



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38650
Telefax: (43 01) 4000 99 38650
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-041/036/10319/2016-3
J. B.

Wien, 30.08.2017
SC

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Fritz über die Beschwerde des (am ... 1976 geborenen) Herrn J. B. in ... Bl. (Tschechien), gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 27.06.2016, ZI. MBA ... - S 16223/16, betreffend Übertretungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG), nach am 22.11.2016 durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht erkannt:

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde hinsichtlich der ausländischen Staatsbürger M. B. und R. P. Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis in seinen Punkten 1) und 3) aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren in diesen beiden Punkten gemäß § 45 Abs. 1 Z. 2 VStG eingestellt.

II. Im Übrigen (also hinsichtlich der den ausländischen Arbeitnehmer A. N. betreffenden Tat; Punkt 2) des angefochtenen Straferkenntnisses) wird der Beschwerde in der Schuldfrage keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis insoweit bestätigt.

In der Straffrage wird der Beschwerde (zu Punkt 2) des angefochtenen Straferkenntnisses) insofern Folge gegeben, als die Geldstrafe von 750,-- Euro auf 500,-- Euro und die für den Fall der Uneinbringlichkeit festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag und 21 Stunden auf 1 Tag herabgesetzt werden.

Die Strafnorm lautet: § 7b Abs. 8 Z. 3 erster Strafsatz AVRAG idF vor dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 44/2016.

Der Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens bei der belangten Behörde beträgt daher (zu Punkt 2)) gemäß § 64 Abs. 1 und Abs. 2 VStG 50,-- Euro.

Zu den Punkten I. und II.:

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG wird dem Beschwerdeführer kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens auferlegt.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Unter dem Datum des 27.06.2016 erließ der Magistrat der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, gegen den Beschwerdeführer (Bf) ein Straferkenntnis, dessen Spruch folgenden Wortlaut hat:

„Sie haben als Arbeitgeber gemäß § 7b Abs. 1 AVRAG mit Firmenstandort in ... Bl., Tschechien, entgegen § 7b Abs. 5 AVRAG am 09.03.2016 AVRAG die Unterlagen über die Anmeldung der Arbeitnehmer zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG), Nr. 883/04) für die in der Zeit von 01.02.2016 bis 09.03.2016 an den Arbeitsort in Wien, E.-str., entsandten ArbeitnehmerInnen

- 1) B. M., geb. ... 1983, beschäftigt seit 01.02.2016
- 2) N. A., geb. ... 1991, beschäftigt seit 15.02.2016
- 3) P. R., geb. ... 1976, beschäftigt seit 01.02.2016

für die in Österreich keine Sozialversicherungspflicht besteht, nicht am Arbeitsort in Wien, E.-str., bereit gehalten hat oder in elektronischer Form zugänglich gemacht hat, obwohl die Bereithaltung der Unterlagen am Arbeitsort zumutbar war, da eine Wohnung für die ArbeitnehmerInnen vorhanden war.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 7b Abs. 5 iVm § 7b Abs. 8 Z 3 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz - AVRAG, BGBl. Nr. 459/1993 in der geltenden Fassung.

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen werden über Sie folgende Strafen verhängt:

3 Geldstrafen von je € 750,00, falls diese uneinbringlich sind, 3 Ersatzfreiheitsstrafen von je 1 Tag und 21 Stunden gemäß § 7b Abs. 8 erster Strafsatz AVRAG

Summe der Geldstrafen: € 2.250,00

Summe der Ersatzfreiheitsstrafen: 5 Tage und 15 Stunden

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen: € 225,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d.s. 10% der Strafe (mindestens jedoch € 10,00 je Übertretung).

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher € 2.475,00. Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen.“

Die belangte Behörde führte zur Begründung (der hier maßgeblichen Frage, ob nun eine Entsendung von Arbeitskräften, oder - wie der Bf behauptete – eine Weitergabe von Subaufträgen an selbstständige Unternehmer vorgelegen sei) Folgendes aus:

„In Ihrer Rechtfertigung haben Sie die Begehung der Ihnen angelasteten Übertretungen bestritten und Folgendes vorgebracht:

Sie seien nicht als Arbeitgeber tätig, sondern hätten Werkverträge mit Subfirmen, diese seien auch wie verlangt übermittelt worden. Sie hätten keine illegale Beschäftigung angestrebt, sondern Sorge für die notwendigen Unterlagen getragen, Sie hätten auch Fahrzeuge mit Firmenlogos und Stundenlisten, ebenso hätten Sie eine Steuernummer in Österreich beantragt.

Aufgrund des Verdachtes hätten Sie den Auftrag inklusive Geld verloren, Ihnen sei ein finanzieller Schaden entstanden und Sie seien nach dieser Aktion existenzgefährdet.

Dem ist Folgendes entgegenzuhalten:

Aufgrund der von der Finanzpolizei durchgeführten Ermittlungen ist davon auszugehen, dass es sich um Entsendungen von Arbeitnehmern und nicht um selbstständige Auftragnehmer handelt.

Die angetroffenen Arbeitnehmer haben angegeben, für Ihre Firma zu arbeiten und von Ihnen Arbeitsanweisungen zu erhalten. Die Arbeitszeit sei vorgegeben, Montag bis Donnerstag je 8 Stunden, es würden Stundenaufzeichnungen geführt. Die Arbeiter würden 10.- € netto pro Stunde erhalten, die Auszahlung erfolge monatlich bar durch Sie, auch die Unterkunft würde durch Sie bezahlt.

Während der Kontrolle wurden Herr N. und Herr B. dabei angetroffen, wie sie gemeinsam im 2. Stock auf dem Balkon Bodendielen verlegt haben. Auch daraus ist abzuleiten, dass für diese Arbeiten weder eine Haftung noch eine Gewährleistung der Arbeiter möglich ist.

Sie haben bei der Kontrolle weiters angegeben, dass Sie den Arbeitern Arbeitsanweisungen geben und die Arbeitseinteilung vornehmen würden. Sie würden auch die Arbeitszeit vorgeben, die Arbeiter müssten sich bei Ihnen

melden, wenn sie krank sind oder frei brauchen. Sie würden auch die Ausführung der Arbeiten kontrollieren und für Mängel haften, auch das meiste Werkzeug sei von Ihnen.

Es ist daher im gegenständlichen Fall von Arbeitsverhältnissen und nicht von einer selbständigen Tätigkeit der Arbeitnehmer auszugehen. Die Beschäftigung wird nicht nach der äußeren Erscheinungsform, sondern nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt beurteilt.

Es wurde kein abgeschlossenes, gewährleistungsfähiges, Werk geschuldet, es kann nicht nachvollzogen werden, welche konkreten Leistungen im Leistungszeitraum von wem erbracht worden sind. Die Abrechnung erfolgte pauschal nach geleisteten Stunden, sämtliche Materialien wurden von der Auftraggeberin, der Großteil des Werkzeugs von Ihnen zur Verfügung gestellt. Laut vorgelegten Vereinbarungen mit den Arbeitnehmern wurden „Maurerarbeiten“ sowie „Monteur für Trockenbau, Holzverarbeitung“ vereinbart. Es wurde also nicht ein Werk im herkömmlichen Sinne geschuldet, sondern nur die eigene Arbeitskraft der Arbeiter zur Verfügung gestellt, weshalb diese als unselbständige Arbeitskräfte angesehen werden.

Auch der Verwaltungsgerichtshof hat bereits in zahlreichen ähnlich gelagerten Fällen ausgesprochen, dass einfache Arbeiten (unter welche auch die hier zu beurteilenden Tätigkeiten fallen), die im unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf im Zusammenwirken mit anderen Arbeitern erbracht werden müssen, kein selbstständiges Werk darstellen können.

Der Umstand, dass Arbeiter selbst über Gewerbeberechtigungen verfügen, vermag nichts daran zu ändern, dass sie im konkreten Fall nicht unternehmerisch, sondern zumindest unter ähnlichen Umständen wie ein Arbeitnehmer verwendet wurden.

Während der Kontrolle konnten keine Sozialversicherungsdokumente für die Arbeitnehmer vorgelegt werden und wurden diese auch nicht bereitgehalten.

Die Ihnen zur Last gelegten Übertretungen sind somit in objektiver Hinsicht als erwiesen anzusehen.“

Der Bf habe kein geeignetes Vorbringen erstattet, um sein mangelndes Verschulden glaubhaft zu machen. Im Übrigen begründete die belangte Behörde ihre Strafbemessung näher.

Gegen dieses Straferkenntnis (und drei weitere Straferkenntnisse) erhob der Bf fristgerecht Beschwerde (von ihm fälschlicherweise als „Einspruch“ bezeichnet). Er brachte vor, die drei namentlich genannten Personen seien nicht seine Mitarbeiter, sondern hätten diese als Selbstständige (Beauftragung mittels Werkauftrages) eine Tätigkeit auf der gegenständlichen Baustelle verrichtet. Er sei in Österreich nicht als Arbeitgeber tätig, sondern habe er mit seinem

Subunternehmer einen Werkvertrag gehabt, den er auch an die Behörde geschickt habe. Er habe ihn keinstenfalls fahrlässig gehandelt und ersuche daher, die Straferkenntnisse an die einzelnen Subfirmen zu adressieren. Er halte fest, dass diese nicht seine Mitarbeiter seien.

Zu dieser Beschwerde gab die Finanzpolizei ... mit Schreiben vom 21.09.2016 eine Stellungnahme ab.

Über h.a. Ersuchen teilte Frau E. K. mit, der Auftrag sei laut Angebot erteilt worden, aber vom Bf nicht fristgerecht bis zum 15.03.2016 erfüllt worden. Daher sei nur die Anzahlungsrechnung bezahlt worden. Es sei keine weitere Zahlung erfolgt und werde in Zukunft auch keine weitere Zahlung erfolgen. Der Vorname „Pa.“ sage ihr nichts. Es könnte sich um einen Mitarbeiter der Firma K. GmbH mit dem ähnlichen Namen „Po.“ handeln.

Das Verwaltungsgericht Wien führte (zusammen mit den Verfahren zu den Zlen. VGW-041/036/10315+10317+10321/2016) eine öffentliche mündliche Verhandlung durch (im Beisein einer Dolmetscherin für die tschechische Sprache), an der der Bf und Frau G. als Vertreterin der Finanzpolizei Wien ... teilnahmen und in der Zeugen einvernommen wurden. Der Bf gab bei seiner Einvernahme als Beschuldigter Folgendes an:

„Ich behaupte nach wie vor, dass die drei nicht meine Arbeitnehmer waren.

Ich habe in Tschechien in Bl. eine Baufirma. Ich habe Maurer gelernt. Ich habe in Tschechien keine Arbeitnehmer angemeldet. Die Wohnadresse ist gleich meine Firmenadresse. Ich habe nur einen PKW als Firmenauto (Skoda Octavia).

Ein Auszug aus dem Gewerberegister wird vorgelegt, dieser wird zum Akt genommen.

Ich bin über einen Bekannten zur Baustelle gekommen und habe ich die Telefonnummer von Frau K. angerufen. Der Bekannte hat dort was gemacht und habe ich mir die Telefonnummer genommen, um zu fragen, ob es dort für mich Arbeit gibt. Ich habe Frau K. angerufen. Frau K. spricht tschechisch und habe ich mit ihr gesprochen. Unterlagen über den Vertrag habe ich keine, diese habe ich alle übergeben. Es ist kein schriftlicher Vertrag abgeschlossen worden. Ich habe mit Frau K. ausgemacht, dass der Boden auf dem Balkon gemacht wird und verschiedene Maurerarbeiten. Es stimmt, dass mir dann Herr Po. T. auf der Baustelle konkret immer gezeigt hat, was zu machen ist. Ich hätte 7.500,-- Euro bekommen sollen, tatsächlich haben wir nur 5.000,-- Euro bekommen. Wir haben dann aufgehört zu arbeiten. Wir haben jeden Tag gependelt. Wir hatten dort eine Wohnung zur Verfügung gestellt erhalten, um die Jacken abzulegen, zu

jausnen etc. Herr T. kam nicht jeden Tag auf die Baustelle. Das Material war von Frau K. Herr H. war unser Dolmetscher.

Als wir erwischt wurden, habe ich Herrn H. angerufen (ein Freund von mir) und hat er für uns gedolmetscht. Meine damaligen Angaben stimmen so. Ich bin seit einem dreiviertel Jahr nicht mehr in Österreich gewesen.

M. B. ist mein Bruder.

Ich habe die Seite 57 aus dem Internet runtergeladen und ist es in Tschechien ein normaler Vertrag. Ich habe 10,-- Euro die Stunde ausgemacht. Ich habe glaublich Rechnungen der Herren auch abgegeben.

Die Dolmetscherin gibt an, dass auf Seite 53 z.B. steht, oben: Verputzen der Rillen nach Elektroarbeiten, Vermauern nach den Wasserwerkerarbeiten, Türstöcke wurden eingemauert ist der letzte Eintrag. Wenn z.B. Elektroarbeiten beendet wurden, ist dann Herr T. zu mir gekommen und hat mir gesagt, was jetzt im Einzelnen konkret zu machen ist (entweder er oder Frau K.). Ich habe auch gearbeitet. Ich habe auch mitgearbeitet, Mauererarbeiten und alles was zu tun war. Ich habe mich in Tschechien erkundigt und sagte man mir dort, es passt.

Die Dolmetscherin gibt an, z.B. der Betrag der Rechnung auf Seite 56 sind ca. 1.165,-- Euro. Ich verrechne ihnen für die durchgeführten Mauererarbeiten an der genannten Adresse im Monat Februar den genannten Betrag. Unten steht noch, dass die Person nicht mehrwertsteuerpflichtig sei.“

Die Vertreterin der Finanzpolizei gab an, es seien Stundenaufzeichnungen geschickt worden, es seien am 10.03.2016 und am 11.03.2016 E-Mails eingegangen. Weiters wies sie darauf hin, dass bei den A1-Meldungen jeweils selbstständig erwerbstätig angekreuzt gewesen sei.

Herr Jo. S. machte bei seiner Einvernahme als Zeuge die folgenden Angaben:

„Die Kontrolle fand statt, weil es zuvor eine Anhaltung bei der Grenze gegeben hast. Es ist dies ein Zinshaus und ist glaub ich Frau K. vom Ganzen die Eigentümerin. Es haben Renovierungsarbeiten stattgefunden. Ich habe einen Arbeiter beim Verspachteln angetroffen. Es wurden dann den Arbeitern Personenblätter gegeben. Ich war auch bei der niederschriftlichen Einvernahme des Bf dabei. Ein Bekannter des Bf ist als Dolmetscher hinzugekommen. Dieser hat die Niederschrift übersetzt. Die Personenblätter wurden selbstständig ausgefüllt und hinten von uns noch Ergänzungen gemacht. Es waren meiner Erinnerung nach keine Unterlagen vor Ort, bezüglich der A1 Unterlagen haben diese die selbständigen Arbeiter betroffen.

<Die Vertreterin der FPO gibt zur Info ein A1 Formular auf Deutsch.>

Es sind dann diverse Unterlagen in den nächsten Tagen übermittelt worden, glaublich Stundenaufzeichnungen und Verträge.“

Die Vertreterin der Finanzpolizei merkte an, wenn allenfalls Unterlagen nicht auf Deutsch vor Ort seien, werde beim Personenblatt vermerkt, dass sie nicht bereitgehalten worden seien, weil dies nicht dem Gesetz entspreche.

Herr Ha. Se. gab bei seiner Einvernahme als Zeuge Folgendes an:

„Ich bin bei der Kontrolle in die Wohnung hineingegangen und war die Balkontüre offen. Ich konnte wahrnehmen, wir dort zwei Leute zusammen gearbeitet und so Art WPC-Bodendielen (ist Plastik, das aussieht wie Holz) verlegt hatten. Wir fragten die Leute, für welche Firma sie arbeiten. Sie gaben an (steh auf dem Personenblatt), dass sie für den Bf arbeiten und selbstständig sind.

<Die Vertreterin gibt an, bei den Vermerken wird schon manchmal was auf Deutsch notiert, was vorne in fremder Sprache steht, wenn etwa ein Dolmetsch anwesend ist, damit man bei der Nachbearbeitung weiß, was angegeben wurde.>“

Herr A. N. machte bei seiner Einvernahme als Zeuge die folgenden Angaben:

„Ich habe in Tschechien Monteur für Trockenbau gelernt. Ich kenne den Bf schon länger. Ich wohne in einem kleinen Ort bei Bl.. Ich habe zu Hause gearbeitet und habe der Bf zu mir gemeint, er hätte Arbeit für mich. Ich bin gekommen, um Holzbalkone zu machen, es war aus Holz. Ich habe mit dem Bf einen Werkvertrag gemacht. Es ist dies auf Seite 72. Der Zeuge wird gefragt, warum er glaubt, dass es sich bei Seite 72 um einen Werkvertrag handelt. Ich bin gependelt und habe in Wien nicht gewohnt. Das Material war schon auf der Baustelle. Bei der Kontrolle habe ich zusammen mit Herrn M. B. gearbeitet. Er hat mir geholfen, wir haben uns gegenseitig geholfen. Ich habe etwas weniger als 1.000,-- Euro bekommen. Es ist dies die Rechnung auf Seite 71 (lt. Dolmetscherin 630,-- Euro). Ich verdiene in Tschechien rund 580,-- Euro. Ich arbeite hier für 40 Stunden und verdiene rund 850,-- Euro. Ich war früher selbstständig, jetzt habe ich mich anstellen lassen.“

Herr M. B. gab bei seiner Einvernahme als Zeuge Folgendes an:

„Ich habe in Tschechien Koch und Kellner gelernt. Ich habe dann in Tschechien einen Gewerbeschein als Maurer bekommen. Ich wohne auch in Bl.. Ich verdiene ca. 500,-- bis 600,-- Euro in Tschechien. Mein Bruder hat mich als Selbstständiger angeheuert. Wir haben untereinander den Vertrag auf Seite 57 gemacht. Auf die Frage, was seiner Meinung nach der Unterschied sein soll zwischen Arbeiter und Selbstständiger bei dem hier vorliegenden Vertrag, so gebe ich an, ich kann jeder Zeit aufhören und bin mein eigener Herr. Ich habe meine Arbeit gerade fertig gehabt und habe meinem Kollegen geholfen. Ich habe mit dem Bf kommuniziert und habe dann die Arbeit zugeteilt bekommen. Die Arbeit hat Herr Po. T. verordnet und haben wir dann die Arbeit machen müssen. Ich habe letztlich knapp unter 1.000,-- Euro ausbezahlt bekommen. Ich weiß es nicht mehr so genau. Wir sind immer hin und her gependelt. Ich habe das beim Personenblatt mit der Unterkunft sicher verwechselt.“

Die Vertreterin der Finanzpolizei verzichtete auf die Abgabe eines Schlusswortes. Der Bf gab in seinem Schlusswort an, sie hätten dort nur zwei Wochen gearbeitet.

Die anwesenden Parteien verzichteten auf die mündliche Verkündung der Entscheidungen.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Gemäß § 7b Abs. 5 AVRAG (idF vor dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 44/2016) haben Arbeitgeber/innen im Sinne des Abs. 1, sofern für den/die entsandten Arbeitnehmer/innen in Österreich keine Sozialversicherungspflicht besteht, Unterlagen über die Anmeldung des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04) sowie eine Abschrift der Meldung gemäß den Abs. 3 und 4 am Arbeits(Einsatz)ort im Inland bereitzuhalten oder diese den Organen der Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse unmittelbar vor Ort in elektronischer Form zugänglich zu machen. Sofern für die Beschäftigung der entsandten Arbeitnehmer/innen im Sitzstaat des/der Arbeitgebers/-Arbeitgeberin eine behördliche Genehmigung erforderlich ist, ist auch die Genehmigung bereitzuhalten. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die erforderlichen Unterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten oder in elektronischer Form zugänglich zu machen. Ist die Bereithaltung oder Zugänglichmachung der Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort nicht zumutbar, sind die Unterlagen jedenfalls im Inland bereitzuhalten und der Abgabenbehörde auf Verlangen nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis einschließlich des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.

Gemäß § 7b Abs. 8 Z. 3 AVRAG (in der genannten Fassung) begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jede/n Arbeitnehmer/in mit Geldstrafe von 500,-- Euro bis 5.000,-- Euro, im Wiederholungsfall von 1.000,-- Euro bis 10.000,-- Euro zu bestrafen, wer die

erforderlichen Unterlagen entgegen Abs. 5 nicht bereithält oder den Organen der Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vor Ort nicht unmittelbar zugänglich macht.

Zu Spruchpunkt II. (Punkt 2) des angefochtenen Straferkenntnisses):

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Bf auf der gegenständlichen Baustelle im Auftrag der Frau K. verschiedene Arbeiten (wie z.B. Maurerarbeiten, Bodenlegen auf dem Balkon, etc.) zu erledigen gehabt hat. Im vorliegenden Fall wurde dem Bf zur Last gelegt, er habe bezüglich der drei ausländischen Personen am 09.03.2016 die Unterlagen über die Anmeldung zur Sozialversicherung nicht bereitgehalten. Tatsächlich wurden aber A1-Formulare (ausgestellt für Selbstständige) bezüglich des Herrn M. B. und des Herrn R. P. im Zuge der Kontrolle vorgelegt (bezüglich des Herrn N. wurde das Sozialversicherungsdokument A1 erst zwei Tage nach der Kontrolle übermittelt; auch bei dessen Formular war „selbstständig erwerbstätig“ angekreuzt). Der Bf hat im Verfahren nun nicht behauptet, dass bezüglich des Herrn A. N. das Sozialversicherungsdokument A1 am Tag der Kontrolle auf der Baustelle bereitgehalten oder den Organen der Abgabenbehörde vor Ort unmittelbar zugänglich gemacht worden wäre (wie erwähnt wurde dieses erst zwei Tage nach der Kontrolle übermittelt). Das Vorbringen des Bf geht in erster Linie in die Richtung, dass er nicht Arbeitgeber dieser Personen gewesen sei, sondern hätte er diese mittels eines Werkauftrages als selbstständige Subfirmen herangezogen.

Zur Frage der Arbeitnehmereigenschaft der Herren M. B., A. N. und R. P.:

Wer "Arbeitgeber" bzw. "Arbeitnehmer" iSd AVRAG ist, wird in diesem Gesetz nicht eigens definiert.

Gemäß § 1 Abs. 1 AVRAG gilt dieses Gesetz für "Arbeitsverhältnisse, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen". Neben der Abgrenzung zu öffentlichrechtlichen Dienstverhältnissen wird mit dieser Formulierung zum Ausdruck gebracht, dass der persönliche Geltungsbereich des AVRAG insofern mit der Vertragstheorie korrespondiert, als für die Anwendbarkeit des Gesetzes die Arbeitnehmer- bzw. Arbeitgebereigenschaft iSd Arbeitsvertragsrechts zu prüfen ist (vgl. Reissner in Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar zum

Arbeitsrecht (2011), § 1 AVRAG Rz 2; Binder, AVRAG 2. Auflage (2010), § 1, Rz 4). Als Arbeitnehmer ist somit zu qualifizieren, wer sich auf Grund eines Arbeitsvertrags einem anderen zur Arbeitsleistung in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet (§ 1151 ABGB). Arbeitgeber (als Gegenstück zum Arbeitnehmer) ist damit jene Person, der sich der Arbeitnehmer auf Grund eines Arbeitsvertrags auf gewisse Zeit zur Dienstleistung verpflichtet hat (vgl. zum Arbeitgeberbegriff auch den Beschluss des OGH vom 2. Juni 2009, 9 ObA 43/09b und die dort zitierte Literatur).

Dem gegenständlichen Verfahren liegt eine Anzeige der Finanzpolizei ... vom 24.03.2016 zugrunde. Danach fand am 09.03.2016 gegen 09.00 Uhr eine Kontrolle der Baustelle in Wien, E.-straße, statt. Bei der Kontrolle seien zwei Arbeiter im ersten Stock und zwei weitere Arbeiter im zweiten Stock arbeitend angetroffen worden. Bei den Arbeitern habe es sich um R. P. (sei im ersten Stock beim Verspachteln der Decke angetroffen worden), A. N. (habe im zweiten Stock auf dem Balkon des Top 22 gemeinsam mit M. B. Bodendielen verlegt) und M. B. (habe im zweiten Stock auf dem Balkon im Top 22 gemeinsam mit Herrn N. Bodendielen verlegt) gehandelt. Von diesen drei Personen seien Personenblätter (abgefasst in ihrer Landessprache) ausgefüllt worden. In diesen Blättern hätten sie (sinngemäß) angegeben, selbstständig tätig zu sein, für die Firma J. B. zu arbeiten, Arbeitsanweisungen von J. B. zu erhalten und 10,-- Euro pro Stunde als Lohn zu bekommen; die Bezahlung erfolge in bar durch J. B. und bezahle dieser auch die Unterkunft. Der Bf sei noch während der Kontrolle auf der Baustelle erschienen und sei mit diesem eine Niederschrift (ein Herr H. hat für ihn übersetzt) aufgenommen worden. Dabei gab er Folgendes an:

„Frage: Seit wann arbeiten Sie auf dieser Baustelle bzw. von welcher Firma sind Sie beauftragt worden?

Antwort: Ich arbeite seit Anfang Februar 2016 auf dieser Baustelle. Mein Auftraggeber ist die Fa. K.. Mein Ansprechpartner ist Hr. Po. (Tel.: ...).

Frage: Können sie ein Auftragsschreiben/Werkvertrag vorlegen?

Antwort: Nein, kann ich nicht vorlegen, ich habe an die Fa. K. ein Angebot gelegt, und die Fr. K. hat mir den Auftrag telefonisch bestätigt. Sie kommt auch regelmäßig auf die Baustelle.

Frage: Wer ist ihr Ansprechpartner bei ihrem Auftraggeber der Firma K.?

Antwort: Hr. Po. (...).

Frage: Wie viele Arbeiter werden auf der ggst. Baustelle eingesetzt?

Antwort: Inklusive mir sind derzeit 5 Arbeiter auf der Baustelle. Ich habe 3 Subunternehmer auf dieser Baustelle beschäftigt. Meine Subunternehmer sind ebenfalls seit Anfang Februar 2016 auf dieser Baustelle.

Frage: Welche konkreten Arbeiten werden von ihren Arbeitern ausgeführt?

Antwort: Hr. P. R. führt Spachtel- und Malerarbeiten durch. Hr. Ry. Mi. führt Installationsarbeiten aus. Hr. N. A. macht Holz- und Trockenbauarbeiten. Hr. B. M. führt Maurerarbeiten durch.

Frage: Auf welchen Baustellen werden Ihre Arbeiter noch eingesetzt?

Antwort: Auf keinen anderen Baustellen, habe ich die Subunternehmer eingesetzt.

Frage: Wie und in welchen Intervallen werden die erbrachten Leistungen ihrer Arbeiter abgerechnet?

Antwort: Die Arbeiter (Hr. P., Hr. N. und Hr. B. M.) schreiben ihre geleisteten Stunden auf und ich bestätige diese. Abgerechnet wird nach den geleisteten Stunden. Bis dato wurde erst einmal abgerechnet. Der Stundenlohn beträgt € 10,00 netto.

Mit Hrn. Ry. Mi. habe ich kein Auftragsverhältnis, er ist direkt von der Bauherrin beauftragt worden.

Frage: Werden von Ihnen Stundenaufzeichnungen über die geleisteten Arbeitsstunden ihrer Arbeiter geführt?

Antwort: Die Arbeiter schreiben ihre Stunden selbst auf.

Frage: Wo findet der tägliche Arbeitsantritt für ihre Mitarbeiter statt?

Antwort: Hier auf der Baustelle.

Frage: Werden die Arbeiten von gemischten Teams, also von Arbeiter Ihrer Firma gemeinsam mit Arbeitern der durchgeführt?

Antwort: Grundsätzlich hat jeder Arbeiter seinen Aufgabenbereich. Es kann vorkommen, dass sie sich gegenseitig unterstützen, z.B. beim Material tragen.

Frage: Wer übt die Funktion des Vorarbeiters auf der ggst. Baustelle aus und bei welcher Firma ist dieser beschäftigt?

Antwort: Ich übe die Funktion des Vorarbeiters aus und bin gleichzeitig Firmenchef.

Frage: Wer gibt den Arbeitern ihrer Firma Arbeitsanweisungen und wer führt die Arbeitseinteilung durch?

Antwort: Das mache auch ich.

Frage: Wer bestimmt den Arbeitsbeginn das Arbeitsende und die Pausen auf dieser Baustelle?

Antwort: Die Arbeitszeit gebe ich vor, Pausen machen sie selbstständig.

Frage: Bei wem müssen sich ihre Arbeiter melden, wenn sie erkranken, oder frei brauchen?

Antwort: Sie müssen sich bei mir melden.

Frage: Wer kontrolliert die Ausführung der geleisteten Arbeiten ihrer Mitarbeiter ob diese korrekt sind?

Antwort: Ich kontrolliere die Arbeiten und in weiterer Folge kommt die Fr. K. vorbei und schaut sich auch die geleisteten Arbeiten an.

Frage: Wer trägt die Haftung für die geleisteten Werke?

Antwort: Grundsätzlich hafte ich für Mängel, aber falls etwas passiert, ziehe ich den jeweiligen Arbeiter zur Verantwortung.

Frage: Von wem wird das Werkzeug für ihre Arbeiter zur Verfügung gestellt?

Antwort: Das meiste Werkzeug gehört mir, zusätzlich hat jeder Arbeiter für seine Arbeitsbereich sein eigenes Werkzeug mit.

Frage: Von wem wird das Material zur Verfügung gestellt?

Antwort: Von der Fa. K..

Frage: Sind die Meldungen über die Entsendung nach Österreich (Formular ZKO 3), die Anmeldung zur Sozialversicherung (SV-Dokument A 1) und die Lohnunterlagen (§ 7d AVRAG) auf der Baustelle vorhanden und können diese vorgelegt werden?

Antwort: Die ZKO 3 Formulare können nicht vorgelegt werden, da mir das Magistrat in Tschechien gesagt hat, dass ich für Selbstständige keine ZKO 3 Formulare benötige. AI Formulare (ausgestellt für Selbstständige) konnten mit Ausnahme von Hrn. N. vorgelegt werden.

Lohnunterlagen konnten für keinen Arbeiter vorgelegt werden.

Frage: Möchten Sie noch etwas hinzufügen bzw. weitere sachdienliche Aussagen machen?

Antwort: Die Arbeiter arbeiten nebenbei auch in Tschechien, dadurch kann es vorkommen, dass sie einige Tage auch nicht auf dieser Baustelle sind.“

Die Firma J. B. sei – so heißt es in der Anzeige weiters – für diverse Arbeiten (ein Anbotsschreiben vom 01.02.2016 war angeschlossen) auf der gegenständlichen Baustelle von Frau K. beauftragt worden. Aufgrund des Sachverhaltes gehe die Finanzpolizei davon aus, dass es sich hier um Entsendungen von Arbeitnehmern nach Österreich gemäß § 7b Abs. 3 und 4 AVRAG handle und nicht um selbstständige Auftragnehmer.

Der Bf hatte – nach der Kontrolle - der Finanzpolizei u.a. Vereinbarungen über Leistungsauftrag, abgeschlossen zwischen ihm und den drei bei der Kontrolle angetroffenen ausländischen Staatsbürgern übermittelt. Als Arbeitgeber scheint in dieser Vereinbarung der Bf auf. Bezüglich der Arbeitstätigkeiten sind Maurerarbeiten, Monteur für Trockenbau, Holzverarbeitung festgehalten worden. Weiters wird geregelt, wann die Arbeit zu beginnen habe und wie lang sie ungefähr dauern werde. Der Arbeitnehmer bekomme ein Entgelt von 10,-- Euro pro Stunde. Zu dieser Vereinbarung ist anzumerken, dass es sich hierbei um einen klassischen Dienstvertrag handelt; es ist kein (von vornherein

festgelegtes) Werk vereinbart worden, sodass keinesfalls davon gesprochen werden kann, dass es sich dabei um einen Werkvertrag handelt.

Zur Rechtfertigung (mit Schreiben der belangten Behörde vom 04.04.2016) aufgefordert, brachte der Bf in seiner Stellungnahme vom 22.04.2016 vor, er sei nicht Arbeitgeber der drei Personen gewesen, sondern seien diese seine Subunternehmer und habe er diese mit Werkauftrag zu bestimmten Arbeiten herangezogen.

In der mündlichen Verhandlung am 22.11.2016 wurde der Bf einvernommen (siehe oben die wörtliche Wiedergabe seiner Aussage). Der Bf schilderte zunächst, wie er zu dem Auftrag von Frau K. gekommen ist. Er konnte nicht einmal konkret angeben, welche Arbeiten er genau zu verrichten gehabt hätte. Er sprach davon, dass es sich um verschiedene Maurerarbeiten gehandelt habe, auch den Boden auf dem Balkon habe er machen sollen. Po. T. habe ihm dann immer auf der Baustelle gezeigt, was zu machen sei. Material sei von Frau K. zur Verfügung gestellt worden. Herr H. sei der Dolmetscher gewesen. Als sie damals „erwischt“ worden seien, habe er Herrn H. angerufen (dieser sei ein Freund von ihm) und habe dieser für ihn gedolmetscht. Seine damaligen Angaben stimmen so. Die Vereinbarung über den Leistungsauftrag (AS 54) habe er aus dem Internet runtergeladen und sei dies in Tschechien ein „normaler Vertrag“. Noch einmal sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass es sich bei dieser Vereinbarung eben nicht um einen Werkvertrag, sondern dem Inhalt nach um einen Dienstvertrag handelt. Der Bf gab selbst an, dass Herr T., wenn sie einzelne Arbeiten beendet gehabt haben, zu ihm gekommen ist und gesagt hat, was in weiterer Folge im Einzelnen zu machen ist. Er habe auch mitgearbeitet (bei den Maurerarbeiten und bei allem, was zu tun gewesen sei).

Der Bf bestätigte bei seiner Einvernahme in der mündlichen Verhandlung, dass seine Angaben am 09.03.2016 (die oben wörtlich wiedergegeben worden sind) richtig sind. Es ist also festzuhalten, dass die Arbeiter ihre Stunden aufgeschrieben haben und der Bf diesen pro Stunde 10,-- Euro netto bezahlt hat. Der Bf ist der Vorarbeiter auf der Baustelle gewesen. Er hatte den Arbeitern die Arbeitsanweisungen gegeben und die Arbeit eingeteilt. Auch hat er die Arbeitszeit vorgegeben. Wenn die Arbeiter erkrankten oder (aus welchen Gründen auch immer) einen freien Tag gebraucht haben, dann haben sie sich beim Bf melden

müssen. Er hat die Arbeiten kontrolliert. Das meiste Werkzeug gehörte ihm (die Arbeiter hatten aber auch ihr eigenes Kleinwerkzeug dabei). Das Material wurde von der Firma K. zur Verfügung gestellt.

Herr S. (einer der damaligen Kontrollorgane) gab an, es hätten damals Renovierungsarbeiten stattgefunden. Die Personenblätter seien von den Arbeitern selbstständig ausgefüllt worden (sie hätten hinten dann Ergänzungen gemacht).

In der mündlichen Verhandlung wurden dann auch noch zwei der drei bei der Kontrolle angetroffenen ausländischen Personen als Zeugen einvernommen. Herr N. gab an, er habe bei der Kontrolle zusammen mit Herrn M. B. gearbeitet. Dieser habe ihm geholfen, sie hätten sich gegenseitig geholfen. Herr M. B. gab bei seiner Einvernahme als Zeuge an, er habe damals seine Arbeit gerade fertig gehabt und seinem Kollegen geholfen. Er habe mit dem Bf kommuniziert und dann die Arbeit zugeteilt bekommen. Die Arbeit habe Herr Po. T. verordnet und hätten sie dann die Arbeit machen müssen. Sie seien hin und her gependelt und habe er beim Personenblatt das mit der Unterkunft verwechselt.

Gegenständlich lässt sich weder den vorgelegten Vereinbarungen über Leistungsauftrag entnehmen, dass es sich bei der behaupteten Vergabe an die Tschechen um ein oder mehrere im Vorhinein bestimmte(s), abgrenzbare(s), unterscheidbare(s) "gewährleistungstaugliche(s)" Werk(e) gehandelt hätte, noch sind derartige Werke im Verwaltungsverfahren hervorgekommen. Der Bf wendet sich auch nicht gegen die Feststellung, dass die von ihm und den Ausländern „zu erbringenden Arbeitsleistungen an Ort und Stelle gezeigt“ worden sind. Die Behauptung des Bestehens von Werkverträgen zwischen dem Bf und den betreffenden Ausländern entspricht nicht dem wahren wirtschaftlichen Gehalt der ausgeübten Tätigkeit (vgl. auch den vereinbarten Stundenlohn; siehe zum Ganzen z.B. das Erkenntnis des VwGH vom 21.03.2013, ZI. 2011/09/0128 und die dort zitierte Vorjudikatur). Der Bf hat schon bei seiner niederschriftlichen Einvernahme am 09.03.2016 (durch seine Aussage) bestätigt, dass die drei ausländischen Staatsbürger nicht aufgrund eines Werkvertrages selbstständig auf der Baustelle gearbeitet haben. Auch in der mündlichen Verhandlung merkte er an, dass Herr Po. T. (von Frau K.) auf der Baustelle immer die konkret durchzuführenden Arbeiten gezeigt habe. Wenn er nun selbst nicht einmal

gewusst hat, welche Arbeiten konkret (zu welcher Zeit) zu machen sind, so ist es ausgeschlossen, dass er mit Vereinbarung über einen Leistungsauftrag einen Teil des Werkes an einen der Ausländer weitergegeben haben könnte. Im Übrigen ist in dieser Vereinbarung nur festgehalten worden, wann die Arbeiten beginnen, wie lange die dauern werden, dass die Person 10,-- Euro pro Stunde bekommt und dass eben Mauererarbeiten bzw. Trockenbauarbeiten und Holzarbeiten auszuüben sind. Worin das gewährleistungsfähige Endprodukt zur Begründung einer Annahme eines Werkvertragsverhältnisses (mit den drei Tschechen) liegen könnte, ist nicht erkennbar. Dass die Ausländer in ihrem Herkunftsstaat über einen Gewerbeschein verfügten, ist für die Beurteilung ihrer Tätigkeit für die dem Bf erbrachte Arbeitstätigkeit nicht von entscheidender Bedeutung, weil bei der Beurteilung, ob eine Beschäftigung (ein Dienstverhältnis) vorliegt, es auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt ankommt (siehe das Erkenntnis des VwGH vom 25.01.2013, ZI. 2010/09/0142).

Ein Werkvertrag liegt nach ständiger Rechtsprechung des VwGH 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 bereits im Vertrag 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. Eine zwar leistungsbezogene, nicht aber erfolgsbezogene Entlohnung spricht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten „Ziels“ auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag (vgl. z.B. das Erkenntnis des VwGH vom 23.5.2007, ZI. 2005/08/0003, mwN).

Der Bf behauptete noch in der mündlichen Verhandlung, dass die drei Tschechen nicht seine Arbeitnehmer gewesen seien.

Dem ist zu entgegnen, dass es sich bei den gegenständlichen Arbeiten nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt um Hilfsarbeiten (Verspachteln der Decke, Verlegen von Bodendielen, etc.) gehandelt hat. Wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen arbeitend unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten (wie dies bei den von der Finanzpolizei festgestellten Hilfsarbeiten auf einer Baustelle der Fall ist), dann ist die Behörde berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden können, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen. Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits in zahlreichen Fällen dargelegt, dass einfache Hilfsarbeiten, die im unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf erbracht werden müssen, in der Regel kein selbstständiges Werk darstellen (vgl. etwa das die Durchführung von Bauhilfsarbeiten, insbesondere auch das Verlegen von Estrichen und Fliesen betreffende Erkenntnis vom 29.04.2011, ZI. 2008/09/0207 m.w.M.). Ausländer, die formell im Besitz von Gewerbeberechtigungen sind, de facto aber nicht selbstständig sind, sind nicht alleine wegen ihrer Gewerbeberechtigung als selbstständig tätige Unternehmer anzusehen (siehe zum Ganzen das Erkenntnis des VwGH vom 14.10.2011, ZI. 2009/09/0250).

Im vorliegenden Fall ist daher davon auszugehen, dass es sich bei den drei tschechischen Personen um Arbeitnehmer iSd AVRAG gehandelt hat. Der Bf wäre daher gemäß § 7b Abs. 5 AVRAG verpflichtet gewesen, hinsichtlich aller drei eingesetzter Arbeitnehmer die Unterlagen über die Anmeldung zur Sozialversicherung bereitzuhalten oder den Kontrollorganen vor Ort unmittelbar zugänglich zu machen, was er aber hinsichtlich des im Spruch des Straferkenntnisses zweitgenannten Arbeitnehmers nicht gemacht hat. Es war daher von der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes der den Bf unter Punkt 2) zur Last gelegten Tat auszugehen.

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiters 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. Da zum Tatbestand der dem Bf zur Last gelegten Verwaltungsübertretung weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr gehört, handelt es sich bei dieser Übertretung um ein Ungehorsamsdelikt. In einem solchen Fall besteht von vornherein die Vermutung eines Verschuldens (in Form fahrlässigen Verhaltens) des Täters, welche aber von ihm widerlegt werden kann (vgl. z.B. das Erkenntnis des VwGH vom 23.3.1994, ZI. 93/09/0311). Diese Widerlegung ist dem Bf bezüglich der unter Punkt 2) des Straferkenntnisses zur Last gelegten Tat nach den obigen Ausführungen nicht gelungen. Auf Auskünfte der tschechischen Stellen und Behörden allein hätte der Bf nicht vertrauen dürfen. Der Bf hat auch gar nicht behauptet, dass er (unter Darlegung des angenommenen Auftrages, der Auftragsabwicklung und der von den einzelnen Personen durchzuführenden Arbeiten) etwa in Österreich bei einer Stelle (Behörde) nachgefragt hätte, welche Verpflichtungen er nach dem AVRAG habe. Unterlässt der Bf aber die Einholung solcher Auskünfte, kann der Behörde nicht mit Erfolg entgegengetreten werden, dass sie von einem Verschulden des Bf ausgegangen ist.

Das Verwaltungsgericht Wien ist daher zu dem Ergebnis gelangt, dass der Bf, was Punkt 2) des angefochtenen Straferkenntnisses betrifft, schuldhaft gegen die einschlägige Strafbestimmung des AVRAG verstoßen hat.

Zur Strafbemessung (zu Punkt 2) des Straferkenntnisses) ist Folgendes auszuführen:

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.

Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind 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.

Soweit der Bf durch § 7b Abs. 5 AVRAG eine unzulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit bzw. der Arbeitnehmerfreizügigkeit verwirklicht sieht, ist er auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 06.03.2014, ZI. 2013/11/0143 zu verweisen, in welchen dieser den dortigen gleichgelagerten Bedenken des Beschwerdeführers Folgendes entgegnet hat:

„Gemäß dem Urteil des EuGH vom 23. November 1999, C- 369/96 und C-376/96 (*Arblade* und *Leloup*), "können es die Erfordernisse einer effektiven Kontrolle durch die Behörden des Aufnahmemitgliedstaates rechtfertigen, dass ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiger Arbeitgeber, der Dienstleistungen im Aufnahmemitgliedstaat erbringt, verpflichtet wird, bestimmte Unterlagen auf der Baustelle oder zumindest an einem zugänglichen und klar bezeichneten Ort im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaates für diese Behörden bereit zu halten. Das nationale Gericht hat unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, für welche Unterlagen eine solche Verpflichtung gelten muss" (Rz 74, 75). Ebenso schließen es nach diesem Urteil die Art. 59 und 60 des EG-Vertrages (nunmehr: Art. 49 und 50 AEUV) nicht aus, dass ein Mitgliedstaat ein Unternehmen, das in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und vorübergehend Arbeiten im ersten Staat ausführt, verpflichtet, während des Zeitraums der Betätigung im Hoheitsgebiet des ersten Mitgliedstaats Personal- und Arbeitsunterlagen auf der Baustelle oder an einem anderen zugänglichen und klar bezeichneten Ort im Hoheitsgebiet dieses Staates bereitzuhalten, wenn diese Maßnahme erforderlich ist, um ihm eine effektive Kontrolle der Beachtung seiner durch die Wahrung des sozialen Schutzes der Arbeitnehmer gerechtfertigten Regelung zu ermöglichen (vgl. dazu die Antwort zur Vorlagefrage Nr. 4).

Die in § 7b Abs. 5 AVRAG bezeichneten Unterlagen bzw. die Verpflichtung zu deren Bereithaltung im Inland sind vor diesem Hintergrund unionsrechtlich nicht bedenklich, weil diese Unterlagen bezeugen, dass der entsendete Arbeitnehmer im Entsendestaat sozialversichert ist. Die Verpflichtung zu ihrer Bereithaltung ist zur Wahrung der sozialen Sicherheit geeignet und stellt keine exzessive, die Dienstleistungsfreiheit übermäßig einschränkende Bestimmung dar, stellt sie doch ein Mittel dar, um eine wirksame Überwachung durch die Behörden des Aufnahmestaates sicherzustellen und so dem sozialen Schutz der entsendeten Arbeitnehmer effektiv und geeignet Rechnung zu tragen (vgl Rz 60 und 76 des erwähnten Urteils vom 23. November 1999, Rs C-369/96 und C-376/96).“

Die unter Punkt 2) des Straferkenntnisses angelastete Verwaltungsübertretung schädigte in nicht unerheblichem Ausmaß das gesetzlich geschützte Interesse an der behördlichen Kontrollmöglichkeit zwecks Verhinderung von Lohn- und Sozialdumping. Die im § 7b Abs. 5 AVRAG bezeichneten Unterlagen bezeugen, dass der entsendete Arbeitnehmer im Entsendestaat sozialversichert ist. Der

objektive Unrechtsgehalt der angelasteten Tat kann daher nicht als gänzlich unbedeutend angesehen werden.

Das Verschulden des Bf kann nicht als geringfügig angesehen werden, da weder hervorgekommen ist, noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der Vorschrift eine besondere Aufmerksamkeit erfordert habe oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können.

Ein Vorgehen nach § 45 Abs. 1 Z. 4 iVm § 45 Abs. 1 Schlusssatz VStG idF gemäß BGBl. I Nr. 33/2013 (entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 21 Abs. 1 VStG) kam im vorliegenden Fall nicht in Betracht, weil die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten nicht als gering angesehen werden konnten. Das tatbildmäßige Verhalten des Bf blieb nämlich keinesfalls erheblich hinter dem in der gegenständlichen Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurück.

Bei der Strafbemessung wurde als mildernd berücksichtigt, dass der Bf zur Tatzeit noch verwaltungsstrafrechtlich unbescholten gewesen ist. Erschwerungsgründe sind im Verfahren keine hervorgekommen. Da dieser eine Milderungsgrund aber nicht als überwiegend iSd § 20 VStG angesehen werden konnte, war daher von der Möglichkeit der außerordentlichen Milderung der Strafe (bei der Strafbemessung zu Punkt 2) des Straferkenntnisses) keinen Gebrauch zu machen.

Hinsichtlich der Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse ging das Verwaltungsgericht Wien von den eigenen Angaben des Bf aus (Einkommen ca. 1.000,- Euro netto monatlich, kein Vermögen, verheiratet, sorgepflichtig für zwei Kinder).

Unter Bedachtnahme auf diese Strafzumessungsgründe und auf den von 500,- Euro bis zu 5.000,- Euro reichenden ersten Strafsatz des § 7b Abs. 8 Z. 3 AVRAG ist die nunmehr zu Punkt 2) des Straferkenntnisses verhängte Strafe von 500,- Euro durchaus angemessen und keineswegs zu hoch. Eine Strafe in dieser milden Höhe sollte (insbesondere bei erstmaliger Übertretung des AVRAG und

dem positiven Eindruck, den der Bf in der mündlichen Verhandlung hinterlassen hat) jedenfalls ausreichend sein, um den Bf künftig von gleichartigen Verwaltungsübertretungen abzuhalten.

Zu Spruchpunkt I. (Punkte 1) und 3) des angefochtenen Straferkenntnisses):

Im vorliegenden Fall lastete die belangte Behörde dem Bf (unter den Punkten 1) und 3)) an, er habe die Unterlagen über die Anmeldung dieser beiden Arbeitnehmer zur Sozialversicherung am 09.03.2016 nicht am Arbeitsort bereitgehalten oder in elektronischer Form zugänglich gemacht, obwohl die Bereithaltung der Unterlagen zumutbar gewesen sei (Anmerkung: es handelt sich bei diesen beiden Personen um Männer; es hat sich im gesamten Verfahren kein Hinweis darauf ergeben, dass auf dieser Baustelle vom Bf auch Frauen – als Bauarbeiter bzw. Hilfsarbeiter - eingesetzt worden wären, sodass der Hinweis im Spruch des Straferkenntnisses des Magistrates der Stadt Wien, es sei eine Wohnung für die „ArbeitnehmerInnen“ vorhanden gewesen, als eigenartige Vorgangsweise des Magistrates der Stadt Wien zu werten ist, geschlechtergerechte Formulierungen zu verwenden, selbst wenn sich – wie hier – die Aussage nur auf Männer bezieht).

In der Anzeige der Finanzpolizei heißt es, für keinen der Arbeiter hätten vor Ort Unterlagen im Sinne des § 7b Abs. 5 AVRAG vorgelegt werden können. Bei der Einvernahme des Bf hatte dieser – über entsprechende Fragestellung – angegeben gehabt, A1-Formulare (ausgestellt für Selbstständige) hätten mit Ausnahme von Herrn N. vorgelegt werden können. Der Bf wurde dann von der Finanzpolizei aufgefordert, das Sozialversicherungsdokument A1 von Herrn N. nachzubringen, da dieses nicht bereitgehalten worden sei (daraus kann man schließen, dass bezüglich der beiden anderen Arbeitnehmer das im Akt einliegende Sozialversicherungsdokument A1 vorgelegen bzw. elektronisch zugänglich gemacht worden ist).

Die Vertreterin der Finanzpolizei hat in der mündlichen Verhandlung am 22.11.2016 darauf hingewiesen, dass bei den A1 Meldungen jeweils „selbstständig erwerbstätig“ angekreuzt gewesen ist. Es ist davon auszugehen, dass die Anzeigelegung bezüglich der unter Punkt 1) und 3) genannten

ausländischen Staatsbürger deswegen erfolgt ist, weil auf den vorgelegten A1-Formularen unter Punkt 4.1.2. „selbstständig erwerbstätig“ angekreuzt gewesen ist. Nach Ansicht der Finanzpolizei hätte richtigerweise Punkt 4.1.1. „Arbeitnehmer“ angekreuzt sein müssen. Da dies nicht der Fall gewesen sei, liege nach Ansicht der Finanzpolizei auch bezüglich der unter Punkt 1) und 3) genannten Personen eine Verwaltungsübertretung des § 7b Abs. 5 AVRAG iVm § 7b Abs. 8 Z. 3 ARAG vor (die belangte Behörde hat sich hierzu in der Begründung des angefochtenen Straferkenntnisses nicht näher geäußert).

Es ist also aufgrund der Aktenlage davon auszugehen, dass bezüglich der Arbeitnehmer 1) und 3) die im Akt einliegenden A1-Formulare (siehe AS 53ff und 82ff) elektronisch zugänglich gemacht worden sind (sie sind offenbar per E-Mail übermittelt worden).

Im vorliegenden Fall hat der zuständige tschechische Sozialversicherungsträger (OSSZ Bl.) die Bescheinigungen für M. B. und R. P. über die Anwendung der tschechischen Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit gemäß Artikel 11 bis 16 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 und Artikel 19 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 (A1-Dokumente) ausgestellt. In diesen Bescheinigungen ist festgehalten worden, dass die tschechischen Rechtsvorschriften vom 15.04.2014 bis 14.04.2016 gelten (die Bescheinigung gelte für die Dauer der Tätigkeit). In diesen Bescheinigungen ist weiters jeweils unter Punkt 4.1.2. angeführt, dass die zwei genannten Personen selbstständig erwerbstätig sind.

Artikel 11 bis 16 der Verordnung (EG Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit lauten auszugsweise samt Überschrift:

„Artikel 11
Allgemeine Regelung

(1) Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

(2) Für die Zwecke dieses Titels wird bei Personen, die aufgrund oder infolge ihrer Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit eine Geldleistung beziehen, davon ausgegangen, dass sie diese Beschäftigung oder Tätigkeit ausüben. Dies gilt nicht für Invaliditäts-, Alters- oder Hinterbliebenenrenten oder

für Renten bei Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten oder für Geldleistungen bei Krankheit, die eine Behandlung von unbegrenzter Dauer abdecken.

(3) Vorbehaltlich der Artikel 12 bis 16 gilt Folgendes:

a) eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;

...

Artikel 12 Sonderregelung

(1) Eine Person, die in einem Mitgliedstaat für Rechnung eines Arbeitgebers, der gewöhnlich dort tätig ist, eine Beschäftigung ausübt und die von diesem Arbeitgeber in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wird, um dort eine Arbeit für dessen Rechnung auszuführen, unterliegt weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit vierundzwanzig Monate nicht überschreitet und diese Person nicht eine andere Person ablöst.

(2) Eine Person, die gewöhnlich in einem Mitgliedstaat eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt und die eine ähnliche Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausübt, unterliegt weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Tätigkeit vierundzwanzig Monate nicht überschreitet.

Artikel 13 Ausübung von Tätigkeiten in zwei oder mehr Mitgliedstaaten

(1) Eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine Beschäftigung ausübt, unterliegt

a) den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, wenn sie dort einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt oder wenn sie bei mehreren Unternehmen oder Arbeitgebern beschäftigt ist, die ihren Sitz oder Wohnsitz in verschiedenen Mitgliedstaaten haben, oder

b) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen oder der Arbeitgeber, das bzw. der sie beschäftigt, seinen Sitz oder Wohnsitz hat, sofern sie keinen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeiten in dem Wohnmitgliedstaat ausübt.

(2) Eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt

a) den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, wenn sie dort einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt, oder

- b) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem sich der Mittelpunkt ihrer Tätigkeiten befindet, wenn sie nicht in einem der Mitgliedstaaten wohnt, in denen sie einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt.

...

Artikel 14

Freiwillige Versicherung oder freiwillige Weiterversicherung

...

Artikel 15

Hilfskräfte der Europäischen Gemeinschaften

...

Artikel 16

Ausnahme von den Artikeln 11 bis 15

(1) Zwei oder mehr Mitgliedstaaten, die zuständigen Behörden dieser Mitgliedstaaten oder die von diesen Behörden bezeichneten Einrichtungen können im gemeinsamen Einvernehmen Ausnahmen von den Artikeln 11 bis 15 im Interesse bestimmter Personen oder Personengruppen vorsehen.

(2) Wohnt eine Person, die eine Rente oder Renten nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten erhält, in einem anderen Mitgliedstaat, so kann sie auf Antrag von der Anwendung der Rechtsvorschriften des letzteren Staates freigestellt werden, sofern sie diesen Rechtsvorschriften nicht aufgrund der Ausübung einer Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit unterliegt.“

Die Artikel 5, 6 und 19 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit lauten auszugsweise:

"Artikel 5

Rechtswirkung der in einem anderen Mitgliedstaat
ausgestellten Dokumente und Belege

(1) Vom Träger eines Mitgliedstaats ausgestellte Dokumente, in denen der Status einer Person für die Zwecke der Anwendung der Grundverordnung und der Durchführungsverordnung bescheinigt wird, sowie Belege, auf deren Grundlage die Dokumente ausgestellt wurden, sind für die Träger der anderen Mitgliedstaaten so lange verbindlich, wie sie nicht von dem Mitgliedstaat, in dem sie ausgestellt wurden, widerrufen oder für ungültig erklärt werden.

(2) Bei Zweifeln an der Gültigkeit eines Dokuments oder der Richtigkeit des Sachverhalts, der den im Dokument enthaltenen Angaben zugrunde liegt, wendet sich der Träger des Mitgliedstaats, der das Dokument erhält, an den Träger, der

das Dokument ausgestellt hat, und ersucht diesen um die notwendige Klarstellung oder gegebenenfalls um den Widerruf dieses Dokuments. Der Träger, der das Dokument ausgestellt hat, überprüft die Gründe für die Ausstellung und widerruft das Dokument gegebenenfalls.

(3) Bei Zweifeln an den Angaben der betreffenden Personen, der Gültigkeit eines Dokuments oder der Belege oder der Richtigkeit des Sachverhalts, der den darin enthaltenen Angaben zugrunde liegt, nimmt der Träger des Aufenthalts- oder Wohnorts, soweit dies möglich ist, nach Absatz 2 auf Verlangen des zuständigen Trägers die nötige Überprüfung dieser Angaben oder dieses Dokuments vor.

(4) Erzielen die betreffenden Träger keine Einigung, so können die zuständigen Behörden frühestens einen Monat nach dem Zeitpunkt, zu dem der Träger, der das Dokument erhalten hat, sein Ersuchen vorgebracht hat, die Verwaltungskommission anrufen. Die Verwaltungskommission bemüht sich binnen sechs Monaten nach ihrer Befassung um eine Annäherung der unterschiedlichen Standpunkte.

Artikel 6

Vorläufige Anwendung der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats und vorläufige Gewährung von Leistungen

(1) Besteht zwischen den Trägern oder Behörden zweier oder mehrerer Mitgliedstaaten eine Meinungsverschiedenheit darüber, welche Rechtsvorschriften anzuwenden sind, so unterliegt die betreffende Person vorläufig den Rechtsvorschriften eines dieser Mitgliedstaaten, sofern in der Durchführungsverordnung nichts anderes bestimmt ist, wobei die Rangfolge wie folgt festgelegt wird:

- a) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem die Person ihrer Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit tatsächlich nachgeht, wenn die Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit in nur einem Mitgliedstaat ausgeübt wird;
- b) den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, sofern die betreffende Person einer Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit in zwei oder mehr Mitgliedstaaten nachgeht und einen Teil ihrer Tätigkeit(en) in dem Wohnmitgliedstaat ausübt, oder sofern die betreffende Person weder beschäftigt ist noch eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt;
- c) in allen anderen Fällen den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, deren Anwendung zuerst beantragt wurde, wenn die Person eine Erwerbstätigkeit oder mehrere Erwerbstätigkeiten in zwei oder mehr Mitgliedstaaten ausübt.

(2)

(3) Erzielen die betreffenden Träger oder Behörden keine Einigung, so können die zuständigen Behörden frühestens einen Monat nach dem Tag, an dem die Meinungsverschiedenheit im Sinne von Absatz 1 oder Absatz 2 aufgetreten ist, die Verwaltungskommission anrufen. Die Verwaltungskommission bemüht sich nach ihrer Befassung binnen sechs Monaten um eine Annäherung der Standpunkte.

(4) Steht entweder fest, dass nicht die Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats anzuwenden sind, die für die betreffende Person vorläufig angewendet worden sind, oder dass der Träger, der die Leistungen vorläufig gewährt hat, nicht der zuständige Träger ist, so gilt der als zuständig ermittelte Träger rückwirkend als zuständig, als hätte die Meinungsverschiedenheit nicht bestanden, und zwar spätestens entweder ab dem Tag der vorläufigen Anwendung oder ab der ersten vorläufigen Gewährung der betreffenden Leistungen.

(5)

...

Artikel 19

Unterrichtung der betreffenden Personen und der Arbeitgeber

(1) Der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften nach Titel II der Grundverordnung anzuwenden sind, unterrichtet die betreffende Person sowie gegebenenfalls deren Arbeitgeber über die Pflichten, die in diesen Rechtsvorschriften festgelegt sind. Er gewährt ihnen die erforderliche Unterstützung bei der Einhaltung der Formvorschriften aufgrund dieser Rechtsvorschriften.

(2) Auf Antrag der betreffenden Person oder ihres Arbeitgebers bescheinigt der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften nach Titel II der Grundverordnung anzuwenden sind, dass und gegebenenfalls wie lange und unter welchen Umständen diese Rechtsvorschriften anzuwenden sind.“

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Beschluss vom 14.09.2016, ZI. Ro 2016/08/0013, an den EuGH nach Artikel 267 AEUV mehrere Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt. So stellte er die Frage, ob die im Artikel 5 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 normierte Bindungswirkung von Dokumenten im Sinne des Artikel 19 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 auch in einem Verfahren vor einem Gericht gelte. Zur Begründung dieser ersten Frage führte der Verwaltungsgerichtshof Folgendes aus:

„Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung zu den Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, und Nr. 574/72 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 wiederholt ausgesprochen, dass eine nach dieser Rechtslage ausgestellte Bescheinigung "E 101" den zuständigen Träger des Mitgliedstaats, in den sich der Erwerbstätige zur Arbeitsleistung begibt, in Bezug auf die anzuwendenden sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften bindet, solange die Bescheinigung nicht zurückgezogen oder für ungültig erklärt worden ist (vgl. etwa die Urteile vom 10. Februar 2000, Rs C-202/97 - Fitzwilliam FTS, vom 30. März 2000, Rs C-178/97 - Banks u.a., und vom 26. Jänner 2006, Rs C-2/05 - Herbosch Kiere NV). Der an die Bescheinigung gebundene Träger kann bei Zweifeln an der Richtigkeit des der Bescheinigung zugrunde liegenden Sachverhalts oder dessen rechtlicher Bewertung eine Überprüfung durch den

ausstellenden Träger verlangen und - sofern es zu keiner Übereinstimmung kommt - die Verwaltungskommission für die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer um Vermittlung anrufen. Führt dies nicht zum Erfolg, kann der Mitgliedstaat, dessen Träger an die Bescheinigung gebunden ist, ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 ff AEUV anstrengen.

Bereits die Bindungswirkung der Bescheinigungen "E 101" war allerdings keine absolute. Sie soll nach der Rechtsprechung des EuGH etwa dann nicht bestehen, wenn die Bestimmungen über die Entsendung überhaupt nicht anwendbar sind (vgl. das Urteil vom 9. September 2015, C-72/14 und C-197/14, T. A. van Dijk, Rz 47:

"Unter diesen Umständen kann eine von einem Träger eines Mitgliedstaats ausgestellte Bescheinigung darüber, dass für einen Erwerbstätigen, der Rheinschiffer ist, die Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats gelten - wie die in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Bescheinigungen -, nicht als eine Bescheinigung E 101 angesehen werden, selbst wenn sie deren Form hat und unabhängig davon, ob sie von dem (dafür bezeichneten) Träger ausgestellt worden ist (...)". Der Gerichtshof hat auch zum Ausdruck gebracht, dass die Bescheinigung (nur) eine - freilich für die Träger bindende - Vermutung begründet (vgl. etwa das Urteil vom 10. Februar 2000, C-202/97, Fitzwilliam FTS, Rz 53) und dass den nationalen Gerichten die Prüfung obliegt, ob während der Entsendung die vorausgesetzte arbeitsrechtliche Bindung an das entsendende Unternehmen weiter besteht oder ob dieses seine Geschäftstätigkeit im Entsendestaat ausübt (vgl. das soeben zitierte Urteil Fitzwilliam FTS, insbesondere Rz 24, 25 und 33).

Die dargestellte Rechtsprechung wurde nun im Wesentlichen in Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 kodifiziert. Nach Abs. 1 dieser Bestimmung sind vom Träger eines Mitgliedstaats ausgestellte Dokumente, in denen der Status einer Person für die Zwecke der Anwendung der Grundverordnung und der Durchführungsverordnung bescheinigt wird, sowie Belege, auf deren Grundlage die Dokumente ausgestellt wurden, für die Träger der anderen Mitgliedstaaten so lange verbindlich, wie sie nicht von dem Mitgliedstaat, in dem sie ausgestellt wurden, widerrufen oder für ungültig erklärt werden (dies gilt etwa für die im vorliegenden Fall gemäß Art. 19 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 ausgestellten Dokumente "A1"). Bei Zweifeln an der Gültigkeit eines Dokuments oder der Richtigkeit des zugrunde liegenden Sachverhalts wendet sich der Träger, der das Dokument erhält, zunächst gemäß Abs. 2 an den ausstellenden Träger, der gemäß Abs. 3 zu einer entsprechenden Überprüfung verpflichtet ist. Wird keine Einigung zwischen den Trägern erzielt, so können die zuständigen Behörden gemäß Abs. 4 die Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (kurz: Verwaltungskommission) anrufen, die sich binnen sechs Monaten um eine Annäherung der unterschiedlichen Standpunkte bemüht.

Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung sind also nur die Träger der Sozialversicherung an die Dokumente gebunden (vgl. demgegenüber Art. 6 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009, der neben den Trägern ausdrücklich auch die Behörden nennt). Das wirft nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes die Frage auf, ob diese Bindungswirkung - über den Verordnungswortlaut hinaus - auch für die einzelstaatlichen Gerichte gilt. Der EuGH hat zwar im Urteil in der Rs C-2/05 - Herbosch Kiere NV eine Bindungswirkung von Bescheinigungen "E 101" nach der

Verordnung (EWG) Nr. 574/72 auch für Gerichte angenommen (vgl. Rz 32 und den Urteilstenor), was aber in Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 keinen Niederschlag gefunden hat. Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes ist eine Auslegung möglich, wonach zwar die Träger grundsätzlich an die Bescheinigung gebunden sind, aber kein Verfahren verhindert werden soll, in dem die rechtliche und tatsächliche Überprüfung des Inhalts der Bescheinigung durch nationale Gerichte und letztlich - garantiert durch die Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte gemäß Art. 267 AEUV - die Klärung von auftretenden Rechtsfragen des Unionsrechts durch den EuGH ermöglicht wird (vgl. in diesem Sinn auch das Urteil des EuGH vom 3. März 2016, C 12/14 - Europäische Kommission gegen Republik Malta, insbesondere Rz 43, zu Erklärungen nach Art. 9 der Verordnung Nr. 883/2004: Obwohl diese Erklärungen betreffend die Einordnung von Rechtsvorschriften in den sachlichen Geltungsbereich der Verordnung vom EuGH grundsätzlich als für die anderen Mitgliedstaaten bindend angesehen werden, kann ein nationales Gericht "jederzeit dazu aufgerufen sein, sich mit der Einordnung des in der bei ihm anhängigen Rechtssache in Rede stehenden Systems zu beschäftigen und gegebenenfalls dem Gerichtshof (der Europäischen Union) eine darauf bezogene Frage vorzulegen"; siehe weiters das Urteil des EuGH vom 28. Juni 2007, C-73/06 - Planzer Luxembourg Sarl zu Bescheinigungen nach der Richtlinie 79/1072/EWG: Diese Bescheinigungen entfalten gegenüber der Steuerverwaltung des Staates, in dem die Erstattung der Mehrwertsteuer nach der genannten Richtlinie geltend gemacht wird, grundsätzlich in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Bindungswirkung (vgl. Rz 42); die Steuerverwaltung kann daher nicht ohne weitere vorherige Nachprüfung gegenüber dem Steuerpflichtigen die - auf Grund der Bescheinigung an sich gebotene - Erstattung verweigern (vgl. Rz 46), sie ist aber nicht gehindert, vom Steuerpflichtigen und den Behörden des Ausstellungsstaates Informationen zu verlangen (vgl. Rz 47 f); geht aus diesen Informationen hervor, dass die Voraussetzungen für die Erstattung tatsächlich nicht vorliegen, so ist die Steuerverwaltung berechtigt, die beantragte Erstattung zu verweigern, wogegen dem Steuerpflichtigen der Rechtsweg offensteht (vgl. Rz 49)).

Was zu geschehen hat, wenn zwischen den Trägern oder Behörden zweier oder mehrerer Mitgliedstaaten eine Meinungsverschiedenheit darüber besteht, welche Rechtsvorschriften anzuwenden sind, hat nunmehr im Übrigen in Art. 6 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 eine Regelung gefunden. Die Art. 5 und 6 dieser Verordnung könnten insgesamt im oben dargestellten Sinn so zu verstehen sein, dass Verfahren ermöglicht werden sollen, in denen die Überprüfung der Voraussetzungen für den Anschluss an ein Sozialversicherungssystem durch nationale Gerichte und letztlich durch den EuGH erfolgen kann.“

Im vorliegenden Fall stellt sich nun aber nicht die Frage, ob diese A1-Bescheinigungen auch für den vorliegenden Fall insoweit eine Bindungswirkung hätten, als bei der Prüfung der Frage, ob eine selbstständige oder unselbstständige Tätigkeit der beiden Ausländer in Österreich vorliegt, die Behörden (Gerichte) in Österreich die Angabe im A1-Formular zu beachten hätten, dass diese „selbstständig erwerbstätig“ sind (dies kann sich nur auf deren Tätigkeit in Ungarn beziehen). Nach § 7b Abs. 5 AVRAG haben die Arbeitgeber, sofern für den entsandten Arbeitnehmer in Österreich keine

Sozialversicherungspflicht besteht, Unterlagen über die Anmeldung des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung am Einsatzort bereitzuhalten bzw. diese den Organe der Abgabenbehörden in elektronischer Form zugänglich zu machen. Es wurde weiter oben dargestellt, dass nach dem Ergebnis des hier durchgeführten Ermittlungsverfahrens auch die unter Punkt 1) und 3) angeführten ausländischen Personen als Arbeitnehmer iSd AVRAG anzusehen sind (es wurde geprüft, ob bezüglich ihrer Tätigkeit in Österreich ihre Arbeitnehmereigenschaft zu bejahen ist oder nicht). Nach § 7b Abs. 5 AVRAG besteht nun die Verpflichtung, Unterlagen über die Anmeldung zur Sozialversicherung bereitzuhalten. Bezüglich der unter Punkt 1) und 3) genannten ausländischen Arbeitnehmer wurden Sozialversicherungsdokumente A1 vorgelegt, sodass nicht davon ausgegangen werden kann, diese wären (entgegen § 7b Abs. 5 AVRAG) nicht bereitgehalten bzw. nicht in elektronischer Form zugänglich gemacht worden. Die in § 7b Abs. 5 AVRAG bezeichneten Unterlagen bezeugen - wie schon oben ausgeführt -, dass der entsendete Arbeitnehmer im Entsendestaat sozialversichert ist (aufgrund der dort geltenden Rechtslage). Es soll damit der soziale Schutz des entsendeten Arbeitnehmers sichergestellt werden (siehe dazu nochmals das Erkenntnis des VwGH vom 06.03.2014, ZI. 2013/11/0143).

Zusammengefasst ist somit davon auszugehen, dass bezüglich der unter Punkt 1) und 3) genannten ausländischen Dienstnehmer A1-Dokumente vorgelegen und auch elektronisch zugänglich gemacht worden sind. Auch wenn in diesen Bescheinigungen unter der Rubrik 4.1.2. „selbstständig erwerbstätig“ angegeben gewesen ist, so bedeutet dies nicht, dass entgegen § 7b Abs. 5 AVRAG die Unterlagen über die Anmeldung zur Sozialversicherung nicht bereitgehalten oder nicht zugänglich gemacht worden wären (iSd § 7b Abs. 8 Z. 3 AVRAG).

Der Bf ist somit im Recht, wenn er einwendet, dass seine Bestrafung bezüglich der Punkte 1) und 3) des Straferkenntnisses rechtswidrig war. Es war daher bezüglich der Arbeitnehmer M. B. und R. P. der Beschwerde Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis in seinen Spruchpunkten 1) und 3) aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren bezüglich dieser beiden Punkte spruchgemäß einzustellen.

Die Kostenentscheidungen gründen sich auf § 64 Abs. 2 VStG und auf § 52 Abs. 8 VwGVG.

Die ordentliche Revision war nicht zuzulassen, weil sich keine über die Bedeutung des Einzelfalls hinausgehenden Rechtsfragen stellten.

B e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Auf das Recht, Beschwerde oder außerordentliche Revision zu erheben, kann auch ausdrücklich verzichtet werden. Dabei ist der Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, der Verzicht auf die Beschwerde dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde durch die verzichtende Partei nicht mehr zulässig ist. Wird der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder niederschriftlich widerrufen werden.

Hinweis

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

Verwaltungsgericht Wien
Mag. Fritz
Richter