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-302424/6/GS/CJ

Datum:
Linz, 27. Jänner 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Saxinger über die Beschwerde des M K, vertreten durch K und L x, x, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 9. Juli 2019, GZ: Ge-1431/17, wegen einer Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 21.11.2019

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vor der belangten Behörde noch einen Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich 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 dem angefochtenen Straferkenntnis vom 9. Juli 2019, Ge-1431/17, hat der Bürgermeister der Stadt Steyr (im Folgenden: belangte Behörde) betreffend den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) M K wie folgt entschieden:

„Es wird Ihnen zur Last gelegt, folgende Verwaltungsübertretungen begangen zu haben:
(Taten einschließlich Ort, Datum und Zeit der Begehung)

Sie haben es als zur Vertretung nach außen befugtes Organ der Firma x BAU S.C. in x, P, verwaltungsstrafrechtlich zu vertreten, dass der Arbeitnehmer ggst. Firma Hr. P P K (geb. am x) zumindest am 9.3.2017 um 14.20 Uhr an die Firma x Bauservice GmbH, (mit Sitz in x) zur Arbeitsleistung überlassen wurde, sodass dieser zu oa. Tatzeitpunkt auf der Baustelle der Firma x Bauservice GmbH, (mit Sitz in x) x, mit Kranführertätigkeiten und Bauhilfsarbeiten beschäftigt wurde.
Für diesen Arbeitnehmer konnte keine ZKO Meldung (bezüglich Überlassung) vorgelegt werden.
Es wurde somit die Überlassung ggst. Arbeitsnehmers an die Firma x Bauservice GmbH, (mit Sitz in x) nicht ordnungsgemäß gemeldet. Dies stellt eine Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) dar.
Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 19 Abs. 1 i.V.m. § 26 Abs. 1 Ziff. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, BGBl. I Nr. 44/2016 i.d.g.F.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von EURO	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	gemäß
€ 1.000,--	24 Stunden	---	§ 26 Abs.1 Ziff.1.leg.cit.

Weitere Verfügungen (z.B. Anrechnung von Vorhaft, Verfallsausspruch):---

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

EUR 100,-- als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe.
--,-- als Ersatz der Barauslagen für ---

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

EUR 1.100.-- Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen (§ 54 d VStG).“

I.2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 15. Juli 2019. Begründend wird im Wesentlichen vorgebracht, dass M K einerseits Geschäftsführer der x Bauservice GmbH mit Sitz in Österreich und andererseits Gesellschafter der x Bau s.c. mit Sitz in Polen sei.

P K - einer der drei Gesellschafter der MK Bau s.c.- wäre von der x Bau s.c. an die MK Bauservice GmbH. überlassen worden. P K wäre als Kranführer eingesetzt gewesen und habe in der Zeit, in der er als Kranfahrer keine Arbeit gehabt hätte, andere Arbeiten (Hilfsarbeiten) durchgeführt, um nicht herumzustehen. Für P K sei als Gesellschafter eine ZKO-Meldung nicht möglich gewesen, da diese ausschließlich für Arbeitnehmer zu machen wäre. Als Gesellschafter sei P K jedoch kein Arbeitnehmer. Wie auch der belangten Behörde bereits mitgeteilt worden wäre, wären in der Vergangenheit auch für die Gesellschafter eine ZKO-Meldung gemacht worden. Im Zuge einer Prüfung durch die GPLA Lilienfeld St. Pölten habe Herr M K am 8. September 2016 die Auskunft erhalten, dass für einen Gesellschafter keine ZKO-Meldung gemacht werden könne, da diese keine Arbeitnehmer wären. Daher wäre auch seit diesem Zeitpunkt für die Gesellschafter keine ZKO-Meldung mehr gemacht worden. Auch bei sonstigen Prüfungen auf anderen Baustellen wäre bei keinem der Gesellschafter eine ZKO-Meldung abverlangt worden. Darüberhinaus widerspreche sich auch die belangte Behörde selbst, indem P K in seiner Funktion als Gesellschafter der x Bau s.c. eine Strafe erhalte, obwohl er hier als Arbeitnehmer derselben Firma nach Österreich überlassen hätte sein sollen (ZKO-Meldung sei nur für Arbeitnehmer möglich). Dies stelle einen Widerspruch in sich dar. Es wurde daher beantragt, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich solle die angefochtenen Straferkenntnisse aufheben.

I.3. Mit Schreiben vom 25. Juli 2019 (eingelangt beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich am 30. Juli 2019) hat die belangte Behörde die Beschwerde samt ihrem Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt. Dieses entscheidet gemäß § 2 VwGVG durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (LVwG OÖ) hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht und Anberaumung sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 21. November 2019. An dieser nahmen der Vertreter des Bf sowie ein Vertreter des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr als am Verfahren beteiligte Organpartei teil.

II. Folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt steht fest:

Am 9. März 2017 um 14.22 Uhr, in x, wurde der polnische Staatsangehörige P P K bei Kranführer- und Hilfsarbeiten für die Firma x Bau s.c. mit Sitz in x, angetroffen.

Mit Strafantrag vom 11. Oktober 2017 beantragte das Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr, Finanzpolizei Team 43, beim Magistrat der Stadt Steyr die Bestrafung des M K, geboren x, Polen, als nach außen zur Vertretung Berufenen der x Bau s.c. mit

Sitz in x, P. Die Finanzpolizei ging davon aus, dass die x Bau s.c., x, der Überlasser des Herrn K ist und die x Bau x, Beschäftiger des Herrn K ist.

Zum verfahrensgegenständlichen Kontrollzeitpunkt waren P K und J K unstrittig zu je 33,33 % und M K mit 33,34 % (§ 9 des Gesellschaftsvertrages in der Fassung des Annexes zum Gesellschaftsvertrag) Gesellschafter der polnischen x Bau s.c., x.

Gemäß § 8 des vorgelegten Gesellschaftsvertrages ist zur Vertretung der Gesellschaft jeder Gesellschafter selbständig berechtigt.

Laut § 9 des Gesellschaftsvertrages sind die Gesellschafter im Ausmaß ihrer Anteile an Gewinnen und Verlust der Gesellschaft beteiligt.

In der vorgelegten polnischen Steuererklärung 2017 des P K ist ein steuerpflichtiges Einkommen aus der x Bau s.c. (Gewinnanteile) in der Höhe von 230.812 PLN (entspricht umgerechnet ca. 55.000 Euro) ausgewiesen.

Im angefochtenen Straferkenntnis wurde dem Bf zur Last gelegt, dass er als zur Vertretung nach außen befugtes Organ der Firma x Bau s.c. in x, Polen, es verwaltungsstrafrechtlich zu vertreten hat, dass er P K als Arbeitnehmer seiner Gesellschaft am 9. März 2017 an die x Bau Service GmbH. mit Sitz in x, zur Arbeitsleistung überlassen wurde.

III. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich unstrittig und nachvollziehbar aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und den Ausführungen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Unstrittig ist, dass der Bf zum verfahrensgegenständlichen Kontrollzeitpunkt am 9. März 2017 zu 33,34 % Gesellschafter der polnischen x Bau s.c. war. Der diesbezügliche Gesellschaftsvertrag wurde in seinen wesentlichen Passagen übersetzt vorgelegt. Vom Vertreter des Finanzamtes wurde in der Verhandlung nicht bestritten, dass eine polnische Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Wesentlichen mit einer österreichischen vergleichbar ist. Aus der vorgelegten polnischen Steuerklärung ist ersichtlich, dass P K als Gesellschafter der polnischen Firma x Bau s.c. Gewinnanteile erhält. Anhaltspunkte für Umgehungsgeschäfte sind aus dem gesamten Verfahren nicht ersichtlich.

IV. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl. Nr. 51/1991 idgF, ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften, sofern die Verwaltungsvorschriften nichts anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

Das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, BGBl. I Nr. 44/2016, i.d.g.F. bestimmt Folgendes:

§ 19. (1) Arbeitgeber und Überlasser mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft haben 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 Beschäftiger, 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.

§ 26. (1) Wer als Arbeitgeber oder Überlasser im Sinne des § 19 Abs. 1

1. die Meldung oder die Meldung über nachträgliche Änderungen bei den Angaben (Änderungsmeldung) entgegen § 19 nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erstattet oder
2. in der Meldung oder Änderungsmeldung vorsätzlich unrichtige Angaben erstattet oder
3. die erforderlichen Unterlagen entgegen § 21 Abs. 1 oder Abs. 2 nicht bereithält oder den Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vor Ort nicht unmittelbar in elektronischer Form zugänglich macht,

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.

Dem Bf wurde als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der Firma x Bau s.c. in x, im Wesentlichen angelastet, dass er P K als Arbeitnehmer der genannten Firma an die Firma x Bau Service GmbH. mit Sitz in x, zur Arbeitsleistung überlassen hat und für P K bei der Kontrolle keine ZKO-Meldung vorgelegt werden konnte.

Eine Tatbestandsvoraussetzung für die Anlastung der vorgeworfenen Übertretung ist das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft bei P P K.

P P K war zum verfahrensgegenständlichen Kontrollzeitpunkt, dem 9. März 2017, zu 33,33 % Gesellschafter der x Bau s.c. mit Sitz in P, x. Bei einer sogenannten

„x“ (s.c.) handelt es sich um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Sie entsteht durch den Abschluss des Gründungsvertrages. Der Gesellschaftsvertrag kann grundsätzlich formfrei geschlossen werden. Die meisten gesetzlichen Bestimmungen sind dispositiv. Das bedeutet, es können im Gesellschaftsvertrag abweichende Bestimmungen vorgesehen werden. Zur Geschäftsführung und Vertretung sind im Zweifel alle Gesellschafterinnen/Gesellschafter berechtigt und verpflichtet. Dabei gelten nachfolgende Bestimmungen, sofern der Gesellschaftsvertrag keine abweichenden Regelungen vorsieht. Wenn nichts anderes im Gesellschaftsvertrag vereinbart ist, gilt für gewöhnliche Geschäfte der Grundsatz der Einzelgeschäftsführung. Das bedeutet, jede einzelne geschäftsführende Gesellschafterin/jeder einzelne geschäftsführender Gesellschafter kann ohne Mitwirkung der anderen Gesellschafterinnen/Gesellschafter Handlungen vornehmen, die der gewöhnliche Betrieb der Gesellschaft mit sich bringt. Allerdings steht jeder anderen geschäftsführenden Gesellschafterin/jedem anderen geschäftsführenden Gesellschafter ein Widerspruchsrecht zu. Widerspricht eine geschäftsführende Gesellschafterin/ein geschäftsführender Gesellschafter, muss die Handlung unterbleiben. Zum gewöhnlichen Betrieb einer Gesellschaft gehören grundsätzlich alle Handlungen, die den normalen Rahmen des Geschäftsbetriebes nicht überschreiten. Bei außergewöhnlichen Geschäften bedarf es eines Beschlusses aller Gesellschafterinnen/Gesellschaftern (Einstimmigkeitsprinzip). Zu den außergewöhnlichen Geschäften zählen alle Geschäfte, die über den gewöhnlichen Betrieb hinausgehen. Die Vertretungsbefugnis von nach außen hin auftretenden Gesellschafterinnen/Gesellschafter reicht grundsätzlich soweit, wie die Geschäftsführungsbefugnis. Der Gesellschaftsvertrag kann aber auch eine abweichende Regelung vorsehen. Grundsätzlich kann die Gewinn- und Verlustverteilung im Gesellschaftsvertrag frei geregelt werden. Fehlt eine diesbezügliche Regelung im Gesellschaftsvertrag, wird der Gewinn und Verlust eines Geschäftsjahres den Gesellschafterinnen/Gesellschaftern im Verhältnis ihrer Kapitalanteile zugewiesen (siehe x...“).

Nach § 8 des vorgelegten Gesellschaftsvertrages ist zur Vertretung der Gesellschaft jeder Gesellschafter selbständig berechtigt. Laut § 9 Annex zum Gesellschaftsvertrag der Zivilgesellschaft vom 12. September 2013 sind die Gesellschafter in folgenden Anteilen Teilnehmer an Gewinnen und Verlusten der Gesellschaft beteiligt:

1. M K 33,34 %
2. P K 33,33 %
3. J K 33,33 %.

Bei manchen Gesellschaftskonstellationen besteht bereits von vornherein ein derart hoher Einfluss auf die Gestion des Unternehmens, dass im Regelfall ein Dienstverhältnis zu diesem ohne weiterer Überprüfung grundsätzlich auszuschließen ist. Konkret handelt es sich um Gesellschafter einer GesBR, OG

und KG, die als Komplementäre fungieren. Diese Gesellschafter haben grundsätzlich einen beherrschenden Einfluss auf die Betriebsführung der Gesellschaft. Sie unterliegen üblicherweise entweder der Pflichtversicherung nach dem GSVG oder BSVG. Nur bei bestimmten Sachverhalten (Z.B. Arbeitsgesellschafter einer GesBR ohne Kapitalanteil) und bei Umgehungsgeschäften können abweichend vom vorstehend erwähnten Regelfall dennoch Dienstverhältnisse vorliegen.

Im gegenständlichen Fall ergibt sich aus den genannten Bestimmungen des vorgelegten Gesellschaftsvertrages ein maßgeblicher Einfluss des Gesellschafters auf die Gesellschaft. P K war im maßgeblichen Zeitraum zu 33,33 % Gesellschafter der genannten Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Er war laut Gesellschaftsvertrag im Ausmaß seines Anteiles an Gewinnen und Verlusten beteiligt. Korrespondierend dazu sind die in der polnischen Steuererklärung ausgewiesenen steuerlichen Einkünfte aus den Gewinnanteilen. Durch diesen aufgrund seiner Gesellschaftserstellung beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft ist grundsätzlich ein Dienstverhältnis und somit eine Pflichtversicherung nach dem ASVG ausgeschlossen. Folglich konnte P P K, der zum beurteilenden Zeitpunkt 33,33 % Gesellschafter der polnischen x Bau s.c. war, nicht gleichzeitig Dienstnehmer derselben Firma sein.

Aufgrund der vorliegenden Gesellschafterstellung des P K ist eine Dienstnehmereigenschaft des Genannten zu dieser Gesellschaft per se ausgeschlossen, weshalb alle weiteren Einwände der Organpartei rechtlich nicht entscheidungsrelevant sind.

Da somit die Arbeitnehmereigenschaft des P P K zur polnischen Firma x Bau s.c. nicht gegeben ist, fehlt eine Tatbestandsvoraussetzung der vorgeworfenen Übertretung nach Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, weshalb der Beschwerde Folge zu geben war und das Strafverfahren einzustellen war.

Bei diesem Ergebnis entfällt die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen.

V. 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 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.

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. Saxinger