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-302353/7/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-2017-378973/7-mit, wegen Übertretungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe, dass eine Gesamtstrafe in der Höhe von 2.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 33 Stunden verhängt wird, als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Der Kostenbeitrag zum behördlichen Verfahren reduziert sich auf 200 Euro.

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-2017-378973/7-mit, wurden über P. H., x, x (in der Folge: der Beschwerdeführer) wegen 12 Übertretungen gemäß §§ 28 Z 3 iVm 22 Abs. 2 LSD-BG Geldstrafen jeweils in der Höhe von 2.000 Euro sowie Ersatzfreiheitsstrafen jeweils in der Höhe von 34 Stunden verhängt.

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

„Sie haben als Beschäftiger im Fall einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung zu verantworten, dass die Unterlagen zur Überprüfung des nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts der folgenden Arbeitnehmer während der Dauer der Beschäftigung nicht am Arbeits(einsatz)ort bereitgehalten und diese auch nicht den Organen der Abgabenbehörde 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 deiner grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung entgegen § 22 Abs. 2 LSD-BG die Lohnunterlagen nicht bereithält.
1.
M. B. [...]
[...]
Tatort: x, x
Tatzeit: 27.03.2017 bis 06.07.2017 (Tag der Kontrolle)
2.
M. F. [...]
[...]
Tatort: x, x
Tatzeit: 24.04.2017 bis 06.07.2017 (Tag der Kontrolle)
3.
P. G. [...]
[...]
Tatort: x, x
Tatzeit: 24.04.2017 bis 06.07.2017 (Tag der Kontrolle)
4.
P. G. [...]
[...]
Tatort: x, x
Tatzeit: 05.04.2017 bis 06.07.2017 (Tag der Kontrolle)
5.
J. K. [...]
[...]
Tatort: x, x
Tatzeit: 05.04.2017 bis 06.07.2017 (Tag der Kontrolle)

6.
M. L. [...]
[...]
Tatort: x, x
Tatzeit: 20.03.2017 bis 06.07.2017 (Tag der Kontrolle)
7.
M. M. [...]
[...]
Tatort: x, x
Tatzeit: 05.04.2017 bis 06.07.2017 (Tag der Kontrolle)
8.
S. P. [...]
[...]
Tatort: x, x
Tatzeit: 01.05.2017 bis 06.07.2017 (Tag der Kontrolle)
9.
S. P. [...]
[...]
Tatort: x, x
Tatzeit: 20.03.2017 bis 06.07.2017 (Tag der Kontrolle)
10.
S. S. [...]
[...]
Tatort: x, x
Tatzeit: 24.04.2017 bis 06.07.2017 (Tag der Kontrolle)
11.
M. S. [...]
[...]
Tatort: x, x
Tatzeit: 05.04.2017 bis 06.07.2017 (Tag der Kontrolle)
12.
T. T. [...]
[...]
Tatort: x, x
Tatzeit: 27.03.2017 bis 06.07.2017 (Tag der Kontrolle)

Arbeitgeber haben während der Dauer der Beschäftigung (im Inland) 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 Abgabenbehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich zu machen. Der Arbeitsvertrag ist entweder in deutscher

oder in englischer Sprache bereitzuhalten. Bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung trifft die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen den inländischen Beschäftiger.
[...]“

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 Lohnunterlagen bereitzuhalten bzw. zugänglich zu machen. Es sei unbestritten geblieben, dass die Lohnunterlagen nicht bereitgehalten worden sind. 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 Arbeitskräfteüberlassung 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 imonie 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, Bohrhammer
- 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.

Die Lohnunterlagen der gegenständlichen Arbeitnehmer wurden am Kontrolltag nicht bereitgehalten oder zugänglich gemacht.

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:

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.

Bereithaltung von Lohnunterlagen

§ 22. (1) Arbeitgeber im Sinne der §§ 3 Abs. 2, 8 Abs. 1 oder 19 Abs. 1 haben während der Dauer der Beschäftigung (im Inland) oder des Zeitraums der Entsendung insgesamt (§ 19 Abs. 3 Z 6) den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel im Sinne der Richtlinie 91/533 des Rates über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des dem entsandten Arbeitnehmer für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache, ausgenommen den Arbeitsvertrag, am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten oder diese den Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich zu machen, auch wenn die Beschäftigung des einzelnen Arbeitnehmers in Österreich früher geendet hat. Der Arbeitsvertrag ist entweder in deutscher oder in englischer Sprache bereitzuhalten. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die Lohnunterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten oder in elektronischer Form zugänglich zu machen. Ein Beschäftiger, der einen Arbeitnehmer zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsendet, gilt in Bezug auf die Verpflichtung nach dieser Bestimmung als Arbeitgeber. § 21 Abs. 2 findet sinngemäß Anwendung.

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

Nichtbereithalten der Lohnunterlagen

§ 28. Wer als
1. [...]
2. [...]
3. Beschäftiger im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung entgegen § 22 Abs. 2 die Lohnunterlagen nicht bereithält

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jeden Arbeitnehmer mit einer Geldstrafe von 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Wiederholungsfall von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer betroffen, für jeden Arbeitnehmer mit einer Geldstrafe von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Wiederholungsfall von 4 000 Euro bis 50 000 Euro zu bestrafen."

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.

III.5. Es blieb unbestritten, dass für die gegenständlichen Arbeitnehmer am Kontrolltag keine Lohnunterlagen bereitgehalten oder zugänglich gemacht wurden. Der objektive Tatbestand der §§ 28 Z 3 iVm 22 Abs. 2 LSD-BG ist somit erfüllt.

III.6. 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.

III.7. Betreffend der Strafbemessung sind nach § 19 Abs. 1 VStG Grundlage die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat; weiters sind nach Abs. 2 leg. cit. im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) 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 Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Sinn und Zweck der Bestimmungen des LSD-BG ist es u.a. zu verhindern, dass im Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit österreichische Arbeitsbedingungen unterlaufen werden. Durch die Dienstleistungsfreiheit wird ermöglicht, dass auch Arbeitgeber, die keine Niederlassung in Österreich haben, Arbeiter in Österreich beschäftigen oder zeitlich befristet nach Österreich entsenden oder Arbeitskräfte überlassen können. Durch das Unterlassen der Bereithaltung von Lohnunterlagen am Arbeitsort bzw. das Unterlassen der korrekten Bereitstellung dieser Lohnunterlagen wird jedenfalls die Kontrolle der Bestimmungen des LSD-BG erschwert. Insbesondere soll den Kontrollorganen eine umgehende Überprüfung der Lohneinstufung bzw. eine allfällige Unterentlohnung an Ort und Stelle der Kontrolle ermöglicht werden. Diesem Ziel hat der Beschwerdeführer jedenfalls zuwidergehandelt, dies selbst dann, wenn die entsprechenden Unterlagen in der Folge den Abgabenbehörden übermittelt wurden, bzw. faktisch keine Unterentlohnung vorlag.
Von geringfügigem Verschulden kann somit nicht ausgegangen werden.

III.8. 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.

Die belangte Behörde ist von einem monatlichen Nettoeinkommen von 2.500 Euro und keinen Sorgepflichten ausgegangen. Strafmildernd ist die die lange Dauer des Verfahrens zu werten.

Unter Berücksichtigung des Strafrahmens bis 20.000 Euro gemäß § 28 LSD-BG, sieht das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Verhängung einer Gesamtstrafe in Höhe von 2.000 Euro sowie einer Ersatzfreiheitsstrafe von 33 Stunden aus general- und spezialpräventiven Gründen als tat- und schuldangemessen.

IV. Bei diesem Ergebnis war dem Beschwerdeführer gemäß § 52 VwGVG kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorzuschreiben. Die Kosten des verwaltungsbehördlichen Verfahrens waren gemäß § 38 VwGVG iVm § 64 Abs. 1 und 2 VStG mit 200 Euro festzusetzen.

V. 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 gegenständliche Entscheidung weicht nicht von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung und ist diese auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Sonstige Hinweise auf einer grundsätzlichen Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage liegen ebenfalls nicht vor.

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

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Ellmer