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-301857/24/Py/PP

Datum:
Linz, 16. Mai 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde des M.H., vertreten durch Rechtsanwalt Mag. M.R., X, F., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 5. Februar 2018, GZ: BHFRSBBG-2017-300019/14-Ma, betreffend Verwaltungsübertretungen nach dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13. März 2019

zu Recht:

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

II. Es entfällt die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen.

III. Gegen diese Entscheidung 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 Freistadt (in der Folge: belangte Behörde) vom 5. Februar 2018, GZ: BHFRSBBG-2017-300019/14-Ma, wurden über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) I.) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 22 Abs. 1 iVm § 28 Z 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) Geldstrafen von 2 x 2.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe insgesamt 136 Stunden), II.) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 19 Abs. 1 bis 3 iVm § 26 Abs. 1 Z 1 Geldstrafen in Höhe von 2 x 2.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe insgesamt 68 Stunden) sowie III.) wegen Verwaltungsübertretung nach § 21 Abs. 1 Z 1 iVm § 26 Abs. 1 Z 1 LSD-BG eine Geldstrafe in Höhe von 1.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 34 Stunden) verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von insgesamt 700 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„I. Sie haben es als zur Vertretung nach außen Berufener der tschechischen Firma X s.r.o., X, R. verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass diese Firma mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich, wie aus dem Strafantrag der Finanzpolizei Team 43 Für das Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr vom 18. April 2017 hervorgeht, als Arbeitgeberin, welche die Arbeitnehmer

N.J., geb. x, tschechischer Staatsbürger und
S.V., geb. x, tschechischer Staatsbürger

zumindest am 23. Jänner 2017 um 11:00 Uhr (Kontrollzeitpunkt durch Organe der Abgabenbehörde - Finanzpolizei) beim Bauvorhaben ‚F.N.', in L. beschäftigt (gemeinsamer Aufbau einer Rigipswand) und somit nach Österreich entsendet hat, jedoch zu diesem Zeitpunkt 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 am Arbeits(Einsatz)ort nicht bereitgehalten hat und diese den Abgabenbehörden unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung auch in elektronischer Form nicht zugänglich gemacht hat. Zum Kontrollzeitpunkt konnten für die beiden oa. Personen keine der bereitzuhaltenden Lohnunterlagen den Organen der Finanzpolizei vorgelegt bzw. elektronisch zugänglich gemacht werden.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 22 Abs. 1 in Verbindung mit § 28 Z. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016 idgF.

II. Sie haben es als zur Vertretung nach außen Berufener der tschechischen Firma X s.r.o., X, R. verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass diese Firma mii Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich, wie aus dem Strafantrag der Finanzpolizei Team 43 Für das Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr vom 18. April 2017 hervorgeht, als Arbeitgeberin, welche die Arbeitnehmer

N.J., geb. x, tschechischer Staatsbürger und
S.V., geb. x, tschechischer Staatsbürger

zumindest am 23. Jänner 2017 um 11:00 Uhr (Kontrollzeitpunkt durch Organe der Abgabenbehörde - Finanzpolizei) beim Bauvorhaben ‚F.N.', in L. beschäftigt (gemeinsamer Aufbau einer Rigipswand) und somit nach Österreich entsendet hat, jedoch diese Beschäftigung nicht vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle gemeldet hat. Zum Kontrollzeitpunkt waren für die beiden oa. Personen keine ZKO-Meldungen erstattet worden.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 19 Abs. 1 bis 3 in Verbindung mit § 26 Abs. 1 Z. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016 idgF.

III. Sie haben es als zur Vertretung nach außen Berufener der tschechischen Firma X s.r.o., X, R. verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass diese Firma mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich, wie aus dem Strafantrag der Finanzpolizei Team 43 Für das Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr vom 18. April 2017 hervorgeht, als Arbeitgeberin, welche den Arbeitnehmer

S.V., geb. x, tschechischer Staatsbürger

zumindest am 23. Jänner 2017 um 11:00 Uhr (Kontrollzeitpunkt durch Organe der Abgabenbehörde - Finanzpolizei) beim Bauvorhaben „F.N.", in L. beschäftigt (Aufbau einer Rigipswand) und somit nach Österreich entsendet hat, jedoch zu diesem Zeitpunkt gültige 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) am Arbeits(Einsatz)ort nicht bereitgehalten hat und diese den Abgabenbehörden unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung auch in elektronischer Form nicht zugänglich gemacht hat. Zum Kontrollzeitpunkt war die oa. Person in Österreich nicht zur Sozialversicherung angemeldet. Der oa. Beschäftigte konnte zwar ein A 1-Dokument vorlegen, dieses war jedoch nur für den Zeitraum von 18.03.2013 bis zum 18.03.2015, somit außerhalb des Kontrollzeitpunktes, gültig.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 21 Abs. 1 Z. 1 in Verbindung mit § 26 Abs. 1 Z. 3 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016 idgF."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

In der Begründung führt die belangte Behörde unter Wiedergabe des Verfahrensganges und der Rechtsgrundlagen zusammengefasst aus, dass eine konkrete Beauftragung für die im Rahmen der Kontrolle durch die Finanzpolizei festgestellten Arbeitsleistungen auf der gegenständlichen Baustelle nicht nachgewiesen wurde. Eine individualisierte, konkretisierte und gewährleistungstaugliche Leistung, die eine in sich geschlossene Einheit bildet, liegt nicht vor. Beide Arbeiter arbeiteten gemeinsam am Aufbau einer Rigipswand, somit einem nicht zu unterscheidenden Gewerk. Die Abrechnung erfolgte gemäß den vorgelegten Unterlagen nach vereinbarten, verarbeiteten Quadratmetern und somit ebenfalls nicht nach einem geleisteten Gewerk und liegen zudem über die Rahmenwerkverträge hinausgehenden Werkverträge zwischen der X s.r.o. und den beiden von der Finanzpolizei betretenen Personen nicht vor, weshalb den Ausführungen zur Selbständigkeit der beiden Arbeiter nicht zu folgen war. Daran ändert auch nichts, dass die beiden Arbeiter im österreichischen Dienstleistungsregister eingetragen und zur selbständigen Ausübung gewerblicher Tätigkeiten berechtigt sind.

Sämtliche der erforderlichen Unterlagen, die Meldung der entsandten Arbeitnehmer vor Arbeitsaufnahme an die Zentrale Koordinationsstelle sowie das Sozialversicherungsdokument A1 sowie ein gültiges Sozialversicherungsdokument hinsichtlich Herrn V.S. lagen nicht vor, weshalb die objektiven Tatbestände der im Spruch ausgeführten Verwaltungsübertretungen erfüllt sind.

Abschließend legt die belangte Behörde ihre für die Strafbemessung maßgeblichen Gründe dar.

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig vom Bf im Wege seiner rechtsfreundlichen Vertretung eingebrachte Beschwerde in der zunächst vorgebracht wird, dass die Bezirkshauptmannschaft Freistadt als örtlich unzuständige Behörde entschieden hat. Die gegenständliche Baustelle befand sich in L. Es wurde nicht begründet noch ergibt sich eine Erklärung aus dem Straferkenntnis, weshalb das Verfahren wesentlich vereinfacht oder beschleunigt werden soll, wenn es an die Bezirkshauptmannschaft Freistadt abgetreten wird.

Des Weiteren wird vorgebracht, dass die Behörde die Aufnahme der beantragten Beweise unterlassen hat und die vorgreifende ungeprüfte Übernahme der Anzeigebehauptungen durchführte. Die Herren S. und N. wurden von der Finanzpolizei ohne Beiziehung eines Dolmetschers und nicht in ihrer Muttersprache befragt, weshalb ihre zeugenschaftliche Befragung geboten gewesen wäre.

Gegenständlich habe es sich um einen Vertrag eines tschechischen Auftraggebers mit tschechischen Werkunternehmer gehandelt in dem die Anwendung tschechischen Rechts vereinbart wurde. Demnach handelte es sich bei J.N. und

V.S. eindeutig um zwei selbständige Unternehmer, sodass von einer Entsendung im gegenständlichen Fall keine Rede sein kann.

Wie bereits in der Rechtfertigung gegenüber der belangten Behörde ausgeführt, handelte es sich nicht um Arbeitnehmer der Firma X s.r.o. Im Rahmenwerkvertrag wurde vereinbart, dass die Auftragnehmer auf eigene Kosten und auf eigene Gefahr das vereinbarte Werk bis zum vereinbarten Termin übergeben müssen und waren diese völlig frei in ihrer Entscheidung, wann und wie sie die Arbeiten verrichten. Eine Einflussnahme durch die X s.r.o. wurde nicht genommen und waren sie auch nicht in den Betrieb der X s.r.o. eingebunden. Allein der Umstand, dass sie gemeinsam an einer Rigipswand gearbeitet haben, kann nicht ausschlaggebend für die Beurteilung des Vertragsverhältnisses sein. Dies war vielmehr ihre eigene Entscheidung und dem Bf weder bekannt noch irgendwie von ihm beeinflussbar. Dies führt dazu, dass die Annahme einer Entsendung – selbst bei Beurteilung auf Basis des österreichischen Rechts – jedenfalls verfehlt ist. Für Beide lag eine gültige Dienstleistungsanzeige für das Gewerbe Stuckateur und Trockenausbauer, eingeschränkt auf die Montage von Gipskarton, vor. Sie sind als selbständige Unternehmer in Tschechien ordnungsgemäß registriert und führen dort auch ihre Steuern und Abgaben ab. Die Behörde beurteilt das Vertragsverhältnis ausschließlich am Umstand, dass die Beiden gemeinsam am Aufbau einer Rigipswand arbeiteten, wodurch ein nicht unterscheidbares Werk vorgelegen sei. Es ist auch in Österreich gang und gäbe, dass sich zwei Baufirmen zusammenschließen, um ein größeres Baulos, etwa bei einer Autobahnsanierung gemeinsam als Arbeitsgemeinschaft, auszuführen. Abschließend wird angeführt, dass das A1-Formular für V.S. von 1. Jänner 2017 bis 31. Dezember 2018 gültig war.

3. Mit Schreiben vom 12. März 2018 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses ist zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht und Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13. März 2019. An dieser nahmen der Bf mit seinem Rechtsvertreter, Vertreter der belangten Behörde sowie ein Vertreter der am Verfahren beteiligten Organpartei teil. Als Zeugen wurden zwei an der gegenständlichen Kontrolle beteiligte Beamte der Finanzpolizei sowie die verfahrensgegenständlichen tschechischen Staatsangehörigen, letztere unter Beiziehung einer Videodolmetscherin, einvernommen.

4.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem Sachverhalt aus:

Der Bf, wohnhaft in P., ist nach außen Vertretungsbefugter der Firmen M.H. GmbH mit Sitz in P., Selker 29 (in der Folge: Firma H.) sowie der Firma X s.r.o. mit Sitz in R., X, Tschechische Republik (in der Folge: Firma X). Am Firmensitz der Firma X in Tschechien befindet sich ein Bürogebäude mit kleinem Materialhandel. Die von der Firma X beschäftigten Bauarbeiter werden zur Arbeitsleistung ausschließlich in Österreich eingesetzt und sind in Österreich zur Sozialversicherung gemeldet, da rund 80 % des Umsatzes der Firma X, insbesondere die Tätigkeit im Trockenbau, ausschließlich auf dem österreichischen Markt erwirtschaftet wird.

Im Jänner 2017 beauftragte die Firma H. die Firma X mit der Durchführung von Trockenbauarbeiten beim Bauvorhaben Neubau Wohnhausanlage F. in L. Beim gegenständlichen Bauvorhaben waren im Erdgeschoß des Hauses 2 vier Wohnungen zu errichten. Die Ausführung der Trockenbauleistungen (Errichtung von Metallständerwänden mit Unterkonstruktion, Beplankung und Verspachtelung) in drei definierten Wohnungen wurde von der Firma X an das Ein-Personen-Unternehmen J.N. mit Sitz in Budweis, die Ausführung von Trockenbauarbeiten in der verbleibenden Wohnung an das Ein-Personen-Unternehmen V.S. mit Sitz in Lisov, übertragen, mit denen die Firma X im Rahmen eines jeweils abgeschlossenen Rahmenwerkvertrags bei konkreten Bauvorhaben regelmäßig zusammenarbeitete.

Das für die Arbeiten der Ein-Personen-Unternehmen erforderliche Material wurde von der Firma H. beigestellt, das erforderliche Werkzeug (Bohrmaschine, Befestigungsmaschine, Stichsäge, Spachtelwerkzeug, Leitern etc.) wurde jeweils von den Ein-Personen-Unternehmen beigestellt, wobei aufgrund der Raumhöhe beim gegenständlichen Bauvorhaben die Verwendung von Stehleitern ausreichend war. Eine Zusammenarbeit von Personal der Firma X mit den tschechischen Ein-Personen-Unternehmen wie auch der Firma H. fand nicht statt. Die Firma N. sowie die Firma S. hatte für den ihnen von der Firma H. übertragenen Bereich jeweils die Gewährleistung zu tragen. Sie fuhren jeweils selbstständig zur Baustelle. Arbeitszeitvorgaben seitens der Firma X an Herrn S. sowie Herrn N. fanden nicht statt, ebenso stand es diesen frei, ob sie den Auftrag selbst abarbeiten bzw. wie viel oder welches zusätzliche Personal sie dafür einsetzen. Fallweise unterstützten sich Herr N. und Herr S. bei ihrer Tätigkeit gegenseitig auf der Baustelle durch Handreichungen, wie etwa im Augenblick der Kontrolle durch die Finanzpolizei. Eine ständige Zusammenarbeit erfolgte jedoch nicht sondern arbeitete jeder in dem ihm übertragenen Bereich, wofür dann jeweils anhand der im Rahmenwerkvertrag mit der Firma X vereinbarten Quadratmeterpreise entsprechend der jeweiligen Leistungen abgerechnet wurde. Seitens der Firma X wurden gegenüber den tschechischen Ein-Personen-Unternehmen keine konkreten und individuellen Weisungen zur Ausführung der Arbeiten erteilt, sondern konnten diese anhand der mit der Firma X im Voraus getroffenen Vereinbarungen ihre Leistungen erbringen.

Es konnte nicht festgestellt werden, dass aufgrund des wahren wirtschaftlichen Gehalts der Zusammenarbeit zwischen der Firma X sowie den tschechischen Staatsangehörigen J.N. und V.S. diese auf der gegenständlichen Baustelle als Arbeitnehmer der Firma X tätig wurden.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt, den von den Parteien vorgelegten Urkunden und Unterlagen sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 13. März 2019. In dieser schilderte zunächst der Bf schlüssig und nachvollziehbar die Grundlagen für die Kooperation zwischen der Firma X und den tschechischen Staatsangehörigen. Seine Angaben über den vereinbarten Leistungsumfang stimmten auch mit den schlüssigen und glaubwürdigen Aussagen der Zeugen S. und N. überein. Aus diesen Aussagen ging hervor, dass jeder der beiden tschechischen Staatsangehörigen einen im Voraus bestimmten Einsatzbereich übernommen hatte, den er grundsätzlich selbständig bewältigen konnte, der die Basis für die Abrechnung mit der Firma X bildete und für den der jeweilige Auftragnehmer auch die Gewährleistung zu tragen hat. Beide – mit einer Dolmetscherin – befragten tschechischen Zeugen legten auch schlüssig und glaubwürdig dar, dass sie sich zwar hin und wieder auf der Baustelle gegenseitig ausgeholfen haben – wie offenbar auch zum Zeitpunkt der verfahrens-gegenständlichen Kontrolle durch die Finanzpolizei – dies jedoch die Ausnahme bildete und grundsätzlich jeder in dem zwischen ihm und der Firma X vereinbarten Bereich tätig wurde. Dies geht etwa aus der Aussage des Zeugen S. hervor, der dazu in der öffentlichen mündlichen Verhandlung angab (vgl. TBP S. 4: „... es war so, dass mein Kollege die Wohnungen 2, 3 und 4 gemacht hat und ich die Wohnung 1. Gelegentlich haben wir uns schon unterstützt, z.B. dass jemand jemand etwas hingehalten hat, aber das war in einigen Minuten erledigt. Es war so, dass jeder von uns eigene Wände errichtet hat, das war auch wegen der Rechnungsstellung so.“) oder auch aus der Aussage des Zeugen N. (vgl. TBP S. 6: „Ich arbeite in der Regel alleine aber wenn kleine Sachen anfallen, dann bitte ich meine Kollegen um Hilfe. Theoretisch waren alle Tätigkeiten alleine zu verrichten aber manches geht schneller wenn man sie zu zweit macht. Ich hatte die Baupläne im Voraus bekommen. Ich wusste anhand der Pläne wo mein Einsatzgebiet ist und was ich dort zu tun habe.“). Auch die einvernommenen Beamten der Finanzpolizei bestätigten in der mündlichen Verhandlung, dass die Feststellungen über eine Zusammenarbeit der beiden im Spruch angeführten Arbeiter auf unmittelbaren den Wahrnehmungen fußten, die die Beamten beim Betreten der Baustelle machten, eine ständige oder auch nur länger dauernde Zusammenarbeit aber nicht festgestellt wurde.
Des Weiteren gaben die Zeugen – in Übereinstimmung mit dem Bf – an, dass seitens der Firma X keine Arbeitszeitvorgaben sowie keine Weisungen hinsichtlich der konkreten Ausführungen erfolgten und dass die Firma X auch keinen Einfluss auf die Zahl oder die konkret eingesetzten Personen, die die Ausführung übernahmen, genommen hat.

Beide unter Wahrheitspflicht befragten Zeugen gaben an, dass sie für den ihnen übertragenen Auftrag auch die Gewährleistung trugen, dass sie jeweils mit dem eigenen Fahrzeug zur Baustelle gefahren sind und dass sie eigenes Werkzeug für die Ausführung benutzten. Eine Zusammenarbeit der beiden tschechischen Staatsangehörigen mit Arbeitnehmern der Firma X konnte ebenfalls nicht festgestellt werden. Im Hinblick auf diese Gesamtschau der Sachverhaltsmerkmale, unter denen die gegenständlichen Arbeiten verrichtet wurden, vermag auch der Umstand, dass bei der Kontrolle keine jeweils konkretisierten schriftlichen Werkverträge vorgezeigt wurden, am Beurteilungsergebnis nicht ändern, zumal aus den Schilderungen der tschechischen Staatsangehörigen in der mündlichen Verhandlung schlüssig und nachvollziehbar ableitbar ist, dass jeder von ihnen mit einer davor mit der X festgelegten konkretisierten Werkleistung beauftragt war, die auch Grundlage für die Abrechnung mit dem Auftraggeber war und für allfällige Gewährleistungsansprüche bildete.

Im Ergebnis zeigte sich daher nach Durchführung des Beweisverfahrens, dass zwar aufgrund der Wahrnehmung der Finanzpolizei anlässlich der Kontrolle, wonach die beiden tschechischen Staatsangehörigen beim Zusammenarbeiten auf der Baustelle angetroffen wurden, das Vorliegen eines jeweils getrennten Werkes in Zweifel zu ziehen war, jedoch die glaubwürdigen und nachvollziehbaren Schilderungen der Beteiligten über die maßgeblichen Sachverhaltselemente im Rahmen des Beweisverfahrens zum Ergebnis führen, dass im gegenständlichen Fall Werkverträge zwischen Herrn N. und der Firma X sowie Herrn S. und der Firma X vorlagen.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. Zum Beschwerdevorbringen hinsichtlich der Unzuständigkeit der belangten Behörde wird auf die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 29a VStG verwiesen. Der Bf hat im Verwaltungsbereich der Bezirkshauptmannschaft Freistadt seinen ordentlichen Wohnsitz und einen Firmensitz, weshalb die lt. Aktenvermerk vom 28. April 2017 mit Verfahrensanordnung aus diesen Gründen erfolgte Übertragung des Strafverfahrens von der Behörde, in deren Wirkungsbereich die verfahrensgegenständliche Baustelle gelegen ist, nämlich der Bezirkshauptmannschaft Perg, an die sachlich zuständige Behörde, in deren Sprengel der Beschuldigte seinen Hauptwohnsitz oder Aufenthalt hat, gerechtfertigt war (vgl. VwGH 23.5.2002, 2000/03/0275).

5.2. Gemäß § 2 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl. I Nr. 44/2016 (LSD-BG) ist für die Beurteilung, ob ein Arbeitsverhältnis, eine grenzüberschreitende Entsendung oder Überlassung im Sinne dieses Bundesgesetzes vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend.

Gemäß § 19 Abs. 1 LSD-BG haben Arbeitgeber und Überlasser mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft 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.

Gemäß § 19 Abs. 2 LSD-BG ist die Entsendung oder Überlassung im Sinne des Abs. 1 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.

Gemäß § 21 Abs. 1 Z 1 LSD-BG haben Arbeitgeber mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft Unterlagen über die Anmeldung des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, oder Sozialversicherungsdokument 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) 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.

Gemäß § 22 Abs. 1 LSD-BG haben Arbeitgeber im Sinne der §§ 3 Abs. 2, 8 Abs. 1 oder 19 Abs. 1 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. Bei mobilen Arbeitnehmern im Transportbereich sind die vorgenannten Unterlagen bereits ab der Einreise in das Bundesgebiet im Fahrzeug bereitzuhalten oder in elektronischer Form zugänglich zu machen. Im Fall eines mobilen Arbeitnehmers im Transportbereich sind nur die Z 2 und 3 des § 21 Abs. 2 sinngemäß anzuwenden.

§ 26 Abs. 1 LSD-BG lautet:
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.

§ 28 Z 1 LSD-BG lautet:
Wer als Arbeitgeber entgegen § 22 Abs. 1 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.

5.3. Im gegenständlichen Verfahren war die Frage zu beurteilen, ob – gemessen am wahren wirtschaftlichen Gehalt (vgl. § 2 LSD-BG) – vom Vorliegen eines Werkvertrages zwischen der Firma X und den im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses angeführten tschechischen Staatsangehörigen zum Tatzeitpunkt auszugehen ist, oder ob sie auf der gegenständlichen Baustelle als Arbeitnehmer der Firma X tätig wurden.

Zum Beschwerdevorbringen, wonach für die gegenständlich durchzuführende Beurteilung, ob es sich um Arbeitnehmer des vom Bf vertretenen tschechischen Unternehmens handelt, nicht österreichisches Recht anzuwenden ist, ist auszuführen, dass dem Bf im gegenständlichen Straferkenntnis die Übertretung von Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes zur Last gelegt wurde. Gemäß Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 96/71/EG vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbingung von Dienstleistungen wird der Begriff des Arbeitnehmers in dem Sinne verwendet, in dem er im Recht des Mitgliedstaates, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird, gebraucht wird. Die Frage der Arbeitnehmereigenschaft der gegenständlichen tschechischen Staatsangehörigen ist daher nach der Bestimmung des LSD-BG, zu beurteilen und ist gemäß § 2 Abs. 1 LSD-BG der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes für die Beurteilung maßgebend.

Unter Zugrundelegung dieser Rechtslage steht für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens jedoch außer Zweifel, dass es sich bei dem im Straferkenntnis angeführten tschechischen Staatsangehörigen nicht um Arbeitnehmer des vom Bf vertretenen Unternehmens X gehandelt hat, sondern dass diese im Rahmen eines von ihnen jeweils gegenüber der X zu erfüllenden Werkvertrages auf der verfahrensgegenständlichen Baustelle tätig wurden. Aus unionsrechtlicher Sicht ist für die Beurteilung nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt jeder Anhaltspunkt zu berücksichtigen. Nach der nunmehrigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. etwa VwGH 22. Februar 2018, Ra 2018/11/0014-8, unter Hinweis auf das Urteil des EuGH vom 18.6.2015, Martin Meat, C-586/13) ist insbesondere die Beurteilung der Frage, ob die Vergütung/das Entgelt auch von der Qualität der erbrachten Leistung abhing bzw. wer die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich festgelegten Leistungen trug, wer die Zahl der für die Herstellung des Werks jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer bestimmte und von wem die Arbeitnehmer die genauen individuellen Weisungen für die Ausführung ihrer Tätigkeit erhalten haben, für die rechtliche Auslegung des tatsächlichen Geschehens auf der Baustelle maßgeblich. Im Hinblick auf diese Rechtsprechung

ist anhand der gegenständlich hervorgekommenen Sachverhaltselemente das Vorliegen von Werkverträgen jedenfalls zu bejahen. Weder konnte eine Dienst- noch Fachaufsicht der Firma X über die tschechischen Staatsangehörigen festgestellt werden, noch waren diese bei der Ausführung ihrer Tätigkeit in das Unternehmen integriert. Diese waren auch weder zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet, noch nahm die Firma X Einfluss darauf, mit wie viel bzw. mit welchem Personal die Aufträge von ihnen abgearbeitet wurde. Sie führten die Arbeiten mit eigenem Werkzeug aus, fuhren – jeweils selbstständig – zur Baustelle und unterlagen keinen Arbeitszeitvorgaben durch die Firma X. Auch das Vorliegen einer im Vorhinein konkretisierten Werkleistung, nämlich die Durchführung von Trockenbauarbeiten (im „Haus 2“) in einer Wohnung durch die Firma V.S. und in drei anderen Wohnungen durch die Firma J.N. konnte festgestellt werden und war dadurch die Gewährleistung durch die tschechischen Unternehmen somit nicht nur vereinbart sondern auch möglich. Es lässt sich daher aus dem – im Übrigen im Verfahren unbestritten gebliebenen – Umstand, dass die beiden tschechischen Staatsangehörigen zum Kontrollzeitpunkt gemeinsamen angetroffen wurden, wobei einer dem anderen etwas gehalten hat (vgl. dazu die Aussage des Zeugen S. in der mündlichen Verhandlung, TBP S. 7), nicht unwiderleglich darauf geschlossen werden, dass diese im Verbund arbeitend, unselbständig als Arbeitnehmer des vom Bf vertretenen Unternehmens tätig wurden.

Da somit das vom Bf vertretene Unternehmen nicht als Arbeitgeberin der angeführten tschechischen Staatsangehörigen zu beurteilen ist wurden die dem Bf zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen in objektiver Hinsicht nicht erfüllt.

Da somit der Bf die ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen nicht begangen hat, war gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG, der gemäß § 38 VwGVG auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren Anwendung findet, das gegenständliche Straferkenntnis zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

II. Bei diesem Verfahrensergebnis entfällt die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen.

III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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

liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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

Gegen 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

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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Panny