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-302476/9/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 aufgrund des Vorlageantrags vom 09.09.2019 über die Beschwerde des DI G K, Sch.weg, A, Deutschland, vom 15.08.2019 vertreten durch E A G RAe GmbH, S.straße, S, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 02.08.2019, GZ: Pol-303-SV04-55-2018/2, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung 29.06.2020

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird mit der Maßgabe Folge gegeben, dass die verhängten Strafen aufgehoben und eine Geldstrafe in Höhe von 2.250 Euro verhängt wird, dass im Spruch der Beschwerdevorentscheidung nach den vorgeworfenen Übertretungs- und Strafnormen nach der Bezeichnung „LSD-BG“ „BGBl. I Nr. 44/2016 idF BGBl. I Nr. 64/2017“ angeführt 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 Montage 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 225 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 02.08.2019, GZ: Pol-303-SV04-55-2018/2, wurde der Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wie folgt schuldig gesprochen und bestraft:

„G Montage GmbH H.straße T Deutschland DI G K S.weg A Deutschland
Verwaltungsstrafverfahren Nichtübermittlung Lohnunterlagen § 12 Abs.1 Z3 iVm § 27 Abs.1 LSD-BG
Pol-303-SV04-55-2018/2

Sie haben es als zur Vertretung nach außen berufenes und damit gemäß § 9 Verwaltungsstrafgesetz – VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortliches Organ der Firma G Montage GmbH H.straße T Deutschland zu verantworten, dass durch diese Firma als Arbeitgeberin iSd LSD-BG der Aufforderung, die nachgeforderten Unterlagen (ZKO-Meldung, SV-Unterlagen (A1), behördliche Genehmigung, 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, 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

Folgende Dokumente konnten nicht vorgelegt und auch nicht elektronisch zugänglich gemacht werden:

Lohnaufzeichnungen 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, 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, 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, geb. x, deutscher Staatsbürger,
4. L-S J, geb. x, deutscher Staatsbürger,
5. M K, geb. x, deutscher Staatsbürger,
6. S J, geb. x, deutscher Staatsbürger,
7. W T, geb. x, deutscher Staatsbürger

Die Verwaltungsübertretung wurde in Folge einer Kontrolle der Finanzpolizei Wels-Grieskirchen vom 17.08.2018 gegen 07:35 Uhr beim BV ‚Neubau Parkhaus' in der R.straße, W festgestellt.
Die Firma G GmbH wurde nachweislich am 17.08.2018 schriftlich aufgefordert, die fehlenden Unterlagen nachzureichen.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 12 Abs. 1 Z 3 iVm § 27 Abs. 1 LSD-BG

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

Geldstrafe von 11 mal 500,- Euro 5500,-	Falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 11 mal 34 Stunden 374 Stunden	Freiheitsstrafe von ----	Gemäß § 27 Abs. 1 LSD-BG

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG zu zahlen:
550,- 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 6050,- Euro"
[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf in rechtsfreundlicher Vertretung mit Eingabe vom 15.08.2019 rechtzeitig Beschwerde. Begründend wurde vorge-

bracht, der Bf sei vom 29.05.2013 bis 16.04.2018 alleinvertretungsbefugter Geschäftsführer der G Montage 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 zum Zeitpunkt 17.08.2018 bzw im vorangegangenen Montagezeitraum ab 16.07.2018 Arbeitnehmer der G Montage GmbH gewesen, wobei nicht alle 11 Arbeitnehmer ab Beginn des gesamten Montagezeitraumes eingesetzt gewesen seien.
Zum Tatvorwurf der Nichtübermittlung von Lohnunterlagen brachte der Bf vor, dass sich aus den in den Strafakten einliegenden, von der Finanzpolizei vorgelegten Unterlagen, insbesondere aus dem Abschnitt „am 17.08.2018 nachgereicht“ ergebe, dass der Bf mit E-Mails vom 17.08.2018, 14:49 Uhr und 17.08.2018, 15:13 Uhr die dort angeführten Unterlagen übermittelt habe. Insbesondere sei unrichtig, dass Lohnauszahlungsnachweise für Juli 2018 für 8 der 11 angeführten Arbeitnehmer (B, D, F, L, L-S, M, S und W) auch nach neuerlicher schriftlicher Aufforderung vom 17.08.2018 nicht übermittelt hätte werden können. Die Verwaltungsbehörde irre, wenn sie vermeine, dass zwingend Banküberweisungsbelege für den Zeitraum Juli 2018 übermittelt hätte werden müssen. Lohn- und Gehaltszahlungen seien in Form einer Sammelüberweisung durch die zentrale Finanzbuchhaltung angewiesen worden und somit nicht einzeln ausweisbar.
Weiters wurde vorgebracht, dass nach der Rechtsprechung des EuGH die Gesetzgebung eines Mitgliedsstaats zwar berechtigt sei, die Grundfreiheiten des freien Dienstleistungsverkehrs u.a. mit den Interessen am Schutz 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 müssten 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. 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.

1.3. Von der belangten Behörde wurde darüber am 19.08.2019 die nachstehende Beschwerdevorentscheidung erlassen:

„[…]
Aufgrund der Beschwerde vom 16.08.2019 gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 02.08.2019, entscheidet der Bürgermeister der Stadt Wels wie folgt:

Spruch:

Der Beschwerde wird teilweise stattgegeben und der angefochtene Bescheid insoweit abgeändert, als der Spruch wie folgt lautet:

Sie haben es als zur Vertretung nach außen berufenes und damit gemäß § 9 Verwaltungsstrafgesetz – VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortliches Organ der Firma G Montage GmbH H.straße T Deutschland zu verantworten, dass durch diese Firma als Arbeitgeberin iSd LSD-BG der Aufforderung, die nachgeforderten Unterlagen (ZKO-Meldung, SV-Unterlagen (A1), behördliche Genehmigung, 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, 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

Folgende Dokumente konnten auch nach der neuerlichen schriftlichen Aufforderung vom 17.08.2018 nicht übermittelt werden:

Lohnauszahlungsnachweise für Juli 2018
1. B K, geb. x, deutscher Staatsbürger,
2. D M, geb. x, deutscher Staatsbürger,
3. F C geb. x, 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

Die Verwaltungsübertretung wurde in Folge einer Kontrolle der Finanzpolizei Wels-Grieskirchen vom 17.08.2018 gegen 07:35 Uhr beim BV ‚Neubau Parkhaus' in der R.straße, W erhoben.
Die Firma G GmbH wurde nachweislich am 17.08.2018 schriftlich aufgefordert, die fehlenden Unterlagen nachzureichen.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 12 iVm § 27 LSD-BG

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

Geldstrafe von 8 mal 500,- Euro 4000,-	Falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 8 mal 34 Stunden 272 Stunden	Freiheitsstrafe von ----	Gemäß § 27 Abs. 1 LSD-BG

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG zu zahlen:
400,- 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 4400,- Euro."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründet wurde die Beschwerdevorentscheidung im Wesentlichen damit, dass der Bf die am 17.08.2018 per E-Mail nachgeforderten Lohnunterlagen am 20.08.2018 bei der Finanzpolizei Grieskirchen Wels, abgesehen von den Lohnauszahlungsnachweisen für Juli 2018 für die im Spruch genannten Arbeitnehmer, eingebracht habe. Es sei daher der Spruch des Straferkenntnisses vom 02.08.2019 entsprechend abzuändern und die Strafe entsprechend anzupassen gewesen.

1.4. Gegen die Beschwerdevorentscheidung wurde am 09.09.2019 ein Vorlageantrag gestellt, in welchem die Vorlage der Beschwerde an das Verwaltungsgericht zur Entscheidung beantragt wurde. Überdies wurden darin die Vorbringen und Anträge in der Beschwerde vom 15.08.2019 zu Pol-303-SV04-55-2018/3 aufrechterhalten.

2.1. Die belangte Behörde hat den Vorlageantrag sowie 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 Montage 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-302475) und mit den Strafverfahren betreffend die weiteren Geschäftsführer der G Montage 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 17.08.2018 das nach außen berufene verwaltungsstrafrechtlich verantwortliche Organ der G Montage 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 der bekämpften Beschwerdevorentscheidung 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 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 der bekämpften Beschwerdevorentscheidung unter der Überschrift „Lohnauszahlungsnachweise für Juli 2018“ angeführten 8 Arbeitnehmer wurden Lohnauszahlungsnachweise für Juli 2018 zu Beginn der Kontrolle am 17.08.2018 um 07.51 Uhr vorgelegt.

Von der Finanzpolizei erging mit Schreiben an die G Montage GmbH vom 17.08.2018 unter Fristsetzung bis 20.08.2018 die Aufforderung, die nicht bereitgehaltenen Lohnunterlagen zu übermitteln. Dabei wurde von der G Montage GmbH am 17.08.2018 eine „ZIP Datei“ mit folgenden Unterlagen per E-Mail übermittelt/nachgereicht, und zwar je ein Dokument mit der Bezeichnung „Urlaubsverlauf“ für alle 11 Arbeitnehmer, je ein Dokument mit der Bezeichnung „Verdienstabrechnung“ für den Monat Juli 2018 für alle 11 Arbeitnehmer, je ein Dokument mit der Bezeichnung „Auslösungsnachweis“ für den Monat Juli 2018 für L-S, D, M, W, B, S, B, B, S, L. Am 20.08.2018 wurden die oben genannten Dokumente erneut in „PDF-Form“ per E-Mail an die Finanzpolizei übermittelt. Die Lohnauszahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege für Juli 2018 wurden für die Arbeitnehmer L-S, D, M, W, B, F, S und L nicht nachgereicht.

Bezüglich der nachgereichten Verdienstabrechnungen kam in der Verhandlung zutage, dass sich aus den Verdienstabrechnungen das Gegenkonto, auf das die Überweisungen stattgefunden haben sollen, ergibt. Ein Lohnauszahlungsnachweis hinsichtlich einzelner Arbeitnehmer ist jedoch nicht vorhanden. Es erfolgt eine Gesamtüberweisung sämtlicher Gehälter jeweils am 30. des Monats für alle Arbeitnehmer. Der Geldfluss auf die einzelnen Konten der Mitarbeiter ist automatisiert, indem das System automatisch eine Auszahlung an den einzelnen Arbeitnehmer abrechnet. Aus der Verdienstabrechnung, die dem Dienstnehmer übergeben wird, ist nicht ersichtlich, ob bzw. wann ein Geldfluss stattgefunden hat. Diese Abrechnung ist daher kein Lohnauszahlungsnachweis. Aus der Verdienstabrechnung ergibt sich der Nettobetrag der gezahlt wurde. Die Verdienstabrechnung wird im Nachhinein erstellt und den einzelnen Arbeitnehmern in Papierform zur Verfügung gestellt. Die dazugehörigen Lohnzettel werden ca. eine Woche später an die Arbeitnehmer ausgegeben.

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 hinsichtlich der Verantwortlichkeit für den Geschäftsbereich Österreich ergibt. Vom Bf wurde immer angegeben, für den Geschäftsbereich Österreich verantwortlich zu sein. Der schriftlichen Aufforderung vom 17.08.2018 betreffend die Nachreichung der Lohnunterlagen für die acht genannten Arbeitnehmer wurde inhaltlich nicht entsprochen, zumal aus den nachträglich übermittelten Verdienstabrechnungen kein dem jeweiligen Arbeitnehmer zuordenbarer Lohnauszahlungsnachweis ersichtlich ist.
Die Angaben, für die G Montage GmbH sei nur die Gesamtsumme des ausgezahlten Lohns ersichtlich, bei dem in der G Montage GmbH installierten System sei es nicht möglich, die Geldflüsse auf die einzelnen Konten als Bankbeleg nachzuvollziehen, werden als Schutzbehauptung gewertet, zumal Zahlungsflüsse schon im Hinblick auf mögliche Beanstandungen und zur Nachprüfbarkeit durch das Finanzamt nachvollziehbar sein müssen.
Eine Verdienstabrechnung alleine ist zum Nachweis eines Zahlungsflusses ungeeignet, ist dort doch nicht ersichtlich, ob bzw. wann ein solcher Geldfluss stattgefunden hat.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

3.3.1. Rechtsgrundlagen:

Gemäß § 12 Abs. 1 Z 3 LSD-BG, in der zur Tatzeit geltenden Fassung, sind die Abgabenbehörden berechtigt, das Bereithalten der Unterlagen nach den §§ 21 und 22 zu überwachen sowie in Bezug auf Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort außerhalb Österreichs, die nicht dem ASVG unterliegen, die zur Kontrolle des unter

Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zustehenden Entgelts (Lohnkontrolle) im Sinne des § 29 erforderlichen Erhebungen durchzuführen und in die zur Erhebung erforderlichen Unterlagen (§§ 21 und 22) Einsicht zu nehmen, Ablichtungen dieser Unterlagen anzufertigen und die Übermittlung dieser Unterlagen zu fordern, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktages abzusenden sind. Erfolgt bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten die Kontrolle nicht am ersten Arbeits(Einsatz)ort, sind die Unterlagen der Abgabenbehörde nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktages abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.

Gemäß § 27 Abs. 1 LSD-BG, in der zur Tatzeit geltenden Fassung, begeht eine Verwaltungsübertretung, wer die erforderlichen Unterlagen entgegen den §§ 12 Abs. 1 Z 3 LSD-BG nicht übermittelt, 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. Ebenso ist zu bestrafen, wer entgegen den §§ 14 Abs. 2 oder 15 Abs. 2 die Unterlagen nicht übermittelt.

Gemäß § 9 Abs. 1 VStG, in der geltenden Fassung, ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften, 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. Ein Verstoß des Arbeitgebers bzw. des Beschäftigers gegen die Bereithaltungspflicht schließt nicht die daran anschließende Verpflichtung aus, die Unterlagen über behördliche Aufforderung zu übermitteln. Nur die tatsächliche Sichtung dieser Dokumente kann den Zweck des LSD-BG 2016 sicherstellen, weswegen es im Sinne dieses Gesetzes ist, dass Unterlagen (sofern sie existieren und ihre Beschaffung auch zumutbar ist) der Behörde übermittelt werden müssen, damit die Einhaltung sämtlicher Bestimmungen überprüft werden kann (VwGH 25.2.2020, Ra 2018/11/0110).

3.3.3. Nach Aufforderung durch die Finanzpolizei, wie hier anlässlich der Kontrolle am 17.08.2018 waren die entsprechenden Unterlagen gemäß § 12 Abs. 1 Z 3 LSD-BG bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktages abzusenden und damit nachweislich zu übermitteln gewesen.

Aufgrund der Dokumentation durch die Finanzpolizei und der vorliegenden Unterlagen ergibt sich jedoch, dass Lohnauszahlungsnachweise am 17.08.2018 am Kontrollort nicht bereitgehalten wurden und auch unmittelbar vor Ort zum Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form nicht zugänglich gemacht wurden.

Der G Montage GmbH wurde nachweislich am 17.08.2018 eine schriftliche Aufforderung zur Nachreichung der Lohnunterlagen per E-Mail übermittelt.

Es wurden zwar am 20.08.2018 – sohin fristgerecht – Verdienstabrechnungen übermittelt. Dabei handelt es sich jedoch um eine Gesamtabrechnung der zum Einsatz gekommenen Arbeitnehmer. Ein konkreter Lohnauszahlungsnachweis für den jeweiligen Arbeitnehmer kann darin nicht erblickt werden, zumal daraus weder eine datierte und den konkreten Betrag aufweisende Überweisung auf ein konkretes Konto erkennbar ist. Eine Gesamtsumme der Überweisung als Beleg der Zahlung ist nicht ausreichend und nicht geeignet, die tatsächliche Lohnauszahlung mit den Angaben im jeweiligen Personenblatt vor Ort zu kontrollieren, müsste der Kontrollbeamte doch dazu über das unternehmensintern installierte EDV-Programm verfügen, was in der Regel nicht der Fall ist.
Den Kontrollorganen war es damit nicht möglich, eine adäquate Entlohnung dieser Dienstnehmer nachzuvollziehen und die Lohnkontrolle wurde durch die Nichtübermittlung der entsprechenden Unterlagen vereitelt.
Es ist somit der objektive Tatbestand der vorgeworfenen Verwaltungsübertretungen erfüllt.

3.3.4. 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 Verwaltungsvorschriften kein Verschulden trifft.

Auch die gegenständlichen Verwaltungsübertretungen stellen 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.

Der Beschwerdeführer hat zu den Verwaltungsübertretungen keine entlastenden Umstände vorgebracht, die geeignet sind, ihn von seinem schuldhaften Verhalten zu befreien. Er ist seiner Verpflichtung, sich vor Entsendung seiner Arbeitnehmer an geeigneter Stelle dahingehend zu informieren, ob die bereitzuhaltenden Lohnauszahlungsnachweise den Anforderungen der österreichischen Rechtsvorschriften entsprechen, nicht nachgekommen. Dass er entsprechende Erkundigungen getätigt hat, wurde vom Beschwerdeführer auch gar nicht vorgebracht.

3.3.5. Die Zielsetzungen des Gesetzgebers sind und waren die Setzung von Maßnahmen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping, Sicherung gleicher Arbeitsmarkt- und Lohnbedingungen für in- und ausländische Arbeitsverhältnisse, Sicherung eines fairen wirtschaftlichen Wettbewerbs zwischen den Unternehmen und die Sicherstellung der vorgegebenen Abgaben und Sozialbeiträge (Ritzberger-Moser, Neues aus der Gesetzgebung 2011, ZAS 2012, 107[108]).
Durch das Unterlassen der Übermittlung der angeforderten Unterlagen innerhalb der Vorlagefrist wurde die Kontrolle der Bestimmungen des LSD-BG erschwert bzw. vereitelt.

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 StGB sinngemäß anzuwenden.
Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Die belangte Behörde hat in der Beschwerdevorentscheidung die Mindeststrafe von jeweils 500 Euro für jeden der angeführten acht Arbeitnehmer verhängt. Weil aus dem vorliegenden Behördenakt keine Verwaltungsvorstrafen ersichtlich sind, ist strafmildernd die absolute verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Beschwerdeführers zu werten. Straferschwerungsgründe sind nicht zu Tage getreten.
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. 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 vorhin erwähnten 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.

3.3.8. 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.

3.3.9. 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 erfolgreich war, waren die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens entsprechend herabzusetzen und 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