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-302113/3/BZ

Datum:
Linz, 18. Dezember 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Zauner über die Beschwerde des Mgr. J.P., vertreten durch V. Rechtsanwälte OG, X, M., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 21. September 2018, GZ: SanRB96-560-2017-Kö, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes 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 21. September 2018, GZ: SanRB96-560-2017-Kö, wurden unter Spruchpunkt A) über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 22 Abs. 2 iVm § 28 Z 2 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, BGBl I Nr. 44/2016 in der zum Tatzeitpunkt anzuwendenden Fassung iVm § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz in 17 Fällen Geldstrafen in der Höhe von jeweils 2.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit dieser Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 34 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von insgesamt 3.400 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf und Haftungsausspruch zugrunde:

„A) Sie sind als handelsrechtlicher Geschäftsführer der E. s.r.o., B., X, Tschechische Republik, und somit gemäß § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) als nach außen zur Vertretung Berufener und mangels Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 Abs. 2 und Abs. 3 VStG in Verbindung mit § 24 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) für folgende Verwaltungsübertretung verantwortlich:

Die E. s.r.o. mit Sitz in B., X, Tschechische Republik, hat es im Zuge der grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich am 13.09.2017, gegen 11:11 Uhr, unterlassen, die Lohnunterlagen im Sinne des § 22 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) zur Überprüfung des den überlassenen und nachstehend angeführten Arbeitnehmern für die Dauer der Beschäftigung auf der BV ‚R.' in E., Neubau Xzentrale in der X, nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache (Arbeitsvertrag deutsch oder englisch) der B. Gesellschaft m.b.H. mit Sitz in M., X, nachweislich bereitzustellen.

Dies betrifft folgende Lohnunterlagen der Arbeitnehmer der E. s.r.o.:

1.
Name und Geburtsdatum: C.M., geb. x
Staatsbürgerschaft: Slowakische Republik
Lohnunterlagen: Arbeitszeitaufzeichnungen für den Zeitraum 12/16-01/17, Lohnauszahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege für den Zeitraum 12/16-01/17, Unterlagen betreffend der Lohneinstufung und Lohnaufzeichnungen.

2.
Name und Geburtsdatum: C.B., geb. x
Staatsbürgerschaft: Ungarn
Lohnunterlagen: Lohnzettel sowie Lohnauszahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege für den Zeitraum 06/17-07/17, Unterlagen betreffend der Lohneinstufung und Lohnaufzeichnungen.

3.

Name und Geburtsdatum: H.G., geb. x
Staatsbürgerschaft: Ungarn
Lohnunterlagen: Arbeitszeitaufzeichnungen für den Zeitraum 03/17 und 07/17, Lohnzettel für den Zeitraum 05/17-07/17, Lohnauszahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege für den Zeitraum 03/17-07/17, Unterlagen betreffend der Lohneinstufung und Lohnaufzeichnungen.

4.
Name und Geburtsdatum: J.M., geb. x
Staatsbürgerschaft: Slowakische Republik
Lohnunterlagen: Arbeitszeitaufzeichnungen für den Zeitraum 06/17, Lohnzettel für den Zeitraum 06/17-07/17, Lohnauszahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege für den Zeitraum 06/17-07/17, Unterlagen betreffend der Lohneinstufung und Lohnaufzeichnungen.

5.
Name und Geburtsdatum: K.D., geb. x
Staatsbürgerschaft: Slowakische Republik
Lohnunterlagen: Arbeitszeitaufzeichnungen, Lohnzettel und Lohnauszahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege für den Zeitraum 05/17-06/17, Unterlagen betreffend der Lohneinstufung und Lohnaufzeichnungen.

6.
Name und Geburtsdatum: K.S., geb. x
Staatsbürgerschaft: Tschechische Republik
Lohnunterlagen: Arbeitszeitaufzeichnungen, Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Lohnzettel und Lohnauszahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege für den Zeitraum 12/16, Unterlagen betreffend der Lohneinstufung und Lohnaufzeichnungen.

7.
Name und Geburtsdatum: K.M., geb. x
Staatsbürgerschaft: Slowakische Republik
Lohnunterlagen: Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Lohnzettel und Lohnauszahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege für den Zeitraum 04/17, Unterlagen betreffend der Lohneinstufung und Lohnaufzeichnungen.

8.
Name und Geburtsdatum: L.L., geb. x
Staatsbürgerschaft: Slowakische Republik
Lohnunterlagen: Lohnzettel für den Zeitraum 12/16 und 03/17, Arbeitszeitaufzeichnungen für den Zeitraum 12/16-01/17, Lohnauszahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege für den Zeitraum 12/16-03/17, Unterlagen betreffend der Lohneinstufung und Lohnaufzeichnungen.

9.
Name und Geburtsdatum: L.V., geb. x
Staatsbürgerschaft: Slowakische Republik
Lohnunterlagen: Lohnzettel für den Zeitraum 12/16 und 05/17-07/17, Arbeitszeitaufzeichnungen für den Zeitraum 12/16-01/17, Lohnauszahlungsnachweise oder

Banküberweisungsbelege für den Zeitraum 12/16-07/17, Unterlagen betreffend der Lohneinstufung und Lohnaufzeichnungen.

10.
Name und Geburtsdatum: P.P., geb. x
Staatsbürgerschaft: Tschechische Republik
Lohnunterlagen: Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Arbeitszeitaufzeichnungen für den Zeitraum 12/16, Lohnzettel für den Zeitraum 12/16, Lohnauszahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege für den Zeitraum 12/16, Unterlagen betreffend der Lohneinstufung und Lohnaufzeichnungen.

11.
Name und Geburtsdatum: R.G., geb. x
Staatsbürgerschaft: Ungarn
Lohnunterlagen: Lohnauszahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege für den Zeitraum 03/17-07/17, Unterlagen betreffend der Lohneinstufung und Lohnaufzeichnungen.

12.
Name und Geburtsdatum: R.M., geb. x
Staatsbürgerschaft: Tschechische Republik
Lohnunterlagen: Lohnzettel für den Zeitraum 12/16 und 05/17-07/17, Arbeitszeitaufzeichnungen für den Zeitraum 12/16-01/17 und 07/17, Lohnauszahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege für den Zeitraum 12/16-07/17, Unterlagen betreffend der Lohneinstufung und Lohnaufzeichnungen.

13.
Name und Geburtsdatum: S.R., geb. x
Staatsbürgerschaft: Tschechische Republik
Lohnunterlagen: Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Arbeitszeitaufzeichnungen für den Zeitraum 01/17, Lohnzettel für den Zeitraum 01/17, Lohnauszahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege für den Zeitraum 01/17, Unterlagen betreffend der Lohneinstufung und Lohnaufzeichnungen.

14.
Name und Geburtsdatum: V.R., geb. x
Staatsbürgerschaft: Slowakische Republik
Lohnunterlagen: Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Lohnzettel für den Zeitraum 12/16, Lohnauszahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege für den Zeitraum 12/16-01/17, Unterlagen betreffend der Lohneinstufung und Lohnaufzeichnungen.

15.
Name und Geburtsdatum: L.M., geb. x
Staatsbürgerschaft: Tschechische Republik
Lohnunterlagen: Lohnzettel und Lohnauszahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege für den Zeitraum 03/17, Unterlagen betreffend der Lohneinstufung und Lohnaufzeichnungen.

16.
Name und Geburtsdatum: T.T., geb. x
Staatsbürgerschaft: Tschechische Republik
Lohnunterlagen: Lohnzettel für den Zeitraum 05/17-07/17, Lohnauszahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege für den Zeitraum 03/17-07/17, Unterlagen betreffend der Lohneinstufung und Lohnaufzeichnungen.

17.
Name und Geburtsdatum: V.P., geb. x
Staatsbürgerschaft: Tschechische Republik
Lohnunterlagen: Lohnzettel für den Zeitraum 03/17, Lohnauszahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege für den Zeitraum 03/17, Unterlagen betreffend der Lohneinstufung und Lohnaufzeichnungen.

[...]

B) Die Firma E. s.r.o., B., X, Tschechische Republik, haftet als Kapitalgesellschaft des Handelsrechts für die im Spruchpunkt A) verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten zu ungeteilter Hand.

Rechtsgrundlage
§ 9 Abs. 7 Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG“

In der Begründung führt die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass dem wahren wirtschaftlichem Gehalt nach Arbeitskräfteüberlassung vorliege, weil von den Dienstnehmern der E. s.r.o. kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen der B. Gesellschaft m.b.H. abweichendes, unterscheidbares und der E. s.r.o. zurechenbares Werk hergestellt oder an dessen Herstellung mitgewirkt worden sei, da nur von der B. Gesellschaft m.b.H. hergestellte Paneele montiert worden wären. Die Arbeit sei auch nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug der E. s.r.o. geleistet worden, wären doch nur Kleinwerkzeuge wie Bohrmaschinen, Kreissägen, Nietzangen und Blechzangen etc. von den tschechischen Arbeitnehmern selbst mitgebracht worden. Die für die Arbeit unumgänglich notwendigen technischen Geräte, ohne die eine Werkerfüllung nicht möglich gewesen wäre, wie die zur Montage benötigten Hebebühnen (3 St.), Teleskopstangen (1 St.) und Rotorstapler mit Teleskopausleger (1 St.) wären von der B. Gesellschaft m.b.H. zur Verfügung gestellt worden; dabei spiele es keine Rolle, ob die Geräte geliehen waren oder im Eigentum der B. Gesellschaft m.b.H. gestanden haben; sie kämen jedenfalls nicht von der E. s.r.o. Die tschechischen Dienstnehmer wären organisatorisch in den Betrieb der B. Gesellschaft m.b.H. eingegliedert gewesen und hätten deren Dienst- und Fachaufsicht unterstanden, da diese für Urlaubsregelungen, Krankenstandsangelegenheiten etc. verantwortlich sei und den Arbeitern mitteile, was bis wann zu erledigen sei. Auch hätte die E. s.r.o. nicht für den Erfolg der Werkleistung gehaftet, da die B. Gesellschaft m.b.H. den Auftrag von der Fa. R. als Bauherr erhalten habe und sich dadurch auch die Übernahme der Erfolgshaftung ergebe.

Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung sei somit von einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung auszugehen. Nachdem seitens der E. s.r.o. für die überlassenen Arbeiter eine ZKO4-Meldung zu übermitteln gewesen wäre und dies nicht geschehen sei, sei der Bf als verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher für die angelastete Übertretung verantwortlich.

I.2. Gegen dieses, am 1. Oktober 2018 zugestellte, Straferkenntnis richtet sich die vom Bf rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 29. Oktober 2018, mit der die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens, in eventu die Erteilung einer Ermahnung bzw. die Unterschreitung der Mindeststrafe gemäß § 20 VStG beantragt werden.

Begründend wird zusammengefasst im Wesentlichen ausgeführt, dass keine Arbeitskräfteüberlassung vorliegen würde. Die E. s.r.o. hätte mit der B. Gesellschaft m.b.H. einen Werkvertrag über die Herstellung von Paneel-Fassaden und Dachverwinkelungen bei dem Bauvorhaben „R.“ in E. abgeschlossen. Weder die B. Gesellschaft m.b.H. noch ein anderes Unternehmen hätte an der Herstellung der Fassaden und Dachverwinkelungen mitgewirkt. Alle von der E. s.r.o. einzuhaltenden Termine wären gemäß Werkvertrag der in der Ö-Norm B 2110 festgelegten Konventionalstrafe unterlegen. Die Arbeit wäre ausschließlich mit eigenem Werkzeug der E. s.r.o. geleistet worden. Von wem das Material beigestellt werde, sei nach der Rechtsprechung nicht relevant. Die Arbeitskräfte der E. s.r.o. seien nicht organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert gewesen und hätten nicht dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstanden. Die Arbeitszeit wäre ausschließlich vom Vorarbeiter der E. s.r.o. kontrolliert worden. Auch wären keine fachlichen Weisungen von anderen Unternehmen entgegengenommen worden. Die Vornahme von Qualitätskontrollen sei üblich und entspreche der Sorgfaltspflicht des Generalunternehmers, der für die Qualität des Gesamtwerkes gegenüber seinem Auftraggeber einstehen müsse. Es würde auch eine Gewährleistungspflicht der E. s.r.o. bestehen. In Gesamtbetrachtung des Sachverhaltes würde auch bei Anlegung der Maßstäbe des EuGH in der Rs Martin Meat keine Arbeitskräfteüberlassung, sondern ein Werkvertrag und eine Entsendung vorliegen, da die Vergütung/das Entgelt von der Qualität der erbrachten Leistung abhänge, da die B. Gesellschaft m.b.H. bei mangelhafter Leistungserbringung ein Recht auf Preisminderung und/oder Schadenersatz habe, die Zahl der für die Herstellung des Werkes jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer die E. bestimme und die Arbeitnehmer von Dritten keine genauen und individuellen Anweisungen für die Ausführung der Tätigkeiten erhalten hätten. Unabhängig davon wären zum Zeitpunkt der Kontrolle nur 7 Mitarbeiter auf der Baustelle tätig gewesen, sodass sich die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen nur auf diese 7 Mitarbeiter beziehen würde. Die Unterlagen wären auch bereitgehalten bzw. aus Vorsichtsgründen (auch wenn tatsächlich keine Arbeitskräfteüberlassung vorliege) bereitgestellt sowie auch fristgerecht nachgereicht worden.

Ferner sei die Verhängung einer Strafe pro betroffenen Arbeitnehmer nicht zulässig. Jedenfalls wäre das Verschulden des Bf geringfügig und die Folgen der Übertretung unbedeutend, da die Arbeitnehmer das gebührende Entgelt tatsächlich erhalten hätten, sodass die Voraussetzungen für die Anwendung des § 45 Abs. 1 VStG vorliegen würden. Allenfalls sei der Beschuldigte zu ermahnen oder die Mindeststrafe gemäß § 20 VStG zu unterschreiten. Die hohe Strafe sei auch unverhältnismäßig und unsachlich und damit verfassungswidrig. Im Übrigen sei die Anwendung des § 28 Z 2 LSD-BG europarechtswidrig und würde auch eine Doppelbestrafung vorliegen.
Schließlich wären der belangten Behörde im Ermittlungsverfahren mehrere wesentliche Verfahrensfehler unterlaufen und weise das gegenständliche Straferkenntnis massive Begründungsmängel auf.

I.3. Mit Schreiben vom 6. November 2018 hat die belangte Behörde die Beschwerde samt ihrem Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt.
Dieses hat durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin zu entscheiden.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 21. November 2018. Die Beschwerdeverfahren LVwG-301847, LVwG-301848, LVwG-301851, LVwG-301852, LVwG-301853, LVwG-302110, LVwG-302111, LVwG-302112, LVwG-302113, LVwG-302114 und LVwG-302115 wurden gemäß § 12 Oö. LVwGG zur gemeinsamen Verhandlung verbunden. Die anwesenden Parteien erklärten ausdrücklich ihr Einverständnis zur Verbindung der Verfahren und verzichteten auf eine neuerliche Ladung zur mündlichen Verhandlung in den Verfahren LVwG-302110 bis LVwG-302115.
Zur Verhandlung am 21. November 2018 sind der Bf gemeinsam mit seinem Rechtsvertreter, der Rechtsvertreter des Verantwortlichen der B. Gesellschaft m.b.H. mit Ing. M.S. als Auskunftsperson sowie zwei Vertreter des Finanzamtes erschienen. 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 E. s.r.o. mit Sitz in B., X, Tschechische Republik.
Dieses Unternehmen verfügt über die Gewerbeberechtigungen Schlosserei, Werkzeugbau und Vorbereitungs- und Abschlussarbeiten sowie spezialisierte Bautätigkeiten. Bei der E. s.r.o. waren in den Jahren 2016 und 2017 rund 100 bis 150 Arbeitnehmer beschäftigt. Seit 1. Jänner 2018 befindet sich dieses Unternehmen in Liquidation.

Anlässlich einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei am 13. September 2017, ab 11:11 Uhr, beim Bauvorhaben R., Neubau Xzentrale in E., X, wurden der Zeuge C.T. von der B. Gesellschaft m.b.H. sowie sechs Arbeitnehmer der tschechischen E. s.r.o. bei Bau- und Reinigungsarbeiten angetroffen.

Unternehmensgegenstand der B. Gesellschaft m.b.H. mit Sitz in M., X, 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.

Gegenständlich hat die B. Gesellschaft m.b.H. ab 2016 den Auftrag von der R. A. GmbH über die Errichtung einer Fleischzerlegungs- und Verarbeitungsanlage mit einem Gesamtausmaß von rund 15.000 m² in E. als einer von insgesamt fünf Teilgeneralunternehmern übernommen.
Der von der B. Gesellschaft m.b.H. abzuwickelnde Bauabschnitt beinhaltet die Herstellung und Installation aller Fassaden- und Fensterelemente für das neu zu errichtende Lebensmittelproduktionsgebäude sowie den Innenausbau mit Innenelementwänden, Decken, Fenstern und Türen. Inkludiert ist auch die Verantwortung für die vollständige Umsetzung der bestehenden Anforderungen im Bereich Lebensmittelhygiene und Bauphysik. Bei diesem Auftrag handelt es sich um ein Großprojekt, sodass das Unternehmen für dieses Projekt insgesamt drei Subunternehmer beigezogen hat, wobei es sich bei einem Subunternehmer um die E. s.r.o. handelt. Die Produktion der für dieses Projekt erforderlichen Paneele erfolgte durch die B. Gesellschaft m.b.H.

Die B. Gesellschaft m.b.H. hat mit der E. s.r.o. einen Werkvertrag mit Datum 28. November 2016 über die Montage von Paneelen beim Bauvorhaben Xzentrale in E. abgeschlossen. Mit Datum 28. August 2017 hat die B. Gesellschaft m.b.H. mit der E. s.r.o. einen „Werkvertrag Erweiterung 1“ mit wortgleichem Inhalt – mit Ausnahme der zusätzlichen Menge von 4.652 m² Montage von Paneelen – abgeschlossen. In diesen Werkverträgen werden die Quadratmeter für die Montage der Paneele 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. Vereinbart ist, dass alle Termine und Zwischentermine der in der Ö-NORM B 2110 festgelegten Konventionalstrafe unterliegen und die Gewährleistung 5 Jahre nach VOB beträgt. Die Abrechnung erfolgt entsprechend der Vereinbarung nach Aufmaß.

Der Inhalt des Werkvertrages Erweiterung 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
Montage von Paneelen	13000+4652 m²	xxx	EUR	€ xxx
Montage von Kantteilen	7000 lfm	xxx	EUR	xxx
Montage von Rammschutz Konstruktionen	1000 lfm	xxx	EUR	xxx
ANGEBOTSSUMME NETTO:			EUR	xxx
NACHLASS (in %):				
VOAUSMASSPREIS	NETTO*		EUR	xxx
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	05.12.2016
Montageende voraussichtlich	K 45/2018

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“

Von der B. Gesellschaft m.b.H. war bei diesem Bauvorhaben der Zeuge C.T. als Bauleiter anwesend. Eigenes Montagepersonal des Unternehmens wurde bei diesem Projekt nicht eingesetzt.

Von der E. s.r.o. waren V.L. als Vorarbeiter sowie insgesamt 17 Arbeiter auf der Baustelle tätig, wobei nicht alle Arbeitnehmer gleichzeitig, sondern zu unterschiedlichen Zeiten anwesend waren. Mit sämtlichen Arbeitnehmern wurden Arbeitsverträge abgeschlossen und wurden diese zur Sozialversicherung angemeldet. Für sämtliche Arbeitnehmer wurden Entsende-Meldungen (ZKO3-Formulare) vorgelegt.

Die Aufgaben des Bauleiters der B. Gesellschaft 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 weitergegeben.

Die Aufgabe des Vorarbeiters der E. s.r.o. 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 tschechischen Arbeiter vorgegeben. Arbeitszeitaufzeichnungen wurden ebenso von diesem Unternehmen geführt. Der

Bauleiter der B. Gesellschaft 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 deren 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 sind.

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

Der Bauleiter der B. Gesellschaft m.b.H. 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 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 Hebemittel, zB Hebebühne, Teleskopsteiger und Rotorstapler, wurden von der B. Gesellschaft m.b.H. angemietet und zur Verfügung gestellt.

Die tschechischen Arbeiter kamen mit Firmenwagen der E. s.r.o. zur Baustelle und haben in einer Unterkunft in H. 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 tschechischen Arbeitnehmern genutzt.

II.3. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt grundsätzlich aus den vorgelegten Verwaltungsakten und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung am 21. November 2018 ergibt.

Der Werkvertrag sowie die Erweiterung 1 des Werkvertrages ist den vorgelegten Verwaltungsakten zu entnehmen. Ebenso liegen die Arbeitsverträge, die A1-Dokumente bzw. die Anträge auf A1 und die ZKO3-Meldungen in den Verwaltungsakten ein.

Die Aussagen des in der mündlichen Verhandlung vernommenen Zeugen decken sich mit den Aussagen des Geschäftsführers der E. s.r.o. bzw. der Auskunftsperson der B. Gesellschaft m.b.H. und sind diese auch in sich schlüssig, glaubwürdig und nachvollziehbar.

Diese 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 sie die Haftung für die durchgeführten Montagearbeiten übernehmen, da sie den Auftrag direkt von der Fa. R. erhalten haben, hin. Unter dem Gesichtspunkt, dass die B. Gesellschaft m.b.H. den Auftrag direkt von der R. A. GmbH erhalten hat, ist die Aussage verständlich und entspricht insgesamt auch den tatsächlichen Verhältnissen. Die B. Gesellschaft m.b.H. ist als Teilgeneralunternehmer dem Auftraggeber R. A. GmbH 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. Gesellschaft m.b.H. bzw. vom Bauleiter die Arbeitszeiten der tschechischen Arbeiter nicht vorgegeben wurden, ist bereits auch 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.

Bezüglich der Aussage des Zeugen im Rahmen der Einvernahme am 19. September 2017, dass Krankenstände und Urlaube schon mit ihm besprochen werden und er dann alleine oder in Absprache mit dem Projektleiter entscheidet, ob die Anzahl der tschechischen Arbeiter ausreicht oder ob ein Ersatz geschickt werden muss, gab er im Rahmen seiner zeugenschaftlichen 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.

Bezüglich seiner Aussage im Rahmen der Einvernahme am Kontrolltag, dass die Arbeitskräfte von ihm die Anweisungen/Aufträge bekommen würden, was bis wann zu erledigen sei und diese dann selbstständig von ihnen abgearbeitet werden würden, bzw. seiner Aussage im Rahmen der Einvernahme am 19. September 2017, dass die Arbeiter teilweise wissen wie das Produkt montiert wird und er teilweise den Arbeitern erkläre wie die Montage zu machen ist, ist anzumerken, dass er bei der Vernehmung in der mündlichen Verhandlung glaubwürdig aussagte, dass die E. s.r.o. schon wisse, 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 eine Reihe von Änderungen in der Projektsabwicklung ergeben und wurden diese Änderungen auch vom Bauleiter an die tschechischen Arbeiter bzw. deren Vorarbeiter weitergegeben. Es ändern sich dadurch immer wieder Arbeitsabläufe und Terminvorgaben. Bei Großprojekten ist dies auch durchaus üblich. So wurde in der Verhandlung auch glaubhaft ausgeführt, dass es beim gegenständlichen Bauvorhaben zu massiven Änderungen während der Bauphase gekommen ist.
Dafür, dass der Bauleiter konkrete Arbeitsanweisungen an die tschechischen Arbeiter erteilt hätte, liegen auch keine Beweise vor. Dass es einen „Austausch“ zwischen dem Bauleiter und dem tschechischem Vorarbeiter gegeben hat, wird zudem auch nicht bestritten. Dies ist unter anderem darin begründet, dass die tschechischen Arbeiter und auch der tschechische Vorarbeiter bei den wöchentlichen Baubesprechungen nicht teilgenommen haben.
Dafür, dass der Bauleiter den tschechischen Arbeitnehmern keine Arbeitsanweisungen erteilt hat, spricht weiters, dass diese, bis auf den Vorarbeiter, der deutschen Sprache großteils nicht mächtig sind. So hat der Zeuge in der Einvernahme durch die Finanzpolizei am 19. September 2017 ausgesagt, dass L. sein Ansprechpartner sei, weil er Deutsch spreche. Ebenso hat der Zeuge in der mündlichen Verhandlung angegeben, dass „[d]ie Verständigung mit den Leuten der E. nicht leicht [war]. Die Vorarbeiter können relativ gut Deutsch. Wir konnten uns verständigen.“

Auch die Aussagen des tschechischen Vorarbeiters im Rahmen der Einvernahme durch die Finanzpolizei am Kontrolltag decken sich mit den Aussagen des Zeugen

und des anwesenden Bf bzw. der Auskunftsperson der B. Gesellschaft m.b.H. in der mündlichen Verhandlung am 21. November 2018.

Dass der Bauleiter der B. Gesellschaft m.b.H. die Montagearbeiten der tschechischen 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, die zu montierenden Paneele, von der B. Gesellschaft m.b.H. hergestellt und zur Verfügung gestellt wurde sowie dass die Werkzeuge – bis auf die Hebemittel – im Eigentum der E. standen. Ebenso unstrittig ist, dass die tschechischen 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 die erkennende Richterin 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.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.1.1. Das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. Nr. 44/2016 in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl I NR.4/2017 lautet auszugsweise:

Gemäß § 22 Abs. 1 LSD-BG haben Arbeitgeber im Sinne der §§ 3 Abs. 2, 8 Abs. 1 oder 19 Abs. 1 während der Dauer der Beschäftigung (im Inland) oder des Zeitraums der Entsendung insgesamt (§ 19 Abs. 3 Z 6) den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel im Sinne der Richtlinie 91/533 des Rates über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des dem entsandten Arbeitnehmer für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache, ausgenommen den Arbeitsvertrag, am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten oder diese den Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in

elektronischer Form zugänglich zu machen, auch wenn die Beschäftigung des einzelnen Arbeitnehmers in Österreich früher geendet hat. Der Arbeitsvertrag ist entweder in deutscher oder in englischer Sprache bereitzuhalten. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die Lohnunterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten oder in elektronischer Form zugänglich zu machen. Ein Beschäftiger, der einen Arbeitnehmer zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsendet, gilt in Bezug auf die Verpflichtung nach dieser Bestimmung als Arbeitgeber. § 21 Abs. 2 findet sinngemäß Anwendung.

Nach § 22 Abs. 2 LSD-BG trifft die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen nach Abs. 1 bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung den inländischen Beschäftiger. Der Überlasser hat dem Beschäftiger die Lohnunterlagen nach Abs. 1 nachweislich bereitzustellen.

Gemäß § 28 Z 2 LSD-BG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jeden Arbeitnehmer mit einer Geldstrafe von 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Wiederholungsfall von 2.000 Euro bis 20.000 Euro, sofern mehr als drei Arbeitnehmer betroffen sind, für jeden Arbeitnehmer mit einer Geldstrafe von 2.000 Euro bis 20.000 Euro, im Wiederholungsfall von 4.000 Euro bis 50.000 Euro zu bestrafen, wer als Überlasser im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich entgegen § 22 Abs. 2 die Lohnunterlagen dem Beschäftiger nicht nachweislich bereitstellt.

III.1.2. 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.1.3. Das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG), BGBl. Nr. 196/1988 in der hier maßgebenden Fassung, lautet auszugsweise:

Gemäß § 4 Abs. 1 AÜG ist für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Nach § 4 Abs. 2 AÜG liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber

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

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 E. s.r.o. als Überlasser im Zuge grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung entgegen den Bestimmungen des LSD-BG die Lohnunterlagen iSd § 22 Abs. 1 nicht der B. Gesellschaft m.b.H. als inländischem Beschäftiger bereitgestellt hat.
Strittig ist, ob 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 oder um eine Arbeitskräfteüberlassung an die B. Gesellschaft 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 vertragliche Vereinbarung der B. Gesellschaft m.b.H. und der E. s.r.o. über die Montage von Paneelen auf der Baustelle der R. Xzentrale in E. ist als Werkvertrag bzw. Werkvertrag, Erweiterung 1 bezeichnet. Die Werkleistung bestand konkret in der Montage der von der B. Gesellschaft m.b.H. hergestellten Paneele. Für diese Montagearbeiten sind fachtechnische Kenntnisse erforderlich und müssen hygiene- und bautechnische Standards eingehalten werden, da es sich um ein Projekt in einem sensiblen Lebensmittelbereich handelt. Dabei handelt es sich um einen gewährleistungstauglichen Erfolg. 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 Laufmeter- bzw. Quadratmeteranzahl der verlegten Paneele vereinbart. Die Auftragssumme betrug inklusive der „Erweiterung 1“ 377.901,60 Euro.

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 Paneele wurden von dieser zur Verfügung gestellt. Gegenstand des Werkvertrages war nur die Montage dieser Paneele, nicht auch die Herstellung dieser, sodass die Zurverfügungstellung des Materials verfahrensgegenständlich nicht als entscheidungsrelevant gewertet werden kann.

Das für die Durchführung des Auftrags erforderliche Werkzeug befand sich im Eigentum der E. s.r.o. Die Hebemittel wurden durch die B. Gesellschaft m.b.H. zur Verfügung gestellt.

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 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 Auftrags konkret eingesetzten Arbeitnehmer die E. s.r.o. 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. Auch allfällige Abwesenheiten wurden an den tschechischen Vorarbeiter bzw. an das tschechische 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 Plänen 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 nahmen ihre Aufgaben jedoch unter Aufsicht und Leitung ihres Vorarbeiters bzw. ihres Unternehmens wahr. Arbeitsgrundlage waren die aufliegenden Pläne.

Die laufende Qualitätskontrolle der Montagearbeiten ist für die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen erforderlich, da allfällige Mängel im hygienischen und bautechnischen Bereich am fertigen Objekt nicht mehr erkennbar sind. Es ist daher durchaus schlüssig und nachvollziehbar, dass diese laufend 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 in H. 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 Mitbenutzung der Container der B. Gesellschaft m.b.H. durch die tschechischen Arbeiter 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 tschechischen 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 der tschechischen Arbeitnehmer gegeben war. Die E. s.r.o. war daher nicht zur Bereitstellung der Lohnunterlagen an die B. Gesellschaft m.b.H. verpflichtet und hat die vorgeworfene Verwaltungsübertretung der Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer daher nicht zu verantworten.

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.

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).

Mit dem Wegfall des Straferkenntnisses ist auch der akzessorische Haftungsausspruch nach § 9 Abs. 7 VStG betreffend die Solidarhaftung der E. s.r.o. für die gegen ihr Vertretungsorgan (Bf als Geschäftsführer) verhängten Geldstrafe und Verfahrenskosten gegenstandslos geworden.

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. Zauner