OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen: LVwG-301868/6/GS/JW

Datum: Linz, 15. November 2018

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Saxinger über die Beschwerde des D K, vertreten durch K & L Rechtsanwalts OG, M x, x G, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf an der Krems vom 14.2.2018, GZ: SanRB96-98-2017, wegen Übertretungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 11.7.2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als das angefochtene Straferkenntnis hinsichtlich 3. (S M), 4. (H L), 5. (K M), 6. (H M) und 7. (H L) aufgehoben und diesbezüglich das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt wird. Hinsichtlich der Arbeitnehmer 1. (S B F) und 2. (N E) wird der Beschwerde insofern Folge gegeben, als die verhängte Strafe auf 1.000 Euro pro Arbeitnehmer (Ersatzfreiheitsstrafe: je 33 Stunden) herabgesetzt wird.

II. Der Kostenbeitrag zum Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde wird auf 200 Euro herabgesetzt, für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht hat der Beschwerdeführer keinen Kostenbeitrag zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde betreffend den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wie folgt entschieden:

„Sie haben als Verantwortlicher der Firma „H G GmbH“ mit Sitz in x G K, K x (Deutschland) diese ist Arbeitgeber im Sinne der §§ 3 Abs. 2, 8 Abs. 1 oder 19 Abs. 1, zu verantworten, dass unten angeführte Lohnunterlagen am Kontrollort x K, A B, Bauvorhaben H während der Dauer der Beschäftigung oder des Zeitraums der Entsendung (§ 9 Abs. 3 Zif. 6) nicht bereitgehalten und auch vor Ort nicht unmittelbar in elektronischer Form zum Zeitpunkt der Erhebung zugänglich gemacht wurden, obwohl eine Verwaltungsübertretung begeht, wer den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel im Sinne der Richtlinie 91/533 des Rates über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des dem entsandten Arbeitnehmer für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelt in deutscher Sprache, ausgenommen den Arbeitsvertrag, am Arbeits(Einsatz)ort nicht bereithält oder den Abgabenbehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vor Ort zum Zeitpunkt der Erhebung nicht unmittelbar in elektronischer Form zugänglich macht, auch wenn die Beschäftigung des einzelnen Arbeitnehmers in Österreich früher geendet hat, wobei der Arbeitsvertrag entweder in deutscher oder in englischer Sprache bereitzuhalten ist.

Folgende Unterlagen wurden nicht am Kontrollort x K, A B, Bauvorhaben H bereitgehalten oder zugänglich gemacht: Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltende Bedingungen, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise bzw. Banküberweisungen, Lohnaufzeichnungen, Arbeitsaufzeichnungen (nur bei 3 Arbeitern vorliegend) und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung.

1.) Name: S B F, geb. x
Staatsangehörigkeit: Deutschland
Arbeitsantritt: 19.09.2017
ZKO3 Meldung: 26.09.2017
Tätigkeit: Obermonteur
Tatort: Gemeinde K, A B, Bauvorhaben H
Tatzeit (Kontrollzeitpunkt): 26.10.2017 um 13:00 Uhr

2.) Name: N E, geb. x
Staatsangehörigkeit: Deutschland
Arbeitsantritt: 23.09.2017
ZKO3 Meldung: 26.09.2017
Tätigkeit: Elektroniker
Tatort: Gemeinde K, A B, Bauvorhaben H
Tatzeit (Kontrollzeitpunkt): 26.10.2017 um 13:00 Uhr

3.) Name: S M, geb. x
Staatsangehörigkeit: Deutschland

Arbeitsantritt: 23.10.2017
Tatort: Gemeinde K, A B, Bauvorhaben H
Tatzeit (Kontrollzeitpunkt): 26.10.2017 um 13:00 Uhr

4.) Name: H L, geb. x
Staatsangehörigkeit: Slowakische Republik
Arbeitsantritt: 29.09.2017
Tätigkeit: Elektriker
Tatort: Gemeinde K, A B, Bauvorhaben H
Tatzeit (Kontrollzeitpunkt): 26.10.2017 um 13:00 Uhr

5.) Name: K M, geb. x
Staatsangehörigkeit: Deutschland
Arbeitsantritt: 23.10.2017
Tatort: Gemeinde K, A B, Bauvorhaben H
Tatzeit (Kontrollzeitpunkt): 26.10.2017 um 13:00 Uhr

6.) Name: H M, geb. x
Staatsangehörigkeit: Deutschland
Arbeitsantritt: 20.10.2017
Tätigkeit: Elektriker
Tatort: Gemeinde K, A B, Bauvorhaben H
Tatzeit (Kontrollzeitpunkt): 26.10.2017 um 13:00 Uhr

7.) Name: H L, geb. x
Staatsangehörigkeit: Deutschland
Arbeitsantritt: 29.09.2017
Tätigkeit: Elektriker
Tatort: Gemeinde K, A B, Bauvorhaben H
Tatzeit (Kontrollzeitpunkt): 26.10.2017 um 13:00 Uhr

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

1.) § 22 Abs. 1 i.V.m. § 28 Zif. 1 LSD-BG
2.) § 22 Abs. 1 i.V.m. § 28 Zif. 1 LSD-BG
3.) § 22 Abs. 1 i.V.m. § 28 Zif. 1 LSD-BG
4.) § 22 Abs. 1 i.V.m. § 28 Zif. 1 LSD-BG
5.) § 22 Abs. 1 i.V.m. § 28 Zif. 1 LSD-BG
6.) § 22 Abs. 1 i.V.m. § 28 Zif. 1 LSD-BG
7.) § 22 Abs. 1 i.V.m. § 28 Zif. 1 LSD-BG

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

| Geldstrafe von Euro | falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von | Freiheitsstrafe von | gemäß |
|---|---|---|---|
| 1) 2.000,-- | 33 Stunden | --- | § 28 Zif. 1 LSD-BG |
| 2) 2.000,-- | 33 Stunden | | § 28 Zif. 1 LSD-BG |
| 3) 2.000,-- | 33 Stunden | | § 28 Zif. 1 LSD-BG |
| 4) 2.000,-- | 33 Stunden | | § 28 Zif. 1 LSD-BG |

| | | |
|---|---|---|
| 5) 2.000,-- | 33 Stunden | § 28 Zif. 1 LSD-BG |
| 6) 2.000,-- | 33 Stunden | § 28 Zif. 1 LSD-BG |
| 7) 2.000,-- | 33 Stunden | § 28 Zif. 1 LSD-BG |

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG zu zahlen:

1) 200,--
2) 200,--
3) 200,--
4) 200,--
5) 200,--
6) 200,--
7) 200,-- Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, mindestens jedoch 10 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro);

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 15.400,-- Euro."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend wurde im Wesentlichen festgehalten, dass bei einer Kontrolle am 26.10.2017 beim Bauvorhaben H in K sieben Arbeitnehmer angetroffen worden wären. Es habe sich herausgestellt, dass die sieben Arbeitnehmer im Auftrag des deutschen Unternehmens H, G K, nach Österreich zur Arbeitsleistung entsandt worden wären. Zwei Arbeiter, Herr N und Herr S, wären beim Unternehmen H G GmbH beschäftigt. Das slowakische Unternehmen W P s.r.o. (x) habe einen Vertrag mit dem deutschen Unternehmen H G GmbH. Jeder der drei slowakischen Arbeiter, Herr H L, H L und H M, gäben an, in der Slowakei selbstständig zu sein und einen Vertrag mit der Firma x zu haben. Das Unternehmen x G aus Berlin erfülle einen Auftrag des Unternehmens H G GmbH. Herr K sei nach seinen Angaben selbstständig in Deutschland und habe einen Vertrag mit dem deutschen Unternehmen x G. Herr K habe zur Unterstützung der Erfüllung des Vertrages mit dem Unternehmen x Group den in Deutschland nach seinen Angaben selbstständigen Herrn S beauftragt. Alle sieben Arbeiter wären im Auftrag des deutschen Unternehmens H G GmbH in Österreich tätig. Aufgrund der Beurteilung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes handle es sich im gegenständlichen Fall um eine Entsendung aller sieben Arbeiter durch das Unternehmen H G GmbH nach Österreich. Um die Einhaltung der Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen gemäß § 22 LSD-BG überprüfen zu können, wären von den sieben Arbeitern die Lohnunterlagen, welche zur Überprüfung des nach österreichischem Recht gebührenden Entgelts notwendig wären, verlangt worden. Von vier Arbeitern hätten diese Unterlagen gemäß LSD-BG nicht vorgelegt werden können, von drei Arbeitern wären lediglich die Stundenaufzeichnungen auf der Baustelle vorhanden gewesen (s. Erhebungsblatt LSD-BG). Unstrittig sei, dass alle Arbeiter im Auftrag des Unternehmens H G GmbH in Österreich tätig wären. Es stehe somit fest, dass es sich in Betrachtung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes um ein

arbeitnehmerähnliches Verhältnis handle und daher dieses Unternehmen die Verantwortung treffe, dafür Sorge zu tragen, dass die erforderlichen Unterlagen gemäß LSD-BG am Arbeits(Einsatz)Ort zur Verfügung gestellt bzw. die Meldungen bei der Zentralen Koordinationsstelle fristgerecht gemacht würden.

I.2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde. Darin wird insbesondere vorgebracht, dass die Personen M S, L H, M K, M H und L H nicht im Auftrag des Unternehmens H G GmbH in Österreich tätig gewesen wären. Diese hätten selbstständig auf eigene Verantwortung mit eigenen Werkzeugen und eigenem Material gearbeitet. Unter Betrachtung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes handle es sich um kein arbeitnehmerähnliches Verhältnis zur H GGmbH. M S, L H, M K, M H und L H wären auf Werkvertragsbasis tätig gewesen. Dies gegenüber der W P s.r.o bzw. der x G GmbH & Co KG. Alle diese Personen würden über Gewerbeberechtigungen verfügen. Es handle sich somit um Subunternehmer. Bei der W P s.r.o bzw. der x G GmbH & Co KG handle es sich um Subunternehmer der H G GmbH, die selbstständige Werke hergestellt hätten. In Gesamtbetrachtung ergebe es sich, dass der Bf keine Verantwortung für die Personen 3.-7. im Sinne der vorgeworfenen Verwaltungsverstöße habe. Es wäre ein unterschiedliches Produkt/Gewerk hergestellt worden. Hinsichtlich der x G GmbH & Co KG ergebe sich dies zweifelsfrei aus dem schriftlichen Vertrag zu Beilage ./3, in welchem sogar ein Betrag von 16.778,45 Euro vereinbart worden wäre. Dieses Unternehmen wäre beauftragt mit der selbstständigen Herstellung/Montage von Kabeltrassen samt Materiallieferung in eigener Regie und Verantwortung gewesen. Die W P s.r.o. habe folgende Gewerke hergestellt: BMA-Montage nach Vorgabe durch Kunden in eigener Regie und Verantwortung, Materialbestellung durch Kunden, EMA-Montage nach Vorgabe durch Kunden in eigener Regie und Verantwortung, Materialbestellung durch Kunden, ELA-Montage nach Vorgabe durch Kunden in eigener Regie und Verantwortung, Materialbestellung durch Kunden und Beleuchtung (Decke und Regale), Montage in eigener Regie und Verantwortung, Materialbestellung durch H G GmbH bedingt durch Anforderung an die Beleuchtung durch den Kunden. Wie aus der ergänzenden Stellungnahme des Herrn S ersichtlich sei, hätten die Drittunternehmer mit eigenem Werkzeug gearbeitet. Es sei keine organisatorische Eingliederung erfolgt. Stundenaufzeichnungen wären nur für die eigenen Arbeiter geführt worden. Die Drittfirmen wären für den Erfolg der Werkleistung verantwortlich und haftbar. Die Haftung resultiere bereits aus den vorgelegten Verträgen. Zur Firma x werde ergänzend darauf hingewiesen, dass sogar eine Vertragsstrafe vereinbart worden wäre. Zudem könne auch bereits deshalb keine Anwendbarkeit der gegenständlichen Bestimmungen zu Lasten des Bf vorliegen, weil laut eigener Aussage der beschäftigten Personen die Personen 3.-7. selbstständig tätig gewesen wären, und somit von vornherein kein Angestellten- bzw. Arbeitsverhältnis vorliege. Da keine Arbeitsverhältnisse (bzw. Angestelltenverhältnisse) vorlägen, sei das LSD-BG von vornherein nicht anwendbar. Aus den Ausführungen ergäbe sich, dass jedenfalls für die Personen 3.-7. keine Strafen zu verhängen seien. Bezüglich der Personen S und N sei darauf

hingewiesen, dass die Anzeige selbstständig am 26.9.2017 noch vor der Kontrolle durch die Behörde erstattet worden wäre. Lediglich aufgrund kurzfristig vorgezogener Termine hätte eine rechtzeitige Meldung nicht durchgeführt werden können. Somit sei keine Anmeldung wegen des Einschreitens der Behörde erfolgt, sondern selbstständig ohne behördlicher Veranlassung und sei die Verspätung schlicht auf unvorhergesehene Umstände zurückzuführen. Es liege kein Verschulden vor, jedenfalls aber nur ein geringfügiges. Jedenfalls liege nur ein geringfügiges Verschulden vor und sei, wenn nicht von der Strafe abgesehen werde, jedenfalls eine außerordentliche Strafmilderung im Sinne des § 20 VStG auf die halbe Mindeststrafe angemessen.

I.3. Die belangte Behörde hat die Beschwerde samt Verwaltungsstrafakt mit Schreiben vom 16.3.2018 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidungsfindung vorgelegt. Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin zu entscheiden.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 11.7.2018, an welcher der Bf mit seinem rechtlichen Vertreter und ein Vertreter des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr teilgenommen haben.

II. Folgender Sachverhalt steht fest:

Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma H G GmbH, K x, x G K, D.

Am 26.10.2017 fand beim Bauvorhaben H, A B, x K, eine finanzbehördliche Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei Steyr, Team 43, statt. Im Zuge dieser Kontrolle wurden folgende sieben Personen angetroffen: S B F, N E, S M, H L, K M und M und H L.

Die Firma H G GmbH hat von der Firma H (in Österreich wird die Firma H unter dem Namen „B“ geführt) den Auftrag für die Ausführung der elektrotechnischen Anlagen beim Neubau des Baumarktes H, A B in x K erhalten.

E N und S B F sind Arbeitnehmer beim Unternehmen des Bf, der H G GmbH. Auf der gegenständlichen Baustelle haben diese beim Bf gemeldeten Arbeitnehmer die Unterverteilungen angeschlossen und den Leitungszug für die Deckenbeleuchtung gemacht.

Der Auftrag für die Montage von Kabeltrassen (Metallkabelrinnen, in denen sodann Leitungen verlegt werden) wurde von der Firma H G GmbH an die Firma x G GmbH & Co KG (Abk: x), die ihren Sitz in Berlin hat, als Subunternehmer vergeben. Im diesbezüglich vorgelegten Vertragsoffert vom 18.9.2017 ist als

Gewerk „x-Kabeltrassen“ vermerkt. Als Vertragspreis ist eine Anbotssumme unter Berücksichtigung eines 16%igen Nachlasses in der Höhe von 16.778,45 Euro festgehalten. Unter Punkt 9. der Vertragsofferte vom 18.9.2017 ist auch eine Vertragsstrafe beinhaltet. Weiters sind unter Punkt 11. Gewährleistungsbestimmungen festgeschrieben. Die Firma x hat ihr zu verarbeitendes Material selbst beigesteuert.
Der im Rahmen der Kontrolle angetroffene K M gab im von der Finanzpolizei aufgenommen Personenblatt an, dass er derzeit für die Firma M K in Berlin arbeitet und die Arbeitsanweisungen von M K/x G Berlin erhält. M S gab im niederschriftlich am Kontrolltag aufgenommenen Personalblatt an, dass er derzeit für die A S S in x F arbeitet und die Arbeitsanweisungen von M K, x G Berlin, erhält. Sowohl bei Herrn S M als auch bei Herrn K M wurde in den niederschriftlich aufgenommenen Personenblättern als beobachtete Tätigkeit „Verlegung Kabeltrassen“ eingetragen.

Im Akt liegt betreffend das Bauvorhaben „H B- und G K“ eine Abnahmebescheinigung und ein Gewährleistungsverzeichnis über das Gewerk Elektro (Trassenbau) über den Leistungszeitraum vom 23.10.2017 bis zum 30.10.2017, abgeschlossen zwischen dem Auftraggeber (H G GmbH) und dem Auftragnehmer x G GmbH & Co KG, B, auf.

Die Firma H G GmbH hat weiter als Auftraggeber mit der W P s.r.o., vertreten durch Geschäftsführer M W, x T, S R, als Auftragnehmer einen Rahmen-Werkvertrag für den Um- und Neubau von diversen H B- und G und B B- und G am 28.3.2017 abgeschlossen. Darin ist unter anderem geregelt, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer, im Rahmen der vom Auftraggeber übertragenen Bau- und Montagevorhaben, die Ausführung von Montagearbeiten nach den Bestimmungen gesondert abzuschließender Teilleistungsverträge überträgt. Die technische Oberleitung auf der/den Baustellen/Betrieb obliegt dem Auftraggeber (Pkt.1.3.). Die Montagearbeiten werden pauschal vergeben, wenn dies nach Ausführungsart und Umfang genau zu bestimmen sind. In den übrigen Fällen erfolgt die Vergabe nach Aufwand zu festen Stunden Verrechnung setzen (Pkt.1.4.). Außerdem ist unter Punkt 8.1. folgende Gewährleistungsregelung enthalten: „Gewährleistungsfrist für die volle Funktionsfähigkeit der zu erstellenden Bau- und Montageleistung entspricht den Ausführungen der gesetzlichen und technischen Bestimmungen, beginnend mit dem Termin der Endabnahme“. Die Konkretisierung für die einzelnen Bauvorhaben (Um- und Neubau des jeweilig konkretisierten Baumarktes) fand in Folge aufgrund der von der H G GmbH erstellten Montagepläne vor Leistungsbeginn zwischen dem Projektleiter der Firma H und Herrn W im Büro statt. Die einzelnen zu vergebenden Aufträge an die Firma W wurden in den Bauakten niedergeschrieben. Nach dem der Firma W übergebenen Plan arbeiteten die Arbeiter eigenständig. (Niederschrift S. 3 unten). Im gegenständlichen Fall wurde die Firma W mit der Deckenleuchtenmontage, der Montage der Brandmeldeanlage, der Einbruchmeldeanlage und der Beschallungsanlage beauftragt. Die

Brandmeldeanlage, die Einbruchsmeldeanlage und die Beschallungsanlage wurden vom Kunden (Firma H) beigestellt. Die Leuchten kamen von der Firma H.

Im Akt liegen etliche Abnahmebescheinigungen und Gewährleistungsverzeichnisse hinsichtlich dem Bauauftrag vom 28.3.2017 über das Bauvorhaben H B- und G K, abgeschlossen zwischen dem Auftraggeber H B GmbH und dem Auftragnehmer W P s.r.o., auf.

Für die Montage der Brandmeldeanlage wurde ein Preis über 13.500 vereinbart, über den auch die entsprechenden Abrechnungen vorgelegt wurden. Unter Bezugnahme auf den Rahmenwerkvertrag wurde eine umfassende Einzelpreisliste übermittelt, die in Folge den Teilleistungsverträgen zu Grunde gelegt wurde.

Sämtliche von der Firma W P und der Firma x eingesetzte Arbeiter haben mit eigenem Werkzeug gearbeitet. Einzige Ausnahme ist die Arbeitsbühne, die von der Firma des Bf zur Verfügung gestellt wurde. Die beiden vom Bf eingesetzten Subunternehmer haben jeweils selbst bestimmt, wie viele Arbeitnehmer sie zur Ausführung der beauftragten Arbeiten schicken (Niederschrift S. 3 unten).

Grundsätzlich haben die Arbeiter der Subunternehmen eigenständig gearbeitet. Gab es jedoch Koordinationsprobleme (z.B. in welcher Höhe ein Kabelstrang verlegt werden muss), schritten die Dienstnehmer S und N des Beschwerdeführers ein. Ebenso teilte der Vorarbeiter S den Firmen W und x mit, wenn er bei einem Rundgang von Leuten des Planungsbüros mitbekommen hatte, dass irgendeine Ausführung nicht passt.

Die Firma des Bf trägt gegenüber dem Kunden (Fa. H) die gesamte Haftung. Die jeweiligen Subunternehmer x und W s.r.o. tragen gegenüber der Firma des Bf die Haftung. Sollte der Bf als Übernehmer des Gesamtauftrages ein Mängelprotokoll erhalten, wird dies an das jeweilige Subunternehmen weitergeleitet.

Für sämtliche auf der Baustelle angetroffene Herren (S B F, N E, S M, H L, K M und H M und H L) konnten anlässlich der Kontrolle keine Arbeitsverträge, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise bzw. Banküberweisungen, Lohnaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung vorgelegt werden oder elektronisch zugänglich gemacht werden. Arbeitsaufzeichnungen waren nur bei H M, H L und H L auf der Baustelle vorhanden.

III. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und den Ausführungen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich am 11.7.2018.

Die Aussage des Bf in der mündlichen Verhandlung war glaubwürdig, lebensnah und nachvollziehbar. Insgesamt betrachtet hat sich für die erkennende Richterin ein schlüssiges und realistisches Bild der Vertragsverhältnisse zwischen der H G GmbH und den Firmen x G GmbH und Co KG sowie der W P Management s.r.o., der Arbeitsabläufe und der allgemeinen Anweisungen ergeben.

Das Verhandlungsprotokoll (Vertragsofferte) zwischen dem Auftraggeber Firma H und dem Auftragnehmer x G GmbH & Co KG (vertreten durch Herrn L), sowie die genannte Abnahmebescheinigung samt Gewährleistungsverzeichnis liegen im Akt auf. Als Werk ist darin die „Verlegung von Kabeltrassen“ genannt. Die beiden der x G GmbH & Co KG zurechenbaren Arbeiter K und S wurden laut bei der Kontrolle aufgenommenem Personenblatt auch bei Verlegung der Kabeltrassen angetroffen.

Ebenso ist der genannte Rahmen-Werkvertrag vom 28.3.2017, abgeschlossen zwischen dem Auftraggeber H G GmbH als Auftraggeber und der W P Management s.r.o. als Auftragnehmer über die Ausführung von Montagearbeiten sowie zahlreiche Abnahmebescheinigungen und Gewährleistungsverzeichnisse dem vorgelegten Verwaltungsakt zu entnehmen. In der Verhandlung schilderte der Bf glaubwürdig und nachvollziehbar, dass entsprechend dem Rahmenwerkvertrag die auf das einzelne Bauvorhaben (konkreten Baumarkt) abgestimmten Teilleistungsverträge zwischen dem Projektleiter der H G GmbH (Herrn B) und Herrn W von der W P Management s.r.o. im Büro vor Beginn der Leistung festgelegt wurden. Im gegenständlichen Fall schilderte der Bf glaubhaft, lebensnah und nachvollziehbar, dass die Firma W P Management s.r.o. mit der Montage der Deckenleuchten, der Brandmelde-, Einbruchmelde- und Beschallungsanlage beauftragt wurde. Es wurden auch Abrechnungsunterlagen zwischen den beiden Firmen vorgelegt. Im Zuge der Beurteilung der ermittelten Vertragsbeziehungen ist es gegenständlich rechtlich nicht entscheidend, dass es sich bei der Firma W um eine P M s.r.o. handelt.

In der mündlichen Verhandlung wurde unstrittig von sämtlichen anwesenden Parteien (auch des Vertreters der Finanzpolizei) festgehalten, dass im gegenständlichen Fall von Entsendung, somit folglich vom Vorliegen eines Werkvertrages, ausgegangen wird. Vom Beschwerdeführervertreter wurde eingestanden, dass hinsichtlich der Dienstnehmer S und N, die nach dem LSD-BG notwendigen Unterlagen nicht oder nicht in entsprechender Form (ZKO3-Meldung hinsichtlich S und N verspätet) anlässlich der Kontrolle vorgelegt werden konnten.

Der Beschwerdeführervertreter wandte vor allem ein, dass bei fünf angetroffenen Arbeitern (außer S und N) keine arbeitnehmerähnlichen Beschäftigungsverhältnisse zum Bf vorliegen würden. Der Vertreter der Finanzpolizei entgegnete, dass im Strafantrag nicht von Arbeitnehmerähnlichkeit sondern von „im Auftrag der Firma H tätig“ gesprochen wurde. Er betonte weiter,

dass hinsichtlich der fünf betretenen Personen seitens der Finanzpolizei nie behauptete wurde, dass ein Dienstverhältnis zum Bf vorliegt, sie also seine Dienstnehmer wären, noch wurde Arbeitnehmerähnlichkeit behauptet.

Es liegen keine Beweise dahingehend vor, dass die bei der Firma des Bf angestellten Arbeitnehmer S und N den anderen auf der Baustelle arbeitenden Personen Arbeitsanweisungen erteilt hätten. Der Bf legte in der Verhandlung glaubhaft und nachvollziehbar dar, dass der Vorarbeiter seiner Firma nur bei Koordinationsproblemen eingeschritten ist. Ebenso hat er ihm vom Planungsbüro zugetragene Mängel den entsprechenden Arbeiter der jeweiligen Firmen weitergeleitet. In diesem Sinn ist bei lebensnaher Betrachtung auch seine niederschriftliche Aussage am Kontrolltag zu verstehen (in der er angab, dass er die Ausführung der geleisteten Arbeit kontrolliert), ebenso die Angaben in den Personenblättern bei L und L H („Arbeitsanweisungen erhalte ich von Firma H“) und Pkt. 1.3 des Rahmenwerkvertrages mit der Firma W P s.r.o.(„technische Oberleitung“). Wie in der rechtlichen Beurteilung abgehandelt wird (dazu siehe unten), schadet diese Tatsache auch bei der zu Grunde liegenden rechtlichen Beurteilung im Sinne einer Entsendung nicht. In der Verhandlung legte der Bf auch glaubwürdig dar, dass die einzelnen Subfirmen die Anzahl der einzusetzenden Arbeiter jeweils selbst bestimmen. Weiters führte der Bf in der Verhandlung aus, dass die von der Firma W vorgelegten Arbeitszeitstundenlisten (betreffend die Monteure H und vom Bauleiter der Firma des Bf unterzeichnet) vermutlich dokumentieren sollen, dass die Monteure auf der Baustelle waren. Diese Erklärung ist unter den ermittelten Gegebenheiten durchaus nachvollziehbar. Dass Pausenzeiten aller Arbeiter zur gleichen Zeit abgehalten wurden, schadet im Rahmen der rechtlichen im Rahmen der vorliegenden Gesamtumstände nicht( siehe dazu unten rechtliche Beurteilung). Betont wird nochmals, dass das Vorliegen einer Entsendung bezüglich aller angeroffenen Personen sowohl von der belangten Behörde als auch vom Finanzamt (Finanzpolizei) nicht in Abrede gestellt wurde.

## IV. Rechtliche Beurteilung:

### IV.1. Rechtsgrundlagen:

Das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz- LSD-BG-in der anzuwendenden Fassung regelt Folgendes:

„§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz gilt für

1. Arbeitsverhältnisse, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen,
2. die Beschäftigung von Arbeitskräften im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG), BGBl. Nr. 196/1988
3. Beschäftigungsverhältnisse, auf die das Heimarbeitsgesetz 1960, BGBl. Nr. 105/1961, anzuwenden ist.

(2) Ausgenommen sind

1. Arbeitsverhältnisse zum Bund, auf die dienstrechtliche Vorschriften anzuwenden sind, welche den Inhalt der Arbeitsverhältnisse zwingend regeln,
2. Arbeitsverhältnisse zu Ländern, Gemeindeverbänden und Gemeinden,
3. die Überlassung von Arbeitskräften im Sinne des § 3 Abs. 4 AÜG durch den Bund, ein Land, eine Gemeinde oder einen Gemeindeverband,
4. Arbeitsverhältnisse zu Stiftungen, Anstalten oder Fonds, auf die gemäß § 1 Abs. 2 des Vertragsbedienstetengesetzes (VBG), BGBl. Nr. 86/1948, die Bestimmungen des VBG sinngemäß anzuwenden sind.

(3) (Verfassungsbestimmung) Dieses Bundesgesetz findet mit Ausnahme der §§ 3 bis 6, 8 Abs. 2 und 20 Abs. 3 auf Arbeitsverhältnisse der land- und forstwirtschaftlichen Arbeiter im Sinne des Landarbeitsgesetzes 1984 (LAG 1984), BGBl. Nr. 287/1984 Anwendung; die §§ 3 bis 6 finden nur Anwendung, soweit diese die Entsendung von land- und forstwirtschaftlichen Arbeitern betreffen. Die Zulässigkeit der Überlassung von land- und forstwirtschaftlichen Arbeitern im Sinne des LAG 1984 bestimmt sich nach Maßgabe des LAG 1984.

(4) Soweit im Folgenden nichts anderes bestimmt ist, gilt dieses Bundesgesetz unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis sonst anzuwendenden Rechts auch für aus der Europäischen Union (EU), dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), der schweizerischen Eidgenossenschaft oder aus einem sonstigen Drittstaat zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandte Arbeitnehmer oder grenzüberschreitend überlassene Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 AÜG. Die Entsendung von Arbeitnehmern oder die grenzüberschreitende Überlassung von Arbeitskräften aus der Schweizerischen Eidgenossenschaft ist wie die Überlassung oder Entsendung aus dem EWR zu behandeln. Das dritte Hauptstück, ausgenommen § 41, findet auf aus der Schweizerischen Eidgenossenschaft entsandte Arbeitnehmer oder überlassene Arbeitskräfte keine Anwendung. Die §§ 17 bis 21, 23 und 26 und das dritte Hauptstück, ausgenommen § 41, finden auf die Entsendung von Arbeitnehmern oder die Überlassung von Arbeitskräften aus Drittstaaten keine Anwendung.

(5) Dieses Bundesgesetz findet keine Anwendung, wenn der Arbeitnehmer ausschließlich zur Erbringung folgender Arbeiten von geringem Umfang und kurzer Dauer nach Österreich entsandt wird:

1. geschäftliche Besprechungen ohne Erbringung von weiteren Dienstleistungen oder
2. die Teilnahme an Seminaren und Vorträgen ohne Erbringung von weiteren Dienstleistungen oder
3. die Teilnahme an Messen und messeähnlichen Veranstaltungen im Sinne des § 17 Abs. 3 bis 6 des Arbeitsruhegesetzes (ARG), BGBl. Nr. 144/1983, mit der Maßgabe, dass die Untergrenze des § 17 Abs. 4 ARG nicht gilt, ausgenommen Vorbereitungs- und Abschlussarbeiten für die Veranstaltung (Auf- und Abbau der Ausstellungeinrichtungen und An- und Ablieferung des Messegutes), oder
4. der Besuch von und die Teilnahme an Kongressen und Tagungen oder
5. die Teilnahme an und die Abwicklung von kulturellen Veranstaltungen aus den Bereichen Musik, Tanz, Theater und Kleinkunst und vergleichbaren Bereichen, die im Rahmen einer Tournee stattfinden, bei welcher der Veranstaltung (den Veranstaltungen) in Österreich lediglich eine untergeordnete Bedeutung zukommt, soweit der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung zumindest für einen Großteil der Tournee zu erbringen hat, oder
6. die Teilnahme an und die Abwicklung von internationalen Wettkampfveranstaltungen (Internationale Meisterschaften) im Sinne des § 3 Z 6 des Bundes-

Sportförderungsgesetzes 2013 (BSFG 2013), BGBl. I Nr. 100/2013, ausgenommen Vorbereitungs- und Abschlussarbeiten für die Veranstaltung (Auf- und Abbau der im Zusammenhang mit der Veranstaltung stehenden Einrichtungen) sowie Verabreichung von Speisen und Ausschank von Getränken im Rahmen der Veranstaltung, oder

7. die Tätigkeit als mobiler Arbeitnehmer oder als Besatzungsmitglied (§ 4 der Schiffsbesatzungsverordnung, BGBl. II Nr. 518/2004) in der grenzüberschreitenden Güter- und Personenbeförderung (Transportbereich), sofern die Arbeitsleistung ausschließlich im Rahmen des Transitverkehrs erbracht wird und nicht der gewöhnliche Arbeitsort in Österreich liegt, oder
8. die Tätigkeit als Arbeitnehmer, der eine monatliche Bruttoentlohnung von durchschnittlich mindestens 125 vH des Dreißigfachen der Höchstbeitragsgrundlage für den Kalendertag gemäß § 108 Abs. 3 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955, erhält, innerhalb eines Konzerns im Sinne des § 15 des Aktiengesetzes (AktG), BGBl. Nr. 98/1965, oder des § 115 des GmbH-Gesetzes (GmbHG), RGBl. Nr. 58/1906, oder
9. die Tätigkeit im Rahmen von internationalen Aus- und Weiterbildungs- oder Forschungsprogrammen an Universitäten im Sinne des Universitätsgesetzes 2002, BGBl. I Nr. 120/2002, an pädagogischen Hochschulen im Sinne des Hochschulgesetzes 2005, BGBl. I Nr. 30/2006, oder Fachhochschulen im Sinne des Fachhochschul-Studiengesetzes, BGBl. Nr. 340/1993.

(6) Dieses Bundesgesetz findet auf vorübergehende Konzernentsendungen im Sinne der Entsenderichtlinie einer besonderen Fachkraft nach Österreich innerhalb eines Konzerns im Sinne des § 15 AktG und des § 115 GmbHG, die insgesamt zwei Monate je Kalenderjahr nicht übersteigen dürfen, keine Anwendung, wenn die Einsätze konzernintern

1. zum Zweck der Forschung und Entwicklung, der Abhaltung von Ausbildungen durch die Fachkraft, der Planung der Projektarbeit oder
2. zum Zweck des Erfahrungsaustausches, der Betriebsberatung, des Controlling oder der Mitarbeit im Bereich von für mehrere Länder zuständigen Konzernabteilungen mit zentraler Steuerungs- und Planungsfunktion

erfolgen.

Wahrer wirtschaftlicher Gehalt – Beurteilungsmaßstab

§ 2. (1) Für die Beurteilung, ob ein Arbeitsverhältnis, eine grenzüberschreitende Entsendung oder Überlassung im Sinne dieses Bundesgesetzes vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend.

(2) Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, sind insbesondere § 4 Abs. 2 AÜG oder vergleichbare österreichische Rechtsvorschriften maßgebend.

(3) Das Vorliegen einer Entsendung im Sinne dieses Bundesgesetzes setzt nicht den Abschluss eines Dienstleistungsvertrages zwischen einem Arbeitgeber ohne Sitz in Österreich und einem im Inland tätigen Dienstleistungsempfänger voraus.

## 4. Abschnitt
## Formale Verpflichtungen bei grenzüberschreitendem Arbeitseinsatz
## Meldepflicht bei Entsendung oder Überlassung aus einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft

§ 19. (1) Arbeitgeber und Überlasser mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft haben die Beschäftigung von nach Österreich entsandten Arbeitnehmern und nach Österreich überlassenen Arbeitskräften zu melden. Die Meldung hat für jede Entsendung oder Überlassung gesondert zu erfolgen. Nachträgliche Änderungen bei den Angaben gemäß Abs. 3 oder Abs. 4 sind unverzüglich zu melden. Ein Beschäftiger, der einen Arbeitnehmer zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsendet, gilt in Bezug auf die Meldepflichten nach diesem Absatz und den Abs. 2 und 3 als Arbeitgeber.

(2) Die Entsendung oder Überlassung im Sinne des Abs. 1 ist vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle zu melden. Im Fall von mobilen Arbeitnehmern im Transportbereich ist die Meldung vor der Einreise in das Bundesgebiet zu erstatten. Die Meldung hat ausschließlich automationsunterstützt über die elektronischen Formulare des Bundesministeriums für Finanzen zu erfolgen. Arbeitgeber haben im Fall einer Entsendung der Ansprechperson nach § 23 oder, sofern nur ein Arbeitnehmer entsandt wird, diesem die Meldung in Abschrift auszuhändigen oder in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen.

(3) Die Meldung nach Abs. 1 hat für jede Entsendung gesondert zu erfolgen und hat folgende Angaben zu enthalten; nachträgliche Änderungen bei den Angaben sind unverzüglich zu melden:

1. Name, Anschrift und Gewerbeberechtigung oder Unternehmensgegenstand des Arbeitgebers im Sinne des Abs. 1, Umsatzsteueridentifikationsnummer,
2. Name und Anschrift der zur Vertretung nach außen Berufenen des Arbeitgebers,
3. Name und Anschrift der Ansprechperson nach § 23 aus dem Kreis der nach Österreich entsandten Arbeitnehmer oder der in Österreich niedergelassenen zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugten Personen (§ 21 Abs. 2 Z 4),
4. Name und Anschrift des (inländischen) Auftraggebers (Generalunternehmers),
5. die Namen, Anschriften, Geburtsdaten, Sozialversicherungsnummern und zuständigen Sozialversicherungsträger sowie die Staatsangehörigkeit der nach Österreich entsandten Arbeitnehmer,
6. Zeitraum der Entsendung insgesamt sowie Beginn und voraussichtliche Dauer der Beschäftigung der einzelnen Arbeitnehmer in Österreich, Dauer und Lage der vereinbarten Normalarbeitszeit der einzelnen Arbeitnehmer,
7. die Höhe des dem einzelnen Arbeitnehmer nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts und Beginn des Arbeitsverhältnisses beim Arbeitgeber,
8. Ort (genaue Anschrift) der Beschäftigung in Österreich (auch andere Einsatzorte in Österreich),
9. in den Fällen des § 21 Abs. 2 Angabe der Person (genaue Anschrift) oder der Zweigniederlassung (genaue Anschrift), bei der die Meldeunterlagen und Lohnunterlagen bereitgehalten werden,
10. die Art der Tätigkeit und Verwendung des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung des maßgeblichen österreichischen Kollektivvertrages,
11. sofern für die Beschäftigung der entsandten Arbeitnehmer im Sitzstaat des Arbeitgebers eine behördliche Genehmigung erforderlich ist, jeweils die

ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung,

12. sofern die entsandten Arbeitnehmer im Sitzstaat des Arbeitgebers eine Aufenthaltsgenehmigung benötigen, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung.

(4) Die Meldung nach Abs. 1 hat für jede Überlassung gesondert zu erfolgen und hat folgende Angaben zu enthalten; nachträgliche Änderungen bei den Angaben sind unverzüglich zu melden:

1. Name und Anschrift des Überlassers,
2. Name und Anschrift des zur Vertretung nach außen Berufenen des Überlassers,
3. Name und Anschrift des Beschäftigers sowie dessen Umsatzsteueridentifikationsnummer und dessen Gewerbebefugnis oder Unternehmensgegenstand,
4. Name, Anschriften, Geburtsdaten, Sozialversicherungsnummern und Sozialversicherungsträger sowie Staatsangehörigkeit der überlassenen Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlichen Personen,
5. Beginn und voraussichtliche Dauer der Beschäftigung der einzelnen überlassenen Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Personen beim Beschäftiger,
6. Orte der Beschäftigung, jeweils unter genauer Angabe der Anschrift, in Österreich,
7. in den Fällen des § 21 Abs. 3 Angabe der Person (genaue Anschrift) oder der Zweigniederlassung (genaue Anschrift), bei der die Meldeunterlagen und Lohnunterlagen bereitgehalten werden,
8. Höhe des jedem einzelnen Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlichen Person nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts,
9. Art der Tätigkeit und Verwendung der einzelnen Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlichen Personen unter Berücksichtigung des maßgeblichen österreichischen Kollektivvertrages,
10. sofern für die Beschäftigung der überlassenen Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlichen Personen im Sitzstaat des Überlassers eine behördliche Genehmigung erforderlich ist, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung,
11. sofern die überlassenen Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlichen Personen im Sitzstaat des Überlassers eine Aufenthaltsgenehmigung benötigen, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung.

(5) Ist in Erfüllung eines Dienstleistungsvertrages, eines Dienstverschaffungsvertrages oder innerhalb eines Konzerns im Sinne des § 15 AktG und des § 115 GmbHG der wiederholte grenzüberschreitende Einsatz von Arbeitnehmern vereinbart, kann abweichend von Abs. 1 und Abs. 2 vor der erstmaligen Arbeitsaufnahme eine Meldung der Entsendungen oder Überlassungen in Bezug auf einen inländischen Auftraggeber oder Beschäftiger jeweils für einen Zeitraum von bis zu drei Monaten erstattet werden.

(6) Erfasst der grenzüberschreitende Einsatz des Arbeitnehmers die Erfüllung von mit mehreren Auftraggebern geschlossenen gleichartigen Dienstleistungsverträgen, können in der Meldung nach Abs. 1 alle Auftraggeber angeführt werden, sofern die Erfüllung der Dienstleistungsverträge in einem engen örtlichen und zeitlichen Zusammenhang erfolgt.

(7) Die Meldung der Entsendung nach Abs. 1 von mobilen Arbeitnehmern im Transportbereich hat ausschließlich nach diesem Absatz für jeweils einen Zeitraum von sechs Monaten zu erfolgen und hat folgende Angaben zu enthalten; nachträgliche Änderungen bei den Angaben sind unverzüglich zu melden:

1. Name, Anschrift und Gewerbeberechtigung oder Unternehmensgegenstand des Arbeitgebers im Sinne des Abs. 1, Umsatzsteueridentifikationsnummer,
2. Name und Anschrift der zur Vertretung nach außen Berufenen des Arbeitgebers,
3. sofern nicht der jeweilige Lenker des Kraftfahrzeuges Ansprechperson ist (§ 23 zweiter Satz), Name und Anschrift der Ansprechperson nach § 23 aus dem Kreis der in Österreich niedergelassenen zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugten Personen (§ 21 Abs. 2 Z 4), hinsichtlich von Ansprechpersonen bei anderen Transportmitteln gilt Abs. 3 Z 3,
4. die Namen, Anschriften, Geburtsdaten, Sozialversicherungsnummern und zuständigen Sozialversicherungsträger sowie die Staatsangehörigkeit der nach Österreich innerhalb des Meldezeitraums voraussichtlich in Österreich tätigen Arbeitnehmer,
5. behördliche Kennzeichen der von den in der Z 4 genannten Arbeitnehmern gelenkten Kraftfahrzeuge,
6. die Höhe des dem einzelnen Arbeitnehmer nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts und Beginn des Arbeitsverhältnisses beim Arbeitgeber,
7. die Art der Tätigkeit und Verwendung des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung des maßgeblichen österreichischen Kollektivvertrages,
8. sofern für die Beschäftigung der entsandten Arbeitnehmer im Sitzstaat des Arbeitgebers eine behördliche Genehmigung erforderlich ist, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung,
9. sofern die entsandten Arbeitnehmer im Sitzstaat des Arbeitgebers eine Aufenthaltsgenehmigung benötigen, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung.

## Bereithaltung von Meldeunterlagen, Sozialversicherungsunterlagen und behördlicher Genehmigung

§ 21. (1) Arbeitgeber mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft haben folgende Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort im Inland während des Entsendezeitraums 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:

1. Unterlagen über die Anmeldung des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, oder Sozialversicherungsdokument A 1 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 A 1, und Bestätigung des zuständigen Sozialversicherungsträgers, dass der Arbeitnehmer für die Dauer der Entsendung der ausländischen Sozialversicherung unterliegt) bereitzuhalten;

2. die Meldung gemäß § 19;
3. die behördliche Genehmigung der Beschäftigung der entsandten Arbeitnehmer im Sitzstaat des Arbeitgebers gemäß § 19 Abs. 3 Z 11 oder Abs. 7 Z 8, sofern eine solche erforderlich ist.

Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die erforderlichen Unterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten oder in elektronischer Form zugänglich zu machen. Bei mobilen Arbeitnehmern im Transportbereich sind die vorgenannten Unterlagen bereits ab Einreise in das Bundesgebiet im Fahrzeug bereitzuhalten oder in elektronischer Form zugänglich zu machen. Ein Beschäftiger, der einen Arbeitnehmer zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsendet, gilt in Bezug auf die Verpflichtung nach dieser Bestimmung als Arbeitgeber.

Bereithaltung von Lohnunterlagen

§ 22. (1) Arbeitgeber im Sinne der §§ 3 Abs. 2, 8 Abs. 1 oder 19 Abs. 1 haben während der Dauer der Beschäftigung (im Inland) oder des Zeitraums der Entsendung insgesamt (§ 19 Abs. 3 Z 6) den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel im Sinne der Richtlinie 91/533 des Rates über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des dem entsandten Arbeitnehmer für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache, ausgenommen den Arbeitsvertrag, am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten oder diese den Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich zu machen, auch wenn die Beschäftigung des einzelnen Arbeitnehmers in Österreich früher geendet hat. Der Arbeitsvertrag ist entweder in deutscher oder in englischer Sprache bereitzuhalten. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die Lohnunterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten oder in elektronischer Form zugänglich zu machen. Ein Beschäftiger, der einen Arbeitnehmer zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsendet, gilt in Bezug auf die Verpflichtung nach dieser Bestimmung als Arbeitgeber. § 21 Abs. 2 findet sinngemäß Anwendung.

Verstöße im Zusammenhang mit den Melde- und Bereithaltungspflichten bei Entsendung oder Überlassung

§ 26. (1) Wer als Arbeitgeber oder Überlasser im Sinne des § 19 Abs. 1

1. die Meldung oder die Meldung über nachträgliche Änderungen bei den Angaben (Änderungsmeldung) entgegen § 19 nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erstattet oder

2. in der Meldung oder Änderungsmeldung vorsätzlich unrichtige Angaben erstattet oder
3. 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,

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.

Nichtbereithalten der Lohnunterlagen

§ 28. Wer als

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

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jeden Arbeitnehmer mit einer Geldstrafe von 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Wiederholungsfall von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer betroffen, für jeden Arbeitnehmer mit einer Geldstrafe von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Wiederholungsfall von 4 000 Euro bis 50 000 Euro zu bestrafen.“

IV.2. Rechtliche Beurteilung:

a.) S M, K M, H L, M und L:

Hinsichtlich dieser fünf Personen ging bereits die belangte Behörde im angefochtenen Straferkenntnis (sh. Seite 6) von einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis zum Bf bzw. dessen Firma aus. Das Finanzamt spricht schon im zu Grunde liegenden Strafantrag davon, dass diese Arbeitnehmer (ebenso wie die beiden beim Bf angestellten Dienstnehmer N und S) im Auftrag des deutschen Unternehmens H G GmbH nach Österreich zur Arbeitsleistung entsandt wurden.
Diese Diktion bringt genau die von der belangten Behörde festgestellte Arbeitnehmerähnlichkeit dieser Personen zum Ausdruck: Nach § 3 Abs. 4 Arbeitskräftüberlassungsgesetz (AÜG) sind arbeitnehmerähnlich Personen, die, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wirtschaftlich unselbständig sind. Der Einwand des Vertreters der Finanzpolizei in der mündlichen Verhandlung, dass seitens des Finanzamtes nie eine Arbeitnehmerähnlichkeit angenommen worden wäre, geht demnach ins Leere.

Unstrittig wurde bei diesen fünf Personen von allen Verfahrensparteien nie ein Dienstverhältnis zum Bf bzw. dessen Firma angenommen, weiter wurde unbestrittenermaßen immer eine Entsendung dieser Personen zu Grunde gelegt.

Die Firma x wurde vom Bf bzw. dessen Firma vertraglich verpflichtet, die Kabeltrassen beim gegenständlichen Bauprojekt zu verlegen. Bei diesem Werk (Verlegung von Kabeltrassen) handelt es sich um einen gewährleistungstauglichen Erfolg. Eine Abnahmebescheinigung und ein Gewährleistungsverzeichnis wurden vorgelegt. Sowohl Herr S, als auch Herr K sind der Firma x zuzurechnen. Sie haben im Personenblatt jeweils angegeben, dass sie die Arbeitsanweisungen von der x G B (M K) erhalten und wurden im Rahmen der Kontrolle auch tatsächlich bei der Verlegung von Kabeltrassen angetroffen. Diese Kabeltrassenverlegearbeiten sind von den Arbeiten der beim Bf angestellten Dienstnehmer abzugrenzen. Die beim Bf angestellten Herren S und N schlossen nämlich die Unterverteilungen an und führten den Leitungszug für die Deckenbeleuchtung aus. M S und M K arbeiteten mit ihrem eigenen Werkzeug (Bohrmaschine, Schrauber, Zollstock,…), nur die Arbeitsbühne wurde vom Bf zur Verfügung gestellt. Das für die Kabeltrassenverlegung benötigte Material wurde von der x G GmbH & Co KG zur Verfügung gestellt. Aufgrund der der Firma x übergebenen Montagepläne arbeiteten die Herren S und K eigenständig. Lediglich wenn bei den verschiedenen Arbeiten Koordinationsprobleme auftraten, schritten die Arbeitnehmer des Bf ein. Abgerechnet wurde der Auftrag laut den vorgelegten Unterlagen zu einem vereinbarten Gesamtpreis.

Auch bei den mit der Firma W Personalmanagement durch Rahmenwerkvertrag und Teilleistungsvertrag vereinbarten Montagearbeiten der Deckenleuchten, der Brandmelde-, Einbruchsmelde- und Beschallungsanlage handelt es sich um einen gewährleistungstauglichen Erfolg. Diese genannten konkreten Montagearbeiten wurden von den Herren H L, M und L durchgeführt. Sie sind der Firma W P s.r.o. zuzurechnen, da sie ihrerseits wiederum Verträge mit der Firma W P s.r.o. geschlossen haben. Die von den Herren H ausgeführten Montagearbeiten sind auch von den oben genannten Arbeiten der Dienstnehmer des Bf abzugrenzen. Abnahmebescheinigungen und Gewährleistungsverzeichnisse wurden vorgelegt. Die zu montierenden Anlagen wurden vom Kunden, die Leuchten von der Firma des Bf beigestellt. Auch diese Montagearbeiter haben mit ihrem eigenen Werkzeug (Ausnahme wiederum Arbeitsbühne - sh. oben) gearbeitet. Nach Übergabe des Montageplanes arbeiteten auch diese Arbeiter eigenständig. Abgerechnet wurde die Brandmeldeanlage mit der Firma W über einen vereinbarten Gesamtpreis und die anderen ausgeführten Gewerke (Einbruchmelde- und Beschallungsanlage sowie Deckenleuchtenmontage) auf Basis einer Einzelpreisliste. Diese Vorgehensweise entspricht auch der Bestimmung 1.4. des zugrundeliegenden Rahmen-Werkvertrages vom 28.3.2017. Da die genannten Auftragsarbeiten nach Aufführungsart und Umfang genau zu bestimmen sind, erfolgte eine pauschale Abrechnung und nicht nach Aufwand zu festen Stundensätzen.

Das jeweilige Subunternehmen hat selbst die Anzahl der einzusetzenden Arbeiter bestimmt. Dass die Pausenzeiten bei gleichzeitiger Anwesenheit aller genannten Arbeiter auf der gegenständlichen Baustelle vom Vorarbeiter S vorgegeben wurden, ist lebensnah, praktikabel und nachvollziehbar sowie vorteilhaft. Verfahrensgegenständlich kann daraus nicht auf das Vorliegen einer Dienst- und Fachaufsicht des Bf/seiner Dienstnehmer geschlossen werden.

Der Vorarbeiter S schritt nur bei auftretenden Koordinationsproblemen zwischen den einzelnen Gewerken auf der Baustelle ein. Weiters übermittelte er den auf der Baustelle von den beiden genannten Subunternehmen eingesetzten Arbeitern von Vertretern des Planungsbüros geäußerte Mängel. Ein allenfalls an die Firma des Bf übermitteltes Mängelprotokoll wurde vom Bf an die jeweilige Subfirma weitergeleitet. Da die Firma des Bf den Gesamtauftrag über sämtliche Elektroinstallationen auf der gegenständlichen Baustelle übernommen hat, wurde von den eingesetzten Dienstnehmern des Bf auf der Baustelle geschaut, ob irgendwelche Fehler aufgetreten sind. Diese laufende Kontrolle der Arbeiten ist für die Geltendmachung von Mängelrügen selbstverständlich und es bei den jeweils an die Subunternehmen vergebenen Montagearbeiten auch lebensnah und nachvollziehbar, dass diese laufend zu erfolgen haben. Verfahrensgegenständlich kann daraus nicht auf das Vorliegen einer Dienst- und Fachaufsicht durch die Firma des Bf geschlossen werden.

Es ist daher auch auf Grund des wahren wirtschaftlichen Sachverhaltes bezüglich der genannten Personen von Entsendung auf der Basis von Werkverträgen auszugehen, wie dies übrigens auch die belangte Behörde, dem Strafantrag des Finanzamtes (Finanzpolizei) folgend, ihren Feststellungen zu Grund gelegt hat.

Weiters wurde ein direktes Arbeitsverhältnis zur deutschen Firma des Bf weder von Seiten der Finanzpolizei noch von der belangten Behörde (siehe Begründung … „somit steht fest, dass in Betrachtung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes es sich um ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis handelt“) nie behauptet. Es haben sich aufgrund der Sachverhaltsfeststellungen und in der mündlichen Verhandlung keinerlei Anhaltspunkte ergeben, dass Kriterien einer persönlichen Abhängigkeit zur Firma des Bf noch eine Eingebundenheit in die Arbeits-/Betriebsorganisation in die Firma des Bf vorliegen.

Der Geltungsbereich des LSD-BG stellt nicht unmittelbar auf Arbeitnehmer ab, sondern auf „Arbeitsverhältnisse, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen.“ Arbeitnehmer/Dienstnehmer im Sinne des Arbeitsvertragsrechts ist, wer sich aufgrund eines Arbeitsvertrages dem Arbeitgeber gegenüber zur Arbeitsleistung verpflichtet. Das Arbeitsverhältnis ist ein Dauerschuldverhältnis. Es hat die Erbringung von Arbeitsleistungen zum Ziel und wird durch einen schriftlichen, mündlichen oder durch schlüssige Handlungen abgeschlossenen Arbeitsvertrag begründet. Wesentliche Merkmale eines Arbeitsverhältnisses sind

die persönliche Abhängigkeit (Einordnung in den betrieblichen Organisationsbereich, Weisungsgebundenheit, Kontrolle, disziplinäre Verantwortung, persönliche Dienstleistungspflicht), wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers und Anspruch auf Entgelt. § 4 Abs. 2 ASVG stellt auf ein Überwiegen der Merkmale persönlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit ab. Wie bereits erwähnt haben sich im durchgeführten Beweisverfahren keinerlei Anhaltspunkte für eine persönliche oder wirtschaftliche Abhängigkeit ergeben.

Sowohl von der belangten Behörde als auch von der Finanzpolizei im Strafantrag wird dem Bf dagegen angelastet, dass er die genannten Personen lediglich als arbeitnehmerähnliche Personen beschäftigt bzw. im Auftrag des Unternehmens des Bf zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt hat ohne die erforderlichen Dokumente gem. LSD-BG bereitgehalten zu haben.

Strittig ist folglich hinsichtlich der fünf genannten Personen, ob auch entsandte arbeitnehmerähnliche Personen grundsätzlich vom Geltungsbereich des LSD-BG erfasst sind.

Sofern der Bf gegen diesen Tatvorwurf einwendet, dass entsandte Personen ohne Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses vom Geltungsbereich des LSD-BG nicht erfasst sind, ist dieser damit im Recht:

Das LSD-BG enthält zwar keine Legaldefinition des Begriffes „Arbeitnehmer“, definiert aber in § 1 leg. cit. grundsätzlich den Geltungsbereich dieses Gesetzes mit „Arbeitsverhältnissen, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen“. Im LSD-BG-Kommentar, LexisNexis, Schrank F./Schrank V./Linkmayr, ist in den Anmerkungen zu § 1 LSD-BG unter anderem Folgendes ausgeführt:
„Arbeitsverhältnisse meinen und erfassen im Sinne des hier gebotenen arbeitsvertragsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs jene Vertragsverhältnisse, deren Leistungsgegenstand und Ablaufgestaltungen die persönlich fremdbestimmte Erbringung von Arbeit durch Arbeitnehmer ist. Auch Arbeitsverhältnisse sind freilich ein unscharfer Typusbegriff, dessen Vorliegen in Zweifelsfällen im Wege der Gesamtbeurteilung nach dem beweglichen System zu beurteilen ist. Dies, so § 2, unter Bedachtnahme auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (Rz 6). Persönlich vorwiegend selbstständig freie Dienstverträge bzw. Dienstverhältnisse freier Dienstnehmer sind nach Abs. 1 Z 1 LSD-BG unzweifelhaft nicht erfasst (Rz 8). Die Geltungsbereichsbestimmung der Z 2 durch den Verweis auf § 3 Abs. 4 AÜG scheint insofern eine bedingte Erweiterung des persönlichen Geltungsbereichs zu normieren, als bei Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte schon bloße Arbeitnehmerähnlichkeit genügt. Die Überlassung wirtschaftlich abhängiger freier Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG ist daher nicht nur vom AÜG erfasst, sondern unterliegt auch dem LSD-BG (Rz 9). Nicht erfasst sind Arbeitsleistungen

im Rahmen wirksamer anderer Vertragstypen oder anderer Rechtsgrundlagen als Arbeitsverhältnisse, ... (Rz 10). Zu beachten ist, dass nach § 2 für die Beurteilung, ob eine Überlassung vorliegt, insbesondere § 4 Abs. 2 AÜG für maßgebend erklärt wird (Rz 18) Die besondere Geltungsbereichserfassung der Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte überrascht insofern, als diese typischerweise und im Regelfall Arbeitnehmer sind, die schon nach Z 1 dem LSD-BG unterliegen. Dass sich der Gesetzgeber darauf (nicht zuletzt auch im grenzüberschreitenden Kontext) nicht verlassen und ihre Einbeziehung jedenfalls absichern möchte, macht die weitere ausdrückliche Präzisierung iSd § 3 Abs. 4 AÜG deutlich, nach dessen 1. Satz für den Überlassungskontext schon Arbeitnehmerähnlichkeit genügt. Diese Arbeitnehmerähnlichkeit erfülle nach dessen 2. Satz auch „Personen, die, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wirtschaftlich unselbstständig sind.“ Damit können im Überlassungsfall auch arbeitnehmerähnliche wirtschaftlich unselbstständige freie Dienstnehmer dem LSD-BG unterliegen (Rz 19).

Folglich wurde die Geltungsbereichserweiterung des LSD-BG hinsichtlich arbeitnehmerähnlichen Personen gemäß § 1 Abs. 1 Z 2 LSD-BG ausdrücklich nur für den Fall des Vorliegens einer Arbeitskräfteüberlassung festgelegt.

Wie bereits weiter oben festgestellt, hat das abgeführte Beweisverfahren nicht ergeben, dass die genannten Personen in einem Arbeitsverhältnis zur Firma des Bf gestanden sind oder diese als überlassene Arbeitskräfte zum Einsatz gelangten. Davon ist auch bereits die belangte Behörde – den Feststellungen im Strafantrag folgend – ausgegangen, zumal sie im angefochtenen Bescheid auf Seite 8 ausdrücklich feststellte: „Somit steht fest, dass es sich in Betrachtung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes um ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis handelt.“ Aufgrund der Ausführungen zum Geltungsbereich des LSD-BG war der Beschwerde hinsichtlich der fünf auf der gegenständlichen Baustelle eingesetzten Arbeiter (Spruchpunkt 3.-7. des angefochtenen Straferkenntnisses) zu folgen und die Spruchpunkte 3.-7. des angefochtenen Straferkenntnisses aufzuheben und diesbezüglich das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

b.) S B F und N E:

Diese beiden Arbeiter waren bei der deutschen Firma des Bf zur Sozialversicherung gemeldet und standen somit in einem Arbeitsverhältnis zur H G GmbH. Für diese beiden Dienstnehmer wurden am Kontrollort keine Lohnunterlagen bereitgehalten oder elektronisch zugänglich gemacht. Diese Tatsache wurde auch vom Bf nicht bestritten.
Hinsichtlich dieser beiden Personen steht unstrittig fest, dass diese in einem Arbeitsverhältnis zur Firma des Bf gestanden sind. Um die Unterverteilungen und den Leitungszug für die Deckenbeleuchtung auf der gegenständlichen Baustelle vornehmen zu können, wurden diese beiden Arbeitnehmer von der Firma des Bf

zur Erbringung dieser Arbeitsleistung nach Österreich entsandt. Vom Bf wurde auch nicht behauptet, dass die genannten Urkunden den Kontrollorganen vorgelegt bzw. zugänglich gemacht wurden, insofern hat der Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma H G GmbH und somit als gem. § 9 Abs. 1 VStG zu Vertretung nach außen Berufener die ihm angelastete Verwaltungsübertretung hinsichtlich dieser beiden Personen in objektiver Hinsicht zu verantworten.

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. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachen-vorbringen und durch Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die „Glaubhaftmachung“ nicht.

Der Bf verantwortet sich damit, dass die Lohnunterlagen umgehend am Tag nach der Kontrolle vorgelegt worden wären.

Dem Bf als Unternehmer obliegt es, sich über die rechtlichen Voraussetzungen und faktischen Umstände seiner Tätigkeit ausreichend zu informieren. Er hat sich mit dem für die Beschäftigung von Arbeitnehmern einschlägigen Vorschriften, zu denen unter anderem auch solche der grenzüberschreitenden Entsendung von Personal zu zählen sind, vertraut zu machen. Dem Bf ist für das genannte Nichtvorliegen der Lohnunterlagen zumindest fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen. Ein Bereithalten der Lohnunterlagen am Arbeits(Einsatz)ort wäre dem Bf zumutbar gewesen. Ein entsprechendes Kontrollsystem, um solche Verwaltungsübertretungen (Bereithalten der Unterlagen oder Zugänglichmachung in elektronischer Form am Arbeits-Einsatzort) hintanzuhalten, wurde vom Bf nicht eingewendet. Dem Bf ist die Tat hinsichtlich seiner beiden Arbeitnehmer daher auch in subjektiver Hinsicht anzulasten.

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Nach § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren 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 Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des VwGH 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 der Entscheidung soweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs. 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

Die belangte Behörde hat ausgehend vom festgelegten erhöhten Strafrahmen (mehr als drei Arbeitnehmer) die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe verhängt. Da nunmehr die Strafbarkeit nur mehr hinsichtlich zwei Arbeitnehmern gegeben ist, sieht das Gesetz einen Strafrahmen von 1.000 Euro bis 10.000 Euro vor. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt, dass mit der nunmehr anzuwendenden Mindeststrafe von 1.000 Euro für jeden Arbeitnehmer das Auslangen gefunden wird.

Zur Nichtherabsetzung der Ersatzfreiheitsstrafe ist zunächst auf § 16 Abs.2 VStG zu verweisen, wonach die Ersatzfreiheitsstrafe das Höchstmaß der für die Verwaltungsübertretung angedrohten Freiheitsstrafe und, wenn keine Freiheitsstrafe angedroht und nicht anderes bestimmt ist, zwei Wochen nicht übersteigen darf. Die belangte Behörde hat eine Geldstrafe in Höhe von 2.000 Euro je Arbeitnehmer festgelegt, welche 10 % der Höchststrafe des erhöhten Strafrahmens in Geld beträgt. Beim nunmehr anzuwendende Strafrahmen (1.000 bis 10.000 Euro je Arbeitnehmer) beträgt die Mindeststrafe ebenfalls 10 % der nunmehrigen Höchststrafe, weshalb die Ersatzfreiheitsstrafe unter den aufgezeigten Voraussetzungen nicht herabzusetzen war.

Neben der bereits von der belangten Behörde festgestellten verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit des Bf sind auch im Beschwerdeverfahren keine zusätzlichen Milderungsgründe hervorgekommen.

In der Beschwerde wird u.a. die außerordentliche Strafmilderung eingewendet.

„Der unter der Überschrift ‚Außerordentliche Milderung der Strafe' stehende § 20 VStG lautet: ‚Überwiegen Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich oder ist der Beschuldigte ein Jugendlicher, so kann die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden.' Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 20 VStG, der für jene Fälle gedacht ist, in denen selbst eine Strafe, die der Untergrenze des Strafrahmens entspricht, zu hart wäre, ist unter anderem das ‚beträchtliche Überwiegen' der Milderungs- über die Erschwerungsgründe. Der jüngeren Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zufolge kann aus dem Nichtvorliegen von Erschwerungsgründen alleine nicht das Überwiegen der Milderungsgründe abgeleitet werden (vgl. VwGH 6.11.2002, 2002/02/0125). Der Milderungsgrund der verwaltungsrechtlichen Unbescholtenheit stellt nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch bei Fehlen von Erschwerungsgründen noch kein beträchtliches Überwiegen der Milderungsgründe über die Erschwerungsgründe im Sinn des § 20 VStG dar (vgl. etwa VwGH 12.12.2001, 2001/03/0298). Von der Anwendung des § 20 VStG war daher Abstand zu nehmen."

Der Bf wendet weiter ein, dass gegenständlich die Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG vorliegen.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG kann von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abgesehen und die Einstellung verfügt werden, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden gering sind. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde – nach dem Schlusssatz des § 45 Abs. 1 VStG – dem Beschuldigten in diesem Fall unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarere Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Von einem bloß geringfügigen Verschulden kann im gegenständlichen Fall nicht ausgegangen werden. Dazu wird auf die Ausführungen zum Verschulden in der rechtlichen Beurteilung verwiesen. Der Bf hat vielmehr den typischen Unrechts- und Schuldgehalt der ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretung - Nichtbereithaltung von Lohnunterlagen am Arbeits(Einsatz)ort- verwirklicht. Auch ein Kontrollsystem wurde nicht eingerichtet.

Aus den angeführten Gründen waren vom Landesverwaltungsgericht hinsichtlich der Dienstnehmer des Bf die nunmehr zur Anwendung kommenden Mindestgeldstrafen zu verhängen.

Weil die Beschwerde teilweise Erfolg hatte, entfällt die Verpflichtung zur Leistung eines Kostenbeitrages gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG. Der Kostenbeitrag für das Verfahren vor der belangten Behörde war entsprechend anzupassen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

V. 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. Die vorliegende Entscheidung gründet ferner auf der konkreten Vertragsauslegung der im Beschwerdeverfahren vorgelegten Vertragsunterlagen und der Beweiswürdigung der Aussage des Bf in der mündlichen Verhandlung. Somit ist ein konkreter Sachverhalt einer rechtlichen Beurteilung zu unterziehen. Bei der Auslegung von Verträgen handelt es sich stets um eine konkrete Beweiswürdigung sowie darauf aufbauende Beurteilung und im Ergebnis um eine nicht verallgemeinerungsfähige Einzelfallentscheidung. Außerdem ist die Rechtslage klar und eindeutig, dass arbeitnehmerähnliche Personen im Rahmen einer Entsendung vom Anwendungsbereich des LSD-BG nicht erfasst sind.

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

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

## H i n w e i s e

1. Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Saxinger