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-302107/7/BZ/PP

Datum:
Linz, 16. Dezember 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Zauner über die Beschwerde des Dr. G.A., X, L., vertreten durch A. GMBH, X, L., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 17. September 2018, GZ: SanRB96-519-2017-Kö, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 11. Dezember 2019

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben, als eine Gesamtstrafe in der Höhe von 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 67 Stunden, verhängt wird.

II. Die behördlichen Verfahrenskosten reduzieren sich auf 100 Euro. Für das Beschwerdeverfahren 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 Wels-Land (im Folgenden: belangte Behörde) vom 17. September 2018, GZ: SanRB96-519-2017-Kö, wurden unter Spruchpunkt A) über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 22 Abs. 2 iVm § 28 Z 3 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) in der zum Tatzeitpunkt anzuwendenden Fassung in zwei Fällen Geldstrafen in der Höhe von jeweils 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit dieser Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 67 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von insgesamt 200 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf und Haftungsausspruch zugrunde:

„Sie haben es als zur Vertretung nach außen Berufener der Firma A. GmbH mit Sitz in E., X, zu verantworten, dass Organen der Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde bei den erforderlichen Erhebungen auf der Baustelle BV L., X, L., am 21.3.2017 um 09:56 Uhr, die Lohnunterlagen, wie Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungs-belege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung, zur Überprüfung der Arbeitnehmer nicht bereitgestellt werden konnten, obwohl Arbeitgeber/innen während des Zeitraumes der Entsendung/Überlassung zur Überprüfung der entsandten/überlassenen Arbeitnehmer für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache, ausgenommen den Arbeitsvertrag (deutsch oder englisch), am Arbeits(Einsatz)ort bereit zu halten oder diese den Abgabebehörden unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich zu machen haben.

Bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung trifft die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen den inländischen Beschäftiger.

1.
Name und Geburtsdatum: A.M., geb. x, StA. Tschechische
Kontroll- bzw. Tatzeitpunkt: 21.03.2017 ab 09:56 Uhr
Beschäftigungs- bzw. Tatort: Baustelle BV L., X, L.

2.
Name und Geburtsdatum: J.M., geb. x, StA. Tschechische Republik
Kontroll- bzw. Tatzeitpunkt: 21.03.2017 ab 09:56 Uhr
Beschäftigungs- bzw. Tatort: Baustelle BV L., X, L.Republik

[...]

B)
Die Firma A. GmbH mit Sitz in E., X, haftet für die im Spruchpunkt A) verhängte Geldstrafe und Verfahrenskosten zu ungeteilter Hand.

Rechtsgrundlage
§ 9 Abs. 7 Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG“

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis haben Sie rechtzeitig Beschwerde, datiert mit 24. Oktober 2018, erhoben und die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens, in eventu die Aufhebung und Zurückverweisung an die Behörde, Erteilung einer Ermahnung bzw. außerordentliche Strafmilderung gemäß § 20 VStG bzw. Verhängung der gesetzlichen Mindeststrafe beantragt.

Begründend wurde kurz zusammengefasst ausgeführt, dass das Verfahren mangelhaft geführt, geltendes ausländisches Recht nicht beachtet worden sei sowie dass keine Arbeitskräfteüberlassung vorliege, da gegenständlich eine Konzernentsendung, vergleichbar mit § 1 Abs. 6 LSD-BG vorliege. Die beiden Arbeitnehmer der A. s.r.o. seien nur zu Probearbeiten auf die Baustelle der A. GmbH „entsandt“ worden. Es sollte abgeklärt werden, ob die Arbeitnehmer für den Einsatz auf österreichischen Baustellen geeignet seien.

I.3. Mit Schreiben vom 6. November 2018 hat die belangte Behörde die Beschwerde samt ihrem Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt.

II.1. Mit Schriftsatz vom 6. Dezember 2019 hat der Bf unter Berufung auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Maksimovic ergänzend im Wesentlichen vorgebracht, dass die den Beschuldigten wegen rein administrativer Verstöße drohenden hohen Geld- sowie Ersatzfreiheitsstrafen unverhältnismäßig und mit Unionsrecht nicht vereinbar seien.

II.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 11. Dezember 2019. Die Beschwerdeverfahren LVwG-302107, LVwG-302108, LVwG-302109, LVwG-302116 und LVwG-302117, wurden gemäß § 12 Oö. LVwGG zur gemeinsamen Verhandlung verbunden.
Zur Verhandlung am 11. Dezember 2019 sind der Bf samt zwei Rechtsvertreter und ein Vertreter des Finanzamtes erschienen.

II.3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem relevanten Sachverhalt aus:
Der Bf ist und war zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt handelsrechtlicher Geschäftsführer der A. GmbH mit Sitz in E., X. Unternehmensgegenstand der A. GmbH ist Hochbau. Je nach Saison sind zwischen 130 und 180 Mitarbeiter bei dieser Gesellschaft beschäftigt.

Der Bf ist und war zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt ebenso gemeinsam mit Ing. J.V. (Beschuldigter in den Verfahren LVwG-302116 und LVwG-302117) handelsrechtlicher Geschäftsführer der A. s.r.o. mit Sitz in X, C., Tschechische Republik. Unternehmensgegenstand der A. s.r.o. ist Tief- und Hochbau. Diese Gesellschaft verfügt auch über eine Gewerbeberechtigung und sind je nach Saison zwischen 80 und 100 Mitarbeiter beschäftigt.

Die A. GmbH hat einen Auftrag beim Bauvorhaben L. für die Ausführung von Baumeisterarbeiten erhalten.

Am 21. März 2017 um 09:56 Uhr fand auf der gegenständlichen Baustelle in L., X, eine Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei statt. Im Rahmen der Kontrolle wurden unter anderem die Dienstnehmer der A. s.r.o. J.M., geb. x, und A.M., geb. x, arbeitend bei der Ausführung von Schalungsarbeiten angetroffen.

Die beiden in Rede stehenden Dienstnehmer wurden von der A. s.r.o. an die A. GmbH für einen begrenzten Zeitraum zur Feststellung der „Eignung“ bzw. des Arbeitsergebnisses überlassen, da die A. GmbH bei entsprechender Arbeitsleistung die beiden Dienstnehmer „übernehmen“ wollte.

Eine Ausnahme für konzerninterne Überlassung nach dem LSD-BG liegt nicht vor.

Im Rahmen der Kontrolle am 21. März 2017 wurden die Lohnunterlagen iSd § 22 Abs. 1 LSD-BG nicht bereitgehalten.

In der öffentlichen mündlichen Verhandlung wurde die Beschwerde vom rechtsfreundlich vertretenen Bf auf die Strafhöhe eingeschränkt.

II.4. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt grundsätzlich aus den vorgelegten Verwaltungsakten und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung am 11. Dezember 2018 ergibt.

III. Rechtliche Beurteilung:

III.1. Aufgrund der Einschränkung der Beschwerde auf das Strafausmaß ist der Schuldspruch in Rechtskraft erwachsen und ist vom Landesverwaltungsgericht ausschließlich die Strafbemessung zu überprüfen.

III.2.1. Gemäß § 19 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (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.

III.2.2. Gemäß § 22 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) haben Arbeitgeber im Sinne der §§ 3 Abs. 2, 8 Abs. 1 oder 19 Abs. 1 während der Dauer der Beschäftigung (im Inland) oder des Zeitraums der Entsendung insgesamt (§ 19 Abs. 3 Z 6) den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel im Sinne der Richtlinie 91/533 des Rates über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des dem entsandten Arbeitnehmer für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache, ausgenommen den Arbeitsvertrag, am Arbeits(Einsatz)ort 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, auch wenn die Beschäftigung des einzelnen Arbeitnehmers in Österreich früher geendet hat. Der Arbeitsvertrag ist entweder in deutscher oder in englischer Sprache bereitzuhalten. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die Lohnunterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten oder in elektronischer Form zugänglich zu machen. Ein Beschäftiger, der einen Arbeitnehmer zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsendet, gilt in Bezug auf die Verpflichtung nach dieser Bestimmung als Arbeitgeber. § 21 Abs. 2 findet sinngemäß Anwendung.

Gemäß § 22 Abs. 2 LSD-BG trifft bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen nach Abs. 1 den inländischen Beschäftiger. Der Überlasser hat dem Beschäftiger die Lohnunterlagen nach Abs. 1 nachweislich bereitzustellen.

Gemäß § 28 Z 3 LSD-BG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jeden Arbeitnehmer mit einer Geldstrafe von 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Wiederholungsfall von 2.000 Euro bis 20.000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer betroffen, für jeden Arbeitnehmer mit einer Geldstrafe von 2.000 Euro bis 20.000 Euro, im Wiederholungsfall von 4.000 Euro

bis 50.000 Euro zu bestrafen, wer als Beschäftiger im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung entgegen § 22 Abs. 2 die Lohnunterlagen nicht bereithält.

III.3. Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 12. September 2019, C-64/18, C-140/18, C-146/18 und C-148/18, Maksimovic, über mehrere Vorabentscheidungsersuchen entschieden, welche zum einen die Frage nach der Unionsrechtskonformität einer Norm wie der verfahrensgegenständlichen beinhalteten, wenn diese bei grenzüberschreitendem Arbeitskräfteeinsatz für die unterlassene Bereitstellung von Lohnunterlagen einerseits Geldstrafen in Form von Mindeststrafen, die bei mehreren betroffenen Arbeitnehmern kumulativ und ohne Höchstgrenze verhängt werden, und andererseits Ersatzfreiheitsstrafen vorsehen.

Zusammengefasst hat der EuGH ausgeführt, dass Art. 56 AEUV dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, die für den Fall der Nichteinhaltung 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 betreffenden Arbeitnehmer kumulativ und ohne Beschränkung verhängt werden, zu denen im Fall der Abweisung einer gegen den Strafbescheid erhobenen Beschwerde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 20 % der verhängten Strafe hinzutritt und die im Fall der Uneinbringlichkeit in Ersatzfreiheitsstrafen umgewandelt werden.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 15. Oktober 2019, Ra 2019/11/0033 bis 0034-6, zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 12. September 2019, Maksimovic, in das nationale Recht im Wesentlichen ausgeführt, dass eine unionsrechtskonforme Rechtslage mithilfe der Verdrängung von nationalem Recht (eine andere Methode steht im Rahmen der Vollziehung der Gesetze nicht zur Verfügung) im zugrundeliegenden Fall am ehesten dadurch hergestellt werden kann, dass die Wortfolge „für jede/n Arbeitnehmer/in“ des Gesetzes unangewendet bleibt, weil damit im Ergebnis dem sich aus Rn 42 und 47 des Urteils des EuGH ergebenden Erfordernis einer Höchstgrenze für die Summe aller Arbeitnehmer Rechnung getragen wird. Dass damit die Verletzung der Bereitstellungspflicht, auch wenn sie mehrere Arbeitnehmer betrifft, nur mehr eine einzige Strafe nach sich zieht, ist zwingende Rechtsfolge des Erfordernisses, die Unionsrechtskonformität bei möglichst weitgehender Erhaltung des nationalen Rechts herzustellen.

Es ist somit im gegenständlichen Fall nur von einer einzigen Übertretung auszugehen und nur eine (Gesamt)-Strafe zu verhängen.

Zur Anwendung kommt verfahrensgegenständlich der erste Strafsatz des § 28 LSD-BG mit einem Strafrahmen bis zu 10.000 Euro.

Im Rahmen der Strafbemessung ist erschwerend zu werten, dass zwei Dienstnehmer betroffen sind. Als Milderungsgründe kommen dem Beschuldigten seine verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit sowie die lange Verfahrensdauer zugute. Zu berücksichtigen ist auch, dass er für drei minderjährige Kinder sorgepflichtig ist. Es konnte daher mit der nunmehr verhängten Strafhöhe das Auslangen gefunden werden. Nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichts ist diese sowohl aus general-, als auch aus spezialpräventiven Gründen angemessen. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III.4. Im Ergebnis war der Beschwerde daher insofern Folge zu geben, als eine Gesamtstrafe in der Höhe von 1.000 Euro und die gemäß § 16 Abs. 1 und 2 VStG festzusetzende Ersatzfreiheitsstrafe mit 67 Stunden zu verhängen waren.

Bei diesem Ergebnis war dem Bf kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht vorzuschreiben. Die Kosten des verwaltungsbehördlichen Verfahrens waren gemäß § 38 VwGVG iVm § 64 Abs. 1 und 2 VStG mit 100 Euro festzusetzen.

Der akzessorische Haftungsausspruch nach § 9 Abs. 7 VStG betreffend die Solidarhaftung der A. GmbH für die gegen ihr Vertretungsorgan (Bf als Geschäftsführer) verhängten Geldstrafe und Verfahrenskosten bleibt entsprechend der herabgesetzten Geldstrafe und der Verfahrenskosten aufrecht.

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 Entscheidung von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab (vgl. insbesondere VwGH 15.10.2019, Ra 2019/11/0033 bis 0034-6), 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. Die Entscheidung stützt sich im Übrigen auf den konkreten Sachverhalt im Einzelfall.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Zauner