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-302577/41/KLe/TO

Datum:
Linz, 1. August 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Lederer über die Beschwerde des A S, vertreten durch MMag. Dr. P K, S, I, gegen Spruchpunkt 3. des Straferkenntnisses der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 24.10.2019, BHPESBBG-2019-36260/4-KR, BHPESBBG-2019-36126/5-KR, BHPESBBG-2019-49764/8-KR, BHPESBBG-2019-113926/4-KR, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG), nach Aufhebung des Erkenntnisses vom 06.04.2021, GZ: LVwG-302577/31/KLe, durch den Verwaltungsgerichtshof mit 21.03.2022, GZ: Ra 2021/11/0104-7

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben, als das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt wird, dass die Wortfolge „ZKO3T-Meldung“ in Spruchpunkt 3. entfällt, die Geldstrafe auf 400 Euro herabgesetzt wird und die Ersatzfreiheitsstrafe entfällt.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten. Der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde reduziert sich auf 40 Euro.

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

I. Verfahrensgang:

I.1. Die Bezirkshauptmannschaft Perg hat dem Beschwerdeführer im angefochtenen Straferkenntnis vom 24.10.2019, GZ: BHPESBBG-2019-36260/4-KR, BHPESBBG-2019-36126/5-KR, BHPESBBG-2019-49764/8-KR, BHPESBBG-2019-113926/4-KR Folgendes vorgeworfen:

„Sie haben am: 23.01.2019 um: 14:45 Uhr in: N, B3-A, KM x folgende Verwaltungsübertretungen begangen:

1. Sie haben als Verantwortlicher der Firma A GmbH mit Sitz in Deutschland, S, L, diese ist Arbeitgeberin mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft zu verantworten, dass der angeführte mobile Arbeitnehmer im Transportbereich im Bundesgebiet beschäftigt wurde und die Meldung der Entsendung dieser Person vor der Einreise in das Bundesgebiet nicht der Zentralen Koordinationsstelle (ZKO) erstattet wurde, obwohl eine Verwaltungsübertretung begeht, wer als Arbeitgeber oder Überlasser im Sinne des § 19 Abs. 1 die Meldung entgegen § 19 nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erstattet.
   Arbeitnehmer: H F
   geb.: x
   Staatsangehörigkeit: Deutschland
   Tätigkeit: LKW-Fahrer
2. Sie haben als Verantwortlicher der Firma A GmbH mit Sitz in Deutschland, S, L, diese ist Arbeitgeberin mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft zu verantworten, dass der angeführte mobile Arbeitnehmer im Transportbereich im Bundesgebiet beschäftigt wurde und unten angeführte Unterlagen im Fahrzeug während des Entsendezeitraums nicht bereitgehalten und auch vor Ort nicht unmittelbar in elektronischer Form zugänglich gemacht wurden, obwohl eine Verwaltungsübertretung begeht, wer die erforderlichen Unterlagen entgegen § 21 Abs. 1 nicht bereithält oder den Abgabenbehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vor Ort nicht unmittelbar in elektronischer Form zugänglich macht.
   Folgende Unterlagen wurden nicht im Fahrzeug im Inland bereitgehalten oder zugänglich gemacht:
   - Unterlagen über die Anmeldung des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, oder Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit), sofern für den entsandten Arbeitnehmer in Österreich keine Sozialversicherungspflicht besteht; kann der Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Erhebung durch Nachweise in deutscher Sprache belegen, dass ihm die Erwirkung der Ausstellung dieser Dokumente durch den zuständigen Sozialversicherungsträger vor der Entsendung nicht möglich war, sind gleichwertige Unterlagen in deutscher Sprache (Antrag auf Ausstellung des Sozialversicherungsdokuments E 101 oder A 1, und Bestätigung des zuständigen Sozialversicherungsträgers, dass der Arbeitnehmer für die Dauer der Entsendung der ausländischen Sozialversicherung unterliegt) bereitzuhalten
   Arbeitnehmer: H F

geb.: x
Staatsangehörigkeit: Deutschland
Tätigkeit: LKW-Fahrer
Kennzeichen des Fahrzeuges: x
Kennzeichen des Anhängers: x
Kontrollort und Kontrollzeit: N, B3-A, KM x, 23.01.2019 um 14:45 Uhr

3. Sie haben als Verantwortlicher der Firma A GmbH mit Sitz in Deutschland, S, L, zu verantworten, dass die zur Erhebung erforderlichen Unterlagen gemäß §§ 21 und 22, trotz nachweislicher Aufforderung vom 23.01.2019, der Abgabenbehörde nicht spätestens bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktages, dies war der 25.01.2019, 24:00 Uhr, abgesandt und somit nicht fristgerecht übermittelt wurden, obwohl eine Verwaltungsübertretung begeht, wer die erforderlichen Unterlagen entgegen § 12 Abs. 1 Z 3 nicht übermittelt.
   Folgende Unterlagen wurden nicht fristgerecht übermittelt:
   - ZKO3T-Meldung
   - Sozialversicherungsunterlagen (Dokument A1 oder andere Form des Nachweises)
   - Arbeitsvertrag oder Dienstzettel
   - Arbeitszeitaufzeichnungen (Dezember 2018, Jänner 2019)

   Arbeitnehmer: H F
   geb.: x
   Staatsangehörigkeit: Deutschland
   Tätigkeit: LKW-Fahrer
   Kennzeichen des Fahrzeuges: x
   Kennzeichen des Anhängers: x
   Kontrollort und Kontrollzeit: N, B3-A, KM x, 23.01.2019 um 14:45 Uhr
4. Sie haben als Verantwortlicher der Firma A GmbH mit Sitz in Deutschland, S, L, diese ist Arbeitgeber/in im Sinne der §§ 3 Abs. 2, 8 Abs. 1 oder 19 Abs. 1, zu verantworten, dass der angeführte Arbeitnehmer im Transportbereich im Bundesgebiet beschäftigt wurde und für diesen kein Arbeitsvertrag/Dienstzettel und keine Arbeitszeitaufzeichnungen in deutscher Sprache im Fahrzeug bereitgehalten und auch den Abgabenbehörden unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form nicht zugänglich gemacht wurde, obwohl eine Verwaltungsübertretung begeht, wer bei der Entsendung von mobilen Arbeitnehmern im Transportbereich abweichend von Abs. 1 den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel und Arbeitszeitaufzeichnungen (Aufzeichnungen im Sinne von Art. 36 der Verordnung (EU) Nr. 165/2014 über den Fahrtenschreiber im Straßenverkehr, ABl. Nr. L 60 vom 28.2.2014 S.1) bereits ab der Einreise in das Bundesgebiet im Fahrzeug nicht bereithält oder diese den Abgabenbehörden unmittelbar vor Ort im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form nicht zugänglich macht, wobei der Arbeitsvertrag entweder in deutscher oder in englischer Sprache bereitzuhalten ist.
   Arbeitnehmer: H F
   geb.: x
   Staatsangehörigkeit: Deutschland
   Tätigkeit: LKW-Fahrer
   Kennzeichen des Fahrzeuges: x
   Kennzeichen des Anhängers: x
   Kontrollort und Kontrollzeit: N, B3-A, KM x, 23.01.2019 um 14:45 Uhr

5. Sie haben als Verantwortlicher der Firma A GmbH mit Sitz in Deutschland, S, L, diese ist Arbeitgeber/in im Sinne der §§ 3 Abs. 2, 8 Abs. 1 oder 19 Abs. 1, zu verantworten, dass der angeführte Arbeitnehmer im Transportbereich im Bundesgebiet beschäftigt wurde und für diesen der Lohnzettel, die Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Unterlagen betreffend die Lohneinstufung, Arbeitszeitaufzeichnungen in deutscher Sprache trotz Aufforderung der Abgabenbehörde am 23.01.2019 für Dezember 2018 und Jänner 2019 bis zum 14.02.2019 nicht übermittelt und sohin nicht bereitgehalten wurden, obwohl eine Verwaltungsübertretung begeht, wer bei der Entsendung von mobilen Arbeitnehmern im Transportbereich abweichend von Abs. 1 Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung sowie Arbeitszeitaufzeichnungen in deutscher Sprache auf Verlangen der Abgabenbehörden für das Kalendermonat, in dem die Kontrolle stattgefunden hat, und für das diesem Kalendermonat vorangehende Kalendermonat, wenn der Arbeitnehmer im vorangehenden Kalendermonat in Österreich tätig war, nicht innerhalb einer Frist von 14 Kalendertagen nach dem Ende des Kalendermonats, in dem die Kontrolle erfolgt ist, übermittelt.
   Langen die Lohnunterlagen nach dem zweiten Satz innerhalb dieser Frist bei der Abgabenbehörde nicht oder nicht vollständig ein, gilt dies als Nichtbereithalten der Lohnunterlagen.
   Arbeitnehmer: H F
   geb.: x
   Staatsangehörigkeit: Deutschland
   Tätigkeit: LKW-Fahrer
   Kennzeichen des Fahrzeuges: x
   Kennzeichen des Anhängers: x
   Kontrollort und Kontrollzeit: N, B3-A, KM x, 23.01.2019 um 14:45 Uhr

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
zu 1.: § 19 Abs. 1 und 2 iVm. § 26 Abs. 1 Z 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) BGBl. I Nr. 44/2016 idF. BGBl. I Nr. 100/2018
zu 2.: § 21 Abs. 1 Z 1 iVm. § 26 Abs. 1 Z 3 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) BGBl. I Nr. 44/2016 idF. BGBl. I Nr. 100/2018
zu 3.: § 12 Abs. 1 Z 3 iVm. § 27 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) BGBl. I Nr. 44/2016 idF. BGBl. I Nr. 100/2018
zu 4 und 5.: § 22 Abs. 1a iVm § 28 Z 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) BGBl. I Nr. 44/2016 idF. BGBl. I Nr. 100/2018

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

Geldstrafe von Euro	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	gemäß
zu 1.: € 1.000,00	zu 1.: 33 Stunden	zu 1.: § 26 Abs. 1 Z 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) BGBl. I Nr. 44/2016 idF. BGBl. I Nr. 100/2018 iVm § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) BGBl. Nr. 52/1991 idF. BGBl. I Nr. 58/2018

zu 2.: € 1.000,00	zu 2.: 33 Stunden	zu 2.: § 26 Abs. 1 Z 3 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) BGBl. I Nr. 44/2016 idF. BGBl. I Nr. 100/2018 iVm § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991(VStG) BGBl. Nr. 52/1991 idF. BGBl. I Nr. 58/2018
zu 3.: € 650,00	zu 3.: 21 Stunden	zu 3.: § 27 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) BGBl. I Nr. 44/2016 idF. BGBl. I Nr. 100/2018 iVm § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991(VStG) BGBl. Nr. 52/1991 idF. BGBl. I Nr. 58/2018
zu 4.: € 1.000,00	zu 4.: 33 Stunden	zu 4.: § 28 Z 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) BGBl. I Nr. 44/2016 idF. BGBl. I Nr. 100/2018 iVm § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991(VStG) BGBl. Nr. 52/1991 idF. BGBl. I Nr. 58/2018
zu 5.: €1.150,00	zu 5.: 38 Stunden	zu 5.: § 28 Z 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) BGBl. I Nr. 44/2016 idF. BGBl. I Nr. 100/2018 iVm § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991(VStG) BGBl. Nr. 52/1991 idF. BGBl. I Nr. 58/2018

Allfällige weitere Aussprüche (zB über die Anrechnung der Vorhaft, über den Verfall oder über privatrechtliche Ansprüche):

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG zu zahlen:
480,00 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
5.280,00 Euro."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und Einstellung des Verfahrens gemäß § 45 Abs. 1 VStG, in eventu Erteilung einer Ermahnung, in eventu die Herabsetzung der Strafe unter Anwendung des § 20 VStG in eventu die Herabsetzung der Strafhöhe auf ein tat- und schuldangemessenes Maß beantragt.

I.3. Die belangte Behörde hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt.

I.4. Mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 4.5.2020, LVwG-302577/15/KLe/HK, wurde die Beschwerde gegen alle fünf Spruchpunkte als unbegründet abgewiesen. Diese Entscheidung hat der Verwaltungsgerichthof, insoweit, als damit die Beschwerde gegen Spruchpunkt 3. des Straferkenntnisses der belangten Behörde vom 24.10.2019 abgewiesen wurde, mit Entscheidung vom

11.3.2021, Ra 2020/11/0120-8, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

I.5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung.

I.6. Mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 06.04.2021, GZ: LVwG-302577/31/KLe, wurde der Beschwerde zu Spruchpunkt 3. des Straferkenntnisses der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 24.10.2019 stattgegeben und das angefochtene Straferkenntnis in Spruchpunkt 3. aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

I.7. Mit Erkenntnis vom 21.03.2022, Ra 2021/11/0104-7, hob der Verwaltungsgerichtshof das angefochtene Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit infolge von Verletzung von Verfahrensvorschriften auf.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Der Beschwerdeführer ist das zur Vertretung nach außen befugte Organ der Firma A GmbH mit Sitz in Deutschland, S, L. H F war zum Zeitpunkt der Kontrolle Arbeitnehmer dieser Firma. Im Zuge einer Kontrolle der Finanzpolizei wurde er am 23.01.2019 um 14:45 Uhr in N, B3-A, KM x als Fahrer eines LKW angetroffen und aufgefordert die gem. LSD-BG erforderlichen Unterlagen vorzulegen. Während der Kontrolle konnte Herr F jedoch keine dieser Unterlagen vorlegen.

Die Firma A GmbH hat vor der Einreise des Arbeitnehmers in das Bundesgebiet keine ZKO3T-Meldung erstattet.

Mittels FinPol12-Formular wurden bei der Firma A GmbH die ZKO3T-Meldung, die Sozialversicherungsunterlagen (Dokument A1 oder der Antrag auf Ausstellung dieses Dokuments), der Arbeitsvertrag oder Dienstzettel und die Arbeitszeitaufzeichnungen für Dezember 2018 und Jänner 2019 angefordert. Das Formular wurde dem LKW-Lenker nachweislich übergeben. Die Frist für die Übermittlung dieser Unterlagen endete am 25.1.2019 um 24:00 Uhr. Die Firma übermittelte keine dieser Unterlagen fristgerecht an die Finanzpolizei.

Dem LKW-Fahrer wurde nachweislich auch ein zweites FinPol12-Formular ausgehändigt, mit welchem weitere Lohnunterlagen angefordert wurden. Die Frist für die Übermittlung dieser Unterlagen endete am 14.2.2019 um 24:00 Uhr. Auch diese Unterlagen wurden nicht fristgerecht übermittelt bzw. nachgereicht.

Mit E-Mail vom 15.3.2019 wurden im Zuge der Rechtfertigung im Verwaltungsstrafverfahren alle angeforderten Unterlagen an die belangte Behörde übermittelt.

II.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem durchgeführten Ermittlungsverfahren und ist unstrittig.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Im gegenständlichen Fall sind folgende Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG), BGBl. Nr. 44/2016 idF BGBl. I Nr. 174/2021, maßgeblich:

„Erhebungen des Amtes für Betrugsbekämpfung

§ 12 (1) Das Amt für Betrugsbekämpfung ist 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. Die Organe des Amtes für Betrugsbekämpfung sind berechtigt,

1. die Betriebsstätten, Betriebsräume und auswärtigen Arbeitsstätten oder Arbeitsstellen sowie die Aufenthaltsräume der Arbeitnehmer ungehindert zu betreten und Wege zu befahren, auch wenn dies sonst der Allgemeinheit untersagt ist,
2. von den dort angetroffenen Personen Auskünfte über alle für die Erhebung nach Abs. 1 maßgebenden Tatsachen zu verlangen, wenn Grund zur Annahme besteht, dass es sich bei diesen Personen um Arbeitgeber oder um Arbeitnehmer handelt, sowie
3. 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 dem Amt für Betrugsbekämpfung nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktages abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen, sowie
4. die Übermittlung von im § 22 aufgezählten Lohnunterlagen auch bis zu einem Monat nach der Beendigung der Entsendung oder Überlassung zu verlangen. Diese Unterlagen sind vom Arbeitgeber oder Überlasser binnen 14 Tagen ab dem Zugang des Verlangens beim Arbeitgeber zu übermitteln,
5. Einsicht in die Datenbank im Kompetenzzentrum LSDB zu nehmen;
6. Einsicht in die Datenbank des Dachverbandes der Sozialversicherungsträger zu den Sozialversicherungsdokumenten E 101 nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, oder Sozialversicherungsdokumenten A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit zu nehmen.

(2) Das Amt für Betrugsbekämpfung hat die Ergebnisse der Erhebungen in Bezug auf die Lohnkontrolle dem Kompetenzzentrum LSDB zu übermitteln und auf Ersuchen des Kompetenzzentrums LSDB konkret zu bezeichnende weitere Erhebungen zu übermittelten Erhebungsergebnissen oder Erhebungen auf Grund von begründeten Mitteilungen durch Dritte durchzuführen.
[...]

„Formale Verpflichtungen bei grenzüberschreitendem Arbeitseinsatz
Meldepflicht bei Entsendung oder Überlassung aus einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft

§ 19 (1) Arbeitgeber und Überlasser mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft haben die Beschäftigung von nach Österreich entsandten Arbeitnehmern und nach Österreich überlassenen Arbeitskräften zu melden. Die Meldung hat für jede Entsendung oder Überlassung gesondert zu erfolgen. Nachträgliche Änderungen bei den Angaben gemäß Abs. 3 oder Abs. 4 sind unverzüglich zu melden (Änderungsmeldung). Ein Beschäftiger, der einen Arbeitnehmer zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsendet, gilt in Bezug auf die Meldepflichten nach diesem Absatz und den Abs. 2 und 3 als Arbeitgeber.

(2) Die Entsendung oder Überlassung im Sinne des Abs. 1 ist vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle zu melden. Im Fall von mobilen Arbeitnehmern im Transportbereich (§ 1 Abs. 9) ist die Meldung vor der Einreise in das Bundesgebiet zu erstatten. Die Meldung hat ausschließlich automationsunterstützt über die elektronischen Formulare des Bundesministeriums für Finanzen zu erfolgen. Arbeitgeber haben im Fall einer Entsendung der Ansprechperson nach § 23 oder, sofern nur ein Arbeitnehmer entsandt wird, diesem die Meldung in Abschrift auszuhändigen oder in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen.
[...]

Bereithaltung von Meldeunterlagen, Sozialversicherungsunterlagen und behördlicher Genehmigung

§ 21. (1) Arbeitgeber mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft haben folgende Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort im Inland während des Entsendezeitraums bereitzuhalten oder diese den Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich zu machen:

1. Unterlagen über die Anmeldung des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, oder Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit), sofern für den entsandten Arbeitnehmer in Österreich keine Sozialversicherungspflicht besteht; kann der Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Erhebung durch Nachweise in deutscher Sprache belegen, dass ihm die Erwirkung der Ausstellung dieser Dokumente durch den zuständigen Sozialversicherungsträger vor der Entsendung nicht möglich war, sind gleichwertige Unterlagen in deutscher Sprache (Antrag auf Ausstellung des

Sozialversicherungsdokuments E 101 oder A 1, und Bestätigung des zuständigen Sozialversicherungsträgers, dass der Arbeitnehmer für die Dauer der Entsendung der ausländischen Sozialversicherung unterliegt) bereitzuhalten;“

[…]

Bereithaltung von Lohnunterlagen

§ 22 (1a) Bei der Entsendung von mobilen Arbeitnehmern im Transportbereich (§ 1 Abs. 9) sind abweichend von Abs. 1 der Arbeitsvertrag oder Dienstzettel und Arbeitszeitaufzeichnungen (Aufzeichnungen im Sinne von Art. 36 der Verordnung (EU) Nr. 165/2014 über den Fahrtenschreiber im Straßenverkehr, ABl. Nr. L 60 vom 28.2.2014 S. 1) bereits ab der Einreise in das Bundesgebiet im Fahrzeug bereitzuhalten oder diese dem Amt für Betrugsbekämpfung unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich zu machen. Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung sowie Arbeitszeitaufzeichnungen für den mobilen Arbeitnehmer im Transportbereich sind auf Verlangen des Amtes für Betrugsbekämpfung für das Kalendermonat, in dem die Kontrolle stattgefunden hat, und für das diesem Kalendermonat vorangehende Kalendermonat, wenn der Arbeitnehmer im vorangehenden Kalendermonat in Österreich tätig war, innerhalb einer Frist von 14 Kalendertagen nach dem Ende des Kalendermonats, in dem die Kontrolle erfolgt ist, zu übermitteln. Langen die Lohnunterlagen nach dem zweiten Satz innerhalb dieser Frist bei dem Amt für Betrugsbekämpfung nicht oder nicht vollständig ein, gilt dies als Nichtbereithalten der Lohnunterlagen.

[…]

Vereitlungshandlungen im Zusammenhang mit der Lohnkontrolle

§ 27 (1) Wer die erforderlichen Unterlagen entgegen den § 12 Abs. 1 Z 3 nicht übermittelt, begeht unabhängig von der Anzahl der von der Verwaltungsübertretung betroffenen Arbeitnehmer eine einzige Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit Geldstrafe bis zu 40 000 Euro zu bestrafen. Ebenso ist zu bestrafen, wer entgegen den §§ 14 Abs. 2 oder 15 Abs. 2 die Unterlagen nicht übermittelt.

[…]

Inkrafttreten

§ 72 (1) Dieses Bundesgesetzes tritt mit 1. Jänner 2017 in Kraft und ist auf Sachverhalte anzuwenden, die sich nach dem 31. Dezember 2016 ereignen.

(2) (Verfassungsbestimmung) § 1 Abs. 3 dieses Bundesgesetzes tritt mit 1. Jänner 2017 in Kraft und ist auf Sachverhalte anzuwenden, die sich nach dem 31. Dezember 2016 ereignen.

[…]

(10) Die §§ 1 Abs. 2, 3, 5 bis 9, 2 Abs. 2, 3 und 4, 3 Abs. 5 und 7, 12 Abs. 1 Z 3 bis 6, 14 samt Überschrift, 15 Abs. 2, 19, 21, 22, 24 Abs. 1 erster Satz, 25a, 26 bis 28 samt Überschriften, 29 Abs. 1, 33, 34 samt Überschrift, 35 Abs. 2 und 4 und die Überschrift zu § 3 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 174/2021 treten mit 1. September

2021 in Kraft und sind auf Entsendungen und Überlassungen anzuwenden, die nach dem 31. August 2021 begonnen haben. [...] Die §§ 26 bis 29 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 174/2021 sind auf alle zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Bestimmungen anhängigen Verfahren einschließlich von Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof und Verfassungsgerichtshof anzuwenden."

III.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat seine Entscheidung an der zum Zeitpunkt der Entscheidung maßgeblichen Sach- und Rechtslage auszurichten (VwGH 09.03.2021, Ra 2019/04/0143). Gemäß § 72 Abs. 10 letzter Satz LSD-BG sind die §§ 26 bis 29 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 174/2021 auf alle zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Bestimmungen anhängigen Verfahren einschließlich von Verfahren vor Verwaltungsgerichtshof und Verfassungsgerichtshof anzuwenden. Da die Bestimmungen mit 01.09.2021 in Kraft traten, waren sie der Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich zugrunde zu legen.

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht unstrittig fest, dass die angeforderten Lohnunterlagen (Sozialversicherungsunterlagen (Dokument A1 oder andere Form des Nachweises), Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Arbeitszeitaufzeichnungen (Dezember 2018, Jänner 2019)) nicht fristgerecht übermittelt wurden, weshalb dies nach dem Gesetz als Nichtbereithalten der Lohnunterlagen gilt. Der objektive Sachverhalt der dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Verwaltungsübertretung ist daher als erwiesen anzusehen.

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

III.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.

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 Beschwerdeführer 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 bringt vor, aufgrund der krankheitsbedingten Abwesenheit des zuständigen Bearbeiters bzw. des Umstandes, dass der Fahrer den Arbeitsvertrag mit nach Hause genommen hatte und der Eintragung des Fahrers in der „Anwesenheitsliste“ ein dementsprechendes Bereithalten bzw. Vorzeigen bei der Kontrolle nicht möglich war.

Es ist daher zu prüfen, ob der Beschwerdeführer ein nach objektiven Maßstäben hinreichendes taugliches Regel- und Kontrollsystem zur Vermeidung solcher Vorfälle eingerichtet hatte. Ein solches wirksames Regel- und Kontrollsystem muss so beschaffen sein, dass es die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften mit gutem Grund erwarten lässt und zwar auch dann, wenn die Verstöße ohne Wissen und Willen des verantwortlichen Organs begangen worden sind (VwGH 30.06.1981, 3489-80). Auch ein krasses Fehlverhalten eines Arbeitnehmers beseitigt das Verschulden des Arbeitgebers nicht (VwGH 09.09.2016, Ra 2016/02/0137).

Dafür erforderlich sind jedenfalls diesbezügliche Instruktionen und gegebenenfalls Schulungen, wirksame – sich nicht in stichprobenerschöpfende – Kontrollen sowie für den Fall von Verstößen gegen die genannten Richtlinien der Einsatz von Sanktionierungsinstrumenten zur Sicherstellung regelkonformen Verhaltens (VwGH 19.09.2016, Ra 2016/11/0112).

Vom Vorhandensein eines geeigneten Kontrollsystems kann nicht die Rede sein, es wurde auch keines behauptet. Auf Grund dieser Umstände ist beim Beschwerdeführer keine schuldbefreiende Wirkung eingetreten. Es ist zumindest von fahrlässiger Tatbegehung auszugehen.

Der Beschwerdeführer bringt weiters vor, dass er sich zum fraglichen Zeitpunkt in Urlaub befunden habe, so vermag er allein damit mangelndes Verschulden im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG nicht glaubhaft zu machen. Es wurde weder ein verantwortlicher Beauftragte bestellt, noch liegt ein wirksames Kontrollsystem vor.

III.4. 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 Verwaltungsstrafrechts sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden.

Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse 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 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.

III.5. Entgegen dem Ausspruch der Behörde, der noch zur Rechtslage vor der Novelle BGBl. I Nr. 174/2021 ergangen ist, liegen den nunmehr zur Anwendung gelangenden Strafbestimmungen (siehe Punkte II.2.) keine gesetzlichen Mindeststrafen zu Grunde. Weiters entfällt im Hinblick auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 26.2.2020, Ra 2020/11/0004) die Verhängung der Ersatzfreiheitsstrafen.

III.6. Da der Bf bereits mit Spruchpunkt 1. des angefochtenen Straferkenntnisses der belangten Behörde wegen Nichterstattung der Entsendemeldung gemäß § 19 Abs. 1 und 2 iVm § 26 Abs. 1 Z 1 LSD-BG bestraft wurde, hat er dadurch, dass er die Entsendemeldung trotz Aufforderung nicht übermittelt hat, nicht zusätzlich gegen § 12 Abs. 1 Z 3 iVm § 27 Abs. 1 LSD-BG verstoßen (VwGH 11.03.2021, Ra 2020/11/0120-8).
Die Verpflichtung zur Bereithaltung von Lohnunterlagen bezieht sich nur auf solche Unterlagen, die (schon) vorliegen können (VwGH 26.05.2020, Ro 2019/11/0001; 07.04.2020, Ra 2018/11/0105). Der Bf hat nicht zusätzlich gegen § 21 Abs 1 Z 2 LSD-BG verstoßen, wenn er eine – nicht im Sinn des § 19 LSD-BG erstattete – Entsendemeldung nicht bereitgehalten hat. Davon bleibt die Verpflichtung zur Bereithaltung anderer Unterlagen, wie insbesondere der Lohnunterlagen gemäß § 22 LSD-BG, freilich unberührt (VwGH 11.03.2021, Ra 2020/11/0001).

Das Straferkenntnis der belangten Behörde war daher hinsichtlich Spruchpunkt 3. bezüglich der „ZKO3T-Meldung“ zu korrigieren.

Mit dem teilweisen Entfall des erstinstanzlichen Tatvorwurfs wurde die Grundlage, die das strafbare Verhalten für die Strafbemessung darstellt, verändert, der Entfall vermag für sich genommen weder einen Milderungs- noch einen Erschwerungsgrund darzustellen, ihm wurde durch Herabsetzung der Geldstrafe - auf das nunmehrige Ausmaß – entsprochen (VwGH 15.12.2011, 2008/03/0098). Die verhängte Geldstrafe befindet sich im untersten Bereich des Strafrahmens. Die

überlange Verfahrensdauer wirkt sich strafmildernd aus. Die verhängte Geldstrafe ist gerechtfertigt und auch im Hinblick auf die persönlichen Verhältnisse angemessen.

Im gegenständlichen Verweis ist die Aufgabenaufteilung auf beide Geschäftsführer unstrittig nicht im Gesellschaftsvertrag geregelt. Somit liegt keine pflichtenbeschränkende satzungsmäßige Aufteilung der Zuständigkeitsbereiche vor. Folglich konnten beide handelsrechtlichen Geschäftsführer der gegenständlichen GmbH verwaltungsstrafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Weiters wurde auch kein verantwortlicher Beauftragter nach § 24 LSD-BG bestellt.

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).

III.7. Da der Beschwerde zumindest teilweise Folge gegeben wurde, entfällt gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG die Verpflichtung zur Leistung eines Kostenbeitrages zum Beschwerdeverfahren.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

IV. 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.

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

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die

Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

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

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

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Lederer