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-302352/7/SE

Datum:
Linz, 13. Juli 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Ellmer über die Beschwerde von P. H., x, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 27. März 2019, GZ: BHVBSanR-2017-378033/7-mit, wegen Übertretungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird teilweise stattgegeben und das angefochtene Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 27. März 2019, GZ: BHVBSanR-2017-378033/7-mit, hinsichtlich der Schuldsprüche bestätigt, jedoch von der Verhängung von Strafen abgesehen und unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit des Verhaltens jeweils eine Ermahnung erteilt.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens und des behördlichen Verfahrens 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 (in der Folge: belangte Behörde) vom 27. März 2019, GZ: BHVBSanR-2017-378033/7-mit, wurden über P. H., x, x (in der Folge: der Beschwerdeführer) wegen vier Übertretungen gemäß §§ 26 Abs. 2 iVm 21 Abs. 3 Z 2 LSD-BG Geldstrafen jeweils in der Höhe von 500 Euro sowie Ersatzfreiheitsstrafen jeweils in der Höhe von 17 Stunden verhängt.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde (auszugsweise Wiedergabe ohne Hervorhebungen):

„Sie haben als Beschäftiger zu verantworten, dass folgende Arbeitnehmer beschäftigt wurden, ohne dass die Unterlagen über die Meldung gemäß § 19 Abs. 1 und 4 LSD-BG dieser überlassenen Arbeitskräfte für die Dauer der Überlassung am Arbeits(Einsatz)ort im Inland bereit gehalten oder diese den Organen der Abgabenbehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich gemacht wurden, obwohl eine Verwaltungsübertretung begeht, wer als Beschäftiger im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung die erforderlichen Unterlagen entgegen § 21 Abs. 3 LSD-BG nicht bereithält oder zugänglich macht.

1) M. S. [...]
[...]
Tatzeit: 01.03.2017 bis 06.07.2017

2) M. F. [...]
[...]
Tatzeit: 24.04.2017 bis 06.07.2017

3) M. L. [...]
[...]
Tatzeit: 27.03.2017 bis 06.07.2017

4) S. P. [...]
[...]
Tatzeit: 01.05.2017 bis 06.07.2017

Es konnten lediglich ZKO 3-Meldungen für die angeführten Arbeitnehmer vorgelegt werden.

[...]“

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass die vier Abgrenzungskriterien unterscheidbares Werk, Material und Werkzeug, Eingliederung in den Betrieb sowie Dienst- und Fachaufsicht und Haftung für den Erfolg der Werkleistung erfüllt seien und somit eindeutig eine Arbeitskräfteüberlassung

vorliege. Der Beschwerdeführer sei deshalb als Beschäftiger verpflichtet gewesen, die ZKO4-Meldungen und nicht die ZKO3-Meldungen bereitzuhalten bzw. zugänglich zu machen. Die verhängten Geldstrafen und Ersatzfreiheitsstrafen seien tat- und schuldangemessen.

I.2. Dagegen erhob der Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde. In der Beschwerde wurde zusammengefasst ausgeführt, dass keine Arbeitskräfte-überlassung vorliege.

I.3. Mit Schreiben vom 17. Mai 2019, eingelangt am 23. Mai 2019, legte die belangte Behörde das eingebrachte Rechtsmittel samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich führte am 6. Juli 2020 eine mündliche Verhandlung durch. Es waren alle Parteien, ausgenommen die belangte Behörde, anwesend.

Die anwesenden Parteien konnten im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung jeweils ihre rechtlichen Standpunkte präzisieren und dartun sowie an der Ermittlung des relevanten Sachverhalts mitwirken.

Es wurden M. B., zum Tatzeitpunkt „Vorarbeiter“ beim Beschwerdeführer (in der Folge: Zeuge 1) und M. L., zum Tatzeitpunkt Geschäftsführer der M. s.r.o. (in der Folge: Zeuge 2) als Zeugen befragt.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt, das Beschwerdevorbringen, Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 6. Juli 2020 und Befragung von zwei Zeugen.

II.2. Folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt gilt als erwiesen:

Der Beschwerdeführer schloss als Auftraggeber mit der M. s.r.o., x, x, Slowakei, Základneé imanie 5000Eur, als Auftragnehmerin die undatierte „Vereinbarung im Sinne der Werkvertragsregelung“ ab.
Der Inhalt dieser Vereinbarung lautet auszugsweise wie folgt (wörtliche Wiedergabe ohne Hervorhebungen):
„[...]
Die Vertragspartner vereinbaren zu den nachfolgenden Bedingungen dieses Werkvertrages die Ausführung von Montageleistungen am Bauvorhaben:
Bürogebäude S. x, Komm.: x

1. Vertragsgegenstand:

1.1 Der AG erteilt dem AN den Auftrag zur Ausführung von Montagearbeiten auf der Grundlage des vollständig übergebenen Leistungsverzeichnissees, sowie der erfolgten Besprechung.

1.2 Bestandteile dieses Vertrages sind:
[...]

2. Vertragspreis:

Der vereinbarte Preis beträgt: 106.000,00 netto
Dieser Betrag gilt als gemeinsam festgelegte Obergrenze und muss nicht ausgeschöpft werden.
Die Einheitspreise sind Festpreise für die Dauer der Bauzeit bzw. die Abwicklung der vereinbarten Leistungen [...]
Werden die Massen um mehr als 15% erhöht, können die Preise neu verhandelt werden, wobei maximal der bereits vereinbarte Preis zu Anwendung kommen darf.
Leistungszeitraum: 20.03.2017 – 21.08.2017 [...]
Leistungsort: Baustelle Bürogebäude S., x, x
Sollten der vereinbarte Leistungsumfang erhöht werden, kann dies nur mit Zustimmung der AG erfolgen. Abrechnungsbasis sind für die Mehrleistungen die vereinbarten Stundensätze nur dann, wenn keine Pauschale vereinbart wurde.
[...]
Sofern aufgrund von Auftragsänderungen der Leistungsumfang teilweise oder vollständig entfällt, können daraus keinerlei Ausgleichs- oder Ersatzansprüche hergeleitet werden.

3. Preise

Basis für die Leistungsvergütung sind die vereinbarten Pauschalsummen.
[...]
Im vereinbarten Betrag sind enthalten:

- Unterkunft + Reisezeiten
- Sämtliche Lohn- und Lohnnebenkosten
- Handwerkzeuge + Handelektrogeräte wie Akkuschrauber, Bohrhämmer
- Glassauger sofern nötig
- Montage-, Schmutz-, Höhen- und Gefahrenzulagen
- Persönliche Sicherheitsausrüstung (PSA)
- Teilnahme an bauseits vorgeschriebenen Unterweisungen u. Besprechungen

4. Qualifikation:

Die notwendigen Qualifikationen werden durch den Auftraggeber festgelegt. Die Nachweise für die einzelnen Qualifikationen der ausführenden Mitarbeiter sind dem AG gemeinsam mit der Auftragsbestätigung vorzulegen.
[...]
Darüber hinaus halten wir fest, dass der AN bei fachlicher oder disziplinärer Nichteignung des durch den AN bereitgestellten Personals für den AG kostenlos einen unverzüglichen Austausch des Mitarbeiters vorzunehmen hat.

5. Ausländerregelung:
[...]

6. Geheimhaltung:
[...]
7. Abrechnung:

Die Abrechnung erfolgt monatlich gegen Vorlage der von unserer Montageabteilung bestätigten Arbeitsscheine und der zu übermittelnden Überweisungsliste.
[...]

8. Verzugs- bzw. Vertragsstrafe:

Der AG ist berechtigt bei Verzügen von mehr als 5 Arbeitstagen, die durch den AN zu vertreten sind, entsprechende Maßnahmen zu fordern, um die Leistungserfüllung zu beschleunigen bzw. die Termineinhaltung zu gewährleisten.
Sollten die vom AN eingeleiteten Maßnahmen nicht ausreichen um die Termineinhaltung zu gewährleisten, ist der AG berechtigt weitergehende Maßnahmen zu ergreifen.
Basis für die Beurteilung eines Terminverzuges ist der jeweils letztgültige, vom AN akzeptierte, Terminplan.

9. Voraussetzung für die Ausführung der Arbeiten:

Die zur Erbringung der Leistung notwendigen technischen Unterlagen werden vom AG beigestellt. Bei Beginn der Leistung ist dem AN der seitens des AG zuständige Mitarbeiter mit Name und Mobilnummer bekannt zu geben.
[...]
Der AG ist für die Aufsicht und Koordinierung der Gewerke nicht zuständig. Der An bestimmt die Zusammensetzung der Fachkräfte und deren Qualifikation nach eigene Ermessen, unter Berücksichtigung der Art der auszuführenden Arbeiten.
[...]

10. Verpflichtungen des AN für die Leistungsabwicklung:

Der AN verpflichtet sich, die ihm übertragenen Gewerke qualitativ einwandfrei und fachgerecht, unter Berücksichtigung aller vereinbarten Bedingungen und der geltenden technischen Richtlinien sowie EN- und DIN Normen, auszuführen.
[...]
Für jede Art von Schäden, verursacht durch den AN, haftet der AN direkt:
[...]

11. Unabwendbare Gewalt

[...]

12. Zession:

[...]

13. Kündigung:

[...]

14. Schlussbestimmungen:

[...]“

Der Beschwerdeführer beschäftigte zwei seiner Arbeitnehmer zusätzlich, um den festgesetzten Termin einhalten zu können. Die Kosten für diese Arbeitnehmer wurden vom vereinbarten Preis mit M. s.r.o. abgezogen.
Die Arbeitnehmer des Beschwerdeführers arbeiteten gemeinsam mit den Arbeitnehmern der M. s.r.o. an der Fassade.
Es gab keine Abgrenzung zwischen den einzelnen Teilbereichen.

Das Werkzeug wie Hilti oder Akkuschrauber wurden vom Beschwerdeführer zur Verfügung gestellt. Werkzeug wie Schlüssel, Ratschen, Hammer hatten die Arbeitnehmer der M. s.r.o. selbst mit, wobei solches Werkzeug auch vom Beschwerdeführer zur Verfügung stand (offener Container mit Werkzeug vorhanden).

Zeuge 1 teilte gemeinsam mit Zeugen 2 die vom Auftraggeber des Beschwerdeführers vorgegebenen Aufgaben an die auf der Baustelle anwesenden Arbeitnehmer der M. s.r.o. und des Beschwerdeführers zu.
Zeuge 1 führte die Kontrollen der Arbeiten der Arbeitskräfte der M. s.r.o. durch und korrigierte Mängel selbst und erledigte er auch noch notwendige Feinarbeiten.

Arbeitszeitaufzeichnungen und Bautagesberichte führte bzw. erstellte der Vorarbeiter des Auftraggebers des Beschwerdeführers.

Die Abrechnung mit der M. s.r.o. erfolgte tatsächlich nach Stunden.

Es lagen ZKO3-Meldungen hinsichtlich der gegenständlichen Arbeitskräfte vor.

II.3. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich eindeutig aus den oben angeführten Beweismitteln.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat über die Beschwerde erwogen:

III.1. Zum Tatzeitpunkt (6. Juli 2017) anzuwendende Rechtslage:

III.1.1. Das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz - AÜG, BGBl. Nr. 196/1988 in der maßgebenden Fassung, lautet auszugsweise:

„Geltungsbereich

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz gilt für die Beschäftigung von Arbeitskräften, die zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen werden.

[…]

Zweck

§ 2. (1) Das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz bezweckt

1. den Schutz der überlassenen Arbeitskräfte, insbesondere in arbeitsvertraglichen, arbeitnehmerschutz- und sozialversicherungsrechtlichen Angelegenheiten, und
2. die Regelung der Arbeitskräfteüberlassung zur Vermeidung arbeitsmarktpolitisch nachteiliger Entwicklungen.

[…]

Begriffsbestimmung

§ 3. (1) Überlassung von Arbeitskräften ist die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte.

(2) Überlasser ist, wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet.

(3) Beschäftiger ist, wer Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt.

(4) Arbeitskräfte sind Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen. Arbeitnehmerähnlich sind Personen, die, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wirtschaftlich unselbständig sind.

Beurteilungsmaß

§ 4. (1) Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

(2) 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.

[…]

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. 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.1.4. Das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – LSD-BG, BGBl. I Nr. 44/2016, in der maßgeblichen Fassung lautet auszugsweise:

„Geltungsbereich

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz gilt für
1. Arbeitsverhältnisse, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen,
2. die Beschäftigung von Arbeitskräften im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG), BGBl. Nr. 196/1988,
3. […]

§ 2. (1) Für die Beurteilung, ob ein Arbeitsverhältnis, eine grenzüberschreitende Entsendung oder Überlassung im Sinne dieses Bundesgesetzes vorliegt, ist der wahre

wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend.
(2) Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, sind insbesondere § 4 Abs. 2 AÜG oder vergleichbare österreichische Rechtsvorschriften maßgebend.
(3) Das Vorliegen einer Entsendung im Sinne dieses Bundesgesetzes setzt nicht den Abschluss eines Dienstleistungsvertrages zwischen einem Arbeitgeber ohne Sitz in Österreich und einem im Inland tätigen Dienstleistungsempfänger voraus.

Meldepflicht bei Entsendung oder Überlassung aus einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft

§ 19. (1) Arbeitgeber und Überlasser mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft haben die Beschäftigung von nach Österreich entsandten Arbeitnehmern und nach Österreich überlassenen Arbeitskräften zu melden. Die Meldung hat für jede Entsendung oder Überlassung gesondert zu erfolgen. Nachträgliche Änderungen bei den Angaben gemäß Abs. 3 oder Abs. 4 sind unverzüglich zu melden. Ein Beschäftiger, der einen Arbeitnehmer zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsendet, gilt in Bezug auf die Meldepflichten nach diesem Absatz und den Abs. 2 und 3 als Arbeitgeber.
[...]
(4) Die Meldung nach Abs. 1 hat für jede Überlassung gesondert zu erfolgen und hat folgende Angaben zu enthalten; nachträgliche Änderungen bei den Angaben sind unverzüglich zu melden:
[...]

Bereithaltung von Meldeunterlagen, Sozialversicherungsunterlagen und behördlicher Genehmigung

§ 21. (1) [...]
(2) [...]
(3) Der Beschäftiger hat für jede überlassene Arbeitskraft für die Dauer der Überlassung folgende Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort im Inland 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:
1. [...]
2. die Meldung gemäß § 19 Abs. 1 und 4;
3. [...]

Verstöße im Zusammenhang mit den Melde- und Bereithaltungspflichten bei Entsendung oder Überlassung

§ 26. (1) [...]
(2) Wer als Beschäftiger im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung die erforderlichen Unterlagen entgegen § 21 Abs. 3 nicht bereithält oder zugänglich macht, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jeden Arbeitnehmer mit Geldstrafe von 500 Euro bis 5.000 Euro, im Wiederholungsfall von 1.000 Euro bis 10.000 Euro zu bestrafen. “

III.2. Der Beschwerdeführer wendet ein, dass konkret ein Werkvertrag abgeschlossen worden sei. Verfahrensgegenständlich ist daher die Frage zu klären, ob eine Entsendung oder eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt.

Nach der Entscheidung des VwGH vom 22. August 2017, Ra 2017/11/0068, ist die gegenständlich entscheidende Rechtsfrage, ob es sich um einen „echten“ Werkvertrag oder um einen Vertrag betreffend grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung handelt, allerdings nicht ausschließlich nach innerstaatlichem Recht zu beantworten. Nach den 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.

III.3. 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 Zl. 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.4. 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).

Wesentliche Merkmale eines Werkvertrages sind die Erbringung eines konkret bestimmten Werks in der vereinbarten Qualität bis zu einem bestimmten Termin unabhängig davon, welche oder wie viele Arbeitnehmer der Auftragnehmer für die Auftragserfüllung einsetzt. Darauf hat der Auftraggeber keinen Einfluss. Die Anzahl der Arbeitnehmer wurde zwar im gegenständlichen Werkvertrag nicht festgehalten, jedoch die Festlegung der notwendigen Qualifikationen durch den Beschwerdeführer und auch die Nachweise dafür.

Im gegenständlichen Vertrag fehlen Vereinbarungen über Haftung, Gewährleistung und auch Pönalen bei Nichteinhaltung der Fristen.
Das essenzielle Merkmal eines „gewährleistungstauglichen“ Erfolgs der Tätigkeit ist hier konkret nicht gegeben.

In Punkt 8. „Verzugs- bzw. Vertragsstrafe“ ist festgelegt, dass der Beschwerdeführer „Maßnahmen“ fordern und ergreifen kann, um die Termine einzuhalten. Der Beschwerdeführer beschäftigte zwei seiner Arbeitnehmer zusätzlich, damit der von der M. s.r.o. zu wahrende Termin eingehalten werden konnte. Die Kosten für diese Arbeitnehmer wurden vom vertraglich vereinbarten Preis mit der M. s.r.o. abgezogen.

Es ist daher nach den vom Europäischen Gerichtshof aufgestellten Kriterien nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt von einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung auszugehen. Der Beschwerdeführer ist daher Beschäftiger für die Arbeitnehmer der M. s.r.o.

Es blieb unbestritten, dass keine ZKO4-Meldungen bereitgehalten bzw. zugänglich gemacht wurden.

Der objektive Tatbestand der §§ 19 Abs. 1 und 4 iVm 21 Abs. 3 Z 2 iVm 26 Abs. 2 LSD-BG ist erfüllt.

III.5. 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).
Im Verfahren sind keine Umstände hervorgekommen, die Zweifel am Verschulden des Beschwerdeführers am Zustandekommen der Verwaltungsübertretung aufkommen lassen. Das bloße Behaupten, dass er sich zuvor über die gesetzeskonforme Vorgehensweise bei verschiedenen Institutionen erkundigt habe, aber keine konkreten Antworten erhalten habe, reicht nicht aus, weshalb ihm fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen ist. Die Verwaltungsübertretung ist somit auch in subjektiver Hinsicht vorwerfbar.

Da die ZKO4-Meldungen für die gegenständlichen Arbeitnehmer nicht bereitgehalten wurden, hat der Beschwerdeführer als Beschäftiger tatbildlich im Sinn des § 21 Abs. 3 Z 2 LSD-BG gehandelt.

Für die gegenständlichen Arbeitnehmer wurden Entsendemeldungen (ZKO3-Meldungen) vorgelegt und nicht nach dem LSD-BG für die grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung erforderliche ZKO4-Meldungen. Die Meldepflicht des § 19 Abs. 1 und 2 LSD-BG verfolgt den Zweck, überprüfen zu können, ob den in Österreich tätigen und dort nicht versicherten Arbeitnehmern von einem, Arbeitgeber oder Überlasser mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedsstaat zumindest die nach Kollektivertrag in Österreich geltenden Löhne gezahlt werden, sei es als entsandter oder überlassener Arbeitnehmer.

Die Meldung soll die Kontrolle nach dem LSD-BG ermöglichen. Die vom Arbeitskräfteüberlasser erstatteten Meldungen ermöglichen eine entsprechende Kontrolle, womit diesem Schutzzweck der Norm entsprochen wurde. Das Erstatten der ZKO3- Meldungen statt der erforderlichen ZKO4-Meldungen stellt einen formalen Fehler dar, zumal eine vorübergehende grenzüberschreitende Überlassung eines Arbeitnehmers als ein Unterfall der Entsendung anzusehen ist.

Aufgrund dieser Umstände sind die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschwerdeführers gering. Aufgrund des Umstandes, dass davon auszugehen ist, dass der Beschwerdeführer auch hinkünftig überlassene Arbeitnehmer beschäftigen wird, ist es erforderlich, ihm unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens eine Ermahnung zu erteilen, um ihn künftig von der Begehung strafbarer Handlungen der gleichen Art abzuhalten.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

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. Ellmer