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-301850/6/Kü/KaL

Datum:
Linz, 29. Jänner 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde von W P, vertreten durch Rechtsanwalt J K, X, vom 26. Februar 2018, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 12. Februar 2018, GZ: SanRB96-548-2016, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 28. November 2018

zu Recht:

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

II. Es entfallen sämtliche Verfahrenskostenbeiträge.

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 12. Februar 2018, GZ: SanRB96-548-2016, wurden über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 7i Abs. 4 Z 3 iVm § 7d Abs. 2 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) vier Geldstrafen in Höhe von jeweils 2.000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 33 Stunden verhängt.

Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zu Grunde:
„A)
Sie haben

am	um (von – bis Uhr)	am
22. April 2016	um 08:03 Uhr Kontrollzeitpunkt)	Firmengelände der Fa. F (zum O GmbH & Co KG, X;

folgende Verwaltungsübertretung begangen:

Die Fa. F O GmbH & Co KG mit Sitz in X, hat es in ihrer Eigenschaft als inländischer Beschäftiger im Zuge der grenzüberschreitenden Überlassung der Arbeitskräfte der Fa. P B KFT mit Sitz in X, an die Fa. F O GmbH & Co KG unterlassen, am 22.04.2016, um 08:03 Uhr (zum Kontrollzeitpunkt), die Lohnunterlagen im Sinne des § 7d Abs. 1 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) zur Überprüfung der überlassenen und nachstehend angeführten Arbeitnehmern für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache bereitzuhalten.

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

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

Dies betrifft folgende (an die F O GmbH & Co KG überlassene) Arbeitnehmer der Fa. P B KFT.:

1. P K, geb. X,
   Staatsbürgerschaft: X
   Arbeitsantritt: 18.04.2016

2. S G, geb. X,
   Staatsbürgerschaft: X
   Arbeitsantritt: 18.04,2016
3. Z K, geb. X,
   Staatsbürgerschaft: X
   Arbeitsantritt: 21.04.2016
4. E K, geb. X,
   Staatsbürgerschaft: X
   Arbeitsantritt: 20.04.2016

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) in Verbindung mit § 7j Abs. 1 AVRAG als gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher der F O GmbH & Co KG. für diese Verwaltungsübertretung verantwortlich."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde, in der beantragt wird, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Begründend wurde ausgeführt, dass sich die belangte Behörde mit dem zur rechtlichen Beurteilung erforderlichen Fragen nicht auseinandergesetzt bzw. sich mit diesen Argumenten überhaupt nicht befasst habe. Es gebe sohin keinen rechtskräftig festgestellten Sachverhalt, auf den sich die Ausführungen der Behörde beziehen könnten.

Vielmehr ergebe sich aus den Beweisurkunden, dass die X G.m.b.H. die Haftung treffe, diese die Anzahl der Arbeitnehmer bestimme und auch die Weisungen von der als Erfüllungsgehilfe der X G.m.b.H. zu qualifizierenden E GmbH erteilt worden seien.

Die Behörde habe sich mit den wesentlichen Fragen, wer die Haftung trage, wer die Anzahl der eingesetzten Arbeitnehmer für die Erfüllung des Auftrages bestimme und wer die entscheidenden Weisungen für die Ausführung des Werkes erteile, nicht befasst. Dem Angebot der X G.m.b.H. sei eine Haftung klar zu entnehmen, da hier unter Punkt 2.4. die Thematik der Mängel erörtert würde. Die F O GmbH & Co KG habe zu keiner Zeit vorgeschrieben, wie viele Arbeitnehmer die X G.m.b.H. für die Erbringung ihrer Leistungen einsetzen sollte. Aus dem Angebot ergebe sich, dass die gewünschten Verlegeleistungen für eine Arbeitswoche bis spätestens Donnerstag der Vorwoche dem zuständigen Verlegeleiter bekanntzugeben seien. Es würden daher von der F O GmbH & Co KG der X G.m.b.H. die entsprechenden Tonnen, welche zu verarbeiten seien, vorgegeben und nicht die Anzahl der Personen.

Aus dem gesamten Akteninhalt lasse sich entnehmen, insbesondere aus der Niederschrift der Finanzpolizei vom 22. April 2016, dass Herr J Sch der Verantwortliche gewesen sei. Dieser sei jedoch kein Mitarbeiter der F O GmbH & Co KG, sondern der E GmbH. Daraus ergebe sich, dass die Anweisungen nicht von der F O GmbH & Co KG, sondern von Mitarbeitern der E GmbH selbst erteilt worden seien. Es würde daher keine Weisungsgebundenheit vorliegen und würde von der F O GmbH & Co KG lediglich die Leistung bekanntgegeben. Auch die E GmbH sei immer vom Vorliegen eines Werkvertrages ausgegangen und habe diese ihre Ansicht im Rahmen des Schreibens vom 13. Juli 2016 auch bestätigt.

Insgesamt sei daher die F O GmbH & Co KG nicht als Beschäftiger zu qualifizieren, sondern würden die Arbeitnehmer von der ungarischen Gesellschaft (P B KFT) an die österreichische E GmbH überlassen. Das Vertragsverhältnis der F O GmbH & Co KG bestehe ausschließlich mit der X G.m.b.H., wobei sich diese wiederum als Erfüllunsgsgehilfin der E GmbH bedient habe. Daraus ergebe sich, dass die F O GmbH & Co KG nicht die Verpflichtung getroffen habe, die Lohnunterlagen bereitzuhalten.

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

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 28. November 2018, an welcher der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers und ein Vertreter des Finanzamtes teilgenommen haben. Zudem wurde in der mündlichen Verhandlung ein Zeuge einvernommen.

II.2. Folgender Sachverhalt steht fest:

Der Bf ist neben Herrn H O handelsrechtlicher Geschäftsführer der F O GmbH, welche persönlich haftende Gesellschafterin der F O GmbH & Co KG ist. Der Sitz der F O GmbH & Co KG befindet sich in X. Geschäftszweig dieser Firma ist unter anderem der Beton-Fertigteilbau.

In diesem Geschäftszweig wurde die F O GmbH & Co KG im Rahmen eines Bauvorhabens der X mit der Herstellung von Stützen und/oder Trägern beauftragt. Die Bewehrungsarbeiten bei der Herstellung dieser Stützen führte die F O GmbH & Co KG nicht selbst durch sondern wurden diese an die X G.m.b.H. vergeben. Im mit 11. März 2016 datierten Angebot der Firma X G.m.b.H. über die Durchführung der Bewehrungsarbeiten ist festgehalten, dass ca. 600 Tonnen Bewehrungsstahl

im Durchmesser von 8 bis 30 mm verarbeitet werden. Für die Bearbeitung von Bewehrungsstahl mit größerem Durchmesser bzw. einer Länge über 14 Metern, wurden gesonderte Preise pro Tonnage im Angebot festgeschrieben. Im Angebot sind weiters Leistungsstundensätze ausgewiesen. So wird etwa bei einer Verlegemenge unter 3 Tonnen pro Tag sowie speziell genannten Verlegearbeiten nicht nach Tonnagen sondern nach Stunden abgerechnet.

Gemäß dem Angebot muss ein Exemplar der Bewehrungspläne samt Mängelliste spätestens fünf volle Arbeitstage vor dem gewünschten Liefertermin im Biegebetrieb eingelangt sein. Zudem enthält das Angebot den Hinweis „Verlegung mit Führung E Fachpersonal Verlegeanteil“ wobei dafür ein bestimmter Preis pro Tonne festgelegt wurde. Dieser Hinweis bedeutet, dass sich die Firma X G.m.b.H. als Erfüllungsgehilfen für die Abarbeitung des erteilten Auftrages ihres verbundenen Unternehmens und zwar der E GmbH mit dem Sitz in X, bedient.

Vereinbart ist im Angebot auch, dass die verlegte Bewehrung unmittelbar nach Fertigstellung durch den Auftraggeber abzunehmen ist. Gegebenenfalls muss von diesem eine Mängelrüge unverzüglich nach der Leistung und in jedem Fall vor Beginn der Betonierungsarbeiten erhoben werden. Zur Beseitigung etwaiger festgestellter Mängel ist dem Auftragnehmer eine angemessene Nachfrist zur Verbesserung einzuräumen. Jedenfalls gelten die Leistungen als abgenommen, wenn mit den Betonierungsarbeiten begonnen wird.

Dieses Angebot wurde von der F O GmbH & Co KG angenommen und damit die X G.m.b.H. mit der Durchführung der Bewehrungsarbeiten für das Projekt „Stützen X“ am Betriebsgelände der F O GmbH & Co KG in X beauftragt. Wie bereits festgehalten wurde in der Folge der Auftrag nicht von der X G.m.b.H. selbst erfüllt, sondern gab diese die Bewehrungsarbeiten ihr verbundenes Unternehmen die E GmbH weiter.

Auf Grundlage der Vorgaben der F O GmbH & Co KG wie viel Tonnen Bewehrungsstahl innerhalb welcher Zeit zu verarbeiten sind, war die E GmbH in der Lage festzulegen, wieviel Personen für die Herstellung des jeweiligen Bewehrungsteiles einzusetzen sind. Die E GmbH bearbeitete die beauftragten Bauteile selbständig, ohne dass dabei auch Mitarbeiter der F O GmbH & Co KG zum Einsatz gelangt sind. Für den Fall, dass der E GmbH nicht die ausreichende Anzahl an eigenen Arbeitskräften zur Verfügung gestanden ist, wurden auch von Partnerfirmen überlassene Arbeitskräfte eingesetzt.
Bei der von der Finanzpolizei am 22. April 2016 am Betriebsgelände der F O GmbH & Co KG durchgeführten Überprüfung wurden fünf Arbeitnehmer der E GmbH inklusive deren Vorarbeiter und weitere vier von der P B KFT überlassene Arbeitskräfte sowie ein Dienstnehmer der Firma S und weitere zwei Dienstnehmer der Firma B GmbH angetroffen.

Die E GmbH gab sowohl ihren eigenen Arbeitnehmern als auch den überlassenen Arbeitskräften die Arbeitszeiten, in der Regel 7:00 Uhr bis 17:00 Uhr bei einer Stunde Pause, vor. Überzeiten kamen eher selten vor. Vom Vorarbeiter der E GmbH wurden bei der Herstellung einzelner Gewerke getrennt für jede Firma, die Arbeitskräfte überlassen hat, Arbeitsaufzeichnungen geführt. Diese Arbeitsaufzeichnungen dienten zudem als Abrechnungsgrundlage mit dem jeweiligen Personalüberlasser. Drei Leistungsberichte erstellt von der X G.m.b.H. dokumentieren die Anzahl der eingesetzten Arbeiter und die geleisteten Gesamtstunden für die Zeit vom 18.04. – 20.04.2016. Diese Berichte sind für den Auftraggeber von einem Mitarbeiter der F O GmbH & Co KG gegengezeichnet. Für den 21.04.2016 und 22.04.2016 konnten bei der Kontrolle keine Arbeitsaufzeichnungen vorgelegt werden.

Die Abrechnung der Bewehrungsarbeiten zwischen der F O GmbH & Co KG und der X G.m.b.H. beim Projekt „Stützen X“ erfolgte anfänglich, d.h. in den ersten Tagen, nach den in den Leistungsberichten aufgezeichneten Arbeitsstunden und noch nicht nach den im Angebot festgelegten technischen Details. Diese Abrechnungsform nach Stunden ist am Beginn eines Projektes zur Handhabung der Abläufe (Wartezeit auf Verfügbarkeit des Krans, Größe der verwendbaren Lagerflächen udgl.) durchaus üblich und dient zur Überprüfung der Kalkulation. Belegt wird diese Vorgangsweise durch ein Telefax der X G.m.b.H. vom 12.04.2016, in dem nochmals die bereits im Angebot vereinbarten Stundensätze bezogen auf „die erste Woche“ aufgelistet werden.

Die an die E GmbH überlassenen vier Arbeitskräfte der P B KFT unterstanden zu keiner Zeit der Dienst- und Fachaufsicht der F O GmbH & Co KG. Ebenso wurden diesen Arbeitern keine Weisungen über Arbeitsabläufe erteilt oder Arbeitszeiten vorgegeben. Die Anzahl der eingesetzten Arbeitskräfte bestimmte – wie bereits erwähnt – einzig und allein die E GmbH anhand der Tonnage der auszuführenden Arbeiten. Außerdem steht fest, dass die E GmbH für die ordnungsgemäße Durchführung der Arbeiten ihrem Auftraggeber, der X G.m.b.H., gegenüber verantwortlich gewesen ist und diese wiederum der F O GmbH & Co KG verpflichtet gewesen ist.

Bereits im Zuge der Kontrolle stellten die Kontrollorgane fest, dass die vier ungarischen Arbeiter von der P B KFT an die E GmbH überlassen wurden. Ebenso handelte es sich bei den Dienstnehmern der Firma S und der B GmbH um überlassene Arbeitskräfte. Von den vier ungarischen Arbeitern konnten bei der Kontrolle ZKO4-Meldungen, Sozialversicherungsdokumente A1, Arbeitsverträge und Dienstzettel vorgelegt werden.
Der vom Finanzamt nach der Kontrolle gestellte Strafantrag ist nur darauf gerichtet, dass für die vier Arbeiter die grundsätzlich vom Vorarbeiter der E GmbH geführten Arbeitsaufzeichnungen für den 21.04.2016 und 22.04.2016 nicht vorgelegt werden konnten.

II.3. Dieser Sachverhalt ergibt sich einerseits aus den jeweils genannten Unterlagen, welche bereits dem Strafantrag der Finanzpolizei angeschlossen sind, andererseits aus den Aussagen des in der mündlichen Verhandlung einvernommenen Zeugen, der als Geschäftsführer der E GmbH tätig ist.

Die Feststellungen hinsichtlich der vertraglichen Gestaltung zwischen der F O GmbH & Co KG und der Firma X G.m.b.H. ergeben sich aus dem vom Rechtsvertreter des Bf im Zuge der mündlichen Verhandlung vorgelegten Angebots. Die Grundlagen für die Auftragserteilung wurden in diesem Angebot festgeschrieben und ist daraus ersichtlich, dass Termine für die einzelnen Bauteile vorgegeben werden und die Firma X G.m.b.H. die Haftung für die einwandfreie Ausführung der Bewehrungsarbeiten trägt, da diese nach Mängelrüge durch die F O GmbH & Co KG zu verbessern sind oder von dieser abgenommen werden. Erst dann wird der Bauteil der Fertigstellung in Form der Betonierungsarbeiten zugeführt.

Bereits aus dem Strafantrag ergibt sich, dass die vier ungarischen Arbeiter der P B KFT an die Firma E GmbH überlassen worden sind. Dies wird vom Zeugen auch in dieser Form bestätigt bzw. weißt er zutreffend darauf hin, dass für sämtliche ungarischen Arbeiter die notwendigen Unterlagen bereits vorgelegen sind. Dieser Umstand ist dadurch bestätigt, als die Dokumente wie ZKO4-Meldungen, Sozialversicherungsdokumente A1, Arbeitsverträge und Auszahlungsbelege wie auch Arbeitsaufzeichnungen für 18. bis 20. April 2016 bereits dem Strafantrag angeschlossen sind. Es bestehen daher insgesamt keine Zweifel, dass die besagten Unterlagen bereits zum Kontrollzeitpunkt bereitgehalten wurden.

Insgesamt bestehen auch keine Zweifel daran, dass die E GmbH als Erfüllungsgehilfe der Firma X G.m.b.H. aufgetreten ist und keine direkte vertragliche Beziehung zwischen der F O GmbH & Co KG und der E GmbH bestanden hat. Den glaubwürdigen Aussagen des Zeugen zufolge wird am Projektbeginn, um die Kalkulation überprüfen zu können, grundsätzlich nach Stunden abgerechnet und zwar solange, bis sich die einzelnen Arbeitsabläufe wie die Bereitstellung des Kranes und die Zurverfügungstellung von Lagerflächen eingespielt haben. Es erscheint nachvollziehbar, dass ein Projekt bei dem 300 bis 400 Tonnen Bewehrungsstahl verarbeitet werden, einer gewissen Einarbeitungsphase hinsichtlich der Arbeitsabläufe bedarf und daher anfänglich eine Abrechnung nach Leistungsstunden und nicht nach Tonnen verlegten Bewehrungsstahl erfolgt. Beide Abrechnungsarten sind im Angebot vereinbart. Für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich liefert daher die anfängliche Abrechnung nach Einsatzstunden keinen Beleg dafür dar, dass die ungarischen Arbeiter der F O GmbH & Co KG als überlassene Arbeitskräfte zuordenbar wären. Die Art und Weise der Auftragsabwicklung spricht gegen diese Annahme. Vielmehr ergibt sich aus den Vertragsbedingungen und den Schilderungen des Zeugen, dass

nach Durchführung der Bewehrungsarbeiten die fertiggestellten Bauteile von der F O GmbH & Co KG erst abgenommen werden mussten und für den Fall der Feststellung von Mängeln, seitens der E GmbH als auch der X G.m.b.H. erforderliche Verbesserungen durchzuführen waren. All diese Umstände sprechen jedenfalls dagegen, dass seitens der F O GmbH & Co KG die Dienst- und Fachaufsicht gegenüber den ungarischen Arbeitnehmern ausgeübt wurde. Auch wird vom Zeugen bestätigt, dass von der E GmbH den überlassenen Arbeitskräften die gleichen Arbeitszeiten wie den eigenen Arbeitern vorgegeben wurden und die Arbeiter gemeinsam die Bewehrungsarbeiten durchgeführt haben. Insgesamt bestanden daher an den Sachverhaltsannahmen keine Zweifel.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.1. Rechtsgrundlagen:

III.1.1. Die im gegenständlichen Fall maßgeblichen Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung, BGBl. I Nr. 94/2014, lauten wie folgt:

„Verpflichtung zur Bereithaltung von Lohnunterlagen

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

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

Strafbestimmungen

§ 7i.

[...]

(4) Wer als

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

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

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

„Beurteilungsmaßstab

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

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

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

[...]"

III.1.3. 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. Im Spruch des gegenständlichen Straferkenntnisses wird dem Bf angelastet, dass im Zuge grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung die F O GmbH und Co KG als inländischer Beschäftiger die Lohnunterlagen im Sinne des § 7d Abs. 1 AVRAG nicht bereitgehalten hat. Dieser allgemein gehaltene Tatvorwurf steht aber nicht in Einklang mit den Ausführungen im Strafantrag des Finanzamtes. Diesem ist vielmehr zu entnehmen, dass der Grund für den Strafantrag, das Nichtbereithalten von Arbeitsaufzeichnungen für den 21.04.2016 und 22.04.2016 gewesen ist.

§ 44a Verwaltungsstrafgesetz (VStG) sieht vor, dass der Spruch, wenn er nicht auf Einstellung lautet, zu enthalten hat:

1. die als erwiesen angenommene Tat;
2. die Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist;
3. die verhängte Strafe und die angewendete Gesetzesbestimmung;
4. den etwaigen Ausspruch über privatrechtliche Ansprüche;
5. im Falle eines Straferkenntnisses die Entscheidung über die Kosten.

§ 44a VStG legt den Inhalt des Spruches eines Straferkenntnisses fest. Der Beschuldigte hat ein subjektives Recht darauf, dass ein Straferkenntnis den in § 44a Z 1 bis Z 5 VStG festgelegten Sprucherfordernissen entspricht; Verstöße dagegen bedeuten eine offenkundige Verletzung des Gesetzes zum Nachteil des Bestraften iSd § 52a VStG (Fister in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG2 § 44a Rz 1, Stand 1.5.2017, rdb.at).

In seinem Erkenntnis vom 13. September 2016, Ra 2016/03/0048, und daran anknüpfend in seinem Erkenntnis vom 4. Dezember 2017, Ra 2017/02/0118, führte der Verwaltungsgerichtshof im Hinblick auf die Heranziehung der Bestimmung des § 44a VStG durch die Verwaltungsgerichte sowie zu den Anforderungen an den Inhalt eines Spruches aus:
„Der vom Verwaltungsgericht ebenfalls herangezogenen Bestimmung des § 44a Z 1 VStG wird – aus Rechtschutzüberlegungen – dann entsprochen, wenn dem Beschuldigten im Spruch des Strafbescheides bzw. der Entscheidung des Verwaltungsgerichts die Tat in so konkretisierter Umschreibung vorgeworfen wird, dass er im ordentlichen Verwaltungsstrafverfahren (gegebenenfalls auch im Wiederaufnahmeverfahren) in die Lage versetzt wird, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten und eben diesen Tatvorwurf zu widerlegen, und der Spruch geeignet ist, die beschuldigte (bestrafte) Person rechtlich davor zu schützen, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden. Diese Rechtschutzüberlegungen sind auch für die Prüfung der Frage anzustellen, ob eine taugliche Verfolgungshandlung iSd § 32 Abs. 2 VStG gegeben ist. Das bedeutet, dass die der beschuldigten Person vorgeworfene Tat (lediglich) unverwechselbar konkretisiert sein muss, damit diese in die Lage versetzt wird, dem Vorwurf entsprechend zu reagieren und damit ihr Rechtschutzinteresse zu wahren (vgl. etwa VwGH vom 28. Mai 2014, 2012/07/0033).“

Die Umschreibung der als erwiesen angenommenen Tat hat sich am jeweils in Betracht kommenden Tatbild zu orientieren, die Frage ihrer Übereinstimmung mit den Erfordernissen des § 44a Z 1 VStG ist folglich in jedem Fall einzeln zu beurteilen und daher idR auch nicht revisibel (Fister in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG2 § 44a Rz 3, Stand 1.5.2017, rdb.at). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bedarf es gemäß § 44a Z 1 VStG im Bescheidspruch der Anführung aller wesentlichen Tatbestandsmerkmale, die zur Individualisierung und Konkretisierung des inkriminierten Verhaltens und damit für die Subsumtion der Tat unter die dadurch verletzte Verwaltungsvorschrift erforderlich sind. Wird die Anführung eines wesentlichen Tatbestandselementes im Spruch unterlassen, kann dies auch nicht durch eine entsprechende Bescheidbegründung ersetzt werden (vgl. die in Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze II2 (2000), Seite 757, E 20 ff, wiedergegebene hg. Rechtsprechung), [VwGH 23.5.2013, 2013/09/0025; 24.4.2015, 2011/17/0201].

Der Tatvorwurf des angefochtenen Straferkenntnisses erschöpft sich – wie erwähnt - darin, dass dem Bf als nach außen Vertretungsbefugten der F O GmbH & Co KG

angelastet wird, für näher bezeichnete Arbeitnehmer die Lohnunterlagen am Arbeitsort in Österreich nicht bereit gehalten zu haben. Zudem wird die Bestimmung des § 7d Abs. 1 AVRAG im Spruch zur Gänze zitiert.

Unstrittig wurden aber - dem vorliegenden Strafantrag zufolge - bei der gegenständlichen Kontrolle ZKO 4 Meldungen, Sozialversicherungsdokumente A1, Arbeitsverträge und Dienstzettel vorgelegt. Bemängelt wurde vielmehr, dass keine Arbeitsaufzeichnungen für 21.04. und 22.04.2016 vorgelegt werden konnten. Aufgrund dieser Tatsache ist der allgemein gehaltene Vorwurf im Straferkenntnis, wonach Lohnunterlagen im Sinne des § 7d Abs. 1 AVRAG während der Kontrolle nicht bereitgehalten wurden, nicht richtig. Der Spruch des gegenständlichen Straferkenntnisses nimmt daher auf die konkreten Umstände des Falles nicht Bezug. Vielmehr wäre es, um den Vorgaben des § 44a VStG zu entsprechen, erforderlich gewesen, die Tat in der Weise zu umschreiben, welche der konkret im § 7d Abs. 1 AVRAG geforderten Unterlagen zum Zeitpunkt der Kontrolle – wie im Strafantrag im Detail dargestellt – nicht bereitgehalten wurden. Dieser konkretisierte Tatvorwurf ist dem Bf innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist allerdings nicht angelastet worden. Bereits aus diesen Gründen erweist sich das angefochtene Straferkenntnis als rechtswidrig.

III.3. Darüber hinaus ist zu angelasteten Arbeitskräfteüberlassung Folgendes zu bemerken:

III.3.1. Der Bf bestreitet unter Bezugnahme auf § 4 Abs. 2 AÜG, dass gegenständlich ein seiner Firma zurechenbarer Einsatz grenzüberschreitend überlassener Arbeitskräfte stattgefunden hat und sich die belangte Behörde mit den wesentlichen Fragen, wer die Haftung trage, wer die Anzahl der eingesetzten Arbeitnehmer für die Erfüllung des Auftrages bestimme und wer die entscheidenden Weisungen für die Ausführung des Werkes erteile, nicht befasst hat.

Strittig ist sohin im gegenständlichen Fall die Frage, ob die F O GmbH & Co KG die Bewehrungsarbeiten an ihrem Standort mittels Werkvertrag an die X G.m.b.H. übertragen hat oder nicht.

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.3.2. Zwischen der F O GmbH & Co KG sowie der X G.m.b.H. wurde auf Grund eines vom 11.03.2016 stammenden Angebotes die Durchführung von Bewehrungsarbeiten beim Projekt „Stützen X“ vereinbart. Die X G.m.b.H. hat diesen Auftrag an die E GmbH, ein mit ihr verbundenes Unternehmen, weitergegeben.

Unbestritten ist die Tatsache, dass die ungarische Firma P B KFT vier Arbeitnehmer an die E GmbH überlassen hat. Daneben hat die E GmbH zur Abarbeitung des gegenständlichen Auftrages noch von zwei weiteren Firmen überlassene Arbeitskräfte eingesetzt. Die E GmbH als Beschäftiger der überlassenen vier ungarischen Arbeitskräfte hat auch dafür Sorge getragen, dass die erforderlichen Dokumente bereitgehalten wurden, zumal von den vier ungarischen Arbeitern während der Kontrolle die ZKO4-Meldungen, Sozialversicherungsdokumente A1 sowie Arbeitsverträge und Dienstzettel vorgelegt wurden. Vom Vorarbeiter der E GmbH wurden Arbeitsaufzeichnungen, getrennt für jede Firma, die Arbeitskräfte überlassen hat geführt. Diese Arbeitsaufzeichnungen dienten als Abrechnungsgrundlage mit dem jeweiligen Personalüberlasser.

III.3.3. Anhand der übergebenen Bewehrungspläne wurde von der F O GmbH & Co KG vorgegeben, welche Bauteile zu fertigen sind. Beabsichtigt war nach den Kriterien wie Stahlstärke sowie der Länge der zu bearbeitenden Teile abzurechnen. Den Verfahrensergebnissen zufolge wurde in der ersten Woche der Zusammenarbeit noch nach Stunden abgerechnet. Allein dieser Umstand, kann aber aufgrund der sonstigen Kriterien der Zusammenarbeit nicht zur Feststellung der Arbeitskräfteüberlassung gereichen, zumal diese Abrechnungsweise auch im Angebot vereinbart ist. Der F O GmbH & Co KG steht es im Falle guter Auftragslage und damit einhergehenden Zeitdrucks frei, Subunternehmer für die Bewehrungsarbeiten, die ansonsten grundsätzlich von eigenem Personal durchgeführt werden, beizuziehen. Die Bewehrungsarbeiten sind grundsätzlich von Betonierungsarbeiten abgrenzbar und auch bestimmten Projekten zuordenbar. Rückschlüsse darauf, dass beim Einsatz von Subunternehmen jedenfalls Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, sind daher nicht zulässig.

Die Termine für die Fertigstellung der Bewehrungsarbeiten wurden von der F O GmbH & Co KG als Auftraggeberin vorgegeben. Jeder Bauteil musste zu diesem Termin plangemäß gefertigt werden. Vor den Betonierungsarbeiten erfolgte eine Abnahme des Bauteils durch die F O GmbH & Co KG. Falls bei dieser Kontrolle Mängel aufgetreten sind, wurde dem Auftragnehmer eine Nachfrist zur Verbesserung eingeräumt. Somit steht fest, dass der Auftragnehmer die Verantwortung für die mängelfreie Ausführung getragen hat.

Die F O GmbH & Co KG hat hinsichtlich der Bewehrungsarbeiten für die einzelnen Bauteile kein Einfluss darauf genommen, wie viele Personen für die Herstellung des Teils einzusetzen und welche Arbeitszeiten einzuhalten sind. Vielmehr war es der E GmbH überlassen, welche Anzahl von Arbeitskräften, darunter auch überlassene Arbeitskräfte, sie zum Einsatz bringt. Die E GmbH hat daher anhand der Terminvorgaben und der Menge an zu bearbeitenden Bewehrungsstahl festgelegt, wie viele Arbeitskräfte eingesetzt werden und hatte diese auch die Fachaufsicht über die von ihr eingesetzten Arbeiter. Obwohl die Bewehrungsarbeiten am Standort der F O GmbH & Co KG stattgefunden haben, waren deren Arbeiter in die Bewehrungsarbeiten der E GmbH nicht involviert. Von der F O GmbH & Co KG wurde erst der fertige und abgenommene Bauteil am Standort in Form der Betonierungsarbeiten weiterbearbeitet.

Insgesamt kann bei dieser Sachlage nicht erkannt werden, dass die F O GmbH & Co KG irgendeine Einflussnahme auf die Arbeiter der P B KFT, sei es in Form der Erteilung von Weisungen zum Arbeitsablauf, der Vorgabe von Arbeitszeiten oder sonstigen Verhaltensweisen, gegeben hat. Zudem war die E GmbH als Subauftragnehmer der X G.m.b.H. für die mängelfreie Ausführung der Bewehrungsarbeiten verantwortlich und hatte bei aufgetretenen Mängeln entsprechend nachzubessern.

Insgesamt bestehen daher keine Zweifel daran, dass die von der F O GmbH & Co KG beauftragten Bewehrungsarbeiten ein eigenständiges Werk darstellen und die vertraglichen Grundlagen im bereits mehrfach angesprochenen Angebot festgelegt worden sind. Jedenfalls ist im abgeführten Beschwerdeverfahren nicht hervorgekommen, dass die F O GmbH & Co KG die vier ungarischen Arbeitskräfte als überlassene Arbeitskräfte zum Einsatz gebracht hat und kann diese daher nicht als inländischer Beschäftiger iSd § 7d Abs. 2 AVRAG gewertet werden. Gegenständlich ist als inländischer Beschäftiger der vier ungarischen Arbeitskräfte die E GmbH anzunehmen. Anzumerken ist, dass im Zuge der Kontrolle von den vier ungarischen Arbeitern die gesetzlich geforderten Unterlagen vorgewiesen wurden.

Mithin ergibt sich, dass der Bf nicht als inländischer Beschäftiger der vier ungarischen Arbeiter zu qualifizieren ist, weshalb er die ihm angelastete Verwaltungsübertretung nicht begangen hat, und sohin der Beschwerde zu folgen, das Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen war.

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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bereits im Erkenntnis dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen. Diese Rechtsprechung ist nicht als uneinheitlich zu beurteilen und es liegen keine Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Darüber hinaus ist der festgestellte Sachverhalt ein Ergebnis der Beweiswürdigung und wurde dieser nach Durchführung einer Verhandlung festgestellt und entsprechend begründet. Es handelt sich dabei um keine Rechtsfrage, jedenfalls nicht um eine solche von grundsätzlicher Bedeutung.

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