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-303661/9/Py/PP

Datum:
Linz, 24. April 2024

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde des B I, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 7. Dezember 2023, GZ: BHFR/922060001590/22, betreffend Verwaltungsübertretungen nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 22. Februar 2024

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als die verhängten Geldstrafen auf jeweils 365 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafen auf jeweils 56 Stunden herabgesetzt werden. Im Übrigen wird die Beschwerde mit der Maßnahme als unbegründet abgewiesen, als in den Spruchpunkten 1., 2. und 6. die Beschäftigungszeit *„von 01.03.2021 bis 31.05.2021“*, in Spruchpunkt 3. *„von 25.01.2021 bis 31.05.2021“* und in den Spruchpunkten 4. und 5. *„von 01.02.2021 bis 31.05.2021“* eingeschränkt wird.

II. Der Kostenbeitrag für das Verfahren vor der belangten Behörde verringert sich auf 219 Euro. Für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich 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

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt (in der Folge: belangte Behörde) vom 7. Dezember 2023, GZ: BHFR/922060001590/22, wurden in Spruchabschnitt I. über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 111 Abs. 1 Z 1 iVm § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) iVm § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) sechs Geldstrafen in Höhe von je 730 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen in Höhe von je 112 Stunden verhängt. Des Weiteren wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 438 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegen folgende Tatvorwürfe zugrunde:
„1. Tag der Kontrolle: 25.06.2021 um 11:25 Uhr
Ort der Kontrolle: x, x

Sie haben als nach außen Berufener der Firma I GmbH in x, x, zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeberin nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person handelt, von 02.09.2019 bis 31.05.2021 beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Österreichischen Gesundheitskasse zur Pflichtversicherung angemeldet wurde.
Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.
Name: B N
Geb.: x
Arbeitsantritt: 02.09.2019
Beschäftigungsort: x, x

2. Tag der Kontrolle: 25.06.2021 um 11:50 Uhr
Ort der Kontrolle: x, x

Sie haben als nach außen Berufener der Firma I GmbH in x, x, zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeberin nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person handelt, von 29.07.2019 bis 31.05.2021 beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Österreichischen Gesundheitskasse zur Pflichtversicherung angemeldet wurde.
Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.
Name: F B
Geb.: x
Arbeitsantritt: 29.07.2019
Beschäftigungsort: x, x

3. Tag der Kontrolle: 25.06.2021 um 11:00 Uhr
Ort der Kontrolle: x, x

Sie haben als nach außen Berufener der Firma I GmbH in x, x, zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeberin nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person handelt, von 29.07.2019 bis 31.05.2021 beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Österreichischen Gesundheitskasse zur Pflichtversicherung angemeldet wurde.
Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.
Name: F Y
Geb.: x
Arbeitsantritt: 29.07.2019
Beschäftigungsort: x, x

4. Tag der Kontrolle: 25.06.2021 um 11:00 Uhr
   Ort der Kontrolle: x, x

Sie haben als nach außen Berufener der Firma I GmbH in x, x, zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeberin nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person handelt, von 01.11.2020 bis 31.05.2021 beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Österreichischen Gesundheitskasse zur Pflichtversicherung angemeldet wurde.
Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.
Name: I S
Geb.: x
Arbeitsantritt: 01.11.2020
Beschäftigungsort: x, x

5. Tag der Kontrolle: 25.06.2021 um 11:00 Uhr
   Ort der Kontrolle: x, x

Sie haben als nach außen Berufener der Firma I GmbH in x, x, zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeberin nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person handelt, von 01.11.2020 bis 31.05.2021 beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Österreichischen Gesundheitskasse zur Pflichtversicherung angemeldet wurde.
Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.
Name: S S
Geb.: x
Arbeitsantritt: 01.11.2020
Beschäftigungsort: x, x

6. Tag der Kontrolle: 25.06.2021 um 11:35 Uhr
   Ort der Kontrolle: x, x

Sie haben als nach außen Berufener der Firma I GmbH in x, x, zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeberin nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person handelt, von 20.08.2019 bis 31.05.2021

beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Österreichischen Gesundheitskasse zur Pflichtversicherung angemeldet wurde.
Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.
Name: Y S
Geb.: x
Arbeitsantritt: 20.08.2019
Beschäftigungsort: x, x“

Hinsichtlich dreier weiterer Dienstnehmer wurde das gegen den Bf eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren in Spruchabschnitt II. eingestellt.

Begründend führt die belangte Behörde unter Wiedergabe des Verfahrensganges und der Rechtsgrundlagen zum Schuld- und Strafausspruch in Spruchabschnitt I. aus, dass aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens für die belangte Behörde feststeht, dass für die angeführten Dienstnehmer in den angeführten Zeiträumen keine Anmeldungen zur Sozialversicherung in Italien vorlag, da diese durch die italienischen Behörden zurückgezogen wurden. Da auch keine EU-Überlassung dieser Dienstnehmer vorliegt wäre der Bf verpflichtet gewesen, die angeführten Dienstnehmer vor Beschäftigungsbeginn beim zuständigen österreichischen Sozialversicherungsträger anzumelden.

Zur verhängten Strafhöhe wird ausgeführt, dass unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des gegenständlichen Falls mit der Verhängung der gesetzlich vorgesehenen Mindeststrafe das Auslangen gefunden werden kann.

Zur Verfahrenseinstellung in Spruchabschnitt II. führt die belangte Behörde aus, dass die Anmeldungen zur Sozialversicherung der darin angeführten Arbeitnehmer durch die italienischen Behörden nicht zurückgezogen wurden und somit in Italien eine Sozialversicherung zum Zeitpunkt des Dienstantrittes vorlag, weshalb die Einstellung gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG zu verfügen war.

2. Gegen den Schuld- und Strafausspruch in Spruchabschnitt I. wendet sich die rechtzeitig vom Bf im Wege seiner damaligen rechtsfreundlichen Vertretung eingebrachte Beschwerde in der zusammengefasst vorgebracht wird, dass die italienischen Stellen die A1-Formulare für die genannten Zeiträume erst nach dem 31. Mai 2021 zurückgezogen haben und der Bf daher bis zu diesem Zeitpunkt davon ausgehen konnte, dass die in den Spruchpunkten 1. bis 6. genannten Arbeitnehmer bei der Firma I GmbH in B beschäftigt und dort auch gemeldet und krankenversichert waren, weshalb den Bf kein Verschulden an den Verwaltungsübertretungen treffe. Erst mit der Zustellung der Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 5. Juli 2023, GZ: LVwG-302947/25/Kü/MG, betreffend das Beschwerdeverfahren wegen des Vorwurfes der Übertretung des AuslBG, konnte der Bf davon ausgehen, dass eine Überlassung vom Betriebssitz in Italien an die Firma I GmbH in x rechtlich nicht zulässig war.

3. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2023 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses ist gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht. Mit Schreiben vom 23. Jänner 2024 hat das Amt für Betrugsbekämpfung eine Stellungnahme zum Beschwerdevorbringen abgegeben, die dem Bf im Rahmen der Ladung zur öffentlichen mündlichen Verhandlung übermittelt wurde.

Am 22. Februar 2024 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung am Landesverwaltungsgericht Oberösterreich statt, zu der die Verfahrensparteien rechtzeitig geladen wurden. Der Rechtsvertreter des Bf teilte dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Eingabe vom 15. Februar 2024 mit, dass das Vollmachtsverhältnis mit dem Bf aufgelöst wurde. An der Verhandlung haben in weiterer Folge Vertreter des Amtes für Betrugsbekämpfung teilgenommen, die belangte Behörde entschuldigte sich für die mündliche Verhandlung, der Bf ist zur Verhandlung nicht erschienen. Des Weiteren wurde Einsicht genommen in die Verfahrensakte über die beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich durchgeführten bzw. anhängigen Beschwerdeverfahren zu LVwG-302947, LVwG-302946, LVwG-303105, LVwG-303488 sowie LVwG-303489, einschließlich der in diesen Akten befindlichen Urkunden/Unterlagen sowie die Niederschrift über die in den Beschwerdeverfahren zu LVwG-302947, LVwG-302946 und LVwG-303105 durchgeführten mündlichen Verhandlungen.

4.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem Sachverhalt aus:

Der Bf war in den angeführten Tatzeiträumen handelsrechtlicher Geschäftsführer der I GmbH mit Sitz in x, x. Geschäftszweig dieser Firma ist vorwiegend die Überlassung von Arbeitskräften, es werden aber auch Bauarbeiten durchgeführt.

Mit Beschluss vom 27. November 2017 wurde vom Bf als Geschäftsführer der I GmbH die Gründung einer Zweigniederlassung in Italien gemäß Art. 2508 des italienischen Zivilgesetzbuches beschlossen. Diese Zweigniederlassung an der Adresse x in B wurde am 9. Jänner 2018 unter der Nr. x im Handelsregister eingetragen. Als Rechtssitz ist im Handelsregister die I GmbH mit Sitz in x eingetragen. Am Standort in B verfügt die I GmbH über Büroräumlichkeiten. Im selben Gebäude in B ist auch die I s.r.l., welche ihren Hauptsitz in B hat, untergebracht. Diese Firma betreibt in B ein Lager für Baumaterialien, welches von Unternehmen des Bf mitbenutzt werden konnte. Im Tatzeitraum beschäftigte die I GmbH, Niederlassung B, ca. 5 bis 6 Büroangestellte und etwa 30 bis 40 Arbeiter.

Der Bf fungierte als Geschäftsführer der Niederlassung in Italien und war dort unter anderem auch dafür zuständig, Arbeitsverträge mit den einzelnen Arbeitern abzuschließen. Die erforderlichen Papiere der Arbeiter wurden vom Bf selbst bzw. seinem Bruder, welcher ebenfalls in der I GmbH beschäftigt ist, kontrolliert. Drittstaatsangehörige Arbeiter, welche vor allem aus Nordmazedonien, Kosovo und Albanien stammten, verfügten in Italien über Aufenthaltstitel und Arbeitsberechtigungen und hatten auch mehrheitlich ihren Hauptwohnsitz in Italien. Die Anmeldungen der einzelnen Arbeiter zur Sozialversicherung sowie die Lohnverrechnung erfolgten in Italien durch eine vom Land Südtirol eingerichtete ausschließlich für Handwerksbetriebe tätige Firma. Einzelne Arbeitsverträge sowie Lohnabrechnungen der I GmbH B wurden vom Bf im Zuge der beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich anhängigen Beschwerdeverfahren vorgelegt, zudem existieren Kontobelege die verdeutlichen, dass die Lohnzahlungen für die mittels Arbeitsvertrag bei der Zweigniederlassung der I GmbH in B beschäftigten Arbeiter auf italienische Konten geleistet wurden.

Ebenso im Jahr 2018 gründete die I GmbH eine Zweigniederlassung in Slowenien an der Firmenadresse x, x. Diese Zweigniederlassung ist seit 30. Mai 2018 im slowenischen Handelsregister unter der Nummer x, eingetragen. Auch im slowenischen Handelsregister ist als Geschäftsführer der Zweigniederlassung der Bf registriert. Die Zweigniederlassung in L bestand aus Büroräumlichkeiten. Ein Lager für Baumaterialien war nicht vorhanden. Mit der Buchhaltung und Lohnverrechnung war ähnlich wie am Standort in Südtirol eine Lohn- und Steuerberater Kanzlei beauftragt.

Da das Hauptgeschäft der I GmbH mit Sitz in x in der Arbeitskräfteüberlassung gelegen ist, wurden die mittels Arbeitsverträge bei der I GmbH Niederlassung B und Niederlassung L beschäftigten und angemeldeten Arbeitnehmer für den Fall, dass die I GmbH x über zu wenig Personal verfügte, überlassen. Die I GmbH x hat diese drittstaatsangehörigen Arbeitskräfte an Baufirmen in Österreich überlassen. Die schriftlichen Vereinbarungen über die Arbeitskräfteüberlassung unterzeichnete die I GmbH x, abgerechnet wurde zu den für die geleisteten Arbeitsstunden I GmbH vereinbarten Preise.

Ein Großteil der bei mehreren Kontrollen der Finanzpolizei auf österreichischen Baustellen angetroffenen, zumeist drittstaatsangehörige, Arbeiter, die über die österreichische I GmbH mit Sitz in x an einheimische Baufirmen überlassen oder entsandt wurden, war bei der Firma I GmbH mit Sitz in B, x, zur Sozialversicherung mit entsprechenden A1-Bestätigungen, gemeldet, so auch die sechs verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmer.

Diese hatten einen Arbeitsvertrag mit der I GmbH B abgeschlossen und wurden am 25. Juni 2021 auf einer Baustelle in G anlässlich einer Kontrolle durch Organe

der Finanzpolizei angetroffen, die von der I GmbH x an die Baufirma B zur Arbeitsleistung überlassen wurden.

Erhebungen der Österreichischen Gesundheitskasse hinsichtlich der Beschäftigungszeiten in Österreich der angeführten Arbeiter ergaben, dass von der I GmbH x zuletzt
N B vom 01.03.2021 bis 15.12.2021
B F vom 01.03.2021 bis 12.11.2021
Y F vom 25.01.2021 bis 15.12.2021
S I vom 01.02.2021 bis 17.12.2021
S S vom 01.02.2021 bis 17.12.2021 und
S Y vom 01.03.2021 bis 15.12.2021
ohne Anmeldung zur Sozialversicherung vor Arbeitsantritt beschäftigt wurden.
Die davor liegenden, ebenfalls von der ÖGK erhobenen Beschäftigungszeiträume wurden bereits drei Jahre vor der gegenständlichen Entscheidung abgeschlossen.

Aufgrund der Erhebungen durch die Finanzpolizei und nach Übermittlung der dabei zutage getretenen Unterlagen an die maßgeblichen italienischen Behörden wurde von der Finanzwache Landeskommando B sowie vom nationalen Arbeitsinspektorat am INPS-B ein „Einheitlicher Feststellungs- und Zustellungsbericht Nr. x - Abteilungskennzahl x - fortlaufende Prot.-Nr. x“ erstellt und unter anderem die Annullierung von Versicherungsposition der konkret aufgelisteten Arbeitnehmer ausgesprochen. Beim gesetzlichen Sozialversicherungsträger Istituto Nazionale della Previdenza Sociale – INPS müssen Arbeitnehmer von ihren Arbeitgebern in Italien zur Sozialversicherung angemeldet werden.

In diesem Rechtsakt vom 28. September 2021 über die Überprüfung der I GmbH mit Sitz in x, x, die I GmbH mit Sitz in B, x, über den Zeitraum 1. Jänner 2018 bis 31. Mai 2021 wurde hinsichtlich der Anmeldung der Arbeitnehmer durch die I GmbH B zur Sozialversicherung festgestellt, dass die Firma I GmbH zu keinem Zeitpunkt ein Anrecht auf Ausstellung der Formblätter A1 durch das INPS für seine bei der italienischen Zweigniederlassung beschäftigten Angestellten hatte, da die gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen weder beim Unternehmen noch bei den Arbeitern vorlagen. Weiters wurde festgehalten, dass das INPS die Formblätter A1 nur ausgestellt hat, da es durch die Kunstgriffe der Firma und die falschen Erklärungen, die vom Bf als gesetzlichem Vertreter abgegeben wurden, in die Irre geführt wurde. Infolgedessen seien diese Entsendungen als nicht echt anzusehen, weshalb das gesamte Arbeitsverhältnis, das formell mit diesen Angestellten abgeschlossen wurde, aufgrund einer unrechtmäßigen Entsendung aufgelöst wird, da es auf italienischem Staatsgebiet niemals zustande gekommen war. Das österreichische Unternehmen hätte diese Arbeiter direkt in Österreich einstellen und sie nach den dortigen Regeln versichern müssen und werden die vom Unternehmen während des Zeitraumes, der Gegenstand der Ermittlungen ist, vorgenommenen Entsendungen für nicht echt erklärt und die Annullierung/Aberkennung

der Bescheinigungen A1 gemäß den Bestimmungen des Artikel 5 der VO (EG) 987/2009 veranlasst.

Des Weiteren wurde durch diesen Rechtsakt die Annullierung der Versicherungspositionen der unter dem Abschnitt „annullierte Arbeitsverhältnisse“ aufgelisteten Arbeitnehmer vorgenommen, unter denen sich auch die sechs verfahrensgegenständlichen Arbeiter wiederfinden.

Im Bericht der italienischen Behörden wird zudem ausgeführt, dass die Annullierung dieser Positionen auch die Annullierung der Beitragsflüsse (zulasten und zugunsten) für jeden einzelnen Arbeitnehmer, die im Lauf der Zeit vom Unternehmen übermittelt wurden, bewirkt. Für 18 – hier nicht verfahrensgegenständliche – bestätigte Arbeitsverhältnisse im Zeitraum Jänner 2018 bis Mai 2021, erfolgte mangels vorliegen der rechtlichen Voraussetzung keine Annullierung.

Die italienischen Behörden halten im Bericht fest, dass im konkreten Fall das Vorliegen des Vorsatzes bei der Begründung der Arbeitsverhältnisse und bei der folgenden Beantragung auf Ausstellung der Formblätter A1 festgestellt wurde. Dazu wird ausführlich dargelegt, aufgrund welcher Beweisergebnisse die zuständigen Stellen zum Ergebnis gelangten, dass die Firma I GmbH mit Sitz in B ab dem Monat Jänner 2018 beim INPS die Ausstellung der Formblätter für beinahe alle der in Italien eingestellten Arbeitnehmer mit wahrheitswidrigen Angabe beantragte, um sie ins Ausland entsenden zu können:

Das INPS konnte hinsichtlich der beantragten A1-Formulare das Vorliegen der von den europäischen Rechtsvorschriften vorgesehenen Voraussetzungen für deren Ausstellung nicht im Voraus überprüfen, da aufgrund der Neugründung der Zweigniederlassung der Firma in Italien Ende 2017 keine konsolidierten Daten (Umsatz, Kunden, Verträge usw.) vorlagen und das Unternehmen auf italienischem Staatsgebiet vorher keine Tätigkeit ausgeübt hatte. Die zuständige Behörde musste daher der Ersatzerklärung gemäß Art. 46 und 47 des D.P.R. Nr. 445 vom 28. Dezember 2000 Vertrauen schenken, die der Bf gegenüber dem INPS abgegeben hat.

Der Bf erklärte dazu am 21. März 2018 dem INPS wie folgt: *„Die Firma hat den Verwaltungssitz in Italien (6 Angestellte)*

- *die Arbeitnehmer werden in Italien mit italienischen Arbeitsverträgen eingestellt*
- *der Großteil der Verträge mit Kunden wird in Italien abgeschlossen*
- *für den Großteil der Verträge, die vom entsendenden Unternehmen mit seinen Kunden und seinen Unternehmen abgeschlossen werden, wird italienisches Recht angewandt*
- *es lässt sich vorhersehen, dass der Umsatz, der in Italien erzielt wird, 25 % des Gesamtumsatzes des Jahres 2018 übersteigen wird“*

In der Entscheidung der italienischen Behörde wird unter Anführung der dazu erhobenen Beweise weiter ausgeführt, dass die vom Bf gegenüber den italienischen Sozialversicherungsträger abgegebenen Erklärungen nicht den Tatsachen entsprachen und das INPS die Formblätter A1 nicht ausgestellt hätte, wenn der Bf die tatsächliche Situation über die Geschäftstätigkeit dargelegt hätte. Im Rechtsakt von Finanzwache und INPS wird dazu festgestellt, dass die vom Bf abgegebenen Erklärungen weder unter formellen, noch unter materiellen Gesichtspunkt als der Realität entsprechend betrachtet werden können.

Im Zeitraum vom September 2018 bis Dezember 2020 wurden so 239 Anträge auf Ausstellung des Formblattes A1 vorgelegt, in denen 239 Mal eine solche Erklärung vom Bf abgegeben wurde. Anfang des Jahres 2021 wurden erneut Anträge auf Ausstellung von A1-Formularen gestellt und darin etwa behauptet, dass der im Jahr 2020 in Italien erzielte Umsatz einem Prozentsatz von 30 % des Gesamtumsatzes entsprechen würde. Aus der Überprüfung der Rechnungen sei jedoch hervorgegangen, dass der in Italien erzielte Umsatz tatsächlich einen Prozentsatz von 0,3 % erreichte, woraus neuerlich ersichtlich ist, dass die für diesen Zeitraum angegebenen Erklärungen wieder darauf ausgelegt waren, durch die Angabe falscher Tatsachen die Ausstellung von A1-Formularen durch das INPS zu erreichen, die dem Unternehmen sonst nicht zugestanden wären.

Abschließend führt das Dokument der italienischen Behörden die Beschwerdemöglichkeiten gegen die damit ausgesprochenen Verfügungen an.

Im Anhang sind die Namen sowie die Beschäftigungsdaten der von der Annullierung betroffenen Arbeitnehmer, darunter die in den Spruchabschnitt I in den Spruchpunkten 1. – 6. angeführten Arbeitnehmer.

Die Österreichische Gesundheitskasse (ÖGK) hat in weiterer Folge rückwirkend die Versicherungspflicht von mehr als 250 Arbeitern, darunter die sechs nunmehr im vorliegenden Straferkenntnis angeführten Arbeitnehmer festgestellt, wobei im Hinblick auf den Umstand, dass die ÖGK davon ausgegangen ist, dass die Arbeiter in den Wintermonaten tatsächlich nicht eingesetzt wurden, unter Berücksichtigung der Verjährungsfrist und das im Straferkenntnis ausgesprochene Ende der Tatzeit mit 31. Mai 2021 die dem Bf zur Last gelegten Tatzeiträume auf das nunmehr festgelegte Ausmaß einzuschränken waren.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt, insbesondere dem Strafantrag, den von den Parteien vorgelegten Urkunden und Unterlagen sowie den Verfahrensakten der beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu den vergleichbaren Sachverhalten geführten Beschwerdeverfahren hinsichtlich des Tatvorwurfes der Übertretung von Bestimmungen des AuslBG.

Unbestritten ist, dass der Firmensitz der I GmbH in x gelegen ist und im Jahr 2018 in Italien und Slowenien Zweigniederlassungen gegründet wurden. Die im Straferkenntnis vorgeworfenen, nunmehr eingeschränkten Tatzeiträume sind ebenfalls unstrittig.

Die Feststellungen zur Gebarung der Zweigniederlassungen, insbesondere jener in B, resultieren aus den Stellungnahmen des Amtes für Betrugsbekämpfung hinsichtlich der im Rahmen der umfangreichen Ermittlungen festgestellten Sachverhaltslage sowie den im Rechtsakt der zuständigen italienischen Behörden vom 28. September 2021 getroffenen Feststellungen und Verfügungen.

Die Vorgangsweise des Bf hinsichtlich des Antrages auf Ausstellung der Formblätter A1 sowie seine dazu gegenüber dem INPS abgegebenen, nicht den Tatsachen entsprechenden Erklärungen, sind den ausführlichen Schilderungen der Beweiserhebungen (vgl. dazu insb. S. 3-4 sowie 38-40 der deutschen Übersetzung des angeführten Rechtsaktes der italienischen Behörden) zu entnehmen. Im Bericht sind auch jene Umstände und Widersprüche angeführt, aus denen auf ein betrügerisches Vorgehen geschlossen wurde und die in weiterer Folge zur gänzlichen Annullierung der A1-Bescheinigungen der im Bericht aufgelisteten Arbeiter, unter denen sich auch die sechs gegenständlichen befinden, führten und die im gegenständlichen Verfahren unwidersprochen blieben.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. Die im vorliegenden Verfahren maßgeblichen Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) lauten wie folgt:

„Vollversicherung
§ 4

[...]
(2) Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen. Als Dienstnehmer gelten jedenfalls Personen, die mit Dienstleistungsscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG), BGBl. I Nr. 45/2005, entlohnt werden. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer nach § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist, es sei denn, es handelt sich um
1. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. a oder b EStG 1988 oder
2. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. c EStG 1988, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen oder
3. Bezieher/innen von Geld- oder Sachleistungen nach dem Freiwilligengesetz.
[...]

An- und Abmeldung der Pflichtversicherten
§ 33

(1) Die Dienstgeber haben jede von ihnen beschäftigte, nach diesem Bundesgesetz in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Vollversicherte und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden und binnen sieben Tagen nach dem Ende der Pflichtversicherung abzumelden. Die An(Ab)meldung durch den Dienstgeber wirkt auch für den Bereich der Unfall- und Pensionsversicherung, soweit die beschäftigte Person in diesen Versicherungen pflichtversichert ist.
[...]

Verstöße gegen melderechtliche Vorschriften
§ 111

(1) Ordnungswidrig handelt, wer als Dienstgeber oder sonstige nach § 36 meldepflichtige Person (Stelle) oder nach § 42 Abs. 1 auskunftspflichtige Person oder als bevollmächtigte Person nach § 35 Abs. 3 entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes

1. die Anmeldung zur Pflichtversicherung oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet oder
2. Meldungsabschriften nicht oder nicht rechtzeitig weitergibt oder
3. Auskünfte nicht oder falsch erteilt oder
4. gehörig ausgewiesene Bedienstete der Versicherungsträger während der Betriebszeiten nicht in Geschäftsbücher, Belege und sonstige Aufzeichnungen, die für das Versicherungsverhältnis bedeutsam sind, einsehen lässt oder
5. gehörig ausgewiesenen Bediensteten der Versicherungsträger einen Ausweis oder eine sonstige Unterlage zur Feststellung der Identität nicht vorzeigt oder
6. gehörig ausgewiesenen Bediensteten der Versicherungsträger die zur Durchführung ihrer Aufgaben erforderlichen Auskünfte nicht erteilt.

(2) Die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 ist von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu bestrafen, und zwar

– mit Geldstrafe von 730 € bis zu 2 180 €, im Wiederholungsfall von 2 180 € bis zu 5 000 €,
– bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen,

sofern die Tat weder den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet noch nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist. Unbeschadet der §§ 20 und 21 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 kann die Bezirksverwaltungsbehörde bei erstmaligem ordnungswidrigen Handeln nach Abs. 1 die Geldstrafe bis auf 365 € herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

(3) Die Verjährungsfrist bei Verwaltungsübertretungen nach Abs. 2 beträgt ein Jahr.

(4) Die Versicherungsträger, das Amt für Betrugsbekämpfung und die Abgabenbehörden des Bundes, deren Prüforgane Personen betreten haben, sind verpflichtet, alle ihnen auf Grund der Betretung zur Kenntnis gelangenden Ordnungswidrigkeiten nach Abs. 1 bei der Bezirksverwaltungsbehörde anzuzeigen.

(5) Die Verwaltungsübertretung gilt als in dem Sprengel der Bezirksverwaltungsbehörde begangen, in dem der Sitz des Betriebes des Dienstgebers liegt."

5.2. Die Beurteilung nach dem System der sozialen Sicherheit welchem Mitgliedsstaats Beschäftigte unterliegen, richtet sich nach der Verordnung EG-883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO 883/2004). Nach Art. 11 Abs. 1 VO 883/2004 sind auf eine Person, für die die Verordnung gilt, stets nur die Rechtsvorschriften eines einzigen Mitgliedsstaats anwendbar, wobei dies, vorbehaltlich der vorgesehenen Ausnahmen – grundsätzlich jener Staat ist, in dem die Person eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausübt (vgl. Art. 11 Abs. 3 lit. a VO 883/2004; Beschäftigungsstaatsprinzip). Es kommt dabei auf den Ort an, wo die betreffende Person die mit der Tätigkeit verbundenen Handlungen tatsächlich konkret ausführt; indes ist unerheblich, in welchem Staat sich der Wohnsitz des Arbeitnehmers bzw. des Selbständigen oder der Sitz des Arbeitgebers befindet (vgl. VwGH 29.01.2020, Ra 2016/08/0040, mwN).

Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit legt hinsichtlich der Rechtswirkung der in einem anderen Mitgliedsstaat ausgestellten Dokumente und Belege in Abs. 1 fest, dass vom Träger eines Mitgliedsstaates ausgestellte Dokumente, in denen der Status einer Person für die Zwecke der Anwendung der Grundverordnung oder Durchführungsverordnung bescheinigt wird, sowie Belege, auf deren Grundlage die Dokumente ausgestellt wurden, für die Träger der anderen Mitgliedsstaaten solange verbindlich sind, wie sie nicht von dem Mitgliedsstaat in dem sie ausgestellt wurden, widerrufen oder für ungültig erklärt werden.

Im Urteil vom 26. Jänner 2006, C-2/05, Rs Herbosch Kiere, hat der EuGH ausgesprochen, dass ein in einem Mitgliedsstaat ordnungsgemäß ausgestelltes A1-Dokumente für den Sozialversicherungsträger des anderen Mitgliedstaates als verbindlich gilt, solange es vom Aussteller in dem Mitgliedsstaat nicht widerrufen oder für ungültig erklärt wird. In Fällen, in denen die A1-Bescheinigungen betrügerisch erlangt wurden, hat der EuGH dies in seiner Rechtsprechung (vgl. insbesondere EuGH 06.02.2018, Altun u.a., C-359/16 sowie nunmehr auch EuGH 02.04.2020, Vueling Airlines SA u.a., C-370/17 und C-37/18) eingeschränkt. Der Gerichtshof hat dazu ausgeführt, dass sich die Rechtsunterworfenen nach einem allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts nicht in betrügerischer oder missbräuchlicher Weise auf Rechtsvorschriften der Union berufen können. Im vorliegenden Fall hat der Bf willentliche Handlungen getroffen, nämlich die unzutreffende Darstellung der tatsächlichen Situation der Geschäftstätigkeit der I GmbH B, um die Voraussetzungen zur Erlangung einer A1-Bescheinigung zu entgehen. Die italienischen Behörden haben dazu umfangreiche Feststellungen

getroffen und ausdrücklich ausgesprochen, dass die – auch für die sechs verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmer – ausgestellten A1-Bescheinigungen durch ausdrücklich falsche Erklärungen, die das Vorliegen der Voraussetzungen darlegen sollten, jedoch nicht den Tatsachen entsprachen, in betrügerischer Absicht erlangt wurden und diese daher widerrechtlich ausgestellt und somit annulliert werden.

Indem die italienischen Behörden durch den Rechtsakt vom 28. September 2021 die Annullierung/Aberkennung gemäß der Bestimmung des Art. 5 VO (EG) 987/2009 der für die gegenständlichen Arbeitnehmer ausgestellten A1 Bescheinigungen aussprachen und feststellten, dass die Voraussetzung zur Anmeldung der Arbeitnehmer in Italien nicht vorlagen und deren Sozialversicherungspflicht ausschließlich nach österreichischem Recht zu beurteilen ist, liegen A1 Bescheinigungen für die verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmer nicht vor.

Da die von der I GmbH x zur Arbeitsleistung überlassenen verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmer vor Beschäftigungsbeginn zu den nunmehr festgelegten Beschäftigungszeiten nicht beim zuständigen österreichischen Sozialversicherungsträger zur Arbeitsleistung angemeldet wurden, ist der objektive Tatbestand der dem Bf zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen als erfüllt zu werten.

6. 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 (Ungehorsamsdelikt).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringung von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die "Glaubhaftmachung" nicht.

Es ist daher zu prüfen, ob sich der Bf entsprechend sorgfältig verhalten hat, um glaubhaft machen zu können, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Der Bf bestreitet ein Verschulden am Zustandekommen der gegenständlichen Verwaltungsübertretung und führt aus, dass er auf die von den italienischen

Behörden ausgestellten A1-Formulare vertrauen durfte. Dem steht jedoch entgegen, dass aus dem festgestellten Sachverhalt zweifelsfrei hervorgeht, dass die Ausstellung der A1-Bescheinigungen vom Bf durch wahrheitswidrige Angaben gegenüber den italienischen Behörden in betrügerischer Absicht durchgeführt wurde, weshalb ein mangelndes Verschulden des Bf mit diesem Vorbringen nicht dargelegt werden kann. Nach den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts können sich Rechtsunterworfene nicht in betrügerischer oder missbräuchlicher Weise auf Rechtsvorschriften der Union berufene (vgl. in diesem Sinne EuGH vom 6. Februar 2018, Altun u.a., C-359/16, EU:C:2018:63, Rn 48 und 49 sowie die dort angeführte Rechtsprechung)

Die vorgeworfenen Verwaltungsübertretungen sind dem Bf daher auch in subjektiver Hinsicht zuzurechnen.

7. 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.

Nach § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren 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 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.

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 der Entscheidung so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs. 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

Die belangte Behörde hat über den Bf die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe verhängt. Im Hinblick auf die zum Tatzeitpunkt vorliegende verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Bf sowie die Berücksichtigung der nunmehr eingeschränkten Tatzeiträume sowie unter Berücksichtigung der langen Verfahrensdauer konnte das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die verhängten

Geldstrafen unter Anwendung des § 20 VStG auf das nunmehr verhängte Strafausmaß herabsetzen.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Bf nicht aufzuerlegen, wenn der Beschwerde auch nur teilweise Folge gegeben worden ist. Aufgrund der Herabsetzung der Strafe war der Verfahrenskostenbeitrag zum Verfahren der belangten Behörde neu festzusetzen.

III. 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 des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen 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, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. 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 e

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Panny