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-302342/15/BZ**

Datum: **Linz, 24. März 2020**

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. Zauner über die Beschwerde des T K, vertreten durch Rechtsanwältin Dr. A K, x, x, Deutschland, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 17. April 2019, GZ: SanRB96-88-2018, wegen Übertretungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG)

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als eine Gesamtstrafe in der Höhe von 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 16 Stunden verhängt wird.

II. Die behördlichen Verfahrenskosten reduzieren sich auf 100 Euro. Für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist kein Kostenbeitrag 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 Kirchdorf (im Folgenden: belangte Behörde) vom 17. April 2019, GZ: SanRB96-88-2018, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 22 Abs. 1 iVm § 28 Z 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz in vier Fällen Geldstrafen in der Höhe von je 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit dieser Ersatzfreiheitsstrafen von je 16 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von insgesamt 400 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben als Verantwortlicher, nämlich als handelsrechtlicher Geschäftsführer, der Firma ‚P F GmbH' mit Sitz in x, x (Deutschland) diese ist Arbeitgeber im Sinne der §§ 3 Abs. 2, 8 Abs. 1 oder 19 Abs. 1, zu verantworten, dass am 11.10.2018 um 11.00 Uhr unten angeführte Lohnunterlagen am Kontrollort x, x in Oberösterreich im Inland während der Dauer der Beschäftigung oder des Zeitraums der Entsendung (§ 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 Kontrollort x, x in Oberösterreich im Inland bereitgehalten oder zugänglich gemacht: Arbeitsvertrag oder Dienstzettel in Deutsch oder Englisch, Lohnaufzeichnungen, Unterlagen betreffend die Lohneinstufung

1.) Name: K A, geb. x
Staatsangehörigkeit: Deutschland
Tätigkeit: Verfugungstechniker
Tatort: x, x in Oberösterreich
Tatzeit (Kontrollzeitpunkt): 11.10.2018 um 11:00 Uhr

2.) Name: K M, geb. x
Staatsangehörigkeit: Deutschland
Tätigkeit: Verfugungstechniker

Tatort: x, x in Oberösterreich
Tatzeit (Kontrollzeitpunkt): 11.10.2018 um 11:00 Uhr

3.) Name: M F, geb. x
Staatsangehörigkeit: Kroatien
Tätigkeit: Straßenerhalter
Tatort: x, x in Oberösterreich
Tatzeit (Kontrollzeitpunkt): 11.10.2018 um 11:00 Uhr

4.) Name: S F J, geb. x
Staatsangehörigkeit: Deutschland
Tätigkeit: Verfuger
Tatort: x, x in Oberösterreich
Tatzeit (Kontrollzeitpunkt): 11.10.2018 um 11:00 Uhr"

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die vom Bf rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 14. Mai 2019, mit der die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses beantragt wird.

Begründend wird im Wesentlichen ausgeführt, dass die Lohnabrechnungen der in Rede stehenden Mitarbeiter den Kontrollorganen sofort per E-Mail übersandt worden seien. Die Anzahl der Gesamtstunden sowie des gezahlten Stundenlohns sei den übersandten Lohnabrechnungen zu entnehmen. Weiters sei den Kontrollorganen angeboten worden, die Arbeitsverträge binnen 30 Minuten per E-Mail zu übermitteln, da die Sekretärin diese sofort einscannen könne. Ein Kontrolleur habe jedoch mitgeteilt, dass es das Wichtigste sei, dass A1-Bescheinigungen vorliegen. Da kein Hinweis erfolgt sei, dass die im Straferkenntnis genannten Unterlagen sofort elektronisch zugänglich gemacht werden müssen, sei die Erlassung des Straferkenntnisses sehr überraschend gewesen. Es wäre ohne weiteres möglich gewesen die genannten Unterlagen unmittelbar in elektronischer Form zugänglich zu machen. Das Unternehmen des Bf sei auch der Rechtsvertreterin als überobligatorisch korrekt bekannt und würden die beiden Geschäftsführer stets versuchen alles korrekt zu machen. Angesichts des Umstandes, dass die im Straferkenntnis genannten Unterlagen sofort eingescannt und an die Kontrollorgane per E-Mail übermittelt hätten werden können, sei die verhängte Strafe als unverhältnismäßig hoch einzustufen.

I.3. Mit Schreiben vom 20. Mai 2019 hat die belangte Behörde die Beschwerde samt ihrem Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt. Die belangte Behörde hat weiters mitgeteilt, dass auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet wird.

I.4. Mit E-Mail vom 19. März 2020 wurde vom rechtsfreundlich vertretenen Bf mitgeteilt, dass die Beschwerde auf die Strafhöhe eingeschränkt wird. Weiters ist er damit einverstanden, dass ohne mündliche Verhandlung entschieden wird.

Ebenso wurde von einem Vertreter des Finanzamtes im Rahmen einer telefonischen Rücksprache mitgeteilt, dass auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet wird.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme. Von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 3 Z 2 VwGVG abgesehen werden, da die Beschwerde auf die Strafhöhe eingeschränkt wurde und alle Parteien auf die Durchführung einer Verhandlung verzichtet haben.

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

Der Bf ist – gemeinsam mit C P - handelsrechtlicher Geschäftsführer der P F GmbH mit Sitz in x, x, Deutschland.

Anlässlich einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei am 11. Oktober 2018 an der Adresse x, x, wurden insgesamt 5 Arbeitnehmer der P F GmbH angetroffen, wobei auch der Geschäftsführer C P auf der Baustelle anwesend war.

Für die in Rede stehenden Arbeitnehmer konnten im Zuge der Kontrolle Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise und Arbeitszeitaufzeichnungen vorgelegt werden.
Die Arbeitsverträge der in Rede stehenden Mitarbeiter sowie die Lohnabrechnungen für September und Oktober 2018, aus denen auch die Stundenlöhne ersichtlich sind, wurden aufgrund der Aufforderung zur Rechtfertigung mit E-Mail vom 29. Jänner 2019 übermittelt, wobei davon auszugehen ist, dass diese – bei entsprechender Aufforderung – auch zu einem früheren Zeitpunkt bzw. während der Kontrolle übermittelt hätten werden können.

II.3. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus den vorgelegten Verwaltungsakten ergibt und unstrittig ist.

III. Rechtliche Beurteilung:

III.1. Aufgrund der Einschränkung der Beschwerde auf das Strafausmaß ist der Schuldspruch in Rechtskraft erwachsen und ist vom Landesverwaltungsgericht ausschließlich die Strafbemessung zu überprüfen.
III.2.1. 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.

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

III.2.2. Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 12. September 2019, C-64/18, C-140/18, C-146/18 und C-148/18, *Maksimovic*, über mehrere Vorabentscheidungsersuchen entschieden, welche die Frage nach der Unionsrechtskonformität einer Norm wie der verfahrensgegenständlichen beinhalteten, wenn diese bei grenzüberschreitendem Arbeitskräfteeinsatz für die unterlassene Bereitstellung von Lohnunterlagen einerseits Geldstrafen in Form von Mindeststrafen, die bei mehreren betroffenen Arbeitnehmern kumulativ und ohne Höchstgrenze verhängt werden, und andererseits Ersatzfreiheitsstrafen vorsehen.

Zusammengefasst hat der EuGH ausgeführt, dass Art. 56 AEUV dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, die für den Fall der Nichteinhaltung arbeitsrechtlicher Verpflichtungen in Bezug auf die Einholung verwaltungsbehördlicher Genehmigungen und auf die Bereithaltung von Lohnunterlagen die Verhängung von Geldstrafen vorsieht, die einen im Vorhinein festgelegten Betrag nicht unterschreiten dürfen, die für jeden betreffenden Arbeitnehmer kumulativ und ohne Beschränkung verhängt werden, zu denen im Fall der Abweisung einer gegen den Strafbescheid erhobenen Beschwerde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 20 % der verhängten Strafe hinzutritt und die im Fall der Uneinbringlichkeit in Ersatzfreiheitsstrafen umgewandelt werden.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 15. Oktober 2019, Ra 2019/11/0033 bis 0034-6, zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 12. September 2019, *Maksimovic*, in das nationale Recht im Wesentlichen ausgeführt, dass eine unionsrechtskonforme Rechtslage mithilfe der Verdrängung von nationalem Recht (eine andere Methode steht im Rahmen der Vollziehung der Gesetze nicht zur Verfügung) im zugrundeliegenden Fall am ehesten dadurch hergestellt werden kann, dass die Wortfolge „für jede/n Arbeitnehmer/in" des Gesetzes unangewendet bleibt, weil damit im Ergebnis dem sich aus Rn 42 und 47 des Urteils des EuGH ergebenden Erfordernis einer Höchstgrenze für die Summe aller Arbeitnehmer Rechnung getragen wird. Dass damit die Verletzung der Bereitstellungspflicht, auch wenn sie mehrere Arbeitnehmer betrifft, nur mehr eine einzige Strafe nach sich zieht, ist zwingende Rechtsfolge des Erfordernisses, die Unionsrechtskonformität bei möglichst weitgehender Erhaltung des nationalen Rechts herzustellen.

Auch der Verfassungsgerichtshof hat dem Urteil des EuGH folgend konstatiert, dass die §§ 26 Abs. 1 und 28 LSD-BG sohin gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoßen, da insbesondere nicht gewährleistet ist, dass die Geldstrafen auch in ihrer Summe in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der geahndeten Verstöße stehen (VfGH 27.11.2019, E3530/2019 ua.).

III.3. Es ist somit im gegenständlichen Fall nur von einer einzigen Übertretung auszugehen und nur eine (Gesamt)-Strafe zu verhängen.

Die belangte Behörde ist von einem monatlichen Nettoeinkommen von 2.000 Euro und keinen Sorgepflichten ausgegangen. Strafmildernd hat die belangte Behörde die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit und das Geständnis gewertet.
Erschwerend ist zu werten, dass vier Arbeitnehmer betroffen sind.

Im Hinblick darauf, dass davon auszugehen ist, dass die in Rede stehenden fehlenden Unterlagen bei entsprechender Aufforderung übermittelt hätten werden können sowie dass im Wesentlichen lediglich die Arbeitsverträge nicht vorlagen, konnte mit der nunmehr verhängten Strafhöhe das Auslangen gefunden werden. Nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichts ist diese sowohl aus general-, als auch aus spezialpräventiven Gründen angemessen.
Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III.4. Im Ergebnis war der Beschwerde daher insofern Folge zu geben, als eine Gesamtstrafe in der Höhe von 1.000 Euro und die gemäß § 16 Abs. 1 und 2 VStG festzusetzende Ersatzfreiheitsstrafe mit 16 Stunden zu verhängen waren.

Bei diesem Ergebnis war dem Bf kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht vorzuschreiben. Die Kosten des

verwaltungsbehördlichen Verfahrens waren gemäß § 38 VwGVG iVm § 64 Abs. 1 und 2 VStG mit 100 Euro festzusetzen.

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.

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. Erfolgt die Zustellung bis zum 30.04.2020, beginnt die Frist mit 01.05.2020 neu zu laufen. 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