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-301947/6/BZ

Datum:
Linz, 31. Juli 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Zauner über die Beschwerde des K.G., K., X, vertreten durch S. Rechtsanwälte KG, L., X, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung vom 26. März 2018, GZ: SanRB96-31-2017, wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes

zu Recht:

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

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde, noch zum Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich 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 Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung (im Folgenden: belangte Behörde) vom 26. März 2018, GZ: SanRB96-31-2017, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 111 Abs. 1 Z 1 iVm § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) zwei Geldstrafen in der Höhe von jeweils 730 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit dieser Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 112 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von insgesamt 146 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„1) Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma F. GmbH in X, S., und somit als das gemäß § 9 VStG zur Vertretung nach außen berufene Organ und sohin strafrechtlich Verantwortlicher zu vertreten, dass die genannte Firma als DienstgeberIn nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung (vollversicherte) pflichtversicherte Person handelt, am 24.02.2017 um 11:05 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse zur Pflichtversicherung als vollversicherte Person angemeldet wurde. Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den/die Beschäftigte(n) vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.

Name: R.P., geb. x
Arbeitsantritt: 24.02.2017 11:05 Uhr
Beschäftigungsort: BVH Z., P.
Kontrollort: Gemeinde P., BVH Z.
Tatzeit: 24.02.2017, 11:05 Uhr
[...]

2) Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma F. GmbH in X, S., und somit als das gemäß § 9 VStG zur Vertretung nach außen berufene Organ und sohin strafrechtlich Verantwortlicher zu vertreten, dass die genannte Firma als DienstgeberIn nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung (vollversicherte) pflichtversicherte Person handelt, am 24.02.2017 um 11:05 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse zur Pflichtversicherung als vollversicherte Person angemeldet wurde. Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den/die Beschäftigte(n) vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.

Name: A.R., geb. x
Arbeitsantritt: 24.02.2017 11:05 Uhr
Beschäftigungsort: BVH Z., P.
Kontrollort: Gemeinde P., BVH Z.
Tatzeit: 24.02.2017, 11:05 Uhr“

In der Begründung führt die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass sich aus der Aktenlage ergebe, dass die Anmeldung bei der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse bis zur Anzeigelegung nicht erfolgt sei. Die angelastete Verwaltungsübertretung sei in objektiver Hinsicht erfüllt. Die Mitteilung, dass das Verfahren bei der OÖ Gebietskrankenkasse eingestellt worden sei, könne den Bf nicht von den angelasteten Übertretungen befreien, da die äußeren Umstände eindeutig auf eine Dienstnehmereigenschaft hindeuten würden, zumal bei einfachen manuellen Tätigkeiten – im vorliegenden Fall Montagearbeiten an Fenstern – , die keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum zulassen, vom Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit und somit von einem Dienstverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG auszugehen sei. Die Übertretungen seien dem Bf auch in subjektiver Hinsicht zuzurechnen. Abschließend legt die belangte Behörde ihre für die Strafbemessung herangezogenen Gründe dar.

I.2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vom Bf rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 4. Mai 2018, mit der die ersatzlose Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens, in eventu die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und die Zurückverweisung der Verwaltungsstrafsache zur Verfahrensergänzung an die belangte Behörde beantragt werden.

Begründend wurde zusammengefasst im Wesentlichen ausgeführt, dass es unrichtig sei, dass Montagearbeiten an Fenstern einfache manuelle Tätigkeiten seien, die keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum zulassen. Personen, die für den Einbau von Fenstern verantwortlich seien, müssten in der Lage sein, einen Plan zu lesen, die Einbaudetails, die Detailzeichnungen, müssten Positionen richtig zuordnen, die Öffnungsrichtungen der Fenster am Plan erfassen und auch richtig einbauen können. Die Elemente müssten auf die richtige Flucht und Höhe gemäß den Detailplänen gesetzt werden. Darüber hinaus hätten die ausführenden Personen eine Prüfpflicht, ob andere Gewerke, auf die aufgesetzt wird, plan-konform ausgeführt seien, so z.B. ob ein Glattanstrich vorhanden sei, wenn ein derartiger auf dem Plan aufscheine. Die Montagedetails seien darüber hinaus zu berücksichtigen. Auch die Schadensgalerie bei einzubauenden Fenstern sei umfangreich und reiche von einer mangelhaften Montage und mangelhaften Bauanschlüssen hin zur Bauphysik und Schimmel, Sicherheit und Gläser sowie Produktmängel. Bei der Montage von Fenstern handle es sich sohin entgegen den Ausführungen der belangten Behörde um keine einfachen manuellen Tätigkeiten, sodass aus diesem Kriterium nicht auf ein Beschäftigungsverhältnis geschlossen werden könne.

Weiters sei E.R. zu keinem Zeitpunkt Vorarbeiter bei der F. GmbH gewesen. Sohin sei auch denkunmöglich, dass die beiden angetroffenen Arbeiter von der F. GmbH über den „Vorarbeiter“ E.R. Anweisungen erhalten haben. So diese E.R. im

Krankheitsfall verständigen, würden sie ebenfalls keinen wie immer gearteten Kontakt zur F. GmbH haben, zumal E.R. diesem Unternehmen dienstrechtlich nicht zugehörig sei.
Auch das von den Arbeitern verwendete Werkzeug sei nicht der F. GmbH eigentümlich und hätten die beiden für den Monat November 2016 auch nicht jeweils 2.000 Euro erhalten.
Vielmehr sei von folgendem Sachverhalt auszugehen: Die beiden Arbeiter hätten bestätigt, dass sie in der Slowakei ein Gewerbe angemeldet und selbstständig erwerbstätig seien. Gleiches gelte auch für E.R. Darüber hinaus hätte die F. GmbH Bestätigungen slowakischer Steuerberater eingeholt, wonach diese die Unternehmer R.P. und A.R. abgabenrechtlich betreuen würden. R.P. sei im inkriminierten Zeitraum gemäß Montagebestellung mit zwei Bauvorhaben beauftragt worden und hätte dafür einen Werklohn in der Höhe von 4.117,50 Euro erhalten. A.R. wäre im inkriminierten Zeitraum beauftragt worden, bei fünf Bauvorhaben Arbeiten zu verrichten und wäre der Werklohn in Höhe von 6.457,50 Euro fakturiert und angewiesen worden. Beide Arbeiter seien nicht als Dienstnehmer beschäftigt worden.

Schließlich würden auch A1-Bescheinigungen vorliegen. Laut der für R.P. vom slowakischen Sozialversicherungsträger am 25.5.2015 ausgestellten Bescheinigung übe dieser eine selbstständige Tätigkeit aus und werde voraussichtlich für die Zeit vom 15.5.2015 bis 14.5.2017 für die F. GmbH tätig sein und unterliege den sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften der Slowakei. Laut der für A.R. vom slowakischen Sozialversicherungsträger am 25.5.2016 ausgestellten Bescheinigung übe dieser eine selbstständige Tätigkeit aus und werde voraussichtlich für die Zeit vom 17.5.2016 bis 16.5.2018 für die F. GmbH tätig sein und unterliege den sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften der Slowakei. Dieser Sachverhalt würde sich aus dem Akteninhalt ergeben und unstrittig sein.
Der Bf hat in der Folge auf die Entscheidung des Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vom 29.4.2015, LVwG-300530/GS/BZ, und die in dieser Entscheidung dargestellte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 23.5.2012, 2009/08/0204 sowie VwGH 26.3.2011, 2010/08/0231) verwiesen und ausgeführt, dass in Zusammenschau mit der zitierten Rechtsprechung eine Bindung an diese im Verfahren vorgelegten A1-Bescheinigungen bestehe.
An der Richtigkeit der den Bescheinigungen zugrundeliegenden Sachverhalte bestehe kein Zweifel, sodass kein Grund vorliegen würde, wonach eine Anstrengung eines Verfahrens vor der Verwaltungskommission für die soziale Sicherheit der Wanderarbeiter gerechtfertigt wäre. Daran würde auch der Umstand nichts ändern, dass in den Bescheinigungen angegeben sei, dass die selbstständig erwerbstätigen Personen entsandt wurden.
Die slowakischen Personen seien jedenfalls in den in Rede stehenden Zeiträumen in Österreich nicht der Pflichtversicherung unterlegen und hätte die F. GmbH demnach keine Pflicht getroffen, diese zur Sozialversicherung anzumelden.

Ein ähnlich gelagerter Fall wäre auch vom UVS OÖ mit Erkenntnis vom 28.3.2012, VwSen-252837/9/Py/Hu, ident entschieden worden.

I.3. Mit Schreiben vom 14. Mai 2018 hat die belangte Behörde die Beschwerde samt ihrem Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt.
Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch Einzelrichterin zu entscheiden.

II.1. Im Zuge der Beschwerdemitteilung an das Finanzamt wurde auch auf die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und die Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit sowie auf die dazu ergangene Rechtsprechung des EuGH (EuGH 10.2.2000, C-202/97, Fitzwilliam FTF; EuGH 30.3.2000, C-178/97 Banks ua.; EuGH 27.4.2017, C-620/15 A-Rosa Flussschiff GmbH sowie jüngst EuGH 6.2.2018, C-359/16 Altun) hingewiesen. Weiters wurde mitgeteilt, dass das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich aufgrund der Aktenlage von dem unter II.3. angeführten Sachverhalt ausgeht und dass beabsichtigt ist, auf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung zu verzichten.

Im Rahmen des gewährten Parteiengehörs hat das Finanzamt zusammengefasst mitgeteilt, dass es sich ihrer Ansicht nach bei der Betrachtung nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt um Dienstnehmer iSd § 4 Abs. 2 ASVG (persönliche, wirtschaftliche Abhängigkeit gegen Entgelt) handelt und das Unternehmen des Beschuldigten Dienstgeber der angezeigten Arbeiter gemäß § 35 ASVG sei. Weiters würde einer Anwendung des § 45 VStG (Einstellung bzw. Ermahnung nicht zugestimmt werden.

Die belangte Behörde hat im Rahmen des Parteiengehörs keine Stellungnahme abgegeben.

II.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme. Von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 2 VwGVG abgesehen werden, da bereits aufgrund der Aktenlage feststand, dass der angefochtene Bescheid aufzuheben ist. Im Übrigen haben weder das Finanzamt noch die belangte Behörde aufgrund der Mitteilung, dass beabsichtigt ist von der Durchführung einer Verhandlung abzusehen, eine solche beantragt.

II.3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem relevanten Sachverhalt aus:

Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der F. GmbH mit Sitz in S., X.

Anlässlich einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei am 24. Februar 2017 um 11:05 Uhr auf der Baustelle BVH Z. in P. wurden die slowakischen Staatsangehörigen R.P., geb. x, und A.R., geb. x, bei Montagearbeiten an Fenstern angetroffen.

Die slowakischen Arbeiter waren in Österreich nicht zur Sozialversicherung angemeldet.

Für R.P. wurde eine Übersetzung eines Zeugnisses über die Gewerbebefugnis zur Ausübung des Meldegewerbes 1. Ausbauarbeiten bei Realisierung von Exterieuren und Interieuren und 2. Vorrichtungsarbeiten zur Realisierung von Bauten, mit der Entstehung der Gewerbebefugnis jeweils mit 20. Februar 2015, ausgestellt vom Bezirksamt V. K. am 19. Februar 2015, vorgelegt.

Für A.R. wurde eine Übersetzung eines Zeugnisses über die Gewerbebefugnis zur Ausübung des Meldegewerbes 1. Vorrichtungsarbeiten zur Realisierung von Bauten, 2. Realisierung von Bauten und deren Änderungen, 3. Ausbauarbeiten bei Realisierung von Interieuren und Exterieuren, 4. Reinigungs- und Aufräumungsarbeiten, mit der Entstehung der Gewerbebefugnis jeweils mit 5. Februar 2016, ausgestellt vom Bezirksamt V. K. am 5. Februar 2016, vorgelegt.

Mit dem am 25. Mai 2015 vom slowakischen Sozialversicherungsträger ausgestellten A1-Formular wird R.P. bescheinigt, dass er für den Zeitraum vom 15. Mai 2015 bis 14. Mai 2017 als selbstständig erwerbstätige Person eine Erwerbstätigkeit bei der F. GmbH in S., X, ausübt und für die Dauer der Tätigkeit die sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften der Slowakei gelten.

Mit dem am 25. Mai 2016 vom slowakischen Sozialversicherungsträger ausgestellten A1-Formular wird A.R. bescheinigt, dass er für den Zeitraum vom 17. Mai 2016 bis 16. Mai 2018 als selbstständig erwerbstätige Person eine Erwerbstätigkeit bei der F. GmbH in S., X, ausübt und für die Dauer der Tätigkeit die sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften der Slowakei gelten.

Es wurden auch Bestätigungen einer slowakischen Steuerberaterin bzw. einer slowakischen Buchhalterin vorgelegt, worin diese bestätigen, für die in Rede stehenden Arbeiter in der Slowakei tätig zu sein.

II.4. Die Sachverhaltsfeststellungen ergeben sich widerspruchsfrei aus dem vorliegenden Verwaltungsakt und den vorliegenden Unterlagen und sind unstrittig. Auch im Rahmen des Parteiengehörs wurde der festgestellte Sachverhalt nicht angezweifelt.

III. Rechtliche Beurteilung:

III.1.1. Das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz (ASVG), BGBl Nr. 189/1955 in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl I Nr. 33/2017 lautet auszugsweise:

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

Nach § 3 Abs. 1 ASVG gelten als im Inland beschäftigt unselbständig Erwerbstätige, deren Beschäftigungsort (§ 30 Abs. 2) im Inland gelegen ist, selbständig Erwerbstätige, wenn der Sitz ihres Betriebes im Inland gelegen ist.

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

III.1.2. Die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden: VO 883/2004) lautet auszugsweise:

„TITEL II
BESTIMMUNG DES ANWENDBAREN RECHTS

Artikel 11
Allgemeine Regelung

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

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

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

a) eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats; [...]

Artikel 12
Sonderregelung

(1) [...]
(2) Eine Person, die gewöhnlich in einem Mitgliedstaat eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt und die eine ähnliche Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausübt, unterliegt weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Tätigkeit vierundzwanzig Monate nicht überschreitet."

Die Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden: DVO 987/2009) lautet auszugsweise:

„Artikel 5
Rechtswirkung der in einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten Dokumente und Belege

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

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

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

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

Artikel 14
Nähere Vorschriften zu den Artikeln 12 und 13 der Grundverordnung

[...]
(3) Bei der Anwendung von Artikel 12 Absatz 2 der Grundverordnung beziehen sich die Worte ‚eine Person, die gewöhnlich in einem Mitgliedstaat eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt' auf eine Person, die üblicherweise nennenswerte Tätigkeiten auf dem Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats ausübt, in dem sie ansässig ist. Insbesondere muss die Person ihre Tätigkeit bereits einige Zeit vor dem Zeitpunkt, ab dem sie die Bestimmungen des genannten Artikels in Anspruch nehmen will, ausgeübt haben und muss während jeder Zeit ihrer vorübergehenden Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat in dem Mitgliedstaat, in dem sie ansässig ist, den für die Ausübung ihrer Tätigkeit erforderlichen Anforderungen weiterhin genügen, um die Tätigkeit bei ihrer Rückkehr fortsetzen zu können.
(4) Bei der Anwendung von Artikel 12 Absatz 2 der Grundverordnung kommt es für die Feststellung, ob die Erwerbstätigkeit, die ein Selbständiger in einem anderen Mitgliedstaat ausübt, eine ‚ähnliche' Tätigkeit wie die gewöhnlich ausgeübte selbständige Erwerbstätigkeit ist, auf die tatsächliche Eigenart der Tätigkeit und nicht darauf an, ob dieser andere Mitgliedstaat diese Tätigkeit als Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit qualifiziert.
[...]

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

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

Rechtsvorschriften zugänglich, denen die betreffende Person nach Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe b oder Artikel 12 der Grundverordnung unterliegt.
[...]“

III.2. Der Geltungsbereich des ASVG umfasst nach § 1 ASVG lediglich die allgemeine Sozialversicherung im Inland beschäftigter Personen sowie der den Dienstnehmern nach Maßgabe dieses Bundesgesetzes gleichgestellten selbständig Erwerbstätigen und die Krankenversicherung der Pensionisten aus der Allgemeinen Sozialversicherung. Für den Eintritt einer Pflichtversicherung muss somit eine Beschäftigung im Inland vorliegen. Darüber hinaus regelt § 3 ASVG wann bei grenzüberschreitenden Sachverhalten österreichisches Sozialversicherungsrecht zur Anwendung gelangt oder die Regelungskompetenz einem anderen Staat obliegt. Diese Bestimmung gilt jedoch nur im Verhältnis zu Staaten, die weder Mitglied der EU, noch des EWR sind und mit denen Österreich kein zwischenstaatliches Abkommen geschlossen hat (vgl. *Müller* in Mosler/Müller/Pfeil (Hrsg), SV-Komm § 3 ASVG, Rz 1ff).

Im gegenständlichen Fall liegt ein grenzüberschreitender Sachverhalt zwischen zwei Mitgliedstaaten der EU (Österreich und Slowakei) vor, was dazu führt, dass die Regelungen der VO 883/2004 für die Beurteilung der Frage, welchem der beteiligten Staaten jeweils das Versicherungsrecht zukommt, anzuwenden sind. § 3 ASVG tritt als subsidiäre Bestimmung hinter dieser EU-Regelung zurück (vgl. *Müller* in Mosler/Müller/Pfeil (Hrsg), SV-Komm § 3 ASVG, Rz 3f).

III.3. Die VO 883/2004 normiert, dass Personen jeweils nur einem Sozialschutzsystem unterliegen. Diese Verordnung wird von der zugehörigen DVO 987/2009 ergänzt. Die in der erstgenannten Verordnung verwendeten Begriffe und Vorschriften werden in der DVO 987/2009 näher konkretisiert. Damit bedarf es bei der Feststellung des anzuwendenden Sozialversicherungsrechts bei grenzüberschreitenden Sachverhaltskonstellationen immer einer Zusammenschau dieser beiden Verordnungen (vgl. *Schmidt/Räuchle*, Arbeitsrechtliche Bindungswirkung von Entsendebescheinigungen? Eine Frage im Schnittpunkt von Europäischem Sozialversicherungs- Entsende- und Arbeitnehmerüberlassungsrecht, RdA 2015, 408).

Unabhängig davon, ob im vorliegenden Fall die Arbeiter grundsätzlich im Beschäftigungsland Österreich versicherungspflichtig wären, ist die Ausnahmeregelung des Art. 12 der VO 883/2004 zu beachten, wonach eine Person, die gewöhnlich in einem Mitgliedstaat eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt und die eine ähnliche Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausübt, weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaates unterliegt, sofern die voraussichtliche Tätigkeit vierundzwanzig Monate nicht überschreitet. Der selbständig Erwerbstätige muss die Tätigkeit bereits einige Zeit vor dem Zeitpunkt, ab dem er die Bestimmungen des genannten Artikels in Anspruch nehmen will, ausgeübt haben und muss während der Zeit seiner vorübergehenden Tätigkeit in einem

anderen Mitgliedstaat in dem Mitgliedstaat, in dem er ansässig ist, den für die Ausübung seiner Tätigkeit erforderlichen Anforderungen weiterhin genügen, um die Tätigkeit bei seiner Rückkehr fortsetzen zu können. Weiters kommt es für die Feststellung, ob die Erwerbstätigkeit, die ein Selbständiger in einem anderen Mitgliedstaat ausübt, eine „ähnliche“ Tätigkeit wie die gewöhnlich ausgeübte selbständige Erwerbstätigkeit ist, auf die tatsächliche Eigenart der Tätigkeit und nicht darauf an, ob dieser andere Mitgliedstaat diese Tätigkeit als Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit qualifiziert (Art. 14 Abs. 3 und 4 DVO 987/2009).

III.4. Verfahrensgegenständlich ist unstrittig, dass R.P. die Gewerbebefugnis zur Ausübung des Meldegewerbes 1. Ausbauarbeiten bei Realisierung von Exterieuren und Interieuren und 2. Vorrichtungsarbeiten zur Realisierung von Bauten, mit der Entstehung der Gewerbebefugnis jeweils mit 20. Februar 2015, im Mitgliedstaat Slowakei ausgestellt wurde.
Ebenso unstrittig ist, dass A.R. die Gewerbebefugnis zur Ausübung des Meldegewerbes 1. Vorrichtungsarbeiten zur Realisierung von Bauten, 2. Realisierung von Bauten und deren Änderungen, 3. Ausbauarbeiten bei Realisierung von Interieuren und Exterieuren, 4. Reinigungs- und Aufräumungsarbeiten, mit der Entstehung der Gewerbebefugnis jeweils mit 5. Februar 2016, im Mitgliedstaat Slowakei ausgestellt wurde.

Sowohl für R.P. als auch für A.R. wurde ein A1-Formular vom zuständigen slowakischen Sozialversicherungsträger darüber ausgestellt, dass sie für einen bestimmten Zeitraum als selbstständig erwerbstätige Personen eine Erwerbstätigkeit bei der F. GmbH in S., X, ausüben und für die Dauer der Tätigkeit die sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften der Slowakei gelten.

Nach dem festgestellten Sachverhalt erfolgte die Gewerbeanmeldung bzw. die Ausstellung der Gewerbeberechtigung bereits einige Zeit vor dem jeweiligen im A1-Formular bescheinigten Zeitraum (jeweils rund 3 Monate), sodass sich schon daraus ergibt, dass beide Arbeiter die selbständige Tätigkeit in der Slowakei gewöhnlich ausführen. Dafür sprechen auch die vorgelegten Bestätigungen der slowakischen Steuerberaterin bzw. der slowakischen Buchhalterin. Die voraussichtliche Dauer der Tätigkeit (bescheinigter Zeitraum im A1-Formular) überschreitet auch nicht 24 Monate. Der vorgeworfene Tatzeitpunkt liegt auch innerhalb des bescheinigten Zeitraums. Weiters handelt es sich bei Montagearbeiten an Fenstern unstrittig auch um eine ähnliche Tätigkeit wie die gewöhnlich ausgeübte selbständige Erwerbstätigkeit.

III.5. Nach der Judikatur des EuGH verpflichtet der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV die Mitgliedstaaten, den zugrunde liegenden Sachverhalt ordnungsgemäß zu beurteilen und damit die Richtigkeit der in der von ihm ausgestellten Entsendebescheinigung angeführten Angaben zu

gewährleisten. Die Träger des Mitgliedstaats, in den die Arbeitnehmer entsandt werden, sind an die Angaben in der Entsendebescheinigung gebunden. Eine vom Versicherungsträger eines Staates ausgestellte Bescheinigung über die Anwendbarkeit von dessen Sozialrechtsvorschriften bindet somit die Behörden und Gerichte anderer Staaten, weil andernfalls auch der Grundsatz der Einfachversicherung sowie die – gerade im Sozialversicherungsrecht essenzielle – Vorhersehbarkeit des anwendbaren Systems und damit die Rechtssicherheit beeinträchtigt wären (vgl. EuGH 10.2.2000, C-202/97, Fitzwilliam FTF, Rz 52ff; EuGH 30.3.2000, C-178/97 Banks ua., Rz 39ff; EuGH 27.4.2017, C-620/15 A-Rosa Flussschiff GmbH, Rz 39ff sowie jüngst EuGH 6.2.2018, C-359/16 Altun, Rz 36ff). Weiters kann eine E101-Bescheinigung auch Rückwirkung entfalten (EuGH 30.3.2000, C-178/97 Banks ua., Rz 54).

Der Verwaltungsgerichtshof hat unter Hinweis auf die Judikatur des EuGH ebenso konstatiert, dass in dem Fall, in dem in einem Mitgliedstaat ein Formular E101 ausgestellt wurde, wonach eine Person den sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften dieses Mitgliedstaates unterworfen ist, der zuständige Träger eines anderen Mitgliedstaates an die Angaben in der Bescheinigung gebunden ist und den fraglichen Arbeitnehmer nicht seinem eigenen System der sozialen Sicherheit unterstellen kann, so lange die Bescheinigung nicht zurückgezogen oder für ungültig erklärt wird. Das entsprechende Formular ist ein die anderen Mitgliedstaaten bindendes Instrument zur Feststellung der Anwendbarkeit der Rechtsvorschriften jenes Staates, der eine solche Bescheinigung ausgestellt hat (vgl. VwGH 23.5.2012, 2009/08/0204 sowie 16.3.2011, 2010/08/0231).

Nach ständiger europarechtlicher und verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung darf der Empfangsstaat den fraglichen Arbeitnehmer nicht seinem eigenen System der sozialen Sicherheit unterstellen, es sei denn, die Bescheinigung wird zurückgezogen oder für ungültig erklärt. Der an das A1-Dokument gebundene Mitgliedstaat kann bei Zweifeln an der Richtigkeit des diesem zugrunde liegenden Sachverhalts oder dessen rechtlicher Bewertung eine Überprüfung durch den ausstellenden Träger verlangen und – sofern es zu keiner Übereinstimmung kommt – die Verwaltungskommission um Vermittlung anrufen. Führt dies nicht zum Erfolg, kann er schließlich ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258ff AEUV anstrengen (VwGH 19.12.2012, 2009/08/0255; 12.9.2012, 2010/08/0085; 23.5.2012, 2009/08/0204; 16.3.2011, 2010/08/0231; 26.11.2008, 2006/08/0349; 20.9.2006, 2004/08/0087, jeweils unter Hinweis auf EuGH 30.3.2000, C-178/97 Banks ua., Rz 39ff; 10.2.2000, C-202/97 Fitzwilliam FTF, Rz 52ff; 26.1.2006, C-2/05 Herbosch Kiere NV, Rz 23ff).

In der jüngst ergangenen Entscheidung vom 6.2.2018, C-359/16 Altun, hat der Europäische Gerichtshof in Rz 61 ausgesprochen, dass, wenn der Träger des Mitgliedstaats, in den die Arbeitnehmer entsandt wurden, den Träger, der die Bescheinigungen E101 ausgestellt hat, mit einem Antrag auf erneute Prüfung und

Widerruf dieser Bescheinigungen im Licht von im Rahmen einer gerichtlichen Prüfung gesammelten Beweisen befasst, die die Feststellung erlaubt haben, dass die Bescheinigungen betrügerisch erlangt oder geltend gemacht wurden, und der ausstellende Träger es unterlassen hat, diese Beweise zu berücksichtigen, um erneut zu prüfen, ob die Ausstellung der Bescheinigungen zu Recht erfolgt ist, das nationale Gericht in einem Verfahren gegen Personen, die verdächtigt werden, entsandte Arbeitnehmer unter Verwendung derartiger Bescheinigungen eingesetzt zu haben, diese Bescheinigungen außer Acht lassen kann, wenn es auf der Grundlage der genannten Beweise und unter Beachtung der vom Recht auf ein faires Verfahren umfassten Garantien, die diesen Personen zu gewähren sind, feststellt, dass ein solcher Betrug vorliegt.

Verfahrensgegenständlich hegt das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich keine Zweifel an der Richtigkeit der den Bescheinigungen zugrunde liegenden Sachverhalte und wurde im Verfahren auch keinerlei Vorbringen dahingehend erstattet, sodass kein Grund vorliegt, wonach eine Anstrengung eines Verfahrens vor der Verwaltungskommission oder auf Stellung eines Antrags auf erneute Prüfung und Widerruf dieser Bescheinigungen an den Träger, der die Bescheinigungen ausgestellt hat, gerechtfertigt wäre.

Die Rechtsprechung des EuGH zur Bindungswirkung ist zur VO (EWG) 1408/71 und ihrer Durchführungs-VO (EWG) 674/72 ergangen. Das Unionsrecht hat diese Rechtsprechung in die VO 883/2004 und DVO 987/2009 übernommen und in Art. 5 Abs. 1 DVO 987/2009 normiert, dass Dokumente, worunter auch das A1-Dokument zu subsumieren ist, sowie Belege, auf deren Grundlage die Dokumente ausgestellt wurden, für die Träger der anderen Mitgliedstaaten verbindlich sind. Daher gilt die Rechtsprechung auch für die nunmehrigen Bestimmungen und es ist von einer absoluten Bindungswirkung eines ausgestellten A1-Dokuments auszugehen (siehe dazu auch EuGH 27.4.2017, C-620/15 A-Rosa Flussschiff GmbH, Rz 59).

Der zuständige Träger eines anderen Mitgliedstaates (und auch dessen sonstigen Behörden und Gerichte) sind daher an die Angaben in den A1-Bescheinigungen gebunden.

Zusammenfassend stellen die vorliegenden A1-Dokumente somit bindend fest, dass in den gegenständlichen Fällen österreichisches Sozialversicherungsrecht nicht zur Anwendung gelangt. Die beiden slowakischen Arbeiter sind daher zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt in Österreich nicht der Pflichtversicherung unterlegen. Den Bf hat demnach keine Pflicht getroffen, diese zur Sozialversicherung anzumelden, sodass spruchgemäß zu entscheiden war.

III.6. Im Ergebnis war daher der Beschwerde stattzugeben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG iVm § 38 VwGVG einzustellen, weil die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat keine Verwaltungsübertretung bildet.

Bei diesem Ergebnis entfällt sowohl die Verpflichtung zur Leistung eines Beitrags zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens (§ 66 Abs. 1 VStG) als auch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens. Im Fall der Aufhebung der Strafe sind die Kosten von der Behörde zu tragen (§ 52 Abs. 9 VwGVG).

IV. 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. Zur Frage der Bindungswirkung von A1-Formularen liegt bereits umfangreiche Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vor und die Entscheidung entspricht dieser – soweit ersichtlich – einheitlichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Darüber hinaus wurde auch die Judikatur des Europäischen Gerichtshofes zur Frage der Bindungswirkung von A1-Dokumenten berücksichtigt.

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

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. 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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Zauner