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-303449/10/BMa/TK

Datum:
Linz, 11. März 2024

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des Z P, vertreten durch Rechtsanwälte Dr. R G, Mag. R V, M E LL.M., MMag. M R, Mag. M Z, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 24.02.2023, GZ: BHKI/922090021208/22, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping - Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 09.10.2023

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Die Beschwerde führende Partei hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 300 Euro 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 der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf (in der Folge: belangte Behörde) vom 24.02.2023, GZ. BHKI/922090021208/22, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wie folgt abgesprochen:

„1. Datum/Zeit: 03.08.2022, 10:20 Uhr
Ort: x

Sie haben als Verantwortlicher der Firma M d.o.o. mit Sitz in x, diese ist Arbeitgeber/in im Sinne der §§ 3 Abs. 2, 8 Abs. 1 oder 19 Abs. 1, zu verantworten, dass unten angeführte Lohnunterlagen am Arbeits(Einsatz)ort während der Dauer der Beschäftigung (im Inland) oder des Zeitraums der Entsendung insgesamt oder des Rahmenzeitraums (§ 19) nicht bereitgehalten und auch vor Ort nicht unmittelbar in elektronischer Form zum Zeitpunkt der Erhebung zugänglich gemacht wurden, obwohl eine Verwaltungsübertretung begeht, wer den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel im Sinne der Richtlinie 91/533 über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen, ABl. Nr. L 288 vom 18.10.1991 S. 32, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen für die aufgrund konkreter Tätigkeiten oder des konkreten Einsatzes zustehenden Zulagen und Zuschläge, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung, sofern sich die Einstufung nicht aus anderen Lohnunterlagen ergibt, zur Überprüfung des dem entsandten Arbeitnehmer für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher oder englischer Sprache, am Arbeits(Einsatz)ort nicht bereithält oder dem Amt für Betrugsbekämpfung oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse unmittelbar vor Ort im Zeitpunkt der Erhebung nicht in elektronischer Form zugänglich macht, auch wenn die Beschäftigung des einzelnen Arbeitnehmers in Österreich früher geendet hat.

Folgende Lohnunterlagen wurden nicht in deutscher oder englischer Sprache am Arbeits(Einsatz)ort im Inland bereit gehalten oder zugänglich gemacht:

- Arbeitsvertrag oder Dienstzettel
- Lohnzettel
- Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege
- Lohnaufzeichnungen
- Arbeitszeitaufzeichnungen
- Unterlagen betreffend der Lohneinstufung

Arbeitnehmer: M A, geb. x
Arbeitnehmer: M E, geb. x
Arbeitnehmer: M S, geb. x
Staatsangehörigkeit: Bosnien und Herzegowina
Tätigkeit: Baustahlverlegung
Arbeitsantritt: 02.08.2022 bis 05.08.2022
Arbeits(Einsatz)ort und Kontrollzeit: x am 03.08.2022 um 10:20 Uhr

1. Arbeitsvertrag oder Dienstzettel in deutsch oder englisch (im Sinne der Richtlinie 91/533 über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bestimmungen, ABl. Nr. L 288 vom 18.10.1991 S. 32), nicht vorgelegt
2. Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen für die aufgrund konkreter Tätigkeiten oder des Konkreten Einsatzes zustehenden Zulagen und Zuschläge für das/die Monat(e): - nicht vorgelegt
3. Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung, sofern sich die Einstufung nicht aus anderen Lohnunterlagen ergibt nicht vorgelegt

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
1. § 28 Zif. 1 i.V.m. § 22 Abs. 1 LSD-BG, BGBl. I Nr. 44/2016, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 174/2021

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

Geldstrafe von	Gemäß
1. € 1.500,00	§ 28 erster Strafsatz Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 174/2021

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:
€ 150,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens € 10,00 für jedes Delikt (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 100,00 angerechnet).

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher € 1.650,00“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Mit der rechtzeitig dagegen eingebrachten Beschwerde vom 23.03.2023 bestritt der Bf die ihm angelastete Verwaltungsübertretung nicht. Beantragt wurde die Herabsetzung der Strafe, mit dem Hinweis, dass es sich bei den erstinstanzlichen Verfahren BHKI/922090021208/22 (das das gegenständliche Beschwerdeverfahren betrifft) und BHKI/922090022036 (das das ebenfalls beim LVwG OÖ anhängige Verfahren LVwG-303455 betrifft), um jeweils gleiche Vorwürfe, nämlich die Nichtbereithaltung von Unterlagen gem. § 28 iVm § 22 LSD-BG handeln würde. Bei beiden Tatorten „H B“ und „x“ würde es sich um ein einheitliches Bauprojekt handeln, somit sei im Lichte der Rechtsprechung EuGH C-64/18 Maksimovic u.a., nur eine angemessene Strafe, bei der alle in den beiden angefochtenen Straferkenntnissen angeführten Arbeitnehmer berücksichtigt würden, zu verhängen.
Es wurde die Verbindung mit anderen beim LVwG OÖ hinsichtlich des Bf anhängigen Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung beantragt.

2.1. Mit Schreiben vom 03.04.2023 legte die belangte Behörde den Verwaltungsakt samt Beschwerde dem LVwG OÖ ohne Beschwerdevorentscheidung vor. Damit ergibt sich die Zuständigkeit des LVwG OÖ, welches durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin entscheidet.

2.2. Das LVwG OÖ hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Behördenakt und in die Beschwerde. Anlässlich der durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung wurde das schriftliche Vorbringen der Beschwerde wiederholt und erörtert.

3. Das LVwG OÖ hat erwogen:

3.1. Weil sich die Beschwerde ausschließlich gegen das Strafausmaß richtet, ist der erstinstanzliche Schuldausspruch in Rechtskraft erwachsen und es ist dem LVwG OÖ verwehrt, sich mit diesem auseinanderzusetzen.

3.2. Folgender zur Strafbemessung entscheidungsrelevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Der Bf hat in seiner Beschwerde die ihm vorgehaltene Verwaltungsübertretung des bekämpften Bescheides nicht in Abrede gestellt und den jeweiligen Tatvorwurf dem Grunde nach nicht bestritten, sodass dieser auch dem gegenständlichen Verfahren zugrunde gelegt werden kann.

In den ZKO-3-Meldungen, die für die einzelnen Arbeitnehmer im gegenständlichen Verfahren erstattet wurden, ist als Einsatzort jeweils „H B S“ angegeben.
Der gegenständlich vorgeworfene Tatort ist „x“ und als Tatzeit wurde „10:20 Uhr“ angeführt.

In den ZKO-3-Meldungen, die für die einzelnen Arbeitnehmer im Verfahren LVwG-303455 erstattet wurden, ist als Einsatzort jeweils „H T“ angegeben.
Der im Verfahren LVwG-303455 vorgeworfene Tatort ist „x“ und als Tatzeit wurde „12:10 Uhr“ angeführt.

Der Bf ist verwaltungsstrafrechtlich unbescholten. Er verfügt über ein monatliches Nettoeinkommen von ca. 1.275 Euro, besitzt eine Eigentumswohnung und hat zwei Sorgepflichten.

3.3. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorgelegten Verwaltungsakt der belangten Behörde, der Beschwerdeschrift und dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung beim LVwG OÖ am 09.10.2023 ergibt. Dass es sich bei den Baustellen „H T“ und „H B“ um dieselbe Baustelle und damit dieselbe vorgeworfene Tat gehandelt hat, ist aus den vom Bf

erstatteten Meldungen nicht ersichtlich. Diese Angabe wurde erst in der Beschwerde getätigt und daraus geschlossen, dass, zur Vermeidung einer Doppelbestrafung - lediglich eine Strafe verhängt hätte werden dürfen. Die Angabe, es handle sich bei den Arbeiten in der Tal- und der Bergstation um lediglich eine einzige Baustelle wird daher als Schutzbehauptung gewertet.

3.4. In rechtlicher Hinsicht hat das LVwG OÖ erwogen:

3.4.1. Relevante Rechtsgrundlagen zur Strafbemessung:

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

Wer als
1. Arbeitgeber entgegen § 22 Abs. 1, Abs. 1a oder 1b die Lohnunterlagen nicht bereithält, oder
2. Überlasser im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich entgegen § 22 Abs. 2 die Lohnunterlagen dem Beschäftiger nicht nachweislich bereitstellt, oder
3. Beschäftiger im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung entgegen § 22 Abs. 2 die Lohnunterlagen nicht bereithält oder
4. Arbeitgeber oder Überlasser entgegen § 12 Abs. 1 Z 4 die Lohnunterlagen 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 20 000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 40 000 Euro, zu bestrafen.

§ 22 Abs.1 LSD-BG in der zur Tatzeit geltenden Fassung:

Arbeitgeber im Sinne der §§ 3 Abs. 2, 8 Abs. 1 oder 19 Abs. 1 haben während der Dauer der Beschäftigung (im Inland) oder des Zeitraums der Entsendung insgesamt oder des Rahmenzeitraums (§ 19) den
1. Arbeitsvertrag oder Dienstzettel im Sinne der Richtlinie 91/533 über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen, ABl. Nr. L 288 vom 18.10.1991 S. 32,
2. Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen für die aufgrund konkreter Tätigkeiten oder des konkreten Einsatzes zustehenden Zulagen und Zuschläge,
3. Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung, sofern sich die Einstufung nicht aus anderen Lohnunterlagen ergibt
zur Überprüfung des dem entsandten Arbeitnehmer für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher oder englischer Sprache am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten oder

diese dem Amt für Betrugsbekämpfung 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. 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 § 19 Abs. 1 VStG idgF sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.
Nach Abs. 2 leg. cit. sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 – 46) 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 – 35 des Strafgesetzbuches 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 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.

Die Bestimmung des § 28 LSD-BG sieht eine Strafe bis 20.000 Euro vor, wenn ein Arbeitgeber entgegen § 22 Abs. 1, Abs. 1a oder 1b die Lohnunterlagen nicht bereithält.
Die Behörde hat über den Bf eine Geldstrafe von insgesamt 1.500 Euro verhängt. Dies entspricht 7,5 % der möglichen Höchststrafe des hier anzuwendenden ersten Strafsatzes.
Von der Nichtbereithaltung der Unterlagen waren drei Arbeitnehmer betroffen. Es wurden für diese weder ein Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, ein Lohnzettel, ein Lohnzahlungsnachweis oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitsaufzeichnungen noch Unterlagen betreffend die Lohneinstufung vorgelegt.

Straferschwerend ist zu werten, dass drei Arbeitnehmer von der fehlenden Bereithaltung der Lohnunterlagen betroffen waren, aber auch, dass mehrere Unterlagen hinsichtlich jedes einzelnen Arbeitnehmers gefehlt haben.
Strafmildernd werden, wie bereits im erstinstanzlichen Verfahren, auch im Beschwerdeverfahren die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit und das Tatsachengeständnis gewertet.
Die belangte Behörde hat auch zutreffend ausgeführt, dass dem Beschwerdeführer zur Last gelegt werden muss, dass er sich nicht rechtzeitig nach den für die Entsendung von Dienstnehmern geltenden Vorschriften erkundigt und diese auch eingehalten hat.
Unter Berücksichtigung der Strafmilderungs- und -erschwerungsgründe, der oben dargestellten persönlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers sowie des dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Verschuldens war die von der belangten Behörde verhängte Strafe zu bestätigen.
Das Ausmaß der verhängten Strafe war auch aus generalpräventiven Gründen unabdingbar.

Soweit die Beschwerde ausführt, dass im hier gegenständlichen Verfahren und im Verfahren LVwG-303455 dieselbe Tat vorgeworfen wurde, sodass nur eine einzige Strafe zu verhängen gewesen wäre, wird dem entgegengehalten, dass sich in beiden Verfahren der Tatort, die vorgeworfene Tatzeit und die Identität der Arbeitnehmer unterscheidet, sodass von keiner identen Tat ausgegangen werden kann. Auch das Vorbringen, es handle sich um eine zusammenhängende Baustelle, ist nicht zielführend, wurden doch von der Firma des Beschwerdeführers selbst in der ZKO-3-Meldung die Örtlichkeiten der Berg- und Talstation unterschieden. Nur die Angabe des konkreten Einsatzortes für den Arbeitnehmer in der jeweiligen ZKO-3-Meldung ermöglicht eine effiziente Kontrolle des Einsatzes der Arbeiter, sodass sich schon alleine durch die vom Bf vorgenommenen Angaben in den Meldungen unterschiedliche Tatvorwürfe ergeben haben.

3.4.2. Die außerordentliche Strafmilderung gem. § 20 VStG – wie vom Bf beantragt - konnte hier nicht zur Anwendung kommen, weil der anzuwendenden Strafbestimmung keine Mindeststrafe zugrunde liegt, die unterschritten werden könnte. Die ebenfalls beantragte Einstellung des Verfahrens oder bloße Erteilung einer Ermahnung gem. § 45 Abs. 1 VStG konnte ebenfalls nicht erfolgen, weil das inkriminierte Verhalten nicht gegenüber dem deliktstypischen zurückbleibt.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Zu II: Kosten:
Gemäß § 64 Abs. 2 VStG ist der Kostenbeitrag für das Verfahren erster Instanz mit 10 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit 10 Euro zu bemessen. Gemäß § 52 Abs. 1 VwGVG ist in jedem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes, mit

dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat. Dieser Beitrag ist für das Beschwerdeverfahren mit 20 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit 10 Euro zu bemessen (§ 52 Abs. 2 VwGVG).

Es wurden die entsprechenden Verfahrenskosten festgesetzt.

Zu III: 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. 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, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. 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. Bergmayr-Mann