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-302015/10/SE

Datum:
Linz, 3. Oktober 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Ellmer über die Beschwerde von M.H., vertreten durch S., Rechtsanwälte GmbH, X, L., gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 11. Juni 2018, GZ: Ge-529/18, wegen Übertretungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 11. Juni 2018, GZ: Ge-529/18, aufgehoben und das diesbezügliche Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens noch zu den Kosten des verwaltungsbehördlichen Verfahrens zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung 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 des Bürgermeisters der Stadt Steyr (in der Folge: belangte Behörde) vom 11. Juni 2018, GZ: Ge-529/18, wurden über M.H. (in der Folge: Beschwerdeführer) wegen fünf Verwaltungsübertretungen nach § 19 Abs. 1 iVm § 26 Abs. 1 Z 1 LSD-BG, Geldstrafen in der Höhe von jeweils 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit derselben Ersatzfreiheitsstrafen in der Höhe von jeweils 48 Stunden, verhängt. Ferner wurde ein Kostenbeitrag in der Höhe von insgesamt 500 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde (auszugsweise Wiedergabe ohne Hervorhebungen):
„Sie haben es als zur Vertretung nach außen befugtes Organ der Firma X GmbH mit Sitz in [...] als Auftraggeberin verwaltungsstrafrechtlich zu vertreten, dass

1. Hr. B.P. [...] durch die oa. Firma zumindest am 5.2.2018 um 13.50 Uhr zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wurde, sodass dieser zu oa. Tatzeitpunkt in S., X (Bauvorhaben „D.B.“) beschäftigt wurde. Selbiger konnte keine ZKO3 Meldung vorlegen. Es wurde somit die oa. Beschäftigung ggst. Arbeitnehmers nicht ordnungsgemäß gemeldet. Dies stellt eine Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) dar.
2. Hr. S.S. [...]
3. Hr. A.B. [...]
4. Hr. K.B. [...]
5. Fr. C.T. [...]“

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass von Organen der Finanzpolizei Team 43 der gegenständliche Tatbestand erhoben und der erkennenden Behörde angezeigt worden sei. Der Beschwerdeführer sei als zur Vertretung nach außen befugtes Organ für die Verwaltungsübertretungen verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. Die verhängten Geldstrafen und Ersatzfreiheitsstrafen seien tat- und schuldangemessen.

I.2. Dagegen hat der rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde, eingelangt bei der belangten Behörde am 10. Juli 2018, erhoben und die ersatzlose Behebung des angefochtenen Straferkenntnisses in eventu die Einstellung des Verfahrens unter Erteilung einer Ermahnung in eventu die Herabsetzung der verhängten Strafe auf ein tat- und schuldangemessenes Maß sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt.

Zusammengefasst wurde in der Beschwerde Folgendes vorgebracht:

- Die belangte Behörde habe wesentliche Teile des Sachverhalts nicht festgestellt und eine selbstständige Sachverhaltsfeststellung unterlassen.

- Die Leistungen seien aufgrund von mit den Subunternehmern abgeschlossenen Werkverträgen durch die Subunternehmer selbst bzw. durch deren Arbeitnehmer erbracht worden.
- Die tatsächlichen Arbeitsstunden der jeweiligen Monteure hätten nichts an der Höhe des vereinbarten Honorars geändert.
- Der Arbeitnehmer der X habe die Arbeitsstunden der Monteure im Auftrag der D.B. HandelsgesmbH aufgezeichnet.
- Die Subunternehmer seien selbst für die An- und Abreise sowie deren Ausrüstung verantwortlich gewesen.
- Die Subunternehmer seien aufgrund der fehlenden Arbeitnehmereigenschaft nicht zur Vorlage von Lohnunterlagen verpflichtet gewesen.
- Die Monteure hätten ihre Aufgaben nicht unter der Aufsicht und Leitung der D.B. HandelsgesmbH erfüllt.
- Die X sowie die jeweiligen Subunternehmer hätten für den Erfolg ihrer Leistung gehaftet.
- Die Beauftragung sei nach der „Prioritätenliste“ der D.B. HandelsgesmbH erfolgt. Es habe sich dabei um ein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers klar abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk gehandelt. Mitarbeiter der D.B. HandelsgesmbH würden in der Regel keine Ausstellungsmontage durchführen.
- Die Subunternehmer hätten ihr eigenes Werkzeug verwendet und wären organisatorisch nicht in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert gewesen, noch seien sie dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstanden.
- Der Arbeitnehmer der X habe sämtliche Lohnunterlagen, bis auf den Kontoauszug, vollständig vorgelegt.
- Dem Beschwerdeführer könne kein Vorwurf gemacht werden, weil er die Subunternehmer vollinhaltlich über die Bestimmungen des LSD-BG in Kenntnis gesetzt habe. Die physische Einhaltung der Anordnung durch die Subunternehmer würde die Sorgfaltspflicht eines Geschäftsführers überspannen.
- Die geforderten Unterlagen wurden vollumfänglich vorgelegt, weshalb sich eine geringfügige Beeinträchtigung ergebe.
- Die Rechtsverletzung sei wegen des geringen Umfangs und der kurzen Daher der Arbeiten als geringfügig zu erachten.
- Konkret hätte kein Wettbewerbsvorteil bestanden, weil in Deutschland ähnliche Arbeitsbedingungen wie in Österreich bestehen würden.
- Die verhängte Geldstrafe stehe in keiner Relation zum Vorfall.
- Der Beschwerdeführer sei auch unbescholten.

I.3. Mit Schreiben vom 23. Juli 2018, eingelangt am 26. Juli 2018, legte die belangte Behörde das eingebrachte Rechtsmittel samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich führte am 7. Mai 2019 eine mündliche Verhandlung durch. Es waren alle Parteien, ausgenommen die belangte Behörde, anwesend.

B.P. (kurz: Zeuge 1) und R.H. (kurz: Zeuge 2) wurden als Zeugen befragt.

Die anwesenden Parteien konnten im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung jeweils ihre rechtlichen Standpunkte präzisieren und dartun sowie an der Ermittlung des relevanten Sachverhalts mitwirken.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt, das Beschwerdevorbringen und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 7. Mai 2019.

II.2. Folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt gilt als erwiesen:

Die X GmbH, X, C. (in der Folge: X) ist in den Bereichen Ladenbau, Möbelmontage, Lagereinrichtung und Regalprüfung tätig. Der Beschwerdeführer und T.D. waren zum Tatzeitpunkt Geschäftsführer der X.

Am 21. Mai 2012 schloss die X mit der „D.B. GmbH und Co. KG“ (in der Folge: Y), X, H., einen Rahmenvertrag mit dem Vertragsgegenstand „X übernimmt ab dem 01.06.2012 die Durchführung von Leistungen im Zusammenhang mit Projekten in Form von Filialneueröffnungen, -räumungen, -umbauten, -umzügen, -optimierungen oder -renovierungen von Y.“. Auszugsweise lautet dieser Rahmenvertrag wie folgt (wörtliche Wiedergabe ohne Hervorhebungen):

„[...]

2. Leistungen von X

[...]

- Montage der Ausstellungsmöbel
- Stellen der Möbel gemäß Vorgaben Y in Abstimmung mit einem autorisierten Mitarbeiter der Y
- Montage von Inventar [...]

4. Vergütung

Die Vergütung sämtlicher Leistungen nach diesem Vertrag erfolgt auf Basis von Projektpauschalen gemäß der nachstehenden Aufstellung. Diese Preisvereinbarung gilt ausschließlich für Projekte innerhalb Deutschlands:

Neueröffnung:	
Bei 500 – 699 m2 Verkaufsfläche	[...]
Bei 700 – 899m2 Verkaufsfläche	[...]
Bei 900 – 1.199 m2 Verkaufsfläche	[...]
Räumung vor Umbau:	[...]
Umbau:	
Bei 500 – 799 m2 Verkaufsfläche	[...]

Bei 800 – 999m2 Verkaufsfläche [...]
Bei 1.000 – 1.199 m2 Verkaufsfläche [...]
Umzug:
Bis 500 – 1.199 m2 Verkaufsfläche [...]
[...]
5. Projektkoordinator
Für jedes Projekt stellt X einen Projektkoordinator, der für die Einteilung der Aufgaben und die Überwachung der Durchführung der Gewerke verantwortlich ist.
6. Weitere Pflichten
Die Projektdurchführung durch X setzt voraus, dass Y wöchentlich eine Liste der künftigen Projekte, die X durchführen soll, mit Angaben zu den Ausführungsorten, den Verkaufsflächen und den Terminen für die Fertigstellung des Projekts mindestens 4 Wochen vor Projektstart zuleitet.
[...]
7. Abnahme
Jeweils einen Tag vor dem geplanten Projektende, spätestens jedoch am letzten Projekttag, erfolgt eine förmliche Abnahme der Leistungen durch einen Projektbetreuer des Y; [...] Die Abnahme erfolgt spätestens am letzten geplanten Projekttag 12 Uhr. [...]
8. Haftung
X haftet auch für Schäden, die im Rahmen der Projekte durch von X eingesetzte Monteure oder sonstigen Subunternehmern entstehen.
9. Fertigstellungstermine
Für die Durchführung der Projekte gelten folgende Zeiträume als verbindlich vereinbart:
[...]
10. Vertragsstrafe
Sollte der Fertigstellungstermin für die Leistungen von X bei Neueröffnungen, Umbauten oder Umzügen nicht eingehalten werden, so ist X unabhängig von einem eventuellen Schadensersatzanspruch von Y verpflichtet, eine Vertragsstrafe für die ersten beiden Tage der Verzögerung in der Höhe von 0,2 % der Projektvergütung und für jeden weiteren Tag eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,3 % der Projektvergütung, höchstens jedoch 5 % der Vergütung für das jeweilige Projekt, an Y zu zahlen, soweit X die Verzögerung zu vertreten hat.
[...]“

Der „Auftrag Möbelmontage 1. Woche“ der Y vom 4. Jänner 2018 beinhaltet Folgendes (auszugsweise Wiedergabe ohne Hervorhebungen):
„Filialnummer: x
PLZ: x
Ort: S.
Straße: X
Land: Österreich
Termine
Tag der Räumung: 29.01.2018
Beginn der Möbelmontage:05.02.2018
Beginn der Inventarmontage: 05.02.2018
[...]
Firma: X
Anzahl der Monteure: 9

Anzahl der Einsatztage: 5
[...]“

Konkret war ein Mitarbeiter der Y als Projektkoordinator vor Ort. Dieser teilte die Aufbauarbeiten nach einer Prioritätenliste bzw. Möbelliste den anwesenden Monteuren unter Berücksichtigung deren Fähigkeiten und Erfahrungen zu. Die Aufbauten wurden entsprechend der Prioritätenliste abgearbeitet.
Jeder Monteur erhielt für die ihm zugeteilte Aufbauarbeit eine Montage- bzw. Aufbauanleitung, die mit seinem Namen versehen wurde. Konnte, aus welchem Grund auch immer (z.B. fehlende Möbelstücke), ein Monteur nicht an seinen ihm zugeteilt Aufbauaufgaben (weiter)arbeiten, arbeitete er in der Zwischenzeit bei anderen Monteuren in einem anderen Bereich mit. Es war vorab nicht geregelt, wer welche und wie viele Möbelstücke bzw. Quadratmeter auf- bzw. bebaut. Dies ergab sich aus dem Konzept bzw. der Prioritätenliste der Y als Auftraggeber und der Aufgabenzuteilung durch den Projektleiter der Y. Das Konzept konnte sich auch kurzfristig ändern. War der Monteur mit dem ihm zugeteilten Aufbau fertig, erfolgte unmittelbar eine Kontrolle durch den Projektleiter der Y. Wurden Mängel bzw. Fehler festgestellt, so hatte der zuständige Monteur diese sofort zu beheben. Erst danach wurde das Möbelstück abgenommen (Abnahmebericht) und erhielt der Monteur eine neue Aufbauanleitung für ein weiteres Möbelstück.

Der Auftrag der Y war erfüllt, so bald alle Möbelstücke der Prioritätenliste aufgebaut und vom Projektleiter der Y abgenommen waren.
Die Y legte als Kernarbeitszeiten 8:00 Uhr bis 19:30 Uhr fest.

Es kommt in der Praxis so gut wie nie vor, dass bei solchen Aufbauarbeiten erst eine Woche später ein Fehler bzw. ein Mangel entdeckt wird.

Abwesenheiten von Monteuren kommen sehr selten vor. Wenn ein Monteur völlig ausfällt, muss dieser selbst für Ersatz sorgen.
Für Anreise und Unterkunft wird eine ausverhandelte Pauschale gezahlt.

Jeder Monteur verwendete sein eigenes Werkzeug.

Wenn Zeuge 1 für den Auftrag einen Tag kürzer als veranschlagt benötigt, dann wird auch ein Tag weniger bezahlt. Es wird auch weniger bezahlt, wenn sich der Umfang des ursprünglichen Auftrags verringert oder alle Monteure so schnell waren und der Auftrag früher erledigt wurde.
Für jeden Arbeitstag, auch wenn nur „angerissen“ gibt es eine Tagespauschale.

II.3. Es blieb unbestritten, dass eine Meldung nach § 19 Abs. 1 LSD-BG nicht rechtzeitig erfolgte.

III.1. Zum Tatzeitpunkt (5. Februar 2018) anzuwendende Rechtslage:

III.1.1. Das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – LSD-BG, BGBl. I Nr. 44/2016, in der maßgeblichen Fassung lautet auszugsweise:

„Geltungsbereich

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz gilt für
1. Arbeitsverhältnisse, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen,
2. die Beschäftigung von Arbeitskräften im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG), BGBl. Nr. 196/1988,
3. [...]

§ 2. (1) Für die Beurteilung, ob ein Arbeitsverhältnis, eine grenzüberschreitende Entsendung oder Überlassung im Sinne dieses Bundesgesetzes vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend.
(2) Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, sind insbesondere § 4 Abs. 2 AÜG oder vergleichbare österreichische Rechtsvorschriften maßgebend.
(3) Das Vorliegen einer Entsendung im Sinne dieses Bundesgesetzes setzt nicht den Abschluss eines Dienstleistungsvertrages zwischen einem Arbeitgeber ohne Sitz in Österreich und einem im Inland tätigen Dienstleistungsempfänger voraus.

Meldepflicht bei Entsendung oder Überlassung aus einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft

§ 19. (1) Arbeitgeber und Überlasser mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft haben die Beschäftigung von nach Österreich entsandten Arbeitnehmern und nach Österreich überlassenen Arbeitskräften zu melden. Die Meldung hat für jede Entsendung oder Überlassung gesondert zu erfolgen. Nachträgliche Änderungen bei den Angaben gemäß Abs. 3 oder Abs. 4 sind unverzüglich zu melden. Ein Beschäftiger, der einen Arbeitnehmer zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsendet, gilt in Bezug auf die Meldepflichten nach diesem Absatz und den Abs. 2 und 3 als Arbeitgeber.
[...]

Verstöße im Zusammenhang mit den Melde- und Bereithaltungspflichten bei Entsendung oder Überlassung

§ 26. (1) Wer als Arbeitgeber oder Überlasser im Sinne des § 19 Abs. 1
1. die Meldung oder die Meldung über nachträgliche Änderungen bei den Angaben (Änderungsmeldung) entgegen § 19 nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erstattet oder
2. [...]

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jeden Arbeitnehmer mit Geldstrafe von 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Wiederholungsfall von 2.000 Euro bis 20.000 Euro zu bestrafen.“

III.1.2. Das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz - AÜG, BGBl. Nr. 196/1988 in der maßgebenden Fassung, lautet auszugsweise:

„Beurteilungsmaß

§ 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.2. Primär ist zu prüfen, ob die vereinbarte Leistungspflicht zwischen der Y und der X tatsächlich auf die Erstellung eines Werkes oder auf die Zurverfügungstellung von für die Werkerstellung erforderlichen Arbeitskräften gerichtet ist und damit verbunden, ob eine grenzüberschreitende Entsendung oder eine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung vorliegt.

III.2.1. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH vom 8.8.2008, Zl. 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.
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 festge-

legten Leistung trägt, ob also der für einen Werkvertrag essenzielle "gewährleistungstaugliche" Erfolg vereinbart wurde, wer die Zahl der für die Herstellung des Werkes jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer bestimmt und von wem die Arbeitnehmer die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung ihrer Tätigkeiten erhalten, von entscheidender Bedeutung (vgl. VwGH vom 13.12.2018, Zl. Ra 2018/11/0061)

III.2.2. Ein wesentlicher Abgrenzungsgesichtspunkt ist, ob die Vergütung bzw. das Entgelt auch von der Qualität der erbrachten Leistung abhängt bzw. wer die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung der Leistung trägt.

In Punkt 4. des zwischen der Y und der X abgeschlossenen Rahmenvertrags ist die Vergütung auf Basis von Projektpauschalen im Wesentlichen nach der Größe der Verkaufsflächen geregelt, wobei für die Kalkulation der Projekte ein nach einem vereinbarten Punktesystem errechnete Tagespauschalen herangezogen werden.
Die darin vereinbarten Preise gelten jedoch ausschließlich für Projekte innerhalb von Deutschland und daher nicht für Projekte in Österreich.

Der gegenständliche Rahmenvertrag enthält u.a. eine Haftungsregelung zulasten der X für Schäden, die im Rahmen der Projekte durch die von der X eingesetzten Monteure oder sonstigen Subunternehmen entstanden sind. Hingegen fehlt eine gesonderte Bestimmung, wonach die X der Y gegenüber auch für die Erbringung der sach- bzw. ordnungsgemäßen Leistung haftet (gewährleistungstauglicher Erfolg). Ein Ausschluss der gesetzlichen Gewährleistungsregelungen liegt hingegen nicht vor. Ferner enthält der Rahmenvertrag in Punkt 10. Pönalstrafen für die Nichteinhaltung von Fertigstellungsterminen.
Bei der hier gegenständlichen Möbelmontage war es üblich, dass der Auftraggeber (Projektleiter der Y) unmittelbar nach Fertigstellung jedes einzelne Möbelstücks kontrollierte und erst abnahm, wenn etwaige Mängel oder Fehler vom jeweiligen Monteur behoben wurden.
Erst nach Abnahme des fertiggestellten Möbelstückes erhielt der jeweilige Monteur vom Projektleiter der Y die Aufbauanleitung eines weiteren Möbelstückes. Ein notwendiger Zusammenhang der jeweiligen Montageleistungen war konkret nicht gegeben. Eine abschließende Kontrolle des „Werkes“ (Montage aller Möbel) auf fachgerechte Ausführung bzw. Erfüllung wäre ausreichend gewesen.
In der Praxis kommt es deshalb so gut wie nie vor, dass erst nach Abnahme durch den Auftraggeber noch Mängel auftauchen.

III.2.3. Der konkrete Auftrag der Y an die X beinhaltete u.a. den Beginn der Möbelmontage, die Anzahl der Monteure und die Anzahl der Einsatztage.

Die Y hat für die Möbelmontage auf einer Verkaufsfläche von 1.095,07 m^2 neun Monteure für fünf Einsatztage von der X gefordert. Dass diese Zahl das Ergebnis

einer „vorvertraglichen Kalkulation“ sei, wurde weder behauptet noch geht es aus den Aktenunterlagen bzw. den zur Verfügung stehenden Beweisen hervor.

Die X hat in der Folge auch tatsächlich neun Monteure zur Erledigung der beauftragten Montagearbeiten der Y „zur Verfügung“ gestellt.

Die Zahl der für die Herstellung des „Werkes“ jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer wurde somit nicht von der X sondern der Y bestimmt.

III.2.4. Die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung ihrer Tätigkeiten haben die bei der Kontrolle angetroffenen Arbeitnehmer vom Projektleiter der Y erhalten. Er hat aufgrund der Prioritäten- und Möbelliste sowie der Fähigkeiten und Kenntnisse der Arbeitnehmer die Montagearbeiten auf- bzw. zugeteilt und die jeweiligen Aufbauanleitungen übergeben. Sobald ein Möbelstück fertig montiert war, wurde dem Arbeitnehmer die Montage des in der Prioritätenliste nächstfolgenden Möbelstückes zugeteilt. Diese Arbeitseinteilung bzw. -zuteilung geht über bloße allgemeine Anweisungen durch den Auftraggeber bei weitem hinaus und ist damit in Bezug der angetroffenen Arbeitnehmer die Ausübung einer Aufsichts- und Leitungsbefugnis verbunden.

III.2.5. Die als wesentlich bei der Beurteilung der Frage, ob Arbeitskräfte grenzüberschreitend überlassen wurden, anzusehenden Kriterien „Festlegung der Zahl der konkret eingesetzten Arbeitnehmer“ und „Erteilung der genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung der Tätigkeiten“ wurden von der Y als Auftraggeber wahrgenommen.

Auch wenn eine laufende Kontrolle die Gewährleistung nicht ausschließt (vgl. VwGH vom 13.12.2018, Zl. Ra 2018/11/0061) und hier auch Aspekte vorliegen (Pönale bei Zeitverzug, gesetzliche Gewährleistung), die für eine Vereinbarung eines gewährleistungstauglichen Erfolgs sprechen, ist im Zusammenhang mit der ausschließlich von der Y gesteuerten Arbeitsorganisation sowie der Festlegung der Anzahl der Arbeitskräfte durch die Y nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt das Vorliegen eines Werkvertrags zu verneinen und von einer grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung der X an Y auszugehen.

Daraus ergibt sich, dass in der konkreten Konstellation die X Überlasserin und nicht Beschäftigerin ist.

III.3. Dem Beschwerdeführer wurde sowohl in der Aufforderung zur Rechtfertigung als auch im angefochtenen Straferkenntnis konkret vorgeworfen, als nach außen befugtes Organ der X verwaltungsstrafrechtlich vertreten zu müssen, dass die X als Auftraggeberin die im Spruch angeführten Arbeitskräfte nach Österreich entsandt und die Beschäftigung nicht gemäß § 19 Abs. 1 LSD-BG

gemeldet hat, weshalb auch keine ZKO3 Meldung bei der Kontrolle vorgelegt werden konnte.

Nachdem der gegenständliche Tatvorwurf ausschließlich die Nichtmeldung einer grenzüberschreitenden Entsendung umfasst, die X aber konkret Überlasserin hinsichtlich der Y ist, erfüllt der Beschwerdeführer das ihm vorgeworfene Tatbild nicht.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

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 bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Die vorliegende Entscheidung beruht ferner auf einem konkreten und für den Einzelfall festgestellten Sachverhalt, der das Ergebnis einer individuellen Beweiswürdigung (Vertragsunterlagen, Stellungnahmen, Zeugenaussagen) ist. Die konkrete Vertragsauslegung ist stets einzelfallbezogen und einer Revision nicht zugänglich (vgl. OGH RS0042769, RS0042936, RS0044298, RS0044358). Auch aus diesem Grund war die ordentliche Revision als 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. Ellmer