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-302392/21/GS

Datum:
Linz, 1. September 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Saxinger aufgrund eines Vorlageantrages betreffend die Beschwerde des R I, vertreten durch Rechtsanwältin Dr. E M B, x, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 21. März 2019, GZ: Pol-303-SV04-66-2018/2, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes nach Ergehen einer Beschwerdevorentscheidung vom 23. Mai 2019, GZ: Pol-303-SV04-66-2018/4, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 14. November 2019

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 21. März 2019, GZ: Pol-303-SV04-66-2018/2, wird 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 des Bürgermeisters der Stadt Wels (im Folgenden: belangte Behörde) vom 21. März 2019, GZ: Pol-303-SV04-66-2018/2, wurde wie folgt entschieden:

„F P Kft. x R I x Verwaltungsstrafverfahren Nichtbereithaltung der Lohnunterlagen §22 LSD-BG iVm § 28 LSD-BG Zugehöriges Verfahren: Sicherheit nach § 33 LSD-BG Pol-303-SV04-62-2018 POI-303-SV04-66-2018/2

Sie haben es als zur Vertretung nach außen berufenes und damit gemäß § 9 Verwaltungsstrafgesetz - VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortliches Organ der Firma F P Kft. x zu verantworten, dass durch diese Firma als Arbeitgeberin iSd LSD-BG die Unterlagen entgegen § 22 LSD-BG nicht bereit gehalten und nicht elektronisch zugänglich gemacht wurden. Für folgende Arbeitnehmer fehlen folgende Unterlagen:

Arbeitszeitaufzeichnungen für Oktober 2018
1. P H, geb. x, ungarischer Staatsbürger
2. Z N, geb. x, ungarischer Staatsbürger

Arbeitszeitaufzeichnungen für November 2018:
1. T B, geb. x, ungarischer Staatsbürger
2. P H, geb. x, ungarischer Staatsbürger
3. T L, geb. x, ungarischer Staatsbürger
4. Z N, geb. x, ungarischer Staatsbürger
5. T P, geb. x, ungarischer Staatsbürger
6. S V, geb. x, ungarischer Staatsbürger
7. Z V, geb. x, ungarischer Staatsbürger

Unterlagen betreffend Lohneinstufung:
1. T B, geb. x, ungarischer Staatsbürger
2. P H, geb. x, ungarischer Staatsbürger
3. T L, geb. x, ungarischer Staatsbürger
4. Z N, geb. x, ungarischer Staatsbürger
5. T P, geb. x, ungarischer Staatsbürger
6. S V, geb. x, ungarischer Staatsbürger
7. Z V, geb. x, ungarischer Staatsbürger

Lohnzettel für Oktober 2018:
1. P H, geb. x, ungarischer Staatsbürger
2. Z N, geb. x, ungarischer Staatsbürger

Lohnauszahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege für November 2018:
1. P H, geb. x, ungarischer Staatsbürger
2. Z N, geb. x, ungarischer Staatsbürger

Lohnaufzeichnungen:
1. T B, geb. 10.07.1986, ungarischer Staatsbürger
2. P H, geb. 30.01.1980, ungarischer Staatsbürger
3. T L, geb. 18.05.1973, ungarischer Staatsbürger
4. Z N, geb. 10.04.1973, ungarischer Staatsbürger
5. T P, geb. 30.08.1970, ungarischer Staatsbürger

6. S V, geb. x, ungarischer Staatsbürger
7. Z V, geb. x, ungarischer Staatsbürger

Unterlagen betreffend Lohneinstufung:
8. T B, geb. x, ungarischer Staatsbürger
9. P H, geb. x, ungarischer Staatsbürger
10. T L, geb. x, ungarischer Staatsbürger
11. Z N, geb. x, ungarischer Staatsbürger
12. T P, geb. x, ungarischer Staatsbürger
13. S V, geb. x, ungarischer Staatsbürger
14. Z V, geb. x, ungarischer Staatsbürger

Lohnzettel für Oktober 2018:
3. P H, geb. x, ungarischer Staatsbürger
4. Z N, geb. x, ungarischer Staatsbürger

Lohnauszahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege für November 2018:
3. P H, geb. x, ungarischer Staatsbürger
4. Z N, geb. x, ungarischer Staatsbürger

Lohnaufzeichnungen:
8. T B, geb. x, ungarischer Staatsbürger
9. P H, geb. x, ungarischer Staatsbürger
10. T L, geb. x, ungarischer Staatsbürger
11. Z N, geb. x, ungarischer Staatsbürger
12. T P, geb. x, ungarischer Staatsbürger
13. S V, geb. x, ungarischer Staatsbürger
14. Z V, geb. x, ungarischer Staatsbürger

Die Übertretung wurde im Rahmen einer Kontrolle durch die Finanzpolizei - Finanzamt Grieskirchen Wels am 15.11.2018 gegen 12:07 Uhr auf der Baustelle in x („x Wels) festgestellt.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

§ 22 LSD-BG iVm § 28 LSD-BG

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß
7 mal 4000,-	7 mal 34 Stunden	---	§ 28 LSD-BG
28 000,-Euro	238 Stunden		

er Strafe, mindestens jedoch 10 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro);

- 119,-- Euro als Ersatz der Barauslagen für

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

30 919,- Euro“

In der Begründung führt die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass der im Spruch angeführte Sachverhalt mit Strafantrag der Finanzpolizei für das Finanzamt Grieskirchen Wels vom 30.11.2018 dem Magistrat der Stadt Wels angezeigt worden wäre. Der Bf habe von seiner Möglichkeit zur Rechtfertigung keinen Gebrauch gemacht. Für die erkennende Behörde sei der im Spruch dargestellte Sachverhalt auf Grund der Aktenlage und des Ergebnisses des durchgeführten Ermittlungsverfahrens folglich erwiesen. Straferschwerend wäre eine rechtskräftige Vorbestrafung gewesen.

I.2. Gegen dieses am 19.04.2019 zugestellte Straferkenntnis richtet sich die vom Bf rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 17.5.2019. Begründend wird zusammengefasst im Wesentlichen ausgeführt, dass der Bf vertretungsbefugter Gesellschafter der Firma F P Kft. in x, sei und Arbeiter in dieser Firma in der Zeit vom 29.10.2018 – 16.11.2018 Arbeiten in W, x, verrichtet hätten, und zwar Montagearbeiten für die Firma M Ladenbau GmbH, x, in den Geschäftsräumlichkeiten der Firma. Die Arbeiten seien aufgrund eines von der Firma M Ladenbau GmbH mit der Firma R Kft. in x abgeschlossenen Werkvertrages erfolgt und hätten die Montage von Regalen und Gondeln, Deko für Flächen und Schaufenster, sowie Passteile der Abteilungen Parfümerie, Strümpfe, Bio und Natur umfasst. Im Vertrag mit der Firma R Kft. wäre die Durchführung der Arbeiten mit 4-6 Personen vorgesehen gewesen. Es wären die Arbeiten daher immer von maximal 6 Personen durchgeführt worden, auch anlässlich der Kontrolle der Finanzpolizei am 15.11.2018 wären nur 6 Arbeiter an der Baustelle beschäftigt gewesen. Arbeitgeber der an der Baustelle angetroffenen Arbeiter wäre daher nicht die F P Kft. in x, sondern die Firma R Kft. in B gewesen. Die Firma F P Kft. wäre daher lediglich Subunternehmer der Firma R Kft. verantwortlich gewesen. Für die Durchführung der Arbeiten wäre ausschließlich die Firma R Kft. gewesen, die auch die konkreten Anweisungen für die Durchführung der Arbeiten gegeben habe. Die Firma R Kft. wäre auch für die Beistellung der geeigneten Werkzeuge für die Montage sowie für die Beistellung der erforderlichen Elektromaschinen verantwortlich gewesen. Auch die konkreten Anweisungen für die Durchführung der Arbeiten sei ausschließlich durch die Firma R Kft. bzw. den Auftraggeber, die Firma M Ladenbau GmbH, erfolgt. Die Monteuranforderung der Firma M Ladenbau GmbH sei nicht an die Fa. F P Kft., sondern an die Fa. R Kft. erfolgt. Da die von der Fa. F P Kft. beigestellten Arbeiter nicht in deren Betrieb eingegliedert gewesen und auch nicht deren Weisungen unterworfen gewesen wären, sowie da auch die sonstige Organisation, insbesondere Einteilung der Arbeitszeiten nicht von der Firma F P Kft. erfolgt sei, sowie da die F P Kft. weder nach Gewährleistungsregeln oder Haftungsregeln für die Durchführung der Arbeiten gehaftet habe, sei nicht von einer Entsendung durch die Firma F P Kft. auszugehen. Die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen und Lohnnachzahlungsnachweise betreffe daher nicht die Firma F P Kft. Die Einteilung der Arbeiter sei ausschließlich durch

Angestellte der Firma M Ladenbau GmbH bzw. der R G Kft. erfolgt, sodass auch diese die Stundenzettel ausgestellt hätten. Ein strafbares Verhalten liege nicht vor bzw. treffe den Bf kein Verschulden, da die von ihm vertretene Firma F P Kft. weder Arbeitgeber noch Beschäftiger gewesen wäre, sondern Überlasser einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung.

I.3. Mit Beschwerdevorentscheidung vom 23.05.2019, GZ: Pol-303-SV04-66-2018/4, wies die belangte Behörde die Beschwerde als unzulässig zurück. Begründet wurde ausgeführt, dass das Straferkenntnis nachweislich am 19.04.2019 zugestellt worden wäre und die Beschwerdefrist daher am 17.05.2019 geendet habe. Die Bescheidbeschwerde sei am 22.05.2019 eingelangt. Die Beschwerdefrist wäre daher zu diesem Zeitpunkt bereits abgelaufen gewesen.

I.4. Mit Schriftsatz vom 11.06.2019 brachte der Bf durch seine Rechtsvertreterin einen Vorlageantrag ein. Er brachte darin vor, dass entgegen der Rechtsansicht in der Beschwerdevorentscheidung die Beschwerde rechtzeitig gewesen wäre. Zunächst sei auszuführen, dass es sich nicht um eine Beschwerde vom 22.5.2019 – wie in der Beschwerdevorentscheidung unrichtig zitiert – handle, sondern um eine Beschwerde vom 17.5.2019. Es handle sich bei dem zugestellten Bescheid um ein Straferkenntnis vom 21.3.2019, welches an R I adressiert sei und am 19.4.2019 der ausgewiesenen Rechtsvertreterin Dr. E-M B zugestellt worden wäre. Die Beschwerde wäre an die im Straferkenntnis angeführte Adresse am 17.5.2019 eingeschrieben zur Post gegeben worden. Da gleichzeitig ein zweites Straferkenntnis zugestellt und die Beschwerde gegen das zweite Straferkenntnis gleichzeitig eingebracht worden wäre, wäre – mit gesonderter Post – am 17.5.2019 die Beschwerde auch zur Zahl Pol-303-SV04-68-2018/2 (Unterentlohnung) zur Post gegeben worden. Als Beweis wurde der Aufgabeschein der Österreichischen Post AG vom 17.5.2019, 17:53 Uhr, in Kopie vorgelegt. Bei der Übergabe der Beschwerde an die Post handle es sich zweifellos um die Übergabe an einen Zustelldienst im Sinne des § 2 Z 7 des Zustellgesetzes, sodass der Postlauf in die Frist nicht eingerechnet werde und die eingeschriebene Übergabe an die Post am 17.5.2019 rechtzeitig sei. Es werde daher der Antrag gestellt, die Beschwerde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorzulegen.

I.5. Mit Schreiben vom 17. Juni 2019 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.

I.6. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13. November 2019. Die Beschwerdeverfahren LVwG-302392, LVwG-302401

und LVwG-302385 wurden gemäß § 12 Oö. LVwGG zur gemeinsamen Verhandlung verbunden.
Zur Verhandlung am 13. November 2019 sind der Bf sowie I K gemeinsam mit ihrer Rechtsvertreterin, eine Vertreterin der belangten Behörde, zwei Vertreter des Finanzamtes sowie ein Vertreter des Kompetenzzentrums LSDB erschienen. Weiters wurde von der Rechtsvertreterin des Bf am 10. Dezember 2019 eine Stellungnahme abgegeben.

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

A. Das angefochtene Straferkenntnis vom 21.3.2019 wurde der Rechtsvertreterin des Bf am 19.4.2019 zugestellt. Die Beschwerde dagegen wurde von der Rechtsvertreterin laut vorgelegtem Aufgabeschein am 17.5.2019 eingeschrieben zur Post gegeben.

B. Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma F P Kft., mit Sitz in x, U.

Unternehmensgegenstand der Firma F P Kft. ist die Montage von Ladeneinrichtungen und Ladenstrukturen.

Am 15.11.2018, gegen 12:07, führten Organe der Abgabenbehörde (Finanzamt Grieskirchen Wels, Finanzpolizei) beim Bauvorhaben „x Wels“, x, eine Kontrolle durch. Bei dieser Kontrolle wurden im Innenbereich der neu errichteten „M Filiale“ folgende Personen bei Ladenbauarbeiten in Arbeitskleidung angetroffen:

T B, geb. x, ungarischer Staatsbürger
P H, geb. x, ungarischer Staatsbürger
T L, geb. x, ungarischer Staatsbürger
Z N, geb. x, ungarischer Staatsbürger
T P, geb. x, ungarischer Staatsbürger
Z V, geb. x, ungarischer Staatsbürger

Des Weiteren wurde bekannt, dass der ungarische Arbeitnehmer V S, geboren, am 23.08.1977, von 05.11.2018 bis 09.11.2018 auf dieser Baustelle eingesetzt war. Alle genannten Personen sind Dienstnehmer der ungarischen Firma F P Kft.
Folgende Vertragskette wurde erhoben:

Zwischen der Firma F P Kft. als Auftragnehmer und der ungarischen Firma R Kft. als Auftraggeber wurde am 26.11.2018 folgender Werkvertrag für Montage abgeschlossen:

WERKVERTRAG FÜR MONTAGE

Zwischen [redacted] als Auftraggeber
und als Auftragnehmer

1) Der Auftraggeber beauftragt hiermit den Auftragnehmer mit der Ausführung der folgender Arbeiten für die [redacted]:

- Montage der Parfümerie-, Strümpfe-, Bio- und Naturhochregale und Gondeln
- Montage der Dekoflächen und Schaufenster
- Montage aller Passteile der Abteilungen: Parfümerie, Strümpfe, Bio un Natur

2) Zeitraum der Montage: 29.10.2018-30.11.2018

3) Nötige Monteuranzahl: 4-6 Personen nach Anspruch von [redacted]

Der Auftragnehmer soll für diese Arbeit diejenigen Monteure einsetzen, die schon über relevante Erfahrung von Montage der von [redacted] und [redacted] gelieferten Regalsystemteile von [redacted] verfügen, und an diese Montagen angelernt sind.

Namentlich:

- [redacted]

Als Hilfskräfte können folgende Monteure akzeptiert werden:

- [redacted]

4) Die Montageleistungen werden anhand der von dem Montageleiter unterschriebenen Stundenzettel dem aktuellen Rahmenvertrag gemäß abgerechnet.

5) Der Auftragnehmer versichert, dass die entsendeten Monteure die vorgeschriebenen Werkzeugen und Maschinen an die Montage mitbringen und damit arbeiten werden.

6) Der Auftragnehmer verfpflichtet sich, alle geltende Gesetze und Regelungen während der Montage einzuhalten.

[redacted] am 26.11.2018

[redacted]
Auftraggeber

.....
Auftragnehmer [redacted]

Die ungarische Firma R Kft. wiederum hat als Auftragnehmer am 26.10.2018 mit der deutschen Firma M Ladenbau GmbH als Auftraggeber folgenden Werkvertrag abgeschlossen:

„

Firma	Firma
M Ladenbau GmbH	R G Kft

x x.
x x
nachfolgend ‚Auftraggeber' genannt nachfolgend ‚Auftraggeber‘ genannt

wird hiermit folgender Werkvertrag geschlossen:

1. Der Auftraggeber erstellt/baut um das nachstehende Bauvorhaben:

D M
x
x

2. Der Auftraggeber beauftragt hiermit den Auftragnehmer mit der Durchführung nachstehender Arbeiten für dieses Bauvorhaben:

   - Montage der Parfümerie-, Strümpfe-, Bio- und Naturhochregale und Gondeln
   - Montage der Dekoflächen und Schaufenster
   - Montage aller Passteile der Abteilungen: Parfümerie, Strümpfe, Bio und Natur

3. Der Auftragnehmer verpflichtet sich, die ihm übertragenen Arbeiten am 29.10.18 zu beginnen und bis 30.11.18 fertigzustellen.

4. Die in Ziffer 2 in Auftrag gegebenen Arbeiten werden nach dem aktuellen Angebot, oder den aktuellen Konditionsvereinbarungen abgerechnet.

5. Die Zahlung erfolgt nach Abnahme der vom Auftragnehmer erbrachten Leistungen innerhalb 14 Tagen nach Rechnungseingang netto.

6. Eine Abtretung von Rechten und/oder Pflichten aus diesem Vertrag ist nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung des Vertragspartners zulässig.

7. Lt. § 48b Absatz 1 Satz 1 des Einkommensteuergesetz (EstG) wird ab dem 01.01.2002 bei jedem Arbeitnehmer welcher Bauleistung erbringt und keine gültige Freistellungsbescheinigung vorliegen hat der gesetzliche Satz von 15 % der Rechnungssumme an das Finanzamt abgeführt.

   Des weiteren erfolgt ein Abzug von pauschal € 25,00 Bearbeitungszuschlag.

8. Sollte es sich bei diesem Auftrag um eine Bauleistung Handeln gemäß BMF-Schreiben vom 31.03.2004 an uns (Firma M-Ladenbau GmbH), bitten wir um Hinweis in der Rechnung wie folgt:
   ‚Übergang der Steuerschuldnerschaft auf den Leistungsempfänger gemäß § 3b (1) S. 1 Nr. 4 S. 1 UStG (Bauleistungen).‘
   Diesbezügliche Rechnungen werden ab dem 01.07.2004 nur noch mit diesem Hinweis akzeptiert.

9. Der Auftragnehmer versichert, eine für das Bauvorhaben ausreichende Haftpflichtversicherung abgeschlossen zu haben.

10. Der Auftragnehmer versichert, daß die an der Baustelle arbeitenden Personen mit einem für die Montage geeigneten Werkzeug sowie den erforderlichen

Elektromaschinen (z.B. Akku-Schrauber, Stichsäge, Bohrmaschine, Kappsäge etc.) ausgestattet erscheinen.

11. Für diesen Vertrag gelten im übrigen im vollen Umfang die Teile B und C der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB). Ein Exemplar der VOB Teil B ist dem Auftragnehmer bei Vertragsabschluß ausgehändigt worden.
12. Die Formalitäten der Arbeits- und Einreisegenehmigung in die Schweiz obliegen der Verantwortung der Subunternehmen. Ebenso ist bezüglich der korrekten Rechnungsstellung sowie der Umsatzgrenze in der Schweiz mit dem Steuerberater Rücksprache zu halten.

13. Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform.

14. Der Auftragnehmer verpflichtet sich, dem Auftraggeber die Meldungen der Entsendung nach Österreich seiner Arbeitnehmer für dieses Bauvorhaben entsprechend der geltenden gesetzlichen Regelungen an die Email-Adresse x zukommen zu lassen.

Budapest, den 26.10.18 Beimerstetten, den 25.10.18“

Aktenkundig ist weiters eine Telefax – Monteuranforderung über Werkvertrag von der M Ladenbau GmbH an die R Kft. vom 7.11.2018. Danach werden von der M Ladenbau GmbH für die KW 46-47 vom 12.11.18 bis 23.11.18 2 Facharbeiter/Spiegler in die Adresse x, Vorort: 07:30 (incl. Samstagarbeit – bitte mit Montageleiter klären) geordert. Als Rechnungslegungsadresse ist die M Ladenbau GmbH genannt. Außerdem sollten Vor- und Zunamen aller beauftragten Monteure unverzüglich mitgeteilt werden. Dazu wurden Arbeitszettel angehängt, in die die Montageleistung einzutragen war. Außerdem ist vermerkt, dass sich der Auftragnehmer verpflichtet, dem Auftraggeber die Entsendemeldungen zukommen zu lassen.

Konkret war ein Mitarbeiter der Firma M Ladenbau GmbH, Herr W, als Montageleiter vor Ort. Dies war der einzige Arbeitnehmer der Firma M Ladenbau GmbH auf der Baustelle.

Die Arbeiter der Firma F P Kft. wurden größtenteils zuvor teils in D, zum Teil in U von der Firma M Ladenbau extra hinsichtlich der Montage spezieller Elemente (Gondeln, etc.) angelernt.
Der Montageleiter vor Ort teilte den Arbeitern ihre Aufgaben zu, z.B. 2 m Regale zu montieren. Wenn die Arbeiter mit einer Aufgabe fertig waren, fragten sie den Montageleiter nach der nächsten Aufgabe. Der Montageleiter erteilte auch die Anweisungen, welcher Arbeiter welche Arbeit ausführen soll.

Der Montageleiter kontrollierte vor Ort, ob die Montage ordnungsgemäß ausgeführt wurde, er führte Qualitätskontrollen durch. Gab es bei der Montage Beanstandungen, mussten die Arbeiter das Element wieder auseinander nehmen

und neu zusammenbauen. Wenn ein Regal zu Bruch ging, kam die Firma M für die entstandenen Kosten auf.

Der vor Ort von der Firma M Ladenbau anwesende Montageleiter sah jeweils, wieviel an Montagearbeiten pro Tag zu bewerkstelligen war. Danach richtete sich die Arbeitszeit der eingesetzten Arbeiter. Im Falle von Krankheit oder Urlaub musste dies dem Montageleiter von der Firma M bekanntgegeben werden. Bei Fehlen von 1–2 Tagen wurde keine Vertretung eingesetzt, bei längerer Abwesenheit hätte F P Kft. für eine Vertretung sorgen müssen. Ein diesbezüglicher Vertretungsfall trat beim verfahrensgegenständlichen Projekt jedoch nicht auf.

Die Arbeiter von F P Kft. hatten Kleinwerkzeug für die Montagearbeiten mit. Größere Werkzeuge wurden für den gegenständlichen Auftrag nicht benötigt.

Das Material bzw. die Regale wurden von der Firma M zur Verfügung gestellt.

Die Firmen R Kft. und F P Kft. arbeiteten schon öfter bei Aufträgen zusammen.

III. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt grundsätzlich aus den vorgelegten Verwaltungsakten und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung am 13. November 2019 sowie einer Stellungnahme der Rechtsvertreterin des Bf vom 10. Dezember 2019 ergibt.

Aus den vorgelegten Verträgen ergibt sich, dass der Firma F P Kft. die Zahl der bei den Montagearbeiten einzusetzenden Arbeiter vorgegeben wurde. Konkret sind die Namen der einzusetzenden Arbeiter im „Werkvertrag“ mit der R Kft. angeführt. Es schadet auch nicht, dass eine Zahl zwischen 4-6 Personen genannt ist. Zum Einsatz kamen nämlich vielmehr genau diese im Vertrag aufgezählten Personen. Dass letztendlich die Firma M Ladenbau GmbH die konkrete Zahl an einzusetzenden Montagearbeitern bestimmte, ist durch die vorgelegte Monteuranforderung belegt. Die Firma M hat somit bei lebensnaher Betrachtung letztendlich die Zahl der einzusetzenden Arbeiter für die Montage bestimmt. Da die Arbeiter teilweise von der Firma M im Vorhinein eine Einschulung in spezielle Montagearbeiten erhielten, kam es der Firma M Ladenbau GmbH gerade auf den Personaleinsatz und die Kenntnisse dieser konkreten Personen an.

Der Bf schilderte in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar und glaubwürdig, dass die Firma M für den Schaden aufkommen musste, sollte bei den Montagearbeiten etwas zu Bruch gehen.

Da kein Vertreter der Firma R vor Ort auf der Baustelle war und diesbezüglich Angaben machen hätte können, ist die beantragte Einvernahme nicht

entscheidungsrelevant. Da sich bereits aus den Aussagen des Bf in der mündlichen Verhandlung eine Einbindung der Arbeiter der Firma F P Kft. in die Firma M Ladenbau ergab, war eine weitere Einvernahme zu diesem Thema mangels Entscheidungsrelevanz abzuweisen. Ebenso nicht von Relevanz war, wer die Stundenlisten ausgefüllt hat. Fest steht, dass die Stundenlisten der ungarischen Arbeiter vom einzigen auf der Baustelle der Firma M Anwesenden gegengezeichnet wurden. Die darin festgehaltenen Zeiten wurden außer Streit gestellt. In der Verhandlung wurde außerdem geklärt, dass die tägliche Arbeitszeit der Montageleiter der Firma M Ladenbau je nach Arbeitsfortschritt vorgab.

Auch wenn vom Bf im Wesentlichen Entsendemeldungen für die ungarischen Arbeiter erstattet wurden, schadet dies einer Beurteilung als Arbeitskräfteüberlassung (anstatt einer Entsendung) nicht, da rechtlich auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen ist. Aufgrund lebensnaher Betrachtung ist es durchaus nachvollziehbar, dass das ungarische Unternehmen – wie von der Bf-Vertreterin vorgebracht – für den Erhalt des Montageauftrags unter einem gewissen Druck stand, Vorgaben des Auftraggebers (sh. Werkvertrag M – R: Verpflichtung des Auftragnehmers, dem Auftraggeber die Entsendemeldungen (!) zukommen zu lassen) zu entsprechen. Dies umso mehr, als es sich um eine mehrmalige Zusammenarbeit gehandelt hat.

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat rechtlich erwogen:

A. Rechtzeitigkeit der Beschwerde:

Die belangte Behörde hat die gegenständliche Beschwerde mit der genannten Beschwerdevorentscheidung als unzulässig zurückgewiesen. Begründend wurde ausgeführt, dass das Straferkenntnis lt. Zustellschein der rechtlichen Vertreterin am 19.04.2019 zugestellt worden wäre und die Bescheidbeschwerde erst am 22.05.2019 bei der Behörde eingelangt sei.

Wie den Sachverhaltsfeststellungen zu entnehmen ist, wurde das gegenständliche Straferkenntnis der Rechtsvertreterin am 19.4.2019 zugestellt. Die Beschwerde dagegen wurde von der Rechtsanwältin nachweislich am 17.5.2019 eingeschrieben zur Post gegeben.

Gemäß § 33 Abs. 3 AVG werden die Tage von der Übergabe an einen Zustelldienst im Sinne des § 2 Z 7 des Zustellgesetzes zur Übermittlung an die Behörde bis zum Einlangen bei dieser Behörde (Postlauf) in die Frist nicht eingerechnet.

Gemäß § 2 Z 7 des Zustellgesetzes ist „Zustelldienst“ die Post oder ein anderer Universaldienstbetreiber gemäß § 5 Abs. 1 bis 3 des Postgesetzes 1997.

Bei der Übergabe der Beschwerde an die Post handelt es sich sohin unstrittig um die Übergabe an einen Zustelldienst im Sinne des § 2 Z 7 des Zustellgesetzes, sodass der Postlauf in die Frist nicht eingerechnet wird und die eingeschriebene Übergabe an die Post am 17.5.2019 rechtzeitig war.

Die Beschwerde wurde daher von der belangten Behörde zu Unrecht als unzulässig wegen Verspätung zurückgewiesen.

Ist die Beschwerde zulässig, wurde sie mit Beschwerdevorentscheidung aber zurückgewiesen, so hat das Verwaltungsgericht inhaltlich über die Beschwerde zu erkennen (und den Ausgangsbescheid zu bestätigen, zu beheben oder abzuändern), wobei seine Entscheidung an die Stelle der Beschwerdevorentscheidung tritt, ohne dass diese explizit behoben werden muss (VwGH 17.12.2015, Ro 2015/08/0026).

B. Erwägungen in der Sache selbst:

Das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – LSD-BG, StF: BGBl. I Nr. 44/2016, in der maßgeblichen Fassung BGBl. I Nr. 32/2018, 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.

Bereithaltung von Lohnunterlagen

§ 22. (1) Arbeitgeber im Sinne der §§ 3 Abs. 2, 8 Abs. 1 oder 19 Abs. 1 haben 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.

(1a) Bei der Entsendung von mobilen Arbeitnehmern im Transportbereich sind abweichend von Abs. 1 der Arbeitsvertrag oder Dienstzettel und Arbeitszeitaufzeichnungen (Aufzeichnungen im Sinne von Art. 36 der Verordnung (EU) Nr. 165/2014 über den Fahrtenschreiber im Straßenverkehr, ABl. Nr. L 60 vom 28.2.2014 S. 1) bereits ab der Einreise in das Bundesgebiet im Fahrzeug bereitzuhalten oder diese den Abgabenbehörden unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich zu machen. Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung sowie Arbeitszeitaufzeichnungen für den mobilen Arbeitnehmer im Transportbereich sind auf Verlangen der Abgabenbehörden für das Kalendermonat, in dem die Kontrolle stattgefunden hat, und für das diesem Kalendermonat vorangehende Kalendermonat, wenn der Arbeitnehmer im vorangehenden Kalendermonat in Österreich tätig war, innerhalb einer Frist von 14 Kalendertagen nach dem Ende des Kalendermonats, in dem die Kontrolle erfolgt ist, zu übermitteln. Langen die Lohnunterlagen nach dem zweiten Satz innerhalb dieser Frist bei der Abgabebehörde nicht oder nicht vollständig ein, gilt dies als Nichtbereithalten der Lohnunterlagen.

(2) Bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung trifft die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen nach Abs. 1 den inländischen Beschäftiger. Der Überlasser hat dem Beschäftiger die Lohnunterlagen nach Abs. 1 nachweislich bereitzustellen.

Nichtbereithalten der Lohnunterlagen

§ 28. Wer als

1. Arbeitgeber entgegen § 22 Abs. 1 oder Abs. 1a die Lohnunterlagen nicht bereithält, oder
2. Überlasser im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich entgegen § 22 Abs. 2 die Lohnunterlagen dem Beschäftiger nicht nachweislich bereitstellt, oder
3. Beschäftiger im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung entgegen § 22 Abs. 2 die Lohnunterlagen nicht bereithält

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, sind mehr als drei Arbeitnehmer betroffen, 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.“

Das Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) regelt in § 9 unter der Überschrift „Besondere Fälle der Verantwortlichkeit“ Folgendes:

„§ 9 (1) Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

(2) Die zur Vertretung nach außen Berufenen sind berechtigt und, soweit es sich zur Sicherstellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit als erforderlich erweist, auf Verlangen der Behörde verpflichtet, aus ihrem Kreis eine oder mehrere Personen als verantwortliche Beauftragte zu bestellen, denen für das ganze Unternehmen oder für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens die Verantwortung für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften obliegt. Für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens können aber auch andere Personen zu verantwortlichen Beauftragten bestellt werden.

(3) Eine natürliche Person, die Inhaber eines räumlich oder sachlich gegliederten Unternehmens ist, kann für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche ihres Unternehmens einen verantwortlichen Beauftragten bestellen.

(4) Verantwortlicher Beauftragter kann nur eine Person mit Hauptwohnsitz im Inland sein, die strafrechtlich verfolgt werden kann, ihrer Bestellung nachweislich zugestimmt hat und der für den ihrer Verantwortung unterliegenden klar abzugrenzenden Bereich eine entsprechende Anordnungsbefugnis zugewiesen ist. Das Erfordernis des Hauptwohnsitzes im Inland gilt nicht für Staatsangehörige von EWR-Vertragsstaaten, falls Zustellungen im Verwaltungsstrafverfahren durch Staatsverträge mit dem Vertragsstaat des Wohnsitzes des verantwortlichen Beauftragten oder auf andere Weise sichergestellt sind.

(5) Verletzt der verantwortliche Beauftragte auf Grund einer besonderen Weisung des Auftraggebers eine Verwaltungsvorschrift, so ist er dann nicht verantwortlich, wenn er glaubhaft zu machen vermag, daß ihm die Einhaltung dieser Verwaltungsvorschrift unzumutbar war.

(6) Die zur Vertretung nach außen berufenen Personen im Sinne des Abs. 1 sowie Personen im Sinne des Abs. 3 bleiben trotz Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten – unbeschadet der Fälle des § 7 – strafrechtlich verantwortlich, wenn sie die Tat vorsätzlich nicht verhindert haben.

(7) Juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften sowie die in Abs. 3 genannten natürlichen Personen haften für die über die zur Vertretung nach außen Berufenen oder über einen verantwortlichen Beauftragten verhängten Geldstrafen, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.“

Das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG), StF: BGBl. Nr. 196/1988 in der hier maßgebenden Fassung BGBl. I Nr. 38/2017, 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.“

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.
[…]“

Primär ist zu prüfen, ob im gegenständlichen Fall die Erstellung eines Werkes vereinbart wurde und folglich die Firma des Bf dafür ihre Arbeitnehmer nach Österreich dazu entsendet hat oder ob die Leistungserbringung in der Zurverfügungstellung von erforderlichen Arbeitskräften und somit in einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung gelegen ist.

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.

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.

Da es sich um ausländische Unternehmen handelt, ist die Frage, ob Arbeitskräfteüberlassung oder Entsendung vorliegt, nicht anhand der nationalen Regelung des § 4 Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes zu beurteilen, sondern entsprechend der Richtlinie 96/71/EG und der dazu ergangenen Rechtsprechung des EUGH. Der EUGH hat im Urteil Vicoplus u.a. (C-307/09 – C-309/09) klargestellt, dass eine Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von Artikel 1 Abs. 3

Buchstabe c der Richtlinie 96/71 vorliegt, wenn folgende drei Voraussetzungen erfüllt sind:

1. Muss es sich bei der Überlassung von Arbeitskräften um eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung handeln, bei der entsandte Arbeitnehmer im Dienst des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens bleibt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit den verwendenden Unternehmen geschlossen wird;
2. muss das wesentliche Merkmal dieser Überlassung darin bestehen, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens ist;
3. muss der Arbeitnehmer im Rahmen einer solchen Überlassung seine Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnehmen.

Bezüglich der zweiten Voraussetzung ist jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen, ob der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat den Gegenstand der betreffenden Dienstleistung darstellt oder nicht.

Der Verwaltungsgerichtshof hat diese Rechtsprechung im Erkenntnis vom 22.8.2017, Ra 2017/11/0068, übernommen und im Wesentlichen ausgeführt, dass für die Beurteilung, ob eine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, aus unionsrechtlicher Sicht jeder Anhaltspunkt zu berücksichtigen ist. Insbesondere ist Folgendes zu prüfen:
Hängt das Entgelt von der Qualität der erbrachten Leistung ab, bzw. wer trägt die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung (wurde also der für einen Werkvertrag essentielle gewährleistungstaugliche Erfolg vereinbart);
wer bestimmt die Zahl der für die Herstellung des Werkes jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer und
von wem erhalten die Arbeitnehmer die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung ihrer Tätigkeiten?

Ob aufgrund des genannten Vertrages von einer Vereinbarung eines gewährleistungstauglichen Erfolgs auszugehen ist, ist insbesondere auch entscheidend, ob das Entgelt für die zu erbringende Leistung nur von der Menge des bearbeiteten Materials oder auch von der Qualität abhängt. Unstrittig erfolgte sowohl nach den vertraglichen Grundlagen als auch nach den Aussagen des Bf in der mündlichen Verhandlung die Abrechnung auf Stundenbasis. Dies spricht eindeutig nicht für einen gewährleistungstauglichen Erfolg. Außerdem wurden im Vertrag mit der F P Kft. weder Pönalezahlungen noch Gewährleistungsbestimmungen vereinbart. Sollte bei den Montagearbeiten etwas zu Bruch gehen, musste vielmehr die M Ladenbau GmbH für den Schaden aufkommen.
Von der Vereinbarung eines gewährleistungstauglichen Erfolges kann daher nicht ausgegangen werden.

Aufgrund der vertraglichen Unterlagen und den nachvollziehbaren und glaubwürdigen Aussagen des Bf ist es der Firma M gerade darauf angekommen, wieviele Personen auf der Baustelle für die Montagearbeiten eingesetzt wurden und arbeiteten. Besonders notwendig waren diejenigen Arbeiter, die von M bereits im Vorhinein hinsichtlich Montagen von speziellen Einrichtungselementen von M (z.B. Gondeln) Einschulungen erhielten. Aktenkundig ist weiters eine Monteuranforderung von der Firma M. Obendrein wurden der F P Kft. im Wege der Vertragskette die einzusetzenden Arbeiter namentlich vorgegeben. Die F P Kft. hat in der Folge auch tatsächlich die genannten sieben Monteure zur Erledigung der beauftragten Montagearbeiten zur Verfügung gestellt. Aus all diesen unstrittigen Umständen ist erkennbar, dass M die Zahl der konkret einzusetzenden Arbeiter vorgab.

Die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung ihrer Tätigkeiten haben die bei der Kontrolle angetroffenen Arbeiter vom auf der Baustelle anwesenden leitenden Obermonteur der Firma M erhalten. Er gab auf der Baustelle den ungarischen Arbeitern die Anweisungen, wer welche Tätigkeiten auszuführen hat. Nach Fertigstellung einer Montagearbeit mussten die ungarischen Arbeiter den Montageleiter von M um ihre nächste Montagetätigkeit fragen, die er ihnen sodann zeigte. Für den Fall, dass die ungarischen Arbeiter vor Ort mit ihrer Tätigkeit nicht weiter wussten, mussten sie auch den Montageleiter von der Firma M fragen. Der Montageleiter von der Firma M legte auch für die ungarischen Arbeiter die Arbeitszeit nach noch zu tätigender Arbeit fest. Eine Krankheit oder Abwesenheit musste dem genannten Montageleiter auch von den Arbeitern gemeldet werden. Auch erfolgten durch den Montageleiter der Firma M ständige Kontrollen vor Ort. War ein Element nicht ordnungsgemäß zusammengebaut, musste es wieder auseinandergenommen und neu montiert werden. 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 Leistungsbefugnis verbunden.

Die als wesentlich bei der Beurteilung der Frage, ob Arbeitskräfte grenzüberschreitend überlassen wurden, anzusehenden Kriterien wurden somit von der Firma M Ladenbau GmbH als Auftraggeber im Rahmen der Vertragskette wahrgenommen. Nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt ist das Vorliegen eines Werkvertrags zu verneinen. Im Hinblick auf die oben dargestellte Rechtsprechung des EuGH ist auszuführen, dass Vertragsgegenstand die Überlassung von Arbeitnehmern zur Durchführung von Montagearbeiten war. Somit war Vertragsgegenstand der Wechsel von Arbeitnehmern von einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat. Dabei handelt es sich aber nicht um eine Entsendung, sondern um Arbeitskräfteüberlassung. Dies ergibt sich aus der wertenden Gesamtschau im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH.

Zusammengefasst steht daher fest, dass vorliegend aufgrund der wahren wirtschaftlichen Verhältnisse keine Entsendung vorliegt, sondern eine Kette von grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassungen, nämlich vom Unternehmen des Bf an die R Kft. und letztlich an die M Ladenbau GmbH. Die dargestellte Vertragskette stellt sich daher als Kette von Arbeitskräfteüberlassungen dar.

Daraus ergibt sich, dass in der konkreten Konstellation die F P Kft. Überlasserin und nicht Beschäftigerin ist. Die Pflicht zur Bereithaltung von Lohnunterlagen traf die F P Kft. somit nicht. Es war daher der Beschwerde stattzugeben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Aus den angeführten Gründen 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. 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. Saxinger