigt. Innerhalb der gesetzten Frist von zwei Werktagen legte die E s.r.o. keine weiteren Unterlagen vor. Von der B Gesellschaft m.b.H. wurden am 29.08.2016 per E-Mail weitere Lohnunterlagen der Finanzpolizei übermittelt.
Am 02.09.2016 forderte die Finanzpolizei per E-Mail die E s.r.o. neuerlich auf, die noch ausstehenden Lohnunterlagen, welche für jeden Arbeiter im Schreiben genau aufgelistet waren, innerhalb von zwei Werktagen vorzulegen. Erst mit 16.09.2016 (Postaufgabestempel) wurden die angeforderten Unterlagen per Post der Finanzpolizei übersandt.

I.4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich 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.

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 des Bf bzw. der Vertreter der B Gesellschaft m.b.H. 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 einer anderen Einvernahme am 19. September 2017 hin, wonach er schätzt, dass die B Gesellschaft m.b.H. die Haftung für die durchgeführten Montagearbeiten übernehme. Unter dem Gesichtspunkt, dass die B Gesellschaft m.b.H. den Auftrag direkt von der Firma x Österreichische Warenhandels-AG erhalten hat, ist die Aussage verständlich und entspricht insgesamt auch den tatsächlichen Verhältnissen. Die B Gesellschaft m.b.H. ist als Teil-Generalunternehmer dem Auftraggeber x Österreichische Warenhandels-AG gegenüber für die einwandfrei 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 Gesellschaft 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, anlässlich einer weiteren gleichgelagerten Baustelle, 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 Gesellschaft 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 Gesellschaft 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 Gesellschaft 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 Gesellschaft m.b.H. und der E s.r.o. und der Arbeitsabläufe bei einem Großprojekt ergeben.

Die Aufforderung zur Übermittlung von weiteren Lohnunterlagen ist der mit dem Vorarbeiter aufgenommenen Niederschrift vom 25.08.2016 angeschlossen. Der Vorarbeiter hat laut Protokoll durch seine Unterschrift am 25.08.2016, um 18:40 Uhr die Übernahme der Aufforderung bestätigt. Insofern bestehen keine Zweifel daran, dass am 25.08.2016 eine schriftliche Aufforderung zur Vorlage konkreter Unterlagen ergangen ist. Vom Bf wird zudem nicht vorgebracht, dass er dieser Aufforderung innerhalb der Frist entsprochen hat, vielmehr wendet er nur ein, der späteren neuerlichen Aufforderungen entsprochen zu haben.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

II.1. Rechtsgrundlagen:

II.1.1. 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."

II.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.

[...]"

II.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:
[…]“

II.2. Verfahrensgegenständlich wird dem Bf im angefochtenen Straferkenntnis zusammengefasst zur Last gelegt, dass er es im Zuge grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung als Überlasser von Arbeitskräften unterlassen hat, dem inländischen Beschäftiger, und zwar der B Gesellschaft m.b.H., die zur Kontrolle des gebührenden Entgelts notwendigen Lohnunterlagen bereitzustellen.
Gegenständlich wird vom Bf aber eingewendet, dass es sich bei dem zwischen der B Gesellschaft m.b.H. und der E s.r.o. abgeschlossenen Vertrag um einen „echten“ Werkvertrag und damit in arbeitsrechtlicher Hinsicht um eine Entsendung und keine Arbeitskräfteüberlassung an die B Gesellschaft m.b.H. handelt.

II.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.

II.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.

II.2.3. Die vertraglichen Vereinbarungen zwischen der B Gesellschaft m.b.H. und der E s.r.o. über die Montage von Paneelen auf der Baustelle Zentrallager in M der x Österreichische Warenhandels-AG werden als Auftragserweiterung 01 bis 03 bezeichnet. Die Werkleistung bestand konkret in der Montage der von der B Gesellschaft 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 Gesellschaft 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 Gesellschaft 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 Eu 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 Gesellschaft m.b.H. gewertet.

Dazu ist festzuhalten, dass nach dem durchgeführten Beweisverfahren die Zahl der für die Durchführung des Auftrages konkret eingesetzten Arbeitnehmer das Unternehmen des Bf 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 Vorarbeiter der E s.r.o. bzw. an das Unternehmen gemeldet. Selbst wenn die Abwesenheiten zusätzlich an den Bauleiter der B Gesellschaft m.b.H. gemeldet wurden, bedeutet dies noch nicht, dass eine Dienstaufsicht durch die B Gesellschaft 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 Gesellschaft 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 Gesellschaft 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 Gesellschaft m.b.H. vor. Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass die B Gesellschaft 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 von Arbeitnehmern durch die E s.r.o. gegeben war. Die B Gesellschaft m.b.H. war daher nicht „inländischer Beschäftiger“, weshalb den Bf keine Verpflichtung getroffen hat dieser die Lohnunterlagen der Arbeitnehmer bereitzustellen. Der Bf hat als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Es.r.o. hat daher die vorgeworfene Verwaltungsübertretung nicht zu verantworten.

Bei diesem Ergebnis erübrigt sich schließlich auch ein Eingehen darauf, welche konkreten Lohnunterlagen vor Ort nicht bereitgestellt 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.

II.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 Euromontage s.r.o. für die gegen ihr Vertretungsorgan (Bf als Geschäftsführer) verhängten Geldstrafen und Verfahrenskosten gegenstandslos geworden.

II.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).

III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. 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