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-302116/7/BZ/PP

Datum:
Linz, 16. Dezember 2019

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Zauner über die Beschwerde des Ing. J.V., X, B., Tschechische Republik, vertreten durch A. GMBH, X, L., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 17. September 2018, GZ: SanRB96-531-2017-Kö, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 11. Dezember 2019

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich, noch einen Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde 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: SanRB96-531-2017-Kö, wurden unter Spruchpunkt A) über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG iVm § 22 Abs. 2 iVm § 28 Z 2 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) in der zum Tatzeitpunkt anzuwendenden Fassung in zwei Fällen Geldstrafen in der Höhe von jeweils 2.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit dieser Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 133 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von insgesamt 400 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 Organen der Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde bei den erforderlichen Erhebungen auf der Baustelle BV L., X, L., am 21.03.2017 um 09:56 Uhr, die Lohnunterlagen, wie Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, 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 Beschäftigen Der Überlasser hat dem Beschäftiger die Lohnunterlagen nachweislich bereitzustellen.

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, P., 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 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 zwei Rechtsvertreter des Bf, der Beschuldigte in den Verfahren LVwG-302107, LVwG-302108 und LVwG-302109, 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 Dr. G.A. (Beschuldigter in den Verfahren LVwG-302107, LVwG-302108 und LVwG-302109) 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.

Unternehmensgegenstand der A. GmbH mit Sitz in E., X, 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.

Im Rahmen der Kontrolle am 21. März 2017 wurden die Lohnunterlagen iSd § 22 Abs. 1 LSD-BG nicht bereitgehalten. Die A. s.r.o. als Überlasserin hat der A. GmbH als Beschäftigerin die Lohnunterlagen nicht bereitgestellt.

Die Aufforderung zur Rechtfertigung vom 28. Juni 2017 enthält den identen Tatvorwurf wie das angefochtene Straferkenntnis.

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. 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 2 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 Überlasser im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich entgegen § 22 Abs. 2 die Lohnunterlagen dem Beschäftiger nicht nachweislich bereitstellt.

Gemäß § 44a Verwaltungsstrafgesetz (VStG) hat der Spruch, wenn er nicht auf Einstellung lautet, zu enthalten:
1. die als erwiesen angenommene Tat;
2. die Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist;
3. die verhängte Strafe und die angewendete Gesetzesbestimmung;
4. den etwaigen Ausspruch über privatrechtliche Ansprüche;
5. im Falle eines Straferkenntnisses die Entscheidung über die Kosten.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn der

Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen.

III.2. Verfahrensgegenständlich wurde dem Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer der A. s.r.o. vorgeworfen, dass er zu verantworten hat, dass die Lohnunterlagen iSd § 22 Abs. 1 LSD-BG im Rahmen der Kontrolle am 21. März 2017 nicht bereitgestellt werden konnten.
Diese Verpflichtung trifft allerdings nicht die A. s.r.o., sondern die A. GmbH als Beschäftigerin. Die A. s.r.o. hatte vielmehr die Verpflichtung, die gesetzlich geforderten Unterlagen an die A. GmbH bereitzustellen.

§ 44a VStG legt den Inhalt des Spruches eines Straferkenntnisses fest. Der Beschuldigte hat ein subjektives Recht darauf, dass ein Straferkenntnis den in § 44a Z 1 bis Z 5 VStG festgelegten Sprucherfordernissen entspricht; Verstöße dagegen bedeuten eine offenkundige Verletzung des Gesetzes zum Nachteil des Bestraften iSd § 52a VStG (Fister in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG$^2$ § 44a Rz 1, Stand 1.5.2017, rdb.at).

In seinem Erkenntnis vom 13. September 2016, Ra 2016/03/0048, und daran anknüpfend in seinem Erkenntnis vom 4. Dezember 2017, Ra 2017/02/0118, führte der Verwaltungsgerichtshof im Hinblick auf die Heranziehung der Bestimmung des § 44a VStG durch die Verwaltungsgerichte sowie zu den Anforderungen an den Inhalt eines Spruches aus:
„Der vom Verwaltungsgericht ebenfalls herangezogenen Bestimmung des § 44a Z 1 VStG wird – aus Rechtschutzüberlegungen – dann entsprochen, wenn dem Beschuldigten im Spruch des Strafbescheides bzw. der Entscheidung des Verwaltungsgerichts die Tat in so konkretisierter Umschreibung vorgeworfen wird, dass er im ordentlichen Verwaltungsstrafverfahren (gegebenenfalls auch im Wiederaufnahmeverfahren) in die Lage versetzt wird, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten und eben diesen Tatvorwurf zu widerlegen, und der Spruch geeignet ist, die beschuldigte (bestrafte) Person rechtlich davor zu schützen, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden. Diese Rechtschutzüberlegungen sind auch für die Prüfung der Frage anzustellen, ob eine taugliche Verfolgungshandlung iSd § 32 Abs. 2 VStG gegeben ist. Das bedeutet, dass die der beschuldigten Person vorgeworfene Tat (lediglich) unverwechselbar konkretisiert sein muss, damit diese in die Lage versetzt wird, dem Vorwurf entsprechend zu reagieren und damit ihr Rechtschutzinteresse zu wahren.“

Die Umschreibung der als erwiesen angenommenen Tat hat sich am jeweils in Betracht kommenden Tatbild zu orientieren, die Frage ihrer Übereinstimmung mit den Erfordernissen des § 44a Z 1 VStG ist folglich in jedem Fall einzeln zu beurteilen und daher idR auch nicht revisibel (Fister in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG$^2$ § 44a Rz 3, Stand 1.5.2017, rdb.at). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bedarf es gemäß § 44a Z 1 VStG im Bescheidspruch der Anführung aller wesentlichen Tatbestandsmerkmale, die zur Individualisierung und Konkretisierung des inkriminierten Verhaltens und damit für die Subsumtion der

Tat unter die dadurch verletzte Verwaltungsvorschrift erforderlich sind. Wird die Anführung eines wesentlichen Tatbestandselementes im Spruch unterlassen, kann dies auch nicht durch eine entsprechende Bescheidbegründung ersetzt werden (vgl. die in Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze II$^2$ (2000), Seite 757, E 20 ff, wiedergegebene Rechtsprechung) [VwGH 23.5.2013, 2013/09/0025; 24.4.2015, 2011/17/0201]).

Die gesetzlich geforderte Bereitstellung der Unterlagen durch die Überlasserin (gegenständlich die A. s.r.o.) an die Beschäftigerin (A. GmbH) wurde dem Bf weder in der Aufforderung zur Rechtfertigung noch im angefochtenen Straferkenntnis zur Last gelegt. Auch die auszugsweise Wiedergabe des Gesetzestextes, dass der Überlasser dem Beschäftiger die Lohnunterlagen nachweislich bereitzustellen hat, ändert nichts daran, dass der konkrete Tatvorwurf dem Bf innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist nicht angelastet wurde.

III.3. Im Ergebnis war der Beschwerde daher stattzugeben, das angefochtene Straferkenntnis samt Haftungsausspruch zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG einzustellen.

Bei diesem Ergebnis entfällt sowohl die Verpflichtung zur Leistung eines Beitrags zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens (§ 66 Abs. 1 VStG) als auch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens. Im Fall der Aufhebung der Strafe sind die Kosten von der Behörde zu tragen (§ 52 Abs. 9 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. Zur Frage der Spruchkonkretisierung liegt bereits umfangreiche Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vor und entspricht die Entscheidung – soweit ersichtlich – dieser einheitlichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. 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