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-302488/9/Kl/CG**

Datum: **Linz, 19. 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 Dr. Klempt über die Beschwerde des I-F M, vertreten durch K, W & Partner Rechtsanwälte GmbH, N, G, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 6. August 2019, GZ: Ge-140/19, wegen Verwaltungsübertretungen nach dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 18. Dezember 2019

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird hinsichtlich der Schuld mit der Maßgabe abgewiesen, dass im Einleitungssatz des Spruches nach der Wortfolge „nach außen befugtes Organ" der Ausdruck „(handelsrechtlicher Geschäftsführer)" einzufügen ist.
Hinsichtlich der Strafe wird der Beschwerde insofern Folge gegeben, als eine Gesamtstrafe in der Höhe von 15.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Gesamtersatzfreiheitsstrafe von 100 Stunden verhängt wird.

II. Der Kostenbeitrag zum Verfahren der belangten Behörde ermäßigt sich auf 1.500 Euro. Zum Beschwerdeverfahren ist kein Kostenbeitrag zu leisten.

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

1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 6. August 2019, Ge-140/19, wurden über den Beschwerdeführer in 6 Fällen jeweils eine Geldstrafe von 10.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit jeweils eine Ersatzfreiheitsstrafe von 66 Stunden, wegen jeweils einer Verwaltungsübertretung gemäß § 22 Abs. 1 iVm § 28 Z. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) verhängt, weil er als zur Vertretung nach außen befugtes Organ der Firma S B GmbH, in E, V, Deutschland, verwaltungsstrafrechtlich zu vertreten hat, dass

1. der Arbeitnehmer ggst. Firma Hr. M D (geb. am x) für den Zeitraum vom 2.10.2018 bis zum 31.12.2018 zur Beschäftigung auf dem Bauvorhaben in S, W (Bauvorhaben Fa. R R GmbH) nach Österreich entsandt wurde. Bei einer Kontrolle am 8.11.2018 konnten am oa. Einsatzort sowie an der in der ZKO3-Meldung angegebenen Adresse (Zweigniederlassung oa. Firma in Österreich in B, I) für oa. Arbeitnehmer keine Lohnunterlagen vorgelegt werden. Es wurde daher nicht dafür gesorgt, dass die Unterlagen gem. LSD-BG bereitgestellt bzw. bereitgehalten wurden. Da Sie bereits wegen der Übertretung der Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) bestraft wurden, stellt dies eine wiederholte Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) dar.
2. der Arbeitnehmer ggst. Firma Hr. G D (geb. am x) für den Zeitraum vom 2.10.2018 bis zum 31.12.2018 zur Beschäftigung auf dem Bauvorhaben in S, W (Bauvorhaben Fa. R R GmbH) nach Österreich entsandt wurde. Bei einer Kontrolle am 8.11.2018 konnten am oa. Einsatzort sowie an der in der ZKO3-Meldung angegebenen Adresse (Zweigniederlassung oa. Firma in Österreich in B, I) für oa. Arbeitnehmer keine Lohnunterlagen vorgelegt werden. Es wurde daher nicht dafür gesorgt, dass die Unterlagen gem. LSD-BG bereitgestellt bzw. bereitgehalten wurden. Da Sie bereits wegen der Übertretung der Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) bestraft wurden, stellt dies eine wiederholte Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) dar.
3. der Arbeitnehmer ggst. Firma Hr. R A K (geb. am x) für den Zeitraum vom 2.10.2018 bis zum 31.12.2018 zur Beschäftigung auf dem Bauvorhaben in S, W (Bauvorhaben Fa. R R GmbH) nach Österreich entsandt wurde. Bei einer Kontrolle am 8.11.2018 konnten am oa. Einsatzort sowie an der in der ZKO3-Meldung angegebenen Adresse (Zweigniederlassung oa. Firma in Österreich in B, I) für oa. Arbeitnehmer keine Lohnunterlagen vorgelegt werden. Es wurde daher nicht dafür gesorgt, dass die Unterlagen gem. LSD-BG bereitgestellt bzw. bereitgehalten wurden. Da Sie bereits wegen der Übertretung der Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) bestraft wurden, stellt dies eine wiederholte Übertretung des Lohn- und Sozialdumping- Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) dar.

4. der Arbeitnehmer ggst. Firma Hr. C O (geb. am x) für den Zeitraum vom 2.10.2018 bis zum 31.12.2018 zur Beschäftigung auf dem Bauvorhaben in S, W (Bauvorhaben Fa. R R GmbH) nach Österreich entsandt wurde. Bei einer Kontrolle am 8.11.2018 konnten am oa. Einsatzort sowie an der in der ZKO3-Meldung angegebenen Adresse (Zweigniederlassung oa. Firma in Österreich in B, I) für oa. Arbeitnehmer keine Lohnunterlagen vorgelegt werden. Es wurde daher nicht dafür gesorgt, dass die Unterlagen gem. LSD-BG bereitgestellt bzw. bereitgehalten wurden. Da Sie bereits wegen der Übertretung der Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) bestraft wurden, stellt dies eine wiederholte Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) dar.
5. der Arbeitnehmer ggst. Firma Hr. R O (geb. am x) für den Zeitraum vom 2.10.2018 bis zum 31.12.2018 zur Beschäftigung auf dem Bauvorhaben in S, W (Bauvorhaben Fa. R R GmbH) nach Österreich entsandt wurde. Bei einer Kontrolle am 8.11.2018 konnten am oa. Einsatzort sowie an der in der ZKO3-Meldung angegebenen Adresse (Zweigniederlassung oa. Firma in Österreich in B, I) für oa. Arbeitnehmer keine Lohnunterlagen vorgelegt werden. Es wurde daher nicht dafür gesorgt, dass die Unterlagen gem. LSD-BG bereitgestellt bzw. bereitgehalten wurden. Da Sie bereits wegen der Übertretung der Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) bestraft wurden, stellt dies eine wiederholte Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) dar.
6. der Arbeitnehmer ggst. Firma Hr. D T (geb. am x) für den Zeitraum vom 2.10.2018 bis zum 31.12.2018 zur Beschäftigung auf dem Bauvorhaben in S, W (Bauvorhaben Fa. R R GmbH) nach Österreich entsandt wurde. Bei einer Kontrolle am 8.11.2018 konnten am oa. Einsatzort sowie an der in der ZKO3-Meldung angegebenen Adresse (Zweigniederlassung oa. Firma in Österreich in B, I) für oa. Arbeitnehmer keine Lohnunterlagen vorgelegt werden. Es wurde daher nicht dafür gesorgt, dass die Unterlagen gem. LSD-BG bereitgestellt bzw. bereitgehalten wurden. Da Sie bereits wegen der Übertretung der Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) bestraft wurden, stellt dies eine wiederholte Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) dar.

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und die Aufhebung des Straferkenntnisses und Einstellung des Strafverfahrens, in eventu eine Ermahnung, in eventu die Herabsetzung der Strafe unter Anwendung des § 20 VStG beantragt.
Begründend wurde unrichtige rechtliche Beurteilung geltend gemacht und dazu ausgeführt, dass in der ZKO3-Meldung unter Punkt 7d ausdrücklich festgehalten sei, dass sämtliche Unterlagen nach dem LSD-BG in der im Firmenbuch eingetragenen Zweigniederlassung in Braunau vorhanden seien. Bereits in anderen Verwaltungsstrafverfahren sei darauf hingewiesen worden, dass die Übermittlung und Bereithaltung der Unterlagen in der Vergangenheit tatsächlich

mangelhaft erfolgt sei. Aus diesem Grunde seien auch personelle und organisatorische Maßnahmen getroffen worden um dies in Hinkunft vermeiden zu können. Es sei daher ausreichend, wenn sämtliche Unterlagen an der im Firmenbuch eingetragenen Zweigniederlassung, auf die in der ZKO3-Meldung hingewiesen worden sei, bereitgehalten werde.
Bedauerlicherweise sei aber das Büro an diesem Tag von der einzigen Mitarbeiterin nicht besetzt gewesen, da diese im Außendienst tätig gewesen sei. Es wäre kein Problem gewesen mit dem informierten Vertreter des Beschwerdeführers, dessen Kontaktdaten auch in der ZKO3-Meldung angeführt seien, Kontakt aufzunehmen und die Angelegenheit zu klären.

3. Der Magistrat der Stadt S hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt und auf 4 verwaltungsstrafrechtliche Vormerkungen nach dem LSD-BG hingewiesen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme sowie durch Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 18. Dezember 2019 zu welcher die Verfahrensparteien geladen wurden. Die Vertreter von Beschwerdeführer und Abgabenbehörde haben teilgenommen, die belangte Behörde hat sich entschuldigt. Weiters wurden die Zeugen AR. Mag. (FH) J S sowie A A, beide Finanzamt Kirchdorf Perg S, sowie M H geladen und einvernommen.

4.1. Folgender Sachverhalt steht als erwiesen fest und wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:
Bei der Kontrolle des Finanzamtes Kirchdorf Perg S am 8.11.2018 bei der Baustelle in S, W, der Fa. R R GmbH, wurden keine Arbeitnehmer der S B GmbH mit Sitz in E, V, Deutschland, angetroffen. Lt. ZKO3-Meldung vom 1. Oktober 2018 durch die S B GmbH wurde als zur Vertretung nach außen berufene Person und Ansprechperson aus dem Kreis der nach Österreich entsandten Arbeitnehmer der Beschwerdeführer benannt. Als inländischer Auftraggeber ist die R R GmbH, S, W, eingetragen und als Entsendezeitraum insgesamt 2.10.2018 bis 31.12.2018 mit Beschäftigungsort in S, W, eingetragen. Als Ort zur verpflichtenden Bereithaltung der Meldeunterlagen und Lohnunterlagen wurde Punkt 7d angekreuzt, nämlich eine in Österreich eingetragene Zweigniederlassung, an der der ausländische Arbeitgeber seine Tätigkeit nicht nur gelegentlich ausübt und diese mit „I, B, Name der zuständigen Ansprechperson in der Zweigniederlassung H M" angegeben. Als Telefonnummer dieser zuständigen Ansprechperson wurde die gleiche Nummer wie die Nummer des Beschwerdeführers als nach außen berufener handelsrechtlicher Geschäftsführer und Ansprechperson gemäß § 23 LSD-BG eingetragen.
Es wurde daher zeitgleich durch die Abgabenbehörde eine Kontrolle an der eingetragenen Zweigniederlassung in B, I, hinsichtlich Bereithaltung von Unterlagen nach dem LSD-BG vorgenommen und dabei festgestellt, dass an dieser

Adresse das Büro unbesetzt war und wurde dabei ermittelt, dass vom deutschen Unternehmen S B GmbH nur selten jemand in Österreich anwesend ist. Auch bei einem weiteren Versuch am selben Tag eine Stunde später, Einsicht in die Unterlagen zu nehmen, war das Büro unbesetzt.
Ein Auszug aus dem Dienstleisterregister vom 4.11.2018 ergibt, dass der von der S B GmbH für die Dienstleistungsanzeige umfasste Zeitraum mit 17.8.2917 bis 16.8.2018 angegeben wurde. Eine Verlängerung fand nicht statt. Auch fand eine Beauftragung der S B GmbH durch die Fa. R unmittelbar nicht statt, sondern wurde die Leistungserbringung vom 2.10.2018 an F H, B, sowie die A B, Inhaber M C, H, W, vergeben. Dies ist durch entsprechende Rechnungslegung für die Arbeitsleistung am 2.10.2018 belegt. Für die Fa. R wurden ansonsten keine Aufträge durch die S B GmbH ausgeführt. Bei der Arbeitsleistung beim Bauvorhaben R handelt es sich gegenständlich um eine Eintagesbaustelle. F H ist unselbständiger Mitarbeiter der S B GmbH und für die Zweigniederlassung B für Baustellenvorbereitungen und Baustelleneinrichtungen zuständig. Dies deckt sich auch mit der Rechnungslegung von F H an die Fa. R. Die A B ist ein Einzelunternehmen und wird vom Inhaber M C geführt, der vormals Mitarbeiter in der S B GmbH war und sich selbständig machte. Für diesen macht der Zeuge H sowie auch für die Fa. S B GmbH, bei der er unselbständig beschäftigt ist, die Buchhaltung.
Für die S B GmbH ist nunmehr die Mitarbeiterin E C hinsichtlich der Beschaffung der erforderlichen Meldungen und Unterlagen verantwortlich. Diese wurde vom Zeugen H diesbezüglich unterwiesen und geschult. Nunmehr macht sie diese Arbeiten selbständig, kann aber bei Fragen Rat beim Zeugen H einholen.
Die Zweigniederlassung in B ist nicht permanent sondern nur vereinzelt besetzt. Eine Telefonnummer und Faxnummer an der Zweigniederlassung ist eingerichtet, es werden aber Telefonate nach Deutschland umgeleitet. Eine Sekretärin, die ihren Arbeitsplatz in Deutschland hat, kommt einmal wöchentlich zur Behebung des Postkastens zur Zweigniederlassung. Wenn keine Arbeiten anstehen, fährt sie wieder zurück nach Deutschland. Auch der unselbständige Mitarbeiter F H ist nur selten an der Zweigniederlassung, weil er für den Bereich in Österreich zuständig ist. Die in Deutschland tätige Sekretärin könnte aber bei telefonischer Anforderung innerhalb einer halben Stunde im Büro in der Zweigniederlassung erscheinen.
Wie bereits bei der Kontrolle durch den Prokuristen J B der Fa. R angegeben wurde, ist die Fa. S B GmbH der Fa. R unbekannt und wurden wie auch mit vorgelegten Rechnungen untermauert, nur Aufträge an F H bzw. die A B erteilt. Dabei handelt es sich um einen kleinen kurzfristigen Auftrag mit Leistungserbringung nur an einem Tag.

4.2. Dies ergibt sich aus den vorgelegten Unterlagen, insbesondere Rechnungen und Auszüge, sowie aus den Aussagen der einvernommenen Zeugen. Die Angaben des Zeugen H dahingehend, dass F H ein Mitarbeiter der S B GmbH ist, andererseits aber auch als selbständiger Handelsvertreter tätig ist und als solcher für die Fa. A B Aufträge akquiriert, für welche er auch Provisionen verrechnet, die Fa. A B aber

nicht genügend Arbeitskräfte zur Verfügung hatte und daher den Auftrag an die S B GmbH als Subauftrag weitergegeben hat, ist nicht erwiesen und ergeben sich an diesen Ausführungen Zweifel. Einerseits ist es entgegen der Lebenserfahrung, dass ein unselbständiger Mitarbeiter der S B einen Auftrag einem gesonderten Unternehmen lukriert, welches den Auftrag dann selbst nicht ausführen kann und durch die Firma des unselbständigen Mitarbeiters ausführen lässt. Auch fehlen diesbezügliche Beweise. Andererseits kann auch die vom Beschwerdeführer vorgelegte Rechnung der S B GmbH an die A B diesen Subauftrag nicht zweifelsfrei dokumentieren, zumal gemäß den Rechnungen der A B an die Fa. R lediglich Hartkorneinstreuung und Schutzfolie im Ausmaß von 216 m² sowie eine Fahrpauschale und ein Mindesteinsatz in der Höhe von ca. 2.800 Euro verrechnet wurde, dagegen wird die Verlegung von Baustahlgitter und Distanzstreifen sowie Betonierung mit Schlauchleitung von F H im Betrag von 2.400 Euro verrechnet. Betonierungsarbeiten wurden nach diesen vorgelegten Rechnungen daher nicht von der A B an die Fa. R erbracht und ist daher auch eine diesbezügliche Subvergabe an die S B GmbH unglaubwürdig. Jedenfalls ist aber daraus ersichtlich, dass eine direkte Leistungserbringung durch die S B GmbH an die Fa. R nicht erfolgt ist. Im Übrigen ist auch von allen Beteiligten zugestanden und auch auf den Unterlagen ersichtlich, dass die Leistungserbringung lediglich an einem Tag erfolgte und nicht in einem längeren Zeitraum. Auch wurden sonst keine Arbeiten an die Fa. R erbracht. Ein Leistungszeitraum war daher jedenfalls nicht gegeben.

Im Übrigen blieb unbestritten und ergab sich auch eindeutig aus den Zeugenaussagen in der mündlichen Verhandlung, dass zum Kontrollzeitpunkt am 8.11.2018 an der in der ZKO3-Meldung angegebenen Zweigniederlassung in B keine Person anwesend war und daher weder Unterlagen vorgelegt wurden noch zugänglich gemacht wurden. Es ergab sich auch eindeutig aus den Zeugenaussagen, dass eine unmittelbare Einsichtnahme auch bei telefonischer Kontaktnahme nicht möglich gewesen wäre, da erst eine Sekretärin aus Deutschland zu der Zweigniederlassung in B anreisen hätte müssen. Es ist zweifelsfrei erwiesen, dass die Zweigniederlassung nur sporadisch besetzt ist.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Gemäß § 22 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz - LSD-BG (zum Tatzeitpunkt geltende Fassung) haben Arbeitgeber im Sinne der §§ 3 Abs. 2, 8 Abs. 1 oder 19 Abs. 1 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. § 21 Abs. 2 findet sinngemäß Anwendung.

Gemäß § 21 Abs. 2 LSD-BG sind abweichend von Abs. 1 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 ……..
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.

Gemäß § 28 Z. 1 LSD-BG 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, wer als Arbeitgeber entgegen § 22 Abs. 1 oder Abs. 1a die Lohnunterlagen nicht bereithält.

In Kozak, Kurzkommentar, LSD-BG, Manz-Verlag, wird auf Seite 171, Rz. 7 und 8 ausgeführt, „für den Fall, dass die Kontrollen außerhalb der Geschäftszeiten der genannten Parteienvertreter stattfinden, hat dieser die erforderlichen Unterlagen nach Aufforderung bis zum Ablauf des folgenden zweiten Werktages zu übermitteln….. Für die anderen Bereithaltungsstellen gilt diese zulässige Verzögerung nicht. Hier ist anzunehmen, dass die Bereithaltung und unmittelbare Zugänglichkeit, unabhängig davon, wann die Kontrolle durch die Kontrollorgane erfolgt, zu gewährleisten ist (Hervorhebungen nicht übernommen)."

Im Grunde des festgestellten Sachverhaltes ist daher erwiesen, dass weder am Arbeits(Einsatz)ort Lohnunterlagen bereitgehalten wurden noch in der in der ZKO3-Meldung vom 1.10.2018 angegebenen Zweigniederlassung in B bereitgehalten oder in elektronischer Form zugänglich gemacht wurden.

Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass einerseits eine Verlängerung der Meldung der Zweigniederlassung nach der Gewerbeordnung nicht erfolgt ist, sodass die Meldung der Zweigniederlassung zum Tatzeitpunkt 8.11.2018 nicht mehr aufrecht war. Zum anderen war die Zweigniederlassung entgegen der gesetzlichen Bestimmung nicht eine solche, dass an ihr „der ausländische Arbeitgeber seine Tätigkeit nicht nur gelegentlich ausübt", zumal eindeutig in der mündlichen Verhandlung hervorgekommen ist, dass diese Zweigniederlassung nicht regelmäßig besetzt ist, weil nur einmal wöchentlich die Sekretärin zur Behebung des Postkastens zur Zweigniederlassung erscheint und der dafür zugeteilte Mitarbeiter H weitestgehend im Außendienst ist und daher nicht an der Zweigniederlassung tätig ist. Die Zweigniederlassung ist daher die meiste Zeit unbesetzt. Ungeachtet dieser Umstände besteht aber gemäß § 22 Abs. 1 iVm § 21 Abs. 2 Z. 2 LSD-BG die Pflicht, die Lohnunterlagen bereitzuhalten, d.h. für die Kontrolle an Ort und Stelle zugänglich zu halten. Alternativ könnten die Unterlagen auch vor Ort und unmittelbar im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich gemacht werden. Beides war zum Kontrollzeitpunkt und auch noch eine Stunde später nicht gegeben. Es war daher der objektive Tatbestand der Verwaltungsübertretung eindeutig erfüllt. Als handelsrechtlicher Geschäftsführer der S B GmbH hat der Beschwerdeführer die Tat auch verwaltungsstrafrechtlich gemäß § 9 Abs. 1 VStG zu verantworten.

5.2. Der Beschwerdeführer hat die Tat aber auch in subjektiver Hinsicht zu verantworten.

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, wobei zur Strafbarkeit bereits Fahrlässigkeit ausreicht und Fahrlässigkeit im Sinne der zitierten Bestimmungen ohne weiteres anzunehmen ist, sofern vom Beschwerdeführer kein Entlastungsnachweis erbracht wird.

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.

Das Vorbringen des Beschwerdeführers, dass die angegebene Ansprechperson, M H, telefonisch kontaktiert hätte werden können und diese dann die Sekretärin

hätte schicken können, welche dann etwa eine halbe Stunde später bei der Zweigniederlassung eintreffen hätte können und die Unterlagen zugänglich machen hätte können, stellt keine Entlastung dar. Vielmehr ist auf die gesetzliche Bestimmung hinzuweisen, dass unmittelbar und im Zeitpunkt der Erhebung eine Einsichtnahme zu ermöglichen ist. Die Zurverfügungstellung erst in einem bestimmten Zeitraum und nach telefonischer Bekanntgabe ist gesetzlich nicht vorgesehen. Es ist daher jedenfalls von fahrlässiger Tatbegehung auszugehen, sodass das Straferkenntnis hinsichtlich der Schuld zu bestätigen war.

5.3. 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 Verwaltungsstrafrechtes 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.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides soweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

Die belangte Behörde ist von einem geschätzten Nettoeinkommen monatlich 3.000 Euro und keinen Sorgepflichten ausgegangen. Erschwerend wurden rechtskräftige Vormerkungen nach den Bestimmungen des LSD-BG gewertet.

Im Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 12. September 2019, C-64/18, Rechtssache Maksimovic, wurde für den Fall der Nichteinhaltung arbeitsrechtlicher Verpflichtungen in Bezug auf die Einholung verwaltungsbehördlicher Genehmigungen und auf die Bereithaltung von Lohnunterlagen die Verhängung von Geldstrafen, die einen im Vorhinein festgelegten Betrag nicht unterschreiten dürfen, und die für jeden betreffenden Arbeitnehmer kumulativ und ohne Beschränkung verhängt werden, als dem Unionsrecht widersprechend erkannt. Sowohl nach der darauffolgenden Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH vom 15.10.2019, Ra 2019/11/0033-0034-6) als auch des Verfassungsgerichtshofes (VfGH vom 27.11.2019, E 3530-3531/2019-10) widersprechen damit die innerstaatlichen gesetzlichen Vorschriften offenkundig

einer unmittelbar anwendbaren Norm des Unionsrechts und steht deren Anwendung der Anwendungsvorrang unmittelbar anwendbaren Unionsrechts entgegen. Es „verstoßen sohin auch die §§ 26 Abs. 1 und 28 LSD-BG gegen die Dienstleistungsfreiheit, da insbesondere nicht gewährleistet ist, dass die Geldstrafen auch in ihrer Summe in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der geahndeten Verstöße stehen." Auch mit seinem Urteil vom 19.12.2019, C-645/18, bekräftigte der Europäische Gerichtshof, dass für den Fall von Nichtmeldungen entsandter Arbeitnehmer und Nichtbereithaltung von Lohnunterlagen und Bestrafung für jede Entsendung gesondert diese Regelung nicht in angemessenem Verhältnis zur Schwere der geahndeten Verstöße steht. Gemäß dem vorzitierten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes war daher die Wortfolge „für jeden Arbeitnehmer" in § 28 LSD-BG nicht anzuwenden (Rz. 28).

Dieser neueren Judikatur folgend hat daher das Landesverwaltungsgericht nur eine Gesamtstrafe verhängt, wobei in Anbetracht der fehlenden Lohnunterlagen für 6 Arbeitnehmer dies entsprechend bei der Strafbemessung zu berücksichtigen war. Auch ist im Sinne der Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes darauf Bedacht zu nehmen, dass die Verpflichtung zum Bereithalten und Zugänglichmachen der Lohnunterlagen eine Kontrolle der dem Gesetz entsprechenden Entlohnung der Arbeitnehmer ermöglichen soll und dies durch die Tatbegehung vereitelt wird. Auch waren einschlägige Vorstrafen bei der Strafbemessung zu berücksichtigen. Darüber hinaus ist aber darauf hinzuweisen, dass durch die verhängte Gesamtstrafe das gesetzlich vorgesehene Strafausmaß bis zu 50.000 Euro insgesamt noch bei weitem nicht ausgeschöpft wurde und sich die verhängte Gesamtgeldstrafe im untersten Bereich des Strafrahmens befindet. Im Hinblick auf die Schwere der Tatbegehung ist aber die verhängte Geldstrafe gerechtfertigt und auch im Hinblick auf die persönlichen Verhältnisse angemessen. Entsprechend der nunmehr festgesetzten Gesamtstrafe ist auch die Ersatzfreiheitsstrafe verhältnismäßig herabzusetzen.

Da eine Entlastung nicht gelungen ist und ein Kontrollsystem nicht einmal angesprochen wurde und daher auch nicht nachgewiesen wurde, ist schon eine wesentliche Voraussetzung für das Absehen von einer Strafe nicht gegeben, sodass § 45 Abs. 1 Z. 4 VStG nicht zur Anwendung kommt (VwGH 22.10.2012, Zl. 2010/03/0065).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

5.4. Im Grunde der nunmehr verhängten Geldstrafe ermäßigt sich der Kostenbeitrag zum Verfahren erster Instanz auf 10 % der nunmehr verhängten Geldstrafe, das sind 1.500 Euro (§ 64 Abs. 1 und 2 VStG). Weil die Beschwerde zumindest teilweise Erfolg hatte, entfällt ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG.

6. 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. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Strafbemessung ist eine Entscheidung im Einzelfall und daher nicht revisibel.

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.

H i n w e i s

Bitte erachten Sie die von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelte Vorschreibung als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde eine aktualisierte Vorschreibung zugesandt.

H i n w e i s

Gemäß § 35 Abs. 2 LSD-BG wird darauf hingewiesen, dass mit der rechtskräftigen Bestrafung die Eintragung des Beschuldigten und jenes Unternehmens, den die Bestrafung zuzurechnen ist, in die Evidenz des Kompetenzzentrums LSDB verbunden ist.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt