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-302713/4/Py/PP

Datum:
Linz, 9. April 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde der F F G W gegen die im Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 13. März 2020, GZ: Pol-303-SV04-35-2019/3, wegen Verwaltungsübertretungen nach dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) über den Beschuldigten G.L., vertreten durch Rechtsanwältin Dr. F.H., X, W., verhängte Strafhöhe

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als die verhängte Geldstrafe mit 3.000 Euro festgesetzt wird. Die Festsetzung einer Ersatzfreiheitsstrafe entfällt.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels (in der Folge: belangte Behörde) vom 13. März 2020, GZ: Pol-303-SV04-35-2019/3, wurde über den Beschuldigten als verwaltungsstrafrechtlich verantwortliches Organ der Firma G. Kft. mit Sitz in Ungarn, X, B., eine Geldstrafe in Höhe von 2.000 Euro und eine Ersatzfreiheitsstrafe in Höhe von 34 Stunden gemäß §§ 22 iVm 28 Z 1, Z 2, Z 3 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) verhängt, weil diese Firma als Arbeitgeberin für 23 namentlich angeführte, zu Bühnenarbeiten auf dem Gelände der T.-bahn in W. am 3. Oktober 2019 entsandte Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel in Deutsch oder Englisch, Unterlagen betreffend die Lohneinstufung in deutscher Sprache sowie Lohnaufzeichnungen in deutscher Sprache weder bereitgehalten noch elektronisch zugänglich gemacht hat.

Zur verhängten Strafhöhe führt die belangte Behörde aus, dass aufgrund eines EuGH-Urteils und der infolge ergangenen Urteile des VfGH und VwGH § 28 LSD-BG so zu lesen ist, als würde die Formulierung „für jeden Arbeitnehmer“ nicht im Gesetzestext stehen. Im Hinblick auf die Verhängung der gesetzlichen Mindeststrafe ist auf die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten nicht näher einzugehen.

2. Gegen die im Straferkenntnis verhängte Strafhöhe richtet sich die rechtzeitig erhobene Beschwerde der F F G W als am Verfahren beteiligte Organpartei. Begründend wird zusammengefasst ausgeführt, dass die verhängte Strafhöhe bei einem gesetzlichen Strafrahmen von 2.000 bis 20.000 Euro zu gering bemessen ist. Es wurde weder die vorliegende rechtskräftige Bestrafung des Magistrates Linz vom 28. März 2018 wegen einer nicht erstatteten ZKO-Meldung noch die hohe Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer gewertet. Zudem sei der Beschuldigte schon mehrfach mit den Bestimmungen des LSD-BG in Konflikt geraten. Die Aufstellung der nicht bereitgehaltenen und nicht elektronisch zugänglich gemachten Unterlagen für die verfahrensgegenständlichen 23 Arbeitnehmer/Innen verdeutlicht, dass am Kontrolltag für die Berechnung des während der Arbeitsdauer in Österreich zustehenden Entgelts grundlegende Unterlagen fehlten. Bis dato wurden nicht alle geforderten Unterlagen zur Überprüfung ob Lohn- und Sozialdumping vorliegt übermittelt. In der Strafbemessung sind diese Aspekte jedoch zu berücksichtigen. Die offensichtliche Unbelehrbarkeit des Beschuldigten im Hinblick auf die Bestimmungen des LSD-BG sollte ebenfalls als erschwerend gewertet werden.

3. Mit Schreiben vom 14. Mai 2020 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses ist zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht. Die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 1 Z 2 VwGVG entfallen, da sich die Beschwerde nur gegen die Höhe der verhängten Strafe richtet. Zudem wurde von den Verfahrensparteien kein Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gestellt.

Dem Beschuldigten wurde mit Schreiben des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 7. Juli 2020 Gelegenheit gegeben, eine Stellungnahme zum Beschwerdevorbringen abzugeben.

In der dazu vom Beschuldigten im Wege seiner rechtsfreundlichen Vertretung übermittelten Schreiben vom 28. Juli 2020 wird zusammengefasst ausgeführt, dass seitens der Behörde plausibel begründet wurde, inwieweit Einkommensverhältnisse des Beschuldigten, sowie Milderungs- und Erschwerungsgründe berücksichtigt wurden. Des Weiteren habe die belangte Behörde das EuGH-Urteil vom 12. September 2019, Maksimovic, C-64/18, richtig interpretiert und wäre im gegenständlichen Fall eine Strafe über der Mindeststrafe unangemessen und überhöht.

Zur in der Beschwerde angeführten rechtskräftigen Bestrafung des Magistrates Linz wird vorgebracht, dass sich der Beschuldigte damals wie auch im gegenständlichen Verfahren entschieden hat, die verhängte Strafe zu akzeptieren und zu bezahlen statt sich auf das Verfahren einzulassen, auch wenn er mit den Begründungen der Straferkenntnisse nicht zur Gänze einverstanden war und die verhängte Strafe zum Teil als ungerecht gefunden hat. Der Vorwurf, der Beschuldigte sei schon mehrfach mit den Bestimmungen des LSD-BG in Konflikt geraten, bezieht sich auf noch nicht abgeschlossene Verfahren hinsichtlich derer die Schuld des Beschuldigten nicht rechtskräftig festgestellt wurde.

Bestritten wird zudem, dass im gegenständlichen Verfahren 23 Personen betroffen sind, da das vom Beschuldigten vertretene Unternehmen lediglich 7 Arbeitnehmer auf die Veranstaltung entsendet hat und hinsichtlich der übrigen keine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt.

Das vom Beschuldigten vertretene Unternehmen ist seit mehr als acht Jahren in Österreich bei ähnlichen Musikveranstaltungen tätig, wurde unzählige Male kontrolliert und es wurde immer alles in Ordnung befunden, ausgenommen der angeführte Fall. Da die Unterlagen zu den von der Organpartei angeführten Veranstaltungen zu einem ähnlichen Zeitpunkt per Post bei dem Beschuldigten eingetroffen sind war es ihm auch nicht möglich aus früheren Fällen zu „lernen“, da bislang keine negativen Erfahrungen gemacht wurden. Natürlich wird der Beschuldigte aus den gegenständlichen Fällen die notwendigen Konsequenzen ziehen und innerhalb der Firma solche Kontrollmaßnahmen einführen, damit in

Zukunft keine Übertretungen passieren können. Ein wirksames Kontrollsystem wurde innerhalb der Firma bereits eingeführt.

Zur Verwaltungsübertretung selbst wird zudem ausgeführt, dass die Arbeitsverträge in englischer Sprache vorhanden waren. Verständlicherweise konnten Lohnunterlagen zum Anfang des Monats noch nicht vorgelegt werden, da die Lohnabrechnung erst im Nachhinein am Ende jedes Monats erfolgte.

Zu den Einkommensverhältnissen des Beschuldigten wird angegeben, dass dessen Gehalt 1.155 Euro pro Monat beträgt und er Sorgepflicht für ein minderjähriges Kind hat. Wegen der Covid-19-Pandemie erlebt das von ihm vertretene Unternehmen eine außerordentlich schwere finanzielle Krise und ist die Zukunft weiterhin unsicher, weshalb die Gesellschaft um das Überleben kämpft und die Erhöhung der Strafe dem Beschuldigten in große finanzielle Schwierigkeiten bringen würde.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. Da sich die Beschwerde ausdrücklich gegen die von der belangten Behörde verhängte Strafhöhe richtet ist der Schuldspruch in Rechtskraft erwachsen und ist es dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich verwehrt, sich inhaltlich mit der Entscheidung der belangte Behörde auseinander zu setzen.

5.2. Gemäß § 22 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016 idF BGBl. I Nr. 64/2017 haben Arbeitgeber im Sinn 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. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die Lohnunterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten oder in elektronischer Form zugänglich zu machen. Ein Beschäftiger, der einen Arbeitnehmer zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsendet,

gilt in Bezug auf die Verpflichtung nach dieser Bestimmung als Arbeitgeber. § 21 Abs. 2 findet sinngemäß Anwendung.

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.

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Nach § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

5.3. Laut ständiger Rechtsprechung des VwGH handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung der Entscheidung so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs. 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

Im Urteil des EuGH 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, die für jeden betreffenden Arbeitnehmer kumulativ und ohne Beschränkung verhängt werden, zu denen im Fall der Abweisung einer gegen den Strafbescheid erhobenen Beschwerde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 20 % der verhängten Strafe hinzutritt und die im Fall der Uneinbringlichkeit in Ersatzfreiheitsstrafen umgewandelt werden,

als dem Unionsrechts widersprechend erkannt. Sowohl nach der darauf folgenden Judikatur des VwGH im Erkenntnis vom 15. Oktober 2019, Ra 2019/11/0033 – 0034, als auch mit Erkenntnis des VfGH vom 27. November 2019, E3530-3531/2019, wurde ein Widerspruch der innerstaatlichen Vorschriften der §§ 26 Abs. 1 und 28 LSD-BG (bzw. der Vorgängerbestimmungen des AVRAG) zu unmittelbar anwendbaren Vorschriften des Unionsrechts festgestellt. Der VwGH erkannte daher im vorzitierten Erkenntnis, dass die Wortfolge „für jede/n Arbeitnehmer/in“ in § 7i Abs. 4 AVRAG unangewendet zu bleiben hat und somit die Verletzung der Bereithaltungspflicht, auch wenn sie mehrere Arbeitnehmer betrifft, nur mehr eine einzige Strafe nach sich zieht. Des Weiteren wurde ausgesprochen, dass die Verhängung einer Ersatzfreiheitsstrafe zur Durchsetzung zur Verpflichtung zur Bereithaltung von Lohnunterlagen im Licht der Ausführungen des EuGH eine nicht verhältnismäßige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt. Im Erkenntnis vom 26. Februar 2020, Ra 2020/11/004, hat der VwGH Nichterstattung der erforderlichen Meldung gemäß § 19 LSD-BG und Nicht-bereithalten von Unterlagen gemäß § 21 LSD-BG dargelegt, dass Rechtswidrigkeit vorliegt, wenn der Strafbemessung eine gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe zugrunde gelegt wurde und die Verhängung einer Ersatzfreiheitsstrafe vorgesehen wurde.

Unter Zugrundelegung dieser richtungsweisenden Judikatur ist zunächst festzuhalten, dass von der belangten Behörde zutreffend eine Gesamtstrafe verhängt wurde, allerdings liegt eine gesetzliche Mindeststrafdrohung im Hinblick auf das Urteil des EuGH vom 12. September 2019, C-64/18, Rechtssache Maksimovic, nicht vor. Gegenständlich gelangt der dritte Strafsatz des § 28 LSD-BG zur Anwendung und ist somit eine gesetzliche Höchststrafe von 20.000 Euro für das dem Beschuldigten zur Last gelegte strafbare Verhalten vorgesehen.

Als erschwerend ist die große Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer zu werten. Den Ausführungen des Beschuldigten in seiner Stellungnahme vom 28. Juli 2020, es habe sich tatsächlich nur um sieben auf die Veranstaltung von der Firma G. Kft. entsandte Arbeitnehmer gehandelt, steht der diesbezüglich rechtskräftig gewordenen Schuldspruch des angefochtenen Straferkenntnisses entgegen. Zudem ist als erschwerend eine rechtskräftige Bestrafung aus dem Jahr 2018 zu werten. Zu den von der beschwerdeführenden Organpartei angeführten Beanstandungen aus dem Juni 2019 ist hingegen anzuführen, dass hinsichtlich dieser Kontrollen zum Tatzeitpunkt keine rechtskräftigen Verwaltungsstrafen vorlagen. Eine als Erschwerungsgrund zu berücksichtigende einschlägige Vorstrafe muss bereits zum Zeitpunkt der Begehung der neuen Straftat rechtskräftig – wenn auch lediglich formell rechtskräftig – sein (vgl. VwGH 14.09.1984, 84/03/0024; 10.11.1986, 86/10/0163; 29.12.1986, 86/10/0132, 0146, 23.02.1994, 93/09/0191).

Als Strafmilderungsgrund kommt dem Beschuldigten sein kooperatives Verhalten und die lange Verfahrensdauer zugute.

Die belangte Behörde ist – mangels gegenteiliger Angaben des Beschuldigten – bei ihrer Strafbemessung von einem geschätzten monatlichen Nettoeinkommen in Höhe von 2.500 Euro, keinem Vermögen sowie keinen Sorgepflichten ausgegangen.

Ziel der gesetzlichen Bestimmungen zur Lohnkontrolle ist die Sicherung gleicher Arbeitsmarkt- und Lohnbedingungen für inländische und ausländische Arbeitnehmer, die Wahrung der Wettbewerbsfähigkeit zwischen den Unternehmen und die Verhinderung eines Verdrängungswettbewerbes auf dem Arbeitsmarkt sowie die Sicherung von Abgaben und Sozialbeiträgen. Durch die Nichteinhaltung der gesetzlichen Vorgaben hinsichtlich einer großen Anzahl an Arbeitnehmer werden diese Ziele in erheblichem Ausmaß verletzt, weshalb die nunmehr festgelegte Geldstrafe in Höhe von 15 % der gesetzlichen Höchststrafe sowohl aus spezial-, als auch aus generalpräventiven Gründen angemessen erscheint. Gleichzeitig ist jedoch auch auszuführen, dass unter Berücksichtigung der vom Beschuldigten bekannt gegebene Einkommenssituation von 1.550 Euro monatlich sowie seiner Sorgepflicht wie auch im Hinblick auf die im Zuge der Covid-19-Pandemie besonders schwierigen Situation im Veranstaltungsbereich mit der nunmehr verhängten Strafe das Auslangen gefunden werden kann, um dem Beschuldigten die Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens eindringlich vor Augen zu führen und ihn künftig zu einem gesetzeskonformen Verhalten anzuleiten.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

II. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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

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

H i n w e i s

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

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

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Panny