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-302466/18/GS/CJ**

Datum: **Linz, 25. Februar 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. Saxinger über die Beschwerde des Z P, vertreten durch w Rechtsanwälte, S und K Rechtsanwälte GmbH, x, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 11. Juli 2019, GZ: Ge-217/19, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 11. Februar 2020 und mündlicher Verkündung der Entscheidung

zu Recht:

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

II. Die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen entfällt.

III. Gegen dieses Erkenntnis 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 dem angefochtenen Straferkenntnis wurde dem Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) von der belangten Behörde Folgendes angelastet:

„Sie haben es als zur Vertretung nach außen befugtes Organ der Firma T Kft. mit Sitz in x, verwaltungsstrafrechtlich zu vertreten, dass der Arbeitnehmer oa. Firma Hr. L E (geb. am x) durch oa. Firma zumindest am 18.3.2019 um 13.40 Uhr zu einer Arbeitsleitung nach Österreich entsandt wurde, sodass dieser zu oa. Tatzeitpunkt in x, auf der x im Bereich des Kreisverkehres „S", als Fahrer eines Transporters (LKW) beschäftigt wurde.
Dieser konnte keine ZKO3T-Meldung vorlegen.
Da Beschäftiger für jede nach Österreich entsandte Arbeitskraft für die Dauer der Entsendung die Unterlagen gem. § 19 LSD-BG (ZKO3T-Meldung) vor Ort bereitzuhalten haben, stellt dies eine Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) dar.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 21 Abs. 1 Ziff 2 i.V.m. § 26 Abs. 1 Ziff. 3 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, BGBl. I Nr. 44/2016 i.d.g.F.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von Euro	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	gemäß
€ 1.000,--	48 Stunden	---	§ 26 Abs.1 Ziff.3 leg.cit.

Weitere Verfügungen (z.B. Anrechnung von Vorhaft, Verfallsausspruch):---

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VstG) zu zahlen:

EUR 100,-- als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe.
--,-- als Ersatz der Barauslagen für ---

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

EUR 1.100.-- Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen (§ 54 d VStG)."

I.2. In der dagegen eingebrachten Beschwerde vom 5. August 2019 brachte der Bf vor:
„Wir schreiben Ihnen Bezüglich, dass wir (Z P und K P) haben von Ihnen am 22.07.2019 zwei-zwei Straferkenntnis per Post bekommen. (Anbei elhalten Sie.)

Am 18.03.2019 haben Sie unsere Fahrer Kontrolliert in S. Nachdem Kontroll hat er keine Papiere oder Dokumente bekommen wegen dieser Probleme, was Sie haben bei diese Straferkenntnis geschrieben!

Der Fahrer hat nur über den Polizeikontroll ein Papiere bekommen. (Anbei finden Sie das auch)

Für uns und für das Firma T haben wir keinen Brief oder Dokumente von diese Sozial-Kontrolle bekommen, darum wir überhaupt nicht gewusst, dass wir noch etwas für Sie nachträglich schicken müssen.

Wir haben früher auch schon solche Kontrolle (mit ZKO3 und Finanzpolizei) bekommen, und war dort auch alles in Ordnung!

Wir schicken jetzt nachträglich für Sie alle Papiere, was Sie brauchen und wo steht alle genau Informationen.

An bei erhalten Sie alle Dokumente in dieser Angelegenheit

- ZKO3 –Meldung
- Lohnzettel
- A1 Dokumente"

I.3. Mit Schreiben vom 9. September 2019, eingelangt beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich am 12. September 2019, legte die belangte Behörde die Beschwerde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (LVwG OÖ) vor. Dieses ist gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

I.4. Mit Schreiben vom 23. Jänner 2020 gab der Bf bekannt, dass er nunmehr durch die w rechtsanwälte aus G rechtsfreundlich vertreten ist.

I.5. Das LVwG OÖ hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Anberaumung sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 11. Februar 2010, an der Z P im Beisein seines Rechtsanwaltes sowie das als Zeuge geladene Organ der Finanzpolizei teilnahm. Die belangte Behörde entschuldigte sich für die Verhandlung. Weiters wurde der Verhandlung eine Video-Dolmetscherin für Ungarisch beigezogen.

II. Das LVwG OÖ geht bei seiner Entscheidung von folgendem Sachverhalt aus:

Am 18. März 2019 wurde um 13.40 Uhr durch Organe der Finanzpolizei Steyr, Team 43, eine Kontrolle auf Einhaltung der Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes im grenzüberschreitenden Warenverkehr beim Unternehmen T Kft., x, Kontrollort: x (Kreisverkehr „S"), x, durchgeführt. Im Zuge dieser Kontrolle wurde der LKW-Fahrer L E, geboren x, Staatsangehörigkeit: Ungarn, Arbeitnehmer der ungarischen Firma T Kft., aufgefordert, die erforderlichen Unterlagen gemäß LSD-BG vorzulegen.
Im Rahmen der Kontrolle wurde der Arbeitsvertrag in deutscher Sprache vorgelegt. Eine ZKO3T-Meldung für den gegenständlichen Fall wurde vom

betretenen Fahrer nicht vorgelegt, obwohl eine solche von der T Kft. fristgerecht erstattet wurde. Die Arbeitsaufzeichnungen, der Lohnzettel, der Lohnzahlungsnachweis sowie die Lohnaufzeichnungen und die Unterlagen betreffend Lohneinstufung konnten vom Fahrer ebenso nicht vorgelegt werden, weshalb diese Unterlagen mit Aufforderung vom 18.3.2019 von der T Kft angefordert wurden (Frist: 14 Kalendertage nach dem Ende des Kalendermonats, in dem die Kontrolle erfolgt ist). Diese Aufforderung wurde dem angetroffenen Fahrer ausgehändigt. Innerhalb der gesetzten Frist, d.h. bis 14.04.2019, wurden keine Unterlagen übermittelt.

Z P und K P sind handelsrechtliche Geschäftsführer der T Kft. mit Sitz in x. Eine Zuständigkeitsaufteilung auf einzelne Geschäftsführer findet sich im Gesellschaftsvertrag nicht.

III. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Akt der belangten Behörde und den Erörterungen in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Der in der Verhandlung anwesende Geschäftsführer schilderte sehr anschaulich und nachvollziehbar die Einschulung der LKW-Fahrer in Bezug auf im Zuge einer Kontrolle vorzuweisende Unterlagen. Aktenkundig ist auch eine fristgerechte und ordnungsgemäß von der ungarischen T Kft bezüglich dem Arbeitnehmer L E erstattete ZKO3T-Meldung. Im Rahmen der Kontrolle wurde vom betretenen Fahrer jedoch unerklärlicherweise eine abgelaufene ZKO-Meldung eines früheren Arbeitgebers vorgelegt. Die Aufforderung zur Nachreichung von Lohnunterlagen wurde von der Finanzpolizei lediglich dem betretenen Fahrer, der kein Deutsch verstand, übergeben. Der in der Verhandlung anwesende Geschäftsführer schilderte nachvollziehbar, dass er der Aufforderung mangels Kenntnis davon nicht nachkommen konnte. Mit der Beschwerde wurden der Lohnzettel sowie die Lohn- und Gehaltsabrechnung – 2019. Februar vorgelegt. Es wird von der Firma auch jährlich der Mindestlohn angepasst. Beim angetroffenen Fahrer handelte es sich obendrein um die erste Einsatzfahrt nach Österreich, weshalb die Geschäftsführer der T Kft. die Zuverlässigkeit des L E noch nicht beurteilen konnten. Mittlerweile besteht kein Dienstverhältnis mehr zu besagtem Fahrer. Die Geschäftsführer sind bis dato verwaltungsstrafrechtlich unbescholten.

IV. Rechtliche Beurteilung:

Das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) regelt in den relevanten anzuwendenden Bestimmungen Folgendes:

Bereithaltung von Meldeunterlagen, Sozialversicherungsunterlagen und behördlicher Genehmigung

§ 21. (1) Arbeitgeber mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft haben folgende Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort im Inland während des Entsendezeitraums 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:

1. Unterlagen über die Anmeldung des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, oder Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit), sofern für den entsandten Arbeitnehmer in Österreich keine Sozialversicherungspflicht besteht; kann der Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Erhebung durch Nachweise in deutscher Sprache belegen, dass ihm die Erwirkung der Ausstellung dieser Dokumente durch den zuständigen Sozialversicherungsträger vor der Entsendung nicht möglich war, sind gleichwertige Unterlagen in deutscher Sprache (Antrag auf Ausstellung des Sozialversicherungsdokuments E 101 oder A 1, und Bestätigung des zuständigen Sozialversicherungsträgers, dass der Arbeitnehmer für die Dauer der Entsendung der ausländischen Sozialversicherung unterliegt) bereitzuhalten;
2. die Meldung gemäß § 19;
3. die behördliche Genehmigung der Beschäftigung der entsandten Arbeitnehmer im Sitzstaat des Arbeitgebers gemäß § 19 Abs. 3 Z 11 oder Abs. 7 Z 8, sofern eine solche erforderlich ist.

Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die erforderlichen Unterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten oder in elektronischer Form zugänglich zu machen. Bei mobilen Arbeitnehmern im Transportbereich sind die vorgenannten Unterlagen bereits ab Einreise in das Bundesgebiet im Fahrzeug 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.

(2) Abweichend von Abs. 1 sind, ausgenommen im Fall eines mobilen Arbeitnehmers im Transportbereich, die Unterlagen im Inland bei

1. der in der Meldung nach § 19 Abs. 3 Z 3 genannten Ansprechperson, oder
2. einer im Inland eingetragenen Zweigniederlassung, an der der ausländische Arbeitgeber seine Tätigkeit nicht nur gelegentlich ausübt, oder
3. einer inländischen selbständigen Tochtergesellschaft oder der inländischen Muttergesellschaft eines Konzerns im Sinne des § 15 AktG oder § 115 GmbHG oder
4. einem im Inland niedergelassenen berufsmäßigen Parteienvertreter im Sinne des Wirtschaftstreuhandberufsgesetzes (WTBG), BGBl. I Nr. 58/1999, der Rechtsanwaltsordnung (RAO), RGBl. Nr. 96/1868 und der Notariatsordnung (NO), RGBl. Nr. 75/1871,

bereitzuhalten oder unmittelbar an den in den Z 1 bis 4 genannten Orten und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich zu machen, sofern dies in der Meldung

nach § 19 Abs. 3 Z 9 angeführt ist. Erfolgt die Erhebung der Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse außerhalb der Geschäftszeiten des berufsmäßigen Parteienvertreters, hat dieser nach Aufforderung durch die Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse die Unterlagen bis zum Ablauf des zweitfolgenden Werktages zu übermitteln. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.

(3) Der Beschäftiger hat 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:

1. 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;
2. die Meldung gemäß § 19 Abs. 1 und 4;
3. die behördliche Genehmigung der Beschäftigung der überlassenen Arbeitskräfte im Sitzstaat des Überlassers gemäß § 19 Abs. 4 Z 10, sofern eine solche erforderlich ist.

Abs. 2 findet sinngemäß Anwendung.

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.

(1a) Bei der Entsendung von mobilen Arbeitnehmern im Transportbereich sind abweichend von Abs. 1 der Arbeitsvertrag oder Dienstzettel und Arbeitszeitaufzeichnungen (Aufzeichnungen im Sinne von Art. 36 der Verordnung (EU) Nr. 165/2014 über den Fahrtenschreiber im Straßenverkehr, ABl. Nr. L 60 vom 28.2.2014 S. 1) bereits ab der Einreise in das Bundesgebiet im Fahrzeug bereitzuhalten oder diese den Abgabenbehörden unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich zu machen. Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung sowie Arbeitszeitaufzeichnungen für den mobilen Arbeitnehmer im Transportbereich sind auf Verlangen der Abgabenbehörden für das Kalendermonat, in dem die Kontrolle stattgefunden hat, und für das diesem Kalendermonat vorangehende Kalendermonat, wenn der Arbeitnehmer im vorangehenden Kalendermonat in Österreich tätig war, innerhalb einer Frist von 14 Kalendertagen nach dem Ende des Kalendermonats, in dem die Kontrolle erfolgt ist, zu übermitteln. Langen die Lohnunterlagen nach dem zweiten Satz innerhalb dieser Frist bei der Abgabebehörde nicht oder nicht vollständig ein, gilt dies als Nichtbereithalten der Lohnunterlagen.

(2) Bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung trifft die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen nach Abs. 1 den inländischen Beschäftiger. Der Überlasser hat dem Beschäftiger die Lohnunterlagen nach Abs. 1 nachweislich bereitzustellen.

Verstöße im Zusammenhang mit den Melde- und Bereithaltungspflichten bei Entsendung oder Überlassung

§ 26. (1) Wer als Arbeitgeber oder Überlasser im Sinne des § 19 Abs. 1

1. die Meldung oder die Meldung über nachträgliche Änderungen bei den Angaben (Änderungsmeldung) entgegen § 19 nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erstattet oder
2. in der Meldung oder Änderungsmeldung vorsätzlich unrichtige Angaben erstattet oder
3. die erforderlichen Unterlagen entgegen § 21 Abs. 1 oder Abs. 2 nicht bereithält oder den Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vor Ort nicht unmittelbar in elektronischer Form zugänglich macht,

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jeden Arbeitnehmer mit Geldstrafe von 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Wiederholungsfall von 2.000 Euro bis 20.000 Euro zu bestrafen.

(2) Wer als Beschäftiger im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung die erforderlichen Unterlagen entgegen § 21 Abs. 3 nicht bereithält oder zugänglich macht, 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.

Nichtbereithalten der Lohnunterlagen

§ 28. Wer als

1. Arbeitgeber entgegen § 22 Abs. 1 oder Abs. 1a die Lohnunterlagen nicht bereithält, oder
2. Überlasser im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich entgegen § 22 Abs. 2 die Lohnunterlagen dem Beschäftiger nicht nachweislich bereitstellt, oder
3. Beschäftiger im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung entgegen § 22 Abs. 2 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.

Das Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) regelt in § 9 unter der Überschrift „Besondere Fälle der Verantwortlichkeit" Folgendes:

§ 9. (1) Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

(2) Die zur Vertretung nach außen Berufenen sind berechtigt und, soweit es sich zur Sicherstellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit als erforderlich erweist, auf Verlangen der Behörde verpflichtet, aus ihrem Kreis eine oder mehrere Personen als verantwortliche Beauftragte zu bestellen, denen für das ganze Unternehmen oder für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens die Verantwortung für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften obliegt. Für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens können aber auch andere Personen zu verantwortlichen Beauftragten bestellt werden.

(3) Eine natürliche Person, die Inhaber eines räumlich oder sachlich gegliederten Unternehmens ist, kann für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche ihres Unternehmens einen verantwortlichen Beauftragten bestellen.

(4) Verantwortlicher Beauftragter kann nur eine Person mit Hauptwohnsitz im Inland sein, die strafrechtlich verfolgt werden kann, ihrer Bestellung nachweislich zugestimmt hat und der für den ihrer Verantwortung unterliegenden klar abzugrenzenden Bereich eine entsprechende Anordnungsbefugnis zugewiesen ist. Das Erfordernis des Hauptwohnsitzes im Inland gilt nicht für Staatsangehörige von EWR-Vertragsstaaten, falls Zustellungen im Verwaltungsstrafverfahren durch Staatsverträge mit dem Vertragsstaat des Wohnsitzes des verantwortlichen Beauftragten oder auf andere Weise sichergestellt sind.

(5) Verletzt der verantwortliche Beauftragte auf Grund einer besonderen Weisung des Auftraggebers eine Verwaltungsvorschrift, so ist er dann nicht verantwortlich, wenn er glaubhaft zu machen vermag, daß ihm die Einhaltung dieser Verwaltungsvorschrift unzumutbar war.

(6) Die zur Vertretung nach außen berufenen Personen im Sinne des Abs. 1 sowie Personen im Sinne des Abs. 3 bleiben trotz Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten – unbeschadet der Fälle des § 7 – strafrechtlich verantwortlich, wenn sie die Tat vorsätzlich nicht verhindert haben.

(7) Juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften sowie die in Abs. 3 genannten natürlichen Personen haften für die über die zur Vertretung nach außen Berufenen oder über einen verantwortlichen Beauftragten verhängten Geldstrafen, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

Der Bf brachte vor, dass eine strikte Aufgabentrennung zwischen den Geschäftsführern als handlungsbefugte Organe des Unternehmens schriftlich vereinbart wurde.

Hinsichtlich der Frage, ob und wieweit die statutarischen Vertretungsorgane durch eine entsprechende Arbeits- oder Ressortverteilung untereinander schon ihre diesbezügliche Pflichtenstellung zu begrenzen vermögen, verfolgt die diesbezügliche Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes eine restriktive Linie. Eine Arbeitsaufteilung zwischen den Vertretungsorgangen soll nach herrschender Meinung nur insoweit pflichtendbeschränkend sein, als es sich um eine satzungsmäßige Aufteilung von Zuständigkeitsbereichen (also zB. eine solche in der Satzung einer AG oder einer sonst im Gesellschaftsvertrag, etwa GmbH-Gesellschaftsvertrag, getroffene Regelung) handelt: Demgemäß ist etwa die verbindliche satzungsmäßige Aufteilung von Aufgaben und Pflichten innerhalb des Vorstandes – ungeachtet der selbstredend unbeschränkt fortbestehenden Vertretungsmacht – jedenfalls auch verwaltungsstrafrechtlich maßgeblich. Dafür reicht hin, wenn die Aufgabengebiete der Leitungsorgane typisiert festgelegt sind (zB. jene des „Vertriebsvorstandes"); eine bloß interne Geschäftsaufteilung soll für eine solche Pflichtenbegrenzung nach herrschender Meinung hingegen nicht hinreichen (VwGH 04.07.2008, 2008/17/0072). Der Verwaltungsgerichtshof bezeichnet eine interne Verantwortungsaufteilung häufig pauschal als rechtlich irrelevant (VwGH 21.08.2014, 2011/17/0049). Dies trifft nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes (BVwG 10.09.2015, W 1482013508-1) pauschal auch auf schriftliche, nicht satzungsgemäß vorgesehene Arbeitsaufteilungen zu.

Im gegenständlichen Verweis ist die Aufgabenaufteilung auf beide Geschäftsführer unstrittig nicht im Gesellschaftsvertrag geregelt. Somit liegt keine pflichtenbeschränkende satzungsmäßige Aufteilung der Zuständigkeitsbereiche im

Sinn der oben angeführten Rechtsprechung vor. Folglich konnten beide handelsrechtlichen Geschäftsführer der gegenständlichen ungarischen GmbH verwaltungsstrafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden.

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht unstrittig fest, dass bei der Kontrolle die gegenständliche ZKO3T-Meldung nicht bereitgehalten wurde bzw. elektronisch zugänglich gemacht wurde – obwohl sie von der T Kft. rechtzeitig und ordnungsgemäß erstattet wurde.

Der objektive Sachverhalt der dem Bf zur Last gelegten Verwaltungsübertretung ist daher als erwiesen anzusehen.

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

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die „Glaubhaftmachung" nicht. Es ist zu prüfen, ob der Bf ein nach objektiven Maßstäben hinreichendes taugliches Regel- und Kontrollsystem zur Vermeidung solcher Vorfälle eingerichtet hatte. Ein solches wirksames Regel- und Kontrollsystem muss so beschaffen sein, dass es die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften mit gutem Grund erwarten lässt und zwar auch dann, wenn die Verstöße ohne Wissen und Willen des verantwortlichen Organs begangen worden sind (VwGH 30.06.1981, 3489-80). Auch ein krasses Fehlverhalten eines Arbeitnehmer beseitigt das Verschulden des Arbeitgebers nicht (VwGH 09.09.2016, Ra 2016/02/0137). Dafür erforderlich sind jedenfalls diesbezügliche Instruktionen und gegebenenfalls Schulungen, wirksame – sich nicht in stichprobenerschöpfende – Kontrollen sowie für den Fall von Verstößen gegen die genannten Richtlinien der Einsatz von Sanktionierungsinstrumenten zur Sicherstellung regelkonformen Verhaltens (VwGH 19.09.2016, Ra 2016/11/0112).

Vom Vorhandensein eines geeigneten Kontrollsystems kann deshalb nicht die Rede sein, da auch trotz Schulung und Belehrung der Fahrer bezüglich der

mitzuführenden Unterlagen nicht entsprochen wurde. Auf Grund dieser Umstände ist beim Beschwerdeführer keine schuldbefreiende Wirkung eingetreten.

Der EuGH hat mit Urteil vom 12.09.2019 in den verbundenen Rechtssachen C-64/18, C-140/18, C-146/18 und C-148/18, Maksimovic und andere, zu den Bestimmungen des § 7d Abs 1 und 2 sowie des § 7i Abs 4 AVRAG C-64/18 ausgesprochen, 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.

Das Urteil des EuGH ist maßgeblich auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit gestützt, sodass die Entscheidung auch auf andere gesetzliche Bestimmungen anzuwenden ist, die mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unvereinbar sind.

Weil nun aber die innerstaatlichen hier anzuwendenden gesetzlichen Regelungen in Widerspruch zum Verhältnismäßigkeitsprinzip stehen, haben diese gem. dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts unangewendet zu bleiben.

So hat der VwGH in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2019, Ra 2019/11/0033 bis 0034-6, im Wesentlichen ausgeführt, dass nationales Recht verdrängt ist, das im Widerspruch zu unmittelbar anwendbarem Unionsrecht steht. Die Verdrängungswirkung des Unionsrechts hat zur Folge, dass die nationale Regelung in jener Gestalt anwendbar bleibt, in der sie nicht mehr im Widerspruch zum Unionsrecht steht. Nationales Recht bleibt insoweit unangewendet, als ein Verstoß gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht gegeben ist. Die Verdrängung darf also bloß jenes Ausmaß umfassen, das gerade noch hinreicht, um einen unionsrechtskonformen Zustand herbeizuführen. Dabei sind die unionsrechtlichen Erfordernisse in das nationale Gesetz „hineinzulesen".
Im vorerwähnten Erkenntnis führt das Höchstgericht in Bezug auf die Bestimmungen des AVRAG, die mit den im gegenständlichen Verfahren vergleichbar sind, aus:
„§ 7i Abs. 4 AVRAG enthält zwar Strafhöchstgrenzen, die nach ihrem Wortlaut für die Bemessung der jeweiligen Geldstrafe („für jede/n Arbeitnehmer/in") gelten, nicht aber für die Summe der Geldstrafen bei Verletzung der Bereitstellungspflicht bezüglich mehrerer Arbeitnehmer. Eine unionsrechtskonforme Rechtslage mithilfe

der Verdrängung von nationalem Recht (eine andere Methode steht im Rahmen der Vollziehung der Gesetze nicht zur Verfügung) kann gegenständlich am ehesten dadurch hergestellt werden, dass die Wortfolge „für jede/n Arbeitnehmer/in" in § 7i Abs. 4 AVRAG 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 Geldstrafen bei Verstößen gegen die Bereitstellungspflicht betreffend mehrere 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. Denn die Alternative, mangels Normierung einer Höchststrafe durch den Gesetzgeber für Fälle der Verletzung der Bereitstellungspflicht hinsichtlich mehrerer Arbeitnehmer die gesamte Strafbestimmung wegen Unionsrechtswidrigkeit unangewendet zu lassen, würde zu einem noch weitergehenden Eingriff in das nationale Recht führen."

Im gegenständlichen Fall hat die belangte Behörde im Rahmen der Bemessung der Geldstrafe des Strafrahmens des § 26 Abs. 1 Z 3 LSD – BG angewendet, der im Fall der Nichtbereithaltung der ZKO3T-Meldung eine Mindeststrafe von 1.000 Euro vorsieht. Nach dem zitierten Urteil des EuGH (Rn 43) ist aber die Anordnung einer Mindeststrafe für eine derartige Übertretung nicht mit dem Unionsrecht vereinbart, weil sie auch Fälle erfasst, in denen der beanstandete Sachverhalt (Nichtbereithaltung von Unterlagen) im Lichte der Ausführungen des EuGH nicht von besonderer Schwere ist.

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage 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.

Die belangte Behörde hat hinsichtlich des Beschwerdeführers die Mindeststrafe nach der zu Tatzeit geltenden Fassung des LSD-BG verhängt.

Zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit bei Ausmessung der Strafe ist nach der Judikatur des VwGH und des EuGH keine Mindeststrafe zu verhängen.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 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 Falle 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.

Unter geringfügigem Verschulden versteht die Rechtsprechung solche Fälle, in denen das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter den in der betreffenden Strafdrohung typisierten Schuld- und Unrechtsgehalt zurückbleibt (zB. VwGH vom 10.12.2001, 2001/10/0049). Neben der Voraussetzung des Vorliegens von bloß geringfügigen Verschulden, bei dessen Nichtvorliegen nach der Judikatur des VwGH die zweite Voraussetzung in aller Regel nicht mehr geprüft wird, darf die Verwaltungsübertretung für die Anwendung des § 21 VStG aF nur unbedeutende Folgen nach sich ziehen. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.

Im gegenständlichen Fall liegen eine Vielzahl von Gründen vor, die im Hinblick auf den geschäftsführenden Beschwerdeführer die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten als geringfügig erscheinen lassen.. Die gegenständliche ungarische GmbH verfügt laut den nachvollziehbaren Schilderungen des anwesenden handelsrechtlichen Geschäftsführers sehr wohl über ein Kontrollsystem, welches Einschulungen der Fahrer bezüglich der mitzuführenden Dokumente vorsieht. Dieses System konnte zwar gegenständliche Übertretung nicht vermeiden, der in der Verhandlung anwesende handelsrechtliche Geschäftsführer hat jedoch ausführlich dargelegt, dass bis dato keine einschlägigen verwaltungsstrafrechtlichen Vorstrafen vorliegen und immer sehr genau überprüft wird, ob die entsprechenden Dokumente vorliegen, außerdem wurde glaubhaft dargelegt, dass jährlich der Mindestlohn für die Arbeitnehmer angepasst wird. Obendrein hat es sich beim gegenständlichen LKW-Fahrer um seine erste Ausfahrt für die Firma des Beschwerdeführers gehandelt. Das Dienstverhältnis zu diesem Fahrer zur gegenständlichen Firma besteht nicht mehr. Somit sind spezialpräventive Erfordernisse in diesem Fall nicht erkennbar. In Zusammenschau mit der genannten Rechtsprechung des EuGH, die sich vor allem auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit stützt, blieb aufgrund von der vom handelsrechtlichen Geschäftsführer nachvollziehbar in der Verhandlung

geschilderten Umstände und Vorkehrungsmaßnahmen zur prinzipiellen Hintanhaltung solcher Vorkommnisse das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Schuld- und Unrechtsgehalt zurück. Da grundsätzlich eine fristgerechte ZKO3T-Meldung erstattet wurde und der anwesende Geschäftsführer glaubhaft schilderte, dass jährlich auch die Mindestlöhne von der Firma angepasst werden und keine einschlägige Verurteilung bis dato aufscheint, sind auch die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen für die Erteilung einer Ermahnung erfüllt. Die Tat hat somit lediglich unbedeutende Folgen nach sich gezogen, da der von der betroffenen Norm gewünschte Zustand iW auf eine andere Weise ohnehin eingetreten ist. Im vorliegenden Fall konnte deshalb von der Verhängung einer Geldstrafe abgesehen und gegenüber dem Bf spruchgemäß eine Ermahnung unter dem Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens ausgesprochen werden. Der Bf wird darauf hingewiesen, dass er für den Fall weiterer Übertretungen von Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes jedenfalls mit der Verhängung von Geldstrafen zu rechnen hat.

Die Verfahrenskostenentscheidung stützt sich auf § 52 Abs. 8 und 9 VwGVG.

Aus den angeführten Gründen war spruchgemäß zu entscheiden.

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. 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.

Hinsichtlich des Vorgehens mittels Ermahnung wird auf die obige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes verwiesen. Die vorliegende Entscheidung steht im Einklang mit dieser Rechtsprechung und weicht nicht davon ab. Außerdem stellt die Frage der Strafzumessung stets eine Bewertung im Einzelfall dar, die nicht verallgemeinerungsfähig ist; auch aus diesem Grund ist die ordentliche Revision unzulässig.

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. Saxinger