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-301884/12/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: SanRB96-106-2017, wegen einer Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 4. Juli 2018

zu Recht:

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

II. Die Beschwerdeführerin hat keinen Kostenbeitrag zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche 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: SanRB96-106-2017, wurde über die Beschwerdeführerin eine Geldstrafe von 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 33 Stunden, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 28 Abs. 1 Z. 4 lit. b iVm § 18 Abs. 12 Ausländerbeschäftigungsgesetz verhängt, weil sie als Verantwortliche der Firma H d.o.o in K, s, Slowenien, entgegen § 18 Abs. 12 AuslBG die Arbeitsleistungen eines Ausländers, der von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes zur Arbeitsleistung nach Österreich überlassen wurde und in Österreich für diesen Ausländer keine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung vorlag, in Anspruch genommen hat, obwohl die Voraussetzungen des § 18 Abs. 12 nicht erfüllt waren. Es wurde festgestellt, dass nachfolgende Person beschäftigt wurde, obwohl keine arbeitsrechtliche Bewilligung vorlag. Wer entgegen § 18 Abs. 12 oder 13 die Arbeitsleistung eines Ausländers, der von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes zur Arbeitsleistung nach Österreich entsandt, überlassen oder im Rahmen eines unternehmensinternen Transfers vorübergehend abgestellt wird, in Anspruch nimmt, obwohl § 18 Abs. 12 Z. 1 oder 2, im Fall der Überlassung zusätzlich Z 3 nicht erfüllt - und im Fall der lit. b - auch keine EU-Entsendebestätigung oder EU-Überlassungsbestätigung ausgestellt wurde, ist bei unberechtigter Beschäftigung für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer zu bestrafen.

Es wurde nachgeführter Ausländer überlassen:
Name des Ausländers: I E, geb. x
Staatsangehörigkeit: Bosnien und Herzegowina
Beschäftigungszeitraum: ab 02.10.2017
Arbeitnehmer der Firma: H d.o.o., s, K, Slowenien
Tatort: Gemeinde K, 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. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Beschuldigte sowie die H d.o.o. nicht Arbeitgeberinnen des Herrn E I seien. Die Person E I sei der Beschuldigten nicht bekannt und sei diese nicht bei der Beschuldigten bzw. bei der H d.o.o. beschäftigt. Dies gehe auch aus einer Bestätigung der slowenischen Krankenversicherungsanstalt hervor, aus der eindeutig und klar hervorgehe, dass E I weder bei der Beschuldigten noch bei der H d.o.o. beschäftigt sei oder gewesen sei. Im Übrigen wurde die Strafbemessung bekämpft, weil die Milderungsgründe bei weitem überwiegen würden, sodass von einem Strafausspruch Abstand genommen werden könne. Darüber hinaus sei wenn überhaupt nur geringfügiges

Verschulden gegeben. Auch verfüge die Beschwerdeführerin nur über ein geringes monatliches Nettoeinkommen und sei für 2 minderjährige Kinder sorgepflichtig. Es werde daher beantragt von der Strafe abzusehen bzw. auf Grundlage ihrer Unbescholtenheit und der überwiegenden Milderungsgründe eine Strafe nachzusehen bzw. die Mindeststrafe bis zur Hälfte zu unterschreiten.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf an der Krems als belangte Behörde legte die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor.

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. K 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. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde der Beschwerdeführerin als Verantwortliche der Firma H d.o.o. mit Sitz in K in Slowenien vorgeworfen, die Arbeitsleistung des I E, Staatsangehörigkeit Bosnien und Herzegowina, der nach Österreich überlassen wurde und für welchen keine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung vorlag, ab 2. Oktober 2017 in Anspruch genommen zu haben.

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 4 lit. b Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) begeht – sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet (§ 28 c) - eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen § 18 Abs. 12 oder 13 die Arbeitsleistungen eines Ausländers, der von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedsstaates des Europäischen Wirtschaftsraumes zur Arbeitsleistung nach Österreich entsandt, überlassen oder im Rahmen eines unternehmensinternen Transfers vorübergehend abgestellt wird, in Anspruch nimmt, obwohl § 18 Abs. 12 Z. 1 oder 2, im Fall der Überlassung zusätzlich Z. 3, nicht erfüllt ist und – im Fall der lit. b – auch keine EU-Entsendebestätigung oder EU-Überlassungsbestätigung ausgestellt wurde, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens 3 Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2.000 Euro bis 20.000 Euro.

Gemäß § 18 Abs. 12 AuslBG ist für Ausländer, die von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes zur Erbringung einer vorübergehenden Arbeitsleistung nach Österreich entsandt

oder überlassen werden, keine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erforderlich, wenn
1) sie ordnungsgemäß zu einer Beschäftigung im Staat des Betriebssitzes über die Dauer der Entsendung oder Überlassung nach Österreich hinaus zugelassen und beim entsendenden Unternehmen rechtmäßig beschäftigt sind,

2) die österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäß § 3 Abs. 3 bis 6, § 4 Abs. 2 bis 5 und § 5 des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG), BGBl. Nr. 44/2016, im Fall der Überlassung gemäß § 10 AÜG, § 3 Abs. 4, § 4 Abs. 2 und 5 und § 6 LSD-BG sowie die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden und

3) im Fall der Überlassung kein Untersagungsgrund gemäß § 18 Abs. 1 AÜG vorliegt.

Die Zentrale Koordinationsstelle hat die Meldung über die Beschäftigung betriebsentsandter oder überlassener Ausländer gemäß § 19 Abs. 2 bis 4 LSD-BG unverzüglich der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice zu übermitteln. Die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice hat binnen zwei Wochen ab Einlangen der Meldung dem Unternehmen und dem Auftraggeber oder Beschäftiger, der die Arbeitsleistung in Anspruch nimmt, das Vorliegen der Voraussetzungen zu bestätigen (EU-Entsendebestätigung bzw. EU-Überlassungsbestätigung) oder bei Nichtvorliegen die Entsendung oder Überlassung zu untersagen. Unbeschadet der Meldepflicht gemäß § 19 Abs. 2 bis 4 LSD-BG sowie sonstiger Pflichten nach dem AÜG, darf die Beschäftigung bei Vorliegen der Voraussetzungen auch ohne EU-Entsendebestätigung bzw. EU-Überlassungsbestätigung begonnen werden.

5.2. Im Grunde des spruchgemäßen Tatvorwurfes wurde der genannte Ausländer I von der H d.o.o. mit Sitz in Slowenien, deren Geschäftsführerin und Verantwortliche die Beschwerdeführerin ist, zur Arbeitsleistung nach Österreich überlassen, konkret an den Selbständigen A für Fassadenarbeiten an einer Baustelle in Österreich überlassen. Es lag keine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung vor und auch keine EU-Entsendebestätigung oder EU-Überlassungsbestätigung. Der überlassene Ausländer wurde vom Selbständigen A zur Arbeitsleistung zur Erfüllung des von ihm angenommenen Auftrages des Bauherren F in Anspruch genommen und daher in Österreich beschäftigt. Es erfüllt daher die Beschwerdeführerin als Überlasserin nicht den objektiven Tatbestand gemäß § 28 Abs. 1 Z. 4 lit. b AuslBG, zumal sie nicht die Arbeitsleistung des von ihr überlassenen Ausländers in Anspruch genommen hat, sondern vielmehr ihr Vertragspartner A.

Dies geht auch aus der Bestimmung des § 18 Abs. 12 vorletzter Satz AuslBG hervor, wonach „dem Unternehmen und Auftraggeber oder Beschäftiger, der die

Arbeitsleistungen in Anspruch nimmt, das Vorliegen der Voraussetzungen zu bestätigen“ ist.
Es ist daher auch der Antrag auf Beschäftigungsbewilligung gemäß § 18 Abs. 4 AuslBG vom Inhaber des Betriebes, in dem der Ausländer beschäftigt wird, einzubringen.
Auch § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG geht von einer Beschäftigung als Verwendung überlassener Arbeitskräfte im Sinn des § 3 Abs. 1 und 4 des AÜG aus und definiert den Arbeitsgeber gemäß § 2 Abs. 3 lit. c AuslBG auch als Beschäftiger im Sinn des § 3 Abs. 3 des AÜG.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z. 2 Verwaltungsstrafgesetz – VStG, welcher gemäß § 38 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren anzuwenden ist, ist von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat.

Es war daher das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

6. Weil die Beschwerde Erfolg hatte, entfällt ein Verfahrenskostenbeitrag gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG.

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 e

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

2. Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt