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-302109/7/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: SanRB96-521-2017-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: SanRB96-521-2017-Kö, wurden unter Spruchpunkt A) über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 9 Abs. 1 VStG iVm § 19 iVm § 26 Abs. 1 Z 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) BGBl. I Nr. 44/2016 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. s.r.o. mit Sitz in X, C., Tschechische Republik, zu verantworten, dass nachstehende Arbeitnehmer beschäftigt wurden und die Arbeitsaufnahme dieser Personen nicht der vorgeschriebenen Stelle gemeldet wurde, obwohl Arbeitgeber mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft, die Beschäftigung von nach Österreich überlassenen Arbeitskräften vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle zu melden haben.

1.
Name und Geburtsdatum: A.M., geb. x, StA. Tschechische Republik 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.

[...]

B)
Die Firma A. s.r.o. mit Sitz in X, C., Tschechische Republik, 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 hat der Bf 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 gemeinsam mit Ing. J.V. (Beschuldigter in den Verfahren LVwG-302116 und 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.

Der Bf ist und war zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt ebenso 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.

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.

Eine Meldung über die entsandten Arbeitnehmer an die Zentrale Koordinationsstelle (ZKO3-Meldung) wurde von der A. s.r.o. vor der Arbeitsaufnahme dieser Personen nicht erstattet.
Am 22. März 2017 wurde von der A. s.r.o. hinsichtlich der beiden Arbeitnehmer eine ZKO4-Meldung an die Zentrale Koordinationsstelle erstattet.

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 2019 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 § 19 Abs. 1 LSD-BG haben Arbeitgeber und Überlasser mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft die Beschäftigung von nach Österreich entsandten Arbeitnehmern und nach Österreich überlassenen Arbeitskräften zu melden. Die Meldung hat für jede Entsendung oder Überlassung gesondert zu erfolgen. Nachträgliche Änderungen bei den Angaben gemäß Abs. 3 oder Abs. 4 sind unverzüglich zu melden. Ein Beschäftigen der einen Arbeitnehmer zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsendet, gilt in Bezug auf die Meldepflichten nach diesem Absatz und den Abs. 2 und 3 als Arbeitgeber.

Gemäß § 19 Abs. 2 LSD-BG ist die Entsendung oder Überlassung im Sinne des Abs. 1 vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle zu melden. Im Fall von mobilen Arbeitnehmern im Transportbereich ist die Meldung vor der Einreise in das Bundesgebiet zu erstatten. Die Meldung hat ausschließlich automationsunterstützt über die elektronischen Formulare des Bundesministeriums für Finanzen zu erfolgen. Arbeitgeber haben im Fall einer Entsendung der Ansprechperson nach § 23 oder, sofern nur ein Arbeitnehmer entsandt wird, diesem die Meldung in Abschrift auszuhändigen oder in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen.

Gemäß § 26 Abs. 1 Z 1 LSD-BG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jeden Arbeitnehmer mit Geldstrafe von 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Wiederholungsfall von 2.000 Euro bis 20.000 Euro zu bestrafen, wer als Arbeitgeber oder Überlasser im Sinne des § 19 Abs. 1 die Meldung oder die Meldung über nachträgliche Änderungen bei den Angaben (Änderungsmeldung) entgegen § 19 nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erstattet.

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 § 26 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. s.r.o. 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