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
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-301735/7/KLi/PP

Datum:
Linz, 9. Februar 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde vom 7. November 2017 des P. R., O, D, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 30. Oktober 2017, GZ: Wi96-54-2017-Kw, Wi96-55-2017-Kw, Wi96-56-2017-Kw, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde noch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu bezahlen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn (in der Folge: belangte Behörde) vom 30. Oktober 2017, GZ: Wi96-54-2017-Kw, Wi96-55-2017-Kw, Wi96-56-2017-Kw, wurden dem Beschwerdeführer (Bf) Übertretungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) wie folgt vorgeworfen:

„Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer und damit als zur Vertretung nach außen Berufener des Unternehmens R. mit Sitz in D, x, zu verantworten, dass das genannte Unternehmen folgende Staatsbürger zumindest zum Zeitpunkt der Kontrolle der Finanzpolizei Team 42, Finanzamt Braunau-Ried-Schärding am 05.07.2017 um 09:43 Uhr auf der Blumenwiese „Blumen zum Selberpflücken" beim Kreisverkehr Grenzübergang „N B" in B mit Mäharbeiten beschäftigt hat,

I. Wi96-54-2017-Kw
ohne dass vor Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen eine Meldung über die Überlassung der 11 rumänischen Arbeiter nach Österreich (ZKO-Meldung) gemacht wurde. Die Meldungen erfolgten allesamt nachträglich.

II. Wi96-55-2017-Kw
ohne dass für die Dauer der Überlassung die Unterlagen über die Anmeldung der nachstehenden Arbeiter zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 oder A1) am Arbeits(Einsatz)ort im Inland bereitgehalten wurden oder diese der Finanzpolizei unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich gemacht wurden;

III. Wi96-56-2017-Kw
ohne dass während der Dauer der Beschäftigung jene Lohnunterlagen, die zur Überprüfung des den entsandten Arbeitnehmern für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts erforderlich sind (Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung; jeweils in deutscher Sprache ausgenommen den Arbeitsvertrag, der entweder in deutscher oder englischer Sprache abgefasst sein muss), am Arbeits(Einsatz)ort bereitgehalten wurden oder diese der Finanzpolizei unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich gemacht wurden:

1. Herr K B, geb. x, StA. P
2. Herr A M S, geb. x, StA. R
3. Herr C M, geb. x, StA. R
4. Herr V I, geb. x, StA. R
5. Herr J P, geb. x, StA. R
6. Herr O P, geb. x, StA. R
7. Herr E D, geb. x, StA. R

8. Herr S M, geb. x, StA. R
9. Herr S S, geb. x, StA. R
10. Herr I C, geb. x, StA. R
11. Herr F S, geb. x, StA. R
12. Herr S B, geb. x, StA. R“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Der Bf habe dadurch hinsichtlich der Arbeitnehmer 2. bis 12. § 26 Abs. 1 Z 1 iVm § 19 Abs. 1 LSD-BG, im Hinblick auf die Arbeitnehmer 2. bis 12. § 26 Abs. 2 iVm § 21 Abs. 3 Z 1 LSD-BG und im Hinblick auf die Arbeitnehmer 1. bis 12. § 12 Abs. 1 Z 3 iVm § 27 Abs. 1 LSD-BG; jeweils iVm § 9 Abs. 1 VStG, verletzt. Hinsichtlich Spruchpunkt I. werde eine Geldstrafe von je 1.000 Euro bzw. eine Ersatzfreiheitsstrafe von je 33 Stunden gemäß § 26 Abs. 1 LSD-BG iVm § 9 VStG, hinsichtlich II. eine Geldstrafe von je 500 Euro bzw. eine Ersatzfreiheitsstrafe von je 33 Stunden gemäß § 26 Abs. 2 LSD-BG iVm § 9 VStG bzw. hinsichtlich Spruchpunkt III. eine Geldstrafe von je 500 Euro bzw. eine Ersatzfreiheitsstrafe von je 33 Stunden gemäß § 27 Abs. 1 LSD-BG iVm § 9 VStG verhängt. Ferner habe der Bf einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens von 10 % der Strafe zu bezahlen. Der zu zahlende Gesamtbetrag belaufe sich daher auf 24.750 Euro.

Begründend führte die belangte Behörde aus, dass am 5. Juli 2017 um 9:43 Uhr von der Finanzpolizei eine Kontrolle bei der Blumenwiese „Blumen zum Selberpflücken" beim Kreisverkehr Grenzübergang „N B" in B durchgeführt worden sei. Dabei seien 12 Arbeiter des Unternehmens beim Ausmähen der Blumenwiese angetroffen worden. Die Arbeiter seien zum Zeitpunkt der Kontrolle Arbeitnehmer der R mit Sitz in D gewesen.

Für 11 der 12 genannten Arbeitnehmer seien die ZKO3-Meldung nicht vor Arbeitsbeginn eingebracht worden, sondern seien die Meldung erst am Tag der Kontrolle nachgeholt worden. Das Sozialversicherungsdokument A1 sei am Tag der Kontrolle für 11 der 12 Mitarbeiter nicht am Arbeitsort bereitgehalten worden bzw. auch nicht unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich gemacht worden. Des Weiteren seien der Finanzpolizei nicht die nachgeforderten, fehlenden Lohunterlagen für die 12 Mitarbeiter übermittelt worden.

Im Zuge des Ermittlungsverfahrens habe sich herausgestellt, dass die Beschäftigung der Arbeiter in der Verantwortung des Bf gelegen sei, zumal er Geschäftsführer des Unternehmens sei. In der Auskunft des KSV vom 11. Juli 2017 scheine anstatt des Bf C R als Geschäftsführerin auf. Im Auszug des Handelsregisters beim Amtsgericht Traunstein vom 30. Oktober 2017 würden der Bf und H R als Geschäftsführer aufscheinen.

Das strafbare Verhalten sei dem Bf mit Schreiben der belangten Behörde vom 8. August 2017 zur Kenntnis gebracht worden und sei ihm die Möglichkeit

eingeräumt worden, sich innerhalb 14 Tagen ab Erhalt des Schreibens zu äußern. Der Bf habe in seiner Stellungnahme ausgeführt, er betreibe einen bayerischen Bauernhof und habe Verkaufsplätze in Bayern und in Österreich. Die Mitarbeiter würden ausschließlich die von ihm gepachteten Felder bearbeiten und pflegen. Alle Mitarbeiter seien ordnungsgemäß angemeldet und seien alle Unterlagen am Tag der Kontrolle an die Finanzpolizei übermittelt worden. In Zukunft würden die Unterlagen mitführen werden, obwohl dies nach Auskunft des Lohnbüros nicht zwingend erforderlich sei.

Der festgestellte Sachverhalt ergebe sich eindeutig und widerspruchsfrei aus dem Akteninhalt, insbesondere aus den Anzeigen der Finanzpolizei vom 25. Juli 2017.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde unter Wiedergabe der gesetzlichen Bestimmungen aus, dass iSd § 19 Abs. 1 und 2 LSD-BG die R als Überlasser mit Sitz im EU-Mitgliedstaat D verpflichtet gewesen wäre, die Beschäftigung der gegenständlichen Arbeiter auf der genannten Blumenwiese vor der Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle zu melden. Da eine solche Meldung nicht spätestens vor Arbeitsaufnahme erfolgt sei, sei der Tatbestand des § 26 Abs. 1 Z 1 LSD-BG erfüllt.

Im Sinne des § 26 Abs. 2 LSD-BG wäre die R als Beschäftiger verpflichtet gewesen, das A1 Sozialversicherungsdokument während der Dauer der Beschäftigung am Arbeitsort bereitzuhalten oder der Finanzpolizei unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich zu machen. Da das Sozialversicherungsdokument am Tag der Kontrolle durch die Finanzpolizei weder am Arbeitsort bereitgehalten noch der Finanzpolizei unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich gemacht worden sei, sei der Tatbestand des § 26 Abs. 2 LSD-BG erfüllt.

Im Sinne des § 12 Abs. 1 Z 3 LSD-BG wäre die R als Beschäftiger verpflichtet gewesen, die von der Finanzpolizei nachgeforderten Lohnunterlagen fristgerecht nachzureichen. Da die Arbeitszeitaufzeichnungen, der Arbeitsvertrag, die Unterlagen betreffend die Lohneinstufung und die Lohnaufzeichnungen für die Arbeiter nicht innerhalb der Nachreichungsfrist (bis zum Ablauf des zweitfolgenden Werktages) der Finanzpolizei vorgelegt worden seien, sei der Tatbestand des § 12 Abs. 1 Z 3 LSD-BG erfüllt.

Zur verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit sei auszuführen, dass gemäß § 9 Abs. 1 VStG für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen, soweit nicht verantwortliche Beauftragte bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich ist, wer zur Vertretung nach außen berufen ist. Als handelsrechtlicher Geschäftsführer und damit zur Vertretung nach außen Berufener der R sei der Bf iSd § 9 Abs. 1 VStG für die gegenständlichen Verwaltungsübertretungen verantwortlich.

Zum Verschulden sei auszuführen, dass es sich bei den Delikten des LSD-BG um sogenannte Ungehorsamsdelikte handle (§ 5 VStG). Die Verwirklichung der Tatbestände dieser Bestimmungen indiziert somit fahrlässiges Handeln. Dass dem Bf an der Verwirklichung der Verwaltungsstraftatbestände kein Verschulden treffe, habe er gegenständlich nicht glaubhaft gemacht.

Zur Strafbemessung sei auszuführen, dass Grundlage hiefür § 19 VStG sei. Strafmildernd seien das Geständnis und die bisherige Unbescholtenheit zu werten; Straferschwerend seien keine Umstände zu werten.

Hinsichtlich der Einkommens-, Vermögens und Familienverhältnisse sei von einem monatlichen Nettoeinkommen von 3.000 Euro, keinem Vermögen und keinen Sorgepflichten auszugehen. Die jeweils verhängten Strafen würden sich auf der gesetzlichen Mindeststrafe belaufen. Die verhängten Strafen seien dem Unrechtsgehalt der Übertretungen angepasst und schuldangemessen.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die Beschwerde vom 7. November 2017, mit welcher das Straferkenntnis zur Gänze angefochten wird.

Der Bf bringt vor, dass sein Bruder, H R, gegen welchen ebenfalls Straferkenntnisse erlassen worden seien, am 12. September 2017 auf tragische Weise im Alter von 48 Jahren verstorben sei.

Wie schon in seinem Schreiben vom 18. August 2017 erläutert, handle es sich bei seinem Unternehmen um einen bayerischen Bauernhof, der Verkaufsplätze in Bayern und im angrenzenden Raum in Österreich habe. Auf diesen Plätzen würden die Mitarbeiter ausschließlich die von seinem Unternehmen gepachteten Felder bearbeiten und pflegen.

Auf dem Bauernhof gebe es eine strikte Aufgabenverteilung. Sein Bruder H R sei Landwirtschaftsmeister gewesen. Er sei für alles zuständig gewesen, was die Produktion betreffe. Er selber habe sich ausschließlich um den Verkauf gekümmert.

Am Kontrolltag sei das Wetter sehr schön gewesen, weshalb sein Bruder einen größeren Arbeitstrupp zusammengestellt habe, um zügig mit der Pflege der Felder voranzukommen. Der Vorarbeiter, der normalerweise diese Tätigkeit nur mit zwei bis drei Personen durchführe, habe gedacht, er könne an diesem Tag und mit diesem Trupp alle Felder bearbeiten, entgegen der Einteilung seines Bruders auch für die im angrenzenden Österreich. Nachdem sein Bruder nicht mehr am Leben sei, werde er sich in Zukunft um das Mitführen der ordnungsgemäßen Unterlagen kümmern. Das Lohnbüro arbeite sehr gewissenhaft und alle Mitarbeiter seien immer ordnungsgemäß angemeldet. Bei dem gegenständlichen Vergehen habe er die Unterlagen sofort am Tag der Kontrolle an die Finanzpolizei nachgereicht.

Er bitte abschließend um die Einstellung des Verfahrens bzw. darum, von einer Bestrafung abzusehen.

1.3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beraumt daraufhin für 22. Jänner 2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung an, zu welcher sowohl der Bf als auch die belangte Behörde und die Abgabenbehörde geladen wurden. Zur Verhandlung erschienen der Bf persönlich sowie eine Vertreterin der Abgabenbehörde. Die Sach- und Rechtslage wurde umfassend erörtert. Ferner wurden der gesamte Behördenakt sowie der Akt des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich verlesen. Darüber hinaus wurde Einsicht in den vom Bf vorgelegten Pachtvertrag sowie in die von der Vertreterin der Abgabenbehörde zu einem vorangegangen Verfahren erlassenen Ermahnungen genommen. Im Anschluss an die Verhandlung legte der Bf seine Diplom-Urkunde sowie die Ausbildungsurkunde seines verstorbenen Bruders vor.

II. Nachstehender Sachverhalt:

II.1. Der Bf ist Geschäftsführer des Unternehmens R, O, D. Bis 12. September 2017 war er gemeinsam mit seinem Bruder H R, Geschäftsführer des Unternehmens. Sein Bruder ist am x verstorben.

II.2. Beim Unternehmer R handelt es sich um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Gesellschafter dieser Gesellschaft bürgerlichen Rechts waren der Bf sowie sein Bruder. Der Bf ist Diplom-Ingenieur. Sein Bruder war Landwirtschaftsmeister.

Die Aufgabenverteilung im Unternehmen war so eingeteilt, dass der Bruder des Bf sich um die Produktion kümmerte, das Anpflanzen und die Aufzucht der Gemüsepflanzen und Blumen, die Betreuung der Felder, den Einsatz der Arbeitskräfte, etc. Demgegenüber war der Bf zuständig für Marketing, Vertrieb etc. Diese Aufgabenverteilung wurde in der Vergangenheit immer eingehalten und wurde von beiden Gesellschaftern insbesondere aufgrund der jeweils verschiedenen Ausbildungen der Gesellschafter für sinnvoll erachtet.

II.3. Am 5. Juli 2017 fand eine Kontrolle der Finanzpolizei auf der Blumenwiese „Blumen zum Selberpflücken“ beim Kreisverkehr Grenzübergang „N B“ in B statt. Im Zuge dieser Kontrolle wurden die 12 im Spruch des Straferkenntnisses genannten Arbeiter angetroffen. Für die Arbeiter 2. bis 12. waren keine ZKO-Meldungen erstattet worden und konnten keine A1-Dokumente (Sozialversicherung) vorgelegt werden. Lediglich für den Arbeitnehmer 1 waren diese Unterlagen vorhanden. Darüber hinaus konnten für alle 12 Arbeitnehmer keine Lohnunterlagen vorgelegt werden.

II.4. Bei dem von den Arbeitern bearbeiteten Feld handelte es sich um eine Fläche, in der Größe von 3.000 m^2, das im Eigentum des G N, O, B steht. Dieser hatte mit Beginn am 1. Jänner 2017 diese Fläche zu einem Pachtzins von 670 Euro an die R verpachtet.

Die 12 genannten Arbeiter bearbeiteten diese Blumenwiese ausschließlich für das Unternehmen des Bf. Der Bf hat seine 12 Arbeiter nicht an ein anderes Unternehmen überlassen. Ein Werkvertrag mit einem anderen Unternehmen, für welches die Fläche bearbeitet worden wäre, bestand ebenfalls nicht. Die 12 Arbeiter bewirtschafteten somit ausschließlich ein Feld für die R selbst.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Dass es sich bei der R um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts handelt, ergibt sich aus dem Akteninhalt sowie aus den Erhebungen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht. Darüber hinaus steht auch unbestritten fest, dass sowohl der Bf Gesellschafter und Geschäftsführer ist, als auch sein verstorbener Bruder Gesellschafter und Geschäftsführer war.

III.2. Die Aufgabenverteilung zwischen dem Bf und seinem Bruder geht ebenfalls aus dem Akteninhalt, der Rechtfertigung des Bf sowie aus den Ergebnissen der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht hervor. Der Bf hat glaubwürdig und plausibel geschildert, dass es in seinem Unternehmen eine Aufgabenverteilung zwischen seinem Bruder und ihm gab. Diese Aufgabenverteilung stand auch im Einklang mit den jeweiligen Ausbildungen des Bf und seines Bruders. Die Abwicklung und tatsächlich im Unternehmen gelebte Praxis wurde vom Bf glaubwürdig geschildert. Ob eine derartige Aufgabenverteilung allerdings in rechtlicher Hinsicht zur Entlastung des Bf zu führen vermag, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

III.3. Die Feststellungen zur durchgeführten Kontrolle sowie zu den 12 genannten Arbeitnehmern und den fehlenden Unterlagen ergeben sich ebenfalls aus dem Akteninhalt, insbesondere aus den Strafanträgen der Abgabenbehörde.

Der Bf ist zum Tatvorwurf der fehlenden Unterlagen grundsätzlich dahin gehend geständig, dass die genannten ZKO-Meldungen nicht erstattet bzw. die genannten Sozialversicherungsdokumente bzw. die genannten Lohnunterlagen nicht zum Zeitpunkt der Kontrolle bereitgehalten worden waren.

Für den Bf erscheint allerdings fraglich, ob ein Verstoß gegen das LSD-BG tatsächlich verwirklicht wurde bzw. inwiefern dieser Verstoß (auch) ihm vorgeworfen werden kann, sowie ob dieser Vorwurf nicht alleine gegen seinen Bruder zu richten gewesen wäre.

IV. Rechtslage:

IV.1. Gemäß § 12 Abs. 1 Z 3 LSD-BG sind die Abgabenbehörden berechtigt, das Bereithalten der Unterlagen nach den §§ 21 und 22 zu überwachen sowie in Bezug auf Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort außerhalb Österreichs, die nicht dem ASVG unterliegen, die zur Kontrolle des unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zustehenden Entgelts (Lohnkontrolle) im Sinne des § 29 erforderlichen Erhebungen durchzuführen und in die zur Erhebung erforderlichen Unterlagen (§§ 21 und 22) Einsicht zu nehmen, Ablichtungen dieser Unterlagen anzufertigen und die Übermittlung dieser Unterlagen zu fordern, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktages abzusenden sind. Erfolgt bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten die Kontrolle nicht am ersten Arbeits(Einsatz)ort, sind die Unterlagen der Abgabenbehörde nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktages abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.

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

IV.3. Gemäß § 21 Abs. 1 LSD-BG haben Arbeitgeber mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft folgende Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort im Inland während des Entsendezeitraums bereitzuhalten oder diese den Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich zu machen:

1. Unterlagen über die Anmeldung des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, oder Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit), sofern für den entsandten Arbeitnehmer in Österreich keine Sozialversicherungspflicht besteht; kann der Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Erhebung durch Nachweise in deutscher Sprache belegen, dass ihm die Erwirkung der Ausstellung dieser Dokumente durch den zuständigen Sozialversicherungsträger vor der Entsendung nicht möglich war, sind

gleichwertige Unterlagen in deutscher Sprache (Antrag auf Ausstellung des Sozialversicherungsdokuments E 101 oder A 1, und Bestätigung des zuständigen Sozialversicherungsträgers, dass der Arbeitnehmer für die Dauer der Entsendung der ausländischen Sozialversicherung unterliegt) bereitzuhalten;

2. die Meldung gemäß § 19;
3. die behördliche Genehmigung der Beschäftigung der entsandten Arbeitnehmer im Sitzstaat des Arbeitgebers gemäß § 19 Abs. 3 Z 11 oder Abs. 7 Z 8, sofern eine solche erforderlich ist.

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. Bei mobilen Arbeitnehmern im Transportbereich sind die vorgenannten Unterlagen bereits ab Einreise in das Bundesgebiet im Fahrzeug 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.

[...]

Gemäß Abs. 3 leg. cit. hat der Beschäftiger für jede überlassene Arbeitskraft für die Dauer der Überlassung folgende Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort im Inland bereitzuhalten oder diese den Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich zu machen:

1. Unterlagen über die Anmeldung der Arbeitskraft zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 oder A 1), sofern für die überlassene Arbeitskraft keine Sozialversicherungspflicht in Österreich besteht; kann der Überlasser zum Zeitpunkt der Erhebung durch Nachweise in deutscher Sprache belegen, dass ihm die Erwirkung der Ausstellung dieser Dokumente durch den zuständigen Sozialversicherungsträger vor der Überlassung nicht möglich war, sind gleichwertige Unterlagen in deutscher Sprache (Antrag auf Ausstellung des Sozialversicherungsdokuments E 101 oder A 1; Bestätigung des zuständigen Sozialversicherungsträgers, dass der Arbeitnehmer für die Dauer der Überlassung der ausländischen Sozialversicherung unterliegt) bereitzuhalten;
2. die Meldung gemäß § 19 Abs. 1 und 4;
3. die behördliche Genehmigung der Beschäftigung der überlassenen Arbeitskräfte im Sitzstaat des Überlassers gemäß § 19 Abs. 4 Z 10, sofern eine solche erforderlich ist.

Abs. 2 findet sinngemäß Anwendung.

IV.4. § 26 Abs. 1 Z 1 LSD-BG bestimmt, dass, wer als Arbeitgeber oder Überlasser im Sinne des § 19 Abs. 1 die Meldung oder die Meldung über nachträgliche Änderungen bei den Angaben (Änderungsmeldung) entgegen § 19 nicht, nicht

rechtzeitig oder nicht vollständig erstattet, eine Verwaltungsübertretung begeht und von der Bezirksverwaltungsbehörde für jeden Arbeitnehmer mit Geldstrafe von 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Wiederholungsfall von 2.000 Euro bis 20.000 Euro zu bestrafen ist.

IV.5. § 26 Abs. 2 LSD-BG bestimmt, dass, wer als Beschäftiger im Sinne einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung die erforderlichen Unterlagen entgegen § 21 Abs. 3 nicht bereithält oder zugänglich macht, eine Verwaltungsübertretung begeht und von der Bezirksverwaltungsbehörde für jeden Arbeitnehmer mit Geldstrafe von 500 Euro bis 5.000 Euro, im Wiederholungsfall von 1.000 Euro bis 10.000 Euro zu bestrafen ist.

IV.6. § 27 Abs. 1 LSD-BG bestimmt, dass, wer die erforderlichen Unterlagen entgegen §§ 12 Abs. 1 Z 3 nicht übermittelt, eine Verwaltungsübertretung begeht und von der Bezirksverwaltungsbehörde für jeden Arbeitnehmer mit Geldstrafe von 500 Euro bis 5.000 Euro, im Wiederholungsfall von 1.000 Euro bis 10.000 Euro zu bestrafen ist. Ebenfalls ist zu bestrafen, wer entgegen den §§ 14 Abs. 2 und 15 Abs. 2 die Unterlagen nicht übermittelt.

IV.7. § 9 Abs. 1 VStG bestimmt, dass für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich ist, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen:

V.1. Zunächst stellt sich im Hinblick auf das Vorbringen des Bf, es habe im Unternehmen eine strickte Aufgabenverteilung zwischen ihm und seinem Bruder gegeben, zu überprüfen, inwieweit dieses Vorbringen dem Bf zu seiner Entlastung zu verhelfen vermag.

V.2. Dazu ist zunächst zu bedenken, dass es sich bei dem gegenständlichen Unternehmen unstrittiger Weise um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts handelt. Als Gesellschaft bürgerlichen Rechts handelt es sich bei diesem Unternehmen nicht um eine juristische Person und daher auch bei den Gesellschaftern – dem Bf und seinem Bruder – nicht um zur Vertretung nach außen berufene Organe.

V.3. Der Verwaltungsgerichtshof führte diesbezüglich in seinem Erkenntnis vom 22. November 1994, 93/04/0107, aus:

„Gesellschaften des bürgerlichen Rechts (GesbR) können nicht als juristische Personen im Sinne des § 9 Abs. 1 GewO 1973 angesehen werden und sind auch keine

Personengesellschaften des Handelsrechtes. Sie können daher auch nicht Träger einer Gewerbeberechtigung sein. Bei einer gemeinsamen Tätigkeit von mehreren Gesellschaftern einer GesbR bedarf daher - unabhängig davon, wer im Rahmen dieser Gesellschaft die Leistung tatsächlich erbringt - jeder Gesellschafter einer eigenen Gewerbeberechtigung. Gleichzeitig kann - zufolge des Mangels der Gewerberechtsfähigkeit - eine Gewerbeausübung nicht dieser, sondern nur unmittelbar ihren Mitgliedern zugerechnet (bzw. der allfällige Mangel der Befugnis hiezu vorgeworfen) werden (Hinweis E 24.01.1989, 88/04/0101; E 18.03.1986, 85/04/0147, VwSlg 12078 A/1986).“

V.4. Unter Hinweis auf diese Entscheidung führte der Verwaltungsgerichtshof auch in seinem Erkenntnis vom 28. Februar 2012, 2009/09/0211, aus:

„Gesellschaften bürgerlichen Rechts können nicht als juristische Personen angesehen werden und sind auch keine Personengesellschaften des Handelsrechtes (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22.11.1994, Zl. 93/04/0107), weshalb eine Bestrafung des Beschwerdeführers gemäß § 9 VStG als zur Vertretung nach außen Berufenen - der im Gründungsstadium befindlichen S. Trockenbau OG - nicht erfolgen durfte. Dies hat die belangte Behörde im Gegensatz zur erstinstanzlich einschreitenden Behörde erkannt. Durch die Aufrechterhaltung des Schuldspruches des erstbehördlichen Straferkenntnisses durch die Berufungsbehörde mit der Maßgabe, dass dem Beschuldigten die Straftat nicht als Organ einer juristischen Person sondern für seine Person zuzurechnen sei, findet eine Auswechslung oder eine Überschreitung der "Sache" nicht statt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20.05.1998, Zl. 97/03/0258, sowie das hg. Erkenntnis vom 14.11.2002, Zl. 2000/09/0174).“

V.5. Zusammengefasst ist daher der Tatvorwurf im angefochtenen Straferkenntnis, der Bf sei als handelsrechtlicher Geschäftsführer und damit als zur Vertretung nach außen Berufener der R für die Übertretungen des LSD-BG verantwortlich, unrichtig. Vielmehr ist nach der soeben zitierten Rechtsprechung jeweils für die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Konkreten zu ermitteln, ob jedem einzelnen der Gesellschafter die in Rede stehenden Verwaltungsübertretungen tatsächlich persönlich vorwerfbar sind.

V.6. Im vorliegenden Fall hat sich glaubwürdig und schlüssig eine Aufgabenverteilung zwischen den einzelnen Gesellschaftern der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ergeben. Insofern steht fest, dass nicht der Bf, sondern der Bruder des Bf für die Einhaltung des LSD-BG verantwortlich war, weshalb auch eine allfällige Übertretung des LSD-BG diesem vorzuwerfen war, nicht aber auch dem Bf. Schon aus diesem Grund war der Beschwerde daher Folge zu geben.

V.7. Gemäß § 1 Abs. 1 VStG kann als Verwaltungsübertretung eine Tat (Handlung oder Unterlassung) nur bestraft werden, wenn sie vor ihrer Begehung mit Strafe bedroht war. Im vorliegenden Fall stellt sich insofern die Frage, ob der konkret zu beurteilende Sachverhalt als eine Übertretung der im LSD-BG genannten Verwaltungsstraftatbestände gelten kann oder nicht.

Aus dem angefochtenen Straferkenntnis lässt sich nämlich der Tatvorwurf entnehmen, der Bf habe Arbeitskräfte seines Unternehmens nach Österreich überlassen; dies im Hinblick auf Spruchpunkt I. (ZKO-Meldung) sowie Spruchpunkt II. (Sozialversicherungsdokumente). Tatsächlich steht aber fest, dass die genannten Arbeiter das eigene Feld des Unternehmens (welches von diesem gepachtet wurde) bearbeitet haben. Eine Überlassung an ein anderes Unternehmen in Österreich scheidet insofern aus. Eine Bestrafung als Überlasser kommt insofern nicht in Betracht.

Hinsichtlich Spruchpunkt III. (Lohnunterlagen) wird dem Bf die Entsendung der Arbeitnehmer vorgeworfen. Aber auch für den Fall einer Entsendung steht fest, dass das Unternehmen des Bf keinen Werkvertrag mit einem anderen Unternehmen hatte, zu dessen Erfüllung die Arbeiter nach Österreich entsendet worden wären.

Insgesamt wird dem Bf einerseits die Überlassung von Arbeitskräften (Spruchpunkt I. und II.) und andererseits die Entsendung von Arbeitskräften (Spruchpunkt III.) vorgeworfen. Offenbar war für die belangte Behörde unschlüssig, welche(s) Delikt(e) dem Bf vorgeworfen werden sollte(n).

Zusammengefasst ist insofern fraglich, ob es sich im vorliegenden Fall überhaupt um eine Überlassung oder eine Entsendung handelt, zumal weder ein Arbeitskräfteüberlassungsvertrag noch ein Werkvertrag mit einem dritten Unternehmen abgeschlossen wurde.

Im Zweifel wäre daher auch für den Fall, dass der Bf für die genannten Verwaltungsübertretungen (gemeinsam mit seinem Bruder) verantwortlich sein sollte, davon auszugehen, dass ein Verstoß des LSD-BG erfüllt ist.

V.8. Zusammengefasst war der Beschwerde daher Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Der Bf hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde noch zum Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu bezahlen.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

VI.1. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer

Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

VI.2. Darüber hinaus steht die vorliegende Entscheidung auch im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Verantwortlichkeit von Gesellschaftern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (vgl. VwGH 22.11.1994, 93/04/0107; 28.2.2012, 2009/09/0211).

VI.3. Letztendlich ist die Feststellung der Aufgabenverteilung das Ergebnis der konkreten Beweiswürdigung und der konkreten Sachverhaltsfeststellungen im Einzelfall, welches nicht verallgemeinerungsfähig ist. Auch aus diesem Grund war die ordentliche Revision für unzulässig zu erklären.

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

Gegen dieses Erkenntnis 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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Lidauer