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-301885/10/KLi

Datum:
Linz, 4. Jänner 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde vom 26. März 2018 des L S e.U., x 9, vertreten durch die Dr. B RA-Kommanditpartnerschaft, x 1, B, gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 2. Februar 2018, GZ: Pol-303-SV04-1-2018/1, betreffend die Zahlung einer Sicherheitsleistung gemäß § 34 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG)

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, der angefochtene Bescheid wird ersatzlos aufgehoben und das Verfahren wird eingestellt.

II. 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. Am 31. Jänner 2018 um 13:35 Uhr führten Organe der Abgabenbehörde (Finanzamt Grieskirchen Wels – Finanzpolizei Team 47) auf einer Baustelle in W, x 39, eine Kontrolle durch. Im Zuge dieser Kontrolle wurden vier s Arbeitnehmer eines s Unternehmens angetroffen. Involvierte Unternehmen waren das L S e.U. mit Sitz in P, x 9, und die s x s.r.o. mit Sitz in P, x 29/34, S.

I.2. Mit Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 2. Februar 2018, GZ: Pol-303-SV04-1-2018/1, wurde dem L S e.U. (Beschwerdeführer, Bf) der Erlag einer Sicherheitsleistung in Höhe von 12.800 Euro aufgetragen.

I.3. Der Bf erhob dagegen die Beschwerde vom 26. März 2018, mit welcher beantragt wurde, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung samt Zeugeneinvernahme (1.) den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben, (2.) in eventu den angefochtenen Bescheid aufzuheben und die Angelegenheit zur neuerlichen Verhandlung und Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückzuverweisen; (3.) in eventu den angefochtenen Bescheid dahingehend abzuändern, dass die auferlegte Sicherheitsleistung auf das voraussichtlich noch zu leistende Entgelt von null Euro hergesetzt werde; (4.) in eventu den angefochtenen Bescheid dahingehend abzuändern, dass die auferlegte Sicherheitsleistung auf das voraussichtlich noch zu leistende Entgelt von 3.200 Euro herabgesetzt werde; (5) der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

I.4. Mit Vorlageschreiben vom 29. März 2018 legte die belangte Behörde, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu erlassen, die Beschwerde samt dem Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses entscheidet durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

I.5. Mit Antrag vom 6. April 2018, GZ: LVwG-301885/2/KLi, stellte das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich den Antrag gemäß Art. 140 B-VG auf Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der in diesem Fall anzuwendenden Bestimmungen der §§ 33, 34 LSD-BG, in eventu des § 34 Abs. 8 LSD-BG an den Verfassungsgerichtshof.

I.6. Mit Urteil vom 13. November 2018, Rs. C-33/17, entschied der Gerichtshof der Europäischen Union, zur Frage der Unionsrechtswidrigkeit der Vorgängerbestimmung des § 34 LSD-BG (§ 7m AVRAG), dass Art. 56 AEUV dahin auszulegen ist, dass er einer Regelung eines Mitgliedsstaates wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, wonach die zuständigen Behörden einem inländischen Auftraggeber auferlegen können, die Zahlungen an seinen in einem anderen Mitgliedsstaat ansässigen Vertragspartner zu stoppen und sogar

eine Sicherheitsleistung in Höhe des noch ausstehenden Werklohns zu zahlen, um die Zahlung einer Geldbuße zu sichern, die gegen den Vertragspartner im Fall der Feststellung eines Verstoßes gegen das Arbeitsrecht des ersteren Mitgliedsstaates verhängt werden könnte.

I.7. Mit Beschluss vom 12. Dezember 2018, Zln. G 104/2018-8, G 209/2018-4, G 229/2018-8, G 279/2018-4, führte der Verfassungsgerichtshof u.a. aus, dass die hier relevanten Bestimmungen des LSD-BG aufgrund deren Unionsrechtswidrigkeit unangewendet zu bleiben haben.

II. Nachfolgender Sachverhalt steht fest:

II.1. Das L S e.U. mit Sitz in P, x 9, und die s x s.r.o. mit Sitz in P, x 29/34, S, schlossen am 23. Jänner 2018 eine vertragliche Vereinbarung mit der Bezeichnung „Arbeitnehmerüberlassungsvertrag (geschlossen gemäß Gesetzbestimmung § 642 und des Gesetzes von HGB Nr. 513/1991 des Gesetzblattes“.

II.2. Am 31. Jänner 2018 um 13:35 Uhr führten Organe der Abgabenbehörde (Finanzamt Grieskirchen Wels – Finanzpolizei Team 47) auf einer Baustelle in W, x 39, eine Kontrolle durch. Im Zuge dieser Kontrolle wurden vier s Arbeitnehmer des s Unternehmens angetroffen.

Die Finanzpolizei verfügte am 31. Jänner 2018 gegenüber dem L S e.U. einen Zahlungsstopp gemäß § 34 Abs. 1. LSD-BG. Im Zahlungsstopp vom 31. Jänner 2018, wurde ausgeführt, es läge der begründete Verdacht von Verwaltungsübertretungen der x s.r.o. nach § 19 Abs. 1 bis 4 iVm § 26 Abs. 1 Z 1 LSD-BG in vier Fällen (Meldung nicht oder nicht vollständig erstattet) und nach § 22 Abs. 2 2. Fall iVm § 28 Z 2 in vier Fällen (Lohnunterlagen nicht bereitgestellt) vor.

Eine vorläufige Sicherheit gemäß § 33 LSD-BG habe nicht eingehoben werden können. Das Höchstausmaß der angedrohten Geldstrafen betrage 120.000 Euro. Wegen dieses Gesamtbetrages werde ein Zahlungsstopp verfügt. Auf Grundlage der gesetzlichen Höchstgrenze und des noch zu leistenden Überlassungsentgeltes werde ein Betrag von 12.800 Euro festgesetzt.

II.3. Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 2. Februar 2018, GZ: Pol-303-SV04-1-2018/1, wurde dem L S e.U. der Erlag einer Sicherheitsleistung in Höhe von 12.800 Euro aufgetragen.

Gegen diesen Bescheid erhob dagegen der Bf die Beschwerde vom 26. März 2018, mit welcher beantragt wurde, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung samt Zeugeneinvernahme (1.) den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben,

(2.) in eventu den angefochtenen Bescheid aufzuheben und die Angelegenheit zur neuerlichen Verhandlung und Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückzuverweisen; (3.) in eventu den angefochtenen Bescheid dahingehend abzuändern, dass die auferlegte Sicherheitsleistung auf das voraussichtlich noch zu leistende Entgelt von null Euro hergesetzt werde; (4.) in eventu den angefochtenen Bescheid dahingehend abzuändern, dass die auferlegte Sicherheitsleistung auf das voraussichtlich noch zu leistende Entgelt von 3.200 Euro herabgesetzt werde; (5) der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

II.4. Eine vorläufige Sicherheitsleistung gemäß § 33 LSD-BG wurde nicht festgesetzt. Die L S e.U. hat zwischenzeitig eine Sicherheitsleistung in Höhe von 3.200 Euro (das nach ihrem Beschwerdevorbringen maximal mögliche Überlassungsentgelt) hinterlegt.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich vollständig und schlüssig aus dem Akteninhalt der belangten Behörde. Dieser Sachverhalt ist außerdem unstrittig.

III.2. Strittig ist aber die Frage der Verfassungswidrigkeit bzw. der Unionsrechtswidrigkeit des § 34 LSD-BG. Dies ist keine Sachverhaltsfrage, sondern eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

III.3. Von einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte Abstand genommen werden, zumal die belangte Behörde eine solche nicht beantragt hat sowie der Bf eine solche zwar beantragt hat, aber auf Grund der Beweiserhebungen durch Akteneinsichtnahme sowie der Klärung der dargestellten Rechtsfragen durch den Gerichtshof der Europäischen Union und den Verfassungsgerichtshof ersichtlich ist, dass der Beschwerde Folge zu geben, der angefochtene Bescheid aufzuheben und das Verfahren einzustellen ist. Von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte daher ungeachtet eines Parteiantrages gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG abgesehen werden.

IV. Rechtslage:

IV.1. § 33 LSD-BG regelt die Leistung einer vorläufigen Sicherheit:

„Liegt der begründete Verdacht einer Verwaltungsübertretung nach den §§ 26, 27, 28, 29 Abs. 1 oder 31 Abs. 4 vor und ist im Einzelfall auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen, dass die Strafverfolgung oder der Strafvollzug aus Gründen, die in der Person des Arbeitgebers (Auftragnehmers) oder in der Person des Überlassers liegen, unmöglich oder wesentlich erschwert sein wird, sind die Organe der Abgabenbehörden ermächtigt,

eine vorläufige Sicherheit bis zum Höchstmaß der angedrohten Geldstrafe festzusetzen und einzuheben. Soweit der Tätigkeitsbereich der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse betroffen ist, haben die Abgabenbehörden diese über die Einhebung einer vorläufigen Sicherheit zu verständigen. Die Ansprechperson im Sinne des § 19 Abs. 3 Z 3 gilt als Vertreter des Arbeitgebers, falls dieser oder ein von ihm bestellter Vertreter bei der Amtshandlung nicht anwesend ist. Auf nach dem ersten Satz eingehobene vorläufige Sicherheiten sind die §§ 37a Abs. 3 bis 5 und 50 Abs. 6 letzter Satz VStG sinngemäß anzuwenden. Die Abgabenbehörden sind ermächtigt, dem Arbeitgeber (Auftragnehmer) oder Überlasser zu gestatten, die vorläufige Sicherheit auch in bestimmten fremden Währungen oder mit Scheck oder Kreditkarte zu entrichten. Mit der Überweisung nach § 34 Abs. 4 oder der Erlegung einer Sicherheit nach § 34 Abs. 9 ist eine Beschlagnahme aufzuheben."

IV.2. § 34 LSD-BG regelt den Zahlungsstopp bzw. die Sicherheitsleistung:

„(1) Liegt der begründete Verdacht einer Verwaltungsübertretung nach §§ 26, 27, 28, 29 Abs. 1 oder 31 Abs. 4 vor und ist im Einzelfall auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen, dass die Strafverfolgung oder der Strafvollzug aus Gründen, die in der Person des Arbeitgebers (Auftragnehmers) oder in der Person des Überlassers liegen, unmöglich oder wesentlich erschwert sein wird, können die Abgabenbehörden in Verbindung mit den Erhebungen nach § 12 sowie die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse dem Auftraggeber, bei einer Überlassung dem Beschäftiger schriftlich auftragen, den noch zu leistenden Werklohn oder das noch zu leistende Überlassungsentgelt oder Teile davon nicht zu zahlen (Zahlungsstopp). Gegen die Verhängung eines Zahlungsstopps ist kein Rechtsmittel zulässig. Der Zahlungsstopp ist in jenem Ausmaß nicht wirksam, in dem der genannte Betrag höher ist als der noch zu leistende Werklohn oder das noch zu leistende Überlassungsentgelt. Der Zahlungsstopp darf nicht höher sein als das Höchstmaß der angedrohten Geldstrafe.
(2) Leistet der Auftraggeber oder der Beschäftiger entgegen dem Zahlungsstopp den Werklohn oder das Überlassungsentgelt, gilt im Verfahren nach Abs. 4 der Werklohn oder das Überlassungsentgelt als nicht geleistet. Die Abgabenbehörden dürfen einen Zahlungsstopp nur dann auftragen, soweit eine vorläufige Sicherheit nach § 33 nicht festgesetzt oder nicht eingehoben werden konnte. Die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse darf einen Zahlungsstopp nicht verhängen, wenn sie von den Abgabenbehörden über die Einhebung einer vorläufigen Sicherheit nach § 33 verständigt wurde. Leistet der Auftragnehmer oder der Überlasser die vorläufige Sicherheit nachträglich oder eine Sicherheit, ohne dass eine solche festgesetzt wurde, aus eigenem, ist der Zahlungsstopp von der Bezirksverwaltungsbehörde durch Bescheid aufzuheben; ein allfälliges Verfahren nach Abs. 4 ist einzustellen.
(3) Die Abgabenbehörden und die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse haben nach Verhängung eines Zahlungsstopps nach Abs. 1 binnen drei Arbeitstagen bei der Bezirksverwaltungsbehörde die Erlegung einer Sicherheit nach Abs. 4 zu beantragen, widrigenfalls der Zahlungsstopp außer Kraft tritt. Die Bezirksverwaltungsbehörde hat darüber innerhalb von vier Wochen ab Einlangen des Antrages zu entscheiden, widrigenfalls der Zahlungsstopp außer Kraft tritt. In diesen Verfahren haben die im ersten Satz genannten Einrichtungen Parteistellung, soweit diese den Antrag auf Erlegung der Sicherheit gestellt haben. Diese können gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde Beschwerde beim Verwaltungsgericht und gegen das Erkenntnis oder den Beschluss eines Verwaltungsgerichts Revision beim Verwaltungsgerichtshof erheben.
(4) Liegt der begründete Verdacht einer Verwaltungsübertretung nach den §§ 26, 27, 28, 29 Abs. 1 oder 31 Abs. 4 vor und ist auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen, dass die Strafverfolgung oder der Strafvollzug aus Gründen, die in der Person des Arbeitgebers (Auftragnehmers) oder in der Person des Überlassers liegen, unmöglich oder wesentlich erschwert sein werde, kann die Bezirksverwaltungsbehörde dem Auftraggeber, bei einer Überlassung dem Beschäftiger durch Bescheid auftragen, den noch zu leistenden Werklohn oder das noch zu leistende Überlassungsentgelt oder einen Teil davon als Sicherheit binnen einer angemessenen Frist zu erlegen. Über Aufforderung der Bezirksverwaltungsbehörde

hat der Auftraggeber den Werkvertrag oder der Beschäftiger die Überlassungsvereinbarung in deutscher Sprache vorzulegen. Die §§ 37 und 37a VStG sind in diesen Fällen, sofern in dieser Bestimmung nicht anderes vorgesehen ist, nicht anzuwenden. Mit Erlassung eines Bescheides fällt der Zahlungsstopp weg.
(5) Als Werklohn oder als Überlassungsentgelt gilt das gesamte für die Erfüllung des Auftrages oder der Überlassung zu leistende Entgelt.
(6) Die Überweisung nach Abs. 4 wirkt für den Auftraggeber oder den Beschäftiger gegenüber dem Auftragnehmer oder dem Überlasser im Ausmaß der Überweisung schuldbefreiend.
(7) Die Sicherheitsleistung darf nicht höher sein als das Höchstausmaß der angedrohten Geldstrafe. Der Auftraggeber oder der Beschäftiger ist verpflichtet, auf Anfrage der Bezirksverwaltungsbehörde die Höhe und Fälligkeit des Werklohnes oder des Überlassungsentgeltes bekannt zu geben. Können aus dem noch zu leistenden Werklohn oder Überlassungsentgelt die Sicherheitsleistung sowie der sich aus § 67a ASVG und § 82a Einkommenssteuergesetz 1988 (EStG), BGBl Nr 400/1988, ergebende Haftungsbetrag nicht bedeckt werden, kann der Auftraggeber oder der Beschäftiger von seinem Recht zur Leistung des Werklohns an das Dienstleistungszentrum (§ 67c ASVG) jedenfalls Gebrauch machen.
(8) Beschwerden gegen Bescheide nach Abs. 4 haben keine aufschiebende Wirkung.
(9) Die Bezirksverwaltungsbehörde hat die Sicherheit für frei zu erklären, wenn das Verfahren eingestellt wird oder die gegen den Auftragnehmer oder den Überlasser verhängte Strafe vollzogen ist, oder nicht binnen einen Jahres der Verfall ausgesprochen wurde. In Verfahren nach § 29 Abs. 1 findet der erste Satz Anwendung mit der Maßgabe, dass die Sicherheit für frei zu erklären ist, wenn nicht binnen zwei Jahren der Verfall ausgesprochen wurde. Die Sicherheit ist auch dann für frei zu erklären, wenn sie vom Auftragnehmer oder dem Überlasser erlegt wird. Frei gewordene Sicherheitsleistungen sind an den Auftraggeber oder an den Überlasser auszuzahlen.
(10) Die Bezirksverwaltungsbehörde hat die Sicherheit für verfallen zu erklären, sobald sich die Strafverfolgung des Auftragnehmers oder des Überlassers oder der Vollzug der Strafe als unmöglich erweist. § 17 VStG ist sinngemäß anzuwenden.
(11) Für die Verwertung verfallener Sicherheiten gilt § 37 Abs. 6 VStG sinngemäß, wobei ein allfälliger Restbetrag an den Auftraggeber oder den Beschäftiger auszuzahlen ist.“

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen:

V.1. Zentrale Rechtsfragen sind die Frage der Unionsrechtsrechtswidrigkeit (V.2.) und der Verfassungswidrigkeit (V.3.) des § 34 LSD-BG.

V.2. Mit Urteil vom 13. November 2018, Rs. C-33/17, Cepelnik, entschied der Gerichtshof der Europäischen Union zur Frage der Unionsrechtswidrigkeit der Vorgängerbestimmung des § 34 LSD-BG (§ 7m AVRAG), dass Art. 56 AEUV dahin auszulegen ist, dass er einer Regelung eines Mitgliedsstaates wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, wonach die zuständigen Behörden einem inländischen Auftraggeber auferlegen können, die Zahlungen an seinen in einem anderen Mitgliedsstaat ansässigen Vertragspartner zu stoppen und sogar eine Sicherheitsleistung in Höhe des noch ausstehenden Werklohns zu zahlen, um die Zahlung einer Geldbuße zu sichern, die gegen den Vertragspartner im Fall der Feststellung eines Verstoßes gegen das Arbeitsrecht des ersteren Mitgliedsstaates verhängt werden könnte.

V.2.1. Zur Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs führte der EuGH aus:

„37 Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs sind alle Maßnahmen, die die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit untersagen, behindern oder weniger attraktiv machen, als Beschränkungen dieser Freiheit zu verstehen (Urteil vom 4. Mai 2017, Vanderborght, C-339/15, EU:C:2017:335, Rn. 61 und die dort angeführte Rechtsprechung).
38 Ferner verleiht nach ständiger Rechtsprechung Art. 56 AEUV nicht nur dem Erbringer von Dienstleistungen selbst, sondern auch ihrem Empfänger Rechte (Urteile vom 18. Oktober 2012, X, C-498/10, EU:C:2012:635, Rn. 23, sowie vom 3. Dezember 2014, De Clerq u.a., C-315/13, EU:C:2014:2408, Rn. 52).
39 Maßnahmen, wie die im Ausgangsverfahren fraglichen, wonach ein Auftraggeber die Zahlungen an seinen Vertragspartner zu stoppen und eine Sicherheitsleistung in Höhe des noch ausstehenden Werklohns zu zahlen hat, wenn der begründete Verdacht besteht, dass der Dienstleistungserbringer eine Verwaltungsübertretung in Bezug auf nationales Arbeitsrecht begangen hat, können sowohl Auftraggeber aus dem betreffenden Mitgliedsstaat davon abhalten, in einem anderen Mitgliedsstaat ansässige Dienstleistungserbringer heranzuziehen, als auch diese davon abhalten, den genannten Auftraggebern ihre Dienste anzubieten.
40 Wie der Generalanwalt in den Nrn. 37 und 38 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, kann nämlich durch solche Maßnahmen zum einen der Zeitpunkt, zu dem der betreffende Dienstleistungsempfänger den noch ausstehenden Werklohn zu zahlen hat, vorverlegt und dem Dienstleistungsempfänger damit die Möglichkeit genommen werden, wie in der einschlägigen nationalen Regelung übelicherweise vorgesehen, einen Teil des Betrags als Ausgleich für eine mangelhafte oder verspätete Fertigstellung des Werks zurückzubehalten. Zum anderen verlieren in anderen Mitgliedsstaaten ansässige Dienstleistungserbringer durch diese Maßnahmen das Recht, von ihren österreichischen Kunden die Zahlung des noch ausstehenden Werklohns zu verlangen, und sind damit dem Risiko von Zahlungsverzögerungen ausgesetzt.
41 Folglich wird durch Maßnahmen, wie sie in der im Ausgangsverfahren fraglichen nationalen Regelung vorgesehen sind, der freie Dienstleistungsverkehr beschränkt.“

V.2.2. Zur Rechtfertigung der Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs führte der EuGH aus:

„42 Nach gefestigter Rechtsprechung können nationale Maßnahmen, die geeignet sind, die Ausübung der durch den AEUV-Vertrag garantierten Grundfreiheiten zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, dennoch zulässig sein, wenn sie zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entsprechen, wenn sie geeignet sind, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, und wenn sie nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist (Urteil vom 18. Mai 2017, Lahorgue, C-99/16, EU:C:2017:391, Rn. 31 und die dort angeführte Rechtsprechung).
43 Im vorliegenden Fall ist die österreichische Regierung der Auffassung, dass die im Ausgangsverfahren fragliche Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs durch die Ziele des sozialen Schutzes der Arbeitnehmer sowie der Bekämpfung von Betrug, insbesondere Sozialbetrug, und der Verhinderung von Missbräuchen gerechtfertigt sei.

44 Der soziale Schutz der Arbeitnehmer sowie die Bekämpfung von Betrug, insbesondere Sozialbetrug, und die Verhinderung von Missbräuchen sind Ziele, die zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehören, die eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen können (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 19. Dezember 2012, Kommission/Belgien, C-577/10, EU:C:2012:814, Rn. 45, sowie vom 3. Dezember 2014, De Clerq u.a., C-315/13, EU:C:2014:2408, Rn. 65 und die dort angeführte Rechtsprechung).

45 Maßnahmen, wie sie in der im Ausgangsverfahren fraglichen nationalen Regelung vorgesehen sind, die u.a. die Wirksamkeit möglicher Sanktionen gegen einen Dienstleistungserbringer im Fall des Verstoßes gegen arbeitsrechtliche Vorschriften sicherstellen sollen, können als geeignet angesehen werden, die Erreichung derartiger Ziele zu gewährleisten.

46 Zur Frage, ob eine solche Regelung im Hinblick auf die genannten Ziele verhältnismäßig ist, ist erstens festzustellen, dass die zuständigen Behörden dem Auftraggeber nach dieser Regelung auferlegen können, seine Zahlungen an den Dienstleistungserbringer zu stoppen und eine Sicherheitsleistung in Höhe des noch ausstehenden Werklohns zu zahlen, wenn der „begründete Verdacht einer Verwaltungsübertretung“ in Bezug auf nationales Arbeitsrecht vorliegt. Nach dieser Regelung dürfen derartige Maßnahmen somit erlassen werden, noch bevor die zuständige Behörde eine Verwaltungsübertretung festgestellt hat, die auf einen Betrug, insbesondere einen Sozialbetrug, einen Missbrauch oder eine den Schutz der Arbeitnehmer beeinträchtigende Praktik hinweisen würde.

47 Zweitens hat der Dienstleistungserbringer, gegen den der begründete Verdacht besteht, nach dieser Regelung nicht die Möglichkeit, vor dem Erlass der betreffenden Maßnahmen Stellung zu dem im vorgeworfenen Sachverhalt zu nehmen.

48 Drittens entspricht die Höhe der Sicherheitsleistung, die dem betreffenden Dienstleistungsempfänger auferlegt werden kann, nach der im Ausgangsverfahren fraglichen nationalen Regelung der Höhe des bei Erlass dieser Maßnahme noch ausstehenden Werklohns. Da die zuständigen Behörden die Höhe der Sicherheitsleistung somit festlegen können, ohne etwaige Baumängel oder andere Vertragsverstöße des Dienstleistungserbringers bei Erfüllung des Werkvertrags zu berücksichtigen, könnte die Sicherheitsleistung gegebenenfalls erheblich über dem Betrag liegen, den der Auftraggeber an und für sich nach Beendigung der Arbeiten zahlen müsste.

49 Aus jedem der in den vorstehenden drei Randnummern dargelegten Gründe geht eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren fragliche über das hinaus, was zur Erreichung der Ziele des Arbeitnehmerschutzes sowie der Bekämpfung von Betrug, insbesondere Sozialbetrug, und der Verhinderung von Missbräuchen erforderlich ist.“

V.3. Mit Beschluss vom 12. Dezember 2018, Zln. G 104/2018-8, G 209/2018-4, G 229/2018-8, G 279/2018-4, führte der Verfassungsgerichtshof u.a. aus, dass die genannten Bestimmungen des LSD-BG aufgrund deren Unionsrechtswidrigkeit unanwendbar zu bleiben haben.

Im Einzelnen führte der Verfassungsgerichtshof dazu näher aus:

„1. Der Verfassungsgerichtshof ist nicht berechtigt, durch seine Präjudizialitätsentscheidung das antragstellende Gericht an eine bestimmte Rechtsauslegung zu binden, weil er damit indirekt der Entscheidung dieses Gerichtes in der

Hauptsache vorgreifen würde. Gemäß der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes darf daher ein Antrag iSd Art. 139 Abs 1 Z 2 B-VG bzw. des Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. a B-VG nur dann wegen mangelnder Präjudizialität zurückgewiesen werden, wenn es offenkundig unrichtig (denkunmöglich) ist, dass die – angefochtene – generelle Norm eine Voraussetzung der Entscheidung des antragstellenden Gerichtes im Anlassfall bildet (vgl. etwa VfSlg. 10.640/1985, 12.189/1989, 15.237/1998, 16.245/2001 und 16.927/2003).

Dies kann – nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs (vgl. VfSlg. 15.368/1998, 16.293/2001) – auch dann vorliegen, wenn die innerstaatliche Rechtsvorschrift in offenkundigem Widerspruch zu unmittelbar anwendbarem Unionsrecht steht.

2. Mit Urteil vom 13. November 2018, Rs. C-33/17, Cepelnik, hat der Gerichtshof der Europäischen Union ausgesprochen, dass Art. 56 AEUV dahin auszulegen ist, dass er einer Regelung eine Mitgliedsstaats entgegensteht, wonach die zuständigen Behörden einem inländischen Auftraggeber auferlegen können, die Zahlungsgen an seinen in einem anderen Mitgliedsstaat ansässigen Vertragspartner zu stoppen und sogar eine Sicherheitsleistung in Höhe des noch ausstehenden Werklohns zu zahlen, um die Zahlung einer Geldbuße zu sichern, die gegen den Vertragspartner im Fall der Festsetzung eines Verstoßes gegen das Arbeitsrecht des ersteren Mitgliedsstaats verhängt werden könnte.

2.1. Im Ausgangsverfahren, das zur Vorlage der Fragen zur Vorabentscheidung an den Gerichtshof der Europäischen Union vom Bezirksgericht Bad Bleiburg ausgesetzt wurde, war die Vorgängerbestimmung von § 34 LSD-BG, nämlich § 7m Arbeitsvertagsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG). maßgeblich. Beide Bestimmungen (§ 34 LSD-BG und § 7m AVRAG) ermächtig(t)en die Behörde dazu, einen Zahlungsstopp gegenüber dem Vertragspartner eines Arbeitgebers, Auftragnehmers oder Überlassers (mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat) zu verhängen, wenn gegenüber dem Arbeitgeber, Auftragnehmer oder Überlasser der begründete Verdacht einer Verwaltungsübertretung im Zusammenhang mit der Verhinderung von Lohn- und Sozialdumping besteht (insbes. Nichtbereithaltung/fehlende Übermittlung von Lohnunterlagen, Unterentlohnung usw., vgl. § 7b Abs. 8, §§ 7i oder 7k Abs. 4 AVRAG idF BGBl. I 44/2016 bzw. §§ 26, 27, 28, 29 Abs. 1 und § 31 Abs. 4 LSD-BG) und auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass die Strafverfolgung oder der Strafvollzug aus Gründen, die in der Person des Arbeitgebers, Auftragnehmers oder Überlassers liegen, unmöglich oder wesentlich erschwert sein wird.

2.2. Wie sich aus dem erwähnten Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union ergibt, steht das Unionsrecht Bestimmungen wie § 34 LSD-BG entgegen. § 34 LSD-BG ist daher in den Verfahren vor den antragstellenden Gerichten nicht anzuwenden.“

V.4. Wenn eine innerstaatliche Rechtsvorschrift in offenkundigem Widerspruch zu unmittelbar anwendbarem Unionsrecht steht, hat diese unangewendet zu bleiben (Anwendungsvorrang; siehe die oben zu V.3. wiedergegebene Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, VfSlg. 15.368/1998, 16.293/2001, sowie insbesondere den in diesem Verfahren ergangenen Beschluss des VfGH vom 12. Dezember 2018, Zln. G 104/2018-8, G 209/2018-4, G 229/2018-8, G 279/2018-4).

Nationales Recht bleibt insoweit unangewendet, als ein Verstoß gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht gegeben ist. Die Verdrängung darf bloß jenes Ausmaß umfassen, das gerade noch hinreicht, um einen unionsrechtskonformen Zustand herbeizuführen. Dabei sind die unionsrechtlichen Erfordernisse in das nationale Gesetz „hineinzulesen“ (vgl. auch VwGH vom 16. März 2016, Zl. 2015/04/0004).

Die Verdrängungswirkung des Gemeinschaftsrechts hat zur Folge, dass die nationale Regelung in jener Gestalt anwendbar bleibt, in der sie nicht mehr im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht steht (vgl. VwGH vom 17. April 2008, Zl. 2008/15/0064).

Nach den oben dargestellten Ausführungen des Verfassungsgerichtshofes in seinem Beschluss vom 12. Dezember 2018, Zln. G 104/2018-8, G 209/2018-4, G 229/2018-8, G 279/2018-4, haben die genannten Bestimmungen des LSD-BG aufgrund deren Unionsrechtswidrigkeit unanwendbar zu bleiben und werden durch diesen Anwendungsvorrang zur Gänze verdrängt.

V.5. Im Zeitpunkt des Antrages auf Gesetzesprüfung durch das antragstellende Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vom 6. April 2018 lag eine Entscheidung des EuGH zur Unionsrechtswidrigkeit noch nicht vor. Erst mit Urteil vom 13. November 2018, Rs. C-77/13 kam der EuGH zu dem oben dargestellten Ergebnis. Der Beschuss des VfGH stammt sodann vom 12. Dezember 2018, Zln. G 104/2018-8, G 209/2018-4, G 229/2018-8, G 279/2018-4.

Während des anhängigen Gesetzesprüfungsverfahrens ergab sich somit die Unionsrechtswidrigkeit des § 34 LSD-BG.

V.6. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Bestimmung über die Sicherheitsleistung des § 34 LSD-BG aufgrund deren Unionsrechtswidrigkeit unangewendet zu bleiben hat.

Der Auftrag an den Bf, den noch ausstehenden Werklohn als Sicherheitsleistung für eine allfällige Geldbuße zu erlegen, ist somit aus den genannten Erwägungen unzulässig.

V.7. Im Ergebnis war der Beschwerde daher Folge zu geben, der angefochtene Bescheid der belangten Behörde vom 2. Februar 2018, GZ: Pol-303-SV04-1-2018/1, ersatzlos aufzuheben und das Verfahren einzustellen.

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. Die relevanten Rechtsfragen im vorliegenden Fall waren die Unionsrechtswidrigkeit bzw. die Verfassungswidrigkeit des §34 LSD-BG, deren Beurteilung jedoch nicht dem Verwaltungsgerichtshof zukommt.

Zudem wurde die Rechtsfrage betreffend die Unionsrechtswidrigkeit vom EuGH wie oben dargestellt beantwortet.

Die Frage der Verfassungswidrigkeit bzw. die Unanwendbarkeit der relevanten Bestimmung wurde vom Verfassungsgerichtshof wie ebenfalls oben dargestellt beantwortet.

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

Dr. Lidauer