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-302269/38/BZ

Datum:
Linz, 13. Juli 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Zauner über die Beschwerde des G.F., vertreten durch S. Rechtsanwälte OG, X, W., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 1. Februar 2019, GZ: BHVBSanR-2017-386493/5-BC, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes nach Durchführung von öffentlichen mündlichen Verhandlungen am 5. Februar 2020 und am 22. Juni 2020

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird im Schuldspruch als unbegründet abgewiesen. Hinsichtlich der Strafe wird der Beschwerde insofern stattgegeben, als eine Gesamtstrafe in der Höhe von 500, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 16 Stunden verhängt wird.

II. Die behördlichen Verfahrenskosten reduzieren sich auf 50 Euro. Für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist kein Kostenbeitrag zu leisten.

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 Vöcklabruck (im Folgenden: belangte Behörde) vom 1. Februar 2019, GZ: BHVBSanR-2017-386493/5-BC, wurden unter Spruchpunkt I) über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 21 Abs. 1 Z 1 iVm § 26 Abs. 1 Z 3 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, BGBl I Nr. 64/2017 in 13 Fällen Geldstrafen in der Höhe von jeweils 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit dieser Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 33 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von insgesamt 1.300 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf und Haftungsausspruch zugrunde: „Sie haben es als Geschäftsführer und somit gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortliches Organ der ‚G. GmbH', mit Sitz in der X in S., Deutschland, zu verantworten, dass folgende Arbeitnehmer beschäftigt wurden ohne dass Unterlagen über die Anmeldung zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument A1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04), der entsandten Arbeitnehmer am Arbeits(Einsatz)ort im Inland bereit gehalten wurden, oder diese den Organen der Abgabenbehörden vor Ort unmittelbar in elektronischer Form zugänglich gemacht wurden.

1)
Z.W., x
Staatsangehörigkeit: POLEN
Tätigkeit: Montagearbeiten
Arbeitsantritt: 18.04.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 18.04.2017 bis 27.07.2017 (Kontrolltag)

2)
Z.L., x
Staatsangehörigkeit: POLEN
Tätigkeit: Montagearbeiten
Arbeitsantritt: 17.07.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 17.07.2017 bis 27.07.2017 (Kontrolltag)

3)
M.G., x
Staatsangehörigkeit: POLEN
Tätigkeit: Montagearbeiten
Arbeitsantritt: 17.07.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 17.07.2017 bis 27.07.2017 (Kontrolltag)

4)
M.K., x
Staatsangehörigkeit: POLEN
Tätigkeit: Montagearbeiten
Arbeitsantritt: 12.06.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 12.06.2017 bis 27.07.2017 (Kontrolltag)

5)
S.W., x
Staatsangehörigkeit: POLEN
Tätigkeit: Montagearbeiten
Arbeitsantritt: 17.07.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 17.07.2017 bis 27.07.2017 (Kontrolltag)

6)
G.S., x
Staatsangehörigkeit: POLEN
Tätigkeit: Montagearbeiten
Arbeitsantritt: 18.04.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 18.04.2017 bis 27.07.2017 (Kontrolltag)

7)
D.S., x
Staatsangehörigkeit: POLEN
Tätigkeit: Montagearbeiten
Arbeitsantritt: 18.04.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 18.04.2017 bis 27.07.2017 (Kontrolltag)

8)
C.P., x
Staatsangehörigkeit: POLEN
Tätigkeit: Montagearbeiten
Arbeitsantritt: 18.04.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 18.04.2017 bis 27.07.2017 (Kontrolltag)

9)
M.L., x
Staatsangehörigkeit: POLEN
Tätigkeit: Montagearbeiten
Arbeitsantritt: 18.04.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 18.04.2017 bis 27.07.2017 (Kontrolltag)

10)
S.L., x
Staatsangehörigkeit: POLEN
Tätigkeit: Montagearbeiten
Arbeitsantritt: 18.04.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 18.04.2017 bis 27.07.2017 (Kontrolltag)

11)
A.P., x
Staatsangehörigkeit: POLEN
Tätigkeit: Montagearbeiten
Arbeitsantritt: 18.04.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 18.04.2017 bis 27.07.2017 (Kontrolltag)

12)
U.H., x
Staatsangehörigkeit: DEUTSCHLAND
Tätigkeit: Bauleitung
Arbeitsantritt: 03.07.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 03.07.2017 bis 27.07.2017 (Kontrolltag)

13)
A.B., x
Staatsangehörigkeit: POLEN
Tätigkeit: Montagearbeiten
Arbeitsantritt: 17.07.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 17.07.2017 bis 27.07.2017 (Kontrolltag)

Arbeitgeber mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich haben, sofern für die entsandten Arbeitnehmer in Österreich keine Sozialversicherungspflicht besteht, Unterlagen über die Anmeldung der entsandten Arbeitnehmer zur Sozialversicherung am Arbeits(Einsatz)ort im Inland bereitzuhalten oder diese den Organen der Abgabenbehörde vor Ort in elektronischer Form zugänglich zu machen.

[...]

II. Die G. GmbH, mit Sitz in der X in S., Deutschland haftet für die über den Geschäftsführer zu Pkt. I verhängten Geldstrafen und Verfahrenskosten in der Höhe von insgesamt 14.300 Euro zur ungeteilten Hand.

Rechtsgrundlage
§ 9 Abs. 7 Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG“

In der Begründung führt die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass gegenständlich aufgrund der Aussage von Herrn H. und der durchgeführten Kontrolle der Finanzpolizei feststehe, dass eine Unterscheidbarkeit des Werkes nicht vorliege. Das Arbeitsmaterial sowie großteils das für die Arbeiten benötigte Werkzeug sei von der G. GmbH zur Verfügung gestellt worden. Weiters seien die Arbeitnehmer der Firma W. an die Arbeitszeiten und Arbeitsanweisungen, welche von der G. GmbH vorgegeben wurden, gebunden gewesen. Laut Aussage von Herrn H. hafte die Firma W. auch nicht für den Erfolg der Werkleistung. Es sei somit eindeutig von einer Arbeitskräfteüberlassung auszugehen und sei der Bf daher als Arbeitgeber der im Spruch angeführten Arbeitnehmer zu qualifizieren. Die angelasteten Verwaltungsübertretungen seien aufgrund des in der Anzeige der Organe des Finanzamtes festgestellten Sachverhaltes objektiv als erwiesen anzusehen.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die vom Bf rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 8. März 2019, mit der die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens, in eventu die Aussprache einer Ermahnung bzw. eine außerordentliche Strafmilderung beantragt werden.

Begründend wird zusammengefasst im Wesentlichen ausgeführt, dass die G. GmbH beim gegenständlichen Bauvorhaben aufgrund eines Werkvertrages mit der S. GmbH mit der Lieferung, Montage und Inbetriebnahme einer Anlage zur Getränkeherstellung im Offenwarenbereich beauftragt gewesen sei. Dabei habe die G. GmbH wiederum mit gesondertem Werkvertrag abgegrenzte Teile des Auftrags weitergegeben, nämlich Rohverlegungsarbeiten an den Subunternehmer W. und Elektroarbeiten sowie den Kabeltrassenausbau und -umbau im Offenwarenbereich an die A. GmbH. Insgesamt seien in diesem Zusammenhang 13 Arbeitnehmer der W. und 2 Arbeitnehmer der A. GmbH auf der Baustelle der S. GmbH grenzüberschreitend tätig gewesen.
Entgegen der Beurteilung der Behörde liege keine Arbeitskräfteüberlassung vor und sei auch keine einzige Ziffer des § 4 Abs. 2 AÜG erfüllt. Auch wären der belangten Behörde im Ermittlungsverfahren mehrere wesentliche Verfahrensfehler unterlaufen und weise das gegenständliche Straferkenntnis massive Begründungsmängel auf. Weiters sei auch unrichtig, dass hinsichtlich der Arbeitnehmer der G. GmbH keine Unterlagen vorlagen. Schließlich würde selbst wenn man eine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung annehmen würde, kein Verschulden des Bf vorliegen. Weiters wird angeregt ein Gesetzesprüfungsverfahren beim Verfassungsgerichtshof einzuleiten, die im LSD-BG vorgesehene Höhe der Mindeststrafen wegen Widerspruch zu Art. 49 Abs. 3 der EU Grundrechte-Charta als verfassungswidrig aufzuheben bzw. dem EuGH gemäß Art. 267 AEUV die Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen, ob die im LSD-BG vorgesehene Höhe der Mindeststrafen im Widerspruch zu Art. 49 Abs. 3 der EU Grundrechte-Charta

steht, daher unionsrechtswidrig sei und deshalb die Mindeststrafhöhe gemäß LSD-BG von den nationalen Gerichten nicht berücksichtigt werden dürfe.

I.3. Mit Schreiben vom 13. März 2019 hat die belangte Behörde die Beschwerde samt ihrem Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung von öffentlichen mündlichen Verhandlungen am 5. Februar 2020 sowie am 22. Juni 2020. Die Beschwerdeverfahren LVwG-302269, LVwG-302270, LVwG-302271, LVwG-302272, LVwG-302273, LVwG-302274, LVwG-302275, LVwG-302276 und LVwG-302277 wurden jeweils gemäß § 12 Oö. LVwGG zur gemeinsamen Verhandlung verbunden. Zur Verhandlung am 5. Februar 2020 sind der Rechtsvertreter des Bf, zwei Vertreter der belangten Behörde sowie ein Vertreter des Finanzamtes erschienen. Zeugenschaftlich wurden U.H. und M.R. einvernommen. Zur Verhandlung am 22. Juni 2020 sind der Rechtsvertreter des Bf gemeinsam mit dem Bf und den Beschuldigten in den verbundenen Verfahren sowie ein Vertreter des Finanzamtes erschienen. Zeugenschaftlich wurde C.B. einvernommen.

II.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem relevanten Sachverhalt aus:

Der Bf ist gemeinsam mit R.K. und C.S. handelsrechtlicher Geschäftsführer der G. GmbH mit Sitz in S., X, in Deutschland und zur Vertretung nach außen Berufener.

Anlässlich einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei am 27. Juli 2017, ab 08:25 Uhr, am Werksgelände der S. GmbH in A., X, wurden der Zeuge H. von der G. GmbH (im Folgenden: Fa. G.) sowie 12 Arbeitnehmer der Fa. W. (im Folgenden: Fa. W.) arbeitend angetroffen.

Die Fa. G. ist im Verkauf und der Montage von Prozessanlagen im Lebensmittelbereich sowie im Servicebereich (Wartung der Anlagen etc.) tätig, sie kauft Komponenten und Dienstleistungen zu, um Anlagen vor Ort aufzubauen. Bei der Fa. G. waren 2017 rund 350 Arbeitnehmer auf drei Standorte verteilt beschäftigt.

Verfahrensgegenständlich hat die Fa. G. den Auftrag von der S. GmbH über die Lieferung, Montage und Inbetriebnahme der Neuordnung Offenwarenbereich übernommen. Dabei handelt es sich um einen größeren Auftrag im Lebensmittelbereich. Die Fa. G. hat für dieses Projekt insgesamt drei weitere Unternehmen beigezogen, nämlich die Fa. W., Herrn B.B. (Einzelunternehmer) und die A. GmbH.

Bei der Fa. W. mit Sitz in X, D., Polen, handelt es sich um ein Unternehmen, das unter anderem Anlagen für die Fa. G. vor Ort aufbaut.

Die Fa. G. hat mit der Fa. W. einen Vertrag mit Datum 12. Juli 2017 über „Verlegearbeiten von Kabelleitungen in Kabeltrasse und Anschluss an vorhandene Komponenten, Verkabelung CIP Anlage, 2 Mann (Elektriker), Zeitraum: 17.7.2017 bis 31.8.2017“ abgeschlossen. Mit Datum 12. Juli 2017 wurde ein weiterer Vertrag über „Bauleitung Elektro, 1 Mann, Zeitraum: 17.7.2017 bis 31.8.2017“ abgeschlossen. Weiters wurde ein Vertrag mit Datum 28. Juni 2017 über „Verrohrung Heißwasserleitung in Trasse 1, 1 Supervisor (German speaking) (part time 50 %), 3 welder/fitter (all-rounder), Time frame: 3.7.2017 bis 31.8.2017“ sowie „Aufbau CIP Anlage, Verrohrung Trasse 3, 1 Supervisor (German speaking) (part time 50 %), 4 welder/fitter (all-rounder), Time frame: 3.7.2017 bis 31.8.2017“ abgeschlossen. Weiters wurde ein Vertrag mit Datum 5. Mai 2017 über „Construction according to drawing: 36005827-MOPLA-0032; Montageplan Trasse 3, Tube 100x100x3, Tube 100x50x3, Tube 100x100x5, Flange according to documentation, Steel sort: 1.430 l, Weight oft he construction: ok. 5100 kg“ abgeschlossen. Diese Verträge beinhalten jeweils unter anderem verbindliche Liefertermine und Lieferfristen, Preise, Zahlungsbedingungen, Gewährleistungs- und Haftungsregeln.

Von der Fa. G. waren bei diesem Bauvorhaben die Zeugen M.R. und U.H. als Bauleiter tätig, wobei diese nicht gleichzeitig anwesend waren. M.R. war der „Haupt-Bauleiter“ und U.H. „Ersatz-Bauleiter“. Eigenes Montagepersonal des Unternehmens wurde bei diesem Projekt nicht eingesetzt.

Weiters war B.B. als Bauleiter auf der Baustelle tätig. B.B. war Einzelunternehmer und hat die Fa. G. mit ihm einen Werkvertrag über diese Tätigkeit abgeschlossen. Er führte vorwiegend Baustellenleitungen und Planungstätigkeiten im Zusammenhang mit Rohrleitungsmontagen aus.

Die Aufgaben der Bauleiter waren in erster Linie Arbeitsabstimmung, Überwachung sowie Qualitätskontrollen. Den Bauleitern stand ein Büroraum auf der Baustelle zur Verfügung.

Von der Fa. W. waren D.S. als Vorarbeiter sowie 12 Arbeitnehmer auf der Baustelle tätig, wobei nicht alle Arbeitnehmer gleichzeitig, sondern zu unterschiedlichen Zeiten anwesend waren. Die Aufgaben des Vorarbeiters des polnischen Unternehmens waren insbesondere die Einteilung der Arbeiter auf der Baustelle, die Mitteilung der Vorgaben sowie die Abklärung von Fragen, soweit dies möglich war. Der Vorarbeiter hat die deutsche Sprache gut beherrscht, die polnischen Arbeiter nicht.

Die Arbeitszeiten der polnischen Arbeiter hat großteils die Fa. W. vorgegeben. Arbeitszeitaufzeichnungen wurden von den Arbeitern selbst geführt, diese wurden wöchentlich vom Bauleiter der Fa. G. kontrolliert und gegengezeichnet. Auch der Bauleiter der Fa. G. hat Arbeitszeitaufzeichnungen geführt, samt Angaben welcher Arbeiter welche konkreten Arbeiten ausgeführt hat. Der Bauleiter der Fa. G. hatte keine Weisungsbefugnis hinsichtlich der Festlegung der einzusetzenden Arbeitnehmer und deren Arbeitszeiten. Es wurden von ihm auch keine konkreten Arbeitsanweisungen erteilt, sondern ausschließlich vom Vorarbeiter der Fa. W. Der Bauleiter der Fa. G. hat jedoch angeordnet, wie viele Arbeiter die konkrete Arbeit zu verrichten haben. Welcher konkrete Arbeiter eine Aufgabe zu verrichten hat, wurde vom Vorarbeiter vorgegeben. Allfällig auftauchende Fragen wurden – sofern sie nicht der Vorarbeiter lösen konnte – auch mit dem Bauleiter besprochen. Da bestimmte Arbeiten auch mit der Fa. Spitz abgestimmt werden mussten, war eine entsprechende Koordination der Arbeiten durch den Bauleiter erforderlich.

Abwesenheiten, wie Krankenstände oder Urlaube, wurden dem Vorarbeiter der Fa. W. gemeldet. Der Vorarbeiter hat die Abwesenheiten auch dem Bauleiter der Fa. G. mitgeteilt, da der Bauleiter auch aus Sicherheitsaspekten die Anzahl der anwesenden Arbeiter wissen musste. Der Bauleiter hat sodann auch darüber entschieden, ob Ersatzarbeiter auf der Baustelle eingesetzt werden und auch wie viele Ersatzarbeiter benötigt werden. Dies wurde anschließend der Fa. W. mitgeteilt und hat diese sodann die Arbeiter zugeteilt. Auch der Fa. G. wurde die Anzahl der benötigten Ersatzarbeiter mitgeteilt, da sich diese auch mit der Fa. W. in Verbindung gesetzt hat.

Der Bauleiter hat tägliche Kontrollen über die ordnungsgemäße Montage durchgeführt. Zuerst wurden die Arbeiten vom Vorarbeiter kontrolliert und anschließend vom Bauleiter. Bei Nichtentsprechen der Montage wurde die Fa. W. zur sofortigen Verbesserung aufgefordert. Die Verbesserungsarbeiten wurden anschließend auch wieder kontrolliert.

Die Sicherheitsunterweisungen hat der Bauleiter der Fa. G. dem Vorarbeiter der Fa. W. mitgeteilt und hat dieser dann die Arbeiter unterwiesen.

Das Material wurde von der Fa. G. zur Verfügung gestellt. Das Werkzeug, wie Schweißmaschinen, Zangen, Schraubenzieher, Schleifscheiben etc. wurde von den Arbeitern der Fa. W. mitgebracht. Größere Geräte, wie Hebebühnen etc. wurden von der Fa. G. zur Verfügung gestellt.

Für die Anreise, die Nächtigung sowie die Verpflegung der polnischen Arbeiter waren diese selbst bzw. die Fa. W. zuständig.

Auf der Baustelle waren Materialcontainer vorhanden. Diese wurden auch von den polnischen Arbeitern genutzt.

Sozialversicherungsdokumente für die im Spruch angeführten Arbeitnehmer wurden zum Zeitpunkt der Kontrolle nicht bereitgehalten oder unmittelbar vor Ort in elektronsicher Form zugänglich gemacht. Es wurden jedoch hinsichtlich sämtlicher Arbeitnehmer A1-Dokumente nachgereicht. Das A1-Dokument betreffend U.H. wurde am 31.7.2017 für den Zeitraum von 24.4.2017 bis 23.4.2019 ausgestellt, sodass dieses zum Zeitpunkt der Kontrolle am 27.7.2019 noch nicht vorlag.

Die Fa. G. war nicht Beschäftigerin des B.B. und hatte sie somit keine Verpflichtung ein Sozialversicherungsdokument betreffend B.B. bereitzuhalten.

II.3. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt grundsätzlich aus den vorgelegten Verwaltungsakten und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlungen am 5. Februar 2020 sowie am 22. Juni 2020 ergibt.

Die Verträge sowie die nachgereichten A1-Dokumente liegen in den Verwaltungsakten ein.

Die Aussagen der in der mündlichen Verhandlung vernommenen Zeugen U.H. und M.R. decken sich in den wesentlichen Bereichen und sind diese auch nachvollziehbar und glaubwürdig. Der Zeuge U.H. war nur für eine kurze Zeit als „Ersatz-Bauleiter“ auf der Baustelle anwesend. Der Zeuge M.R. war als „Haupt-Bauleiter“ längere Zeit auf der Baustelle anwesend und hat dieser im Rahmen seiner Zeugeneinvernahme klar geschildert, wie die Arbeitsabläufe auf der Baustelle waren. Insbesondere hat er glaubwürdig dargelegt, dass er – obwohl er keine Weisungsbefugnis hatte – die Arbeitszeitaufzeichnungen kontrolliert hat und auch angeordnet hat, wie viele Arbeitnehmer eine konkrete Arbeit zu verrichten haben. Auch wenn es durchaus nachvollziehbar ist, dass bestimmte Arbeiten mit der Fa. Spitz abgestimmt werden mussten, da diese ihre Produktion wegen der in Rede stehenden Baustelle nicht einstellen konnte, erklärt sich dadurch nicht die Vorgabe wie viele Arbeiter für die Verrichtung einer konkreten Tätigkeit einzusetzen sind. Weiters hat der Zeuge R. glaubwürdig ausgesagt, dass er darüber, ob und gegebenenfalls wie viele Ersatzarbeiter bei allfälligen Abwesenheiten von polnischen Arbeitern einzusetzen sind, als Bauleiter entschieden hat. Diese Aussage steht auch nicht im Widerspruch zur Aussage des U.H., da dieser darüber keine Angaben machen konnte, weil dies während der Zeit, in der er als Bauleiter auf der Baustelle tätig war, nicht vorkam. Der Zeuge M.R. hat auch glaubwürdig ausgeführt, dass die Anzahl der benötigten Ersatzarbeiter auch der Fa. G. mitgeteilt wurden, da diese die Ersatzarbeiter bei der Fa. W. schriftlich „bestellt“.

Die Aussagen aller Befragten in der mündlichen Verhandlung waren grundsätzlich glaubwürdig und in sich schlüssig. Insgesamt betrachtet hat sich für die erkennende Richterin ein schlüssiges und realistisches Bild der Vertragsverhältnisse zwischen der Fa. G. und der Fa. W. und der Arbeitsabläufe beim gegenständlichen Projekt ergeben.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1.1. Das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. Nr. 44/2016 in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl I Nr. 64/2017 lautet auszugsweise:

Gemäß § 21 Abs. 1 Z 1 LSD-BG haben Arbeitgeber mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft folgende Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort im Inland während des Entsendezeitraums bereitzuhalten oder diese den Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich zu machen:
Unterlagen über die Anmeldung des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, oder Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit), sofern für den entsandten Arbeitnehmer in Österreich keine Sozialversicherungspflicht besteht; kann der Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Erhebung durch Nachweise in deutscher Sprache belegen, dass ihm die Erwirkung der Ausstellung dieser Dokumente durch den zuständigen Sozialversicherungsträger vor der Entsendung nicht möglich war, sind gleichwertige Unterlagen in deutscher Sprache (Antrag auf Ausstellung des Sozialversicherungsdokuments E 101 oder A 1, und Bestätigung des zuständigen Sozialversicherungsträgers, dass der Arbeitnehmer für die Dauer der Entsendung der ausländischen Sozialversicherung unterliegt) bereitzuhalten.

Gemäß § 26 Abs. 1 Z 3 LSD-BG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jeden Arbeitnehmer mit Geldstrafe von 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Wiederholungsfall von 2.000 Euro bis 20.000 Euro zu bestrafen, wer als Arbeitgeber oder Überlasser im Sinne des § 19 Abs. 1 die erforderlichen Unterlagen entgegen § 21 Abs. 1 oder Abs. 2 nicht bereithält oder den Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vor Ort nicht unmittelbar in elektronischer Form zugänglich macht.

Gemäß § 2 Abs. 1 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.

III.1.2. Die Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (im Folgenden kurz: Richtlinie 96/71) lautet auszugsweise:

„Artikel 1
Anwendungsbereich

(1) Diese Richtlinie gilt für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer gemäß Absatz 3 in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden.
[…]
(3) Diese Richtlinie findet Anwendung, soweit die in Absatz 1 genannten Unternehmen eine der folgenden länderübergreifenden Maßnahmen treffen:
a) einen Arbeitnehmer in ihrem Namen und unter ihrer Leitung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats im Rahmen eines Vertrags entsenden, der zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem in diesem Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger geschlossen wurde, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht, oder
b) einen Arbeitnehmer in eine Niederlassung oder ein der Unternehmensgruppe angehörendes Unternehmen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht, oder
c) als Leiharbeitsunternehmen oder als einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellendes Unternehmen einen Arbeitnehmer in ein verwendendes Unternehmen entsenden, das seinen Sitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat oder dort seine Tätigkeit ausübt, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitunternehmen oder dem einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht.
[…]

Artikel 3
Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen

(1) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht die in Artikel 1 Absatz 1 genannten Unternehmen den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern bezüglich der nachstehenden Aspekte die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird, - durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder - durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche im Sinne des Absatzes 8, sofern sie die im Anhang genannten Tätigkeiten betreffen, festgelegt sind:
[…]“

III.1.3. Das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG), BGBl. Nr. 196/1988 in der hier maßgebenden Fassung, lautet auszugsweise:

Gemäß § 4 Abs. 1 AÜG ist für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Nach § 4 Abs. 2 AÜG liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber

1. kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder
2. die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder
3. organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder
4. der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet.

III.1.4. Den Gesetzesmaterialien (Regierungsvorlage, 450 BlgNR XVII. GP, 17f) zu § 4 AÜG, der seit der Stammfassung unverändert ist, ist unter anderem zu entnehmen:

„Grundsätzlich sollen jene Fälle, in denen ein Werkunternehmer ausschließlich zur Herstellung eines Werkes, für dessen ordnungsgemäßes Zustandekommen er die Verantwortung trägt, Hilfspersonen (Erfüllungsgehilfen) in den Betrieb des Werkbestellers sendet, nicht vom Regelungsbereich des Gesetzesentwurfes erfasst sein.
Der Abschluss von Werkverträgen soll, soweit er nicht missbräuchlich zur Umgehung der Ziele der vorgesehenen Regelung erfolgt, keinesfalls erschwert oder verhindert werden. Die im Rahmen von Werkverträgen übliche Verwendung von Erfüllungsgehilfen stellt grundsätzlich keine Überlassung von Arbeitskräften dar. So wird etwa die Gestaltung von Werbe- und Infoständen oder von Auslagen in der Regel nicht als Überlassung zu werten sein, sondern als „echter“ Werkvertrag. Allen Versuchen, durch den Abschluss eines Werkvertrages die für die Überlassung von Arbeitskräften geltenden gesetzlichen Schranken zu umgehen, soll jedoch vorgebeugt werden.
In diesem Sinne soll mit dieser Bestimmung sichergestellt werden, dass durch die Erweckung eines Anscheines, der nicht auf das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung schließen lässt, noch keineswegs die Nichtanwendbarkeit der entsprechenden Gesetzesbestimmungen erreicht werden kann.
Wegen der niemals gänzlich auszuschließenden Umgehungsversuche soll die wirtschaftliche Funktion der in Frage stehenden Vertragsverhältnisse eingehend geprüft werden und für die Zuordnung zum Tatbestand der Arbeitskräfteüberlassung entscheidend sein.
Der allgemeine Grundsatz des Abs. 1 lehnt sich an die entsprechenden steuerrechtlichen Bestimmungen (z.B. § 21 Bundesabgabenordnung) an.
Abs. 2 befasst sich speziell mit dem Werkvertrag, der erfahrungsgemäß am häufigsten zur Umgehung der bei der Arbeitskräfteüberlassung zu beachtenden Regeln Verwendung findet. Sofern ein für den Werkvertrag, typisches Merkmal nicht vorhanden ist (Z 1, 2

und 4) oder ein für den Werkvertrag völlig untypisches Merkmal (Z 3) gegeben ist, wird das Vorliegen des Tatbestandes der Arbeitskräfteüberlassung angenommen. Auch wenn für die Klassifizierung als Werkvertrag an sich bereits die Kombination einzelner für den Werkvertrag typischer Sachverhaltselemente ausreichend sein mag, muss zur Abgrenzung von der Arbeitskräfteüberlassung die Erfüllung sämtlicher im Regelfall zutreffenden Merkmale (einschließlich des Fehlens bestimmter, auf eine Arbeitskräfteüberlassung hinweisenden Sachverhaltselemente) verlangt werden, um der Erfahrung Rechnung zu tragen, dass häufig die Überlassung von Arbeitskräften den eigentlichen Zweck des Werkvertrages bildet.
[…]“

III.2. Verfahrensgegenständlich wird dem Bf im angefochtenen Straferkenntnis zusammengefasst zur Last gelegt, dass er es verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten hat, dass die Fa. G. als Arbeitgeberin mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union entgegen den Bestimmungen des LSD-BG für die entsandten Arbeitnehmer keine Sozialversicherungsdokumente bereitgehalten oder diese den Abgabenbehörden unmittelbar vor Ort in elektronischer Form zugänglich gemacht hat.

Strittig ist zunächst, ob es sich bei den zwischen der Fa. G. und der Fa. W. abgeschlossenen Verträgen um „echte“ Werkverträge und damit in arbeitsrechtlicher Hinsicht um eine Entsendung oder um eine Arbeitskräfteüberlassung von der Fa. W. an die Fa. G. handelt und folglich die in Rede stehenden Arbeitnehmer von der Fa. G. nach Österreich entsandt wurden.

III.2.1. Nach den Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes – in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung – in seiner Entscheidung vom 22. August 2017, Ra 2017/11/0068, ist die gegenständlich entscheidende Rechtsfrage, ob es sich um einen „echten“ Werkvertrag oder um Verträge betreffend grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung handelt, allerdings nicht ausschließlich nach innerstaatlichem Recht zu beantworten. Nach den zitierten Gesetzesmaterialien dienen die in Rede stehenden Bestimmungen des AÜG auch der Umsetzung von Unionsrecht, sodass dessen Vorgaben bei der Vollziehung dieser Gesetzesbestimmungen zu berücksichtigen sind.

Weiters stellte der Verwaltungsgerichtshof in dieser Entscheidung fest:
„27 Von der Richtlinie 96/71 erfasst ist sowohl (Art. 1 Abs. 3 lit. a) die grenzüberschreitende Entsendung eines Arbeitnehmers durch ein Unternehmen, um einen von diesem Unternehmen eingegangenen Werkvertrag zu erfüllen, als auch (Art. 1 Abs. 3 lit. c) - insoweit im Einklang mit dem AÜG (*Tomandl*, AÜG, 3. Auflage (2017), S. 37) - die grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung, nämlich die grenzüberschreitende Entsendung eines Arbeitnehmers durch ein Unternehmen zum Zwecke (lediglich) der Überlassung an ein anderes (den Arbeitnehmer verwendendes) Unternehmen (vgl. dazu auch die hg. Erkenntnisse vom 6. November 2012, 2012/09/0130, und vom 19. März 2014, 2013/09/0159).

28 Vor diesem rechtlichen Hintergrund sind die Kriterien, die für die Arbeitskräfteüberlassung iSd Art. 1 Abs. 3 lit. c der Richtlinie 96/71 entscheidend sind, insofern auch maßgebend für die Beurteilung, ob (grenzüberschreitende) Arbeitskräfteüberlassung iSd §§ 3 und 4 AÜG vorliegt, als nur bei Übereinstimmung mit den unionsrechtlichen Vorgaben eine uneingeschränkte Anwendung des AÜG in Betracht kommt.
[...]
33 Im Speziellen sind dabei entsprechend dem Urteil "Martin Meat" die Fragen, ob die Vergütung/das Entgelt auch von der Qualität der erbrachten Leistung abhängt bzw. wer die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich festgelegten Leistung trägt (Rn 35 ff des EuGH-Urteils), ob also der für einen Werkvertrag essenzielle "gewährleistungstaugliche" Erfolg vereinbart wurde (vgl. abermals das zitierte hg. Erkenntnis 2012/09/0130, mwN), wer die Zahl der für die Herstellung des Werkes jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer bestimmt (Rn 38) und von wem die Arbeitnehmer die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung ihrer Tätigkeiten erhalten (Rn 40 des EuGH-Urteils), von entscheidender Bedeutung."

Zusammengefasst bedeutet das, dass erst bei Verwirklichung ausschlaggebender Kriterien und dem sich daraus ergebenden Vorliegen einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach der Richtlinie 96/71 § 4 Abs. 2 AÜG uneingeschränkt anzuwenden ist.
Ergibt sich aber aus der Gesamtbetrachtung der gegebenen Anhaltspunkte, dass nach der Richtlinie 96/71 keine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, so kann auch alleinig aufgrund § 4 Abs. 2 AÜG eine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung nicht vorliegen.

III.2.2. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. nur VwGH 8.8.2008, 2008/09/0022) liegt ein Werkvertrag vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Die Verpflichtung aus einem Werkvertrag besteht darin, die genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein „gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden können. Mit der Erbringung der Leistung endet das Werkvertragsverhältnis (so auch VwGH 23.4.2013, 2013/09/0036).

Den vorgelegten Verträgen sind als „Werk" Verlegearbeiten, Verkabelungs- bzw. Verrohrungsarbeiten zu entnehmen. Ob diese Leistung ausreichend individualisiert und konkretisiert ist, kann dahingestellt bleiben, da der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend ist. Hinzu kommt, dass ein Vertrag vom 12. Juli 2017 eindeutig über die „Bauleitung Elektro, 1 Mann" abgeschlossen wurde und auch der zweite Vertrag vom 12. Juli

2017 für Verlege- und Verkabelungsarbeiten konkret die Anzahl der Arbeiter (2 Mann Elektriker) enthält. Die konkrete Vorgabe der Anzahl der Arbeitskräfte spricht grundsätzlich schon gegen das Vorliegen eines Werkvertrags, da bei einem Werkvertrag die Vertragsverpflichtung und auch das Interesse des Bestellers lediglich das Werk an sich (Endprodukt) umfasst.
Weiters hat das durchgeführte Beweisverfahren ergeben, dass vom Bauleiter der Fa. G. die Arbeitszeitaufzeichnungen der polnischen Arbeiter kontrolliert und gegengezeichnet wurden sowie dass auch eigene Aufzeichnungen über die Arbeitszeiten der polnischen Arbeiter geführt wurden. Auch hat der Bauleiter der Fa. G. bestimmt, wie viele Arbeiter eine konkrete Arbeit zu verrichten hatten. Allfällig auftauchende Fragen wurden – sofern sie der Vorarbeiter nicht lösen konnte – auch mit dem Bauleiter besprochen. Zudem wurden Abwesenheiten, wie Krankenstände oder Urlaube vom Vorarbeiter der Fa. W. auch dem Bauleiter der Fa. G. gemeldet. Dieser hat folglich darüber entschieden, ob und gegebenenfalls wie viele Ersatzarbeiter benötigt wurden. Diese Entscheidung wurde – neben der Fa. W. – auch der Fa. G. mitgeteilt, die schriftlich die Fa. W. kontaktierte. Weiters hat der Bauleiter tägliche Kontrollen über die ordnungsgemäße Montage durchgeführt und wurde bei Nichtentsprechen der Montage die Fa. W. zur sofortigen Verbesserung aufgefordert. Die Verbesserungsarbeiten wurden anschließend auch wieder kontrolliert. Ebenso wurden das Material sowie die größeren Werkzeuge von der Fa. G. zur Verfügung gestellt. Selbst wenn dieser Umstand an sich nicht ausschlaggebend ist, ist er jedoch gegenständlich im Rahmen der Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen.
Weiters ist zwar durchaus verständlich, dass bei einem größeren Projekt eine Abstimmung und Koordination der Arbeiten zu erfolgen hat, auch im Hinblick auf die Arbeitsabläufe der auftraggebenden Firma, jedoch erklärt dies nicht, dass von der Fa. G. die Stundenaufzeichnungen der polnischen Arbeiter sowie auch die Anzahl der Arbeiter, die eine konkrete Arbeit zu verrichten haben, bestimmt wurden. Ebenso ist zwar nachvollziehbar, dass der Bauleiter schon aus Sicherheitsaspekten die Anzahl der anwesenden Arbeiter wissen musste, dies steht jedoch in keinem Zusammenhang mit der Bestimmung der Anzahl der Ersatzarbeitskräfte. Auch ist eine laufende Kontrolle der verrichteten Arbeiten insbesondere im Lebensmittelbereich durchaus nachvollziehbar und an sich nach Ansicht der erkennenden Richterin nicht ausschlaggebend. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung ist diese – wenn auch untergeordnet – jedoch ebenso zu berücksichtigen.
Insgesamt betrachtet ist daher – vor allem dem wahren wirtschaftlichen Gehalt nach – von einer Arbeitskräfteüberlassung auszugehen.

Auch in Zusammenschau mit der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache Martin Meat ist aus folgenden Gründen von einer Arbeits-kräfteüberlassung auszugehen:
Auch wenn gegenständlich die Verträge Gewährleistungsklauseln enthalten und durchaus glaubwürdig ist, dass die Fa. W. für eine nicht vertragsgemäße

Ausführung haftet, hat das Beweisverfahren doch unzweifelhaft ergeben, dass die Fa. G. die Zahl der für die Herstellung des „Werkes“ konkret eingesetzten Arbeitnehmer bestimmt hat und diese auch die individuellen Anweisungen für die Ausführung ihrer Tätigkeiten vom Bauleiter der Fa. G. erhalten haben. Dieser hat auch die Arbeitszeitaufzeichnungen der polnischen Arbeiter kontrolliert und gegengezeichnet und wurden ihm auch Abwesenheiten, wie Krankenstände oder Urlaube gemeldet.

Es ist daher auch nach den vom Europäischen Gerichtshof aufgestellten Kriterien von einer Arbeitskräfteüberlassung auszugehen. Dies insbesondere auch unter dem Aspekt, dass sowohl nach den Bestimmungen des AÜG als auch des LSD-BG vom wahren wirtschaftlichen Gehalt und nicht von der äußeren Erscheinungsform des Sachverhaltes auszugehen ist. Daher ist nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt die Arbeitsleistung der polnischen Arbeiter bei Integration in den Betrieb der Fa. G. letzterer als Beschäftigerin zuzurechnen. Es ist daher von Arbeitskräfteüberlassung und der Eigenschaft der Fa. G. als Beschäftigerin auszugehen. Diese hat in der Folge sämtliche in Rede stehende Arbeitnehmer auf die Baustelle nach Österreich entsandt. Demnach trifft die Fa. G. gemäß § 21 Abs. 1 Z 1 LSD-BG die Pflicht zur Bereithaltung der Sozialversicherungsdokumente. Zum Kontrollzeitpunkt wurden die Sozialversicherungsdokumente nicht bereitgehalten oder unmittelbar vor Ort in elektronischer Form zugänglich gemacht, sodass der objektive Tatbestand der Verwaltungsübertretung erfüllt ist.
Als handelsrechtlicher Geschäftsführer hat der Bf die Verwaltungsübertretung grundsätzlich auch gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten.

III.3.1. Gemäß § 5 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit wird bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen sein, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (sog. „Ungehorsamsdelikt“).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar, sodass es gemäß § 5 Abs. 1 (zweiter Satz) VStG dem Beschuldigten obliegt, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung dieser Verwaltungsvorschriften kein Verschulden trifft. Zu einer solchen Glaubhaftmachung ist es erforderlich, dass der Beschuldigte initiativ, von sich aus in substantiierter Form alles darlegt, was für seine Entlastung spricht. Bloß allgemein gehaltene Behauptungen sind nicht geeignet, um diese Entlastungsbescheinigung für mangelndes Verschulden zu erbringen (vgl. auch VwGH 26.3.2015, 2013/07/0011).

III.3.2. Der Bf bringt vor, dass er ein wirksames Kontrollsystem eingerichtet hat um Übertretungen nach dem LSD-BG zu vermeiden.

Für die Darstellung eines wirksamen Kontrollsystems ist es nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes erforderlich, unter anderem aufzuzeigen, welche Maßnahmen im Einzelnen der unmittelbar Übergeordnete im Rahmen des Kontrollsystems zu ergreifen verpflichtet war, um durchzusetzen, dass jeder in dieses Kontrollsystem eingebundene Mitarbeiter die arbeitnehmerschutzrechtlichen Vorschriften auch tatsächlich befolgt und welche Maßnahmen schließlich der an der Spitze der Unternehmenshierarchie stehende Anordnungsbefugte vorgesehen hat, um das Funktionieren des Kontrollsystems insgesamt zu gewährleisten, das heißt sicherzustellen, dass die auf der jeweils übergeordneten Ebene erteilten Anordnungen (Weisungen) zur Einhaltung arbeitnehmerschutzrechtlicher Vorschriften auch an die jeweils untergeordnete, zuletzt also an die unterste Hierarchie-Ebene gelangen und dort auch tatsächlich befolgt werden. Ein wirksames Kontrollsystem liegt dann vor, wenn dadurch die Überwachung der Einhaltung von Rechtsnormen jederzeit sichergestellt werden kann (VwGH 12.2.2020, Ra 2020/02/0005 mwN).
Wie der Verwaltungsgerichtshof ebenfalls bereits ausgesprochen hat, vermögen Schulungen und Betriebsanweisungen als Vorsorge gegebenenfalls ein Kontrollsystem zu unterstützen, aber nicht zu ersetzen. Belehrungen, Arbeitsanweisungen oder stichprobenartige Kontrollen reichen ebenfalls nicht aus, die Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems glaubhaft zu machen (VwGH 7.3.2016, Ra 2016/02/0030). Auch ersetzt der Hinweis auf bisher tadellos arbeitende Mitarbeiter nicht die nähere Darlegung eines wirksamen Kontrollsystems, das gewährleistet, dass unter vorhersehbaren Verhältnissen mit gutem Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwartet werden kann (VwGH 19.4.2017, Ra 2017/02/0036 mwN).

Der Bf bringt vor, dass für die Meldung von Entsendungen und Überlassungen ein System eingerichtet und umgesetzt wurde, dass inzwischen in einem ISO-Prozess zertifiziert worden ist und somit kein mangelhaftes Weisungs- und Kontrollsystem vorliegt. Dieses System wird auch durch externe Prüfung und durch interne Überwachung regelmäßig kontrolliert.
Der Bf hat weiters ausgeführt, dass es auch bereits 2017 eine spezielle Person in der Montageplanung im Unternehmen gegeben hat, die unter anderem für die Einhaltung der entsenderechtlichen Pflichten verantwortlich war. Diese Person hat auch drei externe Berater für spezielle Fragen beiziehen können und hat sie Unterstützung im M.-C. der G. in Düsseldorf - wo es speziell ausgebildete Experten für diesen Bereich gibt - erhalten. Für die Kontrolle dieser verantwortlichen Person war der Fachvorgesetzte verantwortlich.

Diesem Vorbringen ist zum einen entgegenzuhalten, dass die vorgelegten Verfahrensanweisungen sowie die Darstellung des Prozessablaufes bei der

Entsendung von Mitarbeitern ins Ausland „Gültig ab: 28.02.2020“ enthalten. Auch konnte die vom Bf beantragte Zeugin zur Abwicklung der entsenderechtlichen Melde- und Bereithaltungspflichten keine diesbezüglichen Aussagen tätigen. Zum anderen hat der Bf in der mündlichen Verhandlung dargelegt, dass eine bestimmte Person für die Einhaltung der entsende- und melderechtlichen Pflichten verantwortlich war und dieser Mitarbeiter der Kontrolle des Fachvorgesetzten unterlag. Wie die Kontrolle genau ausgesehen hat, konnte der Bf nicht darlegen.

Insgesamt ist daher in Zusammenschau mit der dargestellten Judikatur festzustellen, dass zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt nicht vom Vorliegen eines wirksamen Kontrollsystems auszugehen ist.

III.3.3. Der Bf hat weiters vorgebracht, dass es eine schriftliche Geschäftsverteilung gibt, wonach für Compliance Prozesse, die auch den verfahrensgegenständlichen Bereich umfassen, R.K. zuständig war. Für Prozesse für Entsendungen im Konkreten war G.W. als Risc- and Compliance Manager verantwortlich.

§ 9 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) lautet auszugsweise:
„(1) Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.
(2) Die zur Vertretung nach außen Berufenen sind berechtigt und, soweit es sich zur Sicherstellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit als erforderlich erweist, auf Verlangen der Behörde verpflichtet, aus ihrem Kreis eine oder mehrere Personen als verantwortliche Beauftragte zu bestellen, denen für das ganze Unternehmen oder für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens die Verantwortung für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften obliegt. Für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens können aber auch andere Personen zu verantwortlichen Beauftragten bestellt werden.
(4) Verantwortlicher Beauftragter kann nur eine Person mit Hauptwohnsitz im Inland sein, die strafrechtlich verfolgt werden kann, ihrer Bestellung nachweislich zugestimmt hat und der für den ihrer Verantwortung unterliegenden klar abzugrenzenden Bereich eine entsprechende Anordnungsbefugnis zugewiesen ist. Das Erfordernis des Hauptwohnsitzes im Inland gilt nicht für Staatsangehörige von EWR-Vertragsstaaten, falls Zustellungen im Verwaltungsstrafverfahren durch Staatsverträge mit dem Vertragsstaat des Wohnsitzes des verantwortlichen Beauftragten oder auf andere Weise sichergestellt sind.“

§ 24 LSD-BG lautet:
„(1) Die Bestellung von verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 Abs. 2 und 3 VStG für die Einhaltung dieses Bundesgesetzes wird erst rechtswirksam, nachdem

1. *bei der Zentralen Koordinationsstelle durch Arbeitgeber im Sinne §§ 3 Abs. 2, 8 Abs. 1 oder 19 Abs. 1, durch einen Beschäftiger im Sinne des § 19 Abs. 1 letzter Satz oder durch Überlasser mit Sitz im Ausland, oder*

2. *beim zuständigen Träger der Krankenversicherung durch Arbeitgeber oder Beschäftiger mit Sitz im Inland*

eine schriftliche Mitteilung über die Bestellung samt einem Nachweis der Zustimmung des Bestellten eingelangt ist. Dies gilt nicht für die Bestellung von verantwortlichen Beauftragten auf Verlangen der Behörde gemäß § 9 Abs. 2 VStG. Eingegangene Mitteilungen nach Z 1 sind an das Kompetenzzentrum LSDB, eingegangene Mitteilungen nach den Z 1 und 2 für den Baubereich (Abschnitt I oder § 33d BUAG) sind auch an die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse weiterzuleiten.

(2) Der Arbeitgeber, Beschäftiger im Sinne des § 19 Abs. 1 letzter Satz, der Überlasser oder der Beschäftiger hat den Widerruf der Bestellung oder das Ausscheiden von verantwortlichen Beauftragten nach Abs. 1 unverzüglich schriftlich der Einrichtung mitzuteilen, bei welcher die Mitteilung der Bestellung nach Abs. 1 einzubringen war."

Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat, wenn sich das gesetzlich verantwortliche Organ durch Delegation von der Verantwortung befreien will, dieses die Delegation der Verantwortung klar und eindeutig durchzuführen. Darüber hinaus ist aber nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes jeder, der zur Vertretung nach außen berufen ist, verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich (VwGH 14.12.1994, 94/03/0138). Eine bloß interne Aufgaben- und Verantwortungsverteilung ist irrelevant (VwGH 5.9.1977, 97/02/0235; 5.9.2002, 98/02/0220; 8.9.2004, 202/03/0307). Auch wurde vom Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 8. November 2016, Ra 2016/09/0105-3 mwN ausgeführt, dass unabhängig von einer Aufgabenverteilung unter handelsrechtlichen Geschäftsführern grundsätzlich die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit jedes Geschäftsführers gegeben ist. In seiner Entscheidung vom 23. März 2016, Ra 2016/02/0002 hat das Höchstgericht zur Frage der Bestellung eines handelsrechtlichen Geschäftsführers zum verantwortlichen Beauftragten konstatiert: *„[...] bei einer schlichten Aufgabenverteilung unter mehreren Geschäftsführern einer GmbH handelt es sich für sich genommen ohne Hinzutreten eines hinreichend erkennbaren Übertragungsaktes mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten nicht um eine Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 Abs. 2 1. Satz VStG, sondern um eine interne Aufteilung der Zuständigkeiten im Unternehmen, die die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit der (Mit)Geschäftsführer nicht berührt."*

Verfahrensgegenständlich wurde in der mündlichen Verhandlung am 22. Juni 2020 ein Gesellschafterbeschluss der Fa. G. vom 21. August 2017 vorgelegt, mit dem die in der Anlage beigefügte Geschäftsordnung für die Geschäftsführung der Fa. G. beschlossen wurde; diese trat mit 1. September 2017 in Kraft. Nach dem Geschäftsverteilungsplan (Anlage 1 und Anlage 2) umfasste das Aufgabengebiet des Geschäftsführers C.S. Grundsatzfragen, HSE, Exportkontrolle, Interne Revision, e-approval Prozess. Das Aufgabengebiet des Geschäftsführers R.K. umfasste die Bereiche Risikomanagement, Compliance, e-approval Prozess und das Aufgabengebiet des Bf umfasste die Bereiche Kontakt für Betriebsrat,

Datenschutz, e-approval Prozess. Aus der Anlage 2 ist zudem ersichtlich dass die funktionale Verantwortung – operatives Geschäft für den Bereich R&C G.W. übertragen wurde.

Diese Aufgabenverteilung trat einerseits jedoch erst mit 1. September 2017 - und somit nach dem vorgeworfenen Tatzeitpunkt - in Kraft. Andererseits ist aus einer Aufteilung der Geschäftsbereiche noch nicht ableitbar, dass damit auch konkret eine Delegation der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung erfolgt. Daran ändert auch nichts, dass es bereits vor Beschluss der Geschäftsordnung am 21. August 2017 eine Aufteilung der Geschäftsbereiche gab, was sich auch daraus ergibt, dass die Anlage 2 mit 2. Februar 2017 datiert ist. Weiters wurde auch kein verantwortlicher Beauftragter nach § 24 LSD-BG bestellt. Auch wurde die Anlage 2 (lediglich) von den drei Geschäftsführern unterzeichnet und nicht (zusätzlich) von G.W., sodass dieser als verantwortlicher Beauftragter ohnehin auch ausscheidet.

Insgesamt sind im Verfahren daher keine Umstände hervorgekommen, die Zweifel am Verschulden des Bf am Zustandekommen der Verwaltungsübertretung aufkommen lassen, weshalb ihm fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen ist. Die Verwaltungsübertretung ist somit auch in subjektiver Hinsicht vorwerfbar.

III.4.1. Gemäß § 19 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Nach § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

III.4.2. Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 12. September 2019, C-64/18, C-140/18, C-146/18 und C-148/18, *Maksimovic*, über mehrere Vorabentscheidungsersuchen entschieden, welche die Frage nach der Unionsrechtskonformität einer Norm wie der verfahrensgegenständlichen beinhalteten, wenn diese bei grenzüberschreitendem Arbeitskräfteeinsatz für die unterlassene Bereitstellung von Lohnunterlagen einerseits Geldstrafen in Form von Mindeststrafen, die bei mehreren betroffenen Arbeitnehmern kumulativ und ohne Höchstgrenze verhängt werden, und andererseits Ersatzfreiheitsstrafen vorsehen.

Zusammengefasst hat der EuGH ausgeführt, dass Art. 56 AEUV dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, die für den Fall der Nichteinhaltung arbeitsrechtlicher Verpflichtungen in Bezug auf die Einholung verwaltungsbehördlicher Genehmigungen und auf die Bereithaltung von Lohnunterlagen die Verhängung von Geldstrafen vorsieht, die einen im Vorhinein festgelegten Betrag nicht unterschreiten dürfen, die für jeden betreffenden Arbeitnehmer kumulativ und ohne Beschränkung verhängt werden, zu denen im Fall der Abweisung einer gegen den Strafbescheid erhobenen Beschwerde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 20 % der verhängten Strafe hinzutritt und die im Fall der Uneinbringlichkeit in Ersatzfreiheitsstrafen umgewandelt werden.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 15. Oktober 2019, Ra 2019/11/0033 bis 0034-6, zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 12. September 2019, *Maksimovic*, in das nationale Recht im Wesentlichen ausgeführt, dass eine unionsrechtskonforme Rechtslage mithilfe der Verdrängung von nationalem Recht (eine andere Methode steht im Rahmen der Vollziehung der Gesetze nicht zur Verfügung) im zugrundeliegenden Fall am ehesten dadurch hergestellt werden kann, dass die Wortfolge „für jede/n Arbeitnehmer/in“ des Gesetzes unangewendet bleibt, weil damit im Ergebnis dem sich aus Rn 42 und 47 des Urteils des EuGH ergebenden Erfordernis einer Höchstgrenze für die Summe aller Arbeitnehmer Rechnung getragen wird. Dass damit die Verletzung der Bereitstellungspflicht, auch wenn sie mehrere Arbeitnehmer betrifft, nur mehr eine einzige Strafe nach sich zieht, ist zwingende Rechtsfolge des Erfordernisses, die Unionsrechtskonformität bei möglichst weitgehender Erhaltung des nationalen Rechts herzustellen.

Auch der Verfassungsgerichtshof hat dem Urteil des EuGH folgend konstatiert, dass die §§ 26 Abs. 1 und 28 LSD-BG sohin gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoßen, da insbesondere nicht gewährleistet ist, dass die Geldstrafen auch in ihrer Summe in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der geahndeten Verstöße stehen (VfGH 27.11.2019, E3530/2019 ua.).

Es ist somit im gegenständlichen Fall nur von einer einzigen Übertretung auszugehen und nur eine (Gesamt-)Strafe zu verhängen.

Zur Anwendung kommt verfahrensgegenständlich der erste Strafsatz des § 26 LSD-BG mit einem Strafrahmen bis zu 10.000 Euro.

Im Rahmen der Strafbemessung ist erschwerend zu werten, dass 13 Arbeitnehmer betroffen sind. Mildernd sind die Unbescholtenheit des Bf sowie die lange Verfahrensdauer zu werten. Auch ist zu berücksichtigen, dass das A1-Dokument betreffend U.H. erst am 31.7.2017 für den Zeitraum von 24.4.2017 bis 23.4.2019 ausgestellt wurde, sodass dieses zum Zeitpunkt der Kontrolle am 27.7.2017 noch

nicht vorlag. Auch wurden hinsichtlich sämtlicher Arbeitnehmer die A1-Dokumente nachgereicht. Zudem ist auch darauf Bedacht zu nehmen, dass bereits zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt eine Aufgabenverteilung vorlag, wonach der Geschäftsführer R.K. u.a. für die Bereiche Risikomanagement und Compliance zuständig war. Wenn auch diese Aufgabenverteilung nicht schuldbefreiend wirkt – wie bereits oben dargelegt – so ist doch im Rahmen der Strafbemessung zu berücksichtigen, dass eine grundsätzliche Verteilung der Geschäftsbereiche unter den Geschäftsführern vorlag. Ferner wurde zwischenzeitlich die Einhaltung der entsende- und melderechtlichen Abläufe nochmals einer (strengeren) Kontrolle unterworfen, um derartige Verwaltungsübertretungen künftig zu vermeiden. Es konnte daher mit der nunmehr verhängten Strafhöhe das Auslangen gefunden werden. Nach Ansicht der erkennenden Richterin ist diese sowohl aus general-, als auch aus spezialpräventiven Gründen angemessen. Dies insbesondere auch deshalb da durch die nachträgliche Übermittlung der A1-Dokumente klar hervorkam, dass der Schutzzweck des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (Setzung von Maßnahmen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping, Sicherung gleicher Arbeitsmarkt- und Lohnbedingungen für in- und ausländische Arbeitsverhältnisse, Sicherung eines fairen wirtschaftlichen Wettbewerbs zwischen den Unternehmen und die Sicherstellung der vorgegebenen Abgaben und Sozialversicherungsbeiträge) nicht gefährdet war.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III.5. Im Ergebnis war der Beschwerde daher insofern Folge zu geben, als eine Gesamtstrafe in der Höhe von 500 Euro und die gemäß § 16 Abs. 1 und 2 VStG festzusetzende Ersatzfreiheitsstrafe mit 16 Stunden zu verhängen waren.

Bei diesem Ergebnis war dem Bf kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerde-verfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht vorzuschreiben. Die Kosten des verwaltungsbehördlichen Verfahrens waren gemäß § 38 VwGVG iVm § 64 Abs. 1 und 2 VStG mit 50 Euro festzusetzen.

Der akzessorische Haftungsausspruch nach § 9 Abs. 7 VStG betreffend die Solidarhaftung der G. GmbH für die gegen ihr Vertretungsorgan (Bf als Geschäftsführer) verhängten Geldstrafe und Verfahrenskosten bleibt entsprechend der herabgesetzten Geldstrafe und der Verfahrenskosten aufrecht.

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. Die vorliegende Entscheidung steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 22.8.2017, Ra 2017/11/0068; 20.9.2017,

Ra 2017/11/0016; 20.9.2017, Ra 2017/11/0024; 8.2.2018, Ra 2017/11/0206; 22.2.2018, Ra 2018/11/0014), die ihrerseits wiederum Deckung in der Rechtsprechung des EuGH findet (EuGH 10.2.2011, *Vicoplus*, Rs C-307/09, Rs C-308/09, Rs C-309/09; 18.6.2015, *Martin Meat Kft*, Rs C-586/13).
Weiters steht die vorliegende Entscheidung im Einklang mit der Rechtsprechung zur Beurteilung des Vorliegens eines wirksamen Kontrollsystems sowie zum Kumulationsprinzip. Insbesondere hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 15. Oktober 2019, Ra 2019/11/0033 bis 0034-6, zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 12. September 2019 in der Rechtssache C-64/18, C-140/18, C-146/18 und C-148/18 in die Nationale Regelung nähere Ausführungen getätigt und weicht die vorliegende Entscheidung nicht von dieser Rechtsprechung ab.
Die vorliegende Entscheidung gründet ferner auf der konkreten Vertragsauslegung der im Verfahren vorgelegten Vertragsunterlagen und der Beweiswürdigung der Aussagen in der mündlichen Verhandlung. Somit ist ein konkreter Sachverhalt einer rechtlichen Beurteilung zu unterziehen. Bei der Auslegung von Verträgen handelt es sich stets um eine konkrete Beweiswürdigung sowie darauf aufbauende rechtliche Beurteilung und im Ergebnis um eine nicht verallgemeinerungsfähige Einzelfallentscheidung. Auch deshalb war die ordentliche Revision für unzulässig zu erklären.

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. Zauner