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-302048/16/Kü/LB

Datum:
Linz, 4. November 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde von P.L., vertreten durch B. Rechtsanwalts GmbH, X, L., vom 30. August 2018, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 24. Juli 2018, GZ: Ge-387/18, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping- Bekämpfungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

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

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

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine 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 des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 24. Juli 2018, GZ: Ge-387/18, wurden über den Beschwerdeführer (in Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 22 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) vier Geldstrafen in Höhe von jeweils 1.000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit jeweils Ersatzfreiheitsstrafen von 48 Stunden verhängt.

Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zu Grunde:
„Sie haben es als zur Vertretung nach außen befugtes Organ der Firma T. AB mit Sitz in X, V., Schweden, verwaltungsstrafrechtlich zu vertreten, dass

1. der Arbeitnehmer ggst. Firma Hr. K.A. zumindest am 12.12.2017 um 14.30 Uhr auf der Baustelle in S., X, mit Montagearbeiten beschäftigt wurde. Auf oa. Arbeits/Einsatzstelle konnten bei der Kontrolle durch die Finanzpolizei Team 43 am 12.12.2017 keine Lohnunterlagen für Hrn. K.A. vorgelegt werden. Da Arbeitgeber während des Zeitraumes der Entsendung Lohnunterlagen unmittelbar vor Ort bereitzuhalten oder in elektronischer Form zugänglich zu machen haben, stellt dies eine Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) dar.
2. der Arbeitnehmer der Firma N.J. UAB mit Sitz in X, K., Litauen Hr. K.V. (geb. am x) zumindest am 12.12.2017 um 14.30 Uhr von Ihrer Firma (als Beschäftigerin) auf der Baustelle in S., X, mit Montagearbeiten beschäftigt wurde. Auf oa. Arbeits/Einsatzstelle konnten bei der Kontrolle durch die Finanzpolizei Team 43 am 12.12.2017 keine Lohnunterlagen für Hrn. K.V. vorgelegt werden. Da Arbeitgeber während des Zeitraumes der Entsendung Lohnunterlagen unmittelbar vor Ort bereitzuhalten oder in elektronischer Form zugänglich zu machen haben, stellt dies eine Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) dar.
3. der Arbeitnehmer der Firma N.J. UAB mit Sitz in X, K., Litauen Hr. V.C. (geb. am x) zumindest am 12.12.2017 um 14.30 Uhr von Ihrer Firma (als Beschäftigerin) auf der Baustelle in S., X, mit Montagearbeiten beschäftigt wurde. Auf oa. Arbeits/Einsatzstelle konnten bei der Kontrolle durch die Finanzpolizei Team 43 am 12.12.2017 keine Lohnunterlagen für Hrn. V.C. vorgelegt werden. Da Arbeitgeber während des Zeitraumes der Entsendung Lohnunterlagen unmittelbar vor Ort bereitzuhalten oder in elektronischer Form zugänglich zu machen haben, stellt dies eine Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) dar.
4. der Arbeitnehmer der Firma N.J. UAB mit Sitz in X, K., Litauen Hr. D.V. (geb. am x) zumindest am 12.12.2017 um 14.30 Uhr von Ihrer Firma (als Beschäftigerin) auf der Baustelle in S., X, mit Montagearbeiten beschäftigt wurde. Auf oa. Arbeits/Einsatzstelle konnten bei der Kontrolle durch die Finanzpolizei Team 43 am 12.12.2017 keine Lohnunterlagen für Hrn. D.V. vorgelegt werden. Da Arbeitgeber während des Zeitraumes der Entsendung Lohnunterlagen unmittelbar vor Ort bereitzuhalten oder in elektronischer Form zugänglich zu machen haben, stellt dies eine Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) dar.“

I.2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde in der beantragt wird das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos aufzuheben und das

Verwaltungsstrafverfahren einzustellen in eventu eine Ermahnung auszusprechen oder die ausgesprochene Strafe außerordentlich zu mildern.

Begründend wurde vorgebracht, dass der Tatvorwurf, wonach der Bf verantwortlich dafür sei, dass für vier Arbeitnehmer keine Lohnunterlagen zur Verfügung gestellt worden seien, unzutreffend sei. Der Bf habe am 6. April 2018 eine Rechtfertigung an die belangte Behörde erstattet und in dieser vorgebracht, dass die Lohnunterlagen für die litauischen Arbeiter auf der Baustelle vorgelegen hätten.

Das angefochtene Straferkenntnis beruhe ausschließlich auf der Anzeige der Finanzpolizei, von einem eigenen Ermittlungsverfahren der Behörde könne keine Rede seien. Hätte die belangte Behörde ein Ermittlungsverfahren durchgeführt, wäre sie zu dem Ergebnis gekommen, dass die Lohnunterlagen für die im Straferkenntnis genannten Personen vorhanden gewesen seien.

Weiters habe die Behörde kein Ermittlungsverfahren dazu geführt, ob Herr K.A. Arbeitnehmer der Firma T. AB sei. Wäre Herr K.A. befragt worden, wäre die Behörde zum Ergebnis gelangt, dass dieser kein Arbeitnehmer des genannten Unternehmens sei. Für die litauischen Arbeitnehmer seien die Dienstverträge vorgelegen. Diesen Dienstverträgen sei eine Übersetzung ins Englische beigelegen, was seit der Novelle zum LSD-BG ausreichend sei. Gehaltsunterlagen wie Lohnzettel und Abrechnungen hätten noch gar nicht vorliegen können, da diese Personen erst zwei Tage zuvor zu arbeiten begonnen hätten. Herr A. sei selbstständig, Lohnunterlagen seien bei ihm gar nicht vorzulegen.

§ 19 Abs. 1 iVm § 26 Abs 1 LSD-BG setze voraus, dass der Arbeitgeber für seine Arbeitnehmer entsprechende Lohnunterlagen zugänglich zu machen habe. Wie der Meldung der Entsendung nach Österreich vom 10. Dezember 2017 für die drei litauischen Arbeitnehmer zu entnehmen sei, sei nicht die Firma T. AB in Schweden Arbeitgeber dieser Herren. Der Bf könne schon aus diesem Grund nicht belangt werden.

Herr K.A. sei für T. AB als selbstständiger Berater tätig und vertrete das Unternehmen bei Infrastrukturprojekten im Ausland. Er sei auch dazu berufen, die Auslandseinsätze zu koordinieren und rechtlich einwandfrei abzuwickeln. Der Bf habe sich aufgrund der Zusammenarbeit mit Herrn K.A. darauf verlassen, dass auch im gegenständlichen Fall sämtliche gesetzlichen Bestimmungen im Zusammenhang mit einem grenzüberschreitenden Personaleinsatz eingehalten würden. Den Bf treffe daher auch kein Verschulden.

Sinn und Zweck des LSD-BG sei es, das Unterlaufen österreichischer Arbeitsbedingungen zu verhindern. Im gegenständlichen Fall würden jedoch lediglich Formalvorschriften vorliegen. Da nicht von einer Unterentlohnung auszugehen sei, hätte die belangte Behörde aufgrund der Unbescholtenheit des Bf von der

Verhängung einer Strafe absehen müssen und wäre eine bloße Ermahnung ausreichend gewesen.

I.3. Der Bürgermeister der Stadt Steyr hat mit Schreiben vom 31. August 2018 die Beschwerde samt Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt. Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 21. Oktober 2019, an welcher der Rechtsvertreter des Bf teilgenommen hat und Herr K.A. als Zeuge einvernommen wurde. Der Vertreter des Finanzamtes war zur mündlichen Verhandlung entschuldigt. Ein Vertreter der belangten Behörde hat an der Verhandlung nicht teilgenommen.

I.4.1. Folgender Sachverhalt steht fest:
Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der T. AB (im Folgenden: Firma X) mit dem Sitz in X, V., Schweden. Diese Firma ist unter anderem darauf spezialisiert Brandschutzeinrichtungen in Tunneln zu planen und auch zu montieren.

Zur Umsetzung derartiger Brandschutzprojekte in Tunneln im deutschsprachigen Raum hat die Firma X mit dem deutschen Staatsangehörigen K.A. einen Konsulentenvertrag abgeschlossen. Herr K.A. ist ausgebildeter Bauingenieur und ist in Deutschland am Standort L. freiberuflich tätig. Er beschäftigt an seinem Standort in L. keine Mitarbeiter. Seit dem Jahr 2011 arbeitet er vorwiegend mit der Firma X zusammen. Es gibt aber auch Fälle, in denen Herr A. als freiberuflich Tätiger für andere Firmen arbeitet.

Sofern von der Firma X im deutschsprachigen Raum ein Projekt ausgeführt werden soll, wird Herr A. bereits in die Planungsarbeiten mit einbezogen. Nach Abschluss der Planungsarbeiten werden die zur Durchführung von Montagetätigkeiten zur Verfügung stehenden Subunternehmer zwecks Abgabe von Angeboten kontaktiert. Festzuhalten ist, dass eigenes Personal der Firma X Montagearbeiten nur in Schweden durchführt. Im sonstigen europäischen Raum werden die Montagearbeiten der Brandschutzeinrichtungen ausschließlich durch Subunternehmen durchgeführt. Nach Abgabe von Preisanboten durch die Subunternehmer wird von Herrn K.A. gemeinsam mit dem Zuständigen der Firma X eine Auswahl getroffen. In der Abwicklung der Montagetätigkeiten fungiert Herr K.A. gleichsam als Bindeglied zwischen der Firma X und dem beauftragten Subunternehmer.

Herr A. arbeitet sohin projektsbezogen für die Firma X. Er erhält vom verantwortlichen der Firma X keine Vorgaben wann und wo er seine Arbeitsleistungen zu erbringen hat. Diese teilt er sich normalerweise selbst ein. Herr A. hat bei Projekten

der Firma X auch die Möglichkeit sich vertreten zu lassen und hat keine Verpflichtung die Arbeiten persönlich durchzuführen. Er hat selbstständig für seine Vertretung zu sorgen. Zudem hat Herr A. auch die Möglichkeit Projekte der Firma X abzulehnen, ohne dass dies für ihn Konsequenzen hat. Herr A. hat in der Vergangenheit auch Projekte der Firma X abgelehnt.

Sobald der Subunternehmer für die Montagearbeiten der Brandschutzeinrichtungen ausgewählt ist, werden diesem die bezughabenden Pläne übergeben. Da die Subunternehmer auf diese Montagearbeiten spezialisiert sind, ist die Durchführung von Einschulungsmaßnahmen oder die Weitergabe von Weisungen nicht erforderlich. Herr A. fungiert gleichsam bei derartigen Baustellen als Projektleiter, der den Subunternehmen die Pläne übergibt und den Fertigstellungstermin vorgibt. Die Subunternehmen bestimmen selbstständig, wie viele Arbeiter sie für die Montagearbeiten einsetzen. Arbeitszeitvorgaben oder konkrete Vorgaben zur Ausführung erhalten die Subunternehmer von Projektleiter A. nicht. Von Herrn A. wird lediglich die fachtechnisch ordnungsgemäße Ausführung kontrolliert. Für den Fall das Mängel auftreten würden, sind die Subunternehmer verpflichtet Verbesserungsarbeiten durchzuführen.

Zum gegenständlichen Projekt in Steyr ist festzustellen, dass grundsätzlich der gleiche Projektsablauf wie bei sonstigen Projekten stattgefunden hat. Das Projekt in Steyr hat aber ein neues Geschäftsfeld und zwar die Montage von Werbeflächen in Garagen betroffen. Die österreichische Firma C. GmbH ist an die Firma X mit der Anfrage hinsichtlich der Montage der Werbeeinrichtungen in Steyr herangetreten. Das Projekt in Steyr war ein gewisser Testlauf für künftige Projekte in Europa. Die konkreten Planungsarbeiten für die Ausführung in der Garage in Steyr wurden von der Firma X durchgeführt. Diese hatte zuvor eine Geheimhaltungsverpflichtung gegenüber der C. GmbH zu unterschreiben. Schlussendlich hat die Firma C. GmbH die Firma X mit Werkvertrag mit der Durchführung der Montagearbeit beauftragt. Nachdem – wie bei allen Projekten außerhalb von Schweden – die Firma X nicht mit eigenem Personal diese Montagearbeiten durchführt, wurde auch in Steyr ein Subunternehmer für die Montage herangezogen. Als Subunternehmer wurde die litauische Firma N.J. UAB ausgewählt. Bei dieser Firma handelt es sich um einen Subunternehmer, der regelmäßig für Brandschutzprojekte in Tunnelbauten in Europa von der Firma X beigezogen wird. Der Kontakt zur litauischen Firma besteht deswegen, weil der Bf selbst einmal in Litauen gearbeitet hat.

Da es sich in Steyr um ein Testprojekt gehandelt hat, war Herr K.A. während der gesamten Montagezeit in Steyr anwesend. Die Montage der Werbeeinrichtungen in der Garage hat zweieinhalb Tage gedauert. Die litauische Firma N.J. UAB hat selbst bestimmt wie viele Arbeiter auf der Baustelle in Steyr tätig sind, Arbeitszeitvorgaben hat es nicht gegeben. Herr K.A. hat in seiner Funktion als

Projektleiter der Firma X vor Ort keine Arbeitsanweisungen oder sonstige Weisungen an die litauischen Arbeiter erteilt.

Am 12. Dezember 2017 wurde von Organen des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr an der Adresse der Garage in Steyr, X, eine Kontrolle durchgeführt. Vor Ort wurden drei litauische Arbeiter der Firma N.J. UAB angetroffen. Die drei litauischen Arbeiter füllten ein Personenblatt aus und gaben an bei der Firma N.J. UAB beschäftigt zu sein. Zudem wurden die litauischen Arbeiter aufgefordert die ZKO3-Meldungen für die Entsendung nach Österreich vorzulegen. Dieser Aufforderung sind die Arbeiter nachgekommen. Die Firma N.J. UAB hat am 10. Dezember 2017 die Entsendung der drei litauischen Staatsangehörigen nach Österreich (Arbeitsort Steyr) gemeldet. Bemängelt wurde von den Kontrollorganen, dass in den ZKO-Meldungen als Auftraggeber die österreichische Firma C. GmbH aufscheint.

Bei der Kontrolle war auch Herr K.A. anwesend. Er wurde aufgefordert seinen Ausweis vorzulegen, sonstige Papiere hatte Herr A. nicht vorzuweisen.

Die litauischen Arbeitnehmer wurden zudem aufgefordert neben der ZKO3-Meldung auch die Lohnunterlagen im Sinne des LSD-BG vorzulegen. Die litauischen Arbeiter wiesen daraufhin nur die mit der Firma N.J. UAB abgeschlossenen Arbeitsverträge in Standardübersetzung vor, weitere Unterlagen konnten zur Einsichtnahme nicht vorgewiesen werden.

Die drei litauischen Arbeiter haben auf der Baustelle in Steyr Arbeitskleidung getragen, auf denen das Logo der Firma X aufgebracht war. Es handelte sich dabei um Arbeitskleidung, die auch bei Tunnelbauprojekten getragen wird. Das Logo der Firma X auf der Arbeitskleidung hat den Zweck, bei Großbaustellen den Arbeiter einem Gewerk zuordnen zu können, auch wenn er für einen Subunternehmer tätig ist. Beim Projekt in Steyr gab es diesbezüglich keinen Unterschied, die Arbeiter verwendeten die gleiche Arbeitskleidung wie bei sonstigen Montageaufträgen der Firma X.

I.4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den glaubwürdigen und nachvollziehbaren Angaben des in der mündlichen Verhandlung einvernommenen Zeugen, die dem Grunde nach mit den Darstellungen der Finanzpolizei im Strafantrag nicht in Widerspruch stehen. Faktum ist, dass die schwedische Firma X von der österreichischen Firma C. GmbH mit der Durchführung von Montagearbeiten in der Garage in Steyr beauftragt wurde. Herr K.A., der deutscher Staatsbürger ist, hat mit der schwedischen Firma X einen Konsulentenvertrag abgeschlossen und diesen auch zur Einsichtnahme vorgelegt. Diesem Vertrag ist unmissverständlich zu entnehmen, dass Herr K.A. ein unabhängiger Auftragnehmer ist, der durch die geschlossene Vereinbarung nicht zu einem Mitarbeiter, Arbeitnehmer, Vertreter oder Partner des Unternehmens wird und es Herrn K.A. auch untersagt ist, sich als solcher darzustellen. Herr A. konnte im Zuge der mündlichen Verhandlung

glaubhaft darstellen, dass er als freiberuflich Tätiger auch in der Lage ist, Projekte der X abzulehnen und aus eigenem zu entscheiden, welche Arbeiten er für die X erbringt. Insofern bestehen aufgrund der vorgelegten Vertragsunterlagen sowie den Ausführungen des Herrn A. keine Zweifel an dessen Verhältnis zur Firma X.

Die Feststellungen hinsichtlich der litauischen Arbeiter ergeben sich aus den Beilagen zum Strafantrag, da den Personenblättern zu entnehmen ist, dass sie Arbeitnehmer der N.J. UAB mit dem Sitz in Litauen sind. Dem Strafantrag ist auch zu entnehmen, dass der Aufforderung die ZKO3-Meldungen für die Entsendung nach Österreich vorzulegen, von den drei litauischen Arbeitern auch Folge geleistet wurde. Die Kontrollorgane sahen allerdings die Meldungen in der ZKO3-Meldung als falsch an, zumal als Auftraggeber die österreichische Firma C. GmbH und nicht die Firma X genannt wurde. Fest steht, dass Lohnunterlagen von den drei Arbeitnehmern im Zuge der Kontrolle nicht vorgelegt werden konnten. Bereitgehalten wurden lediglich Arbeitsverträge, welche auch in übersetzter Form vorgewiesen werden konnten. Diese ergibt sich aus den Angaben des Zeugen.

Der Zeuge selbst führt aus, dass er im Zuge der Kontrolle nur zur Vorlage eines Ausweises aufgefordert wurde und ansonsten von ihm keine Vorlage von Unterlagen wie ZKO-Meldung, A1-Sozialversicherungsdokument oder Lohnunterlagen gefordert wurde.

Hinsichtlich der fehlenden A1-Sozialversicherungsdokumte ist festzuhalten, dass den Strafanträgen nicht zu entnehmen ist, dass die litauischen Staatsangehörigen schon bei der Kontrolle zur Vorlage dieser Unterlagen aufgefordert worden sind. Erst nach Ermittlung der Auftragskette gelangten die Kontrollorgane zur Ansicht, dass die Firma X zur Mitnahme sozialversicherungsrechtlicher Dokumente verantwortlich ist, diese Dokumente allerdings bis zum Zeitpunkt der Stellung des Strafantrages nicht vorgelegt worden sind. Die Feststellung, wonach die Arbeiter zur Vorlage der Sozialversicherungsdokumente aufgefordert wurden, ist daher nicht möglich.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

II.1. Rechtslage:
Die im gegenständlichen Fall maßgeblichen Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes lauten wie folgt:

„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.
[...]

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.
[...]

(2) Bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung trifft die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen nach Abs. 1 den inländischen Beschäftiger. Der Überlasser hat dem Beschäftiger die Lohnunterlagen nach Abs. 1 nachweislich bereitzustellen.
[...]

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."

II.2. Der Bf wendet ein, dass weder Herr K.A. noch die drei litauischen Arbeiter in einem Arbeitsvertragsverhältnis zur schwedischen Firma X gestanden sind und für den Bf sohin keine Verpflichtung zur Meldung oder dem Bereithalten von Unterlagen im Sinne des LSD-BG bestanden hat. Diesem Einwand kommt grundsätzlich Berechtigung zu.

Den Verfahrensergebnissen zu Folge ist Herr K.A. freiberuflich in Deutschland tätig und hat mit der Firma X einen Konsulentenvertrag über die Zusammenarbeit bei Tunnelbauprojekten abgeschlossen. Herr A. ist selbst in der Lage darüber zu bestimmen, ob er Projekte mit der Firma X abwickelt oder nicht. Für den Fall, dass er ein Projekt übernommen hat, besteht keine persönliche Arbeitspflicht sondern kann sich Herr A. auch vertreten lassen. Er ist sohin nicht an Arbeitszeit und Arbeitsort gebunden und erhält zudem keine Weisungen bezogen auf sein Arbeitsverhalten. Der Zweck der Zusammenarbeit zwischen der Firma X und Herrn A. besteht darin, dass dieser sein Fachwissen hinsichtlich der Planung und Montage von Brandschutzeinrichtungen einbringt. Durch den Konsulentenvertrag besteht zwar eine Bindung zwischen der Firma X und Herrn K.A. die auf Dauer eingerichtet ist, allerdings sind im bestehenden Verhältnis die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit schwach ausgeprägt. Auch wenn Herr A. vorwiegend mit der Firma X zusammenarbeitet, kann er seine projektbezogene Arbeit frei auswählen. Er steht daher zur Firma X in keinem Verhältnis der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit, die einem Arbeitnehmerverhältnis gleichzusetzen ist. Vielmehr kann die Tätigkeit des Herrn A. der Form des freien Dienstvertrages untergeordnet werden, was allerdings bedeutet, dass dieses Verhältnis nicht den Bestimmungen des LSD-BG zu unterstellen ist. Der Bf wendet daher zu Recht ein, dass Herr A. kein Arbeitnehmer der Firma X ist und damit dem Bf keine Verpflichtungen zur Erstattung einer Entsendemeldung bzw. zur Bereithaltung der erforderlichen Unterlagen getroffen hat.

II.3. Hinsichtlich der drei Arbeitnehmer der Firma N.J. UAB wird dem Bf im Spruch der angefochtenen Entscheidung angelastet, dass die Firma X diese drei Arbeitnehmer auf der Baustelle in Steyr mit Montagearbeiten beschäftigt hat. Zudem wird ausgeführt, dass ein Beschäftiger für jede entsandte Arbeitskraft Unterlagen bereitzuhalten hat. Dieser Tatvorwurf ist damit gleichzusetzen, dass die Firma X (Hinweis: Beschäftiger) grenzüberschreitend überlassene Arbeitskräfte eingesetzt hat. Im Falle der grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung wäre der Überlasser mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat verpflichtet, eine ZKO4-Meldung (grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung) an die Zentrale

Koordinationsstelle zu erstatten. Vorliegend wurden aber vom Arbeitgeber der litauischen Arbeitnehmer ZKO3-Meldungen über die Entsendung von Arbeitskräften erstattet. Die Tatanlastung vermischt somit die grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung bzw. Entsendung von Arbeitnehmern und damit auch die wechselseitigen Verpflichtungen zur Bereithaltung von Unterlagen.

Insgesamt ist aber bei der gegeben Sachlage auch davon auszugehen, dass zwischen der Firma X und der Firma N.J. UAB ein Werkvertrag über die Montage von Werbewänden in der Garage in Steyr abgeschlossen wurde. Die litauischen Arbeitnehmer erhielten vom Projektverantwortlichen der Firma X, dem Konsulenten K.A., keine Arbeitsanweisungen hinsichtlich der Ausführung der Arbeiten, keine Arbeitszeitvorgaben oder sonstigen Weisungen. Es ist daher bei dieser Sachlage nicht erkennbar, dass die litauischen Arbeiter in den Betrieb der Firma X eingegliedert gewesen sind, zumal seitens der Firma X vor Ort auch kein Personal anwesend war und irgendwelche Aufgaben erledigt hat. Vielmehr wurde die Firma N.J. UAB als Subunternehmer mit der Durchführung der Montagearbeiten beauftragt und war diese für die ordnungsgemäße Ausführung der beauftragten Arbeiten zuständig und der Firma X gegenüber verantwortlich. Die Funktion von Herrn K.A. bestand darin, die Einhaltung der vorgegebenen Termine und die fachgerechte Montage zu kontrollieren, zumal die Firma X selbst ihrem Auftraggeber gegenüber für die ordnungsgemäße Ausführung verantwortlich gewesen ist. Unter diesen Umständen ist aber nicht erkennbar, dass eine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung von Arbeitnehmern der litauischen Firma N.J. UAB an die schwedische Firma X stattgefunden hat. Vielmehr ist von einer Entsendung von Arbeitskräften durch die litauische Firma N.J. auszugehen, welche auch eine ZKO3-Meldung erstattet hat. Als ausländischen Auftraggeber der Montagearbeiten treffen den Bf die Verpflichtungen zur Bereithaltung von A1-Sozialversicherungsdokumenten oder Lohnunterlagen im Sinne des LSD-BG nicht. Die Firma X war nicht Beschäftiger der litauischen Arbeitnehmer und kann auch nicht als deren Arbeitgeber gesehen werden.
Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass bei der gegenständlichen Baustelle die Firma X keine eigenen Arbeitnehmer eingesetzt (entsendet) hat, vielmehr ein freier Dienstnehmer tätig war und die Montageleistungen mittels Werkvertrag an die litauische Firma N.J. UAB übertragen worden sind. Die Firma X ist daher bei der gegenständlichen Baustelle weder als Arbeitgeber noch als Beschäftiger von überlassenen Arbeitskräften in Erscheinung getreten, weshalb diese keine Verpflichtungen im Sinne des LSD-BG getroffen haben. Diesfalls war daher dem Beschwerdevorbringen zu folgen, da dem Bf keine Pflichtverletzung angelastet werden kann. Mithin war das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

III. Weil die Beschwerde Erfolg hatte, waren keine Kosten für das Verfahren vor der belangten Behörde und für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorzuschreiben.

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. 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.

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

Mag. Kühberger