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-302026/8/SE

Datum:
Linz, 7. November 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Ellmer über die Beschwerde von C. G. F., nunmehr vertreten durch E. & Partner Rechtsanwälte GmbH, O. Straße X, L., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf a.d. Krems vom 16. Juli 2018, GZ: SanRB96-116-2017, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe, dass die die im angefochtenen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf a.d. Krems vom 16. Juli 2018, GZ: SanRB96-116-2017, verhängte Geldstrafe auf ein Gesamtausmaß von 1.000 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 40 Stunden herabgesetzt werden, als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 200 Euro zu leisten. Der Beitrag zu den Kosten des behördlichen Verwaltungsverfahrens reduziert sich auf 100 Euro.

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 Kirchdorf a.d. Krems (in der Folge: belangte Behörde) vom 16. Juli 2018, GZ: SanRB96-116-2017, wurden über C. G. F. (in der Folge: Beschwerdeführer) wegen vier Verwaltungsübertretungen nach § 22 Abs. 1 iVm § 28 Z 1 LSD-BG, Geldstrafen in der Höhe von jeweils 6.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit derselben Ersatzfreiheitsstrafen in der Höhe von jeweils 40 Stunden verhängt. Ferner wurde ein Kostenbeitrag in der Höhe von insgesamt 2.400 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde (auszugsweise Wiedergabe ohne Hervorhebungen):

„Sie haben als Verantwortlicher der Firma F. GmbH mit Sitz in St. L., (Italien) diese ist Arbeitgeberin im Sinne der §§ 3 Abs. 2, 8 Abs. 1 oder 19 Abs. 1, zu verantworten, dass unten angeführte Lohnunterlagen am Arbeits(Einsatz)ort H., F.-straße X im Inland währen der Dauer der Beschäftigung oder des Zeitraums der Entsendung insgesamt (§ 9 Abs. 3 Zif. 6) nicht bereitgehalten und auch vor Ort nicht unmittelbar in elektronischer Form zum Zeitpunkt der Erhebung zugänglich gemacht wurden, obwohl eine Verwaltungsübertretung begeht, wer 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 Entgelt in deutscher Sprache, ausgenommen den Arbeitsvertrag, am Arbeits(Einsatz)ort nicht bereithält oder den Abgabenbehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vor Ort zum Zeitpunkt der Erhebung nicht unmittelbar in elektronischer Form zugänglich macht, auch wenn die Beschäftigung des einzelnen Arbeitnehmers in Österreich früher geendet hat, wobei der Arbeitsvertrag entweder in deutscher oder in englischer Sprache bereitzuhalten ist.

Folgende Lohnunterlagen wurden nicht am Arbeits(Einsatz)ort H., F.-straße X im Inland bereit gehalten oder zugänglich gemacht: Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen, Unterlagen betreffend die Lohneinstufung und Arbeitsvertrag oder Dienstzettel in deutscher oder englischer Sprache von Herrn T. Z.

1) Name: B. A., geb. [...]
Staatsangehörigkeit: R.
Tätigkeit: Trockenbauarbeiten
Beschäftigungsort: H., F.-straße X
Tatort: Gemeinde H., H., F.-straße X
Tatzeit: (Kontrollzeitpunkt): 20.10.2017 um 12:15 Uhr

2) Name: G. F., geb. [...]
Staatsangehörigkeit: R.
Tätigkeit: Trockenbauarbeiten
Beschäftigungsort: H., F.-straße X
Tatort: Gemeinde H., H., F.-straße X
Tatzeit: (Kontrollzeitpunkt): 20.10.2017 um 12:15 Uhr

3) Name: G. F., geb. [...]
Staatsangehörigkeit: R.
Tätigkeit: Trockenbauarbeiten
Beschäftigungsort: H., F.-straße X
Tatort: Gemeinde H., H., F.-straße X
Tatzeit: (Kontrollzeitpunkt): 20.10.2017 um 12:15 Uhr

4) Name: T. Z., geb. [...]
Staatsangehörigkeit: B.
Tätigkeit: Trockenbauarbeiten
Arbeitsantritt: 14.08.2017
Beschäftigungsort: H., F.-straße X
Tatort: Gemeinde H., H., F.-straße X
Tatzeit: (Kontrollzeitpunkt): 20.10.2017 um 12:15 Uhr“

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass der von den Organen der Finanzpolizei schlüssig und widerspruchsfrei geschilderte Sachverhalt als erwiesen anzusehen sei. Der Beschwerdeführer sei als zur Vertretung nach außen befugtes Organ für die Verwaltungsübertretungen verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. Die verhängten Geldstrafen und Ersatzfreiheitsstrafen seien tat- und schuldangemessen.

I.2. Dagegen hat der rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde, eingelangt bei der belangten Behörde am 13. August 2018, erhoben und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Einstellung des Verfahrens in eventu die Einstellung des Verfahrens wegen geringem Verschulden in eventu die Erteilung einer Ermahnung in eventu die Herabsetzung der verhängten Strafe auf die Hälfte der Mindeststrafe sowie einen Kostenausspruch nach § 52 Abs. 8 und 9 VwGVG zu tätigen, beantragt.

Zusammengefasst wurde in der Beschwerde Folgendes vorgebracht:

- Dem Vorarbeiter O. seien die Unterlagen ausgehändigt worden. Er sei auch als Ansprechpartner in den ZKO3-Meldungen genannt.
- Am Kontrolltag sei der Vorarbeiter nicht auf der Baustelle anwesend gewesen, jedoch seien die anderen Arbeitnehmer angewiesen worden, die Unterlagen mitzunehmen.
- Der Arbeitsvertrag von Z. T. sei vor Ort gewesen.
- Die Lohnstreifen aller Arbeitnehmer seien über Whats-App am Telefon von Z. T. einsichtig gewesen.

- Die belangte Behörde habe sich mit der Stellungnahme des Beschwerdeführers inhaltlich nicht auseinandergesetzt.
- Der Normzweck der Bereithaltung von Lohnunterlagen ziele auf die Geringhaltung des Verwaltungsaufwandes des Arbeitgebers ab.
- Es sei nicht nachvollziehbar, dass es ist nicht möglich gewesen sei, die Whats-App-Fotos auf den Dienstlaptop der Finanzpolizei zu übermitteln, da Whats-App-Fotos an E-Mail Adressen weitergeleitet werden können.
- Die Lohnabrechnung erfolge monatlich erst im Nachhinein. Zum Kontrollzeitpunkt sei die Abrechnung für den Monat Oktober noch nicht vorgelegen.
- Sämtliche angeforderten Unterlagen seien innerhalb der von der Kontrollbehörde festgesetzten Frist, sofort am 22. Oktober 2017, elektronisch nachgereicht worden. Dies müsse strafmindernd gewertet werden.
- Da sich die konkreten Strafdrohungen auf konkrete einzelne Arbeitnehmer beziehen, setze im Wiederholungsfall eine bereits erfolgte Verurteilung für denselben Arbeitnehmer und die gleiche oder zumindest gleichartige Tat voraus. Dies werde aber gegenständlich nicht erfüllt.
- Im Unternehmen bestehe ein funktionsfähiges wirksames Kontrollsystem zur Vermeidung der Übertretung von verwaltungsrechtlichen Bestimmungen der Auslandseinsätzen. Es könne aber nicht vermieden werden, dass im Einzelfall die Arbeitnehmer die Unterlagen vergessen bzw. diese aufgrund kurzfristiger Auftragsänderungen nicht bereitgehalten werden könnten. Es käme auch durch sprachliche Barrieren im Rahmen von Kontrollen zu Missverständnissen.
- Der Beschwerdeführer sei seinen Pflichten durch die Zurverfügungstellung und die strikte Anweisung der Bereithaltung vollumfänglich nachgekommen, womit zumindest von einem geringfügigen Verschulden im Sinne des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG auszugehen sei.
- Konkret sei keine Unterentlohnung vorgelegen. Das Verschulden sei daher als gering zu werten.
- Die belangte Behörde habe nicht geprüft, ob die Voraussetzungen des § 20 VStG vorgelegen sind.

I.3. Mit Schreiben vom 14. August 2018, eingelangt am 21. August 2018, legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beraumte für 9. Juli 2019 eine mündliche Verhandlung an, die aufgrund des Vertagungsantrags des Beschwerdeführers am 29. Juli 2019 durchgeführt wurde. Es waren alle Parteien, ausgenommen die belangte Behörde, anwesend.

Die anwesenden Parteien konnten im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung jeweils ihre rechtlichen Standpunkte präzisieren und dartun sowie an der Ermittlung des relevanten Sachverhalts mitwirken.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt, das Beschwerdevorbringen und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 29. Juli 2019.

II.2. Folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt gilt als erwiesen:

Der Beschwerdeführer ist nach außen berufener Vertreter iSd § 9 VStG der F. GmbH mit Sitz in St. L. (S).
Am 20. Oktober 2017 erfolgte auf der Baustelle in H., F.-straße X, durch Organe der Finanzpolizei (Team 43) eine Kontrolle hinsichtlich der Einhaltung der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes und des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes. Es wurden vier Arbeitnehmer, nämlich die r. Staatsbürger F. G., F. G., A. B. und der b. Staatsbürger Z. T., der F. GmbH bei Trockenarbeiten angetroffen.
Zwischen der F. GmbH und der S. Baugesellschaft m.b.H. bestand ein Werkvertrag, abgeschlossen am 21. Juni 2017.

Vor Ort konnten die Arbeitsverträge von F. G., F. G. und A. B. vorgelegt werden. Diese lauten auszugsweise wie folgt (wörtliche Wiedergabe ohne Hervorhebungen):

1. F. G.:
   „Unbefristeter Arbeitsvertrag
   wie bereits mündlich vereinbart, bestätigen wir Ihnen Ihre Einstellung als Hilfsarbeiter, in unserem Betrieb. [...]
   Sie werden laut N.A.K.V. Industriebauwesen in der Gehaltsebene 1 eingestuft.
   Bei Beschäftigung im Ausland unterliegt das Arbeitsverhältnis dem Kollektivvertrag des jeweiligen Landes. [...]“

2. F. G.
   „Unbefristeter Arbeitsvertrag
   wie bereits mündlich vereinbart, bestätigen wir Ihnen Ihre Einstellung als Hilfsarbeiter, in unserem Betrieb. [...]
   Sie werden laut N.A.K.V. Industriebauwesen in der Gehaltsebene 1 eingestuft.
   Bei Beschäftigung im Ausland unterliegt das Arbeitsverhältnis dem Kollektivvertrag des jeweiligen Landes. [...]“

3. A. B.
   „Unbefristeter Arbeitsvertrag
   wie bereits mündlich vereinbart, bestätigen wir Ihnen Ihre Einstellung als Hilfsarbeiter, in unserem Betrieb. [...]
   Sie werden laut N.A.K.V. Industriebauwesen in der Gehaltsebene 1 eingestuft.
   Bei Beschäftigung im Ausland unterliegt das Arbeitsverhältnis dem Kollektivvertrag des jeweiligen Landes. [...]“

Die Unterlagen (Arbeitsverträge, ZKO-Meldungen, etc.) der Arbeitnehmer waren in zwei Ringordnern vor Ort aufbewahrt. Ob auch der Arbeitsvertrag von Z. T. vor Ort am Kontrolltag bereitgehalten wurde, kann nicht festgestellt werden.
In die Lohnzettel der vier Arbeitnehmer konnte über „Whats-App“ Einsicht genommen werden. Es ist technisch möglich, diese Bilder auch an eine E-Mail Adresse zu übermitteln.

Die Lohnabrechnung bei der F. GmbH erfolgt monatlich erst im Nachhinein.

Entsprechend der Meldung einer Entsendung nach Österreich (ZKO 3) waren der Beginn der Entsendung mit 10. Juli 2017 und das voraussichtliche Ende mit 27. Oktober 2017 für alle vier gegenständlichen Arbeitnehmer festgelegt.
Der Arbeitnehmer Z. T. gab am Personenblatt (Finpol 9) als Arbeitsbeginn auf der gegenständlichen Baustelle den 14. August 2017 an. Die anderen Arbeitnehmer machten darüber keine Angaben.
A. B. und F. G. waren erst in der Woche der Kontrolle auf der Baustelle.

Alle Lohnunterlagen bis auf die Arbeitszeitaufzeichnungen wurden fristgerecht am 22. Oktober 2017 der Finanzpolizei, Team 43, für das Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr, übermittelt. Eine Unterentlohnung lag nicht vor.

Mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 13. Juni 2018, GZ: LVwG-301746/5/GS/JW, wurde das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf an der Krems vom 7. November 2017, GZ: SanRB96-53-2017, wegen Nichtbereithalten von Lohnunterlagen nach dem LSD-BG betreffend zwei andere als die gegenständlichen Arbeitnehmer bestätigt.

Der Beschwerdeführer verfügt über ein monatliches Einkommen von ca. 2.000 Euro, hat keine Sorgepflichten, kein Vermögen und auch keine Schulden.

II.3. Es blieb unbestritten, dass die F. GmbH zum Tatzeitpunkt Arbeitgeber der gegenständlichen Arbeitnehmer war. Weiters blieb in der mündlichen Verhandlung unbestritten, dass die Arbeitszeitaufzeichnungen nicht bereitgehalten und auch nicht binnen offener Frist an die Finanzpolizei, Team 43, für das Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr, übermittelt worden sind.

Betreffend Bereithalten des Arbeitsvertrages von Z. T. ist festzuhalten, dass es nachvollziehbar ist, dass sich dieser Arbeitsvertrag gemeinsam mit den anderen in einem Ringordner befunden hat und nicht gefunden bzw. übersehen worden ist. Schlüssig ist aber auch die grundsätzliche Vorgangsweise der geschulten und erfahrenen Kontrollorgane, dass alle vorhanden Unterlagen fotografiert werden. Da die Kontrolle schon am 20. Oktober 2017 stattfand konnten sich aber die durchführenden Organe der Finanzpolizei an die Vorgangsweise im konkreten

Einzelfall nicht mehr erinnern. Es kann daher nicht festgestellt werden, ob der Arbeitsvertrag von Z. T. vor Ort bereitgehalten wurde oder nicht.

Betreffend Einkommen und persönliche Verhältnisse des Beschwerdeführers ist festzuhalten, dass er der von der belangten Behörde vorgenommenen Schätzung im Verfahren nie widersprach und sonst keine Angaben dazu machte.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat über die Beschwerde erwogen:

III.1. Zum Tatzeitpunkt (20. Oktober 2017) anzuwendende Rechtslage:

III.1.1. Das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – LSD-BG, BGBl. I Nr. 44/2016, in der maßgeblichen Fassung lautet auszugsweise:

„Bereithaltung von Lohnunterlagen

§ 22. (1) Arbeitgeber im Sinne der §§ 3 Abs. 2, 8 Abs. 1 oder 19 Abs. 1 haben 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.
[…]

Nichtbereithalten der Lohnunterlagen

§ 28. Wer als
1. Arbeitgeber entgegen § 22 Abs. 1 oder Abs. 1a die Lohnunterlagen nicht bereithält, oder
2. […]
3. […]

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."

III.2. Der Beschwerdeführer ist als das zur Vertretung nach außen berufene Organ der Frena GmbH gemäß § 9 Verwaltungsstrafgesetz – VStG für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften strafrechtlich verantwortlich.

III.3. Bei den Verpflichtungen gemäß § 22 Abs. 1 LSD-BG handelt es sich um Ausführungsbestimmungen zur Entsenderichtlinie (VwGH 6.11.2012, 2012/09/0130; 19.3.2014, 2013/09/0159; 20.2.2014, Ro 2014/09/0017); gegen die Notwendigkeit des Bereithaltens der Lohnunterlagen bestehen keine europarechtlichen Bedenken (vgl. z.B. VwGH 6.3.2014, 2013/11/0143). Diese Bestimmung verlangt, dass die bezeichneten Lohnunterlagen vollständig bereitgehalten werden, um der Behörde die Beurteilung zu ermöglichen, ob der Arbeitgeber der ihn primär treffenden Verpflichtung, dem Arbeitnehmer das gebührende Entgelt zu entrichten, nachkommt. Mit der AVRAG-Novelle BGBl. I Nr. 94/2014, mit der die Vorgängerbestimmung § 7d AVRAG hinsichtlich der bereitzuhaltenden Unterlagen die hier maßgebende Fassung erhielt, erfolgte eine ausdrückliche Aufzählung der vom Arbeitgeber bereitzuhaltenden Lohnunterlagen, womit – den Materialien (RV 319 BlgNR 25. GP) folgend – eine "Verschärfung" hinsichtlich der Bereithaltung von Lohnunterlagen vorgesehen und allfälligen Zweifeln in Ansehung der notwendigen Bestimmtheit entgegengewirkt werden sollte. Vor diesem Hintergrund wird eine Übertretung des § 22 Abs. 1 LSD-BG schon dann verwirklicht, wenn nicht sämtliche genannten Unterlagen bereitgehalten werden (vgl. z.B. VwGH 11.4.2018, Ra 2017/11/0219; 13.12.2018, Ra 2017/11/0276).

Hinsichtlich der Arbeitsverträge konnte nicht mehr festgestellt werden, ob jener des Arbeitnehmers Z. T. tatsächlich fehlte.
Die Arbeitsverträge enthielten die notwendigen Informationen über die Lohneinstufung.
A. B. und F. G. waren in der Woche der Kontrolle erstmals auf der Baustelle. Da die Lohnabrechnung erst im Nachhinein erfolgt, konnten für diese beiden Arbeitnehmer noch keine Lohnzettel und Lohnzahlungsnachweise vorliegen.
Die vorhandenen Lohnzettel wurden in elektronischer Form über „Whats-App" zugänglich gemacht. Es ist technisch möglich, diese Fotos an eine E-Mail Adresse weiterzuleiten.
Für alle vier Arbeitnehmer fehlten die Arbeitsaufzeichnungen.
Nachdem die Lohnunterlagen für die vier gegenständlichen Arbeitnehmer auf der konkreten Baustelle nicht vollständig bereitgehalten oder während der Kontrolle in elektronischer Form zugänglich gemacht worden sind, da für alle vier Arbeitnehmer

zumindest die Arbeitszeitaufzeichnungen fehlten, ist das Tatbild der §§ 22 Abs. 1 iVm 28 LSD-BG in objektiver Hinsicht erfüllt.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ändert grundsätzlich auch die Übermittlung von Lohnunterlagen an die Abgabenbehörde kurze Zeit nach der Kontrolle nichts an der Verletzung der Bereithaltepflicht gemäß § 22 Abs. 1 LSD-BG (vgl. VwGH 4.5.2016, Ra 2016/11/0053).

III.4. 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. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschwerdeführer initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringung von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die „Glaubhaftmachung“ nicht.

Es ist daher zu prüfen, ob sich der Beschwerdeführer entsprechend sorgfältig verhalten hat, um glaubhaft machen zu können, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Der Beschwerdeführer gab an, dass in seinem Unternehmen ein funktionsfähiges wirksames Kontrollsystem zur Vermeidung der Übertretung von verwaltungsrechtlichen Bestimmungen bei Auslandseinsätzen eingerichtet ist. Die Mitarbeiter würden laufend über die entsprechenden Bestimmungen und das Erfordernis der Bereithaltung der Unterlagen informiert und angewiesen, sämtliche Unterlagen vor Ort bei den Einsätzen bereit zu halten. Bei jeder Übergabe der entsprechenden Unterlagen erfolge eine zusätzliche Unterweisung. Trotz dieser umfassenden Unterweisung sowie des funktionierenden Kontrollsystems könne es im Einzelfall passieren, dass die Arbeitnehmer die Unterlagen vergessen bzw. dieses aufgrund kurzfristiger Auftragsänderungen nicht bereithalten.

Wie der Verwaltungsgerichtshof schon mehrfach ausgesprochen hat, ist für die Befreiung von der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers die Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems entscheidend (VwGH 19.10.2001, Zl. 2000/02/0228).

Die Erteilung von Weisungen entschuldigt den Arbeitgeber (bzw. den zur Vertretung nach außen Berufenen) nur dann, wenn er darlegt und glaubhaft gemacht hat, dass er Maßnahmen ergriffen hat, um die Einhaltung der erteilten Anordnungen betreffend die Beachtung der Rechtsvorschriften über die Beschäftigung von Ausländern zu gewährleisten, insbesondere welche Kontrollen er eingerichtet und wie er sich vom Funktionieren des Kontrollsystems informiert hat. Das entsprechende Kontrollsystem hat selbst für den Fall eigenmächtiger Handlungen von Arbeitnehmern Platz zu greifen (VwGH 15.9.2004, Zl. 2003/09/0124, mwN). Insbesondere ist darzulegen, auf welche Weise der Verantwortliche seiner Verpflichtung zur Überwachung der von ihm beauftragten Personen nachgekommen ist und wieso dessen ungeachtet die Verwaltungsübertretung nicht zu verhindern war. Der verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche hat durch die Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften zu sorgen und die lückenlose Anwendung des Kontrollsystems auf effektive Weise zu überwachen (vgl. VwGH 25.4.2018, Zl. Ra 2018/09/0025).

Der Beschwerdeführer hat aber mit seinem Vorbringen insbesondere nicht darlegen können, die lückenlose Anwendung des Kontrollsystems auf effektive Weise zu überwachen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Ausgestaltung des Kontrollsystems entlastet schlichtes "Vertrauen" darauf, dass sich ein Arbeitnehmer weisungskonform verhalte, den Arbeitgeber nicht. Das entsprechende Kontrollsystem hat gemäß der ständigen hg. Judikatur auch für den Fall eigenmächtiger Handlungen von Arbeitnehmern gegen gesetzliche Vorgaben Platz zu greifen. Im Rahmen eines funktionierenden Kontrollsystems kann es kein Vertrauen darauf geben, dass die eingewiesenen, laufend geschulten und ordnungsgemäß ausgerüsteten Arbeitnehmer die gesetzlichen Vorschriften einhalten.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hält daher fest, dass es dem Beschwerdeführer nicht gelungen ist, im abgeführten Beschwerdeverfahren ein nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes gefordertes wirksames Kontrollsystem darzustellen.

Fahrlässigkeit besteht in einem Mangel an Sorgfalt. Die Verpflichtung eines Arbeitgebers hat sich auf die Sorgfalt zu beziehen, die ein rechtstreuer, gewissenhafter und besonnener Mensch in der konkreten Lage des Täters aufwenden würde (vgl. dazu VwGH 12.9.1980, 677/79). Im Verfahren sind keine Umstände hervorgekommen, die Zweifel am Verschulden des Beschwerdeführers am Zustandekommen der Verwaltungsübertretung aufkommen lassen, weshalb fahrlässiges Verhalten vorliegt und die angelastete Verwaltungsübertretung auch in subjektiver Hinsicht vorwerfbar ist.

III.5. Hinsichtlich der Einwendungen des Beschwerdeführers, dass konkret, trotz Vorliegen einer einschlägigen rechtskräftigen Verwaltungsstrafe, ein Wieder-

holungsfall iSd § 28 LSD-BG nicht vorliege, da ein Wiederholungsfall eine bereits erfolgte Verurteilung für denselben Arbeitnehmer und die gleiche oder zumindest gleichartige Tat voraussetze, ist Folgendes festzuhalten:

Mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 13. Juni 2018, GZ: LVwG-301746/5/GS/JW, wurde das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf an der Krems vom 7. November 2017, GZ: SanRB96-53-2017, wegen Nichtbereithalten von Lohnunterlagen nach dem LSD-BG betreffend zwei andere als die gegenständlichen Arbeitnehmer bestätigt.

§ 33 Z 2 Strafgesetzbuch – StGB versteht unter Wiederholungsfälle solche, in denen der Täter schon wegen einer auf der gleichen schädlichen Neigung beruhenden Tat rechtskräftig verurteilt wurde. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs kommt es aber, nicht darauf an, dass eine einschlägige Verurteilung im Zeitpunkt der Fällung eines (Folge-)Straferkenntnisses vorliegt, sondern dass die Vorstrafe bereits zum Zeitpunkt der Tat rechtskräftig ausgesprochen gewesen ist. Gegenständlich war die oben angeführte verwaltungsstrafrechtliche Verurteilung zum Tatzeitpunkt am 20. Oktober 2017 noch nicht rechtskräftig, weswegen konkret nicht von einem Wiederholungsfall auszugehen ist.

III.6. Betreffend der Strafbemessung sind nach § 19 Abs. 1 VStG Grundlage die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat; weiters sind nach Abs. 2 leg. cit im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) 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 §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Sinn und Zweck der Bestimmungen des LSD-BG ist es u.a. zu verhindern, dass im Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit österreichische Arbeitsbedingungen unterlaufen werden. Durch die Dienstleistungsfreiheit wird ermöglicht, dass auch Arbeitgeber, die keine Niederlassung in Österreich haben, Arbeiter in Österreich beschäftigen oder zeitlich befristet nach Österreich entsenden oder Arbeitskräfte überlassen können. Durch das Unterlassen der Bereithaltung von Lohnunterlagen am Arbeitsort bzw. das Unterlassen der korrekten Bereitstellung dieser Lohnunterlagen wird jedenfalls die Kontrolle der Bestimmungen des LSD-BG erschwert. Insbesondere soll den Kontrollorganen eine umgehende Überprüfung der Lohneinstufung bzw. eine allfällige Unterentlohnung an Ort und Stelle der Kontrolle ermöglicht werden. Diesem Ziel hat der Beschwerdeführer jedenfalls

zuwidergehandelt, dies selbst dann, wenn die entsprechenden Unterlagen in der Folge den Abgabenbehörden übermittelt wurden, bzw. faktisch keine Unterentlohnung vorlag.
Von geringfügigem Verschulden kann somit nicht ausgegangen werden.

III.7. Gemäß § 20 VStG kann die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen oder der Beschuldigte ein Jugendlicher ist.

Die gegenständliche einschlägige Verwaltungsübertretung war zum Tatzeitpunkt noch nicht rechtskräftig verhängt, weshalb sie auch nicht als erschwerend gewertet werden kann.

Strafmildernd ist zu werten, dass keine Unterentlohnung vorlag sowie, dass die Lohnunterlagen nur unvollständig nicht bereitgehalten wurden (Arbeitszeitaufzeichnungen fehlten zur Gänze).

Insgesamt betrachtet kann aber nicht von einem beträchtlichen Überwiegen der Milderungsgründe ausgegangen werden, weshalb § 20 VStG nicht anzuwenden ist.

III.8. Die Bestimmung des § 7i Abs. 4 AVRAG entspricht inhaltlich jener des (im vorliegenden Verfahren anzuwendenden) § 28 LSD-BG.
Der Verwaltungsgerichtshof hat jedoch in seinem Erkenntnis vom 15.10.2019, Zl. Ra 2019/11/0033 bis 0034-6, ausgesprochen, dass im Hinblick auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 12.9.2019, Maksimovic, C-64/18, C-140/18, C 146/18 und C 148/18 (in welchem die Unionsrechtskonformität der Bestimmung des § 7i Abs. 4 AVRAG verneint wurde), eine unionsrechtskonforme Rechtslage mithilfe der Verdrängung von nationalem Recht bezüglich der Anwendung dieser Bestimmung am ehesten dadurch hergestellt werden kann, dass die Wortfolge „für jede/n Arbeitnehmer/in“ in § 7i Abs. 4 AVRAG unangewendet bleibt, weil damit im Ergebnis dem sich aus dem Urteil des EuGH ergebenden Erfordernis einer Höchstgrenze für die Summe aller Geldstrafen bei Verstößen gegen die Bereitstellungspflicht betreffend mehrere Arbeitnehmer Rechnung getragen werden kann.

Im gegenständlichen Fall stehen somit die anzuwendenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften des § 22 Abs. 1 sowie des § 28 Z 2 LSD-BG in offenkundigem Widerspruch zu unmittelbar anwendbaren Unionsrecht, weshalb diese Bestimmungen im gegenständlichen Verfahren in dem Umfang nicht anzuwenden sind, der ihre Unionsrechtswidrigkeit bedeutet.

Im Sinne der aktuellen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind daher im gegenständlichen Fall die in den Punkten 1. bis 4. angeführten Tathandlungen als ein Delikt zu werten, für welches auch nur eine Strafe zu verhängen ist.

Unter Berücksichtigung des Strafrahmens von 1.000 bis 10.000 Euro gemäß § 28 LSD-BG, der Milderungsgründe und der persönlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers sieht das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Verhängung einer Gesamtstrafe in Höhe von 1.000 Euro sowie einer Ersatzfreiheitsstrafe von 40 Stunden aus general- und spezialpräventiven Gründen als tat- und schuldangemessen.

IV. Bei diesem Ergebnis war dem Beschwerdeführer gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG ein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in Höhe von 200 Euro vorzuschreiben. Die Kosten des verwaltungsbehördlichen Verfahrens waren gemäß § 38 VwGVG iVm § 64 Abs. 1 und 2 VStG mit 100 Euro festzusetzen.

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. Die gegenständliche Entscheidung weicht nicht von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung und ist diese auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Sonstige Hinweise auf einer grundsätzlichen Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage liegen ebenfalls nicht 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. Ellmer