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-301293/34/Zo/CHö

Datum:
Linz, 2. März 2017

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seinen Richter Mag. Zöbl über die Beschwerde des R.K., X, L., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 19. August 2016, GZ: SV96-32-2014, wegen mehrerer Übertretungen nach dem Allgemeinen Sozialversicherungs-gesetzes (ASVG),

zu Recht e r k a n n t :

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

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde noch zum Beschwerde-verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten (§ 52 Abs. 8 VwGVG)

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I.

1. Die Bezirkshauptmannschaft Wels-Land (im Folgenden: belangte Behörde) warf R.K. (im Folgenden: Beschwerdeführer) mit Straferkenntnis vom 19. August 2016, GZ: SV96-32-2014, die Verletzung der Verwaltungsvorschriften des § 33 ASVG iVm § 111 Abs. 1 Z 1 ASVG vor und verhängte gemäß § 111 Abs. 2 ASVG zwölf Geldstrafen in Höhe von je 2.180,00 Euro, ersatzweise Freiheitsstrafen in der Dauer von insgesamt 900 Stunden. Weiters wurde dem Beschwerdeführer von der belangten Behörde gemäß § 64 VStG ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 2. 832,00 Euro auferlegt. Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) belief sich damit auf 31.152,00 Euro.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde (auszugsweise Wiedergabe):

„Sie haben es als Dienstgeber der nachstehenden Personen zu verantworten, dass Sie diese Personen, bei welchen es sich um in der Krankenversicherung (vollversicherte) pflichtversicherte Person handelt, am Kontrolltag den 25.03.2014 gegen 13:25 Uhr beschäftigt haben, obwohl Sie die Meldung nicht vor Arbeitsantritt bei der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse zur Pflichtversicherung als vollversicherte Person getätigt haben.
Sie wären als Dienstgeber verpflichtet gewesen, die Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden, jedoch wurde die Meldung nicht erstattet.

1.
Name: T.B., geb. x
Staatsangehörigkeit: U.
Beschäftigungsort: abwechselnd auf drei Baustellen in E., L. und M.
Beschäftigt seit: 14.01.2014 mit 40 St./Woche
Beschäftigung als: Maurer

2.
Name: M.F., geb. x
Staatsangehörigkeit: U.
Beschäftigungsort: abwechselnd auf drei Baustellen in E., L. und M.
Beschäftigt seit: 03.02.2014 mit 40 St./Woche
Beschäftigung als: Maurer
3.
Name: A.G., geb. x
Staatsangehörigkeit: U.
Beschäftigungsort: abwechselnd auf drei Baustellen in E., L. und M.
Beschäftigt seit: 24.02.2014 mit 40 St./Woche
Beschäftigung als: Maurer

4.
Name: L.K., geb. x

Staatsangehörigkeit: I.
Beschäftigungsort: abwechselnd auf drei Baustellen in E., L. und M.
Beschäftigt seit: 14.01.2014 mit 40 St./Woche
Beschäftigung als: Maurer und Kranführer

5.
Name: R.M., geb. x
Staatsangehörigkeit: U.
Beschäftigungsort: abwechselnd auf drei Baustellen in E., L. und M.
Beschäftigt seit: 05.02.2014 mit 40 St./Woche
Beschäftigung als: Maurer

6.
Name: Z.M., geb. x
Staatsangehörigkeit: U.
Beschäftigungsort: abwechselnd auf drei Baustellen in E., L. und M.
Beschäftigt seit: 14.01.2014 mit 40 St./Woche
Beschäftigung als: Maurer

7.
Name: M.I.P., geb. x
Staatsangehörigkeit: U.
Beschäftigungsort: abwechselnd auf drei Baustellen in E., L. und M.
Beschäftigt seit: 05.02.2014 mit 40 St./Woche
Beschäftigung als: Maurer

8.
Name: A.P., geb. x
Staatsangehörigkeit: U.
Beschäftigungsort: abwechselnd auf drei Baustellen in E., L. und M.
Beschäftigt seit: 03.03.2014 mit 40 St./Woche
Beschäftigung als: Maurer

9.
Name: C.S., geb. x
Staatsangehörigkeit: U.
Beschäftigungsort: abwechselnd auf drei Baustellen in E., L. und M.
Beschäftigt seit: 03.03.2014 mit 40 St./Woche
Beschäftigung als: Maurer

10.
Name: D.S., geb. x
Staatsangehörigkeit: U.
Beschäftigungsort: abwechselnd auf drei Baustellen in E., L. und M.
Beschäftigt seit: 14.01.2014 mit 40 St./Woche
Beschäftigung als: Maurer

11.
Name: I.T., geb. x
Staatsangehörigkeit: U.
Beschäftigungsort: abwechselnd auf drei Baustellen in E., L. und M.

Beschäftigt seit: 03.03.2014 mit 40 St./Woche
Beschäftigung als: Maurer

12.
Name: F.V., geb. x
Staatsangehörigkeit: U.
Beschäftigungsort: abwechselnd auf drei Baustellen in E., L. und M.
Beschäftigt seit: 14.01.2014 mit 40 St./Woche
Beschäftigung als: Maurer

Dies wurde der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land am 30.04.2014 vom Finanzamt Grieskirchen Wels angezeigt."

Begründend wurde nach Wiedergabe der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen und einer detaillierten Darlegung des Sachverhalts ausgeführt, dass die Voraussetzungen einer Entsendung, aufgrund der im Ermittlungsverfahren ergangenen Stellungnahme des Finanzamts Wels Grieskirchen sowie einer Rechtfertigung des Beschuldigten und den daraus resultierenden Feststellungen der belangten Behörde, im vorliegenden Fall nicht erfüllt seien. Folgerichtig sei daher die Sozialversicherungspflicht in Österreich gegeben, woraus die Pflicht des Dienstgebers, die in der Krankenversicherung pflichtversicherten Personen vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden und binnen sieben Tagen nach dem Ende der Pflichtversicherung abzumelden, resultiere.

2. Gegen das Straferkenntnis vom 19. August 2016, GZ: SV96-32-2014, erhob der in diesem Zeitpunkt rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführer mit Schreiben vom 18. September 2016 rechtzeitig Beschwerde. Begründend führte er in dieser Beschwerde aus, dass er in seinem einfach gesetzlichen Recht, ohne Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen keine Strafe leisten zu müssen, als auch, aufgrund der Vorschreibung der Entrichtung des Strafbetrages, in seinem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Eigentum verletzt sei. Zudem monierte er die unzureichende Konkretisierung des Tatorts und die Nichteinhaltung wesentlicher Verfahrensgrundsätze (nämlich der Erforschung der materiellen Wahrheit und die Wahrung des Parteiengehörs) bei Durchführung des Beweisverfahrens. Abschließend legte der Beschwerdeführer jene Gründe dar, aufgrund derer die Voraussetzungen einer gültigen Entsendung im gegenständlichen Fall vorliegen würden und beantragte die ersatzlose Aufhebung des angefochtenen Bescheids nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Wels-Land hat die Beschwerde samt bezughabendem Verwaltungsakt mit Schreiben vom 30.9.2016 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ohne Beschwerdevorentscheidung vorgelegt. Damit ergibt sich die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich, welches durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter entscheidet.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den behördlichen Verfahrensakt sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 10. Jänner 2017. An dieser haben der Beschwerdeführer und ein Vertreter des Finanzamtes Grieskirchen Wels teilgenommen. Im Zuge dieser Verhandlung wurden vom Vertreter des Finanzamts weitere Unterlagen, welche in Folge von Auskunftsersuchen erhoben wurden, vorgebracht und dem verwaltungsgerichtlichen Akt beigefügt (Beilage 1-3: „Orbis“ Unternehmensbericht für das Jahr 2014, eine „IMI Anfrage“ an das i. Arbeits- und Sozialministerium, eine Anfrage der Finanzpolizei Team 9 an die i. Finanz (Guardia di Financia, V.). Im Rahmen der mündlichen Verhandlung wurde der Beschwerdeführer aufgefordert, Nachweise zu erbringen, welche seine vorgebrachten Aussagen in derselben belegen können. Am 17.1.2016 wurde vom Beschwerdeführer ein Schreiben der StA Linz betreffend der Einstellung des Strafverfahrens 44 BAZ 417/14w, eine per Mail, durch eine Mitarbeiterin der Autonomen Provinz B., Abteilung Arbeit, Amt für Arbeitsmarktbeobachtung, übersendete Auflistung aller im Jahr 2014 bei der Firma U. C. in I. gemeldeten Mitarbeiter, Steuererklärungen aus den Jahren 2013 und 2014, sowie ein Auszug aus dem MwSt-Informationsaustauschsystem (MIAS) zur Validierung der MwSt-Nummer der U. C. di K.R. als auch ein Rückstandsausweis der INPS (Instituto Nazionale Previdenza Sociale) zusammen mit einem Internetausdruck woraus sich die Daten des genannten Sozialversicherungsträgers ergeben, vorgelegt.

4.1. Daraus ergibt sich folgender - für die Entscheidung wesentliche - Sachverhalt:

Die Firma „U. C.“ wurde im Jahr 2006 vom Beschwerdeführer in M., I. gegründet. Das Unternehmen ist im Baugewerbe tätig und führt auch Möbelmontagen durch.

Der Firmeninhaber hat seinen Hauptwohnsitz in der X in L. Seine monatlichen Einkünfte belaufen sich auf 2.000 Euro, über ein wesentliches Vermögen verfügt er nicht. Des Weiteren treffen den Beschwerdeführer keine Sorgepflichten.

Im Jahr 2014 führte die Firma des Beschwerdeführers Bautätigkeiten für die Firma X Baugesellschaft m.b.H. & Co. KG, X, P. und das Bauunternehmen Ing. W. GesmbH, X, L., in Österreich durch.

Für die Durchführung dieser Bautätigkeiten auf Baustellen in E. („S. E.“), L. („U.“) und M. („B. L.“) setzte der Beschwerdeführer die im Spruch des Straferkenntnisses angeführten zwölf Arbeiter, wovon einer aus I. und elf aus U. stammten, auf den genannten Baustellen, je nach Bedarf, ein.

Am 25.03.2014 gegen 13:25 Uhr fand im Zuge des Aktionstages „B.“ durch die Organe der Finanzpolizei eine Kontrolle des Bauvorhabens „S. E.“ auf einer Baustelle in E. statt. Weiters wurden andere Baustellen der Firma „U. C.“ in L. und M. ermittelt und Folgekontrollen im Zeitraum von 27.03.-28.03.2014 durchgeführt. Die dort angetroffenen Bauarbeiter waren bei der Firma „U. C.“ beschäftigt. Ihr Arbeitgeber war der Beschwerdeführer R.K., der Geschäftsführer der „U. C.“. Die auf den österreichischen Baustellen, zur Durchführung von Bau- und Montagearbeiten eingesetzten Arbeitnehmer waren im Kontrollzeitraum nicht bei einem österreichischen Sozialversicherungsträger angemeldet und versichert.

Der Geschäftsführer der „U. C.“ hatte seine Arbeitnehmer zur i. Sozialversicherung angemeldet und diese dann von I. aus zur Durchführung von Arbeitsaufträgen auf ausländische Baustellen entsendet. Zum Nachweis der Anmeldung seiner Arbeitnehmer in der Pflichtversicherung legte der Geschäftsführer des Bauunternehmens die entsprechenden Unterlagen, insbesondere A1-Formulare, bei den Behörden vor.

Die belangte Behörde führte ein umfassendes Ermittlungsverfahren zu der Frage durch, ob im vorliegenden Fall tatsächlich eine Entsendung vorliegt. Im Hinblick auf die grundsätzliche Bindung an die A1-Bescheinigung (vgl. dazu unten 5.2.4.) sind diese Ermittlungsergebnisse jedoch nicht entscheidungsrelevant, weshalb sie nicht näher dargestellt werden. Ein Verfahren zur Überprüfung der Richtigkeit dieser Bescheinigungen im Wege der ausstellenden Stelle wurde von der Behörde nicht eingeleitet.

4.2. Der dargestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem verwaltungsbehördlichen Verfahrensakt, der mündlichen Verhandlung vom 10. Jänner 2017 vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich, den dort vorgelegten sowie den vom Beschwerdeführer nachgereichten Unterlagen.

Feststellungen zum Unternehmen ergeben sich zum einen aus der Befragung des Beschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung vom 10. Jänner 2017 und zum anderen aus einem Unternehmensbericht der Firma „U. C. di K.R.“ aus der Datenbank „Orbis-Unternehmensbericht“ für das Jahr 2014 vom 16.02.2016. Vom Beschwerdeführer wurde als Nachweis der Validierung der MwST-Nummer ein Auszug aus dem MwSt-Informationsaustauschsystem (MIAS) vorgelegt, woraus die Mehrwertsteuernummer und die Adresse des Unternehmens hervorgehen. Das Gericht geht davon aus, dass die Firma des Beschwerdeführers seit 2006 in I. besteht und zumindest im Jahr 2014 Aufträge für österreichische Baufirmen durchgeführt hat. Hinsichtlich der tatsächlichen operativen Tätigkeit des Unternehmens in I. haben sich keine ausreichenden Beweisergebnisse ergeben. Im Hinblick auf die Bindung an die A1-Bescheinigungen sind diese für die rechtliche Beurteilung auch nicht notwendig.

Die Feststellungen zur Kontrolle durch die Finanzpolizei ergeben sich unstrittig aus dem Akteninhalt und der Befragung des anwesenden Zeugen des Finanzamtes Grieskirchen Wels. Dieser legt im Rahmen der mündlichen Verhandlung weitere Unterlagen und Auskunftsersuchen vor.

Der Zeuge legt einen „Orbis – Unternehmensbericht“ (Beilage 1 der VHS) für das Jahr 2014 über die Firma des R.K., die „U. C.“, vor. Aus diesem Bericht, als auch aus dem Handelsregister geht hervor, dass nur ein Mitarbeiter bei der in Rede stehenden Firma aufscheint. Der Beschwerdeführer gibt dazu an, dass es sich dabei um ihn selbst handelt. Es sei nicht unüblich, dass die im Straferkenntnis genannten Mitarbeiter nicht im Handelsregister aufscheinen, da diese nicht dauerhaft der Firma angehören, sondern im Winter immer abgemeldet werden, da nach allgemeiner Lebenserfahrung in dieser Jahreszeit keine Bautätigkeiten durchgeführt werden (können) und die Arbeiter deshalb mit Beginn der Arbeitssaison oder mit Beginn eines neuen Bauprojektes wieder angemeldet werden. Diese Vorgangsweise bestätigte der Beschwerdeführer auch für seinen i. Mitarbeiter, die u. Mitarbeiter seien von ihm erst im Jahr 2014 aufgenommen worden. Aus der Vorlage des „Orbis-Unternehmensberichts“ lassen sich für das Gericht keine Rückschlüsse dahingehend ziehen, in welchem Staat die Arbeitnehmer des R.K. zur Sozialversicherung gemeldet waren.

Der Zeuge legt weiters einen Auszug einer „IMI“ Anfrage (Beilage 2 der VHS) vor. Die Frage 7 betrifft die Frage, ob das Unternehmen regelmäßig Sozialbeiträge in I. bezahlt hat, dazu lautet die Antwort „Nein“, der weitere Text ist auf i., er bedeutet sinngemäß, dass seit 20.12.2012 keine Sozialversicherungsbeiträge in I. bezahlt worden seien. Vom Beschwerdeführer wurden dazu Unterlagen der Autonomen Provinz B. S., Amt für Arbeitsmarktbeobachtung, Abteilung 19 – Arbeit, welche die Daten der gemeldeten Mitarbeiter enthalten, für alle im Straferkenntnis der belangten Behörde vom 19. August 2016, GZ: SV96-32-2014, genannten Arbeitnehmer (namentlich: B., V., F., G., K., M., M., P., P., S., S., T.) vorgelegt. Daraus ist abzuleiten, dass es sich bei dieser sogenannten „Mitteilung über Arbeitsverhältnisse“ um eine Meldung an das Amt für Arbeitsmarktbeobachtung handelt. Die in Rede stehenden Bestätigungen sind datiert mit 9. Jänner 2014, woraus abgeleitet werden kann, dass die Pflichtmitteilung eines Arbeitsverhältnisses vor Arbeitsantritt aller Arbeitnehmer erfolgte. Aufgrund dieser Mitteilung kann davon ausgegangen werden, dass die Arbeitnehmer des Beschwerdeführers bei der i. Sozialversicherung gemeldet waren. Hinsichtlich der Beiträge zur Sozialversicherung legt der Beschwerdeführer ein Schreiben der INPS (I. N. P. S.) vor, welches einen Rückstand von Sozialversicherungsbeiträgen in Höhe von 148,26 Euro ausweist, sich jedoch auf die Versicherungsperiode des Jahres 2013 bezieht. Mittels dieses Schreiben kann zwar die Aussage entkräftet werden, dass seit dem Jahr 2012 keine

Sozialversicherungsbeiträge bezahlt wurden, jedoch kann daraus nicht abgeleitet werden, ob Beiträge für das Jahr 2014 bzw. die folgenden Jahre entrichtet wurden.

Hierzu hält das Gericht jedoch fest, dass aus dem verwaltungsbehördlichen Akt hervorgeht, dass der Beschwerdeführer im Rahmen seiner Rechtfertigung vom 26. Jänner 2015 auch A1-Formulare als Entsendebestätigungen vorgelegt hat. Diese dienen als Bescheinigung der geltenden Sozialversicherungsvorschriften der jeweils entsendeten Arbeitnehmer, welche auch von der INPS V. für alle Arbeitnehmer des Beschwerdeführers bestätigt wurden. Daraus ergibt sich, dass die vom Beschwerdeführer nach Österreich Entsendeten beim i. Sozialversicherungsträger gemeldet waren.

Betreffend der A1-Entsendebestätigungen legt der Zeuge des Finanzamts Wels Grieskirchen in der mündlichen Verhandlung eine Anfrage an die i. Finanz (X) vor. Aus der Beantwortung dieser Anfrage ergibt sich, dass nach Ansicht dieser i. Behörde sechs A1-Formulare gefälscht seien. Dazu erklärt die Guardia di Financia, dass gegen Herrn K. mehrere „Criminal Records und Condemnations“ in I. aufscheinen und dass die Firma in M. nicht operativ tätig sei. Der Beschwerdeführer bestritt diese Vorwürfe. Ein wegen dieser Vorwürfe eingeleitetes Verfahren wegen des Verdachts der Urkundenfälschung wurde eingestellt, was vom Beschwerdeführer mit einem Schreiben der Staatsanwaltschaft Linz vom 18. August 2014 belegt wurde.

Bei dem Informationsschreiben der Guardia di Financia handelt es sich um eine schriftliche Stellungnahme der genannten Behörde, Beweismittel für die darin enthaltenen Vorwürfe fehlen jedoch. Insbesondere fehlt die Erklärung jener Person, welche behauptet, die A1-Formulare nicht unterschrieben zu haben. Dazu merkt das Gericht ergänzend an, dass die Stellungnahme der Guardia di Financia darauf hinweist, dass die Begründung, warum eine Fälschung vorliege, darauf gestützt wird, dass die unterzeichnende Person (M.B.) seit Juli 2014 nicht mehr im Amt sei, die vom Beschwerdeführer vorgelegten A1-Formulare jedoch im Jänner 2014 unterschrieben wurden, also zu einem Zeitpunkt unterfertigt wurden, zu welchem ein Personalwechsel noch nicht stattgefunden hatte. Die 6 vermeintlich gefälschten A1–Formulare beziehen sich auch nicht auf jene Arbeitnehmer, welche im gegenständlichen Straferkenntnis genannt werden, sondern auf in einem anderen Verfahren vorgelegte A1-Formulare. Es ergibt sich daher kein ausreichend konkreter Beweis dafür, dass die im gegenständlichen Verfahren vorgelegten A1-Formulare gefälscht seien, weshalb dies im Zweifel nicht zum Nachteil des Beschwerdeführers angenommen werden darf.

Da die Verwaltungsübertretung des Beschwerdeführers bereits am 25.3.2014 begangen wurde, Hinweise bezüglich einer möglichen Fälschung der A1-Bescheinigungen jedoch erst im Jänner 2017 vorgelegt wurden, konnte auch

deren amtswegige Überprüfung durch das zuständige Gericht nicht mehr vor Ablauf der Verfolgungsverjährung durchgeführt werden.

5. Darüber hat das Landesverwaltungsgericht Oö. in rechtlicher Hinsicht folgendes erwogen:

5.1. Rechtliche Grundlagen

Folgende nationale Normen des Bundesgesetzes vom 9. September 1955 über die Allgemeine Sozialversicherung (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG) BGBl. Nr. 18/1956 idF BGBl. I Nr. 32/2017, sind zur Beurteilung der anwendbaren Rechtsordnung im vorliegenden Fall einschlägig:

Geltungsbereich

§ 1. Dieses Bundesgesetz regelt die Allgemeine Sozialversicherung im Inland beschäftigter Personen einschließlich der den Dienstnehmern nach Maßgabe dieses Bundesgesetzes gleichgestellten selbständig Erwerbstätigen und die Krankenversicherung der Pensionisten aus der Allgemeinen Sozialversicherung.

Beschäftigung im Inland

§ 3. (1) Als im Inland beschäftigt gelten unselbständig Erwerbstätige, deren Beschäftigungsort (§ 30 Abs. 2) im Inland gelegen ist, selbständig Erwerbstätige, wenn der Sitz ihres Betriebes im Inland gelegen ist.
(2)...
(3) Als im Inland beschäftigt gelten unbeschadet und unvorgreiflich einer anderen zwischenstaatlichen Regelung insbesondere nicht die Dienstnehmer inländischer Betriebe für die Zeit ihrer dauernden Beschäftigung im Ausland, die ausschließlich für den Dienst im Ausland bestellten Reisenden, die ihren Wohnsitz im Ausland haben, und Dienstnehmer, die sich in Begleitung eines Dienstgebers, der im Inland keinen Wohnsitz hat, nur vorübergehend im Inland aufhalten. Die Dienstnehmer eines ausländischen Betriebes, der im Inland keine Betriebsstätte (Niederlassung, Geschäftsstelle, Niederlage) unterhält, gelten nur dann als im Inland beschäftigt, wenn sie ihre Beschäftigung (Tätigkeit) von einem im Inland gelegenen Wohnsitz aus ausüben und sie nicht auf Grund dieser Beschäftigung einem System der sozialen Sicherheit im Ausland unterliegen. Als im Inland beschäftigt gelten auch Personen, die gemäß § 16 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988, bei einem inländischen Betrieb beschäftigt werden. Personen gemäß § 4 Abs. 4, die für einen ausländischen Betrieb, der im Inland keine Betriebsstätte (Niederlassung, Geschäftsstelle, Niederlage) unterhält, tätig sind, gelten nur dann als im Inland beschäftigt, wenn sie ihre Beschäftigung (Tätigkeit) von einem im Inland gelegenen Wohnsitz oder einer im Inland gelegenen Arbeitsstätte (Kanzlei, Büro) aus ausüben.

Nachstehende europarechtliche Bestimmungen finden im vorliegenden Fall Anwendung:

Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden: VO 883/2004)

TITEL II

BESTIMMUNG DES ANWENDBAREN RECHTS

Artikel 11

Allgemeine Regelung

(1) Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

(2) Für die Zwecke dieses Titels wird bei Personen, die aufgrund oder infolge ihrer Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit eine Geldleistung beziehen, davon ausgegangen, dass sie diese Beschäftigung oder Tätigkeit ausüben. Dies gilt nicht für Invaliditäts-, Alters- oder Hinterbliebenenrenten oder für Renten bei Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten oder für Geldleistungen bei Krankheit, die eine Behandlung von unbegrenzter Dauer abdecken.

(3) Vorbehaltlich der Artikel 12 bis 16 gilt Folgendes:

a) eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;
b) – e)...

Artikel 12

Sonderregelung

(1) Eine Person, die in einem Mitgliedstaat für Rechnung eines Arbeitgebers, der gewöhnlich dort tätig ist, eine Beschäftigung ausübt und die von diesem Arbeitgeber in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wird, um dort eine Arbeit für dessen Rechnung auszuführen, unterliegt weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit 24 Monate nicht überschreitet und diese Person nicht eine andere entsandte Person ablöst.

(2) Eine Person, die gewöhnlich in einem Mitgliedstaat eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt und die eine ähnliche Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausübt, unterliegt weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Tätigkeit vierundzwanzig Monate nicht überschreitet.

Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der

Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden: DVO 987/2009)

Artikel 5

Rechtswirkung der in einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten Dokumente und Belege

(1) Vom Träger eines Mitgliedstaats ausgestellte Dokumente, in denen der Status einer Person für die Zwecke der Anwendung der Grundverordnung und der Durchführungsverordnung bescheinigt wird, sowie Belege, auf deren Grundlage die Dokumente ausgestellt wurden, sind für die Träger der anderen Mitgliedstaaten so lange verbindlich, wie sie nicht von dem Mitgliedstaat, in dem sie ausgestellt wurden, widerrufen oder für ungültig erklärt werden.

(2) Bei Zweifeln an der Gültigkeit eines Dokuments oder der Richtigkeit des Sachverhalts, der den im Dokument enthaltenen Angaben zugrunde liegt, wendet sich der Träger des Mitgliedstaats, der das Dokument erhält, an den Träger, der das Dokument ausgestellt hat, und ersucht diesen um die notwendige Klarstellung oder gegebenenfalls um den Widerruf dieses Dokuments. Der Träger, der das Dokument ausgestellt hat, überprüft die Gründe für die Ausstellung und widerruft das Dokument gegebenenfalls.

(3) Bei Zweifeln an den Angaben der betreffenden Personen, der Gültigkeit eines Dokuments oder der Belege oder der Richtigkeit des Sachverhalts, der den darin enthaltenen Angaben zugrunde liegt, nimmt der Träger des Aufenthalts- oder Wohnorts, soweit dies möglich ist, nach Absatz 2 auf Verlangen des zuständigen Trägers die nötige Überprüfung dieser Angaben oder dieses Dokuments vor.

(4) Erzielen die betreffenden Träger keine Einigung, so können die zuständigen Behörden frühestens einen Monat nach dem Zeitpunkt, zu dem der Träger, der das Dokument erhalten hat, sein Ersuchen vorgebracht hat, die Verwaltungskommission anrufen. Die Verwaltungskommission bemüht sich binnen sechs Monaten nach ihrer Befassung um eine Annäherung der unterschiedlichen Standpunkte.

Artikel 14

Nähere Vorschriften zu den Artikeln 12 und 13 der Grundverordnung

(1*) Bei der Anwendung von Artikel 12 Absatz 1 der Grundverordnung umfassen die Worte „eine Person, die in einem Mitgliedstaat für Rechnung eines Arbeitgebers, der gewöhnlich dort tätig ist, eine Beschäftigung ausübt und die von diesem Arbeitgeber in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wird“ auch eine Person, die im Hinblick auf die Entsendung in einen anderen Mitgliedstaat eingestellt wird, vorausgesetzt die betreffende Person unterliegt unmittelbar vor Beginn ihrer Beschäftigung bereits den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen, bei dem sie eingestellt wird, seinen Sitz hat.*
(2) [...]

Artikel 15
Verfahren bei der Anwendung von Artikel 11 Absatz 3 Buchstaben b und d, Artikel 11 Absatz 4 und Artikel 12 der Grundverordnung (über die Unterrichtung der betroffenen Träger)

(1) Sofern nicht in Artikel 16 der Durchführungsverordnung etwas anderes bestimmt ist, unterrichtet der Arbeitgeber einer Person, die ihre Tätigkeit in einem anderen als dem nach Titel II der Grundverordnung zuständigen Mitgliedstaat ausübt, oder die betreffende Person selbst, wenn diese keine Beschäftigung als Arbeitnehmer ausübt, den zuständigen Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften die Person unterliegt, darüber; diese Unterrichtung erfolgt im Voraus, wann immer dies möglich ist. Dieser Träger macht der betroffenen Person und dem von der zuständigen Behörde des Mitgliedstaats, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird, bezeichneten Träger unverzüglich Informationen über die Rechtsvorschriften zugänglich, denen die betreffende Person nach Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe b oder Artikel 12 der Grundverordnung unterliegt.
(2) [...]

5.2. Rechtliche Begründung

5.2.1. Es stellt sich als unstrittig dar, dass alle, im Straferkenntnis angeführten, Personen im genannten Zeitraum in Österreich einer (dem Grunde nach versicherungspflichtigen) Beschäftigung nachgingen. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, dass der Geltungsbereich des ASVG nach der Bestimmung des § 1 ASVG lediglich die allgemeine Sozialversicherung im Inland beschäftigter Personen (sowie der den Dienstnehmern nach Maßgabe dieses Bundesgesetzes gleichgestellten selbständig Erwerbstätigen und die Krankenversicherung der Pensionisten aus der Allgemeinen Sozialversicherung) umfasst. Somit muss eine Beschäftigung im Inland als Tatbestandsmerkmal für den Eintritt einer Pflichtversicherung vorliegen. Da im vorliegenden Verfahren elf ungarische und ein i. Dienstnehmer für ein i. Unternehmen auf diversen österreichischen Baustellen tätig sind, ist zu prüfen, ob hier eine Beschäftigung im Inland gegeben ist. § 3 ASVG regelt, wann bei grenzüberschreitenden Sachverhalten österreichisches Sozialversicherungsrecht zur Anwendung gelangt oder die Regelungskompetenz einem anderen Staat obliegt (vgl. *Müller/Spiegel* in Mosler/Müller/Pfeil, SV – Komm § 3 ASVG, Rz 1). Diese Bestimmung gilt jedoch nur im Verhältnis zu Staaten, die weder Mitglieder der EU, noch des EWR sind und mit denen Österreich kein zwischenstaatliches Abkommen geschlossen hat.

5.2.2. Im gegenständlichen Sachverhalt kommt es zur grenzüberschreitenden Beschäftigung zwischen zwei Mitgliedstaaten der EU (Österreich und I.), was dazu führt, dass die Regelungen der VO 883/2004, für die Beurteilung der Frage anzuwenden sind, welchem der beteiligten Staaten jeweils bei grenzüberschreitenden Sachverhalten das Versicherungsrecht zukommt. § 3 ASVG tritt als subsidiäre Bestimmung hinter diese EU-Regelung zurück (vgl.

Müller/Spiegel in Mosler/Müller/Pfeil, SV – Komm § 3 ASVG, Rz 3f). Die genannte Verordnung normiert, dass Personen jeweils nur einem Sozialschutzsystem unterliegen. Die Kollisionsregeln der VO 883/2004 treten hierbei an die Stelle von nationalen Regelungen und gehen diesen vor (vgl. *Tiedemann*, Bestimmungen des anwendbaren Sozialversicherungsrecht bei Entsendungen in der EU, NZS 2011, 42). Die VO 883/2004 wird von der zugehörigen DVO 987/2009 ergänzt. Die in der erstgenannten Verordnung verwendeten Begriffe und Vorschriften werden in der DVO 2009/987 näher konkretisiert. Damit bedarf es bei der Feststellung des anzuwendenden Sozialversicherungsrechts bei grenzüberschreitenden Sachverhaltskonstellationen immer einer Zusammenschau dieser beiden Verordnungen (vgl. *Schmidt/Räuchle*, Arbeitsrechtliche Bindungswirkung von Entsendebescheinigungen? Eine Frage im Schnittpunkt von Europäischem Sozialversicherungs- Entsende- und Arbeitnehmerüberlassungsrecht, RdA 2015, 408).

5.2.3. Die Bestimmung des Titel II Art 12 der VO 2004/883 versucht durch die Normierung des „Beschäftigungsstaatsprinzip“ Kompetenzkonflikte (sowohl positiver als auch negativer Art) zu vermeiden. Dies wird dadurch erreicht, dass bei grenzüberschreitenden Fällen, eine Person immer nur den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates im Sozialrechtsbereich unterworfen ist. Dies ist, gemäß dem genannten Prinzip, jener Staat, in dem die Beschäftigung ausgeübt wird, unabhängig vom Wohnort des Arbeitnehmers oder des Sitzes des Arbeitgebers (vgl. *Pöltl*, Zur Bindungswirkung der Entsendebescheinigung A1, ZAS 2012/3, 2). Im vorliegenden Fall wären die Arbeitnehmer des Beschwerdeführers grundsätzlich im Beschäftigungsland Österreich versicherungspflichtig, da sie hier im Kontrollzeitpunkt Arbeiten auf diversen Baustellen durchführten und damit in Österreich beschäftigt waren.

Es ist jedoch die Ausnahmeregelung des Art 12 VO 2004/883 zu beachten, wonach ein Arbeitnehmer, der von seinem Arbeitgeber vorübergehend für die Ausübung einer Tätigkeit in einen anderen Mitgliedstaat entsendet wird, weiterhin den Rechtsvorschriften jenes Staates, unterliegt, welchen er auch vor der Entsendung unterlag. Der entsandte Arbeitnehmer muss bereits vor seiner Entsendung in einem Beschäftigungsverhältnis zum entsendenden Unternehmen gestanden haben und im Sozialversicherungssystem des Entsendestaats versichert gewesen sein (vgl. Steiger, taxlex 2010, 336). Dies normiert auch die Regelung des Art 14 Abs 1 der Durchführungsverordnung 987/2009, wonach von den Entsendevorschriften auch eine Person umfasst ist, welche lediglich für eine Entsendung in einen anderen Mitgliedstaat eingestellt wird und der Dienstnehmer bereits vor der Entsendung den Rechtsvorschriften des Niederlassungsstaates des Dienstgebers unterliegen muss. Der dafür notwendige Zeitraum wird dabei durch den Beschluss A 2 (vgl. Beschluss A2 vom 12.06.2009 zur Auslegung des Art 12 VO (EG) 883/2004 des EP und des Rates hinsichtlich der auf entsandte Arbeitnehmer sowie auf Selbständige, die vorübergehend eine Tätigkeit in einem

anderen als dem zuständigen Mitgliedstaat ausüben, anzuwendenden Rechtsvorschriften, Abl C 106 vom 24.04.2010) mit einem Monat bemessen, wobei – abweichend zu Art 12 VO 2004/883 - die Zugehörigkeit zu den Rechtsvorschriften des Entsendungsstaates nicht in einem Dienstverhältnis mit dem entsendenden Unternehmen bestehen muss. Es reicht aus, wenn der Dienstgeber dort beschäftigt wird (auch bei einem anderen Dienstgeber) oder freiwillig dort versichert oder mitversichert ist bzw den Wohnsitz dort hat. Im vorliegenden Fall wurden der I.ische und die u. Arbeitnehmer entsprechend den A1-Bescheinigungen vom Beschwerdeführer einige Wochen vor Arbeitsantritt in der I.ischen Sozialversicherung versichert und anschließend für die Durchführung von Bautätigkeiten nach Österreich entsandt. Geht man von der Richtigkeit der A1-Bescheinigungen aus, sind die Voraussetzungen des Beschlusses A2 für eine Entsendung erfüllt.

5.2.4. Das Verfahren zur Beurteilung, ob eine Entsendung nach Art 12 VO 2004/883 vorliegt, beruht darauf, dass der Arbeitgeber dem zuständigen Träger der Sozialversicherung die Entsendung meldet (vgl. Art 15 Abs 1 VO 2009/987), welcher prüft, ob die dafür erforderlichen Voraussetzungen gegeben sind und bei deren Vorliegen die Entsendung mittels A1- Formular bescheinigt (*Pöltl*, Zur Bindungswirkung der Entsendebescheinigungen A1, ZAS 2012/3, 15). Da die Voraussetzungen, ob eine Entsendung vorliegt, bereits durch den i. Sozialversicherungsträger getroffen wurde, hätten die österreichischen Behörden die Prüfung der Kriterien nicht mehr aufgreifen müssen und dürfen.

Die belangte Behörde verneint jedoch die Bindungswirkung dieser A1-Dokumente im Wesentlichen damit, dass zwar A1-Entsendebestätigungen vorgelegt wurden, diese jedoch bei Beurteilung nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nach den Bestimmungen des § 539a ASVG als obsolet zu betrachten sind und zudem gefälscht sind. Im Übrigen sind nach Ansicht der belangten Behörden die Voraussetzungen einer Entsendung im vorliegenden Fall ohnehin nicht gegeben.

Dabei verkennt die belangte Behörde jedoch, dass der Bescheinigung über die Entsendung von Dienstnehmern nach der Judikatur des EuGH absolute Bindungswirkung zukommt:
In seinen aus dem Jahr 2000 stammenden Urteil äußerte sich der EuGH erstmals zu den Rechtswirkungen von Entsendebescheinigungen und stellt fest, dass der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit nach Art 4 Abs 3 EUV die Mitgliedstaaten verpflichtet, den zugrunde liegenden Sachverhalt ordnungsgemäß zu beurteilen und damit die Richtigkeit der in der von ihm ausgestellten Entsendebescheinigung angeführten Angaben zu gewährleisten. Die Träger des Mitgliedstaats, in den die Arbeitnehmer entsandt werden, sind an die Angaben in der Entsendebescheinigung gebunden. (EuGH 10.02.2000, C-202/97, Fitzwilliam FTF, RZ 52ff).

Die Rechtsprechung des EuGH zur Bindungswirkung ist zur Verordnung VO (EWG) 1408/71 und ihrer Durchführungsverordnung (EGW) 574/72 ergangen. Das Unionsrecht hat diese Rechtsprechung in die VO 883/2004 und DVO 987/2009 übernommen und in Art. 5 Abs. 1 DVO 987/2009 normiert, dass Dokumente, worunter auch das A1-Dokument zu subsumieren ist, sowie Belege, auf deren Grundlage die Dokumente ausgestellt wurden, für die Träger der anderen Mitgliedstaaten verbindlich sind. Daher gilt die Rechtsprechung auch für die nunmehrigen Bestimmungen und es ist von einer absoluten Bindungswirkung eines ausgestellten A1-Dokuments auszugehen.

Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer zum Nachweis des Vorliegens einer Entsendung vom i. Sozialversicherungsträger (welcher die Richtigkeit der in der Entsendebescheinigung angeführten Angaben zu gewährleisten hat) ausgestellte A1-Formulare vorgelegt. Der zuständige Träger eines anderen Mitgliedstaats (und auch dessen sonstige Behörden) sind gemäß Art. 5 Abs. 2 DVO 987/2009 an die Angaben in der Bescheinigung gebunden. Nach ständiger europarechtlicher und verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung darf der Empfangsstaat den fraglichen Arbeitnehmer nicht seinem eigenen System der sozialen Sicherheit unterstellen, es sei denn, die Bescheinigung wird zurückgezogen oder für ungültig erklärt wird (vgl. VwGH 19.12.2012, 2009/08/0255; 12.09.2012, 2010/08/0085; 23.05.2012, 2009/08/0204; 16.03.2011, 2010/08/0231; 26.11.2008, 2006/08/0346; 20.09.2006, 2004/08/0087 mwN sowie *Schmidt/Räuchle*, Arbeitsrechtliche Bindungswirkung von Entsendebescheinigungen? Eine Frage im Schnittpunkt von Europäischem Sozialversicherungs- Entsende- und Arbeitnehmerüberlassungsrecht, RdA 2015, 408).

Der an das A1-Dokument gebundene Mitgliedstaat kann bei Zweifeln an der Richtigkeit des diesem zugrunde liegenden Sachverhalts oder dessen rechtlicher Bewertung eine Überprüfung durch den ausstellenden Träger verlangen und - sofern es zu keiner Übereinstimmung kommt - die Verwaltungskommission um Vermittlung anrufen. Führt dies nicht zum Erfolg, kann er schließlich ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258ff AEUV anstrengen (VwGH 19.12.2012, 2009/08/0255; 12.09.2012, 2010/08/0085; 23.05.2012, 2009/08/0204; 16.03.2011, 2010/08/0231; 26.11.2008, 2006/08/0346; 20.09.2006, 2004/08/0087, jeweils unter Hinweis auf EuGH 30.03.2000, C-178/97, Banks u.a., RZ 39 ff; 10.02.2000, C-202/97, Fitzwilliam FTF, RZ 52ff; 26.01.2006, C-2/05, Herbosch Kiere NV, RZ 23ff).

Von der belangten Behörde wurde jedoch trotz der Zweifel an der Richtigkeit des den vorgelegten A1-Dokumenten zugrunde liegenden Sachverhalts oder deren rechtlicher Bewertung keine Überprüfung ihrer Richtigkeit durch den ausstellenden Träger verlangt oder die Verwaltungskommission um Vermittlung angerufen. Eine selbständige Beurteilung der Frage, ob die materiellen

Voraussetzungen einer Entsendung vorlagen, ist der belangten Behörde entsprechend der oben dargestellten Rechtsprechung verwehrt. Vom Finanzamt Grieskirchen Wels wurden Auskunftsersuchen beim i. Arbeits- und Sozialministerium und bei der Guardia di Financia eingeholt. Dabei handelt es sich lediglich um schriftliche Stellungnahmen, welche den Anforderungen des Verfahrens nach Art 5 der DVO987/2009 nicht entsprechen.

Ergänzend ist in diesem Zusammenhang noch festzuhalten, dass auch ein Gericht eines Beschäftigungsstaats nicht befugt ist die Gültigkeit einer Entsendebescheinigung zu überprüfen (EuGH 26.01.2006, C-2/05, Herbosch Kiere NV, RZ 33). Dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich kommt im gegenständlichen Fall somit keine Kompetenz zur Überprüfung der vom Beschwerdeführer vorgelegten A1-Formulare zu.

In Summe stellen sich somit alle vorliegenden A1-Dokumente als bindend dar und liegen somit für alle im Straferkenntnis der belangten Behörde vom 19. August 2016, GZ. SV96-32-2014, genannten Mitarbeiter der „U. C.“ A1-Dokumente vor, die jeweils den gesamten Zeitraum der Tätigkeit umfassen und die vom i. Träger auch nicht zurückgezogen worden sind. Diese A1-Dokumente stellen bindend fest, dass in den vorliegenden Fällen österreichisches Sozialversicherungsrecht nicht zur Anwendung kommt (vgl. dazu VwGH 16.03.2011, 2010/08/0231) und der verwaltungsstrafrechtliche Tatbestand des § 33 iVm § 111 Abs 1 Z 1 ASVG nicht zur Anwendung gelangen konnte.

Zu II.

Da der Beschwerde stattzugeben war, waren gemäß § 52 Abs. 1 VwGVG keine Kosten für das Beschwerdeverfahren vorzuschreiben.

Zu III. 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 zur Bindungswirkung von A1-Bescheinigungen ab, noch fehlt es an einer solchen. 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.

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.

H i n w e i s

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Zöbl