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-302317/19/Kl/CG

Datum:
Linz, 5. Februar 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde des Ing. T M, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. C E, MBA, S, L, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung vom 28. Februar 2019, GZ: Ge96-50-2018, wegen Übertretungen nach dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) nach öffentlicher mündlicher Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe abgewiesen, dass im Spruch nach der Wortfolge „als Verantwortlicher“ die Wortfolge „handelsrechtlicher Geschäftsführer“ einzufügen ist und eine Gesamtstrafe von 3.000 Euro zu verhängen ist.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren in der Höhe von 600 Euro zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine ordentliche Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung vom 28. Februar 2019, GZ: Ge96-50-2018, wurden über den Beschwerdeführer in drei Fällen Geldstrafen von je 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen von je 32 Stunden, wegen jeweils einer Verwaltungsübertretung gemäß § 28 Z. 3 iVm § 22 Abs. 1 und 2 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) verhängt, weil er als Verantwortlicher der Firma S GmbH mit Sitz in B, U - diese ist inländische Beschäftigerin im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung - zu verantworten hat, dass unten angeführte Lohnunterlagen entgegen § 22 Abs. 2 in Verbindung mit § 28 Z 3 LSD-BG im Inland während der Dauer der Beschäftigung nicht bereitgehalten und auch vor Ort nicht unmittelbar in elektronischer Form zugänglich gemacht wurden, obwohl eine Verwaltungsübertretung begeht, wer den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel im Sinne der Richtlinie 91/533 des Rates über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des dem entsandten Arbeitnehmer für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache, ausgenommen den Arbeitsvertrag, am Arbeits(Einsatz)ort nicht bereithält oder den Abgabenbehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vor Ort zum Zeitpunkt der Erhebung nicht unmittelbar in elektronischer Form zugänglich macht, auch wenn die Beschäftigung des einzelnen Arbeitnehmers in Österreich früher geendet hat, wobei der Arbeitsvertrag entweder in deutscher oder in englischer Sprache bereitzuhalten ist.

Bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung trifft die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen nach Abs. 1 den inländischen Beschäftiger.

„Folgende Lohnunterlagen wurden nicht im Inland bereitgehalten oder zugänglich gemacht:

- Arbeitsverträge in deutscher oder englischer Sprache
- Lohnzettel in deutscher Sprache

Vorgelegt wurden lediglich:

- Arbeitsverträge in polnischer Sprache
- Lohnzettel von Oktober 2017 in polnischer Sprache

1) Arbeitnehmer/in: D M J
Geb: x
Staatsangehörigkeit: POLEN

Tätigkeit: Kabel ziehen (Elektroinstallationsarbeiten)
Arbeits(Einsatz)ort und Kontrollzeit: E, L (Neubau S),
10.11.2017 um 10:40 Uhr

2) Arbeitnehmer/in: N B
Geb: x
Staatsangehörigkeit: POLEN
Tätigkeit: Kabel ziehen (Elektroinstallationsarbeiten)
Arbeits(Einsatz)ort und Kontrollzeit: E, L (Neubau S),
10.11.2017 um 10:40 Uhr

3) Arbeitnehmer/in: P D A
Geb: x
Staatsangehörigkeit: POLEN
Tätigkeit: Kabel ziehen (Elektroinstallationsarbeiten)
Arbeits(Einsatz)ort und Kontrollzeit: E, L (Neubau S),
10.11.2017 um 10:40 Uhr“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und diese damit begründet, dass es sich um eine Fremdleistung gehandelt habe. Die Zeugenaussage von Herrn S sei nicht so zu bewerten, da Herr S über die kaufmännischen Angelegenheiten der Fa. S sowie diverse Werksverträge keinen Einblick habe. Es habe sich um keine Personalbereitstellung gehandelt. Es werde daher um Einstellung des Verfahrens ersucht.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung als belangte Behörde hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt vorgelegt und beantragt, der Beschwerde nicht stattzugeben.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme sowie durch Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 31. Juli 2019, zu welcher die Verfahrensparteien geladen wurden und mit Ausnahme der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung erschienen sind. Weiters wurden die Zeugen FOI. A M und T S geladen und einvernommen.

4.1. Im Grunde des Beweisverfahrens steht folgender Sachverhalt als erwiesen fest:
Der Beschwerdeführer ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der Fa. S GmbH mit Sitz in U.
Bei einer Kontrolle am 10.11.2017 um 10:40 Uhr durch Organe der Finanzpolizei auf der Baustelle in E, L, Neubau S, wurden drei polnische Arbeiter der Fa. E G Sp.zo.o.Sp.K., Polen, gemeinsam mit zwei Arbeitern der Fa. S GmbH beim Kabelziehen vermischt arbeitend angetroffen. Es wurden die Elektroarbeiten in der

Halle des S von den Arbeitern gemeinsam ausgeführt. Nach Ausweisleistung wurden von den drei polnischen Arbeitern B N, M D, D P, Personenblätter in ihrer Muttersprache polnisch ausgefüllt, in welchen sie als ihren Arbeitgeber die E G Sp.zo.o.Sp.K. anführten. Alle drei Arbeiter gaben in diesem Personenblatt an, dass sie Anweisungen von T S erhalten. Ihre Arbeitszeit geben sie mit Montag – Donnerstag von 7.00 -18.00 Uhr und Freitag 7.00 – 12.00 Uhr an. Ihr Gehalt erhalten sie monatlich auf das Konto von M M. M M ist Geschäftsführer der Fa. E G mit Sitz in Polen. Über Anfrage nach dem Chef wurde durch die Arbeiter jemand gerufen, der sich als Verantwortlicher der Baustelle zu erkennen gab. Es handelt sich um den bauleitenden Elektromonteur der Fa. S, Herrn T S. Den Arbeitern wurde anlässlich der Kontrolle ein Musterexemplar A1-Dokument, ZKO-Meldung udgl. vorgewiesen und nach solchen Dokumenten gefragt, die Arbeiter haben aber nicht verstanden. Ein Dienstnehmer der Fa. S, nämlich A D, ebenfalls polnischer Staatsangehöriger, konnte den Arbeitern übersetzen. Hinsichtlich des polnischen Arbeiters N wurde ein Sozialversicherungsdokument A1 vorgelegt, hinsichtlich der polnischen Arbeiter M D und D P wurden Sozialversicherungsdokumente A1 vorgelegt, welche bereits am 6.11.2017 abgelaufen waren. Mit dem Baustellenverantwortlichen T S wurde an Ort und Stelle eine Niederschrift aufgenommen. Danach ist Inhaber und Chef der Fa. E G und Ansprechpartner Herr M M. Die Fa. E G führt für die Fa. S alle Elektroinstallationsarbeiten aus. Die Elektroinstallationen werden gemeinsam und vermischt zusammen ausgeführt, wobei alle die gleichen Arbeiten machen. Auch hat S über alle Arbeiter, die österreichischen und die polnischen, die Aufsicht und schaut dass alles am richtigen Platz ist. Die Fa. E G stellt nur die Leute zum Arbeiten zur Verfügung und ist nicht Subunternehmer. Dies ist schon immer so. Auf dieser Baustelle sind 2 bis 4 Arbeiter der polnischen Firma für die Fa. S in Einsatz, konkret am Kontrolltag drei polnische Arbeiter. Auf der Baustelle gibt es von der Fa. E G keinen Baustellenverantwortlichen. Baustellenverantwortlicher für die polnische E G ist S. Auch Arbeitsanweisungen und die Arbeitseinteilung der Mitarbeiter der Fa. E G macht S. Auch kontrolliert er die Ausführung der geleisteten Arbeiten. Die Haftung für die Mitarbeiter der polnischen Firma hat die Fa. S. Das Werkzeug für die Arbeiter der E G wird von der Fa. S zur Verfügung gestellt wie auch ebenso das benötigte Material. Die Arbeiter der Fa. E G und die Arbeiter der Fa. S arbeiten nicht getrennt sondern vermischt miteinander. Die Arbeiter der E G kommen selbständig mit Autos mit polnischen Kennzeichen zur Baustelle. Für sie werden keine Stundenaufzeichnungen durch S durchgeführt. Sie rufen täglich in der polnischen Firma an und geben ihre Stunden durch. Stundenaufzeichnungen werden nur für die Arbeiter der Fa. S geführt. Krankheit oder Urlaub müssen die Arbeiter der Fa. E G bei S bekanntgeben. Auch gibt dieser die Pausenzeiten den Mitarbeitern vor. Die Unterkunft für die Arbeiter der Fa. E G besorgt und bezahlt die polnische Firma. Die erbrachten Leistungen der Arbeiter der E G werden per Stunde abgerechnet. Mit M M der Fa. E G wird schon seit ca. 10 Jahren zusammengearbeitet.

Es handelte sich um eine größere Baustelle und wurde mit den Elektroarbeiten bereits im September 2017 begonnen. Die Fa. S hat auf der Baustelle die Beleuchtungsmontage, Verkabelung, Endkontrolle und Prüfung der Elektroarbeiten übernommen. Mitten in der Installationsphase wurde es eng und wurde für die Verkabelungsarbeiten das Personal der E G herangezogen. Eine Kabelliste wurde von S an M M weitergegeben. Am Kontrolltag war M M nicht auf der Baustelle. Fragen werden dann von S beantwortet. Es ist M M nur gelegentlich auf der Baustelle. S hat gelegentlich Kontakt mit M, auch telefonisch. Die Fa. E G arbeitet schon lange mit der Fa. S zusammen und verrichtet auch auf anderen Baustellen in Österreich für die Fa. S Elektroarbeiten. Auch macht die E G bei manchen Baustellen sämtliche Elektroarbeiten in Sub für die Fa. S. Werden bei der Kontrolle der Arbeiten Mängel entdeckt, werden die Mängel von der E G behoben. Für die Baustelle S war klar, dass Arbeiten wie Verteiler anschließen und Beleuchtungsmontage durch S gemacht wird. Für die Elektroarbeiten gab es einen Elektroinstallationsplan, der auf der Baustelle aufgehängt und jedermann zugänglich ist.

Von der Fa. S wurde am 14. November 2017 ein Werkvertrag, datiert mit 2.10.2017, abgeschlossen zwischen E G Sp.zo.o.Sp.K. und S GmbH, nachgereicht. Dieser lautet:

„Hiermit beauftragen Sie mit folgenden Elektroarbeiten:

- Elektroinstallation E E
  Fertigstellung: lt. Bauzeitplan

Die Abrechnung erfolgt Pauschal lt. Zahlungsplan bzw. monatlicher Abstimmung."

Weiters wurde eine ZKO3-Meldung der E G für die Auftraggeberin S GmbH mit Entsendezeitraum 11.9.2017 bis 1.7.2018 für Beschäftigungsorte in Wien und St. Pölten für die Arbeitnehmer M M, A P, D P und M D vorgelegt.

Lohnunterlagen wie Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, 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, wurden für die drei polnischen Arbeiter nicht vorgelegt. Arbeitsverträge wurden in polnischer Sprache vorgelegt, Lohnzettel von Oktober 2017 wurden in polnischer Sprache während der Kontrolle elektronisch zugänglich gemacht.

4.2. Dieser Sachverhalt gründet sich auf die im Akt einliegenden Fotos, die im Akt einliegende Niederschrift mit S sowie die zeugenschaftlichen Angaben des Kontrollorgans bei der mündlichen Verhandlung. Den Ausführungen des Beschwerdeführers und des Zeugen S konnte nur teilweise Folge geleistet werden.

Insbesondere konnte der Zeuge S nicht erklären, warum auch bei mehrmaligem Fragen er bei der niederschriftlichen Einvernahme andere Angaben machte als nunmehr in der mündlichen Verhandlung nach mehr als 1½ Jahren nach der Kontrolle. Es ist daher unglaubwürdig, dass der Zeuge S nach so lang verstrichener Zeit bessere Erinnerungen und Angaben machen kann als unmittelbar zum Zeitpunkt der Kontrolle. Es entspricht daher eher der Lebenserfahrung, dass die Angaben unmittelbar bei der Kontrolle wahrheitsgemäß erfolgen. Im Übrigen decken sich die Angaben bei der Kontrolle mit dem durch die Kontrollorgane erlangten Eindruck über die Baustelle. Insbesondere wurden die Arbeiter sowohl der Fa. S und der Fa. E G gemeinsam arbeitend in einer Halle angetroffen und dies auch in den Fotos dokumentiert. Dies wurde auch so mehrmals vor Ort in seiner Niederschrift von dem Zeugen S bekräftigt. Eine Erklärung, wie dies nunmehr anders sein könnte, konnte dieser trotz mehrmaligen Befragens in der mündlichen Verhandlung nicht abgeben. Auch konnte aus dem als Werkvertrag vorgelegten Schriftstück weder detailliert entnommen werden was konkret auf der Baustelle gemacht wird, noch einen Zeitpunkt, noch ein Entgelt. Auch geht aus diesem Dokument eine Haftung nicht hervor. Das Schriftstück lag auch nicht zum Zeitpunkt der Kontrolle vor Ort auf, sondern wurde nach der Kontrolle nachgereicht. Aufgrund der vorhandenen Entsendemeldungen für Baustellen in Wien und St. Pölten ist vielmehr aufgrund der Lebenserfahrung naheliegend davon auszugehen, dass bei der vom Beschwerdeführer geschilderten Dringlichkeit und aufgrund des Engpasses auf der Baustelle kurzfristig Arbeiter für die Baustelle S E abgezogen wurden. Dies wird auch verdeutlicht durch die langjährige enge Zusammenarbeit der Fa. S mit der Fa. E G.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Gemäß § 22 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) (zum Tatzeitpunkt geltende Fassung) 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 (Abs. 1).
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 (Abs. 2).

Gemäß § 28 Z. 3 LSD-BG 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, wer als Beschäftiger im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung entgegen § 22 Abs. 2 die Lohnunterlagen nicht bereithält.

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

Gemäß § 3 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) ist die Überlassung von Arbeitskräften die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte. Überlasser ist, wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet. Beschäftiger ist, wer Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt. Arbeitskräfte sind Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen.

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

Arbeitskräfteüberlassung liegt 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.

5.2. Dem Einwand des Beschwerdeführers, dass ein Werkvertrag mit der Fa. E G vorliegt, ist die ständige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes entgegenzuhalten. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 08.08.2008, 2008/09/0022; 05.06.2002, 2001/08/0107; 24.01.2006, 2004/08/0101) 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 im Vorhinein 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 essentiell 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 vom 23.04.2013, Zl. 2013/09/0036).

Dem vorgelegten Werkvertrag vom 2.10.2017 ist kein Werk im Sinn einer individualisierten und konkretisierten Leistung, also eine geschlossene Einheit erkennbar. Es ist lediglich von „Elektroarbeiten“ bzw. „Elektroinstallation“ die Rede. Diese Leistung ist nicht individualisiert und konkretisiert. Auch ist kein bestimmter Termin ersichtlich. Es liegt kein konkreter Bauzeitplan vor. Auch ist damit kein gewährleistungstauglicher Erfolg der Tätigkeit herauslesbar. Es fehlen Regelungen über Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung.

Wenn der Beschwerdeführer dem entgegenhält, dass die zusätzlichen Bedingungen mündlich abgeschlossen worden seien, so sind diesbezügliche Nachweise nicht vorliegend und kann auch der für die Baustelle zuständige Obermonteur bzw. Vorarbeiter S keine Angaben machen. Der Werkvertragsbestimmung, dass die Abrechnung pauschal erfolgt, ist die Zeugenaussage des Herrn S entgegenzuhalten, der von einer Stundenabrechnung ausgeht.

Dagegen ist selbst unter Annahme eines Werkvertrages aufgrund des festgestellten Sachverhaltes erwiesen, dass Arbeitnehmer der S GmbH gleiche Arbeiten verrichteten wie die polnischen Arbeiter der E G. Es wurden daher keine Produkte oder Dienstleistungen, die von der Fa. S unterscheidbar sind, hergestellt. Vielmehr wurde an der Leistungserbringung durch die Fa. S mitgewirkt. Auch

wurden – was ebenfalls für eine Einbindung sprechen kann – mit Material und Werkzeug der Fa. S gearbeitet. Wesentlich ist jedoch, dass nach reiflicher Beweiswürdigung der herangezogenen Angaben des Monteurs S die polnischen Arbeiter in den Betrieb der Fa. S eingegliedert waren, indem sie Krankheit oder Urlaub Herrn S meldeten, die Pausen von ihm vorgegeben wurden, und auch Arbeitsanleitungen konkret zur Ausführung von ihm gegeben werden. Es ist kein Vorarbeiter oder Verantwortlicher der Fa. E G vor Ort auf der Baustelle anwesend. Es gibt keinen Baustellenverantwortlichen für die polnische Firma E G. Es macht daher auch Herr S von der Fa. S die Arbeitseinteilung. Schon daraus erfolgt aber, dass auch die Haftung aufgrund der Eingliederung in den Betrieb der Fa. S von der Fa. S getragen wird. Dies wird auch vom verantwortlichen Obermonteur S bestätigt. Es ist daher schon anhand dieser Elemente von einer Arbeitskräfteüberlassung auszugehen.

Aber auch wenn sich der Beschwerdeführer auf die tragenden Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes in den Rechtssachen C-307/09 – C-309/09 (Vicoplus) vom 10.2.2011 und C-586/13 (Martin Meat) vom 18.6.2015 und die darin entscheidenden Erfordernisse für eine Abgrenzung zwischen Entsendung und Arbeitskräfteüberlassung sowie das dazu ausführende Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 22.2.2018, Ra 2018/11/0014 stützt, führt dieses Vorbringen nicht zum Erfolg. Im genannten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes nimmt dieser Bezug auf seine richtungsweisende Entscheidung vom 22.8.2017, Ra 2017/11/0068. Danach ist für die Beurteilung, ob ein Sachverhalt als grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung zu beurteilen ist, aus unionsrechtlicher Sicht „jeder Anhaltspunkt“ zu berücksichtigen und somit unter mehreren Gesichtspunkten zu prüfen. 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, ob also der für einen Werkvertrag essentielle gewährleistungstaugliche Erfolg vereinbart wurde, wer die Zahl der für die Herstellung des Werkes jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer bestimmt und von wem die Arbeitnehmer die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung ihrer Tätigkeiten erhalten, von entscheidender Bedeutung.
Ob aufgrund des genannten Vertrages von der Vereinbarung eines gewährleistungstauglichen Erfolges auszugehen ist, ist insbesondere auch entscheidend, ob das Entgelt für die zu erbringende Dienstleistung nur von der Menge des bearbeiteten Materials oder auch von der Qualität abhängt. Diesbezügliche Angaben sind dem vorgelegten Werkvertrag nicht zu entnehmen. Weder ist eine Menge angegeben noch ein Preis noch ein bestimmter Erfolg bzw. Bestimmungen darüber, wer dafür haftet. Dem gegenüber steht die Aussage des Obermonteurs einer stundenweisen Abrechnung. Diese spricht eindeutig nicht für einen gewährleistungstauglichen Erfolg. Auch wird von ihm die Zahl der

Arbeitnehmer mit 3 bis 5 Arbeitnehmer angegeben. Auch bekommen diese Arbeitnehmer die individuellen Weisungen für die Ausführung ihrer Tätigkeit, die Einteilung der Arbeit, die Einteilung der Pausenzeiten, die individuellen Anordnungen vom Obermonteur S, sodass von dessen Dienst- und Fachaufsicht gesprochen werden kann. Dies auch deshalb, da er sich gleichermaßen für die österreichischen Arbeitnehmer (Arbeitnehmer der S GmbH) wie auch für die polnischen Arbeitnehmer zuständig erachtet. Darüber hinaus gibt er selbst an, dass es für die polnischen Arbeiter keinen Vorarbeiter und keinen Baustellenverantwortlichen vor Ort gibt.

Es ist daher auch nach den vom Europäischen Gerichtshof und Verwaltungsgerichtshof 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 S GmbH letzterer als Beschäftigerin zuzurechnen. Dafür spricht auch – wie im Sachverhalt dargelegt wurde – dass für die gegenständlichen Arbeiter P und D Entsendemeldungen für Baustellen der S GmbH in Wien bzw. St. Pölten vorliegen, nicht jedoch für E. Da die Baustelle schon länger lief und eine größere Baustelle ist, ist es unwahrscheinlich, dass sowohl die Fa. E G als auch Fa. S die mangelnde Meldung nicht erkannte. Vielmehr wird gestützt auf die Angaben des Obermonteurs S, dass die Fa. E G andernorts für die Fa. S die gesamten Elektroarbeiten auf einer Baustelle als Subunternehmer erledigt, davon ausgegangen, dass in diesem Fall aber nach den Angaben des Beschwerdeführers die Baustelle nicht so lief, sondern, weil es eng wurde, die Fa. E G herangezogen wurde. Aus der Lebenserfahrung bezüglich praktischer Abwicklung von Baustellen ist daher durchaus erklärlich, dass für den Fall des Engpasses von anderen Baustellen Personen (kurzfristig) für andere Baustellen abgezogen werden.

Es ist daher von Arbeitskräfteüberlassung und der Eigenschaft des Beschwerdeführers als Beschäftiger auszugehen. Danach trifft ihn gemäß § 22 Abs. 2 LSD-BG die Pflicht zur Bereithaltung der Lohnunterlagen. Dem ist hinsichtlich der drei polnischen Arbeiter nicht nachgekommen worden. Es wurde daher der objektive Tatbestand der Verwaltungsübertretung erfüllt.
Als handelsrechtlicher Geschäftsführer hat der Beschwerdeführer die Verwaltungsübertretungen auch gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten.

5.3. Gemäß § 5 Abs.1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung

eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.
Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar, wobei zur Strafbarkeit bereits Fahrlässigkeit ausreicht und Fahrlässigkeit im Sinne der zitierten Bestimmungen ohne weiteres anzunehmen ist, sofern vom Beschwerdeführer kein Entlastungsnachweis erbracht wird.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die "Glaubhaftmachung" nicht aus.

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung ist ein Ungehorsamsdelikt, für welches Fahrlässigkeit ausreicht. Ein Entlastungsnachweis wurde vom Beschwerdeführer nicht erbracht. Als Wirtschaftstreibenden ist ihm zuzumuten, dass er die einschlägigen die Gewerbeausübung betreffenden Bestimmungen kennt. Dazu zählen auch die Arbeitnehmerschutzbestimmungen wie auch das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz. Dass er sich hinsichtlich der Bestimmungen erkundigt hätte bzw. das Vorliegen von Unterlagen kontrolliert hätte, wurde vom Beschwerdeführer nicht behauptet. Es ist daher eine Entlastung nicht gelungen und von fahrlässiger Tatbegehung auszugehen.

5.4. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.
Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind 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 §§ 32 bis 35 des StGB sinngemäß anzuwenden.
Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides soweit aufzuzeigen, als dies für die

Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

Die belangte Behörde ist bei der Strafbemessung von einem geschätzten Einkommen von 2.500 Euro, einem durchschnittlichen Vermögen und keinen Sorgepflichten ausgegangen. Sie hat strafmildernd die Unbescholtenheit gewertet. Diesen Ausführungen hat der Beschwerdeführer nichts entgegengesetzt und kamen auch keine geänderten oder neuen Umstände im Beschwerdeverfahren hervor. Es wurde eine Strafe von insgesamt 3.000 Euro verhängt. Im Hinblick auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Beschwerdeführers ist die verhängte Strafe im untersten Bereich des Strafrahmens gelegen und im Hinblick auf die Betretung von drei Arbeitnehmern durchaus angepasst und nicht überhöht. Vielmehr ist die Strafe durchaus tat- und schuldangemessen. Die Gesamtstrafe ist daher auch verhältnismäßig im Sinne der Judikatur des VwGH vom 15.10.2019, Ra 2019/11/0033 bis 0034, sowie des VfGH vom 27.11.2019, E 3530 – 3531/2019. Es war daher auch die verhängte Geldstrafe und Ersatzfreiheitsstrafe zu bestätigen.

6. Weil die Beschwerde keinen Erfolg hatte, war gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren in der Höhe von 20 % der verhängten Strafe, das sind insgesamt 600 Euro festzusetzen. Entsprechend der Verhältnismäßigkeit der Geldstrafe ist auch der Kostenbeitrag gerechtfertigt.

7. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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

Die Entscheidung weicht nicht von der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ab. Es werden die wesentlichen höchstgerichtlichen Entscheidungen auch diesem Erkenntnis zu Grunde gelegt. Die Abwägung und Würdigung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens sind nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht revisibel.

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.

H i n w e i s

Mit der rechtskräftigen Bestrafung ist die Eintragung des/der Beschuldigten und jenes Unternehmens, dem die Bestrafung zuzurechnen ist, in die Evidenz beim Kompetenzzentrum LSDB verbunden.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt