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-302475/7/BMa/Rd

Datum:
Linz, 23. Oktober 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. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des DI G K, Sch.weg, A, Deutschland, vertreten durch E A G RAe GmbH, S.straße, S, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 05.08.2019, GZ: Pol-303-SV04-52-2018/3, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 29.06.2020

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird mit der Maßgabe stattgegeben, dass die verhängten Strafen aufgehoben, eine Geldstrafe in Höhe von 9.500 Euro verhängt wird, dass im Spruch der bekämpften Entscheidung nach den vorgeworfenen Übertretungs- und Strafnorm nach der Bezeichnung „LSD-BG“ „BGBl. I Nr. 44/2016 idF BGBl. I Nr. 64/2017“ angefügt wird und dass der Satz im Spruch des bekämpften Erkenntnisses „Folgende Arbeitnehmer wurden bei einer Kontrolle durch die Finanzpolizei – Finanzamt Grieskirchen Wels am 17.08.2018 auf der Baustelle in W, R.straße (BV Neubau Parkhaus) angetroffen:“ durch den Satz „Bei einer Kontrolle durch die Finanzpolizei am 17.08.2018 auf der Baustelle in W, R.straße (BV Neubau Parkhaus) wurde festgestellt, dass folgende Arbeitnehmer zum Kontrollzeitpunkt Dienstnehmer der Firma G M GmbH waren und von dieser, zu unterschiedlichen Zeiten, mit Arbeiten auf der Baustelle „BV Neubau Parkhaus“ beschäftigt wurden.“

II. Die Kosten des behördlichen Verfahrens reduzieren sich auf 950 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 des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 05.08.2019, GZ: Pol-303-SV04-52-2018/3, wurde der Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wie folgt schuldig gesprochen und bestraft:

„G M GmbH H.straße T Deutschland DI G K Sch.weg A Deutschland Verwaltungsstrafverfahren Bereithaltung Lohnunterlagen § 22 iVm § 28 Z1, Z2, Z3 LSD-BG, Pol-303-SV04-52-2018/3

Sie haben es als zur Vertretung nach außen berufenes und damit gemäß § 9 Verwaltungsstrafgesetz – VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortliches Organ der Firma G M GmbH H.straße T Deutschland zu verantworten, dass durch diese Firma als Arbeitgeberin iSd LSD-BG der Aufforderung, die geforderten Lohnunterlagen vorzulegen oder in elektronischer Form zugänglich zu machen, entgegen § 22 LSD-BG nicht erfolgt ist.

Folgende Arbeitnehmer wurden bei einer Kontrolle durch die Finanzpolizei – Finanzamt Grieskirchen Wels am 17.08.2018 auf der Baustelle in W, R.straße (BV Neubau Parkhaus) angetroffen:

1. B T, geb. x, deutscher Staatsbürger,
2. B K, geb. x, deutscher Staatsbürger,
3. D M, geb. x, deutscher Staatsbürger,
4. F C, geb. x, deutscher Staatsbürger,
5. L W, geb. x, deutscher Staatsbürger,
6. L S, geb. x, deutscher Staatsbürger,
7. L-S J, geb. x, deutscher Staatsbürger,
8. M K, geb. x, deutscher Staatsangehöriger,
9. S N, geb. x, deutscher Staatsbürger,
10. S J, geb. x, deutscher Staatsbürger,
11. W T, geb. x, deutscher Staatsbürger

Folgende Dokumente konnten nicht vorgelegt und auch nicht elektronisch zugänglich gemacht werden:
Lohnaufzeichnungen (zB Aufzeichnungen über die Berechnung von Zuschlägen, Zulagen, Fahrtkosten, Aufwandsentschädigungen, Sozialversicherungsbeiträge, Urlaubsaufzeichnungen oder lt. gesonderten Angaben, Lohnkontoblätter, Lohnlisten, Lohnsteuerkarten, An- und Abmeldungen zur Krankenversicherung, Zulagen- und Zuschlagsverrechnungslisten, Aufzeichnungen über Provisionen, Akkordarbeit und sonstige Grundlagen leistungsabhängiger Entlohnung) für:

1. B T, geb. x, deutscher Staatsbürger,
2. B K, geb. x, deutscher Staatsbürger,
3. D M, geb. x, deutscher Staatsbürger,
4. F C, geb. x, deutscher Staatsbürger,
5. L W, geb. x, deutscher Staatsbürger,

6. L S, geb. x, deutscher Staatsbürger,
7. L-S J, geb. x, deutscher Staatsbürger,
8. M K, geb. x, deutscher Staatsbürger,
9. S N, geb. x, deutscher Staatsbürger,
10. S J, geb. x, deutscher Staatsbürger,
11. W T, geb. x, deutscher Staatsbürger

Lohnauszahlungsnachweise für Juli 2018
1. B K, geb. x, deutscher Staatsbürger,
2. D M, geb. x, deutscher Staatsbürger,
3. F C, geb. x, deutscher Staatsbürger,
4. L S, geb. x, deutscher Staatsbürger,
5. L-S J, geb. x, deutscher Staatsbürger,
6. M K, geb. x, deutscher Staatsbürger,
7. S J, geb. x, deutscher Staatsbürger,
8. W T, geb. x, deutscher Staatsbürger

Lohnzettel für Juli 2018 für:
1. B K, geb. x, deutscher Staatsbürger,
2. D M, geb. x, deutscher Staatsbürger,
3. F C, geb. x, deutscher Staatsbürger,
4. L-S J, geb. x, deutscher Staatsbürger,
5. M K, geb. x, deutscher Staatsangehöriger,
6. S J, geb. x, deutscher Staatsbürger,
7. W T, geb. x, deutscher Staatsbürger

Die Verwaltungsübertretung wurde im Zuge einer Kontrolle der Finanzpolizei Wels-Grieskirchen vom 17.08.2018 gegen 07:35 Uhr beim BV ‚Neubau Parkhaus' in der R.stsraße, W festgestellt.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 22 iVm § 28 Z1, Z2 und Z3 LSD-BG

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

Geldstrafe von 11 mal 2.000,- Euro 22.000,-	Falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 11 mal 34 Stunden 374 Stunden	Freiheitsstrafe von ----	Gemäß § 28 Z1, Z2 und Z3 LSD-BG

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG zu zahlen:
2.200,- 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 23.200,- Euro."

[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Tatbestand der angelasteten Verwaltungsübertretungen in objektiver Hinsicht erfüllt sei, da es der Bf als verwaltungsstrafrechtlich verantwortliches Organ gemäß § 9 VStG zu verantworten habe, dass die G M GmbH für die im Spruch angeführten Arbeitnehmer, die nach § 22 iVm § 28 Z1, Z2 und Z3 LSD-BG erforderlichen Lohnunterlagen vor Ort nicht bereitgehalten oder unmittelbar vor Ort im Zeitpunkt der Erhebung elektronisch zugänglich gemacht habe. Die Fa. G M GmbH habe am 17.08.2018 um 08.03 Uhr nur Arbeitszeitaufzeichnungen und keine weiteren Unterlagen der entsandten Arbeiter übermittelt. Ein Schuldentlastungsnachweis sei dem Bf nicht gelungen. Bei der Strafbemessung ist die belangte Behörde aufgrund der Verhängung der gesetzlichen Mindeststrafe nicht weiter auf die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten näher eingegangen. Strafmildernd wurde das kooperative Verhalten des Beschuldigten nach der Tat gewertet.

1.3. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf in rechtsfreundlicher Vertretung mit Eingabe vom 15.08.2019 rechtzeitig Beschwerde. Begründend wurde vorgebracht, der Bf sei vom 29.05.2013 bis 16.04.2018 alleinvertretungsbefugter Geschäftsführer der G M GmbH für den Geschäftsbereich Österreich gewesen und ab 16.04.2018 seien zwei weitere Personen (U H K und DI T Sch) zu Geschäftsführern bestellt worden. Der Bf sei aufgrund seines Pensionsantritts am 06.05.2019 aus der Gesellschaft als Geschäftsführer ausgeschieden.
Die im Spruch genannten 11 Arbeitnehmer seien jeweils zur vorgeworfenen Tatzeit am 17.08.2018 bzw. im vorangegangenen Montagezeitraum ab 16.07.2018 Arbeitnehmer der G M GmbH gewesen, wobei nicht alle 11 Arbeitnehmer ab Beginn des gesamten Montagezeitraumes eingesetzt gewesen seien.
Der Tatvorwurf der Nichtbereithaltung der Lohnunterlagen iSd § 22 iVm § 28 LSD-BG sei unzutreffend. Insbesondere sei nicht richtig, dass die für die genannten 11 Arbeitnehmer die in der Aufforderung zur Rechtfertigung als nachgefordert angeführten Unterlagen nicht vorgelegen oder in elektronischer Form zugänglich gemacht worden seien. Gegenteiliges würde sich aus dem Strafantrag der Finanzpolizei ergeben. Unrichtig sei, dass Lohnunterlagen nicht vorgelegt bzw. nicht übermittelt worden seien. Die Montagearbeiten bei der Errichtung des Parkhauses L in W seien am 16.07.2018 begonnen worden. Der Beginn des Einsatzes jedes einzelnen der 11 genannten Arbeitnehmer würde sich aus dem Strafantrag der Finanzpolizei vom 08.10.2018 ergeben. Es sei selbsterklärend, dass bei einer monatlichen im Nachhinein durchgeführten Lohnabrechnung die Lohnunterlagen des laufenden Monats (August 2018) nicht vorliegen konnten. Im Straferkenntnis sei nicht auf das Argument in der jeweiligen Rechtfertigung eingegangen worden, dass für die angeführten Arbeitnehmer aufgrund ihrer Einsatzzeit Lohnaufzeichnungen, Lohnauszahlungsnachweise oder Lohnzettel gar nicht vorzulegen oder in elektronischer Form zugänglich zu machen waren. So nennt zB die den Monteur B betreffende Meldung einer Entsendung nach Österreich (31.07.2018, 14:12.07/ZKO3/2018-258218t) als Beginn des Zeitraums der

Entsendung den 06.08.2018. Eine Vorlage eines Lohnzettels oder eines Lohnauszahlungsnachweises für Juli 2018 komme daher nicht in Betracht.
Weiters wurde vorgebracht, dass nach der Rechtsprechung des EuGH die Gesetzgebung eines Mitgliedsstaats zwar berechtigt sei, die Grundfreiheiten des freien Dienstleistungsverkehrs ua mit den Interessen des Schutzes des Wettbewerbs, der Sicherung des Arbeitnehmerschutzes und generell mit Zielen der Sozialpolitik abzuwägen. Andererseits sei der Gesetzgeber aber daran gehindert, ein Verhalten, das in einem anderen Mitgliedsstaat gesetzt werde, oder ein Verhalten eines Entsenders aus einem anderen Mitgliedsstaat strenger zu ahnden als das Verhalten eines Arbeitgebers oder Entsenders aus Österreich. Eine weitere Diskriminierung unter dem Gesichtspunkt des Art. 56 AEUV ergebe sich aus dem Umstand, dass nach der Gesetzessystematik des LSD-BG das Nichtbereithalten von Lohnunterlagen bzw die Versäumung der Nachreichung der von der Finanzpolizei geforderten Unterlagen gleich streng oder sogar strenger bestraft werden oder werden können als die Unterentlohnung, die durch die Vorschriften durch das Bereithalten von Lohnunterlagen überprüfbar gemacht werden soll. Nach dem europäischen Primärrecht müssen Strafen zur Durchsetzung der Ziele verhältnismäßig sein. Das Strafsystem im LSD-BG sei nicht verhältnismäßig. Insbesondere sei die Kumulierung von Verwaltungsstrafen für einen zwar mehrere Arbeitnehmer betreffenden, ansonsten aber identen, den gleichen Lebenssachverhalt betreffenden Tatbestand nicht verhältnismäßig und widerspreche dem Primärrecht. Die Strafbestimmungen seien daher nicht anwendbar. Die angedrohten Strafhöhen hätten diskriminierende Wirkung sowohl gegenüber dem Entsender aus einem EU-Mitgliedsstaat als auch gegenüber dessen Auftraggeber in Österreich.
Es werde daher die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens, in eventu der Ausspruch einer Ermahnung iSd § 45 Abs. 1 Z 4 und Abs. 1 letzter Satz VStG, in eventu die Unterschreitung der Mindeststrafe gemäß § 20 VStG bis zur Hälfte, beantragt.

2.1. Die belangte Behörde hat die Beschwerde samt zugehörigem Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt.

2.2. Am 29.06.2020 führte das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, zu der der Rechtsvertreter des Bf, sowie ein weiterer Geschäftsführer der G M GmbH DI T Sch, eine Vertreterin der belangten Behörde und ein Vertreter des Finanzamts Grieskirchen Wels gekommen waren. Als Zeuge wurde das Kontrollorgan C W einvernommen. Das Verfahren wurde zur gemeinsamen Verhandlung mit einem weiteren den Bf betreffenden Strafverfahren (LVwG-302476) und mit den Strafverfahren betreffend die weiteren Geschäftsführer der G M GmbH (U H K (LVwG-302473 und LVwG-302474), DI T Sch (LVwG-302477 und LVwG-302478)) verbunden.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Der Bf war zum Tatzeitpunkt am 17.08.2018 das nach außen berufene verwaltungsstrafrechtlich verantwortliche Organ der G M GmbH mit dem Sitz in T, H.straße, Deutschland und er war, aufgrund der firmeninternen Zuständigkeitsaufteilung für den Geschäftsbereich Österreich zuständig. Diese Firma hat als Arbeitgeberin die deutschen Staatsangehörigen, die in den Spruchpunkten 1 bis 11 des bekämpften Straferkenntnisses angeführt sind, als Arbeitnehmer mit Montagearbeiten auf der Baustelle in W, R.straße (BV Neubau Parkhaus), beschäftigt. Am Tag der Kontrolle am 17.08.2018, 07:35 Uhr, waren die unter den Spruchpunkten 1, 4, 5, 9 und 10 der bekämpften Beschwerdevorentscheidung angeführten Arbeitnehmer auf der Baustelle anwesend. Für alle im Spruch des bekämpften Erkenntnisses genannten 11 Arbeitnehmer wurde eine ZKO3-Meldung erstattet. T B, W L und N S wurden erst ab 06.08.2018 bzw. 13.08.2018 auf der Baustelle beschäftigt. Alle elf in der Beschwerdevorentscheidung genannten Arbeitnehmer haben zu unterschiedlichen Zeiten auf der Baustelle gearbeitet. Für keinen der im Spruch des bekämpften Straferkenntnisses unter den Überschriften „Lohnauszahlungsnachweise für Juli 2018“ und „Lohnzettel für Juli 2018“ angeführten acht bzw sieben Arbeitnehmer wurden Lohnauszahlungsnachweise für Juli 2018 oder Lohnzettel für Juli 2018 anlässlich der Kontrolle am 17.08.2018 vorgelegt.
Der üblicherweise für die Vorlage der Unterlagen verantwortliche Arbeitnehmer B war zum Kontrollzeitpunkt nicht auf der Baustelle anwesend. Der vor Ort einvernommene Arbeitnehmer L hatte keine Möglichkeit, die gewünschten Lohnunterlagen dem Kontrollorgan vorzulegen und auch nicht elektronisch zugänglich zu machen.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorgelegten Akt der belangten Behörde und dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung sowie aus den nachgereichten Unterlagen betreffend die firmeninterne Zuständigkeitsvereinbarung bezüglich der Verantwortlichkeit für den Geschäftsbereich Österreich ergibt. Vom Bf wurde immer angegeben, für den Geschäftsbereich Österreich verantwortlich zu sein.
Dass zum Kontrollzeitpunkt für die im Spruch angeführten 8 Arbeitnehmer keine Lohnauszahlungsnachweise für Juli 2018 sowie für die im Spruch angeführten 7 Arbeitnehmer keine Lohnzettel für Juli 2018 vor Ort bereitgehalten bzw im Zeitpunkt der Erhebung elektronisch nicht zugänglich gemacht wurden, wurde in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 29.06.2020 außer Streit gestellt. Das Verfahrensergebnis hat hinsichtlich der Nichtvorlage von Lohnaufzeichnungen betreffend die angeführten elf Arbeitnehmer hervorgebracht, dass, auch wenn auf Grund eines Arbeitsantritts auf der Baustelle erst im Monat der Kontrolle, nicht sämtliche Lohnunterlagen vorgelegt werden konnten, dennoch beispielsweise

Lohnsteuerkarten, Lohnlisten und Lohnkontoblätter hinsichtlich aller elf angeführten Arbeitnehmer vorgelegt hätten werden müssen. Diese waren auch vorhanden und wurden nach der Kontrolle am 17.08.2018, am Nachmittag, vorgelegt (Seite 4 des Verhandlungsprotokolls vom 29.06.2020).

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

3.3.1. Rechtsgrundlagen:

§ 22 Abs. 1 LSD-BG, BGBl. I Nr. 44/2016 idF BGBl. I Nr. 64/2017:
(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 Zeitraumes 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. .....

§ 28 LSD-BG in der zur Tatzeit geltenden Fassung:
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.

§ 9 Abs. 1 VStG in der geltenden Fassung:

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.

3.3.2. Wie sich aus den Feststellungen ergibt, konnten die gemäß § 22 Abs. 1 LSD-BG erforderlichen Lohnunterlagen anlässlich der Kontrolle am 17.08.2018 nicht vorgelegt oder elektronisch zugänglich gemacht werden. Der Bf hat damit das Tatbild der ihm vorgeworfenen Verwaltungsübertretung erfüllt.

3.3.3. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts 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 einer 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 aus.

Die Verantwortung des Bf, wonach der Arbeitnehmer B zum Kontrollzeitpunkt aufgrund einer persönlichen Verhinderung bereits seit 16.08.2018 nicht auf der Baustelle anwesend gewesen sei und dadurch die vorzuweisenden Lohnunterlagen nicht bereitgehalten werden konnten, können den Bf von seinem schuldhaften Verhalten nicht befreien. Vielmehr wäre es am Bf im Rahmen eines entsprechenden Kontrollsystems gelegen, Vorkehrungen für allfällige Abwesenheiten des mit der Bereithaltung von Lohnunterlagen betrauten Arbeitnehmers vor Ort zu treffen, um eine jederzeitige Bereithaltung der Unterlagen zu gewährleisten, denn es entspricht der Lebenserfahrung, dass es im Laufe der Montagedauer zu Dienstverhinderungen von Arbeitnehmern kommen kann.
Weil der Bf nicht dafür gesorgt hatte, dass die erforderlichen Unterlagen in Österreich am Einsatzort der Arbeitnehmer zur Kontrolle bereitgehalten oder zugänglich gemacht wurden, hat er zumindest fahrlässig gehandelt. Die Verwaltungsübertretung ist dem Bf damit auch in subjektiver Hinsicht vorzuwerfen.

3.3.5. Sinn und Zweck der Bestimmungen des LSD-BG ist es ua zu verhindern, dass im Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit österreichische Arbeits-

bedingungen 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 Einsatzort wird jedenfalls die Kontrolle der Bestimmungen des LSD-BG erschwert.

3.3.6. 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.
Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind 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 bis 35 des StBG sinngemäß anzuwenden.
Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Die belangte Behörde hat eine Geldstrafe von jeweils 2.000 Euro für jeden der angeführten Arbeitnehmer verhängt. Strafmildernd wurde das kooperative Nachtatverhalten des Bf gewertet. Mangels konkreter Angaben bezüglich der persönlichen Verhältnisse des Bf ist die belangte Behörde von einem geschätzten monatlichen Nettoeinkommen von 2.500 Euro, keinem Vermögen und keinen Sorgepflichten ausgegangen. Der Bf ist dieser Schätzung nicht entgegengetreten, die Angaben werden daher auch im Beschwerdeverfahren zugrunde gelegt.
Weil aus dem vorliegenden Behördenakt keine Verwaltungsvorstrafen ersichtlich sind ist strafmildernd auch die absolute verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Beschwerdeführers zu werten. Straferschwerungsgründe sind nicht zu Tage getreten. Bei der Strafbemessung ist auch noch zu berücksichtigen, dass der Bf zwischenzeitig auf Grund seiner Pensionierung die Tätigkeit des Geschäftsführers nicht mehr ausübt, sodass spezialpräventive Aspekte der Verhängung der Strafe in den Hintergrund treten.

3.3.7. Das Urteil des EuGH vom 12.09.2019 in der Rechtssache C-64/18 ua. setzt sich mit dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit der Bestimmungen des AVRAG auseinander. Diese Entscheidung ist auch auf andere gesetzliche Bestimmungen anzuwenden, die mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unvereinbar sind.

So hat der VwGH in seinem Erkenntnis vom 15.10.2019, 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 anzuwendenden Bestimmungen 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".
Daraus ist abzuleiten, dass nicht jede Bestrafung wegen Verstoßes gegen das AVRAG und deren Nachfolgebestimmung, das auch hier zur Anwendung kommende LSD-BG, EU-rechtswidrig ist, sondern nur eine unverhältnismäßige.

Das Urteil des EuGH vom 12.09.2019 in der Rechtssache C-64/18 ua. und die dazu ergangenen Erkenntnisse des VwGH vom 15.10.2019, Ra 2019/11/0033-0034-6 sowie des VfGH vom 27.11.2019, GZ: E2047/2019 ua. zugrunde legend, war hinsichtlich sämtlicher vorliegender Übertretungen lediglich eine Gesamtstrafe zu verhängen, die unter Abwägung der Strafmilderungs- und dem Nichtvorliegen von Straferschwerungsgründen in der angeführten Höhe aus generalpräventiven Gründen unabdingbar ist.

Eine Ersatzfreiheitsstrafe war unter Hinweis auf das Urteil des EuGH (vgl. C-64/18) und der darauf aufbauenden Judikatur des VwGH vom 26.02.2020, Ra 2020/11/0004, nicht zu verhängen.

3.3.8. Die Spruchergänzung bezüglich der Fundstelle der Übertretungs- bzw Strafnorm erfolgte in Entsprechung der Entscheidung des VwGH vom 06.06.2020, Ra 2020/09/0013-5. Eine Schlechterstellung des Bf erfolgte dadurch nicht.

Zu II.:

Weil die Beschwerde teilweise Erfolg hatte, waren die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens entsprechend herabzusetzen und es entfällt ein Kostenbeitrag zum Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht.

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

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bergmayr-Mann