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-302003/6/Kü/KaL

Datum:
Linz, 4. Februar 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde von Ing. J. M., vertreten durch B.| O| M. Rechtsanwaltskanzlei, vom 26. Juni 2018, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung vom 28. Mai 2018, GZ: Ge96-155-2017/Bd, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 16. Jänner 2019

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als die verhängten Geldstrafen auf jeweils 250 Euro und die Ersatzfreiheitstrafen auf jeweils 17 Stunden herabgesetzt werden. Im Übrigen wird das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde wird auf 200 Euro herabgesetzt.

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 Urfahr-Umgebung vom 28. Mai 2018, GZ: Ge96-155-2017/Bd, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 26 Abs. 2 iVm § 22 Abs. 3 Z 1 sowie § 26 Abs. 2 iVm § 21 Abs. 3 Z 3 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) insgesamt acht Geldstrafen in Höhe von jeweils 1.000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit jeweils Ersatzfreiheitsstrafen von 33 Stunden verhängt.

Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zu Grunde:
„1) Sie haben als Verantwortlicher der Firma M.-S. GmbH, mit Sitz in G. X, X F. - diese ist Beschäftiger/in - zu vertreten, dass unten angeführte Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort im Inland während der Dauer der Überlassung nicht bereitgehalten und auch vor Ort nicht unmittelbar in elektronischer Form zugänglich gemacht wurden, obwohl eine Verwaltungsübertretung begeht, wer als Beschäftiger im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung die erforderlichen Unterlagen entgegen § 21 Abs. 3 nicht bereithält oder den Abgabenbehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vor Ort nicht unmittelbar im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich macht.

Folgende Unterlagen wurden nicht am Arbeits(Einsatz)ort im Inland bereitgehalten oder zugänglich gemacht. Sozialversicherungsunterlagen (A1)

a) Arbeitnehmer/in: Y. O., geb. XX.XX.XXXX
Staatsangehörigkeit: U.
Tätigkeit: Montagearbeiten für die Photovoltaikanlage
Arbeitsantritt: 08.08.2017
Arbeits(Einsatz)ort und Kontrollzeit: Baustelle U. L.
Name und Anschrift des Überlassers: S. M. U. S., Z. X/X, X-L

b) Arbeitnehmer/in: I. V., geb. XX.XX.XXXX Staatsangehörigkeit: U.
Tätigkeit: Montagearbeiten für die Photovoltaikanlage
Arbeitsantritt: 08.08.2017
Arbeits(Einsatz)ort Und Kontrollzeit: Baustelle U. L.
Name und Anschrift des Überlassers: S. M. U. S., Z X/X, X-L

c) Arbeitnehmer/in: V. P., geb. XX.XX.XXXX
Staatsangehörigkeit: U.
Tätigkeit: Montagearbeiten für die Photovoltaikanlage
Arbeitsantritt: 08.08.2017
Arbeits(Einsatz)ort und Kontrollzeit: Baustelle U. L.
Name und Anschrift des Überlassers: S. M. U. S., Z. X/X, X-L

d) Arbeitnehmer/in: B. A., geb. XX.XX.XXXX
Staatsangehörigkeit: U.

Tätigkeit: Montagearbeiten für die Photovoltaikanlage
Arbeitsantritt: 08.08.2017
Arbeits(Einsatz)ort und Kontrollzeit: Baustelle U. L.
Name und Anschrift des Überlassers: S. M. U. S., Z. X/X, X-L

Gem. § 21 Abs. 3 Zif. 1 sind folgende Unterlagen bereitzuhalten: Unterlagen über die Anmeldung der Arbeitskraft zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 oder A 1), sofern für die überlassene Arbeitskraft in Österreich keine Sozialversicherungspflicht besteht.
Kann der Überlasser zum Zeitpunkt der Erhebung durch Nachweise in deutscher Spräche belegen , dass ihm die Erwirkung der Ausstellung dieser Dokumente durch den zuständigen Sozialversicherungsträger vor der Überlassung nicht möglich war, gleichwertige Unterlagen in deutscher Sprache (Antrag auf Ausstellung des Sozialversicherungsdokuments E 101 oder A 1; Bestätigung des zuständigen Sozialversicherungsträgers, dass der Arbeitnehmer für die Dauer der Überlassung der ausländischen Sozialversicherung unterliegt).

2) Sie haben als Verantwortlicher der Firma M.-S. GmbH, mit Sitz in G. X, X F. - diese ist Beschäftiger/in - zu vertreten, dass die behördliche Genehmigung der Beschäftigung der überlassenen Arbeitskräfte im Sitzstaat des Arbeitgebers gemäß § 19 Abs. 3 Z 11 am Arbeits(Einsatz)ort im Inland während der Dauer der Überlassung nicht bereitgehalten und auch vor Ort unmittelbar nicht in elektronischer Form zugänglich gemacht würde, obwohl eine Verwaltungsübertretung begeht, wer als Beschäftiger im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung die erforderlichen Unterlagen entgegen § 21 Abs. 3 nicht bereithält oder den Abgabenbehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vor Ort nicht unmittelbar im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich macht

a) Arbeitnehmer/in: Y. O., geb. XX.XX.XXXX
Staatsangehörigkeit: U.;
Tätigkeit: Montagearbeiten für die Photovoltaikanlage
Arbeitsantritt: 08.08.2017
Arbeits(Einsatz)ort und Kontrollzeit: Baustelle U. L.
Name und Anschrift des Überlassers: S. M. U. S., Z. X/X, X-L

b) Arbeitnehmer/in: I. V., geb. XX.XX.XXXX
Staatsangehörigkeit; U
Tätigkeit: Montagearbeiten für die Photovoltaikanlage
Arbeitsantritt: 08.08.2017
Arbeits(Einsatz)ort und Kontrollzeit: Baustelle U. L.
Name und Anschrift des Überlassers: S. M. U. S., Z. X/X, X-L

c) Arbeitnehmer/in: V. P., geb. XX.XX.XXXX
Staatsangehörigkeit: U
Tätigkeit: Montagearbeiten für die Photovoltaikanlage
Arbeitsantritt: 08.08.2017
Arbeits(Einsatz)ort und Kontrollzeit: Baustelle U. L.
Name und Anschrift des Überlassers: S. M. U. S., Z. X/X, X-L

d) Arbeitnehmer/in: B. A., geb. XX.XX.XXXX
Staatsangehörigkeit: U
Tätigkeit: Montagearbeiten für die Photovoltaikanlage
Arbeitsantritt: 08.08.2017
Arbeits(Einsatz)ort und Kontrollzeit: Baustelle U. L.
Name und Anschrift des Überlassers: S. M. U. S., Z. X/X, X-L

Die Kontrolle fand am 09.08.2017 um ca. 13:00 Uhr statt.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:
1a - 1 d) § 26 Abs. 2 iVm § 21 Abs. 3 Z1 LSD-BG
2a - 2 d) § 26 Abs. 2 iVm § 21 Abs. 3 Z3 LSD-BG “

I.2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig im Wege der rechtsfreundlichen Vertretung eingebrachte Beschwerde, in der beantragt wird nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Bescheid aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Begründend wurde festgehalten, dass die M. S. GmbH auf der Baustelle U. L. mit der Montage einer Photovoltaikkonstruktion beauftragt worden sei. Im Rahmen dieses Auftrages habe die M. S. GmbH mit der R. S., mit dem Sitz in P., einen (mündlichen) Werkvertrag über die Montage der Unterkonstruktion samt Modulen der Photovoltaikanlage abgeschlossen.

Ohne Kenntnis des Bf habe die R. S. den gegenständlichen Auftrag an die S. M. U. S., mit dem Sitz in der U., weitergegeben. Von diesem Umstand habe der Bf erst anhand der Kontrolle durch die Finanzpolizei Kenntnis erlangt.

Bei der Montage von Photovoltaikanlagen sei zwischen der Dachmontage (der Montage der Unterkonstruktion und der Module) und der Elektroinstallation zu unterscheiden. Beide Bereiche würden sich stark voneinander unterscheiden und spezifisches Fachwissen erfordern. Die Dachmontage lasse sich daher von der Elektroinstallation selbst problemlos trennen und sei dies in der Branche sogar Usus. Somit sei die Dachmontage als eigenständige Dienstleistung zu qualifizieren.

Das für die Unterkonstruktion erforderliche Material sei von der M. S. GmbH zur Verfügung gestellt worden, die Werkzeuge für die Montage hätte der Werkunternehmer selbst beigebracht. Nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung komme der Materialbeistellung für sich keine große Bedeutung zu.

Gegenständlich habe eine Eingliederung der u. Arbeiter in den Betrieb der M. S. GmbH nicht stattgefunden. Die Arbeiter seien in den vorgegebenen Arbeitsablauf nur insoweit einbezogen worden, als es aufgrund der Natur des Gesamtwerkes und des Fertigstellungstermins nötig gewesen sei. Auch habe eine Dienst- und Fachaufsicht nicht stattgefunden.

Zwischen den Vertragsparteien sei ausdrücklich eine Haftung für Erfolg vereinbart worden. Insgesamt würden daher die Kriterien des § 4 Abs. 2 AÜG nicht vorliegen und daher gegenständlich von keiner Arbeitskräfteüberlassung auszugehen sein. Der Bf könne daher nicht als Beschäftiger für die gegenständliche Verwaltungsübertretung in Anspruch genommen werden.

I.3. Die Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung als belangte Behörde hat das eingebrachte Rechtsmittel samt Bezug habenden Verwaltungsstrafakt mit Schreiben vom 9. Juli 2018 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidungsfindung vorgelegt. Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch seinen nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 16. Jänner 2019, an welcher der Bf in Begleitung seines Rechtsvertreters sowie ein Vertreter des Finanzamtes teilgenommen haben. Zudem wurde ein Zeuge zur mündlichen Verhandlung geladen.

I.5. In der mündlichen Verhandlung zeigte sich der Bf nach seiner Einvernahme geständig und führte aus, dass er nach Beratung mit seinem Rechtsvertreter eingestehe, einen Fehler begangen zu haben und daher die angelastete Verwaltungsübertretung zu verantworten hat. Der Bf führte aus, dass wegen des zum Tatzeitpunkt bestehenden großen Auftragsvolumens und einhergehenden Termindruckes, die vier u. Arbeiter aufgrund der von ihm durchgeführten Bestellung als überlassene Arbeitskräfte eingesetzt worden sind. Nochmals wurde vom Bf darauf hingewiesen, dass er nicht davon gewusst habe, dass sein Vertragspartner, die Firma R. S., den Auftrag wiederrum an Subunternehmer weitergibt und daher der Auftrag zweimal weitergereicht worden ist. Der Bf erläuterte zudem, dass er zusammen mit seinem Rechtsvertreter nunmehr ein Konzept entwickelt hat, um in Zukunft derartigen Fällen vorzubeugen und die gesetzlichen Vorschriften einhalten zu können. Feststeht auch, dass der Bf unmittelbar nach der Kontrolle durch das Finanzamt den Einsatz der u. Arbeiter beendet hat und sodann mit eigenem Personal die Baustelle unter großem Aufwand fertiggestellt hat.

Aus den genannten Gründen hat der Bf in der mündlichen Verhandlung die Beschwerde auf das Strafausmaß eingeschränkt und eine außerordentliche Strafmilderung beantragt. Im Besonderen wurde vom Bf auf sein Eingeständnis und seine Unbescholtenheit hingewiesen und bemerkt, dass er niemals die Absicht hatte illegal Ausländer zu beschäftigen bzw. Lohn- und Sozialdumping zu betreiben.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

II.1. Aufgrund des Schuldbekenntnisses des Bf im Zuge der mündlichen Verhandlung und der Einschränkung der Beschwerde auf das Strafausmaß, hat sich das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit der von der belangten Behörde im Straferkenntnis vorgenommenen Tatumschreibung nicht auseinanderzusetzen und ist der Schuldspruch damit in Rechtskraft erwachsen.

II.2. 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 Verwaltungsstrafrechts sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse 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 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.

Gemäß § 20 VStG kann die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen oder der Beschuldigte ein Jugendlicher ist.
II.3. Die im gegenständlichen Fall zur Anwendung gelangende Strafbestimmung des § 26 LSD-BG sieht vor, dass bei Nichtbereithaltung der erforderlichen Unterlagen entgegen § 21 Abs. 3 LSD-BG im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung der Beschäftiger für jeden Arbeitnehmer mit Geldstrafe im Rahmen von 500 bis 5.000 Euro zu bestrafen ist.

Der Verwaltungsgerichtshof führt in ständiger Rechtsprechung aus, dass hinsichtlich der Anwendung der außerordentlichen Strafmilderung gemäß § 20

VStG nicht die Anzahl der Milderungsgründe ausschlaggebend ist, sondern deren Gewichtung im Verhältnis zu allfällig vorhandenen Erschwerungsgründen. Gegenständlich ist festzuhalten, dass Erschwerungsgründe im gesamten Verfahren nicht hervorgekommen sind. Der Bf hat sich in der mündlichen Verhandlung einsichtig und geständig gezeigt und darauf hingewiesen, dass derartige Fehler bislang in seinem Unternehmen nicht passiert sind und er nunmehr zusammen mit seiner Rechtsberatung umfassend Vorsorge für die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften getroffen hat. Zu beachten ist auch, dass der Bf aufgrund der Kontrolle der Finanzpolizei umgehend reagiert hat und die Zusammenarbeit mit den u. Arbeitern beendet hat. Der Bf hat seinen Fehler und damit sein schuldhaftes Verhalten eingestanden und darauf aufbauend entsprechende Maßnahmen für künftiges gesetzestreues Verhalten gesetzt. Der Bf konnte sohin vor dem erkennenden Richter in der mündlichen Verhandlung glaubhaft seine Einsichtigkeit und die aus dem Vorfall gezogenen Konsequenzen erläutern. Im Hinblick auf den Umstand, dass – wie erwähnt – keine Erschwerungsgründe im Zuge des abgeführten Beschwerdeverfahrens hervorgekommen sind, sind dem einsichtigen und geständigen Verhalten des Bf sowie der einschlägigen Unbescholtenheit jenes Gewicht beizumessen, welches zur Annahme führt, dass vorliegend die Milderungsgründe als beträchtlich überwiegend zu bewerten sind. Insofern konnte daher in Anwendung des § 20 VStG die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe im größtmöglichen Ausmaß reduziert werden. Auch mit dieser Strafe ist, sowohl bezogen auf spezialpräventive als auch generalpräventive Überlegungen, eine im gegenständlichen Fall geeignete Sanktion gesetzt, die dem Bf vor Augen führt, den gesetzlichen Vorgaben im Zusammenhang mit der Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften besonderes Augenmerk zu schenken. Es war daher so wie im Spruch zu entscheiden.

III. Die Entscheidung über die Verfahrenskosten gründet sich auf die Bestimmungen des § 64 VStG bzw. § 52 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. 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 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 den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kühberger