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-301836/9/Kl/PP

Datum:
Linz, 7. Mai 2018

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde des M G, Deutschland, vertreten durch Rechtsanwälte G P K & Partner, M, I, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf an der Krems vom 23. Jänner 2018, GZ: SanRB96-90-2017, wegen Übertretungen nach dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG)
nach öffentlicher mündlicher Verhandlung am 5. April 2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird hinsichtlich Faktum 1 und 2 stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis diesbezüglich aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.
Hinsichtlich Faktum 3, 4 und 5 wird die Beschwerde hinsichtlich der Schuld abgewiesen und das Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass im Spruch nach „Verantwortlicher“ der Ausdruck „, nämlich handelsrechtlicher Geschäftsführer“ einzufügen ist.
Hinsichtlich der Strafe wird der Beschwerde mit der Maßgabe stattgegeben, dass die Geldstrafe jeweils auf 600 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit die Ersatzfreiheitsstrafe auf jeweils 20 Stunden herabgesetzt wird und die Verwaltungsstrafnorm gemäß § 44a Z 3 VStG jeweils zu lauten hat: „§ 26 Abs. 1 letzter Halbsatz LSD-BG“.

II. Der Kostenbeitrag zum Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde ermäßigt sich auf insgesamt 180 Euro; zum Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich entfällt ein Kostenbeitrag.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf an der Krems vom 23. Jänner 2018, SanRB96-90-2017, wurden über den Beschwerdeführer wegen Verwaltungsübertretungen in fünf Fällen gemäß § 26 Abs. 1 Z 3 iVm § 21 Abs. 1 Z 1 LSD-BG Geldstrafen iHv jeweils 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 33 Stunden verhängt, weil er *als Verantwortlicher der Firma Stahlbau G GmbH mit Sitz in H, P (Deutschland), diese ist Arbeitgeberin mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft, zu verantworten hat, dass unten angeführte Unterlagen am Einsatzort K, A B, Bauvorhaben H im Inland während des Entsendezeitraums nicht bereitgehalten und auch vor Ort nicht unmittelbar in elektronischer Form zugänglich gemacht wurden, obwohl eine Verwaltungsübertretung begeht, wer die erforderlichen Unterlagen entgegen § 21 Abs. 1 oder Abs. 2 nicht bereithält oder den Abgabenbehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vor Ort nicht unmittelbar in elektronischer Form zugänglich macht. Folgende Unterlagen wurden nicht am Einsatzort K, A B, Bauvorhaben H im Inland bereitgehalten oder zugänglich gemacht: Sozialversicherungsdokument E 101 oder A1*

Gemäß § 21 Abs. 1 Zif. 1 sind folgende Unterlagen bereitzuhalten:
Unterlagen über die Anmeldung des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung (EG) Nr. 1408/71, oder Sozialversicherungsdokument A1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit), sofern für den entsandten Arbeitnehmer in Österreich keine Sozialversicherungspflicht besteht. Kann der Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Erhebung durch Nachweise in deutscher Sprache belegen, dass ihm die Erwirkung der Ausstellung dieser Dokumente durch den zuständigen Sozialversicherungsträger vor der Entsendung nicht mögliche war, gleichwertige Unterlagen in deutscher Sprache (Antrag auf Ausstellung des Sozialversicherungsdokuments E 101 oder A 1, und Bestätigung des zuständigen Sozialversicherungsträgers, das der Arbeitnehmer für die Dauer der Entsendung der ausländischen Sozialversicherung unterliegt).

1) Name: D U R, geb. x
Staatsangehörigkeit: Deutschland
Tätigkeit: Schlosser
Arbeitsantritt: 26.09.2017
Beschäftigungsort: K, A B, Bauvorhaben H
Tatort: Gemeinde K, A B, Bauvorhaben H
Tatzeit (Kontrollzeitpunkt): 30.09.2017 um 12:30 Uhr

2) Name: E S, geb. x
Staatsangehörigkeit: Deutschland

Tätigkeit: Monteur
Arbeitsantritt: 26.09.2017
Beschäftigungsort: K, A B, Bauvorhaben H
Tatort: Gemeinde K, A B, Bauvorhaben H
Tatzeit (Kontrollzeitpunkt): 30.09.2017 um 12:30 Uhr

3) Name: J P, geb.
Staatsangehörigkeit: Deutschland
Tätigkeit: Handwerker / Kraftfahrer
Beschäftigungsort: K, A B, Bauvorhaben H
Tatort: Gemeinde K, A B, Bauvorhaben H
Tatzeit (Kontrollzeitpunkt): 30.09.2017 um 12:30 Uhr

4) Name: S A J, geb. x
Staatsangehörigkeit: Deutschland
Tätigkeit: Schlosser
Arbeitsantritt: 25.09.2017
Beschäftigungsort: K, A B, Bauvorhaben H
Tatort: Gemeinde K, A B, Bauvorhaben H
Tatzeit (Kontrollzeitpunkt): 30.09.2017 um 12:30 Uhr

5) Name: S S, geb. x
Staatsangehörigkeit: Deutschland
Tätigkeit: Schlosser
Arbeitsantritt: 25.09.2017
Beschäftigungsort: K, A B, Bauvorhaben H
Tatort: Gemeinde K, A B, Bauvorhaben H
Tatzeit (Kontrollzeitpunkt): 30.09.2017 um 12:30 Uhr

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und die ersatzlose Aufhebung des Straferkenntnisses betreffend U R D und S E und Verfahrenseinstellung, in eventu Ermahnung, in eventu Herabsetzung bis zur Hälfte der Mindeststrafe und hinsichtlich der übrigen Arbeitnehmer die Einstellung und der Erteilung einer Ermahnung, in eventu die Herabsetzung der Strafe bis zur Hälfte der Mindeststrafe beantragt. In der Begründung wurde zusammengefasst ausgeführt, dass die Firma Stahlbau G GmbH von der H GmbH & Co I KG mit verschiedenen Arbeiten (Aluportale, Alufassaden, Glassatteldächer) bei der Neuerrichtung des H Bau- und Gartenmarktes in Kirchdorf an der Krems beauftragt wurde und hiefür drei eigene Arbeitnehmer zur Baustelle nach Österreich entsandt hätte. Weiters habe sie einen selbstständig gewerbetreibenden Subunternehmer U R D Industriemontagen beauftragt. Dieser sei Einzelunternehmer und habe einen Mitarbeiter S E. Die Firma G führe nur in Deutschland Aufträge aus und sei zum ersten Mal in Österreich tätig gewesen. Sie habe angenommen, dass in EU-Ländern die gleichen Nachweispflichten gelten und sohin die Entsendung von Mitarbeitern

innerhalb der EU ohne zusätzliche Bestimmungen rechtmäßig wäre. Auch sei sie davon ausgegangen, dass durch die nachträgliche Übermittlung von Unterlagen die Sachlage geklärt sei. Nunmehr seien sämtliche Unterlagen zentral am Firmensitz gelagert und könnten jederzeit den Kontrollorganen elektronisch zugänglich gemacht werden. Jedenfalls sei U R D und sein Mitarbeiter selbstständig tätig gewesen und sei die Bezeichnung Leiharbeiter keine rechtlich wirksame Bewertung durch den Vorarbeiter gewesen. Die Zusammenarbeit erfolge nach Bedarf auf werkvertraglicher Basis, wobei D spezialisiert auf Aluminium und Abdichtungsarbeiten sei. Er habe einen eigenen Werkzeugwagen und bringe eigenes Werkzeug zur Baustelle mit. Auch schlafe er – im Gegensatz zu den Mitarbeitern der Firma G – in seinem Wohnwagen. Die Firma G sei spezialisiert auf konstruktiven Stahlbau und Kranmontagen, sodass ihre Arbeiter zunächst die Konstruktionsarbeiten durchgeführt hätten, D und sein Mitarbeiter die Abdeckungsarbeiten. Es bestehe zwischen Stahlbau G GmbH und D Industriemontagen kein Vertragsverhältnis im Sinne eines Arbeitskräfteüberlassungs- bzw. Leiharbeitsverhältnisses und könne daher Stahlbau G GmbH nicht als entsendender Beschäftiger von dienstüberlassenen D-Personen gewertet werden. Der Stahlbau G käme es gerade nicht auf die Zurverfügungstellung von Arbeitnehmern für die Werkbestellung an. Deswegen bediente sie sich auch eines selbstständigen Subunternehmers mit einer Spezialisierung in einem Bereich, in dem die Mitarbeiter der Firma G nicht zur Verfügung stehen haben können. Die Firma G könne nicht wie ein Arbeitgeber über den Gewerbetreibenden und seine Mitarbeiter verfügen, also ihn nicht nach eigenen Vorstellungen und Zielen im Betrieb einsetzen. Auch seien die Mitarbeiter der Firma Stahlbau G einen Tag früher als die des Subunternehmers angereist und seien auch eine Woche früher wieder abgereist. Es werde daher der Sachverhalt hinsichtlich des Selbstständigen und seines Mitarbeiters bestritten und liege keine Verwaltungsübertretung vor. Hinsichtlich der eigenen drei Arbeitnehmer hingegen werde das objektive Tatbild nicht bestritten. Allerdings sei wegen Unkenntnis der Vorschriften in Österreich, da ein erster Auslandseinsatz in Österreich stattfand, nicht darauf geachtet worden, den Arbeitern die entsprechenden Dokumente mitzugeben. Es sei daher das Verschulden des Beschwerdeführers nur gering und habe das Verhalten des Beschwerdeführers weder den österreichischen Arbeitsmarkt beeinträchtigt noch habe das Verhalten zu einer Unterentlohnung in Arbeitsverhältnissen geführt. Vielmehr sei der Beschwerdeführer bedacht, die behördlichen Vorschriften und Mindestlohn-Anforderungen einzuhalten. Es seien daher die Voraussetzungen nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG vorgelegen und wäre mit einer Ermahnung das Auslangen zu finden. In eventu wäre die Strafe bis zur Hälfte der gesetzlichen Mindeststrafe nach § 20 VStG herabzusetzen. Der Beschwerdeführer sei in Österreich absolut unbescholten und habe sich seither auch völlig wohl verhalten. Auch seien nach Kenntnis umgehend alle geforderten Unterlagen schnellstmöglich nachgereicht worden.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf an der Krems als belangte Behörde hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt vorgelegt und die Abweisung der Beschwerde beantragt.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme, insbesondere in die vorgelegten Schriftstücke und Unterlagen, insbesondere auch in die der Anzeige angeschlossenen Personenblätter und die aufgenommene Niederschrift. Weiters wurde eine öffentliche mündliche Verhandlung am 5. April 2018 anberaumt und durchgeführt, zu welcher die Verfahrensparteien geladen wurden. Der Beschwerdeführer ist ausdrücklich nicht vertreten zur Verhandlung erschienen. Weiters hat ein Vertreter des zuständigen Finanzamtes an der Verhandlung teilgenommen. Die belangte Behörde hat sich entschuldigt. Weiters wurden die Zeugen Mag. (FH) J S vom Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr, U R D, S E geladen und einvernommen. Der weiters geladene Zeuge S S hat sich entschuldigt. Von einer weiteren Einvernahme konnte Abstand genommen werden.

4.1. Im Grunde des durchgeführten Beweisverfahrens steht folgender Sachverhalt als erwiesen fest und wird der Entscheidung zugrunde gelegt:

Der Beschwerdeführer ist Alleingesellschafter und handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma Stahlbau G GmbH in H in Deutschland. Das Unternehmen hat beim Bauvorhaben B H in K einen Auftrag betreffend Aluportale und Alufassade, Glassatteldach über Eingang, Geländer und Vordach übernommen. Arbeitsbeginn war am 25.09.2017. Tatsächlich wurden vom Unternehmen die schweren Arbeiten, nämlich das Aufstellen der Stahlkonstruktion, das Aufstellen der Portale und der Konstruktion für das Glasdach sowie auch die Verglasung übernommen. Kleinere Arbeiten, wie das Einsetzen der Notausgangstürelemente sowie Teile am Windfang, sowie insbesondere die gesamten Abdichtungsarbeiten wurden an das Unternehmen Industriemontagen U R D in W zu einem Pauschalpreis weitergegeben. Die Firma D Industriemontagen besteht aus dem Inhaber U R D und seinem Mitarbeiter S E. Es besteht eine langjährige Zusammenarbeit zwischen der Firma G und der Firma D. Die Firma D kommt immer zu zweit zu den Baustellen. Die Vertragsbeziehung besteht mündlich, wobei die Firma D sich nach Arbeit bei der Firma G erkundigt, von den Technikern der Firma G Pläne zugesandt bekommt, danach dann der Pauschalpreis berechnet wird, welcher sich nach Art der Tätigkeit und Dauer der Tätigkeit gestaltet, und dann ein Angebot zum Pauschalpreis gemacht wird und zugeschlagen wird. Die Firma D arbeitet so zirka 70 % für die Firma G, hat aber auch andere Auftraggeber. Zum Zeitpunkt September 2017 verfügte sie über einen einzigen Mitarbeiter S E. In früheren Jahren gab es mehrere Mitarbeiter der Firma. U R D kann über seinen Mitarbeiter verfügen, dies insbesondere auch hinsichtlich Urlaub oder Krankheit. Auch gibt er nach Maßgabe des vorgegebenen Bauzeitplanes die Arbeitszeiten vor und macht auch die Arbeitseinteilung.

Einweisung in die Baustelle sowie auch konkrete Arbeitsanweisungen an den Mitarbeiter erfolgen ebenfalls durch D. Der Mitarbeiter wird durch die Firma D bezahlt. Sollte er länger ausfallen, könnte die Baustelle nicht mehr durch die Firma D Industriemontagen fortgesetzt werden. Bei kurzfristiger Abwesenheit wird hingegen die Arbeit vom Inhaber übernommen werden bzw. würde er seine Arbeit so einteilen, dass Arbeiten, die er allein durchführen kann, vorgezogen werden. Herr D ist selbständig auf der Baustelle und bekommt dort keine Anweisungen. Die Arbeitszeit wird von seinem Mitarbeiter selbst aufgezeichnet und dann monatlich an den Chef, Herrn D zur Abrechnung übergeben. Das erforderliche Werkzeug wird von D Industriemontagen im eigenen Firmenbus mitgebracht. Das Material, auch jenes zur Abdichtung, wird von der Firma G beigestellt. Auch für die Unterkunft hat D für sich und seinen Mitarbeiter gesorgt, es wurde ein eigener Wohnwagen mitgebracht. Die Arbeiten sind immer in Folge der Arbeiten der Firma G angesetzt. Abdichtungsarbeiten werden immer nach der Montage der Teile vorgenommen. Die Abrechnung des vereinbarten Pauschalbetrages erfolgt wöchentlich in Teilbeträgen nach Arbeitsfortschritt. Ein Verzug in der Arbeit wird der Firma G gemeldet und die Arbeiten dann nachgeholt, aufgezeigte Mängel müssen sofort von D Industriemontagen beseitigt werden. Sollte sich im Arbeitsablauf etwas ändern, erhält D Industriemontagen einen Anruf der Techniker der Firma G. Sonstige Besprechungen mit der Firma bzw. dem vor Ort vorhandenen Vorarbeiter der Firma G gibt es nicht, da die Arbeiten getrennt sind. Seine Arbeiten führt D Industriemontagen zu 99 % in Deutschland aus und befinden sich die übrigen Auftraggeber in Deutschland.

Am 30.09.2017 wurde durch das Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr eine Kontrolle auf der Baustelle H in K durchgeführt und wurden fünf Personen angetroffen, wobei zum Kontrollzeitpunkt für diese Personen keine Entsendemeldung vorhanden war, keine Bestätigungen der Meldung zur Sozialversicherung vorgelegt werden konnten und bereitgehalten wurden und auch Lohnunterlagen nicht bereitgehalten wurden und vorgewiesen wurden. Allen Personen wurden Personenblätter zum Ausfüllen vorgelegt. Dabei haben P J, A J S und S S als Arbeitgeber die Firma G ausgefüllt, sodass sie von dieser Firma monatlich bezahlt werden und ihre Anweisungen vom Beschwerdeführer erhalten. Mit dem Vorarbeiter S wurde eine Niederschrift aufgenommen, wobei er angab, dass von der Firma Stahlbau G GmbH drei Mitarbeiter auf der Baustelle tätig sind und weiters auf der Baustelle Herr D als Selbständiger mit seinem Mitarbeiter tätig ist, wobei die Beiden im Auftrag der Firma Stahlbau G GmbH in Österreich arbeiten. Die drei Mitarbeiter der Firma G sind seit 25.09.2017 auf der Baustelle, die weiteren zwei Personen, die der Vorarbeiter als Leiharbeiter bezeichnet, seit 26.09.2017. Die drei Mitarbeiter der Firma G bleiben bis Samstag der darauffolgenden Woche, die beiden weiteren Personen bleiben eine Woche länger auf der Baustelle. Verlangte Unterlagen konnten nach ausdrücklichen Angaben des Vorarbeiters nicht vorgewiesen werden. Er hat nichts zur Baustelle mitbekommen. Dies betrifft Entsendemeldung, A1-Formular und Lohnunterlagen. Er verweist hinsichtlich einer Prüfung auf die Firma. U D gibt im Personenblatt an, selbständig unter der Firma Industriemontagen D

auf der Baustelle zu arbeiten. Sein Mitarbeiter S E gibt als Arbeitergeber Industriemontagen D an. Auch füllt er aus, dass Arbeitsanweisungen durch U D erfolgen. Auch seine Bezahlung bekommt er vom Unternehmen D Industriemontagen.
Der Aufforderung der Finanzpolizei, die geforderten Unterlagen bis 06.10.2017 zu übermitteln, wurde durch den Beschwerdeführer hinsichtlich Entsendemeldungen und Lohnabrechnungen am 05.10.2017 sowie hinsichtlich A1-Formulare am 08.11.2017 durch Onlineübermittlung nachgekommen. Es wurden für sämtliche fünf Personen Entsendemeldungen durchgeführt. Die nachträglich vorgelegten A1-Bestätigungen lauten hinsichtlich der drei Arbeitnehmer der Firma G auf die Firma G als Arbeitgeber und sind mit 12.10. bzw. hinsichtlich S mit 13.10.2017 ausgestellt. Hinsichtlich U D besteht eine Sozialversicherungsanmeldung und A1-Bestätigung als selbständig erwerbstätige Person, ausgestellt am 06.10.2017. Hinsichtlich seines Mitarbeiters S E besteht eine A1-Bestätigung als entsandter Arbeitnehmer für den Arbeitgeber Industriemontagen U D, ausgestellt am 06.10.2017. Die geforderten erforderlichen Lohnunterlagen wurden vom Beschwerdeführer elektronisch am 05.10.2017 dem Finanzamt vorgelegt, wobei die Lohnunterlagen seitens der Firma D vom dortigen Steuerberater eingeholt und der Firma G zur Verfügung gestellt wurden.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den im Akt einliegenden Unterlagen sowie aus den glaubwürdigen Aussagen der in der mündlichen Verhandlung einvernommenen Zeugen. An der Glaubwürdigkeit der Zeugen bestehen keine Zweifel. Im Übrigen ist der Sachverhalt hinsichtlich der drei Arbeitnehmer der Firma des Beschwerdeführers nicht bestritten, sondern wurde von diesem zugestanden. Im Übrigen wurde schon anlässlich der Kontrolle immer hinsichtlich der weiteren zwei Personen von einem Selbständigen und seinem Mitarbeiter gesprochen und haben sich diese auch als solche in den Personenblättern bezeichnet. Hingegen gibt es hinsichtlich der vom Vorarbeiter verwendeten Bezeichnung „Leiharbeiter“ keine weiteren Angaben, insbesondere auch nicht die Bezeichnung einer Firma, die die Arbeiter zur Verfügung stellen würde. Hingegen gibt der Vorarbeiter bei seiner Einvernahme an, dass die beiden Personen im Auftrag der Firma Stahlbau G GmbH in Österreich sind.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Gemäß § 21 Abs. 1 Z 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – LSD-BG, BGBl. I Nr. 44/2016 idgF BGBl. I Nr. 64/2017, haben Arbeitgeber mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft Unterlagen über die Anmeldung des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, oder Sozialversicherungsdokument A1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit), sofern für den entsandten Arbeitnehmer in Österreich keine Sozialversicherungspflicht

besteht; kann der Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Erhebung durch Nachweise in deutscher Sprache belegen, dass ihm die Erwirkung der Ausstellung dieser Dokumente durch den zuständigen Sozialversicherungsträger vor der Entsendung nicht möglich war, sind gleichwertige Unterlagen in deutscher Sprache (Antrag auf Ausstellung des Sozialversicherungsdokuments E 101 oder A1, und Bestätigung des zuständigen Sozialversicherungsträgers, dass der Arbeitnehmer für die Dauer der Entsendung der ausländischen Sozialversicherung unterliegt) am Arbeits(Einsatz)ort im Inland während des Entsendezeitraum bereitzuhalten oder diese den Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich zu machen.
Ein Beschäftiger, der einen Arbeitnehmer zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsendet, gilt in Bezug auf die Verpflichtung nach dieser Bestimmung als Arbeitgeber.
Gemäß § 26 Abs. 1 Z 3 LSD-BG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jeden Arbeitnehmer mit Geldstrafe von 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Wiederholungsfall von 2.000 Euro bis 20.000 Euro zu bestrafen, wer als Arbeitgeber oder Überlasser iSd § 19 Abs. 1 die erforderlichen Unterlagen entgegen § 21 Abs. 1 oder Abs. 2 nicht bereithält oder den Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vor Ort nicht unmittelbar in elektronischer Form zugänglich macht.

5.2. Ein Werkvertrag liegt nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dann 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 dem Werkvertrag besteht darin, die genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag 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. Eine zwar leistungsbezogene, nicht aber erfolgsbezogene Entlohnung spricht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten „Ziels“ auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag (VwGH vom 23.05.2007, Zl. 2005/08/0003, mwN).

Der Beschwerdeführer bestreitet im gesamten Verfahren nicht und wirkte auch bei der Erhebung dahingehend mit, dass seine Arbeitnehmer P J, A J S und der Vorarbeiter S S am Kontrolltag auf der Baustelle H in K für die Firma Stahlbau G GmbH mit Sitz in Deutschland Arbeiten durchgeführt haben, wobei Arbeitsantritt am 25.09.2017 war. Unterlagen über die Anmeldung zur Sozialversicherung waren

auf der Baustelle nicht vorhanden und war eine A1-Bestätigung bis zum Kontrollzeitpunkt nicht vorhanden. Es ist daher der objektive Tatbestand der Verwaltungsübertretung hinsichtlich der drei Arbeitnehmer erfüllt und hat der Beschwerdeführer als handelsrechtlicher Geschäftsführer und nach außen zur Vertretung berufenes Organ gemäß der Bestimmung des § 9 Abs. 1 VStG die Tat verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten.
Hinsichtlich der weiteren angetroffenen Arbeiter D und E hingegen hat das Beweisverfahren gezeigt, dass konkret definierte Arbeiten durch Subauftrag weitergegeben wurden, nämlich die Montage kleinerer Teile sowie insbesondere die gesamten Abdichtungsarbeiten. Diese wurden von Industriemontagen D durchgeführt, wobei der Inhaber und sein Mitarbeiter diese Arbeiten konkret ausführten. Sie kamen am 26.09.2017 zur Baustelle. Im Grunde des festgestellten Sachverhaltes, insbesondere aufgrund der klar abgegrenzten durchzuführenden Aufgaben der Industriemontagen D, des pauschalierten Auftrages, sowie der Durchführung dahingehend, dass U D selbständig tätig ist und sein Mitarbeiter nur die Anweisungen von seinem Chef D erhält, Werkzeug selber mitgebracht wird und auch Unterkunft selber besorgt wird, ist daher von einem Subauftrag auszugehen und nicht von einer Arbeitskräfteüberlassung.
Der Verwaltungsgerichtshof führt in seinem Erkenntnis vom 29.04.2011, Zl. 2011/09/0024, aus, dass selbst im Fall zivilrechtlich als Werkvertrag einzustufender Vereinbarungen (und einer entsprechenden Vertragsabwicklung) zwischen Unternehmer und "Subunternehmer" eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, wenn eine der Ziffern in § 4 Abs. 2 Z 1 bis 4 AÜG anwendbar ist. Einer Gesamtbeurteilung des Sachverhalts iSd § 4 Abs. 1 AÜG bedarf es nur dann, wenn der Tatbestand keine der vier Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG (in Verbindung mit dem Einleitungssatz dieser Bestimmung) zur Gänze erfüllt.

Auch im Erkenntnis vom 19.05.2014, Ro 2014/09/0026, führt der VwGH aus, dass bei Erfüllung auch nur eines der in § 4 Abs. 2 Z 1 bis 4 AÜG genannten Tatbestandsmerkmale jedenfalls dem wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitskräfte-überlassung iSd § 3 Abs. 1 AÜG durch den Werkunternehmer als Überlasser iSd § 3 Abs. 2 AÜG (der insofern die überlassenen Arbeitskräfte mittelbar zur Arbeitsleistung an den Beschäftiger verpflichtet) an den Werkbesteller als Beschäftiger iSd § 3 Abs. 3 AÜG vorliegt.
Auch § 2 Abs. 2 LSD-BG weist darauf hin, dass für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, insbesondere § 4 Abs. 2 AÜG oder vergleichbare österreichische Rechtsvorschriften maßgebend sind.
Schon nach diesen Gesichtspunkten ist aber festzustellen, dass keiner der Punkte gemäß § 4 Abs. 2 AÜG erfüllt ist, zumal eine vom Unternehmen des Beschuldigten erbrachte unterscheidbare Dienstleistung, nämlich Abdichtungsarbeiten, ausge-führt werden, zwar das Material zur Gänze vom Beschwerdeführer bereit gestellt wird, das Werkzeug aber zur Gänze vom Werkunternehmer bereitgestellt wird, eine organisatorische Eingliederung in das Unternehmen des Beschwerdeführers nicht vorliegt, zumal keine Anweisungen seitens des Beschwerdeführers erfolgen,

sondern lediglich eine Abstimmung im Rahmen des Zeitplanes erfolgt, und auch eine über die Kontrolle und Aufsicht eines Werkbestellers hinausgehende Aufsicht und Kontrolle nicht erfolgt. Auch haftet die Firma D, indem sie Mängel sofort zu beseitigen hat. Aber auch in Gesamtbetrachtung, insbesondere auch im Hinblick auf die vorliegenden Personenblätter und die zeugenschaftlichen Aussagen der D Industriemontagen ist von einer selbständigen (Sub-)auftragsausführung auszugehen. So wird insbesondere in Teilbeträgen des pauschal vereinbarten Betrages abgerechnet und erfolgten Anweisungen und Arbeitszeit und Arbeitseinteilung selbständig. Es ist daher nicht von einer Arbeitskräfteüberlassung an das Unternehmen des Beschwerdeführers auszugehen.
Im Sinne einer selbständigen Dienstleistungserbringung von Deutschland nach Österreich durch D Industriemontagen ist daher von einer Arbeitgebereigenschaft dieses Unternehmens und einer Entsendung durch das Unternehmen auszugehen.

Im Hinblick darauf, dass die Dienstleistung grenzüberschreitend erbracht wird, ist der vorliegende Fall aber auch im Sinne der neuersten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vom 22.08.2017, Ra 2017/11/0068, iVm der Judikatur des EuGH vom 18.06.2015, C 586/13, zu beurteilen, wonach die entscheidende Rechtsfrage, ob ein „echter“ Werkvertrag oder Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, nicht ausschließlich nach innerstaatlichem Recht zu beantworten ist, weil nach dem Gesetzesmaterial nach dem AÜG die Bestimmungen des AÜG auch der Umsetzung von Unionsrecht dienen, sodass dessen Vorgaben bei der Vollziehung dieser Gesetzesbestimmungen zu berücksichtigen sind. Es sind daher die Kriterien, die für die Arbeitskräfteüberlassung iSd Art. 1 Abs. 3 lit. c der Richtlinie 96/71 entscheidend sind, auch maßgebend für die Beurteilung, ob Arbeitskräfte-überlassung iSd AÜG vorliegt, also nur bei Übereinstimmung mit den unionsrechtlichen Vorgaben eine uneingeschränkte Anwendung des AÜG in Betracht kommt.
Es hat daher der Europäische Gerichtshof in der obzitierten Entscheidung ausgeführt, dass *„jeder Anhaltspunkt zu berücksichtigen ist, ob der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat den eigentlichen Gegenstand der Dienstleistung, auf den sich dieses Vertragsverhältnis bezieht, darstellt oder nicht. Einen Hinweis darauf, dass ein solcher Wechsel nicht der eigentliche Gegenstand der betreffenden Dienstleistung ist, stellen grundsätzlich u.a. der Umstand dar, dass der Dienstleistungserbringer die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich vereinbarten Leistung trägt, sowie der Umstand, dass es dem Dienstleistungserbringer frei steht, die Zahl der Arbeitnehmer zu bestimmen, deren Entsendung in den Aufnahmemitgliedstaat er für sachgerecht hält. Hingegen erlaubt der Umstand, dass das Unternehmen, dem die betreffende Leistung zugutekommt, kontrolliert, ob diese vertragsgemäß ist, oder allgemeine Anweisungen an die Arbeitnehmer des Dienstleistungserbringers erteilen kann, als solcher nicht die Schlussfolgerung, dass eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt.“*

Im Lichte dieses Ausspruches des EuGH ist im Grunde der getroffenen Feststellungen aufgrund des eingehenden Beweisverfahrens ersichtlich, dass ein Wechsel des Arbeitnehmers nicht Gegenstand des Vertrages ist, sowie dass die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung durch die beauftragte Firma D Industriemontagen von dieser getragen werden sowie dass es auch diesem Unternehmen frei steht die Zahl der Arbeiter zu bestimmen, deren Entsendung es für sachgerecht hält.
Auch in diesem Lichte ist daher von einer selbständigen Leistungserbringung an das Unternehmen des Beschwerdeführers im Rahmen einer vertraglichen Vereinbarung auszugehen.
Da daher durch diese Beurteilung der Beschwerdeführer hinsichtlich dieser beiden Arbeiter nicht als Arbeitgeber oder Beschäftiger anzusehen ist, ist daher der objektive Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 21 Abs. 1 Z 1 iVm § 26 Abs. 1 Z 3 LSD-BG nicht erfüllt und war daher das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG einzustellen.

5.3. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.
Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar, wobei zur Strafbarkeit bereits Fahrlässigkeit ausreicht und Fahrlässigkeit im Sinne der zitierten Bestimmungen ohne weiteres anzunehmen ist, sofern vom Berufungswerber kein Entlastungsnachweis erbracht wird.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die "Glaubhaftmachung" nicht aus.

Der Beschwerdeführer bringt hinsichtlich seines Verschuldens vor, dass er erstmalig in Österreich tätig ist, wobei Unkenntnis vorliegt, aber Unkenntnis nicht zur Gänze entschuldigt. Das Versehen könnte aber als geringfügiges Verschulden angelastet werden.
Wie der Beschwerdeführer zurecht ausführt, ist es ihm als Gewerbetreibenden zuzumuten, dass er die die Gewerbeausübung bestimmenden gesetzlichen Vorschriften kennt oder sich zumindest eine entsprechende Kenntnis bei den zuständigen Stellen verschafft. Insbesondere bei einer erstmaligen grenzüberschreitenden Tätigkeit wäre es dem Beschwerdeführer zuzumuten, dass er sich bei den Behörden über entsprechende gesetzliche Vorschriften erkundigt.

Solche Bestrebungen wurden vom Beschwerdeführer nicht vorgebracht und geltend gemacht. Dies ist ihm als Verschulden nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes anzulasten. Da auch leichte Sorgfaltswidrigkeiten als leichte Fahrlässigkeit als Verschulden ausreichen, ist auch von schuldhaftem Verhalten auszugehen. Es ist daher auch die subjektive Tatseite gegeben.

5.4. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG idF BGBl. I Nr. 33/2013, in Geltung ab 1. Juli 2013, sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des StGB sinngemäß anzuwenden.
Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides soweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.
Die belangte Behörde hat die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe von 1.000 Euro je Arbeitnehmer verhängt. Bei der Strafbemessung hat sie die Unbescholtenheit des Beschwerdeführers berücksichtigt, weitere Milderungsgründe jedoch nicht festgestellt. Die Vermögensverhältnisse wurden mit durchschnittlich angenommen.
Der Beschwerdeführer bringt ein monatliches Nettoeinkommen von zirka 2.000 Euro und die Sorgepflicht für seine Tochter vor, welche zu berücksichtigen ist. Weiters verweist er als mildernd auf den Umstand, dass er umgehend die nötigen Schritte gesetzt hat und die nötigen Unterlagen vorgelegt hat. Auch verweist er darauf, dass es ein einmaliges Versehen war und er auf die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen Bedacht nimmt und sein Unternehmen auch dbzgl. zertifiziert ist.
Diese Umstände können im nunmehrigen Verfahren als strafmildernd gewertet werden. Auch war mildernd zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer hinsichtlich der drei Arbeitnehmer geständig war und auch an der Feststellung des Sachverhaltes mitwirkte. Auch zeigte er ein besonderes Einsehen und ist auch sein Vorbringen geeignet, davon auszugehen, dass er nunmehr die gesetzlichen Bestimmungen beachtet und einhält. Auch ist das Wohlverhalten seit dem Tatzeitpunkt mildernd zu berücksichtigen. Es liegen daher ausreichend

Milderungsgründe vor, die ein Vorgehen nach § 20 VStG rechtfertigen. Es wurde daher die verhängte Geldstrafe je Arbeitnehmer auf das nunmehr verhängte Ausmaß von 600 Euro herabgesetzt. Dies ist auch im Rahmen der Vermögensverhältnisse, nämlich einziger Gesellschaftsinhaber, und auch der Einkommensverhältnisse durchaus angemessen.
Ein Absehen von der Strafe war jedoch nicht gerechtfertigt, zumal die gesetzlichen Voraussetzungen, insbesondere ein geringfügiges Verschulden nicht gegeben war. Geringfügigkeit liegt nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes dann vor, wenn das Tatverhalten des Beschuldigten weit hinter dem in der Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt der Tat zurückbleibt. Da aber genau jenes geschützte Rechtsgut beeinträchtigt wurde, nämlich durch die Bestätigung die Kontrolle der Arbeitnehmer vor Ort zu ermöglichen, war der Unwert der Tat gegeben und daher eine wesentliche Voraussetzung nicht erfüllt.

Entsprechend der herabgesetzten Geldstrafe war auch die Ersatzfreiheitsstrafe gemäß § 16 VStG herabzusetzen.

5.5. Weil die Beschwerde hinsichtlich zweier Arbeitnehmer zur Gänze Erfolg hatte, hinsichtlich der übrigen Arbeitnehmer aber teilweise hinsichtlich des Strafausmaßes Erfolg hatte, entfällt die Verpflichtung zur Leistung eines Kostenbeitrages zum Beschwerdeverfahren gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG.

6. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.
Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung, die sich auf die zitierte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes und Europäischen Gerichtshof stützt. Insbesondere ist die Beurteilung gestützt durch den festgestellten Sachverhalt und die Würdigung der Gesamtumstände.

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

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungs-

gerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s e

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

2. Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

3. Gemäß § 35 Abs. 2 LSD-BG wird darauf hingewiesen, dass mit der rechtskräftigen Bestrafung die Eintragung des Beschuldigten und jenes Unternehmens, dem die Bestrafung zuzurechnen ist, in die Evidenz beim Kompetenzzentrum LSDB verbunden ist.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt