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-302277/39/BZ

Datum:
Linz, 12. Jänner 2021

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fasst durch seine Richterin Mag. Zauner über die Beschwerde des C.S., vertreten durch S. Rechtsanwälte OG, X, W., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 1. Februar 2019, GZ: BHVBSanR-2017-386491/5-BC, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes, aufgrund der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 10. Dezember 2020, Ra 2020/11/0170 bis 0172-7, den

B E S C H L U S S

I. Die Strafe wird wegen Eintritt der Strafbarkeitsverjährung aufgehoben und das Verfahren hinsichtlich der Strafe eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat keine Verfahrenskostenbeiträge 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 Vöcklabruck (im Folgenden: belangte Behörde) vom 1. Februar 2019, GZ: BHVBSanR-2017-386491/5-BC, wurden unter Spruchpunkt I) über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 28 Z 1 iVm § 22 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, BGBl I Nr. 64/2017 in 16 Fällen Geldstrafen in der Höhe von jeweils 2.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit dieser Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 66 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von insgesamt 3.200 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf und Haftungsausspruch zugrunde: „Sie haben es als Geschäftsführer und somit gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortliches Organ der ‚G. GmbH', mit Sitz in der X in S., Deutschland, zu verantworten, dass die Unterlagen zur Überprüfung des nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts der folgenden Arbeitnehmer nicht bereitgehalten und auch vor Ort nicht unmittelbar in elektronsicher Form zugänglich gemacht werden konnten.

2)
B.B., x
Staatsangehörigkeit: DEUTSCHLAND
Tätigkeit: Bauleiter
Arbeitsantritt: 17.04.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 17.04.2017 bis 20.07.2017

3)
A.B., x
Staatsangehörigkeit: POLEN
Tätigkeit: Montagearbeiten
Arbeitsantritt: 17.07.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 17.07.2017 bis 27.07.2017 (Kontrolltag)

4)
M.G., x
Staatsangehörigkeit: POLEN
Tätigkeit: Montagearbeiten
Arbeitsantritt: 17.07.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 17.07.2017 bis 27.07.2017 (Kontrolltag)

5)
U.H., x
Staatsangehörigkeit: DEUTSCHLAND

Tätigkeit: Bauleitung
Arbeitsantritt: 03.07.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 03.07.2017 bis 27.07.2017 (Kontrolltag)

6)
M.K., x
Staatsangehörigkeit: POLEN
Tätigkeit: Montagearbeiten
Arbeitsantritt: 12.06.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 12.06.2017 bis 27.07.2017 (Kontrolltag)

7)
M.L., x
Staatsangehörigkeit: POLEN
Tätigkeit: Montagearbeiten
Arbeitsantritt: 18.04.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 18.04.2017 bis 27.07.2017 (Kontrolltag)

8)
S.L., x
Staatsangehörigkeit: POLEN
Tätigkeit: Montagearbeiten
Arbeitsantritt: 18.04.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 18.04.2017 bis 27.07.2017 (Kontrolltag)

9)
Z.L., x
Staatsangehörigkeit: POLEN
Tätigkeit: Montagearbeiten
Arbeitsantritt: 17.07.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 17.07.2017 bis 27.07.2017 (Kontrolltag)

11)
A.P., x
Staatsangehörigkeit: POLEN
Tätigkeit: Montagearbeiten
Arbeitsantritt: 18.04.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 18.04.2017 bis 27.07.2017 (Kontrolltag)

12)
C.P., x
Staatsangehörigkeit: POLEN

Tätigkeit: Montagearbeiten
Arbeitsantritt: 18.04.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 18.04.2017 bis 27.07.2017 (Kontrolltag)

13)
M.R., x
Staatsangehörigkeit: DEUTSCHLAND
Tätigkeit: Bauleiter
Arbeitsantritt: 24.04.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 24.04.2017 bis 23.07.2017

14)
G.S., 30.07.1976
Staatsangehörigkeit: POLEN
Tätigkeit: Montagearbeiten
Arbeitsantritt: 18.04.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 18.04.2017 bis 27.07.2017 (Kontrolltag)

15)
D.S., x
Staatsangehörigkeit: POLEN
Tätigkeit: Montagearbeiten
Arbeitsantritt: 18.04.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 18.04.2017 bis 27.07.2017 (Kontrolltag)

16)
J.S., x
Staatsangehörigkeit: POLEN
Tätigkeit: Montagearbeiten
Arbeitsantritt: 18.04.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 19.04.2017 bis 30.06.2017

17)
S.W., x
Staatsangehörigkeit: POLEN
Tätigkeit: Montagearbeiten
Arbeitsantritt: 17.07.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 17.07.2017 bis 27.07.2017 (Kontrolltag)

18)
Z.W., x
Staatsangehörigkeit: POLEN

Tätigkeit: Montagearbeiten
Arbeitsantritt: 18.04.2017
Tatort: A., X
Tatzeit: 18.04.2017 bis 27.07.2017 (Kontrolltag)

Arbeitgeber haben jene Unterlagen, die zur Überprüfung des, der entsandten Arbeitnehmer nach dem österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts, erforderlich sind (Lohnunterlagen), in deutscher Sprache, ausgenommen den Arbeitsvertrag, am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten oder den Abgabenbehörden 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.

[...]

III. Die G. GmbH, mit Sitz in der X in S., Deutschland haftet für die über den Geschäftsführer zu Pkt. I verhängten Geldstrafen und Verfahrenskosten in der Höhe von insgesamt 17.600 Euro zur ungeteilten Hand.

Rechtsgrundlage
§ 9 Abs. 7 Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG“

Die Tatzeiträume der vorgeworfenen Übertretungen im Spruchpunkt I erstreckten sich hinsichtlich der Punkte 3) bis 12), 14) bis 15) und 17) bis 18) bis zum Kontrolltag am 27. Juli 2017 und hinsichtlich des Punkts 13) bis 23. Juli 2017 sowie hinsichtlich des Punkts 16) bis 30. Juni 2017.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die vom Bf rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 8. März 2019, mit der die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens, in eventu die Aussprache einer Ermahnung bzw. eine außerordentliche Strafmilderung beantragt werden.

Begründend wird zusammengefasst im Wesentlichen ausgeführt, dass die G. GmbH beim gegenständlichen Bauvorhaben aufgrund eines Werkvertrages mit der S. Spitz GmbH mit der Lieferung, Montage und Inbetriebnahme einer Anlage zur Getränkeherstellung im Offenwarenbereich beauftragt gewesen sei. Dabei habe die G. GmbH wiederum mit gesondertem Werkvertrag abgegrenzte Teile des Auftrags weitergegeben, nämlich Rohverlegungsarbeiten an den Subunternehmer W.S. und Elektroarbeiten sowie den Kabeltrassenausbau und –umbau im Offenwarenbereich an die A. GmbH. Insgesamt seien in diesem Zusammenhang 13 Arbeitnehmer der W.S. und 2 Arbeitnehmer der A. GmbH auf der Baustelle der S. Spitz GmbH grenzüberschreitend tätig gewesen.
Entgegen der Beurteilung der Behörde liege keine Arbeitskräfteüberlassung vor und sei auch keine einzige Ziffer des § 4 Abs. 2 AÜG erfüllt. Auch wären der belangten Behörde im Ermittlungsverfahren mehrere wesentliche Verfahrensfehler

unterlaufen und weise das gegenständliche Straferkenntnis massive Begründungsmängel auf. Weiters sei auch unrichtig, dass hinsichtlich der Arbeitnehmer der G. GmbH keine Unterlagen vorlagen. Schließlich würde selbst wenn man eine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung annehmen würde, kein Verschulden des Bf vorliegen. Weiters wird angeregt ein Gesetzesprüfungsverfahren beim Verfassungsgerichtshof einzuleiten, die im LSD-BG vorgesehene Höhe der Mindeststrafen wegen Widerspruch zu Art. 49 Abs. 3 der EU Grundrechte-Charta als verfassungswidrig aufzuheben bzw. dem EuGH gemäß Art. 267 AEUV die Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen, ob die im LSD-BG vorgesehene Höhe der Mindeststrafen im Widerspruch zu Art. 49 Abs. 3 der EU Grundrechte-Charta steht, daher unionsrechtswidrig sei und deshalb die Mindeststrafhöhe gemäß LSD-BG von den nationalen Gerichten nicht berücksichtigt werden dürfe.

I.3. Mit Schreiben vom 13. März 2019 hat die belangte Behörde die Beschwerde samt ihrem Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung von öffentlichen mündlichen Verhandlungen am 5. Februar 2020 sowie am 22. Juni 2020. Die Beschwerdeverfahren LVwG-302269, LVwG-302270, LVwG-302271, LVwG-302272, LVwG-302273, LVwG-302274, LVwG-302275, LVwG-302276 und LVwG-302277 wurden jeweils gemäß § 12 Oö. LVwGG zur gemeinsamen Verhandlung verbunden. Zur Verhandlung am 5. Februar 2020 sind der Rechtsvertreter des Bf, zwei Vertreter der belangten Behörde sowie ein Vertreter des Finanzamtes erschienen. Zeugenschaftlich wurden U.H. und M.R. einvernommen. Zur Verhandlung am 22. Juni 2020 sind der Rechtsvertreter des Bf gemeinsam mit dem Bf und den Beschuldigten in den verbundenen Verfahren sowie ein Vertreter des Finanzamtes erschienen. Zeugenschaftlich wurde C.B. einvernommen.

I.5. Mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 13. Juli 2020, GZ: LVwG-302277/28/BZ, wurde der Beschwerde insofern stattgegeben, als unter Spruchpunkt I. der Punkt 2. (B.B. [...]) zu entfallen hat. Im Übrigen wurde die Beschwerde im Schuldspruch als unbegründet abgewiesen. Hinsichtlich der Strafe wurde der Beschwerde insofern stattgegeben, als eine Gesamtstrafe in der Höhe von 750 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 12 Stunden verhängt wurde.

I.6. Gegen dieses Erkenntnis erhob der Bf (außerordentliche) Revision an den Verwaltungsgerichtshof. Die Revision langte beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich am 24. August 2020 und beim Verwaltungsgerichtshof am 24. September 2020 ein.

I.7. Mit Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vom 10. Dezember 2020, Ra 2020/11/0170 bis 0172-7 (verfahrensgegenständlich protokolliert zu Ra 2020/11/0172), wurde die Revision im Umfang der Anfechtung der Schuldsprüche des angefochtenen Erkenntnisses zurückgewiesen. Der Schuldausspruch ist somit in Rechtskraft erwachsen.
In ihrem über die Schuldsprüche hinausgehenden Umfang wurde das Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben.
Die gegenständliche Entscheidung betrifft daher nur mehr eine allfällige Straffestsetzung.

Begründend führte der Verwaltungsgerichtshof hinsichtlich der Aufhebung Folgendes aus:
„Die Revisionen machen zur Begründung ihrer Zulässigkeit hinsichtlich des jeweiligen Strafausspruches übereinstimmend geltend, die Verhängung von Ersatzfreiheitsstrafen im Falle der Uneinbringlichkeit der gegen den Revisionswerber verhängten Geldstrafen widerspreche dem Urteil des EuGH vom 12. September 2019, Maksimovic ua., und damit auch der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (Verweis auf VwGH 15.10.2019, Ra 2019/11/0033).

Die Revisionen sind aus diesem Grund im Umfang betreffend die Strafaussprüche zulässig.

Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits ausgeführt hat, ergibt sich aus der zitierten Judikatur des Europäischen Gerichtshofes, dass die Verhängung einer Ersatzfreiheitsstrafe zur Durchsetzung der Verpflichtungen 1.) zur Bereithaltung von Lohnunterlagen, 2.) zur Meldung an die Zentrale Koordinationsstelle und 3.) zur Bereithaltung der Unterlagen über die Anmeldung zur Sozialversicherung eine nicht verhältnismäßige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt (VwGH 15.10.2019, Ra 2019/11/0033, 0034; 26.2.2020, Ra 2020/11/0004; 27.4.2020, Ra 2019/11/0171).

Die angefochtenen Erkenntnisse waren somit in Bezug auf ihren jeweiligen Strafausspruch, den daran anknüpfenden Kostenausspruch sowie den Haftungsausspruch wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.“

Die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs wurde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich am 23. Dezember 2020 zugestellt.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von dem unter I.1. bis I.7. dargestellten Sachverhalt aus.

II.2. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus der Aktenlage.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Gemäß § 31 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) ist die Verfolgung einer Person unzulässig, wenn gegen sie binnen einer Frist von einem Jahr keine Verfolgungshandlung (§ 32 Abs. 2) vorgenommen worden ist. Diese Frist ist von dem Zeitpunkt zu berechnen, an dem die strafbare Tätigkeit abgeschlossen worden ist oder das strafbare Verhalten aufgehört hat; ist der zum Tatbestand gehörende Erfolg erst später eingetreten, so läuft die Frist erst von diesem Zeitpunkt.

Gemäß § 31 Abs. 2 VStG erlischt die Strafbarkeit einer Verwaltungsübertretung durch Verjährung. Die Verjährungsfrist beträgt drei Jahre und beginnt in dem in Abs. 1 genannten Zeitpunkt. In die Verjährungsfrist werden die Zeiten eines Verfahrens vor dem Verwaltungsgerichtshof, vor dem Verfassungsgerichtshof oder vor dem Gerichtshof der Europäischen Union nicht eingerechnet (Z 4 leg. cit.).

Hinsichtlich des Beginns und des Endes der Fristenhemmung nach § 31 Abs. 2 Z 4 VStG sind einerseits der Zeitpunkt des Einlangens der Revision beim Verwaltungsgerichtshof und andererseits der Zeitpunkt der Zustellung des aufhebenden Erkenntnisses an die belangte Behörde und nicht an die revisionswerbende Partei maßgebend (VwGH 13.11.2018, Ra 2018/17/0172, mwH).

Gemäß § 2 Z 2 COVID-19-VwBG idF. BGBl. I Nr. 2/2021 wird die Zeit vom 22. März 2020 bis zum Ablauf des 30. April 2020, sohin 40 Tage, in Verjährungsfristen nicht eingerechnet (VwGH vom 23.9.2020, Fr 2020/14/0035).

III.2. Im gegenständlichen Fall beginnt die Frist hinsichtlich der Punkte 3) bis 12), 14) bis 15) und 17) bis 18) am 27. Juli 2017 und hinsichtlich des Punkts 13) am 23. Juli 2017 sowie hinsichtlich des Punkts 16) am 30. Juni 2017 (Ende der der Bestrafung zu Grunde gelegten Tatzeiträume) zu laufen.

Die dreijährigen Fristen für die Verjährung der Strafbarkeit wären somit gemäß § 31 Abs. 2 VStG am 27. Juli 2020, am 23. Juli 2020 bzw. am 30. Juni 2020 abgelaufen. Unter Berücksichtigung der Fristenhemmung des § 2 Z 2 COVID-19-VwBG endeten die Fristen jeweils 40 Tage später, somit am 5. September 2020, am 1. September 2020 bzw. am 9. August 2020.

Nach der Aktenlage im Verfahren Ra 2020/11/0170 (erster Rechtsgang) langte die Revision des Bf gegen das Erkenntnis des LVwG vom 13. Juli 2020 am 24. August 2020 beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich und am 24. September 2020 beim Verwaltungsgerichtshof ein.

Eine Fristenhemmung nach § 31 Abs. 2 Z 4 VStG kommt insofern gar nicht mehr in Betracht. Bevor der Ablauf der Verjährungsfrist während der Zeit des Verfahrens vor dem Verwaltungsgerichtshof (24. September bis 23. Dezember 2020)

gehemmt werden konnte, ist bereits die Verjährung am 5. September 2020, am 1. September 2020 bzw. am 9. August 2020 eingetreten.

Aufgrund der zwischenzeitig eingetretenen Verjährung der Strafbarkeit darf daher keine Strafe mehr festgesetzt werden. Ist die Strafbarkeit eines strafbaren Verhaltens erloschen, so kann mit normativer Wirkung eine Strafe auch dann nicht ausgesprochen werden, wenn ein rechtskräftiger Schuldausspruch vorliegt. (VwGH vom 15.7.1998, 93/13/0287).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III.3. Im Ergebnis war daher die Strafe wegen Eintritt der Strafbarkeitsverjährung aufzuheben und das Verfahren hinsichtlich der Strafe einzustellen. Bei diesem Ergebnis hat der Bf keine Kostenbeiträge zu leisten. Ebenso entfällt der akzessorische Haftungsausspruch nach § 9 Abs. 7 VStG betreffend die Solidarhaftung der G. GmbH für die gegen ihr Vertretungsorgan (Bf als Geschäftsführer) verhängten Geldstrafe und Verfahrenskosten.

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, da die Rechtslage nach den maßgeblichen Bestimmungen klar und eindeutig ist. Ebenso steht die vorliegende Entscheidung auch im Einklang mit der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes.

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