

Arbeitsrecht

Arbeitnehmerentsendung/Lohnunterlagen

Art. 56 AEUV

Art. 56 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, die für den Fall der Nichteinhaltung arbeitsrechtlicher Verpflichtungen in Bezug auf die Einholung verwaltungsbehördlicher Genehmigungen und auf die Bereithaltung von Lohnunterlagen die Verhängung von Geldstrafen vorsieht,

- 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.

Urteil des EuGH v. 12.9.2019, verbundene Rechtssachen Zoran Maksimovic (C-64/18 ./.. Bezirkshauptmannschaft Murtal), Humbert Jörg Köfler (C-140/18, C-146/18 und C-148/18 ./.. Bezirkshauptmannschaft Murtal), Wolfgang Leitner (C-140/18 und C-148/18 ./.. Bezirkshauptmannschaft Murtal), Joachim Schönbeck (C-140/18 und C-148/18 ./.. Bezirkshauptmannschaft Murtal), Wolfgang Semper (C-140/18 und C-148/18 ./.. Bezirkshauptmannschaft Murtal) – ECLI:EU:C:2019:723 – Anmerkung von Dr. iur. Georg Bruckmüller, Linz

Sachverhalt/Vorlagefragen

[1] Die Vorabentscheidungsersuchen betreffen die Auslegung von Art. 56 AEUV, der Art. 47 und 49 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Charta), der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (ABl. 1997, L 18, S. 1) sowie der Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems („IMI-Verordnung“) (ABl. 2014, L 159, S. 11).

[2] Diese Ersuchen ergehen im Rahmen von Rechtsstreitigkeiten zwischen Herrn Zoran Maksimovic, Herrn Humbert Jörg Köfler, Herrn Wolfgang Leitner, Herrn Joachim Schönbeck und Herrn Wolfgang Semper einerseits und der Bezirkshauptmannschaft Murtal (Österreich) andererseits über Geldstrafen, die von der Bezirkshauptmannschaft wegen diverser Verstöße gegen Bestimmungen des österreichischen Arbeitsrechts gegen die genannten Personen verhängt wurden.

[9] Am 23. März 2014 kam es im Werk der Zellstoff Pöls AG in Pöls (Österreich) zu einer Explosion, bei der große Teile eines Laugenkessels zerstört wurden.

[10] Mit Vertrag vom 11. Juli 2014 beauftragte die Zellstoff Pöls die in Österreich ansässige Andritz AG mit den Arbeiten zur Sanierung und Wiederinbetriebnahme der Kesselanlage.

[11] Am 27. August 2014 beauftragte Andritz die in Kroatien ansässige Bilfinger Duro Dakovic Montaza d. o. o. (im Folgenden: Bilfinger) mit der Demontage und der mechanischen Montage des

Kessels. Diese entsandte zur Durchführung der Arbeiten Arbeitnehmer nach Österreich, für die von den zuständigen österreichischen Behörden Entsendebestätigungen ausgestellt wurden.

[12] Nachdem Bilfinger den zum 25. August 2015 geplanten Fertigstellungstermin nicht einhalten konnte, wurde zwischen ihr und Andritz vereinbart, die ursprünglich an Bilfinger vergebenen Arbeiten ersatzweise von der in Kroatien ansässigen Brodmont d. o. o. fertigstellen zu lassen. Ein entsprechender Vertrag wurde am 11. September 2015 abgeschlossen.

[13] Zwischen dem 14. September 2015 und dem 30. Oktober 2015 waren auf der betreffenden Baustelle für Brodmont 217 Arbeitskräfte im Einsatz, wobei diese Gesellschaft sämtliche dort von Bilfinger beschäftigten Arbeiter übernahm.

[14] Am 27. September sowie am 13. und 28. Oktober 2015 führte die österreichische Finanzpolizei Kontrollen auf der Baustelle durch, bei denen ihr nicht die vollständigen Lohnunterlagen aller 217 Arbeiter vorgelegt werden konnten.

[15] Auf der Grundlage von Erhebungen der Finanzpolizei im Zuge dieser Kontrollen verhängte die Bezirkshauptmannschaft Murtal Verwaltungsstrafen gegen die Beschwerdeführer der Ausgangsverfahren. Nach Ansicht dieser Behörde lag keine Arbeitnehmerentsendung vor, sondern eine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung von Brodmont an Andritz. Hingegen wurde ihnen nach den Angaben in den Vorlageentscheidungen kein Verstoß gegen ihre Pflichten in Bezug auf die Leistung des Mindestlohns vorgeworfen.

[16] Mit Bescheid vom 19. April 2017 verhängte die Bezirkshauptmannschaft Murtal eine Geldstrafe in Höhe von insgesamt 3.255.000 Euro gegen Herrn Maksimovic, den Geschäftsführer von Brodmont. Sie legte Brodmont zur Last, gegen ihre in § 7d AVRAG vorgesehene Verpflichtung als Überlasserin der 217 Arbeitskräfte verstoßen zu haben, der Beschäftigten Andritz die Lohnunterlagen dieser Arbeitskräfte bereitzustellen.

[17] Mit Bescheiden vom 25. April und vom 5. Mai 2017 verhängte die Behörde ferner Geldstrafen von 2.604.000 Euro und 2.400.000 Euro gegen jedes der vier Vorstandsmitglieder von Andritz (Herrn Köfler, Herrn Leitner, Herrn Schönbeck und Herrn Semper) wegen Nichteinhaltung bestimmter Pflichten nach § 7d AVRAG und § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 AuslBG hinsichtlich der Bereithaltung von Lohnunterlagen durch diese Gesellschaft als Beschäftigten der genannten Arbeiter sowie der Einholung von Beschäftigungsbewilligungen für 200 kroatische, serbische und bosnische Arbeitskräfte. Das vorliegende Gericht weist darauf hin, dass diese Geldstrafen im Fall ihrer Uneinbringlichkeit in Ersatzfreiheitsstrafen von 1.736 und 1.600 Tagen umgewandelt würden.

[18] Die von den Verwaltungsstrafen betroffenen Personen haben gegen die Bescheide Beschwerden beim vorlegenden Gericht erhoben.

[19] Dieses Gericht hegt zunächst Zweifel an der Vereinbarkeit einer Regelung wie der in den Ausgangsverfahren fraglichen, die zwar den Gerichten einen gewissen Ermessensspielraum bei der Strafbemessung einräumt, ihn jedoch durch das Zusammenspiel von Kumulationsprinzip, strafsatzändernden Umständen und hohen Mindeststrafen so stark einschränkt, dass sich selbst bei Verhängung der niedrigsten möglichen Strafe eine sehr hohe Gesamtstrafe ergebe, mit dem unionsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Sanktionen.

[20] Weiters möchte das vorliegende Gericht wissen, ob die Möglichkeit der Verhängung einer mehrjährigen Ersatzfreiheitsstrafe im Fall der Uneinbringlichkeit einer Geldstrafe für ein fahrlässig begangenes Verwaltungsdelikt mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einklang steht.

[21] Schließlich sei im Fall der Abweisung der Beschwerde gemäß § 52 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz in der auf die Ausgangsverfahren anwendbaren Fassung den Beschwerdeführern ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 20% der verhängten Geldstrafe aufzuerlegen.

[22] In diesem Zusammenhang hat das Landesverwaltungsgericht Steiermark (Österreich) beschlossen, die Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

In der Rechtssache C-64/18:

1. Sind Art. 56 AEUV sowie die Richtlinie 96/71 und die Richtlinie 2014/67 dahin gehend auszulegen, dass sie einer nationalen Norm, welche für Verstöße gegen formale Verpflichtungen bei grenzüberschreitendem Arbeitskräfteeinsatz, wie die unterlassene Bereitstellung von Lohnunterlagen seitens des Überlassers an den Beschäftigten, sehr hohe Geldbußen, insbesondere hohe Mindeststrafen vorsieht, welche kumulativ pro betroffenem Arbeitnehmer verhängt werden, entgegenstehen?
2. Für den Fall, dass nicht schon die Frage 1 bejaht wird: Sind Art. 56 AEUV sowie die Richtlinie 96/71 und die Richtlinie 2014/67 dahin gehend auszulegen, dass sie der Verhängung kumulativer Geldbußen bei Verstößen gegen formale Verpflichtungen bei grenzüberschreitendem Arbeitskräfteeinsatz ohne absolute Höchstgrenzen entgegenstehen?

In der Rechtssache C-140/18:

1. Sind Art. 56 AEUV sowie die Richtlinie 96/71 und die Richtlinie 2014/67 dahin gehend auszulegen, dass sie einer nationalen Norm, welche für Verstöße gegen formale Verpflichtungen bei grenzüberschreitendem Arbeitskräfteeinsatz, wie die unterlassene Bereitstellung von Lohnunterlagen seitens des Überlassers an den Beschäftigten, sehr hohe Geldbußen, insbesondere hohe Mindeststrafen vorsieht, welche kumulativ pro betroffenem Arbeitnehmer verhängt werden, entgegenstehen?
2. Für den Fall, dass nicht schon die Frage 1 bejaht wird: Sind Art. 56 AEUV sowie die Richtlinie 96/71 und die Richtlinie 2014/67 dahin gehend auszulegen, dass sie der Verhängung kumulativer Geldbußen bei Verstößen gegen formale Verpflichtungen bei grenzüberschreitendem Arbeitskräfteeinsatz ohne absolute Höchstgrenzen entgegenstehen?
3. Für den Fall, dass nicht schon die Frage 1 oder 2 bejaht wird: Ist Art. 49 Abs. 3 der Charta dahin gehend auszulegen, dass er einer nationalen Norm, welche für Fahrlässigkeitsdelikte unbeschränkt hohe Geldstrafen und mehrjährige Ersatzfreiheitsstrafen vorsieht, entgegensteht?

In der Rechtssache C-146/18:

Sind die Art. 47 und 49 der Charta dahin gehend auszulegen, dass sie einer nationalen Norm, welche zwingend einen Beitrag als Verfahrenskosten für das Beschwerdeverfahren mit 20% der verhängten Strafe vorsieht, entgegenstehen?

In der Rechtssache C-148/18:

Ist Art. 49 Abs. 3 der Charta dahin gehend auszulegen, dass er einer nationalen Norm, welche für Fahrlässigkeitsdelikte unbeschränkt hohe Geldbußen, insbesondere hohe Mindeststrafen und mehrjährige Ersatzfreiheitsstrafen vorsieht, entgegensteht?

[23] Mit Beschlüssen des Präsidenten des Gerichtshofs sind die Rechtssachen C-64/18, C-140/18, C-146/18 und C-148/18 zu gemeinsamem schriftlichen und mündlichen Verfahren und zu gemeinsamer Entscheidung verbunden worden.

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

Richtlinie 2006/123/EG

[3] Art. 1 Abs. 6 der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (ABL 2006, L 376, S. 36) lautet:

„Diese Richtlinie berührt nicht das Arbeitsrecht, d.h. gesetzliche oder vertragliche Bestimmungen über Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, einschließlich des Gesundheitsschutzes und der Sicherheit am Arbeitsplatz, und über die Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die von den Mitgliedstaaten gemäß nationalem Recht unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts angewandt werden. In gleicher Weise berührt die Richtlinie auch nicht die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die soziale Sicherheit.“

Richtlinie 2014/67

[4] Art. 23 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2014/67 sieht vor: „Die Mitgliedstaaten erlassen die Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die erforderlich sind, um dieser Richtlinie ab dem 18. Juni 2016 nachzukommen. Sie setzen die Kommission hiervon unverzüglich in Kenntnis.“

Österreichisches Recht

[5] § 7d des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (BGBl. Nr. 459/1993) in seiner auf die Ausgangsverfahren anwendbaren Fassung (im Folgenden: AVRAG) sieht vor:

„(1) Arbeitgeber/innen ... haben während des Zeitraums der Entsendung insgesamt ... den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel ..., Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise ... zur Überprüfung des dem/der entsandten Arbeitnehmers/in für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten ...

(2) Bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung trifft die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen den/die inländische/n Beschäftigte/n. Der/Die Überlasser/in hat dem/der Beschäftigte/n die Unterlagen nachweislich bereitzustellen.

...“

[6] In § 7i Abs. 4 AVRAG heißt es:

„Wer als

1. Arbeitgeber/in ... entgegen § 7d die Lohnunterlagen nicht bereithält, oder
2. Überlasser/in im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung entgegen § 7d Abs. 2 die Lohnunterlagen dem/der Beschäftigte/n nicht nachweislich bereitstellt, oder
3. Beschäftigte/n im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung entgegen § 7d Abs. 2 die Lohnunterlagen nicht bereithält, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jede/n Arbeitnehmer/in 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/innen betroffen, für jede/n Arbeitnehmer/in von 2.000 Euro bis 20.000 Euro, im Wiederholungsfall von 4.000 Euro bis 50.000 Euro zu bestrafen.“

[7] In § 28 Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (BGBl. Nr. 218/1975) in seiner auf die Ausgangsverfahren anwendbaren Fassung (im Folgenden: AuslBG) heißt es:

„Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet (§ 28c), be-

geht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen,

1. wer

a) entgegen § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den [keine] Beschäftigungsbewilligung erteilt ... wurde ...

...

bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2.000 Euro bis 20.000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2.000 Euro bis 20.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4.000 Euro bis 50.000 Euro;

...“

[8] § 52 Abs. 1 und 2 des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes (BGBl. I Nr. 33/2013) in seiner auf die Ausgangsverfahren anwendbaren Fassung bestimmt:

„(1) In jedem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, ist auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat.

(2) Dieser Beitrag ist für das Beschwerdeverfahren mit 20% der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit zehn Euro zu bemessen; bei Freiheitsstrafen ist zur Berechnung der Kosten ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro anzurechnen. ...“

Aus den Entscheidungsgründen

Zu den Vorlagefragen

[24] Mit seinen Fragen, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 56 AEUV, die Art. 47 und 49 der Charta, die Richtlinie 96/71 sowie die Richtlinie 2014/67 dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren fraglichen entgegenstehen, die für den Fall der Nichteinhaltung arbeitsrechtlicher Verpflichtungen in Bezug auf die Einholung verwaltungsbehördlicher Genehmigungen und auf die Bereithaltung von Lohnunterlagen die Verhängung von Geldstrafen vorsieht,

- 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.

Vorbemerkungen

[25] Nach den Angaben des vorlegenden Gerichts bestimmt die in den Ausgangsverfahren fragliche nationale Regelung nicht unmittelbar die nach den österreichischen Rechtsvorschriften anwendbaren Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, sondern soll zur Sicherstellung der Wirksamkeit der Kontrollen dienen, die von den zuständigen österreichischen Behörden zur Wahrung der Einhaltung dieser Bedingungen durchgeführt werden können.

[26] Der Gerichtshof hat bereits entschieden, dass derartige Kontrollmaßnahmen nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 96/71 fallen, denn diese dient zur Koordinierung der nationalen materiellen Regelungen über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der entsandten Arbeitnehmer, unabhängig von verwaltungsrechtlichen Nebenbestimmungen, die die Überwachung

der Einhaltung dieser Bedingungen erlauben sollen (Urteil vom 3. Dezember 2014, De Clercq u. a., C-315/13, EU:C:2014:2408, Rn. 47).

[27] Ferner ergibt sich aus den Vorlageentscheidungen, dass die Sachverhalte der Ausgangsverfahren die Monate September und Oktober 2015 betreffen. Daraus folgt, dass die Richtlinie 2014/67, deren Umsetzungsfrist nach ihrem Art. 23 am 18. Juni 2016 abläuft und die mit einem im Juni 2016 erlassenen und am 1. Januar 2017 in Kraft getretenen Gesetz in österreichisches Recht umgesetzt wurde, vorliegend nicht anwendbar ist (vgl. entsprechend Urteil vom 13. November 2018, Čepelnik, C-33/17, EU:C:2018:896, Rn. 27).

[28] Schließlich ist, da manche Beteiligte in ihren Erklärungen vor dem Gerichtshof die Auffassung vertreten haben, dass er seine Beantwortung der Vorlagefragen auch auf die Richtlinie 2006/123 gründen solle, darauf hinzuweisen, dass diese Richtlinie gemäß ihrem Art. 1 Abs. 6 nicht den Erlass einer nationalen Regelung mit abschreckenden Maßnahmen zur Durchsetzung von materiellem Arbeitsrecht berührt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. November 2018, Čepelnik, C-33/17, EU:C:2018:896, Rn. 29 bis 35).

[29] Angesichts dessen ist davon auszugehen, dass die Richtlinien 96/71, 2014/67 und 2006/123 für die Beantwortung der vom vorlegenden Gericht zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen nicht maßgebend sind.

Zur Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs

[30] Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs sind alle Maßnahmen, die die Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs untersagen, behindern oder weniger attraktiv machen, als Beschränkungen dieser Freiheit zu verstehen. Ferner verleiht Art. 56 AEUV nicht nur dem Erbringer von Dienstleistungen selbst, sondern auch ihrem Empfänger Rechte (Urteil vom 13. November 2018, Čepelnik, C-33/17, EU:C:2018:896, Rn. 37 und 38 sowie die dort angeführte Rechtsprechung):

[31] Überdies hat der Gerichtshof entschieden, dass eine nationale Regelung, die im Rahmen einer Arbeitnehmerentsendung die Verpflichtung vorsieht, im Aufnahmemitgliedstaat bestimmte Arbeits- und Sozialunterlagen zu erstellen und zu führen, für die in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen zusätzliche administrative und wirtschaftliche Kosten und Belastungen verursachen kann und somit eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellt (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 23. November 1999, Arblade u. a., C-369/96 und C-376/96, EU:C:1999:575, Rn. 58 und 59, vom 18. Juli 2007, Kommission/Deutschland, C-490/04, EU:C:2007:430, Rn. 66 bis 69, sowie vom 7. Oktober 2010, dos Santos Palhota u. a., C-515/08, EU:C:2010:589, Rn. 42 bis 44).

[32] Zur Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer durch ein in einem Mitgliedstaat der Union ansässiges Dienstleistungsunternehmen hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass eine nationale Regelung, die die Erbringung von Dienstleistungen im Inland durch ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenes Unternehmen von der Erteilung einer behördlichen Erlaubnis abhängig macht, eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne von Art. 56 AEUV darstellt (Urteil vom 14. November 2018, Danieli & C. Officine Meccaniche u. a., C-18/17, EU:C:2018:904, Rn. 44 und die dort angeführte Rechtsprechung).

[33] Somit ist eine nationale Regelung, die vorsieht, dass im Fall der Nichteinhaltung von Verpflichtungen, die für sich genommen den freien Dienstleistungsverkehr beschränken, sowohl gegen den Erbringer von Dienstleistungen als auch gegen ihren Empfänger Sanktionen verhängt werden, geeignet, die Ausübung dieser Freiheit weniger attraktiv zu machen.

[34] Folglich stellt eine nationale Regelung wie die in den Ausgangsverfahren fragliche eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar.

Zur Rechtfertigung der Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs

[35] Nach gefestigter Rechtsprechung des Gerichtshofs können nationale Maßnahmen, die geeignet sind, die Ausübung der durch den AEU-Vertrag garantierten Grundfreiheiten zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, dennoch zulässig sein, wenn sie zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entsprechen, wenn sie geeignet sind, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, und wenn sie nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist (Urteil vom 13. November 2018, Čepelnik, C-33/17, EU:C:2018:896, Rn. 42 und die dort angeführte Rechtsprechung).

[36] Im vorliegenden Fall ist die österreichische Regierung der Auffassung, dass die in den Ausgangsverfahren fragliche Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs durch die Ziele des sozialen Schutzes der Arbeitnehmer sowie der Bekämpfung von Betrug, insbesondere Sozialbetrug, und der Verhinderung von Missbräuchen gerechtfertigt sei.

[37] Der soziale Schutz der Arbeitnehmer sowie die Bekämpfung von Betrug, insbesondere Sozialbetrug, und die Verhinderung von Missbräuchen sind Ziele, die zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehören, mit denen eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs gerechtfertigt werden kann (Urteil vom 13. November 2018, Čepelnik, C-33/17, EU:C:2018:896, Rn. 44).

[38] In diesem Zusammenhang kann eine Regelung wie die in den Ausgangsverfahren fragliche, die Sanktionen für Verstöße gegen arbeitsrechtliche Verpflichtungen vorsieht, mit denen die genannten Ziele erreicht werden sollen, als zur Sicherstellung der Einhaltung solcher Verpflichtungen und damit zur Erreichung der verfolgten Ziele geeignet angesehen werden.

[39] Insoweit ist hinsichtlich der Erforderlichkeit einer Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs wie der in den Ausgangsverfahren fraglichen darauf hinzuweisen, dass die Härte der verhängten Sanktion der Schwere des mit ihr geahndeten Verstoßes entsprechen muss. Außerdem dürfen die nach den nationalen Rechtsvorschriften zulässigen administrativen oder repressiven Maßnahmen nicht die Grenzen dessen überschreiten, was zur Erreichung der mit diesen Rechtsvorschriften in legitimer Weise verfolgten Ziele erforderlich ist (vgl. entsprechend Urteil vom 31. Mai 2018, Zheng, C-190/17, EU:C:2018:357, Rn. 41 und 42 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

[40] In diesem Zusammenhang ist erstens festzustellen, dass mit einer Regelung wie der in den Ausgangsverfahren fraglichen die Nichteinhaltung arbeitsrechtlicher Vorschriften über die Einholung verwaltungsbehördlicher Genehmigungen sowie die Bereithaltung von Lohnunterlagen geahndet werden soll.

[41] Zweitens erscheint eine Regelung, die Sanktionen vorsieht, deren Höhe von der Zahl der von der Nichteinhaltung bestimmter arbeitsrechtlicher Verpflichtungen betroffenen Arbeitnehmer abhängt, für sich genommen nicht unverhältnismäßig (vgl. entsprechend Urteil vom 16. Juli 2015, Chmielewski, C-255/14, EU:C:2015:475, Rn. 26).

[42] Der hohe Betrag der zur Ahndung der Nichteinhaltung solcher Verpflichtungen vorgesehenen Geldstrafen kann allerdings in Verbindung damit, dass es für sie keine Obergrenze gibt, wenn der Verstoß mehrere Arbeitskräfte betrifft, zur Verhängung beträchtlicher Geldstrafen führen, die sich, wie im vorliegenden Fall, auf mehrere Millionen Euro belaufen können.

[43] Zudem kann der Umstand, dass die Geldstrafen einen im Vorhinein festgelegten Mindestbetrag jedenfalls nicht unterschrei-

ten dürfen, dazu führen, dass solche Sanktionen in Fällen verhängt werden, in denen nicht erwiesen ist, dass der beanstandete Sachverhalt von besonderer Schwere ist.

[44] Drittens führt das vorliegende Gericht aus, dass nach der in den Ausgangsverfahren anwendbaren innerstaatlichen Regelung im Fall der Abweisung der Beschwerde gegen den Bescheid, mit dem eine solche Sanktion verhängt wird, der Beschwerdeführer einen Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 20% der Sanktion leisten muss.

[45] Viertens ergibt sich aus den Vorlageentscheidungen, dass die in den Ausgangsverfahren fragliche Regelung für den Fall der Uneinbringlichkeit der verhängten Geldstrafe die Verhängung einer Ersatzfreiheitsstrafe vorsieht, die angesichts der daraus resultierenden Folgen für den Betroffenen besonders schwerwiegend ist (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 3. Juli 1980, Pieck, 157/79, EU:C:1980:179, Rn. 19, vom 29. Februar 1996, Skanavi und Chryssanthakopoulos, C-193/94, EU:C:1996:70, Rn. 36, und vom 26. Oktober 2017, I, C-195/16, EU:C:2017:815, Rn. 77).

[46] In Anbetracht dessen steht eine Regelung wie die in den Ausgangsverfahren fragliche nicht in angemessenem Verhältnis zur Schwere der geahndeten Verstöße, die in der Nichteinhaltung arbeitsrechtlicher Verpflichtungen in Bezug auf die Einholung verwaltungsbehördlicher Genehmigungen und die Bereithaltung von Lohnunterlagen bestehen.

[47] Im Übrigen könnte die wirksame Durchsetzung der Verpflichtungen, deren Nichteinhaltung durch diese Regelung geahndet wird, auch mit weniger einschränkenden Maßnahmen wie der Auferlegung von Geldstrafen in geringerer Höhe oder einer Höchstgrenze für solche Strafen gewährleistet werden, und ohne sie zwangsläufig mit Ersatzfreiheitsstrafen zu verknüpfen.

[48] Somit ist davon auszugehen, dass eine Regelung wie die in den Ausgangsverfahren fragliche über die Grenzen dessen hinausgeht, was zur Gewährleistung der Einhaltung der arbeitsrechtlichen Verpflichtungen in Bezug auf die Einholung verwaltungsbehördlicher Genehmigungen und die Bereithaltung von Lohnunterlagen sowie zur Sicherstellung der Erreichung der verfolgten Ziele erforderlich ist.

[49] Angesichts dieser Erwägungen ist die Vereinbarkeit einer solchen Regelung mit den Art. 47 und 49 der Charta nicht zu prüfen.

[50] (Urteilstenor)

[51] (Kosten)

Anmerkung:

I. Einleitung

Der Entscheidung *Maksimovic* liegt das verwaltungsstrafrechtliche Delikt des Nichtbereithaltens von Lohnunterlagen durch den Beschäftigte zugrunde.¹ Danach hat bei grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung der Beschäftigte die Verpflichtung, die an ihn vom ausländischen (nicht in Österreich ansässigen) Überlasser zu übermittelnden Lohnunterlagen, den Behörden während der Dauer der Beschäftigung im Inland oder des Zeitraums der Entsendung insgesamt, zur Verfügung zu stellen. Der Beitrag befasst sich mit den Auswirkungen der Entscheidungen auf das Kumulationsprinzip und auf andere Verwaltungsstrafdelikte.

1 § 7d AVRAG nunmehr § 22 Abs. 1 und 2, 1. Satz i. V. m. § 28 LSD-BG.

II. Zum Kumulationsprinzip

Das Urteil des EuGH² beschäftigt sich mit dem im österreichischen Verwaltungsstrafgesetz (VStG) vorgesehenen Kumulationsprinzip. Dieses bedeutet: Hat jemand durch mehrere selbstständige Taten mehrere Verwaltungsübertretungen begangen oder fällt eine Tat unter mehrere einander nicht ausschließende Strafdrohungen, so sind die Strafen nebeneinander zu verhängen. Dasselbe gilt bei einem Zusammentreffen von Verwaltungsübertretungen mit anderen von einer Verwaltungsbehörde zu ahndenden strafbaren Handlungen.³

Beim Zusammentreffen von mehreren Verwaltungsübertretungen verwirklicht jede einzelne Handlung oder Unterlassung, den Tatbestand und daher kann für jedes Delikt eine eigene Verwaltungsstrafe verhängt werden.

Das Kumulationsprinzip findet sich in zahlreichen arbeitsrechtlichen Normen, wie etwa im AZG.⁴ Kommt es zu mehreren Überschreitungen wird pro Überschreitung eine Strafe verhängt. Insbesondere die Vorschriften im LSD-BG⁵, die dem sozialen Schutz der Arbeitnehmer und einem fairen Wettbewerb dienen und eine Bestrafung pro Arbeitnehmer vorsehen, führen zu erheblichen Verwaltungsstrafen und zu einer anhaltenden Diskussion. Werden beispielsweise mehrere Arbeitnehmer im Sinne des § 29 LSD-BG unterentlohnt, ist für jeden Arbeitnehmer, der nicht das gesetzliche oder kollektivvertraglich geschuldete Mindestentgelt erhält, eine eigene Verwaltungsstrafe über den zur Vertretung nach außen Berufenen, also dem Geschäftsführer oder Mitglied eines Vorstandes einer Gesellschaft, zu verhängen.

Eine Ausnahme vom Kumulationsprinzip besteht nur bei fortgesetzten Delikten bzw. bei Dauerdelikten:

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs⁶ ist nur eine einzige Strafe zu verhängen, wenn eine Reihe von rechtswidrigen Einzelhandlungen aufgrund der *Gleichartigkeit der Begehungsform* und der *Ähnlichkeit der äußeren Begleitumstände* im Rahmen eines noch erkennbaren *zeitlichen Zusammenhangs* sowie eines diesbezüglichen Gesamtkonzepts des Täters zu einer Einheit zusammentreten.

Ein fortgesetztes Delikt liegt dann vor, wenn eine Reihe von Einzelhandlungen von einem einheitlichen Willensentschluss umfasst war und wegen der Gleichartigkeit ihrer Begehungsform sowie der äußeren Begleitumstände im Rahmen eines erkennbaren zeitlichen Zusammenhangs zu einer Einheit zusammentraten.⁷

Der VwGH⁸ hat in letzter Zeit die Ausnahme vom Kumulationsprinzip erweitert: Bei Gleichartigkeit der Begehungsform und *Vorliegen eines einheitlichen Willensentschlusses* sind nach den

äußeren Begleitumständen ähnliche und zeitlich eng zusammenhängende Einzelhandlungen als eine Tat zu beurteilen und es ist nur eine Strafe zu verhängen. Diese Rechtsprechungslinie hat der VwGH kürzlich in einer Entscheidung zur Arbeitsmittelverordnung (AM-VO) bestätigt.⁹

Ob eine wiederholte Verwirklichung des gleichen Tatbestands im Rahmen eines noch erkennbaren zeitlichen Zusammenhangs als tatbestandliche Handlungseinheit vorliegt oder nicht, ist im Einzelfall zu klären.¹⁰ Wie groß der Zeitraum zwischen den einzelnen Tathandlungen sein darf, um noch von einer tatbestandlichen Handlungseinheit sprechen zu können, ist von Delikt zu Delikt verschieden und hängt weiters im besonderen Maß von den Umständen des Einzelfalls ab.¹¹ Dies zeigt, dass eine gesetzgeberische Klärung erforderlich ist.

III. Auswirkungen der Entscheidung

1. Handlungsauftrag an den Gesetzgeber

Mit der Entscheidung ist der EuGH dem österreichischen Gesetzgeber, der eine Novelle des Verwaltungsstrafverfahrens plante¹², zugekommen.

In Fällen, in denen jemand durch „eine Tat oder durch mehrere selbstständige Taten, die wegen Gleichartigkeit der Begehungsform, Ähnlichkeit der äußeren Begleitumstände, zeitlicher Nahebeziehung oder Ausnutzung einer gleichartigen Gelegenheit eine Einheit bilden“ trotz mehrmaliger Verletzung derselben Verwaltungsstrafe, nur eine Strafe zu verhängen¹³, wäre m.E. der zweckmäßigste Ansatz, die zum Teil bestehende Unverhältnismäßigkeit der Verwaltungsdelikte zu beseitigen. Dass das Kumulationsprinzips allein durch die Einführung einer absoluten Höchstgrenze bei Verwaltungsstrafen aufrecht erhalten werden kann¹⁴, ist – wie unten noch auszuführen ist – im Hinblick auf das Urteil *Maksimovic* zu bezweifeln.

2. Auswirkung auf laufende Verfahren

Der Verwaltungsgerichtshof¹⁵ hat bis zu einer Sanierung durch den Gesetzgeber den Rahmen für die Bestrafung der Verletzung von Bereithaltungsverpflichtungen abgesteckt. Im Hinblick auf die unmittelbare Anwendung und den Vorrang von unionsrechtlichen Bestimmungen wird das nationale Recht, das im Widerspruch zu diesem steht, verdrängt. Eine unionsrechtskonforme Rechtslage wird demnach dadurch hergestellt, dass die Wortfolge „für jede/n Arbeitnehmer/in“ bei der Bereithaltungsverpflichtung unangewendet bleibt.¹⁶ Bei Verletzung dieser in § 22 Abs. 2 LSD-BG geregelten Bereithaltungsverpflichtung für Beschäftigter darf daher derzeit ungeachtet der Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer/innen nur noch eine einzige Strafe verhängt werden.

2 EuGH, Urt. v. 12.9.2019, verbundene Rs. C-64/18 (Zoran Maksimovic), Rs. C-140/18, C-146/18 und C-148/18 (Humbert Jörg Kofler), Rs. C-140/18 und C-148/18 (Wolfgang Leitner), Rs. C-140/18 und C-148/18 (Joachim Schönbeck), Rs. C-140/18 und C-148/18 (Wolfgang Semper), ECLI:EU:C:2019:723.

3 § 22 Abs. 2 VStG.

4 Zu § 28 Abs. 2 Z. 1 AZG etwa Bergthaler, Aktuelle Entwicklungen bei Verwaltungsstrafen, ZAS 2018/27.

5 Bereithalten von Meldeunterlagen, Sozialversicherungsunterlagen und behördlicher Genehmigung nach § 21 LSD-BG, Bereithaltung von Lohnunterlagen nach § 22 LSD-BG, Melde- und Bereithaltungsverpflichtungen nach § 26 LSD-BG; Vereitelungshandlungen im Zusammenhang mit der Lohnkontrolle nach § 27 LSD-BG, Nichtbereithalten von Lohnunterlagen nach § 28 LSD-BG und Unterentlohnung nach § 29 LSD-BG.

6 So etwa VwGH v. 25.8.2010 – 2010/03/0025; VwGH v. 29.1.2009 – 2006/09/0202; VwGH v. 18.9.1996 – 96/03/0076; VwGH v. 14.1.1993 – 92/09/0286; VwGH v. 16.3.2011 – 2009/08/0056, VwGH v. 3.5.2017, Ra 2016/03/0108; VwGH v. 16.2.2012, 2010/01/0009.

7 VwGH v. 2.5.2018 – Ra 2018/02/0062 m. w. N.

8 VwGH v. 3.5.2017 – Ra 2016/03/0108 zur Verletzung von § 107 TKG.

9 VwGH v. 19.12.2018 – Ra 2018/02/0107 und Ra 2018/02/0108-6. Nach § 11 Abs. 3 AM-VO besteht für Arbeitgeber die Verpflichtung, Prüfbefunde für kraftbetriebene Türen aufzubewahren. Diese sind am Einsatzort des Arbeitsmittels mitzuführen.

10 So etwa VwGH v. 23.5.2018 – Ra 2017/05/0010.

11 Vgl. VwGH v. 20.12.2017 – Ra 2017/03/0052.

12 Ministerialentwurf vom 9.5.2018, 49/ME NR 26. GP.

13 Sabara in ARD 6599/1/2018.

14 So I. Kager, Das LSD-BG im Verhältnismäßigkeitsstest, ASoK 2019, 419 ff.

15 VwGH v. 15.10.2019 – Ra 2019/11/0033 bis 0034-6.

16 VwGH v. 15.10.2019 – Ra 2019/11/0033 bis 0034-6 noch zur Vorläuferbestimmung § 7i Abs. 4 AVRAG.

IV. Reichweite der Entscheidung

Fraglich ist die Reichweite der Entscheidung.¹⁷ Hat diese lediglich Auswirkungen auf die vom EuGH behandelten Fälle der Bereithaltungsverpflichtung oder betrifft dies auch andere Verwaltungsstraftdelikte? Kommt damit das Kumulationsprinzip insgesamt ins Wanken?

1. Bereithaltungsverpflichtung und ähnliche Verpflichtungen

a) Lohnunterlagen

Das LSD-BG sieht für die fehlende Bereitstellung von Lohnunterlagen Mindeststrafen vor. Die bei der grenzüberschreitenden Überlassung geltende *Bereithaltungsverpflichtung* des inländischen Beschäftigers¹⁸ für die Lohnunterlagen der beschäftigten Arbeitnehmer korrespondiert mit der *Bereitstellung* der ausländischen Überlassers dem inländischen Beschäftiger gegenüber.¹⁹

Was für die Bereithaltungsverpflichtung des Beschäftigers gilt, muss konsequenterweise auch für die Bereitstellungsverpflichtung des ausländischen Überlassers²⁰ bzw. bei einer Entsendung jener der Arbeitgeber im Sinne der §§ 3 Abs. 2, 8 Abs. 1 oder § 19 Abs. 1 LSD-BG²¹ gelten. Beide Vorschriften haben den Zweck es den zuständigen Behörden zu ermöglichen, die kollektivvertragliche oder gesetzliche Mindestentlohnung hinsichtlich der in Österreich tätig werdenden Arbeitnehmer/innen zu überprüfen. Bei der Nichtbereithaltung der Lohnunterlagen können nach § 28 LSD-BG bis auf Weiteres nur noch Geldstrafen in der Höhe von 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Wiederholungsfall 2.000 Euro bis 20.000 Euro insgesamt verhängt werden.

b) Meldeunterlagen und Sozialversicherungsunterlagen

Neben der Bereitstellungsverpflichtung und Bereithaltungsverpflichtung für Lohnunterlagen sieht das LSD-BG auch für die fehlende Bereithaltung von Meldeunterlagen (ZKO-Meldungen nach § 19 LSD-BG), der Sozialversicherungsunterlagen (A1-Dokumente nach § 21 Abs. 1 Z. 1 LSD-BG) und allenfalls erforderlicher behördlicher Genehmigungen der Beschäftigung der entsandten Arbeitnehmer im Sitzstaat des Arbeitgebers gemäß § 19 Abs. 3 Z. 11 oder Abs. 7 Z. 8 LSD-BG jeweils eigene Verwaltungsübertretungen vor.²² Die Überprüfbarkeit von sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften ist vom Unrechtsgehalt mit jenem der Überprüfbarkeit der arbeitsrechtlichen Mindestentlohnung vergleichbar, weshalb auch diese Verpflichtungen, die Mindeststrafen vorsehen, zu unverhältnismäßig hohen Strafen führten.

Zu bedenken ist, dass die Nichtbereithaltung der Lohnunterlagen, die Nichtbereithaltung der A1-Dokumente und die Nichtbereithaltung von ZKO-Meldungen jeweils eigene Verwaltungsdelikte sind. De lege ferenda sollten diese Verpflichtungen zu einem Delikt zusammengefasst werden. Auch fehlerhafte oder unvollständige Unterlagen erfüllen jeweils den Tatbestand. Oft werden die Delikte aufgrund unzureichender Kenntnis der österreichischen Vorschriften gleichzeitig begangen und verfolgt. Bei der Konzernüberlassung kommt es bisweilen sogar vor, dass dann, wenn der Geschäftsführer der überlassenden Gesellschaft mit je-

nem des Beschäftigers identisch ist, ein und dieselbe Person für die *Nichtbereithaltung* gegenüber den Behörden und gleichzeitig für die *Nichtzurverfügungstellung* der Lohnunterlagen gegenüber dem Beschäftiger verurteilt wird.²³

c) Übermittlungspflicht über Aufforderung

Neben den ohne Aufforderung durch Behörden bestehenden Bereithaltungsverpflichtungen sieht das LSD-BG auch Betretungsrechte der Behörden sowie Auskunfts- und Übermittlungsverpflichtungen an diese vor.²⁴

Danach sind die Abgabenbehörden berechtigt, in die zur Erhebung erforderlichen Unterlagen (§§ 21 und 22 LSD-BG) 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 abzuschicken sind. Erfolgt bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten die Kontrolle nicht am ersten Arbeits(Einsatz)ort, sind die Unterlagen der Abgabenbehörde nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktages abzuschicken sind.²⁵

Wer die erforderlichen Unterlagen entgegen § 12 Abs. 1 Z. 3 LSD-BG nicht übermittelt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist für jeden Arbeitnehmer mit Geldstrafe von 500 Euro bis 5.000 Euro, im Wiederholungsfall von 1.000 Euro bis 10.000 Euro zu bestrafen.²⁶ Ebenso ist zu bestrafen, wer entgegen § 14 Abs. 2 LSD-BG dem zuständigen Sozialversicherungsträger oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse entgegen § 15 Abs. 2 LSD-BG die Unterlagen nicht übermittelt. Die Unverhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit den bereitzustellenden Unterlagen nach LSD-BG ergibt sich m.E. auch dadurch, dass durch das Fehlen der für eine Entsendung bzw. grenzüberschreitende Überlassung notwendigen Unterlagen mehrere Delikte gleichzeitig begangen werden und zu verfolgen sind.

d) Sonstige Einsichtspflichten

Auch außerhalb des LSD-BG finden sich Bereithaltungsverpflichtungen: Wer als Arbeitgeber die Einsichtspflichten gemäß § 26 Abs. 6 AZG oder die Aufbewahrungspflichten gemäß § 18k AZG, die Pflichten gemäß § 18b Abs. 8 oder 9 erster Satz AZG verletzt, oder die Aufzeichnungen gemäß § 18b Abs. 7 AZG, § 18c Abs. 2 AZG sowie § 26 Abs. 1 bis 5 AZG mangelhaft führt, kann bestraft werden.²⁷

Aus der Entscheidung *Maksimovic* leitet der VwGH²⁸ ab, dass die Anordnung einer Mindeststrafe nicht mit dem Unionsrecht vereinbar ist, wenn der beanstandete Sachverhalt nicht von besonderer Schwere ist. Darauf, dass es aufgrund kumulativ für jeden Arbeitnehmer zu verhängender Strafe insgesamt zu einer hohen Strafe kommt, scheint es für den VwGH nicht anzukommen. Dem ist zuzustimmen: Zwar dürfen Übertretungen, die der Überprüfung der Einhaltung von arbeits- oder sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften dienen, nicht dazu führen einen Anreiz für die fehlende Bereithaltung von Unterlagen führen. Wenn aber von dem zur Vorlage oder zur Bereithaltung Verpflichteten der Nachweis erbracht werden kann, dass die geltenden

17 Erste Meinungen dazu im Rechtspanorama in „Die Presse“ vom 30.9.2019 und „Der Standard“ vom 25.9.2019

18 Der österreichische Begriff Beschäftiger steht für Entleiher. Demgegenüber wird in Österreich der Verleiher als Überlasser bezeichnet. Siehe dazu die Definitionen in § 3 AÜG.

19 § 22 Abs. 1 i. V. m. 22 Abs. 2 2. Satz LSD-BG.

20 § 22 Abs. 2 2. Satz LSD-BG.

21 § 22 Abs. 1 und Abs. 1a LSD-BG.

22 § 21 LSD-BG.

23 Eine Übersicht dazu findet sich bei M. Lindmayr in F. Schrank/V. Schrank/Lindmayr, Lohn- und Sozialdumping-Beschäftigungsgesetz (2017), § 12 Rn. 9.

24 § 12 Abs. 1 Z. 1 bis 3 LSD-BG.

25 § 12 Abs. 1 Z. 3 LSD-BG.

26 § 27 Abs. 1 LSD-BG.

27 § 28 Abs. 1 AZG.

28 VwGH v. 15.10.2019 – Ra 2019/11/0033 bis 0034-6, Rn 27.

Mindestentgeltbestimmungen eingehalten, die Meldeverpflichtungen erbracht wurden und auch hinsichtlich der Sozialversicherung die entsprechenden Nachweise vorgelegt werden können, ist eine Mindeststrafe nicht zu rechtfertigen. In diesem Fall sollte künftig sogar eine Strafbarkeit wegen eines des oben genannten „Formaldelikte“ entfallen. Weder spezial- noch generalpräventive Zwecke sprechen dann für eine Bestrafung.

2. Auswirkung auf eine Unterentlohnung nach dem LSD-BG

a) Kriterien für die Verhältnismäßigkeitsprüfung

Die Unverhältnismäßigkeit einer Strafe ergibt sich nach dem EuGH²⁹ aus dem Zusammentreffen von vier Merkmalen: (1) Mindeststrafen, (2) kumulative Strafen pro betroffenen Arbeitnehmer ohne Beschränkung, (3) zusätzlicher Verwaltungskostenbeitrag in der Höhe von 20% der verhängten Strafe und (4) Umwandlung der Strafe in eine Ersatzfreiheitsstrafe für den Fall der Uneinbringlichkeit.

Verwaltungsstrafnormen sind nun stets dahingehend zu untersuchen, ob diese ebenfalls die vier Merkmale der in der Entscheidung *Maksimovic* aufweisen. Treffen alle diese Merkmale auf ein Verwaltungsdelikt zu, dann würde dieses ebenfalls eine unverhältnismäßige Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellen. In diesem Fall kann daher dem VwGH³⁰ folgend bis zu einer gesetzlichen Änderung der jeweiligen Verwaltungsstrafnorm nur mehr eine einzige Strafe verhängt werden, auch wenn Verstöße betreffend mehrere Arbeitnehmer vorliegen.

Mindeststrafen bei Verwaltungsdelikten sind im Lichte der Judikatur des EuGH nicht generell unzulässig. Nur bei Formaldelikten, wie oben ausgeführt, sind diese als unverhältnismäßige Erschwerung anzusehen.

b) Auswirkung auf Unterentlohnungen

Da die oben genannten Kriterien auf § 29 LSD-BG zutreffen, ist bis zu einer Änderung der gesetzlichen Bestimmungen auch bei Erfüllung dieses Tatbestandes nur die Verhängung einer einzigen Strafe möglich.

Ob aber künftig bei einer einzigen und allenfalls der Höhe nach geringen Unterentlohnung im Sinne des § 29 LSD-BG eine Mindeststrafe gerechtfertigt ist, ist davon abhängig, ob man in dieser Verletzung eine besondere Schwere erblickt.

Nachdem bei der Ermittlung der Mindestentlohnung auch die jeweiligen Einstufungskriterien, die sich aus den anzuwendenden Kollektivverträgen ergeben, maßgeblich sind, die im Einzelfall oft nur durch Ermittlung der Lehrabschlüsse und Zweckausbildungen sowie der konkret ausgeübten Tätigkeiten und Verantwortung ermittelt werden kann, spricht einiges dafür, dass auch in diesen Fällen – sofern man das Kumulationsprinzip beibehalten möchte – von der Mindeststrafe abgegangen muss.

Gerade bei grenzüberschreitender Entsendung oder Überlassung hängt die Frage, ob eine Unterentlohnung vorliegt oder nicht, auch maßgeblich davon ab, ob ausländische Lehrabschlüsse in Österreich als gleichwertig anzusehen sind. Die von den Strafbehörden angewandte Praxis bei der Feststellung der geschuldeten Mindestentlohnung nur darauf abzustellen, ob die aus dem

Ausland nach Österreich entsandten Arbeitnehmer/innen Tätigkeiten ausgeübt haben, die den Tätigkeiten von Arbeitskräften mit Lehrabschluss im Inland entsprechen, ist im Hinblick auf das BAG (Berufsausbildungsgesetz) abzulehnen.³¹

Auch sonstige Risikoquellen bei der Ermittlung der richtigen Entlohnung wie Fälligkeitsfehler oder unrichtige Berücksichtigung von Mehrarbeit oder Überstunden³² sprechen dafür, dass eine Mindeststrafe auch bei einer Unterentlohnung als unverhältnismäßig einzustufen ist.

Letztlich kann eine Unterentlohnung sowohl gravierend als auch nur geringfügig sein. § 29 Abs. 1 LSD-BG unterscheidet hingegen nicht, ob eine Unterentlohnung geringfügig ist oder nicht. Generell von einem schwerwiegenden Delikt zu sprechen, ist nicht haltbar. Zwar gibt § 29 Abs. 3 LSD-BG die Möglichkeit sich bei Vorliegen von nicht ganz klaren Voraussetzungen durch Nachzahlung des vorgeschriebenen Entgelts der Strafe zu entziehen, dies ändert jedoch nichts an der grundsätzlichen Unverhältnismäßigkeit der Strafsanktionen in § 29 Abs. 1 LSD-BG, da die Unverhältnismäßigkeitskriterien des EuGH auf den Unterentlohnungstatbestand zutreffen.³³

3. Ausblick und Möglichkeiten für den Gesetzgeber

Aus der Entscheidung selbst folgt, dass das Kumulationsprinzip nicht nur bei der Bereithaltungsverpflichtung aufzugeben ist, sondern dass dieses auch bei anderen arbeitsrechtlichen Vorschriften der Dienstleistungsfreiheit widersprechen kann. Auch für die Nichteinholung von Genehmigungen kann nach dem EuGH eine unzulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit vorliegen.

Allerdings sind Regelungen, die die Höhe einer Strafe von der Anzahl der von der Nichteinhaltung betroffenen Arbeitnehmer abhängig sind, per se nicht rechtswidrig.³⁴ Der Gesetzgeber ist daher nicht gezwungen das Kumulationsprinzip gänzlich aufzugeben.

Will man dieses aufrecht erhalten, ist es allerdings erforderlich, die Verwaltungsdelikte, die eine Mindeststrafe und keine Höchststrafe vorsehen, auf die Verhältnismäßigkeit zu untersuchen, da dies sonst erneut dazu führen kann, dass exorbitant hohe Strafen verhängt werden, wenn der Verstoß mehrere Arbeitskräfte betrifft. Der Verzicht auf Mindeststrafen bei Formaldelikten und die Aufnahme von Höchststrafen sind Minimalanforderungen an den Gesetzgeber. Dies betrifft nicht nur Bestimmungen im LSD-BG sondern erstreckt sich jedenfalls auf alle arbeitsrechtlichen Verwaltungsstrafnormen, wie etwa das AuslBG und das AZG.

Meines Erachtens hat bei Aufrechterhaltung des Kumulationsprinzips auch beim Verwaltungskostenbeitrag eine Änderung zu erfolgen. Die derzeitige Regelung hält einer Sachlichkeitsprüfung nicht stand: Der Beitrag ist für das Verfahren erster Instanz

29 EuGH, Urt. v. 12.9.2019, verbundene Rs. C-64/18 (Zoran Maksimovic), Rs. C-140/18, C-146/18 und C-148/18 (Humbert Jörg Kofler), Rs. C-140/18 und C-148/18 (Wolfgang Leitner), Rs. C-140/18 und C-148/18 (Joachim Schönbeck), Rs. C-140/18 und C-148/18 (Wolfgang Semper), ECLI:EU:C:2019:723.

30 VwGH v. 15.10.2019 – Ra 2019/11/0033 bis 0034-6.

31 Ausländische Prüfungszeugnisse sind den entsprechenden österreichischen Prüfungszeugnissen gleichzuhalten, wenn dies in Staatsverträgen oder in Verordnungen des Wirtschaftsministeriums festgelegt worden ist (§ 27a BAG). Solche Abkommen gibt es für Prüfungszeugnisse aus Deutschland, Ungarn und Südtirol. Auf Antrag kann auch eine Bestätigung des Wirtschaftsministeriums bzw. der Lehrlingsstelle ausgestellt werden.

32 Kurzzusammenfassung typischer Risikoquellen von F. Schrank in F. Schrank/V. Schrank/Lindmayr, Lohn- und Sozialdumping-Beschäftigungsgesetz (2017), § 29 Rn. 63.

33 Kritisch dazu auch F. Schrank in F. Schrank/V. Schrank/Lindmayr, Lohn- und Sozialdumping-Beschäftigungsgesetz (2017), § 29 Rn. 27.

34 So ausdrücklich in EuGH, Urt. v. 12.9.2019, verbundene Rs. C-64/18 (Zoran Maksimovic), Rs. C-140/18, C-146/18 und C-148/18 (Humbert Jörg Kofler), Rs. C-140/18 und C-148/18 (Wolfgang Leitner), Rs. C-140/18 und C-148/18 (Joachim Schönbeck), Rs. C-140/18 und C-148/18 (Wolfgang Semper), ECLI:EU:C:2019:723 unter Bezugnahme auf EuGH, Urt. v. 16.7.2016, Rs. C-255/14 (Chmielewski), ECLI:EU:C:2015:475.

mit 10% der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit 10 Euro festgelegt.³⁵ Im Beschwerdeverfahren beträgt der Verwaltungskostenbeitrag 20% der verhängten Strafe, mindestens jedoch 10 Euro.³⁶

Die Höhe des Beitrages von der Höhe der Strafe und nicht von der Höhe des Aufwandes abhängig zu machen, führt dazu, dass der Verwaltungskostenbeitrag wie ein Teil der Strafe wirkt. Gerade dann, wenn mehrere Vorwürfe wegen ein und demselben Verwaltungsdelikt in einem einzigen – allenfalls verbundenen – Verwaltungsverfahren abgehandelt werden, ist ein an der Höhe der Strafe gebundener Beitrag zu den Verwaltungskosten verfassungsrechtlich nicht haltbar.

Eine Änderung der diesbezüglichen Bestimmungen ist daher in diesem Fall geboten und sollte sich künftig an folgenden Parametern orientieren: Umfang des Ermittlungsverfahrens, die Beziehung von Sachverständigen, Rechtshilfeeinvernahmen und vor allem die Durchführung von mündlichen Verhandlungen und Ortsaugenscheinen. Diese Umstände rechtfertigen höhere Beiträge zu den Verwaltungskosten.

Dass für den Fall der Uneinbringlichkeit der Verwaltungsstrafe eine Ersatzfreiheitsstrafe vorgesehen war, wog für den EuGH besonders schwerwiegend. Bei den von mir als Formaldelikte bezeichneten Verwaltungsübertretungen, bei denen eine Mindeststrafe zu entfallen hat, hat der Gesetzgeber auch auf die Anordnung einer Ersatzfreiheitsstrafe zu verzichten, ansonsten läuft dieser Gefahr den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit von Verwaltungsstrafnormen nicht zu entsprechen.

Alternativ zur Aufrechterhaltung des Kumulationsprinzips in der derzeitigen Form, ist eine gesetzliche Regelung im VStG, wonach bei mehreren selbstständigen Taten, wegen Gleichartigkeit der Begehungsform, Ähnlichkeit der äußeren Begleitumstände, zeitlicher Nahebeziehung oder Ausnutzung einer gleichartigen Gelegenheit nur von einem einzigen Verwaltungsdelikt auszugehen ist. Dieser Weg ist am einfachsten umzusetzen.

Bei einer Novelle sollte der Gesetzgeber im Hinblick auf die Angemessenheit von Strafen auch einen Blick, auf strafgerichtliche Normen wie dem Sozialbetrugsbekämpfungsgesetz (SBBG) machen. Die Verhängung von (teil)bedingten Strafen ist dort zumindest gesetzlich möglich ist. Auch die Höhe des Beitrages zu den Verfahrenskosten ist im Strafverfahren wesentlich moderater als bei Aufrechterhaltung des Kumulationsprinzips im Verwaltungsstrafverfahren. Ein Ende des Strafexzesses im Verwaltungsstrafrecht ist jedenfalls in Sicht.

Dr. iur. Georg Bruckmüller, Rechtsanwalt, Linz

35 § 64 Abs. 1 VStG.

36 § 52 VwGVG.