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-302479/12/BZ

Datum:
Linz, 24. Juni 2021

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Mag. Zauner über die Beschwerde des M.S., vertreten durch H. Anwaltsgesellschaft mbH, X, L., gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 26. Juli 2019, GZ: Pol-303-SV04-40-2018/2, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 29. April 2021 durch mündliche Verkündung

zu Recht e r k a n n t :

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als von der Verhängung einer Geldstrafe abgesehen und stattdessen dem Beschwerdeführer unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens eine Ermahnung erteilt wird.

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde noch 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 Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels (in der Folge: belangte Behörde) vom 26. Juli 2019, GZ: Pol-303-SV04-40-2018/2, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 21 Abs. 3 Z 1 LSD-BG iVm § 26 Abs. 2 LSD-BG eine Geldstrafe von insgesamt 3.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit dieser eine Ersatzfreiheitsstrafe von insgesamt 208 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von insgesamt 300 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben es als zur Vertretung nach außen berufenes und damit gemäß § 9 Verwaltungsstrafgesetz – VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortliches Organ der Firma E. GmbH X H., zu verantworten, dass durch diese Firma als Beschäftiger iSd LSD-BG der Aufforderung, die Sozialversicherungsunterlagen für folgende Arbeitnehmer vorzulegen oder in elektronischer Form zugänglich zu machen, entgegen § 21 Abs 3 Z 1 iVm § 26 Abs 2 LSD-BG nicht erfolgt ist:

1. Z.B., geb. x, ungarischer Staatsbürger
2. C.J., geb. x, ungarischer Staatsbürger
3. T.N., geb. x, ungarischer Staatsbürger
4. E.R., geb. x, ungarischer Staatsbürger
5. J.R., geb. x, ungarischer Staatsbürger
6. Z.V., geb. x, ungarischer Staatsbürger

Die Verwaltungsübertretung wurde im Rahmen einer Kontrolle der Finanzpolizei Wels-Grieskirchen vom 18.072018 gegen 08:21 Uhr beim BV ‚X' in der R. (gegenüber Haus Nr x) in W. festgestellt."

I.2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vom Bf rechtzeitig erhobene Beschwerde vom 28. Oktober 2020.

I.3. Mit Schreiben vom 16. November 2020 hat die belangte Behörde die Beschwerde samt ihrem Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 29. April 2021. Die Verfahren LVwG-302469, 302470, 302471, 302479, 302480 und 302481 wurden gemäß § 12 Oö. LVwGG zur gemeinsamen Verhandlung verbunden. Zur Verhandlung sind der Bf samt Rechtsvertreter und eine Vertreterin des Amtes für Betrugsbekämpfung erschienen. Zeugenschaftlich einvernommen wurde C.W. von der Finanzpolizei, Team 47.

II.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem Sachverhalt aus:

Der Beschwerdeführer war zum Tatzeitpunkt gemeinsam mit Ing. R.B. handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma E. GmbH und somit zur Vertretung nach außen Berufener.

Die Firma G. GmbH & Co KG war beim gegenständlichen Bauvorhaben als Generalunternehmerin tätig. Diese hatte den Auftrag über Bewehrungsarbeiten an die Firma B.-gesellschaft m.b.H. vergeben. Die Firma B. hat den Auftrag an die Firma E. GmbH weitergegeben. Die Firma E. GmbH hat mit der ungarischen Firma B. einen Vertrag über die Bestellung von Arbeitskräften (grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung). Durchgeführt wurden die Arbeiten von Arbeitnehmer der E. GmbH und der ungarischen Firma B. gemeinsam.

Anlässlich einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei am 18. Juli 2018 um 08:21 Uhr beim Bauvorhaben „X“ in W., R., wurden O.R., D.R. und J.J. arbeitend bei Eisenbindearbeiten angetroffen.

Auf der Baustelle waren weiters Z.B., C.J., T.N., E.R., J.R. und Z.V. tätig. Diese Personen wurden – ebenso wie J.J. von der ungarischen Firma B. an die österreichische Firma E. GmbH überlassen. Die E. GmbH war Beschäftigerin dieser Arbeitnehmer.

Im Zuge der Kontrolle am 18. Juli 2018 wurden für den Arbeitnehmer J.J. folgende Unterlagen vorgelegt:
ZKO4-Meldung, A1-Dokument, Arbeitsvertrag vom 3. Jänner 2018 (in deutscher und ungarischer Sprache), Dienstzettel vom 3. Jänner 2018, Lohnzettel für Juni 2018, Arbeitszeitaufzeichnungen von 18. Juni bis 18. Juli 2018.

Am selben Tag (18.7.2018) wurden von der Firma E. GmbH die genannten Unterlagen nochmals an die Finanzpolizei übermittelt. Zusätzlich wurden Lohnzettel für Jänner bis Mai 2018 für den Arbeitnehmer J.J. übermittelt.

Am 19. Juli 2018 wurden zusätzlich Arbeitszeitaufzeichnungen für den Zeitraum Jänner bis Juni 2018 übermittelt.

Am 24. Juli 2018 wurden von der Firma E. GmbH an die Finanzpolizei für alle Arbeitnehmer Arbeitszeitaufzeichnungen von 22. Mai bis 23. Juni 2018 übermittelt. Weiters wurden für den Arbeitnehmer C.J. übermittelt: ZKO4-Meldung, A1-Dokument, Dienstzettel, Arbeitsvertrag sowie für den Arbeitnehmer Z.B.: ZKO4, A1-Dokument, Arbeitsvertrag und Dienstzettel.

Am 25. Juli 2018 wurden von der Firma E. GmbH an die Finanzpolizei für den Arbeitnehmer Z.V. folgende Unterlagen übermittelt: ZKO4-Meldung, A1-Dokument, Arbeitsvertrag und Dienstzettel.

Am 26. Juli 2018 wurde ua. die E. GmbH per E-Mail aufgefordert die konkret angeführten Unterlagen iSd § 22 LSD-BG für die in Rede stehenden Arbeitnehmer innerhalb der gesetzlichen Frist nachzureichen.

Am 27. Juli 2018 wurden von der E. GmbH für die Arbeitnehmer J.J., Z.B., T.N., J.R., C.J., E.R. und Z.V. jeweils folgende Unterlagen übermittelt:
Identitätsnachweis, ZKO4, ZMR, Arbeitsvertrag, A1-Dokument, Dienstzettel und Lohnzettel von Jänner bis Juni 2018, wobei für den Arbeitnehmer Z.B. lediglich Lohnzettel für Mai bis Juni 2018 übermittelt wurden.

Alle in Rede stehenden Arbeitnehmer waren ordnungsgemäß zur Sozialversicherung angemeldet.

II.3. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich schlüssig und widerspruchsfrei aus der Aktenlage sowie aus dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung und ist unstrittig.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1.1. Das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. Nr. 44/2016 in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl I Nr. 64/2017 lautet auszugsweise:

Gemäß § 21 Abs. 3 Z 1 LSD-BG hat der Beschäftiger für jede überlassene Arbeitskraft für die Dauer der Überlassung folgende Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort im Inland 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:
Unterlagen über die Anmeldung der Arbeitskraft zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 oder A 1), sofern für die überlassene Arbeitskraft keine Sozialversicherungspflicht in Österreich besteht; kann der Überlasser zum Zeitpunkt der Erhebung durch Nachweise in deutscher Sprache belegen, dass ihm die Erwirkung der Ausstellung dieser Dokumente durch den zuständigen Sozialversicherungsträger vor der Überlassung nicht möglich war, sind gleichwertige Unterlagen in deutscher Sprache (Antrag auf Ausstellung des Sozialversicherungsdokuments E 101 oder A 1; Bestätigung des zuständigen Sozialversicherungsträgers, dass der Arbeitnehmer für die Dauer der Überlassung der ausländischen Sozialversicherung unterliegt) bereitzuhalten.

Gemäß § 26 Abs. 2 LSD-BG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jeden Arbeitnehmer mit Geldstrafe von 500 Euro bis 5.000 Euro, im Wiederholungsfall von 1.000 Euro bis 10.000 Euro zu bestrafen, wer als Beschäftiger im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung die erforderlichen Unterlagen entgegen § 21 Abs. 3 nicht bereithält oder zugänglich macht.

III.2. Verfahrensgegenständlich wird dem Bf im angefochtenen Straferkenntnis zusammengefasst zur Last gelegt, dass er es verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten hat, dass die Firma E. GmbH als Beschäftigerin für die genannten Arbeitnehmer keine Sozialversicherungsdokumente bereitgehalten oder diese den Abgabenbehörden unmittelbar vor Ort in elektronischer Form zugänglich gemacht hat.

Zum Kontrollzeitpunkt wurden die Sozialversicherungsdokumente nicht bereitgehalten oder unmittelbar vor Ort in elektronischer Form zugänglich gemacht, sodass der objektive Tatbestand der Verwaltungsübertretung erfüllt ist.
Als handelsrechtlicher Geschäftsführer hat der Bf die Verwaltungsübertretung grundsätzlich auch gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten.

III.3. Gemäß § 5 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit wird bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen sein, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (sog. „Ungehorsamsdelikt“).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar, sodass es gemäß § 5 Abs. 1 (zweiter Satz) VStG dem Beschuldigten obliegt, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung dieser Verwaltungsvorschriften kein Verschulden trifft. Zu einer solchen Glaubhaftmachung ist es erforderlich, dass der Beschuldigte initiativ, von sich aus in substantiierter Form alles darlegt, was für seine Entlastung spricht. Bloß allgemein gehaltene Behauptungen sind nicht geeignet, um diese Entlastungsbescheinigung für mangelndes Verschulden zu erbringen (vgl. auch VwGH 26.3.2015, 2013/07/0011).

Im Verfahren sind keine Umstände hervorgekommen, die Zweifel am Verschulden des Bf am Zustandekommen der Verwaltungsübertretung aufkommen lassen, weshalb ihm fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen ist. Die Verwaltungsübertretung ist somit auch in subjektiver Hinsicht vorwerfbar.

III.4.1. 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.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung der Entscheidung so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs. 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

Nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde den Beschuldigten im Fall der Z 4 unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

III.4.2. Verfahrensgegenständlich hat der Bf zu verantworten, dass die Sozialversicherungsdokumente A1 bei der Kontrolle nicht bereitgehalten oder vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich gemacht wurden. Es wurden jedoch für sämtliche Arbeitnehmer die A1-Dokumente zeitnah nach der Kontrolle der Finanzpolizei übermittelt. Alle Arbeitnehmer waren auch ordnungsgemäß zur Sozialversicherung angemeldet. Insofern kann nicht von einer typischen Deliktsverwirklichung gesprochen werden und wurde dadurch der Schutzzweck des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (Setzung von Maßnahmen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping, Sicherung gleicher Arbeitsmarkt- und Lohnbedingungen für in- und ausländische Arbeitsverhältnisse, Sicherung eines fairen wirtschaftlichen Wettbewerbs zwischen den Unternehmen

und die Sicherstellung der vorgegebenen Abgaben und Sozialversicherungsbeiträge) nicht gefährdet.

Strafmildernd sind – neben der Übermittlung der A1-Dokumente – die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit sowie die überlange Verfahrensdauer zu werten. Mildernd ist weiters zu werten, dass alle Arbeitnehmer zur Sozialversicherung angemeldet waren. Erschwerend ist kein Umstand zu werten.

Im konkreten Fall ist daher festzustellen, dass das Verschulden des Bf gering ist und die vom Bf zu vertretende Intensität der Beeinträchtigung des geschützten Rechtsgutes nicht jenes Ausmaß erreicht, dass der gegenständlichen Verwaltungsübertretung üblicherweise zu unterstellen ist. Insofern wird davon ausgegangen, dass bei der gegebenen Sachlage die Voraussetzungen zur Erteilung einer Ermahnung erfüllt sind und wegen der gegenständlichen Verwaltungsübertretung daher das Auslangen mit einer Ermahnung gefunden werden kann. Um derartige Verwaltungsübertretungen in Hinkunft zu vermeiden war aber der Ausspruch einer Ermahnung erforderlich. Diese wird den Bf in Hinkunft zu gesetzeskonformen Verhalten veranlassen.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

III.5. Aufgrund des Umstandes, dass keine Geldstrafe verhängt wurde entfällt sowohl der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde als auch der Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens.

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 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. Die Entscheidung stützt sich im Übrigen auf den konkreten Sachverhalt im Einzelfall.

Rechtsmittelbelehrung

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.

Hinweis

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