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
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-301286/24/Kl/PP

Datum:
Linz, 12. April 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde des T B, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. M L, Z x, x F, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 1. September 2016, SV96-56-2014, wegen Verwaltungsübertretungen nach dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz - AVRAG

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Beschwerdeführer keinen Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 1. September 2016, SV96-56-2014, wurde der Beschwerdeführer (kurz Bf) folgender Verwaltungsübertretungen für schuldig erkannt:

„I. Sie haben es als Verantwortlicher und gemäß § 9 VStG zur Vertretung nach außen Berufener der slowakischen Firma R-B s.r.o. mit Sitz in M c x, x B B zu vertreten, dass diese Firma, mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich, als Arbeitgeberin, welche die Arbeitnehmer

a) N P, geb. x, slowakischer Staatsbürger
b) N V, geb. x, slowakischer Staatsbürger
c) N R, geb. x, slowakischer Staatsbürger
d) N R, geb. x, slowakischer Staatsbürger
e) T J, geb. x, slowakischer Staatsbürger

zur fortgesetzten Arbeitsleistung nach Österreich entsandt hat, die Beschäftigung der angeführten Arbeitnehmer nicht spätestens eine Woche vor Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen gemeldet hat. Der vorgenannte Sachverhalt wurde von der Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde wie folgt festgestellt:

Art der Arbeiten: Herstellen einer Gabionenwand (Handsteinschlichtung der Sichtsteine und Verbinden der Gabionenwand)
Tatzeit: 31.10.2014, 09:30 Uhr (Kontrollzeitpunkt)
Tatort: Baustelle S x M Schnellstraße, B x, Rampe x

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 7b Abs. 3 in Verbindung mit § 7b Abs. 9 Z. 1 Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz (AVRAG), BGBl. Nr. 459/1993 idF BGBl. I Nr. 138/2013

I I. Sie haben es als Verantwortlicher und gemäß § 9 VStG zur Vertretung nach außen Berufener der slowakischen Firma R-B s.r.o. mit Sitz in M c x, x B B zu vertreten, dass diese Firma, mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich, als Arbeitgeberin, welche die Arbeitnehmer

a) N P, geb. x, slowakischer Staatsbürger
b) N V, geb. x, slowakischer Staatsbürger
c) N R, geb. x, slowakischer Staatsbürger
d) N R, geb. x, slowakischer Staatsbürger
e) T J, geb. x, slowakischer Staatsbürger

zur fortgesetzten Arbeitsleistung nach Österreich entsandt hat und für welche in Österreich keine Sozialversicherungspflicht besteht, Unterlagen über die Anmeldung der

Arbeitnehmer zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E101 nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04) am Arbeits(Einsatz)ort im Inland nicht bereitgehalten hat. Der vorgenannte Sachverhalt wurde von der Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde wie folgt festgestellt:

Art der Arbeiten: Herstellen einer Gabionenwand (Handsteinschlichtung der Sichtsteine und Verbinden der Gabionenwand)
Tatzeit: 31.10.2014, 09:30 Uhr (Kontrollzeitpunkt)
Tatort: Baustelle S x M Schnellstraße, B x, Rampe x

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 7b Abs. 5 in Verbindung mit § 7b Abs. 9 Z. 2 Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz (AVRAG), BGBl. Nr. 459/1993 idF. BGBl. I Nr. 138/2013

III. Sie haben es als Verantwortlicher und gemäß § 9 VStG zur Vertretung nach außen Berufener der slowakischen Firma R-B s.r.o. mit Sitz in M c x, x B B zu vertreten, dass diese Firma, mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich, als Arbeitgeberin, welche die Arbeitnehmer

a) N P, geb. x, slowakischer Staatsbürger
b) N V, geb. x, slowakischer Staatsbürger
c) N R, geb. x, slowakischer Staatsbürger
d) N R, geb. x, slowakischer Staatsbürger
e) T J, geb. x, slowakischer Staatsbürger

zur fortgesetzten Arbeitsleistung nach Österreich entsandt hat, die zur Überprüfung der Arbeitnehmer nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts erforderlich sind (Lohnunterlagen), in deutscher Sprache für die Dauer der Beschäftigung der Arbeitnehmer am Arbeits(Einsatz)ort nicht bereitgehalten hat.
Der vorgenannte Sachverhalt wurde von der Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde wie folgt festgestellt:

Art der Arbeiten: Herstellen einer Gabionenwand (Handsteinschlichtung der Sichtsteine und Verbinden der Gabionen wand)
Tatzeit: 31.10.2014, 09:30 Uhr (Kontrollzeitpunkt)
Tatort: Baustelle S x M Schnellstraße, B x, Rampe x

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 7d Abs. 1 in Verbindung mit § 7i Abs.2 Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz (AVRAG), BGBl. Nr. 459/1993 idF BGBl. I Nr. 138/2013

IV. Sie haben es als Verantwortlicher und gemäß § 9 VStG zur Vertretung nach außen Berufener der slowakischen Firma R-B s.r.o. mit Sitz in M c x, x B B zu vertreten, dass diese Firma, mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich, als Arbeitgeberin, welche die Arbeitnehmer

a) N P, geb. x, slowakischer Staatsbürger
b) N V, geb. x, slowakischer Staatsbürger
c) N R, geb. x, slowakischer Staatsbürger
d) N R, geb. x, slowakischer Staatsbürger
e) T J, geb. x, slowakischer Staatsbürger

zur fortgesetzten Arbeitsleistung nach Österreich entsandt hat, die vorgenannten Arbeitnehmer beschäftigt hat, ohne ihnen zumindest den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zu leisten. Der vorgenannte Sachverhalt wurde von der Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde wie folgt festgestellt:

Art der Arbeiten: Herstellen einer Gabionenwand (Handsteinschlichtung der Sichtsteine und Verbinden der Gabionenwand)
Tatzeit: 20.10.2014 bis 31.10.2014, 09:30 Uhr (Kontrollzeitpunkt)
Tatort: Baustelle S x M Schnellstraße, B x, Rampe x

Die Anzeigeerstattung erfolgte durch die Wiener Gebietskrankenkasse als Kompetenzzentrum LSDB mit Schreiben vom 19.12.2014.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 7b Abs. 1 Z. 1 iVm. § 7e Abs. 3 in Verbindung mit § 71 Abs.3 Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz (AVRAG), BGBl. Nr. 459/1993 idF. BGBl. I Nr. 138/2013

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen werden über Sie folgende Strafen verhängt:

Zu Spruchpunkt	Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	gemäß
I.	500,00 Euro	24 Stunden	§ 7b Abs. 9 Z. 1 AVRAG idF. BGBl. I Nr. 138/2013
II.	500,00 Euro	24 Stunden	§ 7b Abs. 9 Z. 2 AVRAG idF. BGBl. I Nr. 138/2013
III.	500,00 Euro	24 Stunden	§ 7i Abs. 2 AVRAG idF. BGBl. I Nr. 138/2013
IV.	a) 3.500,00 Euro für Arbeitnehmer N P	48 Stunden	§ 7i Abs. 3 AVRAG idF. BGBl. I Nr. 138/2013
	b) 3.400,00 Euro für Arbeitnehmer N V	48 Stunden	§ 7i Abs. 3 AVRAG idF. BGBl. I Nr. 138/2013
	c) 3.400,00 Euro für Arbeitnehmer N R	48 Stunden	§ 7i Abs. 3 AVRAG idF. BGBl. I Nr. 138/2013

d) 3.400,00 Euro für Arbeitnehmer N R.	48 Stunden	§ 7i Abs. 3 AVRAG idF. BGBl. I Nr. 138/2013
e) 3.500,00 Euro für Arbeitnehmer T J“	48 Stunden	§ 7i Abs. 3 AVRAG idF. BGBl. I Nr. 138/2013

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und das Straferkenntnis in vollem Umfang bekämpft. Es wurde die Aufhebung des Straferkenntnisses und Einstellung des Strafverfahrens beantragt, in eventu eine Milderung der verhängten Strafe beantragt. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass R-B s.r.o. mit Herrn T ein Werkvertragsverhältnis eingegangen sei, welcher seinerseits wiederum Werkverträge mit den Herren P N, V N, R N und R N eingegangen sei. Es komme der Firma R-B s.r.o. keine Arbeitgebereigenschaft zu. § 47 Abs. 2 Einkommensteuergesetz enthalte zwei Kriterien für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses, nämlich die Weisungsgebundenheit gegenüber dem Arbeitgeber sowie die Eingliederung in den geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers. Die genannten Personen hätten eine Gabionenwand hergestellt, wobei es sich unstrittig um Bauarbeiten handelte. Kennzeichnend für das Arbeitsverhältnis sei eine grundsätzlich entgeltliche persönliche Dienstleistung in persönlicher Abhängigkeit. Vertraglich sei jedoch festgehalten worden, dass das Werk durch andere Personen als den Auftragnehmer ausgeführt werden könne und sei daher nicht nachvollziehbar, worin das unselbständige Arbeitsverhältnis vorgelegen gewesen sei, zumal keine Verpflichtung zur persönlichen Erbringung der geschuldeten Leistung bestanden habe. Geschuldet sei nicht ein Bemühen sondern ein konkreter Erfolg gewesen und fänden sich auch dezidierte gewährleistungsrechtliche Regelungen. Es seien daher Werkverträge vorgelegen. Die angetroffenen Personen seien selbständig als Subunternehmer tätig gewesen. Die belangte Behörde hätte sich augenscheinlich lediglich auf die schriftlichen Angaben der Personen in den Personenblättern gestützt, wobei aber darauf hingewiesen werde, dass es sich um slowakische Staatsbürger gehandelt hätte, welche nur unzureichende Deutschkenntnisse gehabt hätten. Auch die Höhe der berechneten Unterentlohnung sei falsch, da Herrn T ein Betrag in der Höhe von 5.417,75 Euro in Rechnung gestellt worden sei und auch zur Anweisung gebracht worden sei. Die Arbeiten hätten sich vom 20.10. bis 03.11.2014 erstreckt, also über 11 Werktage. Dividiert durch die Anzahl der fünf Werkunternehmer entspreche dies einem Betrag von jeweils 1.083,55 Euro bzw. einem Betrag in Höhe von 98,50 Euro pro Tag. Unter Zugrundelegung einer Arbeitszeit von 9 Stunden ergebe sich bei einem Bruttostundenlohn von 10,12 Euro ein Betrag in der Höhe von 91,08 Euro pro Tag, welcher merklich unter dem von der Firma R-B s.r.o. tatsächlich ausbezahlten Betrag liege.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Freistadt als belangte Behörde hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt und die Abweisung der Beschwerde beantragt.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme sowie durch Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 15. Dezember 2016, zu welcher die Parteien geladen wurden und – ausgenommen der Bf - erschienen sind. Die weiters als Zeugen geladenen Arbeiter sind zur mündlichen Verhandlung nicht erschienen, weil zum Teil eine Zustellung mangels ladungsfähiger Adresse bzw. wegen Annahmeverweigerung nicht möglich war. Eine zwangsweise Ladung ins Ausland ist nicht möglich. Eine Einvernahme im Rechtshilfeweg entspricht nicht dem im verwaltungsgerichtlichen Verfahren festgelegten Unmittelbarkeitsgrundsatz und ist auch nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht vorgesehen.

4.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht von folgendem erwiesenen Sachverhalt aus:

Am 31.10.2014 um 09:30 Uhr fand eine Kontrolle der Finanzpolizei auf der Baustelle S x M Schnellstraße, B x, Rampe x, statt, wobei fünf Personen, alle slowakische Staatsbürger, bei der Herstellung einer Gabionenwand, nämlich Handsteinschlichtung der Sichtsteine und Verbinden der Gabionenwand, angetroffen wurden. Von sämtlichen fünf Arbeitern wurden Personenblätter in slowakischer Sprache ausgefüllt, wobei alle fünf Personen angaben, dass sie für die Firma R-B, B B, arbeiten, Arbeitsanweisungen von A T erhalten, seit 20.10.2014 auf der Baustelle als Arbeiter, T als Selbstständiger dort arbeiten, fünf Tage zu 8 Stunden, ausgenommen J T fünf Tage zu 9 Stunden, gegen einen Monatslohn von 300 Euro brutto, ausgenommen P N zu einem Monatslohn von 250 Euro brutto, beschäftigt sind, welcher von A T an T auf das Konto, den übrigen Arbeitern in bar ausbezahlt wird. Weiters erhalten alle Arbeiter Unterkunft. Einen Gehaltszettel haben sie nicht erhalten und besteht ein Dienstvertrag bzw. Dienstzettel. Die Arbeiter wurden in Arbeitsbekleidung angetroffen und trugen einheitlich – ausgenommen T - Warnwesten mit der Aufschrift R-B. Die Arbeiter arbeiteten gemeinschaftlich abschnittsweise bei der Herstellung der Gabionenwand. Das Steinmaterial wurde von der H-S AG Niederlassung Austria als Auftraggeberin der R-B s.r.o. bestellt und auf die Baustelle angeliefert. Das Gittermaterial wurde von R-B s.r.o. bestellt und zur Verfügung gestellt. Durch die Arbeiter J T, R N, R N, V N und P N wurden die Gitter verschweißt und die Steine mit der Hand in die Gitterkörbe geschlichtet. Es handelt sich um eine einfache Tätigkeit, wobei zunächst ein Muster hergestellt wurde und von der Hochtief als in Ordnung befunden wurde und dann so die Wand hergestellt wurde. Die fünf Arbeiter kamen gemeinsam mit einem Privat-PKW mit slowakischem Kennzeichen. Sie hatten Unterkunft über die Grenze in der Tschechei. Diese Unterkunft wurde

von R-B s.r.o. beschafft und bezahlt. Die Arbeiter zahlten keine Miete. Kleinwerkzeug brachten die Arbeiter selbst mit, ansonsten waren keine Werkezeuge für die Arbeiten erforderlich.

Der Auftrag zur Herstellung der Gabionenwand wurde von der A E- und S Sx B x – H C Austria GmbH & Co KG – H S AG Niederlassung Austria an die Firma R-B s.r.o. mit Sitz in B B, Slowakei, vergeben.
Die R Bau GmbH mit Sitz in B B ist seit 2008 laut Auszug aus dem Handelsregister des Amtsgerichtes B B als Gesellschaft mit beschränkter Haftung registriert und hat zwei geschäftsführende Gesellschafter, den Bf und A T eingetragen.
Zum Kontrollzeitpunkt lag weder eine Meldung der Arbeitnehmer an die zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem AuslBG und dem AVRAG des Bundesministeriums für Finanzen (ZKO3 – Meldung) vor, noch wurden Unterlagen der Arbeitnehmer über die Anmeldung der Arbeitnehmer zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E101 oder Sozialversicherungsdokument A1) am Arbeits(Einsatz)ort bereitgehalten, noch wurden Lohnunterlagen in deutscher Sprache am Arbeits(Einsatz)ort bereitgehalten. Die von den Arbeitnehmern angegebene Entlohnung entspricht nicht dem nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien. So lag bei P N eine Unterentlohnung in der Höhe von 85,77 %, bei V N, R N und R N eine Unterentlohnung von 82,91 % sowie bei J T eine Unterentlohnung von 84,7 % vor.

Von der ARGE Erd- und Straßenbau wurde die Firma R-B s.r.o.mit der Herstellung der Gabionenwand Rampe x für die M Schnellstraße S x B x mit einer Angebotssumme von 31.552,58 Euro beauftragt, wobei das erforderliche Füllmaterial, ein Radlader sowie ein Mobilbagger vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden. Das Angebot betrifft die Lieferung der Gabionengitter inklusive Verbindungsmaterial, Montage der Gabione, Befüllen der Körbe, Handschlichten der Sichtseite der Gabione, Lieferung und Montage der Dübel aus Gewindestäben in der ersten Gabionenreihe.
Der Auftrag legt einen Arbeits- bzw. Lieferbeginn mit spätestens Kalenderwoche 43 und eine Gesamtmontagedauer von maximal drei Wochen fest. Weiters wurde eine Verpflichtung zur Mindestleistung von 15 m2 Ansichtsfläche pro Werktag festgelegt.
J T ist seit 14.04.2014 als Einzelunternehmen mit Sitz in N S, S, Slowakei, registriert.
Es besteht ein Rahmenwerkvertrag Nr. 03/2014/TJ, datiert vom 21.04.2014, abgeschlossen zwischen der R-B s.r.o. und J T, für Bauarbeiten, nämlich Aufbruch- und Erdarbeiten, Vorbereitungsarbeiten zur Bauausführung, Baunacharbeiten bei der Gestaltung von Außen- und Innenräumen. Als Vertragspreis wurden Einzelpreise, welche für den jeweiligen Auftrag abgestimmt werden, vereinbart. Eine Weitergabe des Auftrages ist laut Vertrag nur mit schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers zulässig. Bei Weitergabe ist der Auftragnehmer dafür

verantwortlich, dass die Subunternehmer über eine entsprechende Gewerbeberechtigung verfügen bzw. die Personen als Mitarbeiter bzw. unselbständig Beschäftigte geführt werden. Bei Missachtung dieser Festlegung ist der Auftragnehmer dafür haftbar. Schließlich verpflichtete sich der Auftragnehmer, eigene Handwerkzeuge und Geräte einzusetzen, eigene persönliche Schutzausrüstung einzusetzen, die Arbeitskleidung mit dem Logo des Auftraggebers zu tragen und für die Unterkunft auf eigene Kosten zu sorgen. Mit Zustimmung des Auftraggebers können auch Maschinen, Geräte, technische Anlagen und Werkzeuge des Auftraggebers eingesetzt werden. Es wurde auch eine klare Mängelhaftung des Auftragnehmers festgelegt. Auch für den Fall von Verzug wurden Vertragsstrafen vereinbart. Bei Verletzung der Bestimmungen für Sicherheit und Gesundheitsschutz der Arbeiter wurde ein Bußgeldkatalog vereinbart.
Weiters wurden Werkverträge zwischen J T und den eingesetzten Arbeitern im Oktober 2014 geschlossen, welche die Werksausführung für die M Schnellstraße Sx B x, Gabionenwand Rampe x, beinhalten. Die Arbeiten sind persönlich und in Zusammenarbeit mit weiteren Personen zu erfüllen. Als Preis wurden 500 Euro vereinbart. Die Werksausführung wurde vom 20. Oktober bis 10. November 2014 festgelegt. Weiters wurden Vertragsstrafen bei Erfüllungsverzögerung sowie bei Werksmängeln festgelegt.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem vorliegenden Akt der belangten Behörde, insbesondere der Anzeige des Finanzamtes samt Beilagen sowie den vom Beschuldigten vorgelegten Unterlagen. Weiters stützen sich die Feststellungen auch auf die ausführlichen Angaben des weiteren Geschäftsführers T in der mündlichen Verhandlung. Es gibt hingegen keine Anhaltspunkte für einen Dienstvertrag bzw. ein Arbeitsverhältnis der angeführten Arbeiter mit dem Beschuldigten. Insbesondere ist T als selbständiges Einzelunternehmen registriert und liegt mit diesem ein Werkvertrag vor.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Gemäß § 7b Abs. 3 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz – AVRAG, BGBl. Nr. 459/1993 idF BGBl. I Nr. 138/2013 (zum Tatzeitpunkt geltende Fassung) haben Arbeitgeber im Sinne des Abs. 1 die Beschäftigung von Arbeitnehmern, die zur Erbringung einer fortgesetzten Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, spätestens eine Woche vor Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen zu melden und eine Abschrift der Meldung dem im Abs. 1 Z 4 bezeichneten Beauftragten, sofern nur ein Arbeitnehmer entsandt wird, diesem auszuhändigen.

Gemäß § 7b Abs. 5 AVRAG haben Arbeitgeber im Sinne des Abs. 1 oder in Abs. 1 Z 4 bezeichnete Beauftragte oder der Arbeitnehmer (Abs. 3), sofern für den entsandten Arbeitnehmer in Österreich keine Sozialversicherungspflicht besteht, Unterlagen über die Anmeldung des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04) sowie eine Abschrift der Meldung gemäß den Abs. 3 und 4 am Arbeits(Einsatz)ort im Inland bereitzuhalten.

Gemäß § 7b Abs. 9 AVRAG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit Geldstrafe von 500 Euro bis 5.000 Euro, im Wiederholungsfall von 1.000 Euro bis 10.000 Euro zu bestrafen, wer als Arbeitgeber oder als in Abs. 1 Z 4 bezeichneter Beauftragter

1. die Meldung nach Abs. 3 nicht rechtzeitig erstattet oder
2. die erforderlichen Unterlagen entgegen Abs. 5 nicht bereit hält.

Gemäß § 7d Abs. 1 AVRAG haben Arbeitgeber/innen iSd §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 jene Unterlagen, die zur Überprüfung des/dem/der Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts erforderlich sind (Lohnunterlagen), in deutscher Sprache für die Dauer der Beschäftigung der Arbeitnehmer/innen am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten. Bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung trifft die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen den/die Beschäftiger/in, wobei der/die Überlasser/in dem/der Beschäftiger/in die Unterlagen bereitzustellen hat.

Gemäß § 7b Abs. 1 Z 1 AVRAG hat ein Arbeitnehmer, der von einem Arbeitgeber mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich zur Erbringung einer fortgesetzten Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wird, unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts für die Dauer der Entsendung zwingend Anspruch auf zumindest jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebührt.

Gemäß § 7e Abs. 3 AVRAG hat das Kompetenzzentrum LSDB, wenn es feststellt, dass der/die Arbeitgeber/in dem/der Arbeitnehmer/in im Sinne des Abs. 1 nicht zumindest den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien leistet, Anzeige an die zuständige Bezirksverwaltungsbehörde zu erstatten.

Gemäß § 7i Abs. 2 AVRAG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe von 500 Euro bis 5.000 Euro, im Wiederholungsfall von 1.000 Euro bis 10.000 Euro zu bestrafen, wer als Arbeitgeber/in iSd §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 oder als Beauftragte/r iSd § 7b

Abs. 1 Z 4 entgegen § 7d die Lohnunterlagen nicht bereithält oder als Überlasser/in im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung die Lohnunterlagen dem/der Beschäftiger/in nicht bereitstellt.

Gemäß § 7i Abs. 3 AVRAG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe zu bestrafen, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, wer als Arbeitgeber/in ein/en Arbeitnehmer/in beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm/ihr zumindest den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zu leisten. Sind von der Unterentlohnung höchstens drei Arbeitnehmer/innen betroffen, beträgt die Geldstrafe für jede/n Arbeitnehmer/in 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Wiederholungsfall 2.000 Euro bis 20.000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer/innen betroffen, für jede/n Arbeitnehmer/in 2.000 Euro bis 20.000 Euro, im Wiederholungsfall 4.000 Euro bis 50.000 Euro.

5.2. Das anzeigende Finanzamt sowie auch die belangte Behörde gingen von einem Beschäftigungsverhältnis sämtlicher genannter Arbeiter zur Firma R-B s.r.o. aus und stützen sich im Wesentlichen auf die vorgelegten Personenblätter.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 08.08.2008, 2008/09/0022; 05.06.2002, 2001/08/0107; 24.01.2006, 2004/08/0101) 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 im Vorhinein 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 essentiell 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 (so auch VwGH vom 23.04.2013, Zl. 2013/09/0036).
Auch im gegenständlichen Fall ist das Werk durch Übergabe der Montagepläne und Bekanntgabe des Leistungs- bzw. Fertigstellungstermines und Festlegung des Einheitspreises konkretisiert hinsichtlich der Herstellung einer Gabionenwand für die S x Rampe x. Auch ist aus dem Subunternehmervertrag eine termingemäße Ausführung und eine Haftung sowohl für die vertragsgemäße Ausführung als auch für die Termineinhaltung geregelt. Ein Arbeitsverbund zwischen Personal der Firma R-B s.r.o. und T kam nicht hervor. Fachliche Anweisungen oder dienstliche Anweisungen des Beschuldigten als Ansprechperson der Firma R-B s.r.o. sind ebenfalls nicht hervorgetreten und nicht erwiesen. Dass der weitere Geschäftsführer gegenüber seinem (Haupt)Auftraggeber als Ansprechperson

schon in den Vertragsunterlagen genannt wurde und daher als solcher auch Koordinationsaufgaben zu den Arbeitern bzw. zum Subunternehmen vornimmt, ist für eine ordnungsgemäße Ausführung erforderlich und einer solchen immanent, stellt aber keine an „stille Autorität“ heranreichende Kontrolldichte dar. Auch führt der Geschäftsführer selbst aus, dass er ausgenommen vor Auftragsausführung und zu einer durch die Bauleitung durchgeführten Baustellenbesprechung ansonsten nicht auf der Baustelle anwesend war. Es wurde daher von ihm keine Überwachung der konkreten Arbeiten vorgenommen. Als Verantwortlicher gegenüber der A E- und S ist es notwendig und verständlich, dass er für allfällige Fragen den Kontakt zur Bauleitung bzw. den Polieren der A herstellt bzw. eine Klärung allfälliger Fragen vornimmt. Dies insbesondere auch aus dem Gesichtspunkt, dass der Subauftragnehmer der deutschen Sprache nicht ausreichend mächtig ist. Daraus ergeben sich aber keine Anhaltspunkte dafür, dass der Beschuldigte oder der weitere Geschäftsführer konkrete Dienst- oder Fachanweisungen gibt. Hingegen war schon Gegenstand des Hauptauftrages der A E- und S sowohl die Beistellung des Füllmaterials (der Steine) als auch die Beistellung der Großgeräte wie Mobilbagger und Radlader, sodass Gegenstand des Hauptauftrages schon die Herstellung der Gabionenwand war. Dies wurde dann in Subauftrag weitergegeben. Hierfür wurde dann auch eine Rechnung von 5.400 Euro an die R-B s.r.o. gelegt.
Es war daher von einer Auftragsweitergabe an T durch Werkvertrag auszugehen.

5.3. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 08.09.2016, Ra 2014/11/0083, hinsichtlich einer Übertretung nach dem AVRAG (in der auch im gegenständlichen Fall anzuwendenden Fassung) ausgeführt: „Wer „Arbeitgeber“ bzw. „Arbeitnehmer“ im Sinn des AVRAG ist, wird in diesem Gesetz nicht eigens definiert. Gemäß § 1 Abs. 1 AVRAG gilt dieses Gesetz für „Arbeitsverhältnisse, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen“. Neben der Abgrenzung zu öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen wird mit dieser Formulierung zum Ausdruck gebracht, dass der persönliche Geltungsbereich des AVRAG insofern mit der Vertragstheorie korrespondiert, als für die Anwendbarkeit des Gesetzes die Arbeitnehmer- bzw. Arbeitgebereigenschaft im Sinn des Arbeitsvertragsrechts zu prüfen ist (vgl. Reissner in Neumayr/Reissner ...). Als Arbeitnehmer ist somit zu qualifizieren, wer sich aufgrund eines Arbeitsvertrags einem anderen zur Arbeitsleistung in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet (§ 1151 ABGB). Arbeitgeber (als Gegenstück zum Arbeitnehmer) ist damit jene Person, der sich der Arbeitnehmer aufgrund eines Arbeitsvertrags auf gewisse Zeit zur Dienstleistung verpflichtet hat (vgl. zum Arbeitgeberbegriff auch den Beschluss des OGH vom 2. Juni 2009, 9ObA 43/09b und die dort zitierte Literatur)“. Weiters wird dargelegt, dass das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz gemäß § 1 AÜG grundsätzlich für die „Beschäftigung von Arbeitskräften, die zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen werden“ gilt, und zwar auch – unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis sonst anzuwendenden Rechts – für aus der EU, aus dem EWR oder aus Drittstaaten überlassene Arbeitskräfte. Für die Beurteilung, ob

Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt der getroffenen Vereinbarungen und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgeblich. „Dieser nach § 4 AÜG anzulegende Beurteilungsmaßstab ändert aber nichts an der oben dargestellten grundsätzlichen ‚Rollenverteilung' im Dreiecksverhältnis zwischen Überlasser, Beschäftiger und überlassener Arbeitskraft; Auftraggeber im arbeitsvertraglichen Sinn bleibt also der Überlasser. Dafür, dass dem Arbeitgeberbegriff des AVRAG (insbesondere nach § 7i) ein anderes als das oben dargelegte (etwa auch den Beschäftiger umfassendes) Begriffsverständnis zugrunde zu legen wäre, bietet das Gesetz keine Hinweise."
Im Grunde dieser engen Auslegung des Arbeitgeberbegriffes bzw. Arbeitnehmerbegriffes nach dem AVRAG ergaben sich im konkreten Fall keine Anhaltspunkte für einen Arbeitsvertrag der angegebenen Arbeiter zur R-B s.r.o. bzw. zum Beschwerdeführer. Wie in der Anzeige und in der Begründung des Straferkenntnisses angeführt wurde, wurden Dienstverträge zur R-B s.r.o. nicht vorgelegt. Im Verwaltungsstrafverfahren wurden hingegen der Rahmenwerkvertrag zu T J sowie weitere Subaufträge mit den Arbeitern vorgelegt. Auch wurden keine Lohnbestätigungen oder Lohnzettel durch den Beschuldigten vorgelegt, welche auf Lohnzahlungen des Beschuldigten an die Arbeiter hinweisen. Dagegen wurde vom Beschuldigten die Rechnungslegung durch J T aufgrund des Werkvertrages vorgelegt. Auch gab T selbst an, selbständig tätig zu sein und ist dieser auch als Einzelunternehmen registriert. Aufgrund der vorliegenden Tatsachen war daher ein Dienstverhältnis bzw. ein Arbeitsverhältnis im Sinne des Arbeitsvertragsrechts – wie vom VwGH gefordert – nicht vorliegend bzw. ein solches nicht erwiesen.
Im Sinne des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 08.09.2016 können aber im Hinblick auf die weiters vorgelegten Werkverträge zwischen T und den einzelnen Arbeitern für die Beurteilung als Beschäftigungsverhältnisse im Sinn des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes sehr wohl Anhaltspunkte gefunden werden, zumal nach der angeführten Judikatur für die Beurteilung einer Arbeitskräfteüberlassung – im Gegensatz zu den Bestimmungen des AVRAG – nach § 4 Abs. 1 AÜG der wahre wirtschaftliche Gehalt der getroffenen Vereinbarungen und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend ist, und sohin ein anderer Beurteilungsmaßstab anzulegen ist. Da durch die Bestimmung des § 4 Abs. 2 AÜG auch im Fall des Vorliegens eines gültigen Werkvertrags dem wahren wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitskräfteüberlassung gegeben sein kann, könnte nach den vorliegenden Unterlagen und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung allenfalls trotz Vorliegens eines Sub-Werkvertrages zwischen T und den weiteren Arbeitern nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt von einer Arbeitskräfteüberlassung an die R-B s.r.o. ausgegangen werden. Diese wäre dann als Beschäftiger anzusehen. Da sich aber sowohl die Strafbestimmung des § 7b Abs. 9 Z 1 und 2 als auch § 7i Abs. 2 und 3 AVRAG in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung lediglich an den Arbeitgeber bzw. § 7i Abs. 2 AVRAG auch an den Überlasser richtet, ist eine Bestrafung als Beschäftiger nicht möglich.

Da dem Beschuldigten eine Arbeitgebereigenschaft nicht einwandfrei nachgewiesen werden kann und eine Bestrafung als Beschäftiger im Sinne einer Arbeitskräfteüberlassung nicht gesetzlich geregelt ist, war daher das Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren hinsichtlich sämtlicher Delikte gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG einzustellen.

6. Weil die Beschwerde Erfolg hatte, entfällt die Verpflichtung zur Leistung eines Kostenbeitrages zum Beschwerdeverfahren gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG.

7. 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 des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Entscheidung stützt sich auf die zitierte VwGH-Judikatur.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis 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 Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten.

Die Beschwerde/Revision ist nicht mehr zulässig, wenn nach Verkündung oder Zustellung des Erkenntnisses oder Beschlusses ausdrücklich auf die Beschwerde/Revision verzichtet wird. Der Verzicht auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof ist dem Verwaltungsgericht schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht auf die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof ist nach Zustellung der Ausfertigung des Erkenntnisses oder Beschlusses dem Verfassungsgerichtshof 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

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

H i n w e i s

Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt