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-301492/23/KLi/JB

Datum:
Linz, 12. Juni 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde vom 2. März 2017 des I. N., S X, X S, S, vertreten durch Mag. P. C., Rechtsanwältin, H X, X W, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land vom 2. Februar 2017, GZ: Ge96-42/21-2016, wegen Übertretung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

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

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde noch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu bezahlen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land (im Folgenden: belangte Behörde) vom 2. Februar 2017, GZ: Ge96-42/21-2016, wurde dem Beschwerdeführer vorgeworfen, er habe als verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher der Firma H. S. s.r.o. nachstehende Verwaltungsübertretung zu verantworten:

Die Finanzpolizei Kirchdorf Perg Steyr habe bei einer Kontrolle am 7. Juni 2016 um 10:30 Uhr in X N, W x, festgestellt, dass folgende r Staatsangehörige bei Fassadenarbeiten für die Firma H. S. s.r.o. angetroffen worden seien: B. T., C. G, F. I., B. V., R. I.-S., B. G., M. R.. Alle Arbeiter hätten angegeben, dass sie für die H. S. s.r.o. tätig seien. Als Vorarbeiter der r Arbeiter sei V. C. angegeben worden. V. C. sei bei der Österreichischen Firma S. mit Sitz in W beschäftigt und ordnungsgemäß zur Sozialversicherung angemeldet. Weiters seien die Arbeiter gebeten worden, die ZKO-Meldung, die A1-Formulare sowie die Lohnunterlagen in deutscher Sprache vorzulegen. Es hätten gültige A1-Formulare und Lohnunterlagen in deutscher Sprache vorgelegt werden können. Die ZKO-Meldungen seien ZKO3-Meldungen zur Entsendung gewesen. Nach Überprüfung habe es sich um eine Überlassung gemäß AÜG gehandelt, wodurch eine ZKO4-Meldung erforderlich gewesen wäre.

Überlasser sei die H. S. s.r.o. gewesen, Beschäftiger die S. GmbH. Der Vorarbeiter sei von der S.. gekommen. Anweisungen seien von diesem Vorarbeiter erteilt worden. Arbeitsaufzeichnungen seien ebenfalls von diesem Vorarbeiter geführt worden. Der Transport zur Baustelle sei durch den Vorarbeiter der S. im Firmenbus der S. erfolgt. Das Werkzeug sei von der S.. zur Verfügung gestellt worden. Die Haftung der geleisteten Arbeiten habe laut Aussage von V. C. die S. übernommen.

Der Beschwerdeführer habe dadurch § 17 Abs. 2 AÜG iVm § 22 Abs. 1 Z 2 1. Fall AÜG verletzt. Über ihn werde eine Geldstrafe von 4.500 Euro, falls diese uneinbringlich sei, eine Ersatzfreiheitsstrafe von 302 Stunde gem. § 17 Abs. 2 AÜG iVm § 22 Abs. 1 Z 2 1. Fall AÜG verhängt. Ferner habe der Beschwerdeführer 450 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu bezahlen.

Begründend führte die belangte Behörde aus, dass anlässlich einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei am 7. Juni 2016 um 10:30 Uhr in X N, W 18, der im Spruch angeführte Tatbestand und die im Spruch angeführte Verwaltungsübertretung festgestellt worden seien. Mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 4. August 2016 sei das Strafverfahren wegen Übertretung nach § 17 Abs. 2 AÜG eigeleitet worden.

Nach dieser Bestimmung habe der Überlasser bei bewilligungsfreier Überlassung von Arbeitskräften vom Ausland nach Österreich die grenzüberschreitende Überlassung der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem AuslBG und dem AVRAG des Bundesministeriums für Finanzen zu melden. Die Meldung sei jeweils spätestens eine Woche vor der Arbeitsaufnahm in Österreich zu erstatten; in Katastrophenfällen, bei unaufschiebbaren Arbeiten und bei kurzfristig zu erledigenden Aufträgen genüge die Meldung unverzüglich vor Arbeitsaufnahme. Änderungen der gemeldeten Daten seien unverzüglich zu erstatten. Die Übermittlung der Meldungen habe ausschließlich automationsunterstützt über die elektronischen Formulare des Bundesministeriums für Finanzen zu erfolgen. Eine Verwaltungsübertretung begehe und sei von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe von 500 Euro bist 5.000 Euro, im Wiederholungsfall vom 1.000 Euro bis 10.000 Euro zu bestrafen, wer die Meldung gem. § 17 Abs. 2 nicht oder nicht rechtszeitig oder nicht vollständig oder wissentlich unrichtig erstatte oder die erforderlichen Unterlagen entgegen § 17 Abs. 7 nicht zur Überprüfung bereit halte oder nicht zugänglich mache.

Der Beschwerdeführer sei zum Zeitpunkt der Übertretung verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher der H. S. s.r.o. und daher für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen verantwortlich gewesen.

Der Beschwerdeführer habe Rechtfertigungen zum Tatvorwurf am 22. September .2016, am 15. Dezember 2016 und am 31. Jänner 2017 übermittelt. Zusammengefasst habe er angegeben, dass es sich bei den Behauptungen der Finanzpolizei um bloße Mutmaßungen handle, die auf unrichtig gezogenen Schlüssen basieren würden und zum Teil schlichtweg aktenwidrig seien. Eine eingehende Beweiswürdigung durch die belangte Behörde sei durchgeführt worden. Die Ausführungen des Beschwerdeführers würden jedoch nicht ausreichen, um die vorgeworfenen Verwaltungsübertretungen zu entkräften, da die Erkenntnisse, zu welchen die Finanzpolizei gelangt sei, erklärbar durch die Kontrolle selbst, die Personenblätter und die Niederschriften seien. Auch die Aussage des V. C. werde für sehr glaubhaft angesehen. Es sei von der Finanzpolizei der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform eingehend erklärt worden, somit schließe sich die belangte Behörde der Aussage der Finanzpolizei an.

In Anwendung der obigen Gesetzesbestimmungen und im Zusammenhang mit dem Ergebnis des Ermittlungsverfahrens sei festzuhalten, dass aufgrund des vorliegenden Sachverhaltes die Tatbestände der angelasteten Verwaltungsübertretung als erfüllt anzusehen sei. Das Ermittlungsverfahren habe auch keine Anhaltspunkte ergeben, um ein Verschulden im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG auszuschließen. Es sei somit unter Rücksichtnahme auf § 19 VStG spruchgemäß zu entscheiden gewesen.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die Beschwerde vom 2. März 2017, mit welcher das Straferkenntnis in seinem gesamten Umfang angefochten wird.

Zum Sachverhalt führt der Beschwerdeführer zunächst aus, das Unternehmen P. & M. M GesmbH habe Bauarbeiten in X S, Waldrandsiedlung durchgeführt. Dieses Unternehmen habe einen Teil seines Auftrages an die H. S. s.r.o. in Sub vergeben.

Am 7.6.2016 habe die Finanzpolizei eine Kontrolle auf der Baustelle durchgeführt. Sämtliche in den §§ 7a ff AVRAG geforderte Dokumente seien ordnungsgemäß vorgelegen. Nachdem die Finanzpolizei – wie in der Begründung noch näher ausgeführt werde – zu Unrecht annehme, dass eine Überlassung an die S. vorliege, habe die belangte Behörde das angefochtene Straferkenntis erlassen.

Das Straferkenntnis werde wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit in Folge Verletzung von Verfahrensvorschriften angefochten. Es liege eine mangelhafte Sachverhaltsfeststellung vor.

Die einzelnen „Feststellungen“ im Spruch seien unrichtig und nur das Ergebnis einer unreflektierten Wiederholung der aufgrund der offenbar vorgefassten Meinung entstandenen Ansichten der Finanzpolizei. Die belangte Behörde habe von Amtswegen den rechtlich relevanten Sachverhalt zu ermitteln und festzustellen und sich insbesondere im Rahmen des Ermittlungsverfahrens mit der Stellungnahme des Beschwerdeführers und den jeweiligen Widersprüchen in den Aussagen der betreffenden Personen auseinander zu setzen. Dies habe die Behörde gänzlich unterlassen und bloß eine Beweiswürdigung der Finanzpolizei übernommen, womit sie das Erkenntnis mit Rechtswidrigkeit belaste.

Ein Werkvertrag mit der S. bzw. eine Haftung der S. liege nicht vor. Entgegen der Meinung des Finanzamtes arbeite das Unternehmen des Beschwerdeführers nicht für die S. und die Mitarbeiter des Beschwerdeführers seien auch nicht an dieses Unternehmen überlassen worden. Die H. S. s.r.o. habe vielmehr in Erfüllung des Werkvertrages mit der P. & M. M. GesmbH ihr eigenes Fachpersonal im Rahmen einer Entsendung eingesetzt und der S.., die über einen versierten Facharbeiter, V. C., verfüge, nur einen Auftrag erteilt, die Arbeiten zu koordinieren bzw. die Arbeiter des Beschwerdeführers zu betreuen. Dies vor allem deshalb, damit die umfangreichen und komplexen österreichischen Rechtsvorschriften (AVRAG u.a.) vor Ort genauestens eingehalten werden könnten, zumal die eigenen Arbeiter aufgrund mangelnder Deutschkenntnisse dazu naturgemäß nicht in der Lage gewesen seien.

Dass diese Entscheidung – obwohl wirtschaftlich mit nicht unerheblichen Mehrkosten belastet – richtig gewesen sei, gehe übrigens schon daraus hervor, dass die Finanzpolizei keine (sonstigen) Beanstandungen festgestellt habe. Die H. S. s.r.o. sei somit Auftragnehmer der P. & M. M. GmbH. Die S. GmbH stehe mit der P. & M. M. GmbH in überhaupt keinem Auftragsverhältnis. Wie dem Werkvertrag unter Einvernahme des Zeuges J. G. zu entnehmen sei, hafte die H. S. s.r.o. gegenüber der P. & M. M. GmbH für die Ausführung der Fassadenarbeiten im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen. Die S. GmbH könne schon mangels jeglicher vertraglicher Vereinbarung unmöglich für die von der H. S. s.r.o. durchgeführten Arbeiten haften. Die belangte Behörde übersehe nun völlig, dass die S. GmbH unmöglich Beschäftiger sein könne, da sie weder der P. & M. M. GmbH gegenüber noch der H. S. s.r.o. gegenüber irgendwelche Bauleistungen erbringe. Mangels jeglicher (Werk-) Vertragsbeziehung der S. GmbH zur P & M M GmbH bzw. der H. S. s.r.o. könne somit keine Arbeitskräfteüberlassung vorliegen.

Es würden auch keine sonstigen Merkmale des § 4 Abs. 2 AÜG vorliegen. Wie schon ausgeführt, hätten die Arbeitnehmer der H. S. s.r.o. keine Arbeitsleistungen in Erfüllung eines Werkvertrages mit der S. GmbH durchgeführt. Schon deshalb komme keine Arbeitskräfteüberlassung in Frage. Z 1 komme nicht im Frage, weil die S. GmbH kein Werkbesteller sei, es bestehe kein Werkvertrag mit dieser. Sie habe auch kein Werk hergestellt. Z 2 liege nicht vor, weil der Bus von der H. S. s.r.o. angemietet worden sei und daher der Bus der H. S. s.r.o. gewesen sei. Ebenfalls sei das Werkzeug von der H. S. s.r.o. zur Verfügung gestellt worden. Auch Z 3 sei nicht erfüllt, zumal nicht die S. bzw. der Zeuge V. C. Anweisungen an die Arbeitnehmer des Beschwerdeführers gegeben habe, sondern der Beschwerdeführer selbst, indem er V. C. Anweisungen gegeben habe, der diese dann an die Arbeitnehmer weitergeleitet habe. Die Arbeitnehmer des Beschwerdeführers seien weder in die S. eingegliedert gewesen, noch seien sie unter deren Aufsicht gestanden. Z 4 sei nicht erfüllt, zumal die S. überhaupt keine Haftung für den Erfolg übernommen habe, sehr wohl aber das Unternehmen des Beschwerdeführers.

Abgesehen davon, dass die belangte Behörde somit die erforderlichen Ermittlungstätigkeiten unterlassen habe, habe sie auch die aus den Akten ersichtlichen Tatsachen unrichtig rechtlich beurteilt und das Erkenntnis somit mit Rechtswidrigkeit belastet.

Darüber hinaus mangle es am Verschulden des Beschwerdeführers. Die Gesellschafter der H. S. s.r.o. seien der Beschuldigte und H. H.. Der Beschuldigte sei zwar Geschäftsführer dieser Gesellschaft, der Zeuge H. habe jedoch die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung nach § 9 Abs. 2 VStG übernommen. Er habe die Anordnungsbefugnis hinsichtlich der Einhaltung sämtlicher verwaltungsrechtlicher Vorschriften einschließlich der Bestimmungen des

Arbeitnehmerschutzes, Ausländerbeschäftigung, AVRAG und ähnlichem. Dass er die Anordnungsbefugnis habe, ergebe sich auch aus der Aussage des Zeuge J. G.. Der Beschwerdeführer habe sich auch stets überzeugt, dass der Zeuge H. sich stets über alle einschlägigen Bestimmungen informiere und diese einhalte und habe überhaupt keinen Grund gehabt, daran zu zweifeln, dass er sich gesetzeskonform verhalte. Nachdem der Beschwerdeführer daher die Verantwortung übertragen habe und sich einer fachkundigen und zuverlässigen Person bedient habe, treffe ihn an einer allfälligen Verwaltungsübertretung – die ohnehin nicht vorliege – kein Verschulden.

Zur Strafzumessung führte der Beschwerdeführer aus, dass gem. § 45 Abs. 1 Z 4 VStG das Strafverfahren einzustellen sei, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering seien bzw. könne gemäß letztem Absatz des Abs. 1 anstatt die Einstellung zu verfügen, die Behörde dem Beschuldigten mit Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen. Gemäß § 22 Abs. 1 Z 2 AÜG sei derjenige zu bestrafen, der die Meldungen gem. § 17 Abs. 2 AÜG nicht oder nicht rechtzeitig oder nicht vollständig oder wissentlich unrichtig erstatte.

Die Meldung nach § 17 Abs. 2 AÜG (ZKO4) enthalte die identen Informationen wie die Meldung gemäß ZKO3. Selbst dann, wenn eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegen sollte, was jedoch offenkundig nicht der Fall sei, habe das Unternehmen des Beschwerdeführers sämtliche Angaben rechtszeitig erstattet. Die einzige unrichtige Angabe würde sich in diesem Fall wohl lediglich auf die Anwendung der entsprechenden Rechtsvorschrift beziehen. Nachdem aber der Beschwerdeführer stets davon ausgegangen sei, dass es sich um eine Entsendung handle (was ja auch der Fall sei) würde es sich lediglich um eine unrichtige Angabe handeln, die nicht wissentlich unrichtig erstattet worden sei, sodass der Straftatbestand nicht erfüllt worden wäre.

Selbst wenn daher überhaupt eine Verwaltungsübertretung vorliegen sollte, für die der Beschwerdeführer verantwortlich sei, wären sein Verschulden und die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung äußerst gering, sodass die belangte Behörde gem. § 45 VStG vorzugehen gehabt hätte. Zudem habe die Behörde gem. § 22 Abs. 2 AÜG insbesondere auf den durch die Überlassung erzielten Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil Bedacht zu nehmen gehabt, was sie gänzlich unterlassen habe. Schließlich sei auch unter Beachtung des Umstandes, dass der Beschuldigte lediglich über ein Einkommen von zirka 1.000 Euro pro Monat verfüge, bei einem Strafrahmen von 500 Euro bis 5.000 Euro die verhängte Strafe von 4.500 Euro bei weitem überhöht und nicht einer allfälligen Tat und Schuld angemessen.

Der Beschwerdeführer stelle daher den Antrag, eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, der Beschwerde Folge zu geben und das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos aufzuheben.

I.3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beraumte daraufhin für 19. Mai 2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung an, an welcher der Beschwerdeführer und seine Rechtsvertreterin sowie ein Vertreter der belangten Behörde und ein Vertreter der Finanzpolizei teilnahmen. Darüber hinaus wurden die Zeugen H. H., V. C. und J. G. vernommen. Einsicht genommen wurde in den Akt der belangten Behörde insbesondere in den Werkvertag zwischen der H. S. s.r.o. und der P. & M. M. GmbH. Ferner wurde der nicht im Akt befindliche Subvertrag zwischen der H. S. s.r.o. und der S. GmbH in dieser Verhandlung beigeschafft.

II. Nachfolgender Sachverhalt steht fest:

II.1. Die H. S. s.r.o. ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in S X, X S, S. Dieses Unternehmen führt unter anderem Wärmedämmverbundsystem-Arbeiten durch. Der Beschwerdeführer ist handelsrechtlicher Geschäftsführer dieses Unternehmens.

II.2. Die P. & M. M. GesmbH ist ein Unternehmen mit Sitz in X R, H X. Dieses Unternehmen führt unter anderem Malerarbeiten und Wärmedämmverbundarbeiten, sowohl in Form von Neuerrichtungen als auch von Sanierungen in diesem Bereich durch.

II.3. Die S. GmbH ist ein Bauunternehmen mit Sitz in X W, A X. Dieses Unternehmen errichtet in Form von Gesamtprojekten sowohl Einfamilienhäuser als auch Reihenhäuser und Bürogebäude.

II.4. Die H. S. s.r.o. hat mit der P. & M. M. GesmbH einen Werkvertrag, datiert mit 28. April 2016 über die Ausführung der Wärmedämmverbundsystem-Arbeiten beim Bauvorhaben „G 2016 – Waldrandsiedlung, S“ (Projektnummer X) abgeschossen. Der Auftrag umfasste die Herstellung eines Außen-Wärmedämmverbundsystems bei diesem Bauvorhaben und wurde als Gesamtpreis netto ein Betrag von 25.400 Euro vereinbart. Neben haftungsrechtlichen und versicherungsrechtlichen Bestimmungen wurde eine Gewährleistungsfrist von drei Jahren sowie ein Haftrücklass von 5 % vereinbart.

Die P. & M. M. GesmbH hat ausschließlich mit der H. S. s.r.o. den genannten Werkvertrag abgeschlossen. Ein weiterer Vertrag, etwa mit der S. GmbH wurde von der P. & M. M. GesmbH nicht abgeschlossen. Die P. & M. M. GesmbH stand mit der S. in keinerlei, wie auch immer gearteten, Auftragsverhältnis.

II.5. Die H. S. s.r.o. hat mit der S. GmbH einen Subunternehmervertrag hinsichtlich des obigen Auftrags abgeschlossen. Dieses Vertragsverhältnis bestand nur zwischen der H. S. s.r.o. und der S. GmbH.

Über das Auftragsverhältnis zwischen der H. S. s.r.o. und der S. GmbH wurde eine schriftliche Vereinbarung vom 17. Mai 2016 verfasst. Diese schriftliche Vereinbarung hatte den Inhalt, dass aufgrund des Gespräches die S. GmbH für das Bauvorhaben bei der P. & M. M. GesmbH auf der Baustelle in X W, S (Projektnummer X), die H. S. s.r.o. mit Polierarbeiten und der technischen Beratung bei Wärmedämmung und Fassadenarbeiten beauftragt. Die Betreuung und Partieführung übernehme V. C.. Für eine Regiestunde wurden 38 Euro vereinbart.

Diese Vereinbarung erweckt inhaltlich aufgrund der Formulierung den Eindruck, als sei die S. GmbH Auftragnehmer der P. & M. M. GesmbH und als habe die S. GmbH diesen Auftrag weiter gegeben an die H. S. s.r.o., was jedoch unrichtig ist. Vielmehr war es gerade umgekehrt und war ausschließlich ein Auftragsverhältnis zwischen der P. & M. M. GesmbH und der H. S. s.r.o. gegeben. Die H. S. s.r.o. hat sich daraufhin für die Erfüllung dieses Werkvertrages mit der P. & M. M. GesmbH teilweise der S. GmbH bedient und hat von diesem Unternehmen einen Firmenbus und Werkzeug gemietet. Ferner stellte die S. GmbH der H. S. s.r.o. einen Arbeiter, nämlich V. C. zur Verfügung.

In der Auftragsbestätigung vom 17. Mai 2016 sollte insofern nur festgehalten werden, dass die H. S. s.r.o. die S. GmbH beauftragt, ihr ein Fahrzeug, Werkzeug sowie einen Arbeiter zur Verfügung zu stellen und dass die S. GmbH diesen Auftrag annimmt.

II.6. Am 7. Juni 2016 führten Organe der Abgabenbehörde eine Kontrolle auf der Baustelle in X N, W X durch. Im Zuge dieser Kontrolle wurden sieben r Arbeitnehmer (wie im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses angeführt) angetroffen. Diese sieben r Arbeitnehmer waren Arbeitnehmer der H. S. s.r.o., nicht der S. GmbH. Für sämtliche rumänische Arbeitnehmer konnten anlässlich der Kontrolle ZKO3-Meldungen, A1-Dokumente und sämtliche Lohnunterlagen (Arbeitsvertrag, Dienstzettel, Lohnzettel, etc.) vorgelegt werden. Strittig ist, ob das ZKO3-Formular für eine Entsendung das korrekte Formular war oder ob das ZKO4-Formular für eine Arbeitskräfteüberlassung erforderlich gewesen wäre. Dies ist eine Rechtsfrage (unten Punkt V.).

II.7. Die Anweisungen an die r Arbeitnehmer erfolgten durch die H. S. s.r.o. bzw. den Beschwerdeführer. V. C. war auf der Baustelle als Vorarbeiter bzw. Partieführer tätig. Nachdem der Beschwerdeführer nur s und nicht r sprach, V. C. aber sowohl s als auch r, gab er diese Anweisungen an die r Arbeiter weiter bzw.

fungierte als Übersetzer und überwachte die Baustelle. Nachdem er aber von der S. an die H. S. s.r.o. zur Verfügung gestellt worden war bzw. überlassen worden war, stand V. C. also ebenfalls unter der Aufsicht der H. S. s.r.o. bzw. des Beschwerdeführers. Die S. GmbH übte in diesem Zusammenhang keinerlei Aufsicht über V. C. aus und erteilte ihm keine Weisungen.

II.8. Das Haftungsverhältnis für die ordnungsgemäße Ausführung bestand ausschließlich zwischen der P. & M. M. GesmbH und der H. S. s.r.o. Die S. GmbH übernahm keine Haftungen für die ordnungsgemäße Ausführung des Gewerkes, immerhin stammten ja auch die rumänischen Arbeiter nicht von der S. GmbH sondern von der H. S. s.r.o. Zwar gab der Zeuge V. C. an, dass mangelhafte Leistungen von ihm bzw. der gesamten Partie ausgebessert werden mussten, jedoch stellt dies nur die faktische Durchführung der Verbesserungsarbeiten, nicht aber die rechtliche Haftung dar.

II.9. Die S. GmbH hat keine Arbeitnehmer an die H. S. s.r.o. überlassen. Die im Spruch genannten Arbeitnehmer waren keine Arbeiter der S. GmbH, sondern nur solche der H. S. s.r.o. Diese wurden von der H. S. s.r.o. für die Ausführung des Werkvertrages mit der P. & M. M. GesmbH nach Österreich entsendet. Arbeiter der S. GmbH führten – abgesehen von der Partieführung durch V. C. – keine Arbeiten auf dieser Baustelle durch. V. C. stand für die Durchführung dieser Arbeiten unter der Aufsicht der H. S. s.r.o.

Nachdem ein Werkvertragsverhältnis zwischen der P. & M. M. GesmbH und der S. GmbH nicht vorlag, kann eine Arbeitskräfteüberlassung durch die H. S. s.r.o. die S. GmbH zur Ausführung des Werkvertragsverhältnisses ausgeschlossen werden.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Die Feststellungen zur H. S. s.r.o. ergeben sich aus dem Akteninhalt sowie aus der Erörterung in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht. Ferner gehen diese auch aus dem mit der P. & M. M GesmbH abgeschlossenen und im Akt befindlichen Werkvertrag hervor.

III.2. Die Feststellungen zur P. & M. M. GesmbH ergeben sich ebenfalls aus dem Akteninhalt sowie aus der Erörterung vor dem erkennenden Gericht und aus dem verfahrensgegenständlichen Werkvertrag.

III.3. Auch die Feststellungen zur S. GmbH wurden in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht erörtert. Der Subvertrag zwischen der H. S. s.r.o und der S. GmbH wurde von der Finanzpolizei der belangten Behörde nicht vorgelegt, wenngleich dieser im Zuge der Kontrolle auf der Baustelle am 7. Juni 2016

fotografiert worden war. Erst in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht wurde dieser Sub-Vertrag zur Vorlage gebracht.

III.4. Der Werkvertrag zwischen der H. S. s.r.o. und der P. & M. M. GesmbH wurde von der Finanzpolizei (soweit aus dem Akt der belangten Behörde ersichtlich) ebenfalls nicht vorgelegt. Der Beschwerdeführer legte diesen Werkvertrag im Zuge seiner Rechtfertigungen an die belangte Behörde vor.

Aus diesem Werkvertrag ergibt sich, dass ein Werkvertragsverhältnis ausschließlich zwischen der H. S. s.r.o. und der P. & M. M. GesmbH abgeschlossen wurden. Somit steht unstrittig fest, dass sich das Vertragsverhältnis zwischen der H. S. s.r.o und der P. & M. M. GesmbH gestaltete. Insbesondere ergibt sich daraus auch, dass Auftragnehmer der P. & M. M. GesmbH nur die H. S. s.r.o. ist. Ein Vertragsverhältnis zwischen der P. & M. M. GesmbH und der S. ergibt sich insofern nicht. Bei entsprechender Würdigung des Werkvertragsverhältnisses zwischen der H. S. s.r.o. und der P. & M. M GesmbH lässt sich insofern auch feststellen, dass also die H. S. s.r.o. keine Arbeiter an die S. GmbH überlassen, sondern vielmehr ihre eigenen Arbeiter zur Durchführung des Auftrages nach Österreich entsendet hat.

III.5. Der Auftrag zwischen der H. S. s.r.o. und der S. GmbH geht aus dem vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beigeschafften Schreiben vom 17. Mai 2016 hervor. Zu diesem Auftragsschreiben ist allerdings festzuhalten, dass dieses äußerst missverständlich formuliert wurde. Unterstellt man nämlich den Inhalt des Schreibens der S. GmbH, erweckt dieses den Eindruck, als sei die S. GmbH Auftragnehmerin der P. & M. M. GesmbH und als habe diese den Auftrag an die H. S. s.r.o. als Subunternehmer weiter gegeben bzw. von der H. S. s.r.o. Arbeitnehmer überlassen erhalten. Gerade aber ist dies nicht der Inhalt des Auftrages. Vielmehr war es geradezu umgekehrt und überließ die S. GmbH den Arbeitnehmer V. C. an die H. S. s.r.o. Zusätzlich mietete die H. S. s.r.o ein Fahrzeug und Werkzeug von der S. GmbH. Aufgrund der missverständlichen Formulierung in der Auftragsbestätigung wirkt diese so, als wäre es umgekehrt.

Der Beschwerdeführer und der in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht vernommene Zeuge H. H. bestätigten, dass dieses Auftragsschreiben missverständlich war. Dem Zeugen H. wurde dies in der Verhandlung vorgehalten. Er gab dazu an, dass seiner Mitarbeiterin, die diese Bestätigung verfasst hat, dabei ein Fehler unterlaufen war. Die Mitarbeiterin hätte bestätigen sollen, dass der Auftrag der H. S. s.r.o., ihr V. C. sowie ein Fahrzeug und Werkzeug zu überlassen, angenommen werde.

Dass ein Vertragsverhältnis zwischen der P. & M. M. GesmbH und der S. GmbH nicht bestand, bestätigte auch der Zeuge J. G., der für die P. & M. M. GesmbH als Baustellenleiter zuständig war. Dieser Zeuge gab an, dass ein Auftragsverhältnis

nur mit der H. S. s.r.o. abgeschlossen wurde. In seiner Vernehmung vor dem erkennenden Gericht bezeichnete er die S. GmbH als „Randerscheinung“, zumal zwischen diesem Unternehmen und der P. & M. M. GesmbH kein Auftragsverhältnis bestand.

III.6. Im Zuge der Kontrolle am 7. Juni 2016 wurde unbestrittener Weise festgestellt, dass die ZKO3-Meldungen für alle r Arbeitnehmer, die A1-Dokumente für alle rumänischen Arbeitnehmer sowie sämtliche Lohnunterlagen im Sinn des § 7d AVRAG für alle rumänischen Arbeitnehmer vorgelegen sind. Strittig ist also die Rechtsfrage, ob richtigerweise ZKO3-Meldungen erstattet wurden oder ob ZKO4-Meldungen erforderlich gewesen wären.

III.7. Hinsichtlich des Weisungsverhältnisses wurde ebenfalls in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht erörtert, dass die Arbeitnehmer ohnehin solche der H. S. s.r.o. waren. Dies gaben auch sämtliche rumänische Arbeiter in den von ihnen ausgefüllten Personenblättern an. Die Arbeiter gaben zwar auch an, dass sie die Anweisungen von „V“ erhielten, dies bedeutet aber noch nicht, dass sie in das Unternehmen der S. GmbH eingegliedert waren, von welcher der Zeuge V. C. ursprünglich stammte. Diesen Arbeitern war offensichtlich lediglich der Vorname ihres Partieführers bekannt und war es für diese vollkommen irrelevant, welchem Unternehmen V. C. zuzuordnen war. Darüber hinaus ergibt sich aus den Personenblättern an keiner Stelle, dass eine Zuordnung zur S. GmbH stattfand. Sämtliche Arbeiter nannten also Arbeitgeber die H. S. s.r.o.

Auch der Zeuge V. C. gab selbst an, dass er die Anweisungen nur in dem Sinn erteilte, dass er diese von der s Sprache in die r Sprache übersetzte und er gleichsam der Partieführer der r Arbeiter war. Der Zeuge H. ergänzte zusätzlich, dass durch die Überlassung des V. C. von seinem Unternehmen an die H. S. s.r.o. dieser nicht mehr unter der Weisungsbefugnis der S. GmbH stand sondern unter jener der H. S. s.r.o.

III.8. Auch das Haftungsverhältnis wurde in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht erörtert. Der Zeuge V. C. gab dazu an, dass dann, wenn mangelhafte Leistungen erbracht wurden, er bzw. er gemeinsam mit seiner Partie (also den r Arbeitern der H. S. s.r.o.) die mangelhaften Arbeiten ausbessern musste. Diese Aussage kann aber nur so verstanden werden, dass darunter die faktischen Verbesserungsarbeiten zu verstehen sind und nicht die Haftung bzw. Gewährleistung im rechtlichen Sinn.

III.9. Zusammengefasst ergibt sich somit, dass eine Überlassung von Arbeitskräften durch die H. S. s.r.o. an die S. GmbH nicht gegeben war. Vielmehr konnte in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht klargestellt werden, dass das Auftragsverhältnis auf der gegenständlichen Baustelle ausschließlich zwischen der P. & M. M. GesmbH und der H. S. s.r.o. bestand bzw. ein

Auftragsverhältnis zwischen der S. GmbH und der P. & M. M. GesmbH gerade nicht abgeschlossen wurde. Auch die Unklarheiten im Auftragsschreiben zwischen der S. GmbH und der H. S. s.r.o. konnten im Zuge der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht aufgeklärt werden.

IV. Rechtslage:

IV.1. § 17 Abs. AÜG normiert, dass der Überlasser bei bewilligungsfreier Überlassung von Arbeitskräften vom Ausland nach Österreich die grenzüberschreitende Überlassung der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung (nach dem AuslBG und dem AVRAG) des Bundesministeriums für Finanzen zu melden hat. Die Meldung ist jeweils spätestens eine Woche vor der Arbeitsaufnahme in Österreich zu erstatten; in Katastrophenfällen, bei unaufschiebbaren Arbeiten und bei kurzfristig zu erledigenden Aufträgen genügt die Meldung unverzüglich vor Arbeitsaufnahme. Änderungen der gemeldeten Daten sind unverzüglich zu erstatten. Die Übermittlung der Meldungen hat ausschließlich automationsunterstützt über die elektronischen Formulare des Bundesministeriums für Finanzen zu erfolgen.

IV.2. § 22 Abs. 1 Z 2 AÜG bestimmt, dass, sofern die Tat nicht in den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung begeht und von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen ist, mit Geldstrafe von 500 Euro bis zu 5.000 Euro, im Wiederholungsfall von 1.000 Euro bis zu 10.000 Euro, wer die Meldungen gemäß § 17 Abs. 2 nicht oder nicht rechtzeitig oder nicht vollständig oder wissentlich unrichtig erstattet oder die erforderlichen Unterlagen entgegen § 17 Abs. 7 nicht zur Überprüfung bereit hält oder nicht zugänglich macht.

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen:

V.1. Im Zuge einer Kontrolle der Finanzpolizei am 7.6.2016 wurde das Unternehmen des Beschwerdeführers u.a. im Hinblick auf die Einhaltung der Bestimmungen des AVRAG kontrolliert.

Im Zuge dieser Kontrolle wurde zunächst festgestellt, dass sämtliche A1-Dokumente für alle rumänischen Arbeiter vorlagen. Auch alle Lohnunterlagen im Sinne der § des 7d AVRAG waren vorhanden. Dies geht schon aus den Personenblättern der rumänischen Arbeiter hervor, auf welchen die Organe der Finanzpolizei das Vorliegen aller dieser Unterlagen bestätigt haben.

Lediglich strittig ist die Frage, inwiefern die ZKO-Meldungen korrekt erstattet wurden. Diesbezüglich ergibt sich, dass für sämtliche rumänische Arbeitnehmer

ZKO3-Meldungen durchgeführt wurden. Fraglich ist nunmehr, ob dies die richtigen Meldungen waren oder ob es sich verfahrensgegenständlich um keine Entsendungen sondern um Überlassungen handelte und daher nicht das ZKO3-Formular sondern das ZKO4-Formular zu verwenden gewesen wäre.

V.2. Im Verfahren vor dem erkennenden Gericht wurden die Vertragsverhältnisse zwischen der P. & M. M. GesmbH und der H. S. s.r.o. sowie der S. GmbH umfassend erörtert. Im Egebnis steht nunmehr fest, dass ein Werkvertrag ausschließlich zwischen der P. & M. M. GesmbH und der H. S. s.r.o. abgeschlossen wurde.

Ein Vertragsverhältnis zwischen der P. & M. M. GesmbH und der S. GmbH lag dem entgegen nicht vor. Vielmehr liegt ein Vertragsverhältnis lediglich zwischen der H. S. s.r.o. und der S. GmbH vor. Für die P. & M. M. GesmbH war dieses Vertragsverhältnis und die konkrete Ausgestaltung aber ohne Relevanz (und mit den Worten des Zeugen J. G. eine „Randerscheinung“). Auch steht fest, dass die rumänischen Arbeitnehmer ausschließlich der H. S. s.r.o. zuzuordnen waren, was diese auch in ihren Personenblättern angegeben haben. Auch der Zeuge H. H. bestätigte dies und gab an, dass diese Arbeiter nicht von seinem Unternehmen stammten.

Selbst wenn man nun aber davon ausgehen wollte, dass der Zeuge V. C., der immerhin rumänischer Staatsbürger war und die Arbeitspartie an r Arbeitern zusammengestellt habe, so wäre nicht von einer Überlassung der r Arbeiter durch die H. S. s.r.o. an die S. GmbH auszugehen, sondern allenfalls umgekehrt von der S. GmbH an die H. S. s.r.o. Selbst diese Fallkonstellation konnte aber nicht festgestellt werden.

V.3. Zusammengefasst steht daher fest, dass die H. S. s.r.o. r Arbeiter für die Ausführung des Werkvertrages mit der P. & M. M. GesmbH nach Österreich entsendet hat. Die Meldung mit dem Formular ZKO3 war insofern korrekt.

V.4. Nachdem der Beschwerdeführer den gegenüber ihm erhobenen Tatvorwurf der Falschmeldung (ZKO3 anstelle von ZKO4) entkräften konnte, war der Beschwerde Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Strafverfahren einzustellen.

Demgemäß hat der Beschwerdeführer weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde noch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leiten.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

VI.1. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

VI.2. Darüber hinaus ist der festgestellte Sachverhalt ein Ergebnis der Beweiswürdigung in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht und der Auslegung des Werkvertrages zwischen der P. & M. M. GesmbH und der H. S. s.r.o. sowie der Auslegung des Auftrages zwischen der H. S. s.r.o. und der S. GmbH. Bei dieser Auslegung handelt es sich um einen konkreten Einzelfall, der sich nicht verallgemeinern lässt. Auch aus diesem Grund 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 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 Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Lidauer