OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-301883/12/Kl/CG

Datum:
Linz, 11. Juli 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde der N S, vertreten durch Rechtsanwaltskanzlei Mag. Dr. M S T d.o.o., Kanzlei X & Partner Rechtsanwälte, H, F, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf an der Krems vom 20. Februar 2018 GZ: SanRB96-108-2017, wegen einer Verwaltungsübertretung nach dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – LSD-BG nach öffentlicher mündlicher Verhandlung am 4. Juli 2018

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass
   - nach dem Wort „Verantwortliche“ die Wortfolge „, nämlich handelsrechtliche Geschäftsführerin“ und
   - nach der Wortfolge „diese ist Arbeitgeber“ die Wortfolge „und Überlasserin“ einzufügen ist,
   - die Wortfolge „(der Entsendung)“, „der Entsendung“ und „Arbeitsantritt: 27.09.2017“ zu entfallen hat und
   - die Verwaltungsstrafnorm im Sinn des § 44 a Z. 3 VStG „§ 26 LSD-BG“ zu lauten hat.

II. Die Beschwerdeführerin hat einen Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren in der Höhe von 200 Euro zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf an der Krems vom 20. Februar 2018, GZ: SanRB96-108-2017, wurde über die Beschwerdeführerin eine Geldstrafe von 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 33 Stunden, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 19 iVm § 26 Abs. 1 Z. 1 LSD-BG verhängt, weil sie als Verantwortliche der Firma „H d.o.o." mit Sitz in K, s (Slowenien), diese ist Arbeitgeber, zu verantworten hat, dass folgender Arbeitnehmer beschäftigt wurde und die Meldung (der Entsendung) über die Arbeitsaufnahme dieser Person vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle (ZKO) nicht erstattet wurde, obwohl eine Verwaltungsübertretung begeht, wer als Arbeitgeber oder Überlasser im Sinne des § 19 Abs. 1 die Meldung entgegen § 19 nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erstattet. Sie haben die Meldung der Entsendung für folgende Arbeitnehmer nicht erstattet.

Name: I E, x
Staatsangehörigkeit: Bosnien und Herzegowina
Arbeitsantritt: 27.09.2017
Tätigkeit: Fassadenarbeiten
Tatort: Gemeinde K, A
Tatzeit (Kontrollzeitpunkt): 02.10.2017 um 13:50 Uhr

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und die Aufhebung des Straferkenntnisses und Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens beantragt, in eventu von der Strafe abzusehen, in eventu die Strafe auf das Mindestmaß herabzusetzen. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Beschuldigte nicht die Arbeitgeberin des E I sei und auch nicht die Firma H d.o.o.. E I habe weder bei der Beschuldigten noch bei der H d.o.o. Tätigkeiten ausgeübt und sei daher nicht nach Österreich entsandt worden und auch nicht dem Beschäftiger A A überlassen worden. Weiters wurde beantragt, die Strafe aufzuheben bzw. aufgrund eines Überwiegens der Milderungsgründe jedenfalls die Strafe herabzusetzen bzw. wegen geringfügigen Verschuldens von der Strafe abzusehen. Es wurde auf die Einkommensbestätigung, ein geringes monatliches Nettoeinkommen, sowie auf die Sorgepflichten für zwei minderjährige Kinder hingewiesen.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf an der Krems als belangte Behörde hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt und die Abweisung der Beschwerde beantragt.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme, insbesondere in die Anzeige des zuständigen Finanzamtes

samt Beilagen und die vorgelegten Unterlagen der Beschwerdeführerin. Weiters wurde Beweis erhoben durch Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 4. Juli 2018, zu welcher die Beschwerdeführerin und ihr Rechtsvertreter trotz ausgewiesener Ladung unentschuldigt nicht erschienen sind. Die von der Beschwerdeführerin nach Verbesserung in deutscher Sprache vorgelegte Buchungsbestätigung bestätigt eine Reservierung einer „Parzelle 240 für die Periode vom 30.6.2018 bis zum 7.7.2018“ um den Betrag von „HRK 1.115,25 (150,00 Euro)“. Auf Grund der Nennung einer „Parzelle“ und des geringfügigen Betrages von „150,00 Euro“ kann nicht von einer Urlaubsbuchung und Abwesenheit der Beschwerdeführerin ausgegangen werden. Die belangte Behörde hat sich entschuldigt. Das zuständige Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr hat an der Verhandlung teilgenommen. Es konnte daher die mündliche Verhandlung in Abwesenheit der genannten Parteien stattfinden. Weiters wurde der Zeuge A A vom Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr geladen und einvernommen. Die weiters geladenen Zeugen A S, A A und E I sind unentschuldigt nicht erschienen. Eine Zustellung der Ladung an den Zeugen I in Slowenien war nicht möglich. Die übrigen Ladungen sind ausgewiesen.

4.1. Folgender Sachverhalt steht als erwiesen fest und wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Bei der vom Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr am 2. Oktober 2017 in K, A durchgeführten Kontrolle wurden 2 Personen beim Einrichten und Vorbereiten der Baustelle für Fassadenarbeiten angetroffen. Die Arbeiten begannen am 2.10.2017. Beide Personen wurden aufgefordert ein Personenblatt auszufüllen und haben dieses selbständig ausgefüllt. Es handelt sich bei den Personen um A A, einen österreichischen Selbständigen mit Sitz in L. Dieser ist seit 1.8.2017 selbständig. Zum Kontrollzeitpunkt hatte er nur einen Mitarbeiter. Bei der 2. Person handelt es sich um den Staatsangehörigen aus Bosnien-Herzegowina E I, welcher als Arbeitgeber die H d.o.o. mit Sitz in K in Slowenien angab. Als Beschäftigungsbeginn wurde der 2. Oktober 2017 und als Beschäftigung Fassadenarbeiten angeführt. Es ist eine Arbeitszeit von Montag bis Freitag je 8 Stunden zu einem Nettolohn von 850 Euro angegeben. Ein Gehaltszettel lag nicht vor. Dienstvertrag oder Dienstzettel, A1-Bestätigungen sowie ZKO-Meldung lagen nicht vor. Auch lagen keine sonstigen Lohnunterlagen vor. A legte auch ein Angebot der Fa. H d.o.o. vom 10.9.2017 über Fassadenarbeiten ohne Material in der Menge von ca. 500 m² zu einem m²-Preis von 25 Euro vor. Dazu führte A in einer niederschriftlichen Einvernahme vom 13.10.2017 an, dass er seit 31.7.2017 selbständig ist und in der Firma zu zweit arbeitet. A S kennt er aus der Heimat, dem gleichen Ort. A S bzw. seine Frau haben ein Unternehmen und handelt es sich bei dem vorgewiesenen Angebot um die erste Zusammenarbeit mit der H d.o.o., welche sich auf die Baustelle des Bauherren M F in L bezieht. Der Auftrag umfasst Vollwärmeschutz, Ziegelwände im Inneren mit Rigips zu verkleiden und zu verspachteln. Auch wurden in der Garage USB-Platten montiert. A hat das Material

für den Vollwärmeschutz organisiert und wurde das Material Ende September zur Baustelle angeliefert. Zum Zeitpunkt der Kontrolle hat E I Styroporplatten sortiert und in das Haus geräumt. Dies hat ihm A angeschafft. Der Arbeiter wurde ihm von A S geschickt. Es war nämlich telefonisch mit dem Chef der Firma H d.o.o., A S, ausgemacht, dass A das Material besorgt und S für die Hände Sorge trägt, also Arbeitskräfte zur Verfügung stellt bzw. ihm dieser Leute für die Baustelle schickt. Dies wurde zugesagt, da ein Mann momentan frei ist. Auch wurde von A S zugesagt, dass er selber auch am 3. oder 4. Oktober 2017 kommen wird. Es sollten in der darauffolgenden Woche weitere Arbeiter durch die H d.o.o. auf die Baustelle geschickt werden. Als Fertigstellung der Baustelle war Ende Oktober 2017 festgelegt. Es werden Werkzeug wie Großgeräte (Heißschneider) von A beigesteuert. Kleingeräte wurden von E mitgebracht. Hinsichtlich der Haftung ist A für Mängel haftbar. Unterlagen wie Lohnunterlagen, A1-Formular oder ZKO-Meldung wurden von der H d.o.o. nicht an A übermittelt und zur Verfügung gestellt. Auch wurde die Arbeitszeit durch A nicht aufgeschrieben, weil die Arbeit nach m² abgerechnet wurde. Herr I wird von der Firma H d.o.o. bezahlt. Am Ende der Überlassung erhält A eine Rechnung von der Firma H d.o.o. für die von dieser Firma durchgeführten Arbeiten. Es wird dann das Geld an die Firma H d.o.o. überwiesen. Die Unterkunft für I wird ebenfalls von der Firma H d.o.o. bezahlt. Das Material für die Baustelle wurde von A bestellt und bezahlt und erhält I auch das Werkzeug von ihm. Bei der Baustelle handelt es sich um ein sehr großes Wohnhaus mit drei Ebenen.
Bei einem weiteren Augenschein am 9.10.2017 war auf der Straßenseite der Vollwärmeschutz geklebt und wurde dies allein durch E I ausgeführt. Diese Arbeit wurde am 11.10.2017 auch von A kontrolliert und hat alles gepasst. I ist wieder von der Baustelle nach Hause abgereist.
Laut einer IMI-Abfrage sind für die Fa. H d.o.o. keine Arbeitnehmer gemeldet. Recherchen im Internet ergaben für die Fa. H d.o.o. als Firmengegenstand den Handel und Verkauf von Gebrauchtkraftfahrzeugen, nicht jedoch das Bauwesen oder Arbeitskräfteüberlassung.
Aus einer von der Beschwerdeführerin vorgelegten Bestätigung der slowenischen Krankenversicherungsanstalt in K vom 27.11.2017 geht hervor, dass „aus der Evidenz der versicherten Personen ersichtlich ist, dass das Unternehmen H d.o.o. (GmbH), S c. im Zeitraum vom 25.01.2017 bis 27.11.2017 keine versicherten Personen aus einem Arbeitsverhältnis hatte.“
A wurde als Beschäftiger wegen Nichtbereithaltens von Lohnunterlagen, der ZKO-Meldung und A1-Bescheinigung rechtskräftig bestraft.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den ausgefüllten Personenblättern, den beiden niederschriftlichen Einvernahmen des A am 2.10. und 13.10.2017, aus der von der Beschwerdeführerin vorgelegten Bestätigung der slowenischen Krankenversicherung sowie den zeugenschaftlichen Angaben des Organs der Abgabenbehörde. An der Glaubwürdigkeit der Aussagen bestehen keine Zweifel.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Gemäß § 19 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz - 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 (Abs. 1).
Die Entsendung oder Überlassung im Sinne des Abs. 1 ist vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle zu melden (Abs. 2).

Gemäß § 26 Abs. 1 Z. 1 LSD-BG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist 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, 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.

5.2. Aufgrund des erwiesenen Sachverhaltes wurde der Arbeiter I von der Beschwerdeführerin als Geschäftsführerin der Fa. H d.o.o. mit Sitz in Slowenien dem Beschäftiger in Österreich, A A, für Fassadenarbeiten in K zur Verfügung gestellt und daher überlassen. Eine Meldung der Überlassung an die Zentrale Koordinationsstelle ist nicht erfolgt. Als Überlasserin hat daher die Beschwerdeführerin die Verwaltungsübertretung objektiv begangen. Als handelsrechtliche Geschäftsführerin der H d.o.o. hat sie die Übertretung verwaltungsstrafrechtlich gemäß § 9 Abs. 1 VStG zu verantworten.

5.3. Die Beschwerdeführerin hat die Verwaltungsübertretung aber auch in subjektiver Hinsicht zu verantworten.

Gemäß § 5 Abs.1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.
Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar, wobei zur Strafbarkeit bereits Fahrlässigkeit ausreicht und Fahrlässigkeit im Sinne der zitierten Bestimmungen ohne weiteres anzunehmen ist, sofern vom Beschwerdeführer kein Entlastungsnachweis erbracht wird.

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

Einen Entlastungsnachweis hat die Beschwerdeführerin nicht beigebracht. Das Vorbringen, dass sie zum Tatzeitpunkt keine Arbeitnehmer zur Sozialversicherung gemeldet hat, kann die Beschwerdeführerin nicht entlasten. Insbesondere ist dies kein Nachweis dafür, dass sie tatsächlich keine Arbeitnehmer hat. Weitere Nachweise wurden von ihr nicht vorgelegt und auch kein weiteres Vorbringen beigebracht. Die Beschuldigte hat daher die Tat auch in subjektiver Hinsicht zu verantworten.

5.4. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG idF BGBl. I Nr. 33/2013, in Geltung ab 1. Juli 2013, sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des StGB sinngemäß anzuwenden.
Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

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

Die belangte Behörde hat die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe von 1.000 Euro verhängt. Dabei hat sie die bekanntgemachten Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse berücksichtigt. Auch wurde die Unbescholtenheit der Beschwerdeführerin berücksichtigt. Außer der Unbescholtenheit wurden auch von der Beschwerdeführerin keine weiteren Milderungsgründe angeführt. Gemäß § 20 VStG ist von der außerordentlichen Milderung dann Gebrauch zu machen, wenn die Milderungsgründe erheblich überwiegen. Das alleinige Vorliegen der Unbescholtenheit erfüllt diese Voraussetzung nicht. Es war daher § 20 VStG nicht anzuwenden.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z. 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Geringfügigkeit des Verschuldens ist nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes dann anzunehmen, wenn das tatbildmäßige Verhalten der Beschuldigten weit hinter dem in der Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt der Tat zurückbleibt. Dies ist gegenständlich nicht der Fall. Die Beschuldigte hätte sich als Gewerbetreibende vor einer Überlassung über die geltenden Rechtsvorschriften informieren müssen. Dies wäre ihr auch zumutbar gewesen. Entsprechendes Vorbringen wurde jedoch von ihr nicht gemacht und diesbezügliche Anstrengungen nicht geltend gemacht. Es ist daher von keiner Geringfügigkeit des Verschuldens auszugehen. Mangels dieser Voraussetzung war auch nicht von einem Absehen von der Strafe Gebrauch zu machen. Auch ist nicht mit einer Ermahnung vorzugehen.

6. Weil die Beschwerde keinen Erfolg hatte, ist ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren in der Höhe von 20 % der verhängten Geldstrafe, das sind 200 Euro zu leisten (§ 52 Abs. 1 und 2 VwGVG).

6.1. Die Spruchberichtigung ist in den gesetzlichen Bestimmungen begründet. Eine Schlechterstellung der Beschwerdeführerin ist damit nicht eingetreten.

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

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. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt