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-301914/5/BMa/Mu

Datum:
Linz, 19. April 2019

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des D E, x, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. G P, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft von Linz-Land vom 2. März 2018, GZ: SanRB96-319-2017, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG)

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, 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 zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens 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

Zu I.

1.1. Mit dem in der Präambel angeführten Straferkenntnis wurde der Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wie folgt schuldig gesprochen und bestraft:

„Sie haben als zur Vertretung nach außen Berufener der Firma ‚E GmbH' mit Sitz in x, gemäß § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991, verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass Sie die erforderlichen Arbeitszeitaufzeichnungen gemäß § 14 Abs. 2 LSD-BG für die Dienstnehmer

1. S K, VSNR x
2. R Z, VSNR x
3. S H, VSNR x
4. N K, VSNR x
5. V M, VSNR x
6. A W, VSNR x
7. N S, VSNR x
8. M E, VSNR x
9. T P, VSNR x

bei einer Kontrolle durch die Organe der Finanzpolizei am 05.07.2017 in der Bar ‚S G', x und anschließend im Cafe ‚I', x, nicht vorgelegt werden konnten, da diese nicht geführt wurden.

Die OÖ Gebietskrankenkasse als zuständiger Krankenversicherungsträger ist berechtigt nach § 14 Abs. 2 LSD in die für die Tätigkeit nach Abs. 1 erforderlichen Unterlagen Einsicht zu nehmen und Abschriften dieser Unterlagen anzufertigen. Auf Verlangen haben Arbeitgeber die erforderlichen Unterlagen oder Ablichtungen zu übermitteln.

Die Einsichtnahme in Arbeitsaufzeichnungen stellt eine unabdingbare Voraussetzung für die Überprüfung des zustehenden bzw. geleisteten Entgelts dar.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
1-9.) § 14 Abs. 2 LSD-BG iVm § 27 Abs. 4 LSD-BG (idF BGBl. I Nr. 44/2016)

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von Euro	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	gemäß
1) 2.000,00	200 Stunden	§ 27 Abs. 4 LSD-BG
2) 2.000,00	200 Stunden	§ 27 Abs. 4 LSD-BG
3) 2.000,00	200 Stunden	§ 27 Abs. 4 LSD-BG
4) 2.000,00	200 Stunden	§ 27 Abs. 4 LSD-BG
5) 2.000,00	200 Stunden	§ 27 Abs. 4 LSD-BG

6)	2.000,00	200 Stunden	§ 27 Abs. 4 LSD-BG
7)	2.000,00	200 Stunden	§ 27 Abs. 4 LSD-BG
8)	2.000,00	200 Stunden	§ 27 Abs. 4 LSD-BG
9)	2.000,00	200 Stunden	§ 27 Abs. 4 LSD-BG

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG zu zahlen:

1.800,00 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe, mindestens jedoch 10,00 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro);

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

19.800,00 Euro“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass diese Verwaltungsübertretung aufgrund der Anzeige der OÖ Gebietskrankenkasse vom 8. November 2017 und des von der belangten Behörde durchgeführten Ermittlungsverfahren als erwiesen anzusehen und der Tatbestand der angelasteten Verwaltungsübertretungen daher in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt sei. Nach Ansicht der belangten Behörde habe der Bf zumindest fahrlässig gehandelt. Die belangte Behörde ist von einem geschätzten monatlichen Nettoeinkommen von 2.500 Euro und dem Nichtvorliegen von Sorgepflichten ausgegangen. Die verhängte Geldstrafe befinde sich im unteren Bereich des gesetzlich vorgeschriebenen Strafrahmens.

1.3. Dagegen wurde mit Eingabe vom 30. März 2018 Beschwerde erhoben.

2.1. Die Bezirkshauptmannschaft Linz-Land hat die Beschwerde samt bezughabendem Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oö. vorgelegt. Dieses entscheidet gemäß § 2 VwGVG durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

2.2. Mit Schreiben des LVwG Oö. vom 29. Jänner 2018 wurde der Bf davon verständigt, dass ein Steuerberater im Verwaltungsstrafverfahren gegen einen seiner Klienten als Dienstgeber wegen einer Verwaltungsübertretung nach dem LSD-BG nicht zur berufsmäßigen Vertretung befugt ist. Daher wurde er gemäß § 13 Abs. 3 AVG aufgefordert, binnen zwei Wochen ab Zustellung des Schreibens in Ergänzung und Verbesserung seines Anbringens dem Oö. LVwG eine von einer berechtigten Person unterfertigte Beschwerde zu übermitteln.

2.3. Mit Eingabe vom 5. Februar 2019 wurde vom nunmehr rechtsfreundlich vertretenen Beschwerdeführer fristgerecht die verbesserte Beschwerde eingebracht.

Die Beschwerde bringt im Wesentlichen vor, der Bf habe zwar im Zuge der Kontrolle die Arbeitsaufzeichnungen betreffend die im Spruch angeführten Personen nicht vorgelegt, allerdings habe er mitgeteilt, dass er diese stets zu Hause aufbewahre. Zudem sei er auch nie dazu aufgefordert worden, derartige Unterlagen nachzureichen. Der Bf habe allerdings im Rahmen seiner Einvernahme durch die Finanzpolizei, ohne aufgefordert worden zu sein, diese Unterlagen vorgelegt. Es liege daher kein Vergehen vor, welches gemäß § 27 Abs. 1 bis Abs. 3 LSD-BG oder nach § 27 Abs. 4 LSD-BG zu bestrafen sei, weil er die Einsichtnahme in die Aufzeichnung nicht verweigert habe, weshalb auch der Tatbestand der „Verweigerung zur Einsichtnahme“ nicht vorliegen würde. Hinsichtlich der Strafausmessung wird ausgeführt, dass die über den Bf verhängte Geldstrafe bei weitem überhöht sei. Zudem sei der Bf unbescholten und das Verschulden als äußerst gering zu bezeichnen. Abschließend wurde unter anderem die ersatzlose Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und die Herabsetzung der Strafe beantragt.

2.4. Das Landesverwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt der belangten Behörde.

Gemäß § 44 Abs. 2 VwGVG konnte die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung entfallen, da sich bereits aufgrund der Aktenlage ergibt, dass das bekämpfte Straferkenntnis aufzuheben war.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer und damit zur Vertretung nach außen Berufener der Firma E GmbH, die ihren Sitz in x, hat.
Bei einer Kontrolle durch die Finanzpolizei am 5. Juli 2017 in der Bar „S G“, x, und anschließend im Cafe „I“, x, wurde festgestellt, dass für die neun im Spruch des bekämpften Bescheids angeführten beschäftigten Dienstnehmerinnen der E GmbH keine Stundenaufzeichnungen vorgelegt werden konnten, weil diese an den jeweiligen Betriebsstätten nicht geführt wurden. Erst bei der später stattgefunden habenden Beschuldigteneinvernahme wurden vom Bf Stundenaufzeichnungen auf einem ausgedruckten Kalender nachgereicht. Deshalb wurde mit Schreiben des Finanzamtes Linz vom 3. Oktober 2017 bei der OÖ Gebietskrankenkasse Anzeige erstattet.

In der Folge wurde anlässlich der Strafanzeige der OÖ Gebietskrankenkasse vom 8. November 2017 wegen des Verdachtes einer Übertretung nach dem LSD-BG betreffend der Verweigerung der Einsichtnahme in Unterlagen gemäß § 27 Abs. 4 LSD-BG bei der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land das Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet. Diese dem Bf angelastete Übertretung wurde von der

OÖ Gebietskrankenkasse dahingehend begründet, dass der Bf der Aufforderung durch die Finanzpolizei zur Einsichtnahme in die erforderlichen Lohnunterlagen gemäß § 14 Abs. 2 LSD-BG für die neun Dienstnehmerinnen nicht nachgekommen sei.

Im Zuge der Einvernahme vor der belangten Behörde am 13. Februar 2018 gab der Bf an, dass die geforderten Unterlagen nicht am Arbeitseinsatzort waren. Er sei am Kontrolltag zur Vorlage dieser Unterlagen nicht aufgefordert worden. Im Zuge seiner Einvernahme Ende August bei der Finanzpolizei hätte er alle geforderten Unterlagen (ohne dazu aufgefordert worden zu sein) vorgelegt. Die Stundenaufzeichnungen und etwaige andere Unterlagen seien zum Zeitpunkt der Kontrolle bei ihm zu Hause gewesen.

Die OÖ Gebietskrankenkasse stellt in ihrer Stellungnahme vom 22. Februar 2018 klar, dass zwar aus der Anzeige der Finanzpolizei nicht ausdrücklich hervorgehe, ob der Bf von den Kontrollorganen um Vorlage der Arbeitszeitaufzeichnungen ersucht wurde, es habe aber festgestellt werden können, dass solche am Arbeitseinsatzort nicht geführt worden seien, weshalb im vorliegenden Fall eine gesonderte Aufforderung zur Vorlage von Arbeitszeitaufzeichnungen sinnentleert gewesen wäre, weil die vom Bf nachgereichten Stundenaufzeichnungen aufgrund der fehlenden Angaben über Beginn und Ende der jeweiligen Arbeitszeit nicht als korrekt geführte Arbeitszeitaufzeichnungen im Sinne des Arbeitszeitgesetz gewertet werden könnten. Zudem enthalten die Aufzeichnungen nur Vornamen oder Namenskürzel. Laut OÖ Gebietskrankenkasse sei dies dem Nichtführen von Arbeitszeiten gleichzusetzen. Daher sei auch gemäß § 27 Abs. 4 LSD-BG lediglich die Verweigerung der Einsichtnahme angezeigt worden.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt widerspruchsfrei aus dem vorgelegten Verwaltungsstrafakt der belangten Behörde, insbesondere aus der Anzeige und der Stellungnahme der OÖ Gebietskrankenkasse, ergibt. Das Nichtbereithalten von Arbeitszeitaufzeichnungen am Einsatzort wurde vom Bf auch nicht bestritten. Allerdings ergibt sich unmissverständlich aus der Stellungnahme der OÖ Gebietskrankenkasse vom 22. Februar 2018 und dem vorgelegten Akt, dass im vorliegenden Fall nur eine Verweigerung der Einsichtnahme gemäß § 27. Abs. 4 ASVG angezeigt wurde und der Bf aber zur Vorlage der Arbeitsaufzeichnungen nicht aufgefordert wurde.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

3.3.1. Folgende Rechtsvorschriften sind maßgeblich:

Gemäß § 14 Abs. 2 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – LSD-BG, in der zum Tatzeitpunkt maßgebenden Fassung, ist der zuständige Träger der Krankenversicherung berechtigt, in die für die Tätigkeit nach Abs. 1 erforderlichen Unterlagen Einsicht zu nehmen und Ablichtungen dieser Unterlagen anzufertigen. Auf Verlangen haben Arbeitgeber die erforderlichen Unterlagen oder Ablichtungen zu übermitteln, wobei die Unterlagen oder Ablichtungen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktages abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.

Gemäß § 27 Abs. 4 LSD-BG ist ebenso nach Abs. 3 zu bestrafen, wer als Arbeitgeber entgegen § 14 Abs. 2 die Einsichtnahme in die Unterlagen verweigert.

Nach § 27 Abs. 3 LSD-BG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist für jeden Arbeitnehmer von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe von 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Wiederholungsfall von 2.000 Euro bis 20.000 Euro zu bestrafen, wer die Einsichtnahme in die Unterlagen nach den §§ 21 Abs. 1 oder 22 verweigert.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG hat die Behörde von der Einleitung und 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.

3.3.2. Wie sich aus den Feststellungen ergibt, wurde sowohl gemäß der Anzeige als auch der Stellungnahme der OÖ Gebietskrankenkasse dem Bf zweifelsfrei im Sinne des § 14 Abs. 2 LSD-BG die Verweigerung der Einsichtnahme der Arbeitszeitaufzeichnungen vorgeworfen, weil er diese Aufzeichnungen nicht geführt hätte und daher diese zur Einsichtnahme nicht vorlegen habe können, nicht aber das Nichtbereithalten von Unterlagen gemäß § 22 LSD-BG.

Der Bf wurde gar nicht dazu aufgefordert, die fehlenden Unterlagen innerhalb der gesetzlichen Frist nachträglich dem zuständigen Sozialversicherungsträger zu übermitteln, sondern hat die Unterlagen ohne Aufforderung bei seiner Vernehmung vorgelegt. Eine Aufforderung zur Vorlage der Unterlagen aber ist Voraussetzung für eine Bestrafung gemäß § 27 Abs. 4 LSD-BG iVm § 14 Abs. 2 LSD-BG.
Ein Vorwurf, er hätte die erforderlichen Unterlagen vor Ort nicht bereitgehalten, wurde dem Bf gegenüber nicht gemacht. Insbesondere wurde ein solcher Vorwurf gem. § 22 LSD-BG innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist gemäß § 31 Abs. 1 VStG gegenüber dem Bf nicht erhoben.

Insgesamt folgt daraus, dass der Bf die ihm im angefochtenen Straferkenntnis angelastete Tat nicht begangen hat.

Im Ergebnis war somit der Beschwerde Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG einzustellen.

Zu II.: Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Bf weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde noch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu entrichten.

Zu III.: 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. Insbesondere weicht die gegenständliche Entscheidung von der als einheitlich zu beurteilenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ab.

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. Bergmayr-Mann