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-302233/4/BZ/PP

Datum:
Linz, 4. Dezember 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Zauner über die Beschwerde des S.M., X, E., Deutschland, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 29. November 2018, GZ: Ge-937/18, wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG)

zu Recht:

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

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr (im Folgenden: belangte Behörde) vom 29. November 2018, GZ: Ge-937/18, wurde über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 18 Abs. 12 iVm § 28 Abs. 1 Z 4 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) eine Geldstrafe in der Höhe von 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 48 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von 100 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Sie haben es als zur Vertretung nach außen befugtes Organ der Firma X GmbH mit Sitz in X, E., Deutschland, verwaltungsstrafrechtlich zu vertreten, dass der Arbeitnehmer der Firma K. d.o.o. mit Sitz in X, P., Slowenien, Hr. E.M. (mazedonischer Staatsbürger, geb. am x) durch diese Firma zumindest am 5.6.2018 um 9.00 Uhr zu einer Arbeitsleitung nach Österreich entsandt wurde, sodass dieser zu oa. Tatzeitpunkt in S., X, mit Montagearbeiten beschäftigt wurde, ohne dass für diesen ausländischen Staatsbürger eine EU-Entsende-bewilligung vorgelegen hätte oder die Voraussetzungen des § 18 Abs. 12 Ausländer-beschäftigungsgesetz (AuslBG) erfüllt gewesen wären.
Dies stellt eine Übertretung der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes dar. Die Firma X GmbH mit Sitz in X, E., Deutschland, fungiert in diesem Fall als Auftraggeberfirma welche die Leistungen der Firma K. d.o.o. mit Sitz in X, P., Slowenien, in Anpruch nahm.
Es ist daher ggst. Verwaltungsübertretung der Firma X GmbH mit Sitz in X, E., Deutschland, zuzurechnen.“

I.2. Gegen diesen Bescheid hat der Bf rechtzeitig Beschwerde, datiert mit 13. Dezember 2018, erhoben und begründend ausgeführt, dass für Herrn E.M. am 3. Juni 2018 eine ZKO-Meldung für die Entsendung vom 4. Juni bis 30. September 2018 übermittelt worden sei. Von der Finanzpolizei sei die Information, dass Herr E.M. von K. d.o.o. nach Österreich entsandt wurde, an das AMS Steyr übermittelt worden. Der Beschwerde wurde die EU-Entsendebewilligung für Herrn E.M. angeschlossen.

I.3. Die belangte Behörde hat mit Schreiben vom 6. Februar 2019 diese Beschwerde gemeinsam mit ihrem Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt und mitgeteilt, dass hinsichtlich des Bf keine verwaltungsstrafrechtlichen Vormerkungen aufscheinen.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt. Eine öffentliche mündliche Verhandlung entfällt gemäß § 44 Abs. 2 VwGVG, da bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass der angefochtene Bescheid aufzuheben ist.

II.2. Im Rahmen eines gewährten Parteiengehörs hat das Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr mit Schreiben vom 22. November 2019 Folgendes mitgeteilt:
„Bei der Kontrolle am 05.06.2018 wurde wie bereits im Strafantrag erläutert, eine Abfrage in der AMS-Datenbank durchgeführt um abzufragen, ob für Hrn. M. eine EU-Entsendebestätigung erteilt worden ist oder nicht. Die Abfrage ergab, dass kein Datensatz zu Hrn. M. gefunden werden konnte. Daher wurde auch ggst. Strafantrag gelegt.

Den mit der Beschwerde mitgeschickten AMS-Bescheid bezüglich der Erteilung der EU-Entsendebestätigung konnte die Finanzpolizei erstmals einsehen. Um die Daten zu verifizieren, wurde mit dem zuständigen AMS telefonisch Kontakt aufgenommen. Bei diesem Gespräch wurde der Finanzpolizei mitgeteilt, dass die Firma K. für Hrn. M. bereits am 03.06.2018 um 12:01 Uhr den Antrag auf Erteilung einer EU-Entsendebestätigung beim AMS eingereicht hat. Die Erteilung ebenjener Bestätigung erfolgte allerdings erst mit 06.07.2018. Die Finanzpolizei kann leider nicht abgeschlossene Anträge vom AMS nicht einsehen und musste von einer Übertretung des § 18 AuslBG ausgehen.

Da somit aber keine Übertretung des § 18 AuslBG vorliegt, wird von seitens der Finanzpolizei natürlich der Einstellung des Verfahrens zugestimmt.“

II.3. Es steht folgender relevanter Sachverhalt fest:

Der Bf ist zur Vertretung nach außen befugtes Organ der X GmbH mit Sitz in E., X, Deutschland.

Anlässlich einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei am 5. Juni 2018 um 9:00 Uhr in S., X, wurde unter anderem der mazedonische Staatsangehörige E.M., geb. x, bei Montagearbeiten für die Firma K. d.o.o. mit Sitz in X, P., Slowenien, angetroffen. Die X GmbH fungierte als Auftraggeberin der kontrollierten Firma K. d.o.o. Im Zuge der Kontrolle konnte E.M. keine EU-Entsendebestätigung vorlegen.

Mit Schreiben vom 3. Juni 2018 wurde die Bestätigung der EU-Entsendung für den angeführten Arbeitnehmer für die Entsendung vom 4. Juni 2018 bis 30. September 2018 beantragt (ZKO-Meldung). Mit Bescheid vom 6. Juli 2018 des AMS Steyr wurde gemäß § 18 Abs. 12 AuslBG die EU-Entsendebestätigung für E.M. für die Tätigkeit als Monteur für die geplante Projektdauer vom 4. Juni 2018 bis 30. September 2018 in S., X, ausgestellt.

II.4. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorgelegten Verwaltungsakt ergibt und unstrittig ist.

III. Rechtliche Beurteilung:

III.1. § 18 Abs. 12 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) in der zur Tatzeit geltenden Fassung lautet:

„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, ist 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 für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen (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 Arbeitsleistungen 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.“

§ 28 Abs. 1 Z 4 lit. a AuslBG in der maßgeblichen Fassung lautet wie folgt:

„Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet (§ 28c), begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen § 18 Abs. 12 oder 13 als Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes einen Ausländer im Inland beschäftigt, 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 drei 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, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2.000 Euro bis 20.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4.000 Euro bis 50.000 Euro.“

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) hat die Behörde 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 oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen.

III.2. Aus den Feststellungen ergibt sich, dass die Voraussetzungen des § 18 Abs. 12 AuslBG erfüllt wurden. Der Antrag auf Bestätigung der EU-Entsendung für den mazedonischen Arbeitnehmer wurde bereits am 3. Juni 2018 gestellt. Dass die Erteilung der EU-Entsendebestätigung durch das AMS erst mit 6. Juli 2018 erfolgt ist, kann dem Bf nicht angelastet werden, da nach dem letzten Satz des § 18 Abs. 12 AuslBG die Beschäftigung auch ohne EU-Entsendebestätigung bei Vorliegen der Voraussetzungen begonnen werden darf. Dass die Voraussetzungen vorgelegen sind, ergibt sich bereits aus der vom AMS erteilten EU-Entsendebestätigung.

Der Bf hat somit die ihm vorgeworfene Tat nicht begangen und war daher der Beschwerde stattzugeben, der angefochtene Bescheid aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG einzustellen.

Bei diesem Ergebnis entfällt sowohl die Verpflichtung zur Leistung eines Beitrags zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens (§ 66 Abs. 1 VStG) als auch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens. Im Fall der Aufhebung der Strafe sind die Kosten von der Behörde zu tragen (§ 52 Abs. 9 VwGVG).

IV. 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, da die Rechtslage nach den maßgeblichen Bestimmungen klar und eindeutig ist.

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

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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Zauner