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-302021/19/BMa/GSc

Datum:
Linz, 2. Juni 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des M B, vertreten durch Rechtsanwälte Dr. R G, Mag. R V, Dr. M Š, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Gmunden vom 20.06.2018, GZ: BHGMSBBG-2017-482885/7-EH, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 28. Mai 2019

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben, als die verhängten Strafen aufgehoben und eine Geldstrafe in Höhe von 6.500 Euro sowie eine Ersatzfreiheitsstrafe von 109 Stunden verhängt werden.

II. Die Kosten des behördlichen Verfahrens reduzieren sich auf 650 Euro. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens 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 Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Gmunden (im Folgenden: belangte Behörde) vom 20.06.2018, GZ: BHGMSBBG-2017-482885/7-EH, wurde über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen einer Verwaltungsübertretung nach §§ 22 Abs. 1 iVm 28 Z 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (im Folgenden: LSD-BG) eine Geldstrafe in Höhe von insgesamt 10.000 Euro, im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von insgesamt 330 Stunden verhängt. Als Beitrag zu den Verfahrenskosten wurden 1.000 Euro vorgeschrieben. Der Spruch dieses Straferkenntnisses lautet wie folgt:

„Sie haben es als Verantwortlicher der Firma B d.o.o. mit Sitz in x, gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass diese Firma als Arbeitgeberin mit Sitz in einem EU-Mitgliedsstaat nachstehende Personen

1) A S, geb. x, BOSNIEN UND HERZEGOWINA
   Beschäftigungszeitraum: 28.08.2017 bis zumindest am 07.11.2017, 09:45 Uhr

2) A A, geb. x, BOSNIEN UND HERZEGOWINA
   Beschäftigungszeitraum: 06.11.2017 bis zumindest am 07.11.2017, 09:45 Uhr

3) B A, x BOSNIEN UND HERZEGOWINA
   Beschäftigungszeitraum: 09.10.2017 bis zumindest am 07.11.2017, 09:45 Uhr

4) H A, geb. x, BOSNIEN UND HERZEGOWINA
   Beschäftigungszeitraum: 06.11.2017 bis zumindest am 07.11.2017, 09:45 Uhr

5) H M, geb. x, BOSNIEN UND HERZEGOWINA
   Beschäftigungszeitraum: 06.11.2017 bis zumindest am 07.11.2017, 09:45 Uhr

6) H M, geb. x, BOSNIEN UND HERZEGOWINA
   Beschäftigungszeitraum: 28.08.2017 bis zumindest am 07.11.2017, 09:45 Uhr

7) K A, geb. x, BOSNIEN UND HERZEGOWINA
   Beschäftigungszeitraum: 09.10.2017 bis 03.11.2017

8) M A, geb. x, BOSNIEN UND HERZEGOWINA
   Beschäftigungszeitraum: 05.09.2017 bis 27.10.2017

9) S I, geb. x, BOSNIEN UND HERZEGOWINA
   Beschäftigungszeitraum: 09.10.2017 bis zumindest am 07.11.2017, 09:45 Uhr

10) S I, geb. x, BOSNIEN UND HERZEGOWINA
Beschäftigungszeitraum: 23.10.2017 bis zumindest
am 07.11.2017, 09:45 Uhr

als Arbeitnehmer in Österreich für die Erbringung von Arbeitsleistungen auf der Baustelle auf dem Firmengelände der Firma H P, x, beschäftigt hat, ohne dass die (vollständigen) Lohnunterlagen gemäß § 22 Abs. 1 LSD-BG am Arbeits(Einsatz)ort bereitgehalten oder diese den Organen der Abgabenbehörde oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vor Ort unmittelbar in elektronischer Form zugänglich gemacht wurden, obwohl Arbeitgeber iSd § 19 Abs. 1 LSD-BG verpflichtet sind, dass diese Unterlagen vor Ort bereitgehalten oder in elektronischer Form zugänglich gemacht werden.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

1-10) § 22 Abs. 1 iVm § 28 Z 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016

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

Geldstrafe von Euro	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	gemäß
1)1.000,00	33 Stunden	-	§ 28 Z 1 LSD-BG
2) 1.000,00	33 Stunden	-	§ 28 Z 1 LSD-BG
3) 1.000,00	33 Stunden	-	§ 28 Z 1 LSD-BG
4) 1.000,00	33 Stunden	-	§ 28 Z 1 LSD-BG
5) 1.000,00	33 Stunden	-	§ 28 Z 1 LSD-BG
6) 1.000,00	33 Stunden	-	§ 28 Z 1 LSD-BG
7) 1.000,00	33 Stunden	-	§ 28 Z 1 LSD-BG
8) 1.000,00	33 Stunden	-	§ 28 Z 1 LSD-BG
9)1.000,00	33 Stunden	-	§ 28 Z 1 LSD-BG
10) 1.000,00	33 Stunden	-	§ 28 Z 1 LSD-BG

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

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

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

11.000,00 Euro."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Tatbestand der angelasteten Verwaltungsübertretungen in objektiver Hinsicht erfüllt sei, da es der Bf als vertretungsbefugtes Organ gemäß § 9 Abs. 1 VStG zu verantworten habe, dass die Firma B d.o.o. für die im Spruch angeführten Arbeitnehmer die nach § 22 Abs. 1 LSD-BG erforderlichen Unterlagen nicht oder nur teilweise bereitgehalten oder elektronisch zugänglich gemacht habe. Umstände, die das Verschulden des

Bf ausschließen würden, seien nicht hervorgekommen. Bei der Strafbemessung ist die belangte Behörde von einem durchschnittlichen Einkommen ausgegangen ist.

1.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf in rechtsfreundlicher Vertretung mit Eingabe vom 11.07.2018 rechtzeitig Beschwerde. Begründend wurde vorgebracht, dass der Tatvorwurf nicht ausreichend konkretisiert sei, zumal sich dem Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses nicht entnehmen ließe, welche Lohnunterlagen gefehlt hätten. Die im Verwaltungsstrafverfahren schriftlich erfolgte Aufforderung zur Rechtfertigung habe einen anderen Tatvorwurf zum Inhalt gehabt, weshalb der Bf mangels tauglicher Verfolgungshandlung in seinem Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK verletzt worden sei. Zudem werde die Tätigkeit von zwei Arbeitnehmern auf der Baustelle bestritten, da diese nur im Zuge einer früheren Verkehrskontrolle, nicht jedoch bei der Kontrolle auf der Baustelle, angetroffen worden seien.

1.3. Mit Schreiben vom 09.08.2018 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt zugehörigem Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (im Folgenden: Landesverwaltungsgericht) zur Entscheidung vor.

1.4. Am 28.05.2019 führte das Landesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, zu der der Bf mit seinem rechtsfreundlichen Vertreter sowie jeweils ein Vertreter des Finanzamts und der belangten Behörde gekommen sind. Das Verfahren wurde zur gemeinsamen Verhandlung mit weiteren den Bf betreffenden Strafverfahren verbunden, denen jeweils die Kontrolle am 07.11.2017 zugrunde liegt. Dabei handelt es sich um die Verfahren zu den GZ LVwG-302022, LVwG-302023 und LVwG-302024.

1.5. Mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts vom 12.08.2019, GZ: LVwG-302021/9/BMa/HK, wurde die Beschwerde mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass die im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses angeführte Strafnorm „§ 28 Z 1 LSD-BG“ jeweils durch die Wortfolge „erster Strafsatz“ ergänzt wurde. Zudem wurde ein Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren in der Höhe von 2.000 Euro vorgeschrieben. Die Revision wurde für unzulässig erklärt.

1.7. Gegen dieses Erkenntnis erhob der Bf mit Eingabe vom 20.09.2019 rechtzeitig eine auf Art. 144 B-VG gestützte Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof.

1.8. Mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 27.11.2019, GZ: E 3530-3531/2019-10, wurde das angefochtene Erkenntnis im Umfang der Straf- und Kostenaussprüche aufgehoben. Demnach hat das Landesverwaltungsgericht die Strafbestimmung des § 28 Z 1 LSD-BG infolge des zwischenzeitlich ergangenen Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 12.09.2019, Rs. C-64/18 ua., *Maksimovic*, denkunmöglich angewendet, zumal die grenzenlose Kumulierung von

mit Mindestbeträgen zu verhängenden Strafen für die Übertretung der mangelnden bzw. unvollständigen Bereithaltung von Lohnunterlagen für in Mitgliedstaaten entsandte Arbeitnehmer nach dem unmittelbar anwendbaren Unionsrecht als nicht verhältnismäßig anzusehen ist.
Die Behandlung der Beschwerde hinsichtlich der Schuldaussprüche des angefochtenen Erkenntnisses des Landesverwaltungsgerichts wurde abgelehnt.

2. Basierend auf dem vorerwähnten Erkenntnis des VfGH entscheidet das LVwG OÖ gemäß § 2 VwGVG neuerlich durch Einzelrichterin.
Das Landesverwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung.

3. Das Landesverwaltungsgericht OÖ hat erwogen:

3.1. Ergänzend zu den Feststellungen im Erkenntnis vom 12.08.2019, GZ: LVwG-302021/9/BMa/HK, wird folgender rechtlich relevanter Sachverhalt festgestellt:

Der Bf ist verwaltungsstrafrechtlich unbescholten.
Er bezieht ein monatliches Einkommen von 550 Euro, besitzt kein Vermögen und hat keine Sorgepflichten.

3.2. Der festgestellte Sachverhalt ergab sich schlüssig und widerspruchsfrei aus den aufgenommenen Beweismitteln.
Die Feststellungen zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Bf beruhen auf dessen Angaben in der öffentlichen mündlichen Verhandlung.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das Landesverwaltungsgericht erwogen:

3.3.1. Die relevanten Bestimmungen des LSD-BG in der zur Tatzeit geltenden Fassung lauten (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,

[...] 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."

3.3.2. Wie sich aus dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 27.11.2019, GZ: E 3530-3531/2019-10, ergibt, wurde das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts vom 12.08.2019, GZ: LVwG-302021/9/BMa/HK, ausschließlich im Umfang der Straf- und Kostenaussprüche aufgehoben. Die im vorzitierten Erkenntnis erfolgten Schuldaussprüche zum objektiven und subjektiven Vorliegen der Verwaltungsübertretung nach § 28 Z 1 LSD-BG sind daher in Rechtskraft erwachsen und nicht Gegenstand dieser Entscheidung.

3.3.3. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlagen für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Nach Abs. 2 leg. cit. sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40-46) 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 Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32-35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

3.3.4. Die belangte Behörde hat gemäß § 28 Z 1 LSD-BG eine Geldstrafe von jeweils 1.000 Euro für jeden der angeführten Arbeitnehmer verhängt. Nach der neueren Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes, die auf jene des Verwaltungsgerichtshofes verweist, ist mit dieser Kumulierung von mit Mindestbeträgen zu verhängenden Strafen nicht gewährleistet, dass die Geldstrafen auch in ihrer Summe in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der geahndeten Verstöße stehen (vgl. VfGH 27.11.2019, GZ: E 3530-3531/2019-

10, bezugnehmend auf EuGH 12.09.2019, Rs. C-64/18 ua., *Maksimovic*, Rz 42 und 46). Zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit der Strafbemessung bei Formalvergehen nach dem LSD-BG muss vielmehr eine Gesamtstrafe verhängt werden, sodass die erstinstanzlich verhängten Strafen insgesamt aufzuheben und die zu verhängende Strafe im Beschwerdeverfahren neu zu bemessen war.

Gegenständlich sind zehn Arbeitnehmer betroffen, wobei die Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer als Straferschwerungsgrund, strafmildernd hingegen die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Bf zu werten ist. Unter Berücksichtigung des durchschnittlichen Einkommens des Bf ist die Verhängung einer Gesamtstrafe von 6.500 Euro tat- und schuldangemessen.
Mangels beträchtlichen Überwiegens der Milderungsgründe kommt eine außerordentliche Milderung der Strafe gemäß § 20 VStG nicht in Betracht.

Die nunmehr verhängte Ersatzfreiheitsstrafe wurde infolge der reduzierten Geldstrafe entsprechend niedriger, in Relation der Obergrenze der Geldstrafe zur Obergrenze der Ersatzfreiheitsstrafe (VwGH 25.04.2019, Ra 2018/11/0141), festgesetzt und ist daher ebenfalls als verhältnismäßig anzusehen.

Im Ergebnis war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Zu II.

Da die von der belangten Behörde verhängten Strafen durch eine Gesamtstrafe zu ersetzen waren, die geringer ist als die Gesamtheit der erstinstanzlich verhängten Strafen, waren auch die erstinstanzlichen Verfahrenskosten entsprechend herabzusetzen. Für das Beschwerdeverfahren ist kein Kostenbeitrag zu leisten, weil die Beschwerde hinsichtlich des Strafausmaßes erfolgreich war (§ 52 VwGVG).

Zu III.

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 Erwägungen zur Strafbemessung beruhen insbesondere auf den Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes in seinem Erkenntnis vom 15. 10. 2019, Ra 2019/11/0033 bis 0034. Folglich weicht die Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts weder von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen. Die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen und es liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfragen 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.

Mit der rechtskräftigen Bestrafung ist die Eintragung des Beschuldigten und jenes Unternehmens, dem die Bestrafung zuzurechnen ist, in die beim Kompetenzzentrum LSDB zu führende Evidenz verbunden (§ 35 Abs. 2 LSD-BG).

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bergmayr-Mann