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-302092/4/KLi/JB

Datum:
Linz, 23. November 2018

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde des H K, N, D, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 27. August 2018, GZ: SanRB96-150-2018/Gr, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG)

zu Recht:

I. Der Beschwerde hinsichtlich der Strafhöhe wird insofern Folge gegeben, als die Geldstrafe auf jeweils 1.000 Euro (insgesamt 7.000 Euro) und die Ersatzfreiheitsstrafe auf jeweils 33 Stunden (insgesamt 231 Stunden) herabgesetzt wird.

II. Die Kosten zum Verfahren vor der belangten Behörde reduzieren sich auf 700 Euro. Im Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fallen keine Kosten an.

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 Linz-Land (in der Folge: belangte Behörde) vom 27. August 2018, GZ: SanRB96-150-2018/Gr, wurde dem Beschwerdeführer (Bf) eine Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) in sieben Fällen wie folgt vorgeworfen:

„Sie haben es als Außenvertretungsbefugter der B I GmbH mit Sitz in x-N, x 24, gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass diese Firma als Arbeitgeberin mit Sitz in einem EWR-Mitgliedsstaat
1. den rumänischen Staatsbürger I-V B, geb. x,
2. den rumänischen Staatsbürger I A N, geb. x,
3. den rumänischen Staatsbürger D T, geb. x,
4. den türkischen Staatsbürger R G, geb. x,
5. den rumänischen Staatsbürger M-V N, geb. x,
6. den rumänischen Staatsbürger V-V P, geb. x,
7. den rumänischen Staatsbürger C A, geb. x,
als Arbeitnehmer zumindest von 23.3.2018 bis 4.4.2018 in Österreich für die x-gesellschaft m.b.H. mit Sitz in S, x 1, auf der Baustelle „‘Bauvorhaben: x‘ in L, x 3, beschäftigt hat, ohne dass ein Nachweis über die Anmeldung der o.a. Arbeitnehmer zur Sozialversicherung [Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71], Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04) am Arbeits(Einsatz)ort bereitgehalten oder elektronisch zugänglich gemacht wurde, obwohl Arbeitgeber im Sinne des § 21 LSD-BG verpflichtet sind, diese Meldungen am Arbeitsort bereitzuhalten.
Dieser Sachverhalt wurde von Organen des Finanzamt Linz bei einer Kontrolle am 4.4.2018 auf der oa. Baustelle, indem die oben genannten Personen bei Betonarbeiten betreten wurden sowie durch Abfragen im Hauptverband, festgestellt.
Die verpflichtenden Meldungen wurden verspätet erst am 5.4.2018 und am 26.4..2018 erstattet.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Der Bf habe dadurch § 21 Abs. 1 Z 1 iVm § 26 Abs. 1 Z 3 LSD-BG verletzt. Gemäß § 26 Abs. 1 Z 3 LSD-BG werde jeweils eine Geldstrafe von jeweils 2.000 Euro, insgesamt 14.000 Euro bzw. jeweils eine Ersatzfreiheitsstrafe von 66 Stunden, insgesamt 462 Stunden verhängt. Ferner habe der Bf einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens von 1.400 Euro zu bezahlen.

Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens stehe der im Spruch vorgeworfene Sachverhalt fest. Dieser Sachverhalt sei von Organen der Abgabenbehörde bei einer Kontrolle am 4. April 2018 auf der genannten Baustelle festgestellt worden, indem die o.g. Personen bei Betonarbeiten betreten worden seien sowie durch Abfragen im Hauptverband. Aufgrund des Strafantrages der Abgabenbehörde sei dem Bf die ggst. Verwaltungsübertretung mit der Aufforderung zur Rechtfertigung

vom 7. Juni 2018 zur Last gelegt worden. Von der Möglichkeit, sich zum Sachverhalt zu äußern, habe der Bf nicht Gebrauch gemacht.

Unter Wiedergabe der gesetzlichen Bestimmungen führte die belangte Behörde sodann aus, nachdem die B I GmbH mit Sitz in D die genannten Dienstnehmer für die Erbringung von Arbeitsleistungen nach Österreich entsandt habe, ohne die entsprechenden Versicherungsdokumente am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten oder diese unmittelbar vor Ort elektronisch zugänglich zu machen, ergebe sich dieser Sachverhalt eindeutig aus den vorliegenden Unterlagen. Die Taten seien daher in objektiver Hinsicht als erwiesen anzusehen.

Die Übertretungen seien dem Bf als verantwortlicher Außenvertretungsbefugter der genannten Firma zur Last gelegt worden. Diese Eigenschaft habe er nicht bestritten. Die Taten seien ihm auch in subjektiver Hinsicht zuzurechnen.

Hinsichtlich der Strafzumessung führte die belangte Behörde unter Wiedergabe des § 19 VStG aus, dass der Normzweck des LSD-BG wesentlich beeinträchtigt worden sei, da durch die Übertretungen eine effektive und unmittelbare Kontrolle nicht möglich gewesen sei. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten hätten mangels geeigneter Angaben nicht berücksichtigt werden können. Diese seien, wie angekündigt, geschätzt worden.

Strafmildernde Umstände hätten nicht gefunden werden können. Straferschwerend würden sich die Anzahl der Arbeitnehmer sowie der lange Beschäftigungszeitraum auswirken. Die verhängten Geldstrafen seien als dem Unrechts- und Schuldgehalt der Tat angemessen zu erachten, zumal sich diese im untersten Bereich des gesetzlichen Strafrahmens befinden würden.

Die Verhängung einer Geldstrafe sei aus spezialpräventiven Gründen notwendig, um den Bf von weiteren Übertretungen abzuhalten und ihn dazu zu bewegen, der Einhaltung der Gesetzesvorschriften in Hinkunft mehr Augenmerk zu schenken.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die Beschwerde vom 13. September 2018, welche auf die Strafhöhe eingeschränkt ist, zumal der Bf zusammengefasst ausführt, einen Antrag auf Strafmilderung zu stellen und um erneute Prüfung zu bitten.

Begründend führte der Bf aus, die Betonierarbeiten hätten nicht am 23. März 2018, sondern am 27. März 2018 begonnen. Am 26. März 2018 sei leider der Bruder des Bf nach einer 10-stündigen Lebertransplantation noch am OP-Tisch verstorben. Er habe sich als einziger Verwandter, um seinen Bruder – Tage vorher, d.h. vor und nach seinem Tod – um alles kümmern müssen.

Seine Angestellte habe ihn nicht erreichen können. Sie habe nicht gewusst, welche der Arbeitnehmer in Österreich eingesetzt würden, für die sie einen Antrag stellen müsse. Sie habe sich keine Sorgen um die A1-/E101-Dokumente gemacht, weil ihr bei der Krankenkasse zugesichert worden sei, dass diese jederzeit – ohne Probleme – nachträglich beantragt und eingereicht werden könnten. Er sei bis Mitte April nicht in D gewesen und habe sich um die Bestattung sowie um seine Mutter in der T kümmern müssen, die er ebenfalls kurze Zeit später verloren habe.

Er arbeite seit Jahren in Österreich und er habe seine Nachweise und Dokumente immer bereitgehalten. Es habe nie Probleme gegeben, nur dieses eine Mal habe es diese Ausnahmesituation gegeben.

Es sei schwer in einer solchen Situation klar und an alles zu denken. Da er aber die Zusicherung der Krankenkasse gehabt habe, denke er, dass alles seine Richtigkeit habe und alle Anträge seien so schnell wie möglich beantragt, genehmigt und nachgereicht worden.

Er hoffe auf eine wohlwollende Entscheidung.

I.3. Die belangte Behörde hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt ohne Beschwerdevorentscheidung mit Vorlageschreiben vom 15. Oktober 2018 beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt. Dieses entscheidet durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich, hat die Abgabenbehörde am Verfahren beteiligt und dieser die Möglichkeit eingeräumt, zur Beschwerde eine Stellungnahme abzugeben. Mit Eingabe vom 7. November 2018 hat die Abgabenbehörde dazu fristgerecht eine Stellungnahme erstattet.

Zusammengefasst brachte die Abgabenbehörde vor, die belangte Behörde sei mit dem angefochtenen Straferkenntnis dem Strafantrag gefolgt. Die beantragte Strafhöhe wegen des Verdachtes der Übertretung des LSD-BG habe sich insbesondere durch die wesentliche Beeinträchtigung des Schutzzweckes der intendierten Norm ergeben. Durch die Nichtmeldung der Entsendung sei eine unmittelbare Kontrolle nicht möglich gewesen. Resultierend daraus seien effektive Kontrolltätigkeiten auf Einhaltung der Meldebestimmungen des LSD-BG nicht zu gewährleisten gewesen. Zudem sei die Firma mit sieben entsandten Arbeitnehmern in Österreich tätig gewesen. Bei den Arbeiten habe es sich nicht um bloß kurzfristige Tätigkeiten, sondern um projektierte Arbeitsleistungen gehandelt, die einer gewissen Planungszeit bedurft hätten. Erschwerend sei zu berücksichtigen, dass trotz Aufforderung bis dato keine Meldung an die Zentrale Koordinationsstelle erstattet worden sei.

Auch unter Berücksichtigung der vorgebrachten persönlichen Lebenssituation des Bf sei aus generalpräventiver Sicht zur Aufrechterhaltung einer unmittelbaren und effektiven Kontrolle und insbesondere der spezialpräventiven Prognose (Nichterstellung des normierten Sollens durch Erbringung einer Entsendemeldung) die Strafhöhe schuld- und tatangemessen. Nachvollziehbar sei, dass der Bf durch den geschilderten Verlust seines Bruders nur sehr schwer klar denken habe können. Jedoch sei die Entsendung der Mitarbeiter nicht erst mit dem vorgebrachten Ablebensdatum des Bruders herangestanden, sondern es seien bereits Mitarbeiter am 23. März 2018 auf der Baustelle in L tätig gewesen. Dies gehe eindeutig aus den nachgereichten Stundenaufzeichnungen hervor.

Der tragische Tod eines nahen Angehörigen sei jedenfalls zu bedauern, sei aber nicht kausal für die unterbliebene Meldung gewesen, welche jedenfalls vor Arbeitsbeginn am 23. März 2018 zu erfolgen gehabt hätte.

Die Abgabenbehörde beantragte daher, die Beschwerde gegen die Strafhöhe als unbegründet abzuweisen und das angefochtene Straferkenntnis zu bestätigen.

I.5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht in den Verwaltungsakt der belangten Behörde und den Strafantrag der Abgabenbehörde. Der ggst. Sachverhalt ergibt sich schlüssig und widerspruchsfrei aus dem Akteninhalt. Die Übertretung des LSD-BG wird darüber hinaus vom Bf zugestanden. Dies ergibt sich auch daraus, dass er lediglich Beschwerde gegen die Strafhöhe, nicht aber gegen den Schuldspruch erhoben hat.

Gemäß § 44 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen. Gemäß § 44 Abs. 3 Z 2 VwGVG kann das Verwaltungsgericht von einer Verhandlung absehen, wenn sich die Beschwerde nur gegen die Höhe der Strafe richtet und keine Partei die Durchführung einer Verhandlung beantragt hat.

Im vorliegenden Fall haben weder der Bf noch die Abgabenbehörde einen Antrag auf Durchführung einer Verhandlung gestellt. Auch die belangte Behörde hat in ihrem Vorlageschreiben eine solche nicht beantragt. Die Beschwerde selbst richtet sich nur gegen die Strafhöhe, weshalb von einer Verhandlung abgesehen werden konnte.

II. Nachfolgender Sachverhalt steht fest:

II.1. Nachdem der Bf seine Beschwerde lediglich im Hinblick auf die Strafhöhe erhoben und einen Antrag auf Strafmilderung gestellt hat, kann hinsichtlich des Tatvorwurfes auf den Spruch im angefochtenen Straferkenntnis der belangten Behörde verwiesen werden.

Feststeht, dass der Bf für die im Spruch genannten sieben Arbeitnehmer vor Arbeitsaufnahme keine Meldung über die Sozialversicherung (A1-Dokument) bereit gehalten hat, obwohl er dazu verpflichtet war.

Aufgrund der von der Abgabenbehörde durchgeführten Kontrolle am 4. April 2018 auf der im Spruch genannten Baustelle steht somit die Übertretung des LSD-BG in objektiver Hinsicht fest.

II.2. Zum Tatzeitraum wurde im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses zumindest die Zeit von 23. März 2018 bis 4. April 2018 festgehalten. Diese Arbeitszeit ergibt sich auch aus den vorliegenden Stundenaufzeichnungen, wonach am 23. März 2018 in Österreich Vorbereitungsarbeiten durchgeführt wurden. Der Tatzeitraum kann daher mit 23. März 2018 bis 4. April 2018 – also mit einem Zeitraum von 12 Tagen – festgesetzt werden.

II.3. Der Bf ist unbescholten. Zum Tatvorwurf ist er geständig.

Der Bf hat in seinem Beschwerdevorbringen seine persönliche Lebenssituation dargestellt, die – wie auch von der Abgabenbehörde in ihrer Stellungnahme am 7. November 2018 – sehr zu bedauern ist. In wie fern sich die persönliche Lebenssituation des Bf strafmildernd auswirkt (bzw. auswirken kann) ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Der maßgebliche und entscheidungsrelevante Sachverhalt ergibt sich schlüssig und nachvollziehbar aus dem Akt der belangten Behörde sowie dem Strafantrag und der Beweismittelvorlage der Abgabenbehörde. Der Bf hat sich darüber hinaus zur Übertretung des LSD-BG geständig verantwortet.

Nachdem daher nur die Strafzumessung einer Überprüfung zu unterziehen ist (siehe dazu Punkt V.) waren keine weiteren Sachverhaltserhebungen erforderlich.

III.2. Zum Tatzeitraum liegen unterschiedliche Vorbringen vor. Die Abgabenbehörde führt in ihrem Strafantrag aus, die Beschäftigung habe von 23. März 2018 bis 4. April 2018 stattgefunden, was sich auch aus den vorliegenden Stundenaufzeichnungen ergibt. Dem gegenüber brachte der Bf vor, die Arbeitsaufnahme habe erst am 27. März 2018 stattgefunden. Die belangte Behörde ist diesbezüglich dem Vorbringen der Abgabenbehörde gefolgt.

Tatsächlich ergibt sich aus den vorliegenden Stundenaufzeichnungen, dass die Entsendung der Arbeitnehmer bereits am 23. März 2018 begonnen hat. Aus den

Stundenaufzeichnungen geht hervor, dass diese bis zum 20. März 2018 in Bolton (England) tätig waren und sodann die Arbeitsaufnahme in Österreich am 23. März 2018 erfolgte. In den Stundenaufzeichnungen wird dazu als Tätigkeit angeführt „Vorbereitungsarbeiten“. In weiterer Folge werden dann die Betonierarbeiten in Österreich als Tätigkeitsfeld beschrieben. Dass sich die Vorbereitungsarbeiten nicht auf die sodann durchgeführten Betonierarbeiten sondern auf eine andere Baustelle in Österreich bezogen hätten, kann bei lebensnaher Betrachtung nicht angenommen werden. Das erkennende Gericht geht insofern davon aus, dass sich die genannten Vorbereitungsarbeiten auch auf die späteren Betonierarbeiten auf ein und derselben Baustelle bezogen haben.

Dies steht auch in Einklang mit den im Akt befindlichen A1-Dokumenten, wo als Beginn der Arbeitsaufnahme ebenfalls der 23. März 2018 genannt ist. Dass sich die Arbeiten der entsendeten Arbeiter nur auf die „tatsächlichen Betonierarbeiten“ und nicht auch auf die „Vorbereitungsarbeiten“ beziehen würden, ist nicht nachvollziehbar. Vielmehr sind sämtliche Tätigkeiten, also alle Vorbereitungen, die eigentlichen Arbeiten und die Endarbeiten (Kontrolle, Reinigung, etc. der Baustelle) insgesamt vom Entsendezeitraum umfasst.

Das erkennende Gericht geht insofern davon aus, dass der tatsächliche Tatzeitraum von 23. März 2018 bis 4. April 2018 stattgefunden hat und nicht eingeschränkt auf 27. März 2018 bis 4. April 2018. In Anbetracht des relativ kurzen Zeitraumes wird dies aber bei der Strafzumessung ohnehin nur unwesentlich zu berücksichtigen sein (siehe dazu sogleich, Punkt V.).

III.3. Die persönlichen Verhältnisse des Bf ergeben sich zunächst aus dem Akteninhalt, insbesondere seine Unbescholtenheit und die geständige Verantwortung (die Beschwerde richtet sich gegen die Strafhöhe, nicht auch gegen den Schuldspruch).

Die persönlichen Lebensumstände des Bf gehen glaubwürdig aus seiner Beschwerde hervor. In wie fern sich diese strafmildernd auswirken (können), ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

IV. Rechtslage:

IV.1. § 21 LSD-BG regelt u.a. die Meldung zur Sozialversicherung:

„Bereithaltung von Meldeunterlagen, Sozialversicherungsunterlagen und behördlicher Genehmigung

§ 21. (1) Arbeitgeber mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft haben 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.

(2) Abweichend von Abs. 1 sind, ausgenommen im Fall eines mobilen Arbeitnehmers im Transportbereich, die Unterlagen im Inland bei

1. der in der Meldung nach § 19 Abs. 3 Z 3 genannten Ansprechperson, oder
2. einer im Inland eingetragenen Zweigniederlassung, an der der ausländische Arbeitgeber seine Tätigkeit nicht nur gelegentlich ausübt, oder
3. einer inländischen selbständigen Tochtergesellschaft oder der inländischen Muttergesellschaft eines Konzerns im Sinne des § 15 AktG oder § 115 GmbHG oder
4. einem im Inland niedergelassenen berufsmäßigen Parteienvertreter im Sinne des Wirtschaftstreuhandberufsgesetzes (WTBG), BGBl. I Nr. 58/1999, der Rechtsanwaltsordnung (RAO), RGBl. Nr. 96/1868 und der Notariatsordnung (NO), RGBl. Nr. 75/1871,

bereitzuhalten oder unmittelbar an den in den Z 1 bis 4 genannten Orten und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich zu machen, sofern dies in der Meldung nach § 19 Abs. 3 Z 9 angeführt ist. Erfolgt die Erhebung der Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse außerhalb der Geschäftszeiten des berufsmäßigen Parteienvertreters, hat dieser nach Aufforderung durch die Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse die Unterlagen bis zum Ablauf des zweitfolgenden Werktages zu übermitteln. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.

(3) Der Beschäftiger hat 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.2. § 26 LSD-BG regelt die Strafbestimmung:

„Verstöße im Zusammenhang mit den Melde- und Bereithaltungspflichten bei Entsendung oder Überlassung

§ 26. (1) Wer als Arbeitgeber oder Überlasser im Sinne des § 19 Abs. 1

1. die Meldung oder die Meldung über nachträgliche Änderungen bei den Angaben (Änderungsmeldung) entgegen § 19 nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erstattet oder
2. in der Meldung oder Änderungsmeldung vorsätzlich unrichtige Angaben erstattet oder
3. die erforderlichen Unterlagen entgegen § 21 Abs. 1 oder Abs. 2 nicht bereithält oder den Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vor Ort nicht unmittelbar in elektronischer Form zugänglich macht,

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.

(2) Wer als Beschäftiger im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung die erforderlichen Unterlagen entgegen § 21 Abs. 3 nicht bereithält oder zugänglich macht, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist 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."

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen:

V.1. Nachdem der Bf in seiner Beschwerde einen Antrag auf Strafmilderung gestellt, das Straferkenntnis aber hinsichtlich des Schuldspruches nicht bekämpft hat, ist die Strafzumessung der belangten Behörde einer Überprüfung zu unterziehen.

V.2. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG iVm § 38 VwGVG 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 iVm. § 38 VwGVG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) und überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegen einander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Bei der Strafbemessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 28.11.1966, 1846/65) innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfung des Ermessensaktes auf eine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetztes erforderlich ist (VwSlg. 8134 A/1971).

§ 19 Abs. 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind, egal ob sie durch Organmandat, Strafverfügung oder im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46 VStG) erfolgt. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbesondere Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

Gemäß § 32 Abs. 2 StGB hat das Gericht bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen können. Nach § 32 Abs. 3 StGB ist maßgeblich, wie intensiv ein Täter durch seine Handlung Pflichten verletzt hat, wie reiflich er seine Tat überlegt hat, wie sorgfältig er sie vorbereitet oder wie rücksichtslos er sie ausgeführt hat. Besondere Milderungsgründe liegen u.a. im Fall eines reumütigen Geständnisses, eines bisherigen ordentlichen Lebenswandels bzw. bisheriger Unbescholtenheit, achtenswerter Beweggründe, bloßer Unbesonnenheit, einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung oder,

wenn die Tat unter einem Umstand, der einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommt, begangen wurde, vor (vgl. § 34 StGB).

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Da die verfahrensgegenständliche Bestimmung über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt nach § 5 Abs. 1 VStG 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 (sog „Ungehorsamsdelikt“).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschuldigte initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (vgl. VwGH 23.12.1991, 88/17/0010 mwN). Der Bf hat keinerlei Umstände geltend gemacht, die geeignet wären, einen entsprechenden Entlastungsbeweis zu führen.

Der Bf hat somit sein objektiv rechtswidriges Verhalten auch (subjektiv) zu verantworten.

V.3. Im vorliegenden Fall sind somit die Strafzumessungsgründe, insbesondere die Strafmilderungsgründe und die Straferschwerungsgründe gegeneinander abzuwägen.

Diesbezüglich führte die belangte Behörde in ihrem Straferkenntnis aus, dass keine Strafmilderungsgründe gefunden werden hätten können. Tatsächlich ist aber anhand des Akteninhaltes von der Unbescholtenheit des Bf auszugehen, was einen wesentlichen Milderungsgrund darstellt.

Darüber hinaus hat sich der Bf in seiner Beschwerde zum objektiven Tatbestand geständig verantwortet, was sich auch daraus ergibt, dass er das Straferkenntnis lediglich im Hinblick auf die Strafhöhe angefochten hat, indem er einen Antrag auf Strafmilderung gestellt hat. Der Bf gesteht auch zu, dass die entsprechenden Dokumente nicht vorgelegen sind.

Demnach liegen somit zwei wesentliche Milderungsgründe – nämlich die Unbescholtenheit des Bf und sein Geständnis – vor.

Dem gegenüber stellt der vermeintlich lange Tatzeitraum keinen Erschwerungsgrund dar, zumal der Tatzeitraum sich auf 23. März 2018 bis 4. April

2018 – somit lediglich 12 Tage – einschränken lässt. Ein langer Tatzeitraum kann darin (noch) nicht erblickt werden. Diesbezüglich ändert sich auch nichts, wenn man den vom Bf behaupteten Tatzeitraum vom 27. März 2018 bis 4. April 2018 unterstellt. Im Gegensatz zum Nichtbereithalten der Lohnunterlagen (§ 28 LSD-BG) bzw. der Unterentlohnung (§ 29 LSD-BG) sieht, die Bestimmung des § 26 LSD-BG keine unterschiedlichen Strafrahmen nach der Beschäftigungsanzahl der Arbeitnehmer vor. In den §§ 28, 29 LSD-BG ist eine Qualifikation dahingehend vorgesehen, dass für jeden Arbeitnehmer eine Geldstrafe von 1.000 Euro bis 10.000 Euro bzw. bei mehr als drei Arbeitnehmern für jeden Arbeitnehmer eine Geldstrafe von 2.000 Euro bis 20.000 Euro zu verhängen ist. Somit wäre also bei derartigen Verstößen schon ein Strafrahmen gegeben, der die Strafzumessung bestimmt und könnte nicht nochmals (Doppelverwertungsverbot) berücksichtigt werden. Nachdem im vorliegenden Fall eine solche Doppelverwertung aufgrund des Fehlens eines qualifizierten Strafrahmens nicht normiert ist, hat die belangte Behörde daher zu Recht die Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer berücksichtigt.

Insgesamt stehen sich daher zwei Milderungsgründe – Unbescholtenheit und Geständnis – sowie ein Erschwerungsgrund – sieben betroffene Arbeitnehmer – gegenüber. Der Tatzeitraum ist weder besonders mildernd noch besonders erschwerend zu sehen.

Daher ist in einem weiteren Schritt zu hinterfragen, in welcher Höhe die Geldstrafe auszumitteln ist. Die Mindeststrafe nach § 26 LSD-BG beträgt 1.000 Euro. Unter Berücksichtigung der vorliegenden Milderungs- und Erschwerungsgründe geht das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich davon aus, dass auch mit der Verhängung der Mindeststrafe von 1.000 Euro gerade noch das Auslangen gefunden werden kann. Bei dieser Strafbemessung ist auch die Ersatzfreiheitsstrafe entsprechend anzupassen und auf 33 Stunden herabzusetzen.

V.4. Zu den persönlichen Lebensverhältnissen des Bf ist auszuführen, dass diese außerordentlich bedauerlich sind (wie dies auch die Abgabenbehörde in ihrer Stellungnahme vom 7. November 2018 vorbringt). In rechtlicher Hinsicht können diese persönlichen Lebensumstände aber nicht mildernd herangezogen werden. Insbesondere bringt auch der Bf in seiner Beschwerde selbst vor, dass er für die Vorbereitung der Entsendung in seinem Unternehmen eine Angestellte einsetzt, die die entsprechenden Unterlagen iSd LSD-BG vorzubereiten hatte.

Diesbezüglich hätte der Bf ein entsprechendes Kontrollsystem einrichten müssen. Dies wird vom Verwaltungsgerichtshof auch vor allem im Hinblick auf das ASVG so gesehen, die entsprechende Rechtsprechung lässt sich auch auf das LSD-BG übertragen.

Will der Dienstgeber verhindern, dass Beschäftigungsverhältnisse durch Aufnahme einer Beschäftigung in seinem Betrieb ohne seine Zustimmung bzw. ohne die erforderliche Anmeldung zur Sozialversicherung begonnen werden, muss er ein wirksames Kontrollsystem errichten bzw. entsprechende Weisungen erteilen und deren Befolgung sicherstellen. Für die mangelnde Effektivität seines Kontrollsystems hat der Dienstgeber unabhängig von seinem Verschulden einzustehen (VwGH 03.12.2013, 2012/08/0026; 17.01.2014, 2013/08/0281; 14.03.2014, 2012/08/0029; 26.05.2014, 2012/08/0207).

Ferner führte der Verwaltungsgerichtshof auch zu den Bestimmungen des AuslBG aus, dass ein entsprechendes Kontrollsystem einzurichten ist:

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes darf bei der Annahme einer grundsätzlichen Verantwortung des Arbeitgebers für die im Zusammenhang mit dem Betrieb stehenden Verwaltungsübertretungen nicht übersehen werden, dass die im heutigen Wirtschaftsleben notwendige Arbeitsteilung es nicht zulässt, dass sich der Unternehmer aller Belange und Angelegenheiten selbst persönlich annimmt. Ob der Unternehmer trotzdem persönlich von der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung befreit ist, hängt im Einzelfall davon ab, ob er den Nachweis zu erbringen vermag, dass er Maßnahmen getroffen hat, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften mit gutem Grund erwarten lassen (Hinweis E 30.03.1982, 81/11/0087, E 11.02.1985, 84/09/0106). [VwGH 19.05.1993, 93/09/0028]

Das Bestehen eines wirksamen Kontrollsystems, von dem mit gutem Grund erwartet werden kann, dass es geeignet ist, die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften (hier § 3 Abs. 1 AuslBG) sicherzustellen, hat der Beschuldigte aber nicht unter Beweis gestellt, wenn er es insbesondere unterlassen hat, im Einzelnen anzugeben, auf welche Art, in welchem Umfang und in welchen zeitlichen Umständen er Kontrollen durchgeführt hat (Hinweis E 13.10.1988, 88/08/0201, 0202). [VwGH 19.05.1993, 93/09/0028]

Zusammengefasst ergibt sich daher, dass der Bf zur seiner Entlastung vorbringen hätte müssen, in wie weit er Mitarbeiter mit der Einhaltung der Vorschriften des LSD-BG beauftragt hat, in wie fern er diese geschult und ihnen Anweisungen erteilt hat bzw. wie er entsprechende Kontrollen und Überprüfung der Einhaltung seiner Anweisungen vorgenommen hat. Tatsächlich hat der Bf aber lediglich vorgebracht, dass eine Mitarbeiterin sich um die Entsendung der Arbeitnehmer gekümmert habe. Diese habe zwar nicht genau gewusst, welche Arbeitnehmer eingesetzt werden müssten und welche Unterlagen erforderlich seien, dennoch hat der Bf diese Mitarbeiterin eingesetzt.

Insofern muss davon ausgegangen werden, dass seine Mitarbeiterin entweder nicht eingeschult war, ihr keine Anweisungen erteilt wurden bzw. sie nicht entsprechend kontrolliert wurde. Von einem entsprechenden Kontrollsystem kann insofern nicht ausgegangen werden.

Gerade ein solches Kontrollsystem wäre aber erforderlich gewesen um die hier eingetretene Übertretung des LSD-BG zu vermeiden. Der entsprechende Einsatz von Mitarbeitern hätte es dem Bf auch ermöglicht, ohne eine Verwaltungsübertretung zu riskieren, vom Unternehmen abwesend zu sein. Wie bereits ausgeführt, sind die Lebensumstände des Bf sehr bedauerlich, dennoch wäre er verpflichtet gewesen, im Vorfeld – sowie beim Einsatz von Arbeitnehmern überhaupt – für ein entsprechendes Kontrollsystem Sorge zu tragen.

Nachdem ein solches Kontrollsystem nicht eingerichtet war, kann dies nicht als strafmildernd Berücksichtigung finden.

V.5. Zusammengefast war der Beschwerde daher insofern Folge zu geben, als die Geldstrafe auf die Mindeststrafe von 1.000 Euro, insgesamt daher 7.000 Euro bzw. die Ersatzfreiheitsstrafe auf 33 Stunden, insgesamt daher 231 Stunden herabgesetzt wird.

Gemäß § 52 Abs. 1 und Abs. 2 VwGVG war der Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde auf 700 Euro zu reduzieren. Im Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fallen keine Kosten an.

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 stellt die konkrete Strafzumessung jeweils eine Beurteilung des Einzelfalles dar. Die Strafzumessung ist insofern stets vom konkreten Sachverhalt und von der konkreten Verantwortung sowie dem Verhalten des jeweiligen Beschuldigten abhängig. Somit liegt eine Einzelfallentscheidung vor, die nicht verallgemeinerungsfähig ist.

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

## H i n w e i s

1. Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

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

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

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

2. Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

3. Gemäß § 35 Abs. 2 LSD-BG wird darauf hingewiesen, dass mit der rechtskräftigen Bestrafung die Eintragung in die Evidenz des Kompetenzzentrum LSDB verbunden ist.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Lidauer