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-302906/4/Kl/CG

Datum:
Linz, 18. März 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde des A B, G, W, Deutschland, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 23. November 2020, GZ: Ge-86/20, wegen einer Verwaltungsübertretung nach dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG)

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird hinsichtlich der Strafe insofern stattgegeben als die Geldstrafe auf 1.000 Euro herabgesetzt wird. Im Übrigen wird die Beschwerde mit der Maßgabe abgewiesen, dass im Spruch nach dem Wort „Organ“ der Ausdruck „(handelsrechtlicher Geschäftsführer)“ einzufügen ist.

II. Der Kostenbeitrag zum erstbehördlichen Verfahren ermäßigt sich auf 100 Euro. Zum Beschwerdeverfahren ist kein Kostenbeitrag zu leisten.

III. 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

1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 23. November 2020, Ge-86/20, wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe von 1.500 Euro wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 21 Abs. 1 Z. 1 iVm § 26 Abs. 1 Z. 3 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz verhängt, weil er als zur Vertretung nach außen befugtes Organ der Firma A G-GmbH mit Sitz in G, W, Deutschland, verwaltungsstrafrechtlich zu vertreten hat, dass die Arbeitnehmer oa. Firma Hr. E M (geb. am x) und Hr. M Q (geb. x) durch oa. Firma zumindest am 26.5.2020 um 12.30 Uhr zu einer Arbeitsleitung nach Österreich entsandt wurde, sodass dieser zu oa. Tatzeitpunkt in S, P, am Gebäude des F K P S mit Glasreinigungsarbeiten beschäftigt wurden.
Diese konnten keine Sozialversicherungsunterlagen (A1-Formular) vorlegen.
Da Beschäftiger für jede nach Österreich entsandte Arbeitskraft für die Dauer der Entsendung die Unterlagen gem. § 21 (1) Ziff. 1 LSD-BG (Sozialversicherungsunterlagen) bereitzuhalten haben, stellt dies eine Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) dar.

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und die Aufhebung des Straferkenntnisses beantragt. Im Wesentlichen wurde dargelegt, dass durch die Personalabteilung die ZKO3-Meldung nicht vorgenommen worden sei. Im Übrigen aber habe der Geschäftsführer eine digitale Cloudlösung nachweislich realisiert, sodass jeder Teamleiter und Mitarbeiter die erforderlichen Unterlagen an jedem Ort jederzeit per Bildtelefon, Tablet oder Computer abrufen könne. Das A1-Formular sei am Tag der Entsendung bei der Krankenkasse AOK Freising beantragt worden und sei eine nachträgliche Beantragung bei kurzfristigen Geschäftsreisen möglich. Grund der nachträglichen Beantragung sei in der Entsendung von einem anderen Team aus Corona-Gründen gelegen. A1-Entsendemeldungen vom 26.5.2020 hinsichtlich der beiden Arbeiter wurden als Beweis angeschlossen.

3. Der Magistrat der Stadt Steyr hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt vorgelegt und darauf hingewiesen, dass keine verwaltungsstrafrechtlichen Vormerkungen gegen den Beschwerdeführer aufscheinen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme. Da der Sachverhalt unbestritten ist und von keiner Partei eine mündliche Verhandlung beantragt wurde und eine mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, konnte eine öffentliche mündliche Verhandlung gemäß § 44 Abs. 4 VwGVG entfallen.

4.1. Folgender Sachverhalt ist erwiesen und wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Der Beschwerdeführer ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der A G-GmbH mit Sitz im G, W in Deutschland.
Bei einer Kontrolle am 26. Mai 2020 um 12:30 Uhr wurden beim F K P S in S 2 Arbeitnehmer der A G-GmbH bei Fensterreinigungsarbeiten angetroffen. Die Arbeiter waren nicht zur österreichischen Sozialversicherung angemeldet und nach Österreich zur Arbeitsleistung entsandt. Sie wurden aufgefordert, Arbeitsvertrag oder Dienstzettel in deutscher oder englischer Sprache, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweis oder Banküberweisungsbeleg, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend der Lohneinstufung in deutscher Sprache sowie Sozialversicherungsdokument vorzulegen. Es konnten von keinem Arbeiter diese Unterlagen vorgelegt werden. Auch konnte kein Sozialversicherungsdokument A 1 vorgelegt werden. Weiters wurde keine ZKO3-Meldung erstattet.
Noch während der Kontrolle am 26. Mai 2020 wurden um 13:07 Uhr per E-Mail vom Kontrollorgan näher aufgelistete Unterlagen betreffend die beiden Arbeiter zur unverzüglichen Übermittlung angefordert: ZKO3-Meldung, A1-Dokument, Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Lohnzettel (März 2020 bis April 2020), Lohnzahlungsnachweis (März 2020 bis April 2020), Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen (März 2020 bis April 2020) und Unterlagen betreffend Lohneinstufung. Nach der Kontrolle am 26. Mai 2020 um 15:06 Uhr wurde von der Firma per E-Mail dem Finanzamt mitgeteilt, dass die gewünschten Unterlagen zeitnah übermittelt werden.
Mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 23. Juli 2020 wurde dem Beschwerdeführer als zur Vertretung nach außen befugtes Organ der Fa. A G-GmbH mit Sitz in Deutschland vorgeworfen, dass die beiden namentlich genannten Arbeitnehmer am 26.5.2020 um 12:30 Uhr zur Arbeitsleistung (Glasreinigungsarbeiten) nach Österreich entsandt wurden, wobei die Arbeitnehmer keine Sozialversicherungsunterlagen (A1-Formular) vorlegen konnten. Beschäftiger haben für jede nach Österreich entsandte Arbeitskraft für die Dauer der Entsendung die Unterlagen gem. § 21 Abs. 1 Z.1 LSD-BG bereitzuhalten.
Mit Rechtfertigung des Beschwerdeführers vom 28. Juli 2020 wurde mitgeteilt, dass wegen Krankheit der geplanten Mitarbeiter kurzfristig umgeplant werden musste und die genannten Mitarbeiter eingesetzt und am gleichen Tag ordnungsgemäß entsendet wurden. Aus diesem Grund konnten sie die A1-Entsendebescheinigungen nicht vorlegen.
Auch in der Beschwerde wird vom Beschwerdeführer dargelegt, dass ein A1-Dokument erst am Kontrolltag 26.5.2020 um 13:55 Uhr beantragt wurde. Es ist daher auch seitens des Beschwerdeführers unbestritten, dass zum Zeitpunkt der Kontrolle ein A1-Formular für die beiden Arbeiter am Arbeits(Einsatz)ort nicht bereitlag und auch nicht elektronisch zugänglich gemacht wurde. Auch wurde ein entsprechender Antrag nicht bereitgehalten oder zugänglich gemacht. Vielmehr wurde der Antrag erst nach der Kontrolle gestellt.

4.2. Dieser Sachverhalt ist auf Grund des Aktenvorganges, insbesondere aufgrund der Stellungnahmen und den Beschwerdeausführungen des Beschwerdeführers erwiesen.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Gemäß § 21 Abs. 1 Z. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016 idF. BGBl. I Nr. 64/2017 (zum Tatzeitpunkt geltende Fassung), haben Arbeitgeber mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft 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, 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. 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.

Gemäß § 26 Abs. 1 Z. 3 LSD-BG begeht, wer als Arbeitgeber oder Überlasser im Sinne des § 19 Abs. 1 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, 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.

5.2. Im Grunde des erwiesenen Sachverhaltes ist unstrittig davon auszugehen, dass zum Kontrollzeitpunkt ein Sozialversicherungsdokument E 101 oder A 1 nicht vorgelegen ist und daher auch nicht vorgewiesen und auch nicht in elektronischer Form unmittelbar vor Ort zugänglich gemacht wurde. Auch wurde ein Nachweis, dass die Erwirkung des Dokuments vor der Entsendung nicht möglich war und auch ein Nachweis, dass ein Antrag auf Ausstellung des Sozialversicherungsdokuments und eine Bestätigung des Sozialversicherungsträgers vorliegt, nicht geltend gemacht und vorgelegt. Dies wurde auch in der Beschwerde vom Beschwerdeführer bekräftigt und zugegeben. Es wurde daher der objektive

Tatbestand der Verwaltungsübertretung eindeutig erfüllt. Auch wenn die nachträgliche Beantragung – wie der Beschwerdeführer ausführt – sozialversicherungsrechtlich möglich ist, so ist nach der geltenden Rechtslage ein rechtzeitiger Antrag und die Gründe hiefür zu dokumentieren und bei einer Kontrolle vorzulegen. Es hat daher auch die entsprechende Verteidigung des Beschwerdeführers nicht dazu geführt, dass die subjektive Tatseite aufgehoben wird. Vielmehr ist dem Beschwerdeführer, welcher über die Grenze Arbeitnehmer entsendet, zuzumuten, dass er sich vor Entsendung über die entsprechenden Voraussetzungen und Bestimmungen erkundigt und bei der zuständigen Behörde Kenntnis verschafft. Ein solches Bemühen wurde vom Beschwerdeführer nicht geltend gemacht. Es war daher zumindest von fahrlässiger Tatbegehung auszugehen.

5.3. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG 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 ist bei ihrer Strafbemessung von Unbescholtenheit des Beschwerdeführers ausgegangen und hat die persönlichen Verhältnisse mit einem monatlichen Nettoeinkommen von 3.500 Euro und keinen Sorgepflichten geschätzt. Sie hat bei der Strafbemessung auch das Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 12. September 2019, Rechtssache Maksimovic, C-64/18 ua. berücksichtigt, wonach Art. 56 AEUV dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung wie jener des LSD-BG entgegensteht, die für den Fall arbeitsrechtlicher Verpflichtungen in Bezug auf die Einholung verwaltungsbehördlicher Genehmigungen und auf die Bereithaltung von Lohnunterlagen die Verhängung von Geldstrafen vorsieht, die einen im Vorhinein festgelegten Betrag nicht unterschreiten dürfen, die für jeden Arbeitnehmer kumulativ und ohne

Beschränkung verhängt werden, zu denen im Fall der Abweisung einer gegen den Strafbescheid erhobenen Beschwerde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von 20 % der verhängten Strafe hinzutritt und im Fall der Uneinbringlichkeit in Ersatzfreiheitsstrafen umgewandelt wird. In der darauffolgenden höchstgerichtlichen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes und Verfassungsgerichtshofes wurde dem Ausspruch dahin Rechnung getragen, dass die Wortfolge „für jede/n Arbeitnehmer/in“ in den Strafbestimmungen des LSD-BG unangewendet zu bleiben hat, sowie dass eine Mindeststrafe sowie die Verhängung einer Ersatzfreiheitsstrafe unbeachtet zu bleiben hat. Diese Umstände konnten auch dem Beschwerdeführer zu Grunde gelegt werden. Der Beschwerdeführer zeigte sich auch kooperativ und geständig und war dies zu berücksichtigen. Auch liegt verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit vor, die strafmildernd gewertet werden konnte. Auch war strafmildernd zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer umgehend im Anschluss an die Kontrolle die sozialversicherungsrechtliche Anmeldung gemacht hat und dies auch im erstbehördlichen Verfahren nachgewiesen hat. Wenngleich dies nicht entschuldigt, so war dies bei der Strafbemessung zu berücksichtigen. Es ist damit kein sozialversicherungsrechtlicher Schaden eingetreten. Auch war auf die nunmehr herrschende schwierige gesamtwirtschaftliche Situation Rücksicht zu nehmen. Es war daher aus diesen Gründen eine geringfügige Herabsetzung der Strafhöhe vorzunehmen. Das nunmehr festgesetzte Strafausmaß ist gerechtfertigt und den persönlichen Verhältnissen des Beschwerdeführers angepasst und auch geeignet, den Beschwerdeführer von einer weiteren Tatbegehung abzuhalten. Gleichzeitig wird der Beschwerdeführer aber auch aufmerksam gemacht, dass bei künftigen Übertretungen mit deutlich höheren Strafen zu rechnen ist.

Eine weitere Strafherabsetzung war nicht gerechtfertigt. Auch konnte nicht von der Verhängung einer Geldstrafe abgesehen werden, da ein geringfügiges Verschulden nicht vorgelegen ist.

5.4. Da die Beschwerde zumindest teilweise Erfolg hat, entfällt ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG. Der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde war auf 10 % der nunmehr verhängten Geldstrafe herabzusetzen.

6. 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 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.

H i n w e i s

Bitte erachten Sie die von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelte Vorschreibung als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde eine aktualisierte Vorschreibung zugesandt.

H i n w e i s

Gemäß § 35 Abs. 2 LSD-BG wird darauf hingewiesen, dass mit der rechtskräftigen Bestrafung die Eintragung des Beschuldigten und jenes Unternehmens, dem die Bestrafung zuzurechnen ist, in die Evidenz des Kompetenzzentrum LSDB verbunden ist.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt