



universität
wien

MASTER THESIS | MASTER'S THESIS

Titel | Title

Die Janusköpfigkeit der Spruchpraxis des VwGH zum LSD-BG und AuslBG
Vom Suchen und Finden angemessener Sanktionen nach den Entscheidungen des
EuGH in den Rs Maksimovic und MT gegen Landespolizeidirektion

verfasst von | submitted by

Mag.iur. Marcel Pliemitscher

angestrebter akademischer Grad | in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Master of Laws (LL.M.)

Wien | Vienna, 2026

Studienkennzahl lt. Studienblatt |
Degree programme code as it appears on the
student record sheet:

UA 999 101

Universitätslehrgang lt. Studienblatt | Post-
graduate programme as it appears on the stu-
dent record sheet:

Arbeitsrecht

Betreut von | Supervisor:

Mag. Mag. Dr. Diana Niksova Bakk.

Abstract

Das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, kurz LSD-BG, ist ein recht junges Gesetz, dessen ursprüngliche Bestimmungen im Mai 2011, damals noch im AVRAG (Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz), in Kraft traten. Die Bestimmungen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping wurden jedoch bereits mehrfach Novellierungen unterzogen. Speziell die Sanktionsnormen sind immer wieder zentraler Diskussionspunkt, vor allem seit der Rs *Maksimovic* vor dem EuGH. Diese Rechtsprechung ist ebenso der Ausgangspunkt dieser Arbeit, denn dadurch mussten der VfGH (Verfassungsgerichtshof) sowie der VwGH (Verwaltungsgerichtshof) die Sanktionsnormen des AVRAG sowie in weiterer Folge des LSD-BG, aber auch des AuslBG (Ausländerbeschäftigungsgesetz), in unionsrechtskonformer Interpretation auslegen.

Beide Gerichtshöfe hatten bis zu einem gewissen Grad unterschiedliche Auffassungen zu den relevanten Regelungen. Dies zeigt sich speziell an der Interpretation der Strafbestimmungen des AuslBG. Gleichzeitig ging der VwGH selbst divergierend mit den relevanten Normen des AVRAG sowie des AuslBG um, obwohl der EuGH zu beiden Regelungen gleichermaßen absprach. Schlussendlich erging eine weitere Novelle zum LSD-BG im Jahr 2021, welche vielfach kritisiert wurde.

Für die Zwecke einer bevorstehenden Gesetzesänderung soll diese Aufarbeitung und Analyse der Rsp der beiden Gerichtshöfe infolge der Rs *Maksimovic*, insbesondere zu den §§ 7i Abs 4 AVRAG idF BGBl I 2014/94 bzw 27, 28 LSD-BG idF BGBl I 2016/44 sowie § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG, dienen. Ebenso wird in diesem Zusammenhang auf die EuGH-Rs *Landespolizeidirektion Steiermark ua (I)* zu § 52 Abs 2 GSpG und die Folgerechtsprechung des VwGH eingegangen, denn diese haben speziell Bedeutung für die Beurteilung der ehemaligen Regelung des Delikts der Unterentlohnung selbst und der Sanktionsbestimmung des § 28 AuslBG sowie für zukünftige Möglichkeiten.

Die Tage bis zur nächsten Novelle scheinen jedenfalls bereits gezählt.

Abstract

The Anti-Wage and Social Dumping Act (LSD-BG) is a relatively young law whose original provisions entered into force in May 2011, at that time still within the AVRAG (Employment Contract Law Amendment Act). These provisions for combating wage and social dumping have, however, been amended several times. The sanction provisions in particular are a recurring point of discussion, especially since the case *Maksimovic* before the European Court of Justice (ECJ). This case law is also the starting point of this work, as it required both the Constitutional Court (VfGH) and the Administrative Court of Justice (VwGH) to interpret the sanction provisions of the AVRAG and, subsequently, the LSD-BG, as well as the Act Governing the Employment of Foreign Nationals (AuslBG), in a manner consistent with EU law.

Both courts had, to a certain extent, differing views on the relevant regulations. This is particularly evident in the interpretation of the penal provisions of the AuslBG. At the same time the VwGH itself dealt with the relevant provisions of the AVRAG and the AuslBG inconsistently, even though the ECJ had ruled identically on both regulations. Finally, a further amendment to the LSD-BG was enacted in 2021, which was widely criticized.

For the purposes of an upcoming legislative amendment, this review and analysis of the judicial practice of the VwGH and VfGH following the case *Maksimovic*, particularly concerning sec 7i para 4 AVRAG as amended by Federal Law Gazette I 2014/94, and secs 27, 28 LSD-BG as amended by Federal Law Gazette I 2016/44, as well as sec 28 para 1 no 1 AuslBG, is intended to serve as a basis for consideration. In this context, the ECJ case *Landespolizeidirektion Steiermark ua (1)* concerning sec 52 para 2 of the Law on Games of Chance (GSpG) and the subsequent judicial practice of the VwGH are also addressed, as these are particularly relevant for assessing the former regulations governing the offense of underpayment itself and the sanction provision of sec 28 of the AuslBG, as well as future possibilities.

The days until the next amendment already seem to be numbered, in any case.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	VI
I. Einleitung	1
A. Die Vorgeschichte: EuGH Rs <i>Maksimovic</i>	2
B. Die Reaktion Österreichs auf die EuGH-Entscheidung in der Rs <i>Maksimovic</i>	3
C. Gliederung der Arbeit	4
II. Die relevanten Strafnormen des LSD-BG/AVRAG, AuslBG sowie GSpG	5
A. Europarechtliche Grundlagen zum AVRAG/LSD-BG	6
A.1. Entsende-RL	6
A.2. Durchsetzungs-RL	7
B. Bisherige nationale Umsetzung des AVRAG/LSD-BG <i>prae-Maksimovic</i>	7
B.1. AVRAG idF BGBl I 2011/24	7
B.2. AVRAG idF BGBl I 2014/94	9
B.3. LSD-BG BGBl I 2016/44	13
C. Die einschlägige Bestimmung des § 28 AuslBG	13
D. Die einschlägige Bestimmung des § 52 GSpG	14
III. Die Entscheidungen in den Rs <i>Maksimovic</i> sowie <i>Landespolizeidirektion Steiermark</i> des EuGH	15
A. Rs <i>Maksimovic</i> und Folgejudikatur	15
B. Entscheidungen zum Glücksspielgesetz	19
C. Zwischenergebnis	21
IV. Die Judikatur der österreichischen Höchstgerichte vor sowie nach der Rs <i>Maksimovic</i> ...	22
A. VfGH	23
B. VwGH	28
B.1. Rsp zu Lohn- und Sozialdumping	28
B.2. Parallel-Rsp zum AuslBG und GSpG seit der Rs <i>Maksimovic</i>	38
B.3. Vergleichende Analyse	43
B.3.a. Formaldelikte	43

B.3.b. Unterentlohnung	45
B.3.c. Detaillierter Vergleich und Erkenntnisse	46
V. Zusammenfassung der Ergebnisse	49

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
ABl	Amtsblatt der EU, C: Mitteilungen und Bekanntmachungen, L: Rechtsvorschriften
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der EU, konsolidierte Fassung, ABl C 2016/202, 47
AK	Kammer für Arbeiter und Angestellte
Art	Artikel
ASoK	Arbeits- und Sozialrechtskartei
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz BGBl 1955/189 idF BGBl I 2025/107
AuslBG	Ausländerbeschäftigungsgesetz BGBl 1975/218 idF BGBl I 2025/87
AVRAG	Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz BGBl 1993/459 idF BGBl I 2025/111
AZG	Arbeitszeitgesetz BGBl 1969/461 idF BGBl I 2025/19
BAO	Bundesabgabenordnung BGBl 1961/194 idF BGBl I 2025/98
BGBI	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
bspw	beispielsweise
BUAK	Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse
BVB	Bezirksverwaltungsbehörde
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1 (Wiederverlautbarung) idF BGBl I 2024/89
bzw	beziehungsweise
CC-LSDB	Kompetenzzentrum Lohn- und Sozialdumpingbekämpfung
dh	das heißt
DRdA	Das Recht der Arbeit
DRdA-infas	Aktuelle Informationen aus dem Arbeitsrecht und Sozialrecht
dRGBI	Deutsches Reichsgesetzblatt

Durchsetzungs-RL	RL 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 L 2014/159, 11
ECLI	European Case Law Identifier
EG	Europäische Gemeinschaft
Entsende-RL	RL 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 L 1997/18, 1 idF ABl L 2019/91, 77
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWK	Europäischer Wirtschaftsraum
f	folgend
ff	fortfolgend
GP	Gesetzgebungsperiode
GSpG	Glücksspielgesetz BGBl 1989/620 idF BGBl I 2025/50
Hrsg	Herausgeber:in
ICT	Intra-Corporate Transfer
idF	in der Fassung
ieS	im engeren Sinn
IMI	Internal Market Information System
iVm	in Verbindung mit
KLVwG	Landesverwaltungsgericht Kärnten
lit	litera
LSD-BG	Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz BGBl I 2016/44 idF BGBl I 2024/45
LVwG	Landesverwaltungsgericht
mE	meines Erachtens
NÖ	Niederösterreich

ÖGB	Österreichischer Gewerkschaftsbund
ÖGK	Österreichische Gesundheitskasse
PD-A1	Portable Document A1
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RL	Richtlinie der EU
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
ua	unter anderem
UGB	Unternehmensgesetzbuch dRGBI 1897/219 idF BGBI I 2026/6
uU	unter Umständen
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des VfGH
vgl	vergleiche
VGW	Verwaltungsgericht Wien
VStG	Verwaltungsstrafgesetz 1991 BGBI 1991/52 (Wiederverlautbarung) idF BGBI I 2025/50
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwGVG	Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz BGBI I 2013/33 idF BGBI I 2024/147
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
Z	Ziffer
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZKO	Zentrale Koordinationsstelle
ZWF	Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht

I. Einleitung

Das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, kurz LSD-BG¹, ist ein recht junges Gesetz, dessen ursprüngliche Bestimmungen im Mai 2011, damals im AVRAG² (Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz) eingebettet, in Kraft traten, ehe sie 2017 ihr „Zuhause“ im eigens geschaffenen Gesetz dieses Titels fanden. Obwohl es sich um ein solch relativ junges Gesetz handelt, haben die Bestimmungen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping bereits einige Novellen erlebt, vor allem aufgrund ihrer politischen Brisanz. Von besonderer Bedeutung für diese Novellen waren auch drei Entscheidungen des EuGH, nämlich die Rs *Cepelnik*³, *Maksimovic*⁴ sowie *Dobersberger*⁵, und deren Folgeentscheidungen. Während in Ersterer das System bezüglich der in gewisser Weise sanktionierenden Sicherungsmaßnahmen wie die Sicherheitsleistung und den Zahlungsstopp kritisiert wurde und im letzten Fall überhaupt die Anwendung des Entsendebegriffs auf fahrendes Personal im Raum stand, erblickte der EuGH in der Rs *Maksimovic* unter anderem zu den zentralen Vorschriften der Sanktionen des AVRAG eine Unverhältnismäßigkeit zum Unionsrecht. Diese Entscheidung ist der Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit. Während die österreichischen Höchstgerichte VfGH (Verfassungsgerichtshof) sowie VwGH (Verwaltungsgerichtshof) bis zur Rs *Maksimovic* in ständiger Rsp die Bestimmungen des AVRAG als verfassungskonform anerkannten, mussten sie von ihrer Linie nach der Entscheidung des EuGH umfassend abweichen. UU, was noch zu zeigen sein wird, gingen beide Höchstgerichte unterschiedlich mit den relevanten Bestimmungen um. Gleichzeitig ging der VwGH selbst divergierend zu den verfahrensrelevanten Normen des AVRAG sowie des AuslBG (Ausländerbeschäftigungsgesetz)⁶ um, obwohl der EuGH zu beiden Regelungen gleichermaßen absprach. Schlussendlich mündeten diese Diskrepanzen in einer weiteren Novelle des mittlerweile schon bestehenden LSD-BG im Jahr 2021, welche vielfach kritisiert wurde, da ua vor allem in Anlehnung an die VwGH-Rsp die Strafenkumulierung abgeschafft wurde. Für die Zwecke einer bevorstehenden Gesetzesänderung könnte diese Aufarbeitung und Analyse der Rsp der österreichischen Höchstgerichte in der Folge der Rs *Maksimovic* zu den ehemaligen

¹ LSD-BG BGBl I 2016/44.

² AVRAG BGBl 1993/459 idF BGBl I 2014/94.

³ EuGH C-33/17, *Cepelnik*, ECLI:EU:C:2018:896.

⁴ EuGH C-64/18, *Zoran Maksimovic u. a. gegen Bezirkshauptmannschaft Murtal und Finanzpolizei*, ECLI:EU:C:2019:723.

⁵ EuGH C-16/18, *Dobersberger gegen Magistrat der Stadt Wien*, ECLI:EU:C:2019:1110.

⁶ AuslBG BGBl 1990/450 idF BGBl I 2013/72.

Sanktionsnormen durchaus Bedeutung haben, da die Abschaffung der Kumulierung uU nicht vonnöten gewesen und somit deren nunmehrige Wiedereinführung durchaus denkbar wäre. Die Tage bis zur nächsten Novelle scheinen jedenfalls bereits gezählt.

A. Die Vorgeschichte: EuGH Rs *Maksimovic*

Wie ist es nun zu der vielfach kritisierten Gesetzesänderung durch BGBl I 2021/174, die das Sanktionensystem des LSD-BG grundlegend veränderte, gekommen? Warum sind die österreichischen Höchstgerichte von ihrer bisherigen unzweideutigen Rechtsprechung abgegangen?

Ausgangspunkt ist die Entscheidung des EuGH C-64/18, *Zoran Maksimovic* u. a. gegen Bezirkshauptmannschaft Murtal und Finanzpolizei, ECLI:EU:C:2019:723:

Im Juli 2014 beauftragte die *Zellstoff Pöls AG* mit Sitz in Pöls, Österreich, die ebenso in Österreich ansässige *Andritz AG* mit den Arbeiten zur Sanierung und Wiederinbetriebnahme einer Kesselanlage. Diese wiederum beauftragte hierzu die kroatische *Brodmont d.o.o.*, welche in weiterer Folge 217 Arbeitnehmer an der gegenständlichen Baustelle arbeiten ließ. Während dieser Tätigkeiten führte die Finanzpolizei Österreich mehrere Kontrollen durch und verlangte die vollständigen Lohnunterlagen zu allen betroffenen Arbeitnehmern ab. Aufgrund dessen verhängte die *Bezirkshauptmannschaft Murtal* gegen Herrn *Maksimovic*, den Geschäftsführer der Überlasserin *Brodmont d.o.o.* eine Geldstrafe in Höhe von 3.255.000 EUR gemäß § 7i Abs 4 AVRAG idF BGBl I 2014/94, da das Unternehmen gegen die in § 7d AVRAG idF BGBl I 2014/94 normierte Verpflichtung verstieß, der Beschäftigten *Andritz AG* die Lohnunterlagen der Arbeitskräfte bereitzustellen. Ebenso wurden Strafen gegen die Vorstandsmitglieder Letzterer in Höhen von je 2.604.000 EUR und 2.400.000 EUR aufgrund der Verstöße gegen die Bereithaltungspflicht von Lohnunterlagen gem §§ 7d, 7i Abs 4 AVRAG bzw die Einholung von Beschäftigungsbewilligungen nach § 28 Abs 1 Z 1 lit a iVm § 3 Abs 1 AuslBG verhängt. Für den Fall der Uneinbringlichkeit wurden Ersatzfreiheitsstrafen von 1.736 bzw 1.600 Tagen ausgesprochen.⁷ Die Bestraften erhoben Beschwerde beim Landesverwaltungsgericht Steiermark, welches in weiterer Folge den EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art 267 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) anrief.

⁷ *Kühteubl/Diensthuber*, Novelle des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes 2021 (Teil II), ZAS 2021, 282.

„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.“⁸

Der EuGH urteilte, dass nationale Bestimmungen, welche zur Einholung behördlicher Genehmigungen und zur Bereithaltung von Lohnunterlagen verpflichten und deren Nichtbefolgung unter Strafe stellen, im Sinne einer Unverhältnismäßigkeit nicht dem Unionsrecht entsprechen, sofern folgende fünf Punkte in einer Gesamtschau vorliegen: gesetzliche Mindeststrafen, Strafen, die für jeden betreffenden Arbeitnehmer / jede betreffende Arbeitnehmerin kumulativ verhängt werden, Strafen ohne höhenmäßige Beschränkung, ein Verfahrenskostenbeitrag von 20 % bei Abweisung eines Rechtsmittels und die Verhängung von Ersatzfreiheitsstrafen.

Somit hat der EuGH ein bewegliches System für die Angemessenheit eines Sanktionensystems statuiert. Die Rechtsprechung erging zur Vorgängerbestimmung des § 28 LSD-BG, nämlich § 7i Abs 4 AVRAG⁹, sowie auch speziell zu § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG.

B. Die Reaktion Österreichs auf die EuGH-Entscheidung in der Rs Maksimovic

Die Republik Österreich hatte also einen gewissen Spielraum, die bestehenden Sanktionsregelungen im LSD-BG, welche beinahe inhaltsgleich aus dem AVRAG übernommen wurden, dem Unionsrecht entsprechend zu gestalten. Die Bezirksverwaltungsbehörden sowie die Verwaltungsgerichte waren folgend in einer schwierigen Situation. Wie sollten sie in der Zeit bis zur Reparatur des Gesetzes entscheiden?

Schließlich waren dann der VwGH sowie der VfGH am Zug. Ersterer entschied in richterlicher Rechtsfortbildung, dass im Rahmen einer unionsrechtskonformen Auslegung im Sinne der Verhältnismäßigkeit die Wortfolge „für jede/n Arbeitnehmer/in“ zu streichen war.¹⁰

⁸ EuGH C-64/18, *Zoran Maksimovic u. a. gegen Bezirkshauptmannschaft Murtal und Finanzpolizei*, ECLI:EU:C:2019:723, Rz 19.

⁹ AVRAG BGBl 1993/459 idF BGBl I 2014/94.

¹⁰ VwGH 15.10.2019, Ra 2019/11/0033.

Obwohl der EuGH bisher keine Entscheidung zum Delikt der Unterentlohnung selbst zu treffen hatte und die Rechtsprechung des VfGH¹¹ betreffend die damalige Bestimmung, nämlich § 7i Abs 5 AVRAG (nun § 29 LSD-BG), keine Unionsrechtswidrigkeit erblickte, änderte der Gesetzgeber diese Bestimmung dennoch ebenso. Darüber hinaus hat der VwGH aufgrund der Entscheidung des EuGH in der Rs *Landespolizeidirektion Steiermark ua (I)*¹² zu einer der Sanktionsnorm des Delikts der Unterentlohnung sehr ähnlichen Bestimmung des § 52 GSpG (Glücksspielgesetz)¹³ ebenso wenig eine Unverhältnismäßigkeit zum Recht der europäischen Union erblickt. Erst als die Bestimmungen innerhalb des LSD-BG bereits durch den Gesetzgeber novelliert waren, und zwar in der Hinsicht, dass durch § 72 Abs 10 letzter Satz LSD-BG die nun neuen Sanktionsnormen auf alle anhängigen LSD-BG-Verfahren anzuwenden sind, erläuterte der VwGH, dass zur alten Rechtslage nach dem AVRAG eine planwidrige Lücke vorlag, die durch Analogie so zu schließen war, dass für alle noch anhängigen Verfahren gemäß § 7i Abs 5 AVRAG ebenso, wie es der Gesetzgeber nun vorsah, eine Gesamtstrafe ohne Mindeststrafe zu verhängen war¹⁴.

Diese Ausführungen führen mich somit zu **meiner Forschungsfrage**, nämlich ob man Schlüsse aus der Rsp der österreichischen Höchstgerichte, vor allem des VwGH, ziehen kann, die für die allfällige zukünftige Novelle des LSD-BG, oder aber auch möglicherweise des AuslBG, eine gewisse Bedeutung haben könnten, und welche Schlüsse diese dann wären. Jedenfalls fordern der ÖGB (Österreichischer Gewerkschaftsbund) sowie die AK (Kammer für Arbeiter und Angestellte) schon seit langer Zeit die Wiedereinführung des Kumulationsprinzips, welches im Zuge der Novelle 2021 für das LSD-BG abgeschafft wurde, jedoch im AuslBG beibehalten wurde.

Das aktuelle Regierungsprogramm formuliert bereits für potenzielle Änderungen:

*„Gegen **Kontrollvereitelung und eklatante Unterentlohnung müssen wirkungsvolle Sanktionen eingeführt werden.**“¹⁵*

C. Gliederung der Arbeit

¹¹ VfGH 26.06.2020, E 4329/2019.

¹² EuGH C-231/20, *MT gegen Landespolizeidirektion Steiermark ua*, ECLI:EU:C:2021:845.

¹³ GSpG 1989/620 idF BGBl I 2019/104.

¹⁴ VwGH 12.10.2021, Ra 2019/11/0015 Rz 33-36; 08.09.2022, Ra 2021/11/0093; Vgl *Fädler*, Das verwaltungsstrafrechtliche Kumulationsprinzip Innerstaatliche Grundlagen und unionsrechtliche Grenzen (2024) 157.

¹⁵ *ÖVP/SPÖ/NEOS in Bundeskanzleramt* (Hrsg), Jetzt das Richtige tun. Für Österreich. Regierungsprogramm 2025-2029, 97.

Nach dieser kurzen Einleitung, die das Thema der Arbeit erläutert, folgt eine Darstellung der zu vergleichenden relevanten Sanktionsnormen, nämlich der §§ 7i Abs 4 AVRAG idF BGBl I 2014/94 bzw 27, 28 LSD-BG idF BGBl I 2016/44, des § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG sowie des § 52 Abs 1 Z 1, Abs 2 GSpG. Ebenso wird knapp auf die europarechtlichen Vorgaben zum AVRAG/LSD-BG, also die EU-Entsenderichtlinie¹⁶ (in der Folge Entsende-RL) und ihre Durchsetzungsrichtlinie¹⁷ (in der Folge Durchsetzungs-RL), eingegangen. In weiterer Folge wird die EuGH-Judikatur in den Rs *Maksimovic* sowie *Landespolizeidirektion Steiermark ua (I)* dargestellt. Hierauf folgt die Judikatur des VfGH und des VwGH, teilweise auch von LVwG (Landesverwaltungsgerichten), vor den Entscheidungen des EuGH sowie besonders die Rechtsprechungslinien im Anschluss an die beiden bedeutenden Rs des EuGH, und deren Umgang mit den nationalen Bestimmungen im Lichte der europarechtlichen Vorgaben, besonders die Entscheidung des VwGH 15.10.2019, Ra 2019/11/0033, welche in der Novelle des LSD-BG 2021¹⁸ mündeten. Weiters folgt in diesem Zusammenhang die vergleichende Analyse zu dieser Praxis der Höchstgerichte und die Schlüsse, welche man daraus ziehen kann, insbesondere in Bezug auf eine bevorstehende mögliche Novelle. In diesem Zusammenhang könnte uU die Bestimmung des § 28 AuslBG¹⁹ eine gewisse Vorbildwirkung haben, die jedoch zweifelhaft scheint, da sie ja ebenso Teil der Ausgangslage des vorhin genannten EuGH-Urteils war, welche seiner Auslegung zugrunde lag. Die Sanktionsnormen des AuslBG wurden interessanterweise nicht vom Gesetzgeber abgeändert. In weiterer Folge entschied auch der VfGH²⁰, dass diese Bestimmung verfassungskonform ist. Auf diese höchstgerichtliche Unterscheidung zwischen AVRAG/LSD-BG und AuslBG entgegen der Rechtsprechung des EuGH wird explizit Augenmerk gelegt. Abschließend runde ich diese Arbeit mit der Zusammenfassung meiner Ergebnisse ab.

II. Die relevanten Strafnormen des LSD-BG/AVRAG, AuslBG sowie GSpG

¹⁶ RL 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 L 1997/18, 1.

¹⁷ RL 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 L 2014/159, 11.

¹⁸ LSD-BG BGBl I 2016/44 idF BGBl I 2021/174.

¹⁹ AuslBG BGBl 1990/450 idF BGBl I 2020/98.

²⁰ VfGH 02.12.2021, G 123/2021.

A. Europarechtliche Grundlagen zum AVRAG/LSD-BG

Im Rahmen dieser Arbeit beschränke ich mich auf einen kurzen Überblick zu den konkreten Sekundärrechtsakten.

A.1. Entsende-RL

Eines der wesentlichsten Ziele der EU ist die Beseitigung der Hindernisse für den freien Personen- und Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten. Diese Grundfreiheiten sind im europäischen Binnenmarkt verwirklicht. Bedeutende Voraussetzung für den länderübergreifenden Dienstleistungsverkehr sind der faire Wettbewerb sowie der Schutz der Rechte der entsandten Arbeitnehmer:innen. Die Erbringung von Dienstleistungen im Rahmen von Entsendungen und Überlassungen mussten dadurch koordiniert werden. Die Entsende-RL legt diesbezüglich einen „harten Kern“ zwingender Mindestbedingungen fest, welche unbedingt einzuhalten sind.²¹

Art 3 Abs 1 lit c der Richtlinie formuliert explizit, dass die Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze, die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird, als Teil der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantiert sind.

In Art 5 wird festgelegt, dass die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen für den Fall der Nichteinhaltung dieser Richtlinie vorsehen.

Die Entsende-RL erfuhr im Jahr 2018 eine Novelle durch ihre Änderungs-RL, um das „Gleichgewicht zwischen der Notwendigkeit der Förderung der Dienstleistungsfreiheit und der Gewährleistung gleicher Wettbewerbsbedingungen einerseits und zum anderen der Notwendigkeit des Schutzes der Rechte entsandter Arbeitnehmer“ weiterhin aufrechtzuerhalten. Der Grundsatz des gleichen Entgelts wurde sekundärrechtlich bereits umgesetzt.²²

Nun wurden die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen erweitert²³, unter anderem wurden die Mindestlohnsätze durch den Begriff Entlohnung ersetzt. Damit soll auf das insgesamt zustehende Bruttoentgelt abgestellt werden (einschließlich Sonderzahlungen und Entsendezulagen).

²¹ Erwägungsgrund 14 RL 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 L 1997/18, 2.

²² Erwägungsgrund 4 RL 2018/957/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl L 2018/173, 16.

²³ *Niksova*, Novelle des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes 2021 (Teil I), ZAS 2021, 272.

Außerdem wurde dessen Art 5 dem Art 20 der Durchsetzungs-RL angepasst, wonach vorgesehene Sanktionen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen.

A.2. Durchsetzungs-RL

Darin wurde unter anderem (zB IMI – Internal Market Information System – Binnenmarkt-Informationssystem) ein gemeinsamer „Rahmen einer Reihe angemessener Bestimmungen, Maßnahmen und Kontrollmechanismen festgelegt, die für eine bessere und einheitlichere Durchführung, Anwendung und Durchsetzung der EntsenderL in der Praxis notwendig sind, einschließlich Maßnahmen zur Verhinderung und Sanktionierung jeglichen Missbrauchs und jeglicher Umgehung der anzuwendenden Rechtsvorschriften.

„(...) Zweck dieser Richtlinie ist die Gewährleistung eines angemessenen Schutzniveaus hinsichtlich der Rechte entsandter Arbeitnehmer im Rahmen der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen, insbesondere der Durchsetzung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen (...).“²⁴

Hierin wurde speziell festgelegt, dass die vorgesehenen Sanktionen der Mitgliedstaaten wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen.²⁵

B. Bisherige nationale Umsetzung des AVRAG/LSD-BG prae-Maksimovic

B.1. AVRAG idF BGBl I 2011/24

In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage wurde als wesentlich Folgendes festgeschrieben:
*„Lohn- und Sozialdumping ist eine sozialpolitisch unerwünschte Erscheinung, die nicht nur Arbeitnehmer/innen das ihnen zustehende Entgelt für die erbrachte Arbeitsleistung vorenthält, sondern auch einen fairen Wettbewerb zwischen den Unternehmen untergräbt. Gerade im Zuge der Öffnung des Arbeitsmarktes kann es zu einer Verstärkung dieses negativen Phänomens kommen.“*²⁶

Die definierten Ziele sind Maßnahmen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping, die Sicherung gleicher Arbeitsmarkt- und Lohnbedingungen für bestehende Arbeitsverhältnisse

²⁴ Art 1 RL 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 L 2014/159, 16f.

²⁵ Krömer/Toifl, Verwaltungsstrafbestimmungen des AVRAG/LSD-BG unionsrechtswidrig, taxlex 2020, 56.

²⁶ ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP 1.

sowie von Arbeitsverhältnissen von zuwandernden Arbeitnehmer:innen, die Sicherung des fairen wirtschaftlichen Wettbewerbs zwischen den Unternehmen sowie die Sicherstellung der vorgegebenen Abgaben und Sozialbeiträge.

Eine geringere Arbeitslosigkeit iVm mehr regulären Beschäftigungsverhältnissen bedeutet einerseits einen verminderten Aufwand bezüglich des Arbeitslosengeldes sowie andererseits höhere Beitragseinnahmen.²⁷

Die verstärkte Kontrolle betreffend die Einhaltung des gesetzlichen bzw kollektivvertraglichen Grundlohns sollte die Verdrängung österreichischer oder in Österreich ansässiger Arbeitnehmer:innen des EWR-Raums durch die neuzuströmenden Arbeitssuchenden im Rahmen der Öffnung des Arbeitsmarktes im Mai 2011 verhindern.

Schlussendlich würden durch die Wahrung der Wettbewerbsfähigkeit zwischen den Unternehmen alle verfügbaren Ressourcen auf dem Arbeitsmarkt optimal genützt und in weiterer Folge, neben höheren Beitrags- und Steuereinnahmen durch Hintanhaltung eines Verdrängungswettbewerbs, mit einem *„stabileren und durchschnittlich höheren Beschäftigungsniveau gerechnet werden.“*²⁸

Außerdem ging der österreichische Gesetzgeber auf die bis dahin unionsrechtlichen Vorgaben aus der Rsp des EuGH ein.²⁹

Es wurde betont, dass nicht die Verhängung von Geldstrafen das Ziel ist, sondern die **Sicherstellung** des Mindestlohns. Arbeitgeber:innen sollen nicht pönalisiert werden, sondern das Gesetz primär **präventive Wirkung** entfalten.³⁰

Die ursprünglichen Normen des AVRAG idF BGBl I 2011/24 sind hier nicht weiter zu thematisieren, da sie nicht von Bedeutung waren für die Entscheidung des EuGH und die Folgerechtsprechung des VwGH, da zu diesen Zeitpunkten bereits die folgende Fassung in Kraft war:

²⁷ ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP 1.

²⁸ ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP 1.

²⁹ ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP 7.

³⁰ ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP 3.

B.2. AVRAG idF BGBl I 2014/94

Die §§ 7, 7a und 7b AVRAG idF BGBl I 2014/94 formulierten ganz grundsätzlich, dass Arbeitnehmer:innen, welche von Arbeitgeber:innen beschäftigt werden, die ihren Sitz nicht in Österreich haben, zwingend Anspruch auf zumindest jenes nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt haben, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmer:innen von vergleichbaren Arbeitgeber:innen gebührt. In den §§ 7a Abs 1 und 7b Abs 1 wurde weiters festgelegt, dass im Falle der Normierung von Sonderzahlungen laut Gesetz, Kollektivvertrag oder Verordnung der/die Arbeitgeber:in diese dem/der Arbeitnehmer:in aliquot für die jeweilige Lohnzahlungsperiode zusätzlich zum laufenden Entgelt zu leisten hatte.

§ 7b Abs 8 AVRAG idF BGBl I 2014/94 sanktionierte die nicht, nicht rechtzeitige oder nicht vollständige Erstattung bzw die Erstattung durch wissentlich unrichtige Angaben der Meldungen/Änderungsmeldungen über die Entsendung/Überlassung aus dem EU-Ausland an die Zentrale Koordinationsstelle (ZKO3- bzw ZKO4-Meldungen) und deren Nichtbereithaltung, ebenso des sozialversicherungsrechtlichen PD-A1-Formulars bei Entsendungen/Überlassungen aus dem EU-Ausland, sowie die Nicht-Zugänglichmachung aller eben genannten Dokumente direkt vor Ort über elektronischen Weg oder die Nichtübermittlung dieser Unterlagen. Eine Zuwiderhandlung war eine Verwaltungsübertretung und von der Bezirksverwaltungsbehörde entsprechend zu ahnden. Für jede/n betroffene/r Arbeitnehmer/in war eine Geldstrafe von 500 EUR bis 5.000 EUR, im Wiederholungsfall von 1.000 EUR bis 10.000 EUR, zu verhängen.

§ 7d AVRAG idF BGBl I 2014/94 formulierte spezifisch, dass die Lohnunterlagen Arbeitsverträge oder Dienstzettel, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen sowie Unterlagen betreffend dielohneinstufung sind. Diese Unterlagen waren ganz grundsätzlich in deutscher Sprache vorzulegen.³¹

§ 7i AVRAG idF BGBl I 2014/94 wurde im Vergleich zur Vorgängerbestimmung des AVRAG idF BGBl I 2011/24 etwas abgeändert und neu geregelt:

³¹ ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP 6.

Abs 1 statuierte die Sanktion für die Nichtübermittlung der Lohnunterlagen, und zwar, dass die Strafen für jede/n Arbeitnehmer:in (Klarstellung zur früheren Rechtslage³²) zu verhängen, sowie, dass die Lohnunterlagen nicht mehr, wie bis dahin, binnen 24 Stunden nachweislich zu übermitteln, sondern bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden³³ sind (§§ 7f Abs 1 Z 3, 7g Abs 2, 7h Abs 2). Die Geldstrafe betrug 500 bis 5.000 EUR, im Wiederholungsfall von 1.000 bis 10.000 EUR.

Die Sanktionen für die weiteren Vereitelungshandlungen im Rahmen der Kontrollen von ausländischen Arbeitgeber:innen, nämlich die Verweigerung des Zutritts zu den Betriebsstätten, Betriebsräumen und auswärtigen Arbeitsstätten oder Arbeitsstellen sowie den Aufenthaltsräumen der Arbeitnehmer:innen und das damit verbundene Befahren von Wegen oder die Erteilung von Auskünften bzw das sonstige die Kontrolle erschwerende oder behindernde Verhalten, wurden in Abs 2 abgebildet. Hierbei wurde der Strafraum im Vergleich zur vorherigen Rechtslage erhöht, und zwar hatte die Geldstrafe 1.000 bis 10.000 EUR, im Wiederholungsfall 2.000 bis 20.000 EUR, zu betragen.

Die Verweigerung der Einsichtnahme in die Unterlagen wurde in Abs 2a geregelt, und zwar ebenso pro Arbeitnehmer:in sowie mit einer im Vergleich zur früheren Rechtslage erhöhten Strafdrohung von 1.000 bis 10.000 EUR bzw im Wiederholungsfall 2.000 bis 20.000 EUR.

Die Verweigerung der Einsichtnahme in die Unterlagen von inländischen Arbeitgeber:innen wurde in Abs 3 identisch statuiert.³⁴

In Abs 4 wurde die Strafregelung für die Nichtbereithaltung bzw Nichtbereitstellung der Lohnunterlagen vor Ort normiert. Ausländische Arbeitgeber:innen hatten im Rahmen von Entsendungen bzw inländische Arbeitgeber:innen als Beschäftigter:innen im Rahmen von Überlassungen aus dem EU-Ausland die Unterlagen vor Ort bereitzuhalten (§ 7i Abs 4 Z 1, 3). Ebenso hatten ausländische Überlasser:innen aus dem EU-Ausland bei grenzüberschreitenden Überlassungen die erforderlichen Lohnunterlagen dem/der Beschäftigter:in nachweislich bereitzustellen (§ 7i Abs 4 Z 2). Die diesbezüglichen Sanktionen aufgrund von

³² ErläutRV 319 BlgNR 25. GP 1.

³³ Vgl hierzu sowie zur Nachfolgebestimmung des § 27 Abs 1 LSD-BG *Zeisel*, ZAS 2019, 142 (142); VwGH 05.04.2017, Ra 2017/11/0003.

³⁴ Vgl hierzu sowie zur Nachfolgebestimmung des § 27 LSD-BG *Zeisel*, ZAS 2019, 142 (142).

Zu widerhandlungen wurden ebenso mit der nun expliziten Formulierung pro Arbeitnehmer:in sowie mit den hohen Strafrahmen wie bei der Unterentlohnung (siehe sogleich), nämlich 1.000 bis 10.000 EUR, im Wiederholungsfall 2.000 bis 20.000 EUR, festgeschrieben. Waren mehr als drei Arbeitnehmer:innen betroffen, betrug die Geldstrafe für jede/n unterentlohnnte/n Arbeitnehmer:in 2.000 bis 20.000 EUR, im Wiederholungsfall 4.000 bis 50.000 EUR.

Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage formulierten diesbezüglich damals bereits:

*„In der Praxis hat sich nämlich gezeigt, dass Arbeitgeber/innen oftmals eine Anzeige wegen des mit einer wesentlich geringeren Strafe bedrohten Tatbestands des Nicht-Bereithaltens von Lohnunterlagen **in Kauf genommen haben, um Unterentlohnungen zu „verschleiern“**, weil ohne diese Lohnunterlagen eine erfolgversprechende Anzeige wegen Lohndumping de facto regelmäßig nicht möglich ist. Mit der Anhebung der Strafrahmen entfällt die Möglichkeit eines solch **„günstigen Freikaufens“**.³⁵*

Das Delikt der Unterentlohnung selbst war in Abs 5 geregelt, mit einer Erweiterung zur Vorgängerbestimmung, welche nur das Vorenthalten des Grundlohns³⁶ sanktioniert hatte, und zwar auf den Begriff des Entgelts³⁷ (arbeitsrechtlicher weiter Entgeltbegriff)³⁸, ausgenommen die in § 49 Abs 3 ASVG (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz) angeführten Entgeltbestandteile, bspw Schmutzzulagen. Weiters wurde ausgeführt, dass bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume (also Monate) umfassen, eine einzige Verwaltungsübertretung vorlag. Überzahlungen auf allfällige Unterentlohnungen im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum waren anzurechnen. Betreffend Sonderzahlungen für dem ASVG unterliegende Arbeitnehmer:innen lag eine Verwaltungsübertretung nach dem ersten Satz nur dann vor, wenn der/die Arbeitgeber:in die Sonderzahlungen nicht oder nicht vollständig bis spätestens 31. Dezember des jeweiligen Kalenderjahres leistete.

Die Sanktionen für die Beschäftigung von Arbeitnehmer:innen ohne ihnen zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zu leisten, gliederten sich, wie bereits darauf hingewiesen, wie folgt:

Bei Unterentlohnung von höchstens drei Arbeitnehmer:innen betrug die Geldstrafe für jede/n Arbeitnehmer:in 1.000 bis 10.000 EUR, im Wiederholungsfall 2.000 bis 20.000 EUR, waren

³⁵ ErläutRV 319 BlgNR 25. GP 10f.

³⁶ Zehetner, Das LSD-BG in der Behördenpraxis, Teil 1 – Das Prüfverfahren, ZAS 2019, 138 (139).

³⁷ Vgl hierzu sowie zur Nachfolgebestimmung des § 29 LSD-BG Zehetner, ZAS 2019, 138 (139).

³⁸ ErläutRV 319 BlgNR 25. GP 11.

mehr als drei Arbeitnehmer:innen betroffen, für jede/n Arbeitnehmer:in 2.000 bis 20.000 EUR, im Wiederholungsfall 4.000 bis 50.000 EUR.³⁹ Im Vordergrund stand jedenfalls die Sicherstellung des Entgeltanspruchs der Arbeitnehmer:innen und nicht die Pönalisierung des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin.⁴⁰

Abs 5a statuierte noch, dass die Strafbarkeit bei Unterentlohnung nicht gegeben war, wenn der/die Arbeitgeber:in vor einer Erhebung der zuständigen Einrichtung⁴¹ nach den §§ 7f bis 7h (Abgabenbehörde, Träger der Krankenversicherung, BUAK) die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem/der Arbeitnehmer:in gebührenden Entgelt nachweislich leistete (Tätige Reue), und zwar das gesamte dem/der Arbeitnehmer:in zustehende arbeitsrechtliche Entgelt, und nicht nur die von der Lohnkontrolle nach § 7i Abs 5 AVRAG umfassten Entgeltbestandteile⁴².

Abs 6 formulierte unter anderem abschließend, dass bei einer geringen Unterschreitung des Entgelts oder bei leichter Fahrlässigkeit von der Verhängung einer Strafe abzusehen war, sofern der/die Arbeitgeber:in dem/der Arbeitnehmer:in die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem/der Arbeitnehmer:in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelt binnen einer von der Behörde festzusetzenden Frist nachweislich leistet. Der Passus der leichten Fahrlässigkeit ersetzte den früheren Wortlaut des geringfügigen Verschuldens. Ebenso war nicht mehr erforderlich, dass es sich um eine erste Unterschreitung handelte. Abgesehen davon war eine Nachzahlung jedenfalls als Strafmilderungsgrund zu berücksichtigen.

Ebenso wurde festgelegt, dass von der Verhängung einer Strafe abzusehen war, wenn der/die Arbeitgeber:in dem/der Arbeitnehmer:in die Entgeltdifferenz vor der Aufforderung durch die Bezirksverwaltungsbehörde (aber nach Anzeigenlegung) nachweislich leistete und die übrigen Voraussetzungen nach dem ersten Satz vorlagen. Letztlich wurde formuliert, dass in Fällen des Abs 5 § 45 Abs 1 Z 4 und letzter Satz VStG⁴³ (Verwaltungsstrafgesetz) nicht anzuwenden waren, also die Einstellung des Verfahrens oder Erteilung einer Ermahnung aufgrund der

³⁹ Vgl hierzu sowie zu der Nachfolgebestimmung des § 29 LSD-BG idF BGBl I 2016/44 *Zeisel*, Das LSD-BG in der Behördenpraxis Teil 2 – Verwaltungsstrafverfahren, ZAS 2019, 142 (143).

⁴⁰ Vgl bereits ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP 7.

⁴¹ Vgl hierzu sowie zu den Nachfolgeregelungen im LSD-BG *Zehetner*, ZAS 2019, 138 (138ff).

⁴² ErläutRV 319 BlgNR 25. GP 12.

⁴³ VStG BGBl 1991/52 (Wiederverlautbarung) idF BGBl I 2013/33.

Geringfügigkeit der Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes, der Intensität seiner Beeinträchtigung und des Verschuldens, nicht möglich waren.

B.3. LSD-BG BGBl I 2016/44

Am 13. Juni 2016 wurde schlussendlich kundgemacht, dass der Nationalrat am 18. Mai 2016 bzw der Bundesrat am 2. Juni 2016 beschlossen haben, die Bestimmungen zur Bekämpfung von Lohndumping vom AVRAG herauszuschälen und in ein neues Gesetz, das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – LSD-BG, zu gießen, welches am 1. Jänner 2017 in Kraft trat. Die Bestimmungen des § 7i AVRAG wurden nahezu identisch⁴⁴ in die §§ 26 bis 29 LSD-BG übernommen, wobei § 26 die Meldungen/Änderungsmeldungen über die Entsendung/Überlassung aus dem EU-Ausland an die Zentrale Koordinationsstelle (ZKO3- bzw ZKO4-Meldungen) sowie die Nichtbereithaltung des sozialversicherungsrechtlichen PD-A1-Formulars bei Entsendungen/Überlassungen aus dem EU-Ausland bzw dessen Nicht-Zugänglichmachung direkt vor Ort über elektronischen Weg betrifft, während § 27 die Nichtübermittlung der Unterlagen sowie weitere Vereitelungshandlungen beinhaltet, § 28 die Nichtbereithaltung und Nichtbereitstellung der Lohnunterlagen sowie § 29 die Unterentlohnung selbst „(Lohn- und Sozialdumping im engeren Sinne)“⁴⁵. Auch wurde festgeschrieben, dass der Arbeitsvertrag nun ebenso in englischer Sprache vorgelegt werden konnte.⁴⁶ Unter anderem wurde klargestellt, dass ein Absehen von der Strafe gemäß § 29 Abs 3 LSD-BG mittels eines Bescheids⁴⁷ zu erfolgen hat. Es ist hier generell zu betonen, dass eben lediglich von der Strafe abgesehen wird. Ein Straferkenntnis mit Schuldspruch wird dennoch erlassen, was zur Folge hat, dass der/die Arbeitgeber:in trotzdem vorbestraft ist und eine Eintragung in die Verwaltungsstrafevidenz erfolgt.⁴⁸

C. Die einschlägige Bestimmung des § 28 AuslBG

§ 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG normiert, dass, insofern nicht die Zuständigkeit der ordentlichen Strafgerichte nach § 28c AuslBG vorliegt, eine von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafende Verwaltungsübertretung gegeben ist, wenn ein/e Arbeitgeber:in eine/n Ausländer:in entgegen § 3 AuslBG beschäftigt, also „für den weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder der keine für diese Beschäftigung gültige

⁴⁴ Krömer/Tojfl, Verwaltungsstrafbestimmungen des AVRAG/LSD-BG unionsrechtswidrig, taxlex 2020, 56.

⁴⁵ Zeisel, ZAS 2019, 142 (143).

⁴⁶ ErläutRV 1111 BlgNR 25. GP 18.

⁴⁷ ErläutRV 1111 BlgNR 25. GP 23.

⁴⁸ VwGH 15.6.2022, Ra 2021/11/0041; VwGH 28.08.2024, Ra 2023/11/0167.

„Rot-Weiß-Rot – Karte“, „Blaue Karte EU, Aufenthaltsbewilligung als unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer („ICT“), Aufenthaltsbewilligung als mobiler unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer („mobile ICT“), Aufenthaltsbewilligung „Familiengemeinschaft“ mit Zugang zum Arbeitsmarkt (§ 20f Abs. 4)“ oder „Niederlassungsbewilligung – Künstler“ oder keine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, keine „Aufenthaltsberechtigung plus“, keinen Befreiungsschein (§ 4c) oder keinen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt – EU“ besitzt.“

§ 28 Abs 1 Z 1 AuslBG bestimmt betreffend die zu verhängenden Sanktionen weiters, dass im Falle der unberechtigten Beschäftigung von höchstens drei Ausländer:innen für jede/n unberechtigt beschäftigte/n Ausländer:in eine Geldstrafe von 1.000 EUR bis 10.000 EUR, im Wiederholungsfall von 2.000 EUR bis 20.000 EUR, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländer:innen für jede/n unberechtigt beschäftigte/n Ausländer:in eine Geldstrafe von 2.000 EUR bis 20.000 EUR, sowie im Wiederholungsfall von 4.000 EUR bis 50.000 EUR, über den/die Arbeitgeber:in zu verhängen ist.

D. Die einschlägige Bestimmung des § 52 GSpG

§ 52 Abs 2 GSpG normiert, dass bei Übertretung des Abs 1 Z 1, also wenn jemand zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen - das sind Ausspielungen, für die eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 ausgenommen sind (§ 2 Abs 4 GSpG) - veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer:in, dh selbständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn ausgerichtet sein (§ 2 Abs 2 GSpG), daran beteiligt, eine Verwaltungsübertretung vorliegt. Diesfalls ist der/die Täter:in von der Behörde zu bestrafen, und zwar in Konstellationen mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten bzw Eingriffsgegenstand mit einer Geldstrafe in der Höhe von 1.000 EUR bis zu 10.000 EUR, im Wiederholungsfall von 3.000 EUR bis zu 30.000 EUR, bei Übertretung mit mehr als drei Glücksspielautomaten/Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder Eingriffsgegenstand mit einer Geldstrafe von 3.000 EUR bis zu 30.000 EUR, bei Wiederholung von 6.000 EUR bis zu 60.000 EUR.

III. Die Entscheidungen in den Rs *Maksimovic* sowie *Landespolizeidirektion Steiermark* des EuGH

A. Rs *Maksimovic* und Folgejudikatur

Zum Sachverhalt in der Rs *Maksimovic* siehe bereits I.A. Aufgrund der großen Bedeutung des Falles für diese Arbeit, werden die wichtigsten Aspekte hier dargestellt:

In der zentralen Rs *Maksimovic* sprach der EuGH folgende elementare Punkte zu § 7i Abs 4 AVRAG idF BGBl I 2014/94 sowie § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG aus:

Aufgrund der vom LVwG Steiermark gemachten Angaben regelt die gegenständliche österreichische Bestimmung **nicht direkt die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen**, sondern soll die Kontrollwirksamkeit der nationalen Behörden in Bezug auf die genannten Bedingungen sicherstellen.⁴⁹

Der EuGH erläutert, dass nach seiner ständigen Rechtsprechung eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit jegliche Maßnahme ist, die jene untersagt, behindert oder weniger attraktiv macht.⁵⁰

Nationale Maßnahmen, die dazu geeignet sind, generell die Ausübung der garantierten Grundfreiheiten des AEUV zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, können jedoch unter bestimmten Umständen zulässig sein, nämlich aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, sofern sie dazu geeignet sind, das verfolgte Ziel gewährleisten zu können und nicht über das Notwendige zur Erreichung des Ziels hinausgehen. Dies ergibt sich aus der gefestigten Rechtsprechung.⁵¹

Ein solches Ziel kann jedenfalls der soziale Schutz der Arbeitnehmer:innen sein, vor allem die Verhinderung von Sozialbetrug und Missbrauch. Diese Aspekte können also eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen.⁵²

Konkret erläutert der EuGH, dass die Regelungen der §§ 7i Abs 4 AVRAG sowie 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG, die speziell Sanktionen für Verstöße gegen arbeitsrechtliche Verpflichtungen vorsehen, durch die die eben genannten Ziele erreicht werden sollen, als zur Erreichung der

⁴⁹ EuGH C-64/18, *Maksimovic*, ECLI:EU:C:2019:723 Rz 25.

⁵⁰ EuGH C-64/18, *Maksimovic*, ECLI:EU:C:2019:723 Rz 30.

⁵¹ EuGH C-64/18, *Maksimovic*, ECLI:EU:C:2019:723 Rz 35.

⁵² EuGH C-64/18, *Maksimovic*, ECLI:EU:C:2019:723 Rz 37.

angeführten Ziele **geeignet** sind, indem sie eben die Sicherstellung der Einhaltung der arbeitsrechtlichen Verpflichtungen bewirken können.⁵³

Betreffend die **Erforderlichkeit** der Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs weist der EuGH darauf hin, dass die „*Härte der verhängten Sanktion der Schwere des mit ihr geahndeten Verstoßes entsprechen muss.*“ Die nationalen Bestimmungen dürfen also für zulässige administrative/repressive Maßnahmen nicht die Grenzen dessen überschreiten, was zur Erreichung der legitimen verfolgten Ziele erforderlich ist.⁵⁴

Er betonte in diesem Zusammenhang, dass mit der gegenständlichen Bestimmung lediglich die Ahndung des **Nichteinhaltens arbeitsrechtlicher Vorschriften über die Einholung verwaltungsbehördlicher Genehmigungen** sowie die **Bereithaltung von Lohnunterlagen** normiert ist.⁵⁵

Eine Regelung, welche vorsieht, dass die **Höhe der Sanktionen von der Anzahl der Arbeitnehmer:innen abhängt**, die von der Nichteinhaltung bestimmter arbeitsrechtlicher Verpflichtungen betroffen sind, ist aus Sicht des EuGH jedenfalls noch nicht unverhältnismäßig per se.⁵⁶

Die folgenden beiden bedeutenden Absätze, in welchen der Gerichtshof die österreichische Regelung stark kritisierte, werden aufgrund der hohen Bedeutung für diese Arbeit direkt zitiert: *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.*

*Zudem kann der Umstand, dass die Geldstrafen einen im Vorhinein festgelegten Mindestbetrag jedenfalls nicht unterschreiten dürfen, dazu führen, dass solche Sanktionen in Fällen verhängt werden, in denen nicht erwiesen ist, dass der beanstandete Sachverhalt von besonderer Schwere ist.*⁵⁷

Weiters erwähnt der EuGH noch die Problematik, dass ein **Verfahrenskostenbeitrag** in Höhe von **20 % der verhängten Sanktion** im Fall der vollinhaltlichen Abweisung der Beschwerde gegen das Straferkenntnis nach dem österreichischen Verwaltungsstrafrecht zu verhängen wäre,

⁵³ EuGH C-64/18, *Maksimovic*, ECLI:EU:C:2019:723 Rz 38.

⁵⁴ EuGH C-64/18, *Maksimovic*, ECLI:EU:C:2019:723 Rz 39; Vgl C-255/14, *Chmielewski*, ECLI:EU:C:2015:475 Rz 22f; C-190/17, *Zheng*, ECLI:EU:C:2018:357 Rz 41f.

⁵⁵ EuGH C-64/18, *Maksimovic*, ECLI:EU:C:2019:723 Rz 40.

⁵⁶ EuGH C-64/18, *Maksimovic*, ECLI:EU:C:2019:723 Rz 41; Vgl C-255/14, *Chmielewski*, ECLI:EU:C:2015:475 Rz 26.

⁵⁷ EuGH C-64/18, *Maksimovic*, ECLI:EU:C:2019:723 Rz 42f.

ebenso im Falle der Uneinbringlichkeit der verhängten Geldstrafe eine **für den Betroffenen besonders schwerwiegende Ersatzfreiheitsstrafe**.⁵⁸

Daher entschied der EuGH, dass die gegenständliche Sanktionsbestimmung **in keinem angemessenen Verhältnis zur Schwere der Übertretungen** steht, da eben lediglich die **Nichteinhaltung** arbeitsrechtlicher Verpflichtungen bezüglich der **Einholung verwaltungsbehördlicher Genehmigungen** sowie der **Bereithaltung von Lohnunterlagen geahndet** wird.⁵⁹

Weiters formulierte der Gerichtshof für die wirksame Durchsetzung der Verpflichtungen, dass diese mit **weniger einschränkenden Maßnahmen** erreicht werden könnten. Hierzu machte er selbst **Vorschläge** wie **niedrigere Geldstrafen** oder eine **absolute Höchstgrenze** bzw die **nicht zwangsläufige Verknüpfung mit Ersatzfreiheitsstrafen**.⁶⁰

Die Regelung geht jedenfalls **über die Grenzen dessen hinaus**, was zur Gewährleistung der Einhaltung der konkreten Verpflichtungen betreffend die Einholung verwaltungsbehördlicher Genehmigungen und die Bereithaltung der Lohnunterlagen sowie **zur Sicherstellung der Erreichung der verfolgten Ziele erforderlich** ist. Somit war in weiterer Folge gar nicht genauer auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung iS einzugehen.⁶¹

Die Dienstleistungsfreiheit des Art 56 AEUV steht also dieser nationalen Regelung entgegen, die für den Fall der Nichteinhaltung arbeitsrechtlicher Verpflichtungen zur Einholung verwaltungsbehördlicher Genehmigungen und Bereithaltung von Lohnunterlagen 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.“⁶²*

⁵⁸ EuGH C-64/18, *Maksimovic*, ECLI:EU:C:2019:723 Rz 44f.

⁵⁹ EuGH C-64/18, *Maksimovic*, ECLI:EU:C:2019:723 Rz 46.

⁶⁰ EuGH C-64/18, *Maksimovic*, ECLI:EU:C:2019:723 Rz 47.

⁶¹ EuGH C-64/18, *Maksimovic*, ECLI:EU:C:2019:723 Rz 48f.

⁶² EuGH C-64/18, *Maksimovic*, ECLI:EU:C:2019:723 Rz 50.

In der Rs *NE/Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, welche als Beschluss zur Nachfolgebestimmung des § 7i Abs 4 AVRAG idF BGBl I 2014/94 erging, nämlich zu § 28 LSD-BG idF BGBl I 2016/44, aber außerdem auch zu § 26 LSD-BG idF BGBl I 2016/44, welcher die Meldepflichten sanktioniert, sowie § 27 Abs 1 LSD-BG idF BGBl I 2016/44, die Nichtübermittlung der Unterlagen, wiederholte und festigte der EuGH seine Rsp⁶³ zur Rs *Maksimovic*, mit der Besonderheit, dass er sich nun direkt auf die Durchsetzungs-RL stützte, da diese nun bereits in Kraft getreten war⁶⁴ und das LSD-BG die entsprechende Umsetzung der Durchsetzungs-RL darstellte.⁶⁵

Eine identische Entscheidung erging in der Rs *EX/Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*.⁶⁶

Interessant ist noch ein weiteres Urteil des EuGH in der Rs *NE/Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (2)*.⁶⁷ Hierin wiederholte der Gerichtshof seine Rsp zu §§ 26, 27 und 28 LSD-BG. Ebenso formulierte er die **unmittelbare Wirkung** der Bestimmung der Durchsetzungs-RL über verhältnismäßige Sanktionen. Er erläuterte nämlich, dass deren **Art 20 vom Einzelnen vor den innerstaatlichen Gerichten gegenüber einem Mitgliedstaat, der den Art unzulänglich umgesetzt hat, geltend gemacht werden kann**.⁶⁸

Für die volle Wirksamkeit dieser Bestimmung, also die Gewährleistung der Verhältnismäßigkeit, hat das nationale Gericht im Rechtsmittelverfahren gegen eine nach dem Recht dieses Mitgliedstaats verhängte Sanktion aufgrund eines Verstoßes gegen die gemäß dieser RL erlassenen nationalen Bestimmungen notfalls **den Teil der nationalen Regelung unangewendet zu lassen, aus dem sich die Unverhältnismäßigkeit der Sanktion ergibt, um so zur Verhängung einer verhältnismäßigen Sanktion zu gelangen, die darüber hinaus wirksam und abschreckend bleibt**.⁶⁹

In der *Maksimovic*-Entscheidung sowie der Folgejudikatur erblickte der EuGH also explizit eine Unverhältnismäßigkeit der österreichischen Rechtsnormen betreffend die

⁶³ EuGH C-645/18, *NE/Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, ECLI:EU:C:2019:1108.

⁶⁴ Vgl *Krömer/Toifl*, Verwaltungsstrafbestimmungen des AVRAG/LSD-BG unionsrechtswidrig, taxlex 2020, 56.

⁶⁵ EuGH C-645/18, *NE/Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, ECLI:EU:C:2019:1108 Rz 25ff.

⁶⁶ EuGH C-140/19, *EX/Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, ECLI:EU:C:2019:1103.

⁶⁷ EuGH C-205/20, *NE/Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, ECLI:EU:C:2022:168.

⁶⁸ EuGH C-205/20, *NE/Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, ECLI:EU:C:2022:168 Rz 32.

⁶⁹ EuGH C-205/20, *NE/Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, ECLI:EU:C:2022:168 Rz 42, vgl 27ff; Vgl *De La Tour*, Schlussanträge C-460/23, *Kinsa*, ECLI:EU:C:2024:941 Rz 90ff.

Sanktionsregelungen zu den unionsrechtlichen Vorgaben, und zwar zu der Erforderlichkeit der Einholung von Beschäftigungsbewilligungen, den Meldepflichten sowie der Bereithaltung/Bereitstellung/Übermittlung von Lohnunterlagen. Die Unverhältnismäßigkeit ergab sich aus einer **Gesamtschau** von gesetzlichen **Mindeststrafen, Strafen, die** für jeden betreffenden Arbeitnehmer / jede betreffende Arbeitnehmerin **kumulativ** verhängt werden, Strafen **ohne Obergrenze**, einem **Verfahrenskostenbeitrag** von 20 % bei Abweisung eines Rechtsmittels (vor den LVwG gemäß § 52 Abs 2 VwGVG – Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz –, bei den BVB – Bezirksverwaltungsbehörden – beträgt dieser 10 % gemäß § 64 Abs 2 VStG) sowie der Verhängung von **Ersatzfreiheitsstrafen** (§ 16 VStG).

Die letzteren beiden Punkte interessieren für diese Arbeit weniger, da sie selbst nicht im LSD-BG, sondern als ganz grundsätzliche Bestimmungen im VStG⁷⁰ und VwGVG⁷¹ verankert sind und in weiterer Folge auch nicht abgeändert wurden.⁷²

Ob diese Rsp auch Auswirkungen auf die Bestimmungen zur Unterentlohnung selbst in § 7i Abs 5 AVRAG idF BGBl I 2014/94 bzw § 29 LSD-BG haben sollte, war vorerst unklar,⁷³ wurde anschließend jedoch zumindest in der innerstaatlichen Rechtsprechung klar vom VfGH sowie ebenso von den LVwG beantwortet⁷⁴, nämlich in der Hinsicht, dass die Rs *Maksimovic* keine Bedeutung für die Sanktionsnormen zum Delikt der Unterentlohnung hätte. Möglicherweise gab es sogar bis zu einem gewissen Grad eine mittelbare Antwort durch den EuGH selbst:

B. Entscheidungen zum Glücksspielgesetz

Wie bereits erwähnt gibt es zum materiellen Delikt der Unterentlohnung selbst zwar keine direkte Entscheidung des EuGH, jedoch zum österreichischen Glücksspielgesetz (GspG) zwei Entscheidungen, welche sich ebenso mit der Kumulierung von Geldstrafen ohne Höchstgrenzen inklusive Mindeststrafen auseinandersetzen. Aufgrund der besonderen Bedeutung für die vorliegende Arbeit werden die wichtigsten Aspekte hier direkt zitiert.

In der Rs *Landespolizeidirektion Steiermark ua* (1) sprach der EuGH vor allem folgende elementare Punkte aus:

⁷⁰ VStG BGBl 1991/52 (Wiederverlautbarung) idF BGBl I 2013/33.

⁷¹ VwGVG BGBl I 2013/33.

⁷² Kritisch dazu *F. Schrank*, RdW 2021, 529.

⁷³ *Krömer/Toifl*, Verwaltungsstrafbestimmungen des AVRAG/LSD-BG unionsrechtswidrig, taxlex 2020, 56.

⁷⁴ Vgl Kapitel IV.A., B.1.

Betreffend die Verhängung von **Mindeststrafen pro** nicht bewilligtem Glücksspielautomaten erblickt er **grundsätzlich noch keine Unverhältnismäßigkeit im Hinblick auf die Schwere der beanstandeten Straftaten**, denn illegales Automatenglücksspiel entzieht sich naturgemäß behördlichen Kontrollen. Somit können die für den Spielerschutz getroffenen gesetzlichen Vorkehrungen nicht überprüft werden, und zwar speziell gerade in diesem Bereich, in dem Ausspielungen zu solchen Ausgaben verleiten, die schädliche persönliche und soziale Folgen haben können, also eine „*besonders hohe Sozialschädlichkeit*“ möglich ist.⁷⁵

Er erläutert, dass es **betreffend die Mindeststrafe** schlussendlich Sache des **nationalen Gerichts** ist, im Rahmen der Verhältnismäßigkeit der Sanktion **ein Verhältnis zwischen der Höhe der Geldstrafe und dem wirtschaftlichen Gewinn aus der Übertretung herzustellen**, um die Täter:innen von der zukünftigen Begehung **abzuschrecken**. Die zu verhängende **Mindeststrafe** darf jedenfalls unter **Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nicht außer Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Vorteil** stehen.⁷⁶

Indem außerdem **keine Höchstgrenze der Gesamtsumme der Geldstrafen** vorgesehen ist, bedeutet dies in weiterer Folge, dass zu verhängende **Mindestgeldstrafen iVm der Kumulation von solchen Geldstrafen ohne Höchstgrenze bei mehreren nicht bewilligten Glücksspielautomaten dazu führen können, dass finanzielle Sanktionen in erheblicher Höhe entstehen**.⁷⁷

Eine solche **Maßnahme ermöglicht** es jedoch, „*dem durch die geahndeten Taten erzielbaren wirtschaftlichen Nutzen zu begegnen und so das illegale Angebot zunehmend unattraktiv zu machen, so dass sie als solche nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstößt*.“ Auch in diesem Fall liegt es jedoch am nationalen **Gericht**, dass die **verhängten Geldstrafen in Summe nicht außer Verhältnis zum Vorteil** stehen.“⁷⁸

Diese Rechtsansicht wiederholte der EuGH in der Rs *Landespolizeidirektion Steiermark* (2).⁷⁹

Somit sah der EuGH also im Gegensatz zur Rsp in der Rs *Maksimovic* die unionsrechtlich gebotene Verhältnismäßigkeit als eingehalten an, auch wenn er bezüglich der konkreten Entscheidungen im jeweiligen Einzelfall den „Ball zurückspielte“, nämlich an die nationalen Gerichte und Behörden. Außerdem ging er in diesem Zusammenhang ebenso betreffend die

⁷⁵ EuGH C-231/20, *MT gegen Landespolizeidirektion Steiermark ua*, ECLI:EU:C:2021:845 Rz 46.

⁷⁶ EuGH C-231/20, *MT gegen Landespolizeidirektion Steiermark ua*, ECLI:EU:C:2021:845 Rz 47.

⁷⁷ EuGH C-231/20, *MT gegen Landespolizeidirektion Steiermark ua*, ECLI:EU:C:2021:845 Rz 48.

⁷⁸ EuGH C-231/20, *MT gegen Landespolizeidirektion Steiermark ua*, ECLI:EU:C:2021:845 Rz 49.

⁷⁹ EuGH C-508/20, *Landespolizeidirektion Steiermark*, ECLI:EU:C:2022:336 Rz 36ff.

Ersatzfreiheitsstrafen⁸⁰ und den Verfahrenskostenbeitrag⁸¹ von der Verhältnismäßigkeit zum Unionsrecht aus. Aufgrund der Ähnlichkeit der Ausgestaltung der Sanktionsnormen zur Unterentlohnung und der ebenso gegebenen Schwere des Delikts kann durchaus argumentiert werden, dass die Bestimmungen des § 7i Abs 5 AVRAG idF BGBl I 2014/94 bzw § 29 LSD-BG idF BGBl I 2016/44 unionsrechtskonform waren.

C. Zwischenergebnis

Aus dem Vergleich dieser beiden Entscheidungen ist erkennbar, dass der EuGH die Delikte ganz klar unterschiedlich schwer gewichtete, da in der Rs *Maksimovic* die Verletzung der angeordneten formalen Verpflichtungen nur mittelbar schädigend wäre, während beim illegalen Glücksspiel das begangene Delikt selbst materieller Natur ist. Es geht nämlich direkt um die Ausführung von solchen Ausspielungen. Hier hat der Täter/die Täterin einen unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil, der aus dem illegalen Glücksspiel hervorgeht. Dies ist bei der Nichtvorlage von Unterlagen selbst nicht der Fall, sondern erst bei einer allfälligen Verwirklichung des dahinterstehenden Delikts der Unterentlohnung.

Kritisch sind mehrere Aspekte in diesem Zusammenhang hervorzuheben:

Erstens ist den Formaldelikten des AVRAG bzw LSD-BG betreffend die Lohnunterlagen, also ausgenommen die aus meiner Sicht tatsächlich „reinen Formaldelikte“ der Meldepflichtverletzungen bzw betreffend die Mitführung des PD-A1-Formulars, eine besondere Relevanz zuzuschreiben, da ohne die notwendige Vorlage dieser Unterlagen das allfällige dahinterliegende, materielle Delikt der Unterentlohnung verschleiert werden kann. In gewisser Weise sind also die Bestimmungen über die Bereithaltung/Bereitstellung/Übermittlung der Lohnunterlagen viel wichtiger als die Folgebestimmung zum Delikt der Unterentlohnung. Hierauf ist der EuGH nicht ausreichend eingegangen. Er argumentierte mit Sicht auf die lediglich „mittelbare“ Sicherstellung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen.

In der unter Kapitel II.B.2. angeführten Regierungsvorlage wurde selbst ausgeführt, dass aufgrund der Verschleierungsproblematik die Strafen für die Formaldelikte angehoben werden mussten.

⁸⁰ EuGH C-231/20, *MT gegen Landespolizeidirektion Steiermark ua*, ECLI:EU:C:2021:845 Rz 50-53.

⁸¹ EuGH C-231/20, *MT gegen Landespolizeidirektion Steiermark ua*, ECLI:EU:C:2021:845 Rz 56f.

Deshalb wurde der EuGH auch vielfach kritisiert.⁸²

Andererseits hat der EuGH die Unverhältnismäßigkeit eben nur in einer Gesamtschau der Sanktionsmechanismen erblickt und dem nationalen Gesetzgeber somit einen Spielraum für die Reparatur gegeben.

Zweitens hat der EuGH über die Bestimmung des § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG nicht anders abgesprochen. Ähnlich zu § 7i Abs 4 AVRAG reduzierte er die Norm auf die reine „Nichteinhaltung arbeitsrechtlicher Vorschriften über die Einholung verwaltungsbehördlicher Genehmigungen“⁸³, die nicht direkt die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen betreffen würden⁸⁴. Dies ist jedoch genau diametral zu der genannten Bestimmung, da exakt normiert ist, dass es überhaupt um die illegale Beschäftigung von Ausländer:innen geht, nicht bloß die formale Einholung von Bewilligungen. Kritik äußerten *Fädler*⁸⁵ sowie *Kert/Kirchmayr-Schliesselberger/Windisch-Graetz*⁸⁶. Dass die Rsp des EuGH auf das AuslBG jedenfalls genauso angewendet werden muss, sehen *Kühteubl/Diensthuber*⁸⁷ sowie *F. Schrank*⁸⁸ eindeutig.

Die Nachfolgebestimmungen zu den vorgelagerten Delikten im LSD-BG, also bezüglich der Meldungen und der Lohnunterlagen, nämlich §§ 26 bis 28 LSD-BG idF BGBl I 2016/44, mussten jedenfalls aufgrund der Entscheidung novelliert werden. Es stellt sich insbesondere in diesem Zusammenhang die wichtige Frage, weshalb der Gesetzgeber die relevante Sanktionsnorm im AuslBG bis heute nicht abgeändert hat?

IV. Die Judikatur der österreichischen Höchstgerichte vor sowie nach der Rs *Maksimovic*

⁸² Allen voran *Schindler*, Der EuGH zu nationalen Regeln gegen Lohn- und Sozialdumping – Alte Fehler und neue Probleme, DRdA 2020, 195; *Felten*, Neue Entwicklungen im Entsenderecht am Beispiel der LSD-BG-Novelle 2021, in *Auer-Mayer/Felten/Mosler/Schrattbauer* (Hrsg), Festschrift *Walter J. Pfeil* (2022) 23.

⁸³ EuGH C-64/18, *Maksimovic*, ECLI:EU:C:2019:723 Rz 40.

⁸⁴ EuGH C-64/18, *Maksimovic*, ECLI:EU:C:2019:723 Rz 25.

⁸⁵ *Fädler*, Das verwaltungsstrafrechtliche Kumulationsprinzip (2024) 133-136.

⁸⁶ *Kert/Kirchmayr-Schliesselberger/Windisch-Graetz*, Sozialbetrug im Unternehmensbereich – eine interdisziplinäre Herausforderung für den Rechtsstaat, Verhandlungen des 21. Österreichischen Juristentages III/1 (2022) 145f.

⁸⁷ *Kühteubl/Diensthuber*, Novelle des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes 2021 (Teil II), ZAS 2021, 282 (287).

⁸⁸ *F. Schrank*, Arbeitsrechtliche Verwaltungsstrafen: Saniert die LSD-BG-Novelle das EuGH-Unverhältnismäßigkeitsverdikt?, Editorial RdW 2021, 529; *F. Schrank* in *F. Schrank/V. Schrank/Lindmayr*, Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz Kommentar² (2021) § 26 Rz 7a, § 28 Rz 22a, 22b, 147.

A. VfGH

Grundsätzlich ist auszuführen, dass der VfGH in ständiger Rechtsprechung der Auffassung ist, dass es nicht unsachlich ist, wenn sich die Strafhöhe vor allem am Strafzweck orientiert, welcher nur dann erreicht wird, wenn die für den Fall des rechtswidrigen Verhaltens vorgesehene **Strafe derart empfindlich ist, dass ein in der Regel normgemäßes Verhalten durchgesetzt werden kann. Andernfalls kann es bei ausreichend hohem wirtschaftlichen Interesse dazu kommen, dass der Strafbetrag als bloßer Preis des erwarteten Nutzens kalkuliert wird und die Strafdrohung ihren Zweck verfehlt.** Jedenfalls muss aber, selbst, wenn aus Gründen der General- und Spezialprävention strenge Strafen erforderlich sind, die Strafe in einem angemessenen Verhältnis zum Grad des Verschuldens und zur Höhe des durch das Vergehen bewirkten Schadens stehen.⁸⁹

Ebenso erläuterte er bezüglich der Strafdrohung für Verwaltungsübertretungen gemäß § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG (unerlaubte Beschäftigung von Ausländer:innen), welcher dasselbe Sanktionensystem wie § 7i Abs 4 AVRAG idF BGBl I 2014/94 bzw nachher § 28 LSD-BG statuierte, dass der **Gesetzgeber** insbesondere für Fälle einer lang dauernden Fortsetzung oder wiederholten Begehung der Straftat den **möglichen wirtschaftlichen Nutzen in Betracht ziehen darf**, den der Täter durch das verbotene Verhalten erzielt hat.⁹⁰ Auch die hohen **Mindeststrafdrohungen** erachtete er als verfassungskonform, denn sie sind **durch das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der Vorschriften über die Kontrolle der Ausländerbeschäftigung gerechtfertigt**⁹¹, da sich das Interesse an der Kontrolle nicht im Interesse an der Verhinderung illegaler Beschäftigung erschöpft. *„Wenn der Gesetzgeber die Kontrolle höher bewertet oder stärker gefährdet sieht, kann ihm schon deshalb nicht entgegengetreten werden, weil ihre Vereitelung das Verschleiern auch der unberechtigten Beschäftigung mehrerer Ausländer und die Wiederholung unberechtigter Beschäftigung ermöglicht.“*⁹² So wie im AVRAG und später LSD-BG sieht der VfGH im AuslBG das öffentliche Interesse in der Sicherstellung der Entrichtung von Steuern, Abgaben und SV-Beiträgen, eines geordneten Arbeitsmarktes, der Wahrung der Beschäftigungschancen der Arbeitnehmer:innen sowie im **Schutz der Arbeitnehmer:innen vor ausbeuterischen Lohn-**

⁸⁹ VfSlg 7967/1976; 13.790/1994; 15.785/2000; 18.219/2007; 20.280/2018; 20.283/2018; VfGH 26. 11. 2018, G 219/2018; VfGH 25.02.2019, G 325/2018; G 326/2018.

⁹⁰ VfSlg 13.790/1994; 18.219/2007; VfGH 26. 11. 2018, G 219/2018; Vgl ErläutRV 449 BlgNR 17. GP 15.

⁹¹ VfSlg 18.219/2007; 20.283/2018.

⁹² VfSlg 15.600/1999; 20.283/2018.

und Arbeitsbedingungen und der Arbeitgeber:innen vor unlauterem Wettbewerb durch Schwarzarbeit und Lohndumping.⁹³

Ebenso übertrug er die Rechtsprechung zu den hohen Mindest- und Maximalstrafen sowie dem wirtschaftlichen Vorteil auf das Glücksspielgesetz (GspG), welches ähnliche Regelungen beinhaltet.⁹⁴ (Siehe hierzu weiters sogleich B.2., B.3.).

Speziell betreffend die Bestimmungen zur **Nichtbereithaltung bzw Nichtbereitstellung** von Lohnunterlagen gemäß **§ 7i Abs 4 AVRAG idF BGBl I 2014/94** erblickte der VfGH noch am 4.10.2018 in zwei Entscheidungen (betreffend den Sachverhalt zur späteren Rs *Maksimovic*, in der das LVwG Steiermark das Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gestellt hat) keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Er verwies diesbezüglich auch auf seine eben geschilderte Rechtsprechung zum AuslBG sowie GspG, der zufolge aus spezial- und generalpräventiven Erwägungen die Notwendigkeit hoher Strafen gegeben ist. Er sprach explizit aus, dass die **Mindeststrafdrohungen verfassungsmäßig** sind und exzessive Strafdrohungen vom Gesetzgeber nicht statuiert wurden, dies aufgrund des wirtschaftlichen Nutzens einer längerdauernden Beschäftigung für Arbeitgeber:innen. Außerdem besteht in gewissen Konstellationen beispielsweise auch die Möglichkeit der außerordentlichen Strafmilderung gemäß § 20 VStG. Dass dieselben Mindeststrafen wie für das Delikt der Unterentlohnung vorgesehen sind, dient dem **Zweck eine Umgehung zu verhindern**, denn ansonsten könnte es bei ausreichend hohem wirtschaftlichem Interesse dazu kommen, dass der Strafbetrag als bloßer Preis des erwarteten Nutzens kalkuliert wird und die Strafdrohung ihren Zweck verfehlt.

Dieser besteht im öffentlichen Interesse an einem geregelten Arbeitsmarkt, Schutz von Arbeitnehmer:innen vor ausbeuterischen Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie Unternehmen vor unlauterem Wettbewerb durch Lohn- und Sozialdumping.

Durch die Erhöhung des Strafrahmens war ein allfälliger kalkulierbarer Nutzen im Fall von Unterentlohnung dahin, was auch notwendig war, weil die ehemaligen Regelungen das Ziel offensichtlich verfehlten.

Die **Kumulierung** pro Arbeitnehmer:in berücksichtigt die Vervielfachung des Unrechtsgehaltes sowie die Erhöhung des wirtschaftlichen Nutzens. Dies entspricht weiters dem für das Verwaltungsstrafrecht charakteristischen Kumulationsprinzip.⁹⁵

⁹³ VfSlg 15.600/1999; 18.775/2009; 20.283/2018.

⁹⁴ VfSlg 19.960/2015.

⁹⁵ VfSlg 20.280/2018; 20.283/2018.

Dieses Prinzip sah der VfGH seit jeher als verfassungsrechtlich unbedenklich.⁹⁶

Am 25.02.2019 entschied der VfGH, dass die nunmehrigen Bestimmungen im **LSD-BG (BGBl I 2016/44)**, nämlich neben § 26 – dies betrifft Sanktionen bei Meldeverstößen – vor allem auch **§ 27 Abs 1**, also die **Sanktionsnorm für die Nichtübermittlung von Lohnunterlagen, sowie § 28**, also die **Nachfolgebestimmung zu § 7i Abs 4 AVRAG idF BGBl I 2014/94, verfassungsmäßig** sind. Unter anderem erläuterte er wiederum, dass die für den Fall des rechtswidrigen Verhaltens vorgesehene Strafe derart empfindlich sein muss, dass ein in der Regel normgemäßes Verhalten durchgesetzt werden kann. Ansonsten würde es bei ausreichend hohem wirtschaftlichen Interesse dazu kommen, dass der Strafbetrag als bloßer Preis des erwarteten Nutzens kalkuliert wird. Ebenso ging er wieder auf die Kumulierung pro Arbeitnehmer:in als Berücksichtigung der Vervielfachung des Unrechtsgehaltes sowie der Erhöhung des wirtschaftlichen Nutzens ein, in Entsprechung des Kumulationsprinzips.⁹⁷

Nach der Rs *Maksimovic* (ergangen am 12.09.2019) **änderte der VfGH seine Linie:**

Am 27.11.2019 entschied er, dass die Bestimmungen der §§ 26 und **28 LSD-BG (BGBl I 2016/44)** nun in dem Sinne verfassungswidrig sind, dass sie „*im Wesentlichen gleichartige Verwaltungsübertretungen*“ sind, da sie die im Grunde identischen Nachfolgebestimmungen zu dem in der Rs *Maksimovic* für unionsrechtswidrig deklarierten § 7i Abs 4 AVRAG idF BGBl I 2014/94 darstellen. Sie **verstoßen gegen die Dienstleistungsfreiheit, da nicht gewährleistet ist**, dass die Strafen **auch in ihrer Summe in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der geahndeten Verstöße stehen.**

Aufgrund des Anwendungsvorrangs unmittelbar anwendbaren Unionsrechts, in diesem Fall nämlich Art 56 AEUV, kommt die Anwendung der §§ 26, 28 LSD-BG einer Gesetzlosigkeit gleich, weshalb der Beschwerdeführer in seinem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Unversehrtheit des Eigentums nach Art 1 1. ZP EMRK verletzt ist. Die genannten **Paragrafen** sind im Sinne einer effektiven Durchsetzung des Unionsrechts **unangewendet zu lassen, dies jedoch mit Verweis auf VwGH 15.10.2019, Ra 2019/11/0033** (siehe sogleich unter B.1.).⁹⁸

Am 26.06.2020 sprach der VfGH in einem weiteren Fall im Grunde gleichlautend aus, diesmal jedoch nicht nur zu §§ 26 und 28, sondern **auch § 27 Abs 1 LSD-BG**. Er verwies auch auf die

⁹⁶ Seit VfSlg 4496/1963.

⁹⁷ VfGH 25.02.2019, G 325/2018; G 326/2018.

⁹⁸ VfGH 27.11.2019, E 2047/2019 ua; E 2893/2019 ua; E 3530/2019 ua; 26.06.2020, G 22/2020.

mittlerweile ergangenen EuGH-Entscheidungen *NE/Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld* sowie *EX/Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld* (siehe Kapitel III.) sowie auf **VwGH 15.10.2019, Ra 2019/11/0033** (siehe sogleich unter B.1.).⁹⁹

Der VfGH verdeutlichte seine Entscheidungen nochmals in der Hinsicht, dass er aussprach, dass die **Verdrängung essentieller Teile der Bestimmungen des LSD-BG**, im konkreten Fall **§ 26 LSD-BG, im Sinne des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts nicht gegen das Legalitätsprinzip gemäß Art 18 B-VG (Bundes-Verfassungsgesetz) verstößt, also dennoch eine ausreichende Determinierung der Bestimmung gegeben bleibt**. Somit hat er klargestellt, dass die **Anwendung der Bestimmungen mit den Einschränkungen aus der Rsp des VwGH in VwGH 15.10.2019, Ra 2019/11/0033 (siehe sogleich unter B.1.) verfassungsmäßig ist**.¹⁰⁰ Dies hat der VwGH auch nochmals klargestellt.¹⁰¹

Zur Problematik der Anwendung auf reine Inlandssachverhalte und einer eventuellen Inländerdiskriminierung äußerte sich der VfGH nicht.

Am 02.12.2021 äußerte sich der VfGH immerhin betreffend das AuslBG zu einer Inländerdiskriminierung aufgrund eines Antrags des VwGH. Dieser forderte den Passus "für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer", in eventu die Wortfolge „von 2 000 Euro“ (also zumindest die jeweiligen Mindeststrafen) in **§ 28 Abs 1 Z 1 dritter Strafsatz AuslBG** idF BGBl I 98/2020 generell aufzuheben, da sich aufgrund der Rs *Maksimovic* eine unterschiedliche Behandlung von ausländischen und inländischen Arbeitgeber:innen ergeben hat.

Er ging auf die **Bedenken des VwGH** explizit ein und erläuterte, dass dessen Meinung nach **kein vergleichbarer Sachverhalt** vorliege und es daher **keine sachliche Rechtfertigung** dafür gebe, dass einem/einer Beschäftiger:in von überlassenen unberechtigt beschäftigten Ausländer:innen eine unterschiedlich ausgestaltete und schlussendlich in der Höhe auch verschiedene Strafe danach droht, ob der/die Überlasser:in der Arbeitskräfte den Sitz im Inland oder im EU-Ausland hat. Für den Inlandsbereich ist nämlich eine Geldstrafe pro Ausländer:in, und zwar ohne Begrenzung der Gesamtstrafe, zu verhängen, während in den anderen Fällen eine einzige, nach oben hin begrenzte, Strafe auszusprechen sei. Eine Aufhebung der

⁹⁹ VfGH 26.06.2020, E 4329/2019.

¹⁰⁰ VfGH 26.06.2020, G 22/2020.

¹⁰¹ VwGH 09.11.2020, Ra 2020/11/0188 Rz 16f; AA *Kühteubl/Diensthuber*, ZAS 2021, 282; *Traxler*, Die Novelle des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes Wesentliche Änderungen bei den Verwaltungsstraftatbeständen, ZWF 2021, 232.

Bestimmung würde einen Gleichlauf betreffend die innerstaatlichen Sachverhalte mit jenen mit Unionsrechtsbezug bewirken.

Der VfGH erklärte, dass rein inländische Arbeitskräfteüberlassungen und jene aus dem Unionsgebiet bzw dem EWR unterschiedliche Personenkreise und Sachverhalte betreffen, für die der Gesetzgeber unterschiedliche Regelungsregime geschaffen hat. Daher hat er auch **keine gleichheitsrechtlichen Bedenken betreffend die unterschiedliche Bemessung der Strafhöhe**, da die verschiedenen Verwaltungsübertretungen auch einen unterschiedlichen Unrechtsgehalt aufweisen.¹⁰²

Ob diese Rsp auf die Sanktionen bei dem Formaldelikt des § 27 LSD-BG (§§ 26 und 28 LSD-BG betreffen grundsätzlich nur Sachverhalte mit Auslandsbezug) zu entsprechenden reinen Inlandssachverhalten einfach umgelegt hätte werden können, ist mE aufgrund der Ähnlichkeit der Bestimmungen und der damit verfolgten Ziele möglich, wurde jedoch nicht mehr entschieden, weil es zu keinem Normprüfungsantrag des VwGH an den VfGH kam. Die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts waren sich offensichtlich selbst nicht einig, da der VwGH in seinem Normenprüfungsantrag an den VfGH klare Bedenken an der uneingeschränkten Anwendung der Bestimmungen auf Inlandssachverhalte äußerte. Jedenfalls ist eine unterschiedliche Betrachtungsweise betreffend reine Inlandssachverhalte und Sachverhalte mit Unionsrechtsbezug durchaus argumentierbar, da inländische Arbeitgeber:innen als Unternehmer:innen erstens sowieso auch eine siebenjährige Aufbewahrungspflicht von Lohnverrechnungsunterlagen bzw Buchhaltungsunterlagen gemäß §§ 131, 132 BAO (Bundesabgabenordnung), 212 UGB (Unternehmensgesetzbuch) trifft, wobei der EuGH ebenso eine Aufbewahrungspflicht von Zahlungsbelegen über fünf Jahre, sich ergebend aus der fünfjährigen Strafbarkeitsverjährungsfrist des § 29 Abs 4 LSD-BG, auch für entsendende Unternehmen aufgrund der Zielsetzung der Lohnkontrolle als unionsrechtskonform erachtete.¹⁰³ Zweitens haben diese Unterlagen im Inlandsbereich speziell auch zu weiteren Zwecken umfassende Bedeutung, wie für die Sozialversicherungsbeiträge oder steuerrechtliche Aspekte, was für Arbeitgeber:innen aus dem EU-Ausland nicht zutrifft. Anstatt eines Normprüfungsantrags zu § 27 LSD-BG betreffend den Inlandsbereich gab der VwGH die Rechtsprechungslinie diesbezüglich selbst vor, wie gleich zu zeigen sein wird. Außerdem war zum Zeitpunkt der Entscheidung des VfGH die Novelle des LSD-BG 2016/44 idF BGBl 2021/174 bereits in Kraft getreten.

¹⁰² VfGH 02.12.2021, G 123/2021; Vgl *Ebner*, Unrechtmäßige Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen in Österreich. Internationale Organisation für Migration (IOM), Wien (2023) 26.

¹⁰³ EuGH C-219/20, *LM gegen Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, ECLI:EU:C:2022:89 Rz 49, 51.

Die Sanktionsbestimmung des § 29 LSD-BG sprach der VfGH im Übrigen am 25.02.2020 explizit als verfassungsmäßig aus.¹⁰⁴

B. VwGH

B.1. Rsp zu Lohn- und Sozialdumping

Der VwGH hatte, wie der VfGH, bis zur Rs *Maksimovic* überhaupt keine Bedenken bezüglich der Sanktionsbestimmungen des AVRAG bzw nachher des LSD-BG. Er äußerte sich noch lange vor der Einführung der Normen zur Bekämpfung von Lohndumping bereits, wie der VfGH, zu den identisch ausgestalteten Strafbestimmungen des AuslBG in der Hinsicht, dass die vorgesehenen, beträchtlichen Geldstrafen **nicht gegen das Übermaßverbot (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) verstoßen, weil deren Höhe dem wirtschaftlichen Vorteil gegenüberzustellen ist, den sich ein/eine Arbeitgeber:in aufgrund der Ersparnis an Lohn- und Lohnnebenkosten verschafft.** Eine Strafe pro Arbeitnehmer:in liegt auch im **verfassungsrechtlich eingeräumten Gestaltungsspielraum** des einfachen Gesetzgebers. Die Kombination von einer für jede/jeden einzelne/einzelen Ausländer:in verhängten Geldstrafe mit einer Mehrzahl von Übertretungen, führend zu einer beträchtlichen (Gesamt-)Strafe, bedeutet keine Verfassungswidrigkeit des Strafrahmens.¹⁰⁵

Ebenso formulierte er, dass die Ausgestaltung der Straftatbestände vor dem Hintergrund des Kumulationsprinzips unproblematisch ist, da lang dauernde Beschäftigungen nicht willkürlich in viele Einzeltaten aufgeteilt werden. **Die Entscheidung des Gesetzgebers** die verbotene Beschäftigung **eines/einer** Ausländers/Ausländerin als **eigenständige Tat** zu ahnden, um **die „Hintanhaltung der Verrechnung der riskierten Strafen mit dem erwarteten Nutzen“ zu bewirken**, ist angesichts der **„Individualität jedes einzelnen Beschäftigungsverhältnisses“** kein Missbrauch von gesetzgeberischen Gestaltungsmöglichkeiten.“¹⁰⁶

2013 äußerte er sich ebenso, dass es kein Problem darstellt, dass **keine absolute Höchststrafe** im Sinne einer Deckelung vorgesehen ist, die **insgesamt** bei Verhängung mehrerer Strafen nicht

¹⁰⁴ VfGH 25.02.2020, G 146/2019; Vgl zu § 29 Abs 4 LSD-BG idF BGBl I 2021/174 VfGH 24.02.2025, G 153/2024; Vgl zu § 7i Abs 7 AVRAG idF BGBl I 2014/94 VfSlg 20.411/2020.

¹⁰⁵ VwGH 18.11.1993, 93/09/0256; 23.05.2013, 2012/09/0082.

¹⁰⁶ VwGH 29.08.1996, 96/09/0229; 23.05.2013, 2012/09/0082; Vgl 18.11.1993, 93/09/0256; 22.06.1995, 94/09/0306.

überschritten werden darf, und, dass das Ziel des AuslBG nur erreicht werden kann, wenn **effiziente und durchsetzbare Kontrollmechanismen vorhanden und bei Übertretungen wirksame Sanktionen zur Verfügung stehen**. Auch das Zusammenrechnungsgebot bei Ersatzfreiheitsstrafen ist unbedenklich.¹⁰⁷

Speziell betreffend die **Bestimmungen zu Lohndumping im AVRAG** entschied der VwGH bereits 2014, dass **„Mindestlohnsätze zum „harten Kern“ der Arbeitnehmerschutzvorschriften“** gehören, welche unabhängig von der Beschäftigungs- oder Überlassungsdauer zu wahren sind. Die **„Sicherung eines fairen wirtschaftlichen Wettbewerbes“** zwischen Unternehmen darf nicht gefährdet und auf diese Weise **„rechtswidrige Wettbewerbsvorteile“** geschaffen werden.¹⁰⁸ Der Zweck der Regelungen ist die **Verhinderung von Lohn- und Sozialdumping**, denn ansonsten wird nicht nur Arbeitnehmer:innen das Entgelt für die Arbeitsleistung vorenthalten, sondern eben auch der faire Wettbewerb zwischen den Unternehmer:innen untergraben. Erreicht wird der Zweck durch **„effiziente und durchsetzbare Kontrollmechanismen für die rechtmäßige Entlohnung von Arbeitskräften und wirksame Sanktionen im Fall von Übertretungen“**. Der VwGH hat selbst ausgeführt, dass die Regelungen jenen des AuslBG nachgebildet sind, was sich auch aus der Regierungsvorlage ergibt, und die **vorgesehenen Strafen nicht über das Maß des Erforderlichen hinausgehen**, um die Einhaltung der Bestimmungen zu bewirken.¹⁰⁹

Am selben Tag formulierte der VwGH explizit auch:

„Eine wirksame und abschreckende Wirkung kommt einer nach dem AVRAG 1993 verhängten Geldstrafe wegen Unterentlohnung von Arbeitnehmern bzw. für Verhaltensweisen, die (wie die gegenständlich unterlassene Bereithaltung von Lohnzettel und Lohnzahlungsnachweisen) eine Überprüfung der allfälligen Unterentlohnung wesentlich erschweren oder verunmöglichen, nur dann zu, wenn die Höhe der Strafe über den wirtschaftlichen Erfolg, der durch die Tat typischerweise lukriert wird, hinausgeht (andernfalls wäre die Höhe der Geldstrafe einkalkulierbar und nicht mehr abschreckend).“¹¹⁰

¹⁰⁷ VwGH 23.05.2013, 2012/09/0082.

¹⁰⁸ VwGH 23.09.2014, Ro 2014/11/0083; Vgl VwGH 27.01.2014, 2013/11/0249.

¹⁰⁹ VwGH 10.06.2015, 2013/11/0121; ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP 8.

¹¹⁰ VwGH 20.09.2018, Ra 2018/11/0118 Rz 31.

An diese Rechtsprechungslinie hielten sich im Grunde auch die LVwG, allen voran das VGW (Verwaltungsgericht Wien), welches aussprach, dass die **Lohn- bzw Personalkosten** einen **maßgeblichen, ja sogar vielfach überwiegenden, Kostenfaktor** repräsentieren, einerseits durch direkte Lohnzahlungen an die Arbeitnehmer:innen, andererseits auch durch die damit **verbundenen Beiträge und Abgaben**. Somit haben sie einen **entscheidenden Einfluss** auf die **Preiskalkulation** und in weiterer Folge die **Wettbewerbs- und Konkurrenzfähigkeit** eines Unternehmens. *„Diesen Kosten kommt daher betriebswirtschaftlich aber auch volkswirtschaftlich überaus große Bedeutung zu.“* Eine **Unterentlohnung** stellt daher eine **direkte Ersparnis** für die Unternehmer:innen dar, durch die sie sich ungerechtfertigt einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Mitbewerber:innen verschaffen. Die **Hintanhaltung** derartiger **Wettbewerbsverzerrungen** ist neben dem Entgeltschutz der Arbeitnehmer:innen das **vorrangige Ziel** des LSD-BG. Zum objektiven Unrechtsgehalt ist darauf hinzuweisen, dass das geschützte Interesse der *„funktionierende Arbeitsmarkt“* ist, eine Übertretung also keinen geringen Unrechtsgehalt aufweisen kann. Auch das Verschulden kann nicht gering sein, da die Einhaltung der Bestimmung keine besondere Aufmerksamkeit erfordert oder die Verwirklichung des Tatbestandes nur schwer vermieden werden kann. Die verhängte Strafe muss geeignet sein, die bestrafte Person zukünftig von der Begehung ähnlich gelagerter Straftaten abzuhalten, was nur dann möglich ist, wenn die *„Strafe ein Vielfaches des verursachten Schadens“* ausmacht. Dies ist tat- und schuldangemessen. Eine Strafe unterhalb des verkürzten Betrages bedeutet, dass der/die Bestrafte *„aus ökonomischer Sicht klar begünstigt wäre“*. Eine solche *„Netto-Ersparnis und somit ein wirtschaftlicher Vorteil“* ist abzulehnen. Eine **nicht getätigte Nachzahlung** ist **besonders negativ** zu werten.¹¹¹

Ebenso stellte das VGW klar, dass eine solche Übertretung einen **„hohen sozialen Unrechtsgehalt“** aufweist. Im Bereich des Arbeitnehmer:innenschutzes **müssen** Geldstrafen so bemessen sein, dass sie eine **spezial- sowie generalpräventive Wirkung** entfalten. Arbeitgeber:innen dürfen durch die Deliktsbegehung **nicht bessergestellt sein als Arbeitgeber:innen, welche sich gesetzeskonform verhalten**.¹¹²

In diesem Zusammenhang wird ebenso auf das LVwG Kärnten verwiesen, welches speziell auch immer den sozialen Schutz der inländischen Arbeitnehmer:innen dahingehend hervorhebt, dass nur dadurch, dass die entsendeten/überlassenen Arbeitnehmer:innen genauso

¹¹¹ VGW 07.11.2014, VGW-041/083/30864/2014-5.

¹¹² VGW 30.07.2019, VGW-041/040/2988/2018-12.

entlohnt werden wie die inländischen Arbeitnehmer:innen, überhaupt die **Arbeitsplatzsituation im Inland gewährleistet** ist, und dass in weiterer Folge hierdurch **die Abgaben und Sozialversicherungsbeiträge im Inland** auch geschützt werden, wie es in der Regierungsvorlage festgeschrieben wurde.¹¹³

Am 15.10.2019 ging der VwGH betreffend die Nichtbereitstellung von Lohnunterlagen nach § 7i Abs 4 Z 2 vierter Strafsatz AVRAG idF BGBl I 2014/94 von seiner Rechtsprechungslinie aufgrund der Entscheidung in der Rs *Maksimovic* ab. Er verwies auf Rz 43 des EuGH-Urteils. Danach ist die Anordnung einer Mindeststrafe für eine solche Übertretung unionsrechtswidrig, weil sie **auch in Fällen verhängt würde, in denen der beanstandete Sachverhalt nicht von besonderer Schwere ist.**¹¹⁴

Der VwGH wiederholt zwar die Linie, dass die Kumulation nach der Anzahl der Arbeitnehmer:innen mit dem Unionsrecht vereinbar ist, doch betont er die gebotene Forderung eines verhältnismäßigen, also angemessenen, Ausmaßes der Gesamtsumme der Sanktionen zur Schwere der begangenen Taten im Rahmen der Bemessung der Geldstrafen, was bspw durch eine **Höchstgrenze** für solche Strafen gewährleistet werden kann. Die Sanktionsbestimmung des § 7i Abs 4 AVRAG idF BGBl I 2014/94 enthält zwar eine **Strafhöchstgrenze für die jeweilige einzeln zu verhängende Strafe**, jedoch **nicht für die Summe der Geldstrafen in ihrer Gesamtheit**, wenn mehrere Arbeitnehmer:innen betroffen sind. **Eine andere Methode als die Verdrängung von nationalem Recht steht für die Herstellung einer unionsrechtskonformen Rechtslage im Rahmen der Vollziehung der Gesetze nicht zur Verfügung**, und am ehesten wird eine **solche Rechtslage erreicht**, indem die „**Wortfolge „für jede/n Arbeitnehmer/in“ in § 7i Abs. 4 AVRAG unangewendet bleibt**“. Dadurch ergibt sich nämlich, der Forderung des EuGH in der Rs *Maksimovic* entsprechend, eine „**Höchstgrenze für die Summe aller Geldstrafen**“, wenn mehrere Arbeitnehmer:innen betroffen sind.“¹¹⁵

Weiters erläuterte der VwGH, dass diese „geltungserhaltende Reduktion“¹¹⁶ die einzige Möglichkeit war die Unionsrechtskonformität „*bei möglichst weitgehender Erhaltung des nationalen Rechts herzustellen.*“ Die Alternative, nämlich die Nichtanwendung der gesamten Strafbestimmung, wäre ein noch weitergehender Eingriff in das nationale Recht gewesen.¹¹⁷

¹¹³ LVwG Kärnten 20.09.2022, KLVwG-1403/6/2022; 18.11.2022, KLVwG-1379/12/2022; ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP 1.

¹¹⁴ VwGH 15.10.2019, Ra 2019/11/0033 Rz 26.

¹¹⁵ VwGH 15.10.2019, Ra 2019/11/0033 Rz 27, 28.

¹¹⁶ *Kühnteubl/Diensthuber*, ZAS 2021, 282.

¹¹⁷ VwGH 15.10.2019, Ra 2019/11/0033 Rz 29.

Abschließend ging der VwGH noch auf die Thematik der Ersatzfreiheitsstrafe und des Verfahrenskostenbeitrags ein. Er ging jedenfalls so weit zu sagen, dass, in sehr gewagter Auslegung, Ersatzfreiheitsstrafen im Sinne der Rsp des EuGH bei solch einem Delikt generell unionsrechtswidrig wären.¹¹⁸

Wie bereits der EuGH jedoch selbst erläuterte, führte lediglich das Zusammenspiel aller Elemente zur Unionsrechtswidrigkeit, und er formulierte auch selbst, dass für eine unionsrechtskonforme Ausgestaltung unter anderem nicht unbedingt zwangsweise Ersatzfreiheitsstrafen verhängt werden müssten.¹¹⁹

Außerdem erläuterte der EuGH, dass die zuständigen Behörden, wenn die nationalen Rechtsvorschriften eine Kumulierung von strafrechtlichen Sanktionen, wie etwa die **Kopplung von Geld- und Freiheitsstrafen**, vorsehen, sicherstellen müssen, dass die Schärfe aller verhängten Sanktionen nicht die Schwere der festgestellten Straftat überschreitet, da andernfalls ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vorläge,¹²⁰ also dass sogar mehr als eine rein alternative Freiheitsstrafe, nämlich sogar eine Kombination von Geld- und Freiheitsstrafe uU möglich ist.

Es sei noch gesagt, dass Verfahrenskostenbeitrag sowie Ersatzfreiheitsstrafe natürlich von der Geldstrafe abhängig sind. Beide ergeben sich jedoch, wie bereits erwähnt, aus dem allgemeinen Verwaltungsstrafrecht (VStG und VwGVG) und wurden dementsprechend in weiterer Folge vom Gesetzgeber auch nicht abgeändert.

Am 18.02.2020 sprach der VwGH betreffend die Nachfolgebestimmung des **§ 7i Abs 4 Z 1 dritter Strafsatz AVRAG** idF BGBl I 2014/94, **§ 28 Z 1 dritter Strafsatz LSD-BG** BGBl I 2016/44 (sowie **§ 26 LSD-BG – Meldeverstöße**), also im konkreten Fall zur **Nichtbereithaltung** von Lohnunterlagen, ebenso aus, dass die Strafnormen in Teilbereichen unionsrechtlich verdrängt werden. Die Erfüllung des objektiven und subjektiven Tatbestandes der Gebotsnormen ist weiterhin möglich. Er verweist auf sein Erkenntnis VwGH

¹¹⁸ VwGH 15.10.2019, Ra 2019/11/0033 Rz 31-33; Vgl VwGH 26.02.2020, Ra 2020/11/0004; ebenso *F. Schrank* in *F. Schrank/V. Schrank/Lindmayr*² § 26 Rz 19, § 28 Rz 22; noch weitergehend betreffend § 29 LSD-BG *F. Schrank* in *F. Schrank/V. Schrank/Lindmayr*² § 29 Rz 147.

¹¹⁹ EuGH C-64/18, *Maksimovic*, ECLI:EU:C:2019:723 Rz 47-50; Vgl auch zu Ersatzfreiheitsstrafen bei schwerwiegenden Delikten Kapitel III.B., EuGH C-231/20, *MT gegen Landespolizeidirektion Steiermark ua*, ECLI:EU:C:2021:845 Rz 50-55, 58.

¹²⁰ EuGH C-655/21, *Strafverfahren gegen G. ST. T.*, ECLI:EU:C:2023:791 Rz 66; C-570/20, *BV*, ECLI:EU:C:2022:348 Rz 49f; C-537/16, *Garlsson Real Estate ua*, ECLI:EU:C:2018:193 Rz 56.

15.10.2019, Ra 2019/11/0033, sowie insbesondere auf die Nachfolgerechtsprechung des EuGH¹²¹ zur Rs *Maksimovic* sowie die Entscheidung des VfGH^{122, 123}.

Am 25.02.2020 erläuterte der VwGH zwar, dass das LSD-BG neben der Verpflichtung zur Zahlung des Mindestlohns weitere Verpflichtungen für Arbeitgeber:innen beinhaltet, die im Sinne der Entsende-RL und Art 9 Abs 1 der Durchsetzungs-RL als **notwendige, wirksame und verhältnismäßige Kontrollmaßnahmen** anzusehen sind, **und nur die tatsächliche Sichtung dieser Dokumente den Zweck des LSD-BG sicherstellen kann, denn die Unterlagen müssen der Behörde übermittelt werden, damit diese überhaupt in die Lage versetzt wird die Einhaltung sämtlicher Bestimmungen überprüfen zu können.**¹²⁴

Der VwGH sprach in diesem Zusammenhang dennoch betreffend den gegenständlichen **§ 27 Abs 1 LSD-BG idF BGBl I 2016/44 zur Nichtübermittlung von Lohnunterlagen**, konkret in einem Auslandssachverhalt, aus, dass im fortgesetzten Verfahren die Rs *Maksimovic* und deren Nachfolgejudikatur EuGH C-645/18, *NE/Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, sein Erkenntnis VwGH 15.10.2019, Ra 2019/11/0033 sowie VfGH 27.11.2019, E 2893, zu beachten sein werden. Er formulierte also in konsequenter Weise, dass die Judikatur zur Bereithaltung/Bereitstellung auch auf die Übermittlung von Lohnunterlagen zur Anwendung gelangt.¹²⁵

Am 29.10.2020 hob der VwGH übrigens auch betreffend **§ 7i Abs 1 AVRAG idF BGBl I 2014/94** zur Nichtübermittlung von Lohnunterlagen, hier wohlgermerkt in einem **reinen Inlandssachverhalt**, ein Erkenntnis aufgrund Entscheidung einer unzuständigen Behörde auf, formulierte jedoch, dass im fortgesetzten Verfahren die Rs *Maksimovic* sowie sein Erkenntnis VwGH 15.10.2019, Ra 2019/11/0033, zu beachten sein werden. Er postulierte also bereits die **Verhängung einer einzelnen Strafe auch im Inlandsbereich.**¹²⁶ Dadurch schaffte er Klarheit, da die Rsp speziell zu § 27 LSD-BG uneinheitlich war, bspw sprach das VGW bereits am 30.01.2020 im Sinne der späteren Rsp des VwGH ab¹²⁷, jedoch dasselbe Gericht am 08.04.2020 wiederum genau gegenteilig, mit der Begründung, dass eben kein Europarechtsbezug vorliegt

¹²¹ EuGH C-645/18, *NE/Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, ECLI:EU:C:2019:1108.

¹²² VfGH 27.11.2019, E 2893/2019.

¹²³ VwGH 18.02.2020, Ra 2019/11/0195 Rz 8-10; VwGH 27.04.2020, Ra 2019/11/0171.

¹²⁴ VwGH 25.02.2020, Ra 2018/11/0110 Rz 14, 15; 12.08.2021, Ra 2019/11/0173 Rz 9; 06.12.2021, Ra 2021/11/0166 Rz 38; ebenso zu § 7i Abs 4 AVRAG 20.9.2018, Ra 2017/11/0233, Ra 2018/11/0118.

¹²⁵ VwGH 25.02.2020, Ra 2018/11/0110 Rz 17; 27.04.2020, Ra 2019/11/0171 Rz 15; 12.08.2021, Ra 2019/11/0173 Rz 13.

¹²⁶ VwGH 29.10.2020, Ra 2018/11/0129 Rz 16.

¹²⁷ VGW 30.01.2020, VGW-41/025/2720/2019-35.

und daher keine Gesamtstrafe, sondern die Bestimmung wie im Gesetz vorgesehen, zur Anwendung gelangt.¹²⁸

Am **05.03.2021** stellte der VwGH klar, dass seine Entscheidung in **VwGH 15.10.2019, Ra 2019/11/0033, lediglich auf § 7i Abs 4 vierter Strafsatz AVRAG** bezogen war, und dass diese Rsp jedenfalls **keine Bedeutung für den ersten Strafsatz des § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG** hat (siehe sogleich B.2., B.3.). Ebenso erklärte er, dass der **EuGH** in der Rs *Maksimovic* ebenfalls **keine Bestrafung nach dem ersten Strafsatz des § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG** zu beurteilen hatte.¹²⁹

Dies müsste dann logischerweise für die ersten beiden Strafsätze des § 7i Abs 4 AVRAG bzw § 28 Z 1-3 erster und zweiter Strafsatz LSD-BG genauso gelten, da, der Aussage des VwGH folgend, der EuGH ja dann auch lediglich über § 7i Abs 4 vierter Strafsatz AVRAG absprach, und eben nicht über die Strafsätze eins und zwei.

Diesbezüglich ist die **Rsp des VwGH jedoch nicht gänzlich konsistent**¹³⁰, da er am **02.06.2020** in einem Verfahren betreffend **§ 28 Abs 1 Z 1 erster Strafsatz LSD-BG** ausgesprochen hat, dass im fortzusetzenden Verfahren die Entscheidung des EuGH in der Rs *Maksimovic* zu beachten sein wird. Die Verletzung der Bereitstellungsverpflichtung von Lohnunterlagen, wenn **mehrere Arbeitnehmer:innen betroffen sind, zieht „nur mehr eine einzige Strafe nach sich“**. Das sei laut VwGH eine zwingende Rechtsfolge des Erfordernisses der Herstellung der Unionsrechtskonformität unter möglichst weitgehender Erhaltung des innerstaatlichen Rechts.¹³¹

Außerdem erläuterte er am **24.01.2022**, dass er seit dem Urteil des EuGH in der Rs *Maksimovic* sowie dessen Nachfolgejudikatur, diesem folgend, in Fällen grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung judiziert, dass die Wortfolge **„für jede/n Arbeitnehmer/in“ in § 7i Abs 4 AVRAG bzw § 28 LSD-BG** unangewendet zu bleiben hat. Aus dieser Aussage lässt sich also ebenso keine Ausnahme zu den ersten beiden Strafsätzen argumentieren.¹³²

Betreffend die Strafsätze der Bestimmung des **§ 7i Abs 5 AVRAG idF BGBl I 2014/94**, also jene zum Delikt der **Unterentlohnung** selbst, äußerte sich der VwGH lediglich nach der

¹²⁸ VGW 08.04.2020, VGW-041/036/12479/2019-20; Vgl VGW 05.11.2019, VGW-041/008/11644/2018-21.

¹²⁹ VwGH 05.03.2021, Ra 2020/09/0061 Rz 13.

¹³⁰ *Fädler*, Das verwaltungsstrafrechtliche Kumulationsprinzip (2024) 159.

¹³¹ VwGH 02.06.2020, Ro 2019/11/0009 Rz 22.

¹³² VwGH 24.01.2022, Ra 2020/09/0077 Rz 9.

Novelle des LSD-BG kritisch, wie bereits oben unter I.B. erläutert.¹³³ Er schloss lediglich eine planwidrige Lücke des AVRAG durch Analogie. Das Analogieverbot stand dem nicht entgegen, da die Tat selbst zur Zeit ihrer Begehung ausdrücklich für strafbar erklärt war und sich durch die Lückenschließung eine für Beschuldigte sogar günstigere Strafnorm ergibt.¹³⁴ Er sprach aus, „dass unabhängig von der Anzahl der von der Unterentlohnung betroffenen Arbeitnehmer eine einzige Übertretung vorliegt, für die - ohne Anwendung einer Mindeststrafe - eine einzige Strafe zu verhängen ist. Dies gilt in allen anhängigen Verfahren.“¹³⁵ Dies ist jedoch, wie bereits oben erläutert, erst nach der Novelle des LSD-BG 2021 ausgesprochen worden und im Zusammenhang mit §§ 29, 72 Abs 10 letzter Satz LSD-BG zu lesen, da dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden konnte, die Regelungen des novellierten LSD-BG für sämtliche anhängige Verfahren anzuwenden, ohne dies nicht auch für ein und dasselbe Delikt mit der identischen Strafnorm nach dem AVRAG gewollt zu haben.¹³⁶ Es ist offensichtlich, dass der Gesetzgeber die entsprechende Übergangsbestimmung im AVRAG vergessen hat. Die Entscheidung des VwGH ist zwar grundsätzlich verständlich, hatte er ja auch im Grunde keine andere Möglichkeit zur Anpassung, jedoch ergibt sich hierdurch bei den Strafsätzen drei sowie vier des § 7i Abs 5 AVRAG, also bei einer Konstellation von mehr als drei betroffenen Arbeitnehmer:innen, eine Gesamtstrafe von maximal 20.000 EUR, im Wiederholungsfall von maximal 50.000 EUR. Dies würde in vielen Fällen eine Strafe bedeuten, die **unverhältnismäßig niedrig** in Bezug auf den von der Rsp des EuGH, VfGH sowie VwGH postulierten **wirtschaftlichen Vorteil** des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin ist. Mittlerweile hat diese Rsp jedoch sowieso keine Bedeutung mehr, weil die betreffenden Altfälle nach dem AVRAG bereits vollständig abgeschlossen sind, da das LSD-BG in seiner Ursprungsfassung bereits am 01.01.2017 in Kraft getreten ist.

Zur Unionsrechtskonformität des **§ 29 Abs 1 dritter Strafsatz LSD-BG** in seiner Ursprungsfassung, also bei Unterentlohnung von mehr als drei Arbeitnehmer:innen, wobei pro Arbeitnehmer:in eine Geldstrafe in Höhe von 2.000 EUR bis 20.000 EUR zu verhängen war, befasste sich der VwGH nicht mehr. Es gab zwar zwei Erkenntnisse des VGW vom 30.10.2020, in denen es statt Einzelstrafen eine Gesamtstrafe unter Heranziehung der Rsp *Maksimovic* sowie der VwGH-Judikatur zu den Delikten der §§ 26 – 28 LSD-BG verhängte, gegen das die ÖGK

¹³³ Vgl Fädler, Das verwaltungsstrafrechtliche Kumulationsprinzip (2024) 157.

¹³⁴ VwGH 12.10.2021, Ra 2019/11/0015 Rz 36.

¹³⁵ VwGH 12.10.2021, Ra 2019/11/0015 Rz 35; 08.09.2022, Ra 2021/11/0093 Rz 13.

¹³⁶ VwGH 12.10.2021, Ra 2019/11/0015 Rz 30f, 33f; ebenso VwGH 08.09.2022, Ra 2021/11/0093 Rz 13.

(Österreichische Gesundheitskasse) als CC-LSDB (Kompetenzzentrum Lohn- und Sozialdumpingbekämpfung) Revisionen erhob, jedoch wies der VwGH diese am 12.10.2021 mittels Beschluss zurück, indem er formulierte, dass aufgrund der neuen Rechtslage seit 01.09.2021 (siehe Kapitel V.) den für die Zulässigkeit aufgeworfenen Rechtsfragen, dass Rsp des VwGH dazu fehlt, ob die Rs *Maksimovic* auch für das Delikt der Unterentlohnung einschlägig ist, und, ob der Unionsrechtskonformität der Strafnorm des § 29 Abs 1 LSD-BG, mittlerweile keine grundsätzliche Bedeutung gemäß Art 133 Abs 4 B-VG mehr zukam.¹³⁷

Jedenfalls ist **ausgiebige Rsp zu §§ 7i Abs 5 AVRAG idF BGBl I 2014/94, 29 Abs 1 LSD-BG** seitens der **LVwG** ergangen, die mehrheitlich von der Unionsrechtskonformität des genannten Paragraphen ausgehen:

Am 19.11.2019 sprach das LVwG Niederösterreich aus, dass unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes effiziente und auch abschreckende Maßnahmen geboten sind. Das Delikt der **Unterentlohnung** ist **nicht** mit der Nichteinhaltung von „**bloß**“ **formalen bzw. organisatorischen, nur mittelbar** der Verhinderung von Lohn- und Sozialdumping dienenden Vorschriften, **vergleichbar**, und wendete die Bestimmung des § 29 LSD-BG vollständig an. Außerdem formulierte es, dass der **primäre Zweck der formalen Vorschriften** in der Vermeidung von Lohn- und Sozialdumping durch effektive Kontrollen bezüglich der Einhaltung des Verbots der Unterentlohnung liegt, **um zu verhindern, dass Beschuldigte einer Bestrafung wegen Unterentlohnung durch Nichtvorlage der zur Überprüfung erforderlichen Unterlagen entgehen.**¹³⁸

Das VGW verwies am 19.08.2020 auf die eben genannte Entscheidung und teilte diese Rechtsansicht. Außerdem betonte es, dass es sich beim Delikt der Unterentlohnung um die Übertretung von Vorschriften handelt, die **direkt die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Arbeitnehmer:innen betreffen.**¹³⁹

Ebenso erläuterte das LVwG Niederösterreich zu **§ 7i Abs 5 AVRAG**, dass der konkret zu entscheidende Fall **nicht** mit der Rs *Maksimovic* **vergleichbar** ist, da es sich gegenständlich

¹³⁷ VwGH 12.10.2021, Ra 2021/11/0033 Rz 13, 15-19.

¹³⁸ LVwG NÖ 19.11.2019, LVwG-S-2306/001-2018.

¹³⁹ VGW 19.08.2020, VGW-041/037/3823/2020; ebenso LVwG NÖ 11.11.2020, LVwG-S-1535/001-2020; VGW 07.04.2020, VGW-041/061/12777/2019-16.

nicht um eine **Lohnvereitelungsmaßnahme** handelt, **sondern** um **Unterentlohnung** selbst. Weiters wurde auf die VwGH-Erkenntnisse VwGH 10.06.2015, 2013/11/0121, sowie VwGH 23.05.2013, 2012/09/0082, verwiesen.¹⁴⁰

Genauso entschied das LVwG Steiermark am 28.8.2020 und formulierte zudem, dass sich der Beschuldigte durch eine Unterentlohnung in Höhe von 2.658,02 EUR einen **nicht unerheblichen Wettbewerbsvorteil** gegenüber österreichischen Unternehmer:innen verschafft hat und dadurch **die Verhängung einer Strafe, die zumindest in der Höhe der Ersparnis der Lohnkosten liegt, erforderlich erscheint**, um ihn von der Begehung weiterer einschlägiger Verwaltungsübertretungen **abzuhalten**. Eine von der Erstbehörde verhängte Strafe von 2.500,00 EUR wird diesem Erfordernis knapp **nicht gerecht, weil sie sich unterhalb des insgesamt vorenthaltenen Lohns bewegt** und daher dem **Schutzzweck** des Gesetzes, *„nämlich durch entsprechend spürbare Strafen zu verhindern, dass derartige Praktiken zu einem „Geschäft“ für die Unternehmer werden“*, zuwiderläuft.¹⁴¹

Auch das LVwG Vorarlberg schloss sich jedenfalls betreffend **§ 29 Abs 1 erster Strafsatz LSD-BG** der Rechtsansicht, dass die Regelung uneingeschränkt zur Anwendung gelangt, an, speziell mit der Begründung, dass dies auch aus der gleichgelagerten **Rsp des VwGH zu § 52 Abs 2 erster Strafsatz GSpG (Glücksspielgesetz)** hervorgeht (siehe sogleich unter B.2.).¹⁴²

Das LVwG Niederösterreich formulierte weiters, dass **§ 29 Abs 1 LSD-BG** speziell auf den Schutz der Arbeitnehmer:innen *„vor dem Hintergrund, dass viele Arbeitnehmer aus Angst vor Verlust ihres Arbeitsplatzes nur selten rechtliche Schritte im Fall einer Unterentlohnung setzen“*, abzielt, und dass der soziale Schutz der Arbeitnehmer:innen nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehört. **§ 29 LSD-BG typisiert besonders schwerwiegendes Unrecht** und ist nicht vergleichbar mit der Rs *Maksimovic*. **Die Härte der Sanktionen entspricht der Schwere der geahndeten Verstöße unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit**. Es gibt zwar **keine Höchststrafen** wie in § 52 Abs 2 GSpG (gemeint wohl § 52 Abs 2 erster und zweiter Strafsatz GSpG – siehe sogleich B.2.), aber im Gegensatz zu den §§ 26-28 LSD-BG **Möglichkeiten der Straffreiheit** gemäß §§ 13

¹⁴⁰ LVwG NÖ 16.04.2020, LVwG-S-537/001-2019.

¹⁴¹ LVwG Steiermark 28.8.2020, LVwG 33.26-672/2020-16.

¹⁴² LVwG Vorarlberg 29.06.2020, LVwG-1-382/2019-R7.

Abs 6¹⁴³, 29 Abs 2 LSD-BG, bspw, wenn lediglich geringfügige Lohnabrechnungsfehler oder irrtümliche Unterentlohnungen vorliegen. Durch das System der Straffreiheit bei Schadenswiedergutmachung kann eine „*sachgerechte Beurteilung der Unterentlohnung*“ erfolgen, wodurch § 29 LSD-BG in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der Übertretungen steht.

Somit liegt die Unionsrechtskonformität, ebenso zu den Ersatzfreiheitsstrafen sowie zum Verfahrenskostenbeitrag, vor.¹⁴⁴

Auch das LVwG Burgenland sah die Regelungen des § 29 LSD-BG idF BGBl I 2016/44 als mit dem Unionsrecht vereinbar an, auch wenn es im konkreten Erkenntnis offensichtlich auf die Regelung des § 72 Abs 10 letzter Satz LSD-BG idF BGBl I 2021/174, wonach bereits die neue Regelung des § 29 LSD-BG idF BGBl I 2021/174 hätte angewendet werden müssen, vergessen hat.¹⁴⁵

B.2. Parallel-Rsp zum AuslBG und GSpG seit der Rs *Maksimovic*

Betreffend § 52 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 erster Strafsatz GSpG, welcher vorsieht, dass bei der Ausspielung von illegalen Glücksspielen mit bis zu drei Glücksspielautomaten für jeden Automaten eine Geldstrafe von 1.000 EUR bis 10.000 EUR zu verhängen ist, hat der VwGH am 06.05.2020 erläutert, dass hierbei eine insgesamt Mindeststrafsumme von 3.000 EUR sowie eine insgesamt Höchststrafsumme von 30.000 EUR verhängt werden kann, sowie, dass, unter allfälliger Anwendung der außerordentlichen Strafmilderung gemäß § 20 VStG (bei beträchtlichem Überwiegen der Milderungsgründe über die Erschwerungsgründe) die jeweiligen Mindeststrafen bis zur Hälfte unterschritten werden können, im konkreten Fall also pro Delikt auch 500 EUR unter Umständen verhängt werden könnten. Somit ermögliche das GSpG in Verbindung mit dem VStG eine sämtliche Umstände des Einzelfalls berücksichtigende Ausmessung der für geboten erachteten Strafe bzw Strafen. Nach der Rsp des EuGH dürfen betrügerische Handlungen auch strenger bestraft werden als reine Verletzungen von administrativen Verpflichtungen wie einer Anmeldepflicht.¹⁴⁶

¹⁴³ Zeisel, ZAS 2019, 142 (143).

¹⁴⁴ LVwG NÖ 17.08.2020, LVwG-S-2162/001-2019; zu § 7i Abs 5 AVRAG idF BGBl I 2014/94 mit Verweis LVwG Steiermark 28.10.2020, LVwG 30.22-1350/2020-13; LVwG 30.22-1398/2020-13; Vgl auch Kapitel III.B., EuGH C-231/20, *MT gegen Landespolizeidirektion Steiermark ua*, ECLI:EU:C:2021:845 Rz 50-58.

¹⁴⁵ LVwG Burgenland 07.03.2022, E 254/05/2021.031/006; E 254/05/2021.032/005.

¹⁴⁶ VwGH 06.05.2020, Ra 2020/17/0001 Rz 60, 62-64, 75.

Nach dem VwGH handelt es sich bei den in § 52 Abs 1 Z 1 GSpG umschriebenen Übertretungen nicht um Übertretungen bloßer Ordnungsvorschriften, die administrativen Zwecken dienen, denn es geht um gewichtige öffentliche Interessen, nämlich unrechtmäßige Handlungen zu unterbinden, welche eine hohe Sozialschädlichkeit (besonders hohes Suchtpotential und daher eine besonders hohe Gefährlichkeit) aufweisen. Der **Unrechtsgehalt** einer solchen Tat ist daher auch **besonders schwer**. Somit können die **vorgesehenen Sanktionen gar nicht in Fällen verhängt werden, „in denen nicht erwiesen ist, dass der beanstandete Sachverhalt von besonderer Schwere ist.“**¹⁴⁷

Der VwGH formulierte deutlich, dass im Unterschied zum in der Rs *Maksimovic* relevanten Strafsatz des § 7i Abs 4 vierter Strafsatz AVRAG idF BGBl I 2014/94 der § 52 Abs 2 erster Strafsatz GSpG eben eine „**Obergrenze für die Summe der Strafen**“ beinhaltet, sowie, dass **nicht ersichtlich** ist, dass die **Strafdrohung aufgrund** des im Tatbestand des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG typisierten **Unrechts** sowie des „**üblicherweise daraus erzielten finanziellen Vorteils unverhältnismäßig wäre.**“¹⁴⁸

In logischer Konsequenz sah der VwGH den Verfahrenskostenbeitrag sowie eine Ersatzfreiheitsstrafe als unproblematisch an.¹⁴⁹

Abschließend hielt er fest, dass die genannte Bestimmung also nicht dem Unionsrecht entgegensteht.¹⁵⁰

Am 14.09.2020 weitete der VwGH in logischer Konsequenz die eben geschilderte Rechtsprechung auch auf **§ 52 Abs 2 zweiter Strafsatz GSpG** aus, also die Strafbestimmung zur Wiederholungstat mit bis zu drei Glücksspielautomaten. Hier erachtete der VwGH ebenso den Strafraumen pro Automaten mit 3.000 EUR bis 30.000 EUR aus spezial- sowie generalpräventiven Erwägungen als verhältnismäßig und mit dem Unionsrecht vereinbar.¹⁵¹

Betreffend den **dritten Strafsatz des § 52 Abs 2 GSpG**, welcher für eine Ausspielung ab einer Anzahl von mehr als drei Glücksspielautomaten pro Automat einen Strafraumen von 3.000 EUR bis 30.000 EUR vorsieht, stellte der VwGH ein Vorabentscheidungsersuchen an den

¹⁴⁷ VwGH 06.05.2020, Ra 2020/17/0001 Rz 66, 67, 73, 74.

¹⁴⁸ VwGH 06.05.2020, Ra 2020/17/0001 Rz 74.

¹⁴⁹ VwGH 06.05.2020, Ra 2020/17/0001 Rz 76, 84; Vgl Kapitel III.B., EuGH C-231/20, *MT gegen Landespolizeidirektion Steiermark ua*, ECLI:EU:C:2021:845 Rz 50-58.

¹⁵⁰ VwGH 06.05.2020, Ra 2020/17/0001 Rz 85; 17.03.2021, Ra 2020/17/0084 Rz 8.

¹⁵¹ VwGH 14.09.2020, Ro 2020/17/0015 Rz 13-17; ebenso 17.03.2021, Ra 2020/17/0084 Rz 9; 16.07.2021, Ra 2020/17/0110 Rz 10; ErläutRV 24 BlgNR 25. GP 22f.

EuGH.¹⁵² Der EuGH sprach, wie bereits erläutert, aus, dass auch die Bestimmung des dritten Strafsatzes im Grunde unionsrechtskonform ist, ebenso die Verhängung von Ersatzfreiheitsstrafen sowie der Verfahrenskostenbeitrag. Zum Urteil des EuGH siehe bereits Kapitel III.B.

Am 10.12.2021 entschied der VwGH in weiterer Folge, dass die **Mindeststrafen** gemäß § 52 Abs 2 dritter Strafsatz GSpG, also **in den Fällen der Kumulation ohne Höchstgrenze, in denen vor den Übertretungen noch gar nicht gesagt werden kann, wie hoch die Gesamtsumme der Geldstrafen ausfallen wird**, aufgrund des Aspekts des **wirtschaftlichen Gewinns** aus der Tatbegehung, welcher höher ausfällt, je mehr Glücksspielgeräte aufgestellt sind, sowie der **notwendigen Abschreckung der Sanktionen, grundsätzlich nicht unverhältnismäßig sind**.¹⁵³

Jedenfalls ist, gemäß der Rsp des EuGH, **im Einzelfall** immer sicherzustellen, dass bei der Strafbemessung nach dem VStG die Geldstrafen **nicht außer Verhältnis zu dem durch die geahndeten Taten erzielbaren wirtschaftlichen Vorteil** stehen.¹⁵⁴ Für die Ersatzfreiheitsstrafen gilt, dass bei einer Gesamtsumme von erheblicher Dauer diese möglicherweise nicht der Schwere der festgestellten Übertretungen entsprechen könnte, weshalb im Einzelfall sicherzustellen ist, dass solche Höhen nicht ausgesprochen werden.¹⁵⁵

Betreffend den Verfahrenskostenbeitrag als Finanzierungsquelle für die gerichtliche Tätigkeit der Mitgliedstaaten gilt, dass die nationalen Gerichte im Einzelfall ebenso zu beachten haben, dass die konkrete Festsetzung im Hinblick auf die tatsächlichen Kosten weder überhöht ist noch den Zugang zu den Gerichten verletzt. Der VwGH hat diesbezüglich festgehalten, dass bei einer größeren Anzahl von Glücksspielautomaten im Regelfall damit ein höherer Verfahrensaufwand verbunden ist und erblickt somit keine Unverhältnismäßigkeit der Bestimmung.¹⁵⁶

Der VwGH formulierte, dass, wenn „*im Einzelfall außerordentliche Umstände vorliegen, die vom Gesetzgeber bei der Erstellung des gesetzlichen Strafrahmens bzw. der Normierung des Verfahrenskostenbeitrages nicht hinreichend berücksichtigt worden sind und bei denen auch mit der Anwendung des § 20 VStG nicht das Auslangen gefunden werden kann*,“ bei der Anwendung die eben genannten Aspekte aus der EuGH-Rsp zu berücksichtigen sind.¹⁵⁷

¹⁵² VwGH 10.12.2021, Ra 2020/17/0013.

¹⁵³ VwGH 10.12.2021, Ra 2020/17/0013 Rz 37.

¹⁵⁴ VwGH 10.12.2021, Ra 2020/17/0013 Rz 38.

¹⁵⁵ VwGH 10.12.2021, Ra 2020/17/0013 Rz 45; Vgl Kapitel III.B., EuGH C-231/20, *MT gegen Landespolizeidirektion Steiermark ua*, ECLI:EU:C:2021:845 Rz 50-55, 58.

¹⁵⁶ VwGH 10.12.2021, Ra 2020/17/0013 Rz 47; Vgl Kapitel III.B., EuGH C-231/20, *MT gegen Landespolizeidirektion Steiermark ua*, ECLI:EU:C:2021:845 Rz 56-58.

¹⁵⁷ VwGH 10.12.2021, Ra 2020/17/0013 Rz 50.

Im konkreten Fall erläuterte der VwGH, dass **bei zehn Übertretungen die Notwendigkeit der Regelung von Mindeststrafen von 3.000 EUR pro Automat gegeben und jedenfalls als verhältnismäßig** anzusehen ist, weil die Aufstellung so vieler Glücksspielgeräte notorisch zu einer **besonders ergiebigen Einnahmequelle** aus illegalem Glücksspiel führt, die effektiv verhindert werden muss.¹⁵⁸

Bezüglich des **vierten Strafsatzes des § 52 Abs 2 GSpG**, welcher im Wiederholungsfall für eine Ausspielung ab einer Anzahl von mehr als drei Glücksspielautomaten pro Automaten einen Strafraum von 6.000 EUR bis 60.000 EUR vorsieht, legte der VwGH seine Rsp und die des EuGH um und erachtete die Bestimmung aus spezial- sowie generalpräventiven Erwägungen als verhältnismäßig und mit dem Unionsrecht vereinbar.¹⁵⁹

Er formulierte, dass sich gerade durch die wiederholte Begehung mehrerer Delikte mit mehr als drei Glücksspielautomaten zeigt, dass *„mit der bereits zuvor erfolgten Bestrafung nach der Mindeststrafandrohung des dritten Strafsatzes leg. cit. keine abschreckende Wirkung erzielt werden konnte“*, und der Täter somit nicht von der neuerlichen Begehung solcher Delikte abgehalten wurde.“¹⁶⁰

Am 02.07.2020 hat der VwGH die Rechtsprechungslinie zu § 52 Abs 2 erster Strafsatz GSpG auf **§ 28 Abs 1 Z 1 erster Strafsatz AuslBG** umgelegt, auch unter Berücksichtigung dessen, dass sich der Gesetzgeber bei der Staffelung der Strafsätze des § 52 Abs 2 GSpG an den Mindest- und Höchststrafen in § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG orientiert hat¹⁶¹, sowie unter Berücksichtigung der nicht unbedeutenden Folgen von Übertretungen des § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG, da der Zweck im Schutz von inländischen Arbeitsuchenden vor einem unregulierten, wettbewerbsverzerrenden Einstromen ausländischer Arbeitskräfte und der heimischen Wirtschaft im Sinne einer Deckung des Arbeitskräftebedarfs insbesondere in jenen Branchen, in welchen erfahrungsgemäß inländische Arbeitskräfte schwer zu vermitteln sind, besteht^{162 163}.

¹⁵⁸ VwGH 10.12.2021, Ra 2020/17/0013 Rz 52.

¹⁵⁹ VwGH 16.03.2022, Ra 2019/17/0123 Rz 13-18.

¹⁶⁰ VwGH 16.03.2022, Ra 2019/17/0123 Rz 15.

¹⁶¹ ErläutRV 24 BlgNR 24. GP 23.

¹⁶² VwGH 21.02.2019, Ra 2018/09/0132 Rz 17.

¹⁶³ VwGH 02.07.2020, Ra 2020/09/0025 Rz 17, 18.

Die Bestimmung sieht vor, dass bei der unberechtigten Beschäftigung von höchstens drei Ausländer:innen für jede/n unberechtigt beschäftigte/n Ausländer:in eine Geldstrafe von 1.000 EUR bis 10.000 EUR zu verhängen ist.

Der VwGH erläuterte, dass ein reiner Inlandssachverhalt vorliegt, wodurch kein Unionsrechtsbezug gegeben ist und der freie Dienstleistungsverkehr nach Art 56 AEUV gar nicht beschränkt sein kann, somit auch eine Verdrängung nationalen Rechts nicht geboten ist, **jedoch selbst bei Unionsrechtsbezug keine Bedenken an der Regelung aufgrund deren Ausgestaltung bestehen.**¹⁶⁴

Am 05.03.2021 stellte der VwGH, wie bereits erwähnt, nochmals klar, dass die Entscheidung des EuGH in der Rs *Maksimovic* keine Bedeutung für den ersten Strafsatz des § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG hat.¹⁶⁵

In weiterer Folge legte der VwGH die Rechtsprechungslinie zu **§ 52 Abs 2 zweiter Strafsatz GSpG** ebenso **auf § 28 Abs 1 Z 1 zweiter Strafsatz AuslBG**, also die Bestimmung zur Wiederholungstat, bei der pro unberechtigt beschäftigte/n Ausländer:in eine Geldstrafe von 2.000 EUR bis 20.000 EUR zu verhängen ist, **auch im Falle eines Unionsrechtsbezugs**, um.¹⁶⁶

Betreffend **§ 28 Abs 1 Z 1 dritter sowie vierter Strafsatz AuslBG**, welche normieren, dass bei einer unberechtigten Beschäftigung von mehr als drei Ausländer:innen für jede/n unberechtigt beschäftigte/n Ausländer:in eine Strafe von 2.000 EUR bis 20.000 EUR bzw im Wiederholungsfall 4.000 EUR bis 50.000 EUR zu verhängen ist, ging der VwGH dann doch, dem EuGH in der Rs *Maksimovic* folgend, bei Sachverhalten mit Unionsrechtsbezug von einer Unverhältnismäßigkeit aus. Dies ergibt sich aus seinem Normprüfungsantrag bezüglich des § 28 Abs 1 Z 1 dritter Strafsatz AuslBG an den VfGH. Aufgrund dessen hegte er auch generell Bedenken betreffend die Verfassungsmäßigkeit der Regelung, da somit für reine Inlandssachverhalte ein strengeres Strafregime weitergelten würde. Dies verneinte der VfGH jedoch, wodurch die Regelung im Inlandsbereich, und in weiterer Folge wohl auch der vierte Strafsatz für Wiederholungstaten, weiterhin anwendbar ist (siehe unter IV.A.).¹⁶⁷

¹⁶⁴ VwGH 02.07.2020, Ra 2020/09/0025 Rz 18, 21, 22; ebenso 13.11.2020, Ra 2020/09/0052 Rz 11f; 05.03.2021, Ra 2020/09/0061 Rz 12; 29.03.2022, Ra 2020/09/0037 Rz 12.

¹⁶⁵ VwGH 05.03.2021, Ra 2020/09/0061 Rz 13.

¹⁶⁶ VwGH 04.05.2022, Ra 2020/09/0024 Rz 9f.

¹⁶⁷ *Fädler*, Das verwaltungsstrafrechtliche Kumulationsprinzip 158; Vgl *Ebner*, Unrechtmäßige Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen in Österreich (2023) 26.

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass der VwGH die Rechtsprechungslinie zu § 28 AuslBG sowie zu § 52 Abs 2 GSpG ebenso auf die Strafbestimmungen der §§ 111 Abs 1 und 2 iVm 33 Abs 1 und 2 ASVG, also betreffend die Meldepflichten zur Pflichtversicherung, umlegte, wobei er auch erläuterte, dass selbst im Falle eines Unionsrechtsbezugs grundsätzlich die VO 883/2004¹⁶⁸ in ihren Art 11 bis 13 normiert, welches mitgliedstaatliche SV-Recht zur Anwendung gelangt. Nur in Fällen von Arbeitskräfteüberlassungen innerhalb der Union bzw von Entsendungen, welche nicht unter Art 12 oder 13 der VO fallen, ist auf die Rsp *Maksimovic* Bedacht zu nehmen. Ziele, welche die Einschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen können, sind der soziale Schutz der Dienstnehmer:innen (Beiträge zur Sozialversicherung – Leistungen aus der Sozialversicherung) sowie die Bekämpfung von Betrug, insbesondere Sozialbetrug/Schwarzarbeit, um die Finanzierung des österreichischen Systems der Sozialversicherung sicherzustellen. Dienstgeber:innen können sich durch die Missachtung der Verpflichtung zur Anmeldung pflichtversicherter Personen die **Sozialversicherungsbeiträge rechtswidrig ersparen**. Aufgrund der Abhängigkeit von der Dauer der Beschäftigung sowie der Summe des Entgelts können durchaus **hohe Beträge erreicht** werden. Die Sanktionshöhe muss dazu in einem **angemessenen Verhältnis** stehen, um im Sinne der EuGH-Rsp eine „**wirklich abschreckende Wirkung**“ sicherzustellen und solche **Vorgehensweisen unattraktiv zu machen**. Außerdem ist jedenfalls beachtlich, dass bei der Unterlassung der Anmeldung zur Pflichtversicherung für jede/n einzelne/n Dienstnehmer:in „**Nachteile im Leistungsrecht zu befürchten**“ sind.¹⁶⁹ Im Ergebnis erachtete der VwGH die Strafbestimmungen des § 111 Abs 2 ASVG, also je nicht erstatteter Meldung eine Geldstrafe von 730 EUR bis 2.180 EUR, im Wiederholungsfall 2.180 EUR bis 5.000 EUR, in Bezug auf die im konkreten Sachverhalt verhängten Strafen als unionsrechtskonform.¹⁷⁰

B.3. Vergleichende Analyse

B.3.a. Formaldelikte

Es zeigt sich also, dass der VwGH grundsätzlich zwar Bedenken hatte, die Rsp des EuGH in der Rs *Maksimovic*, wie vom EuGH postuliert, auf das innerstaatliche Recht umzulegen, tat dies zwar auch für das AVRAG bzw LSD-BG, während er sich für eine solche Vorgehensweise

¹⁶⁸ Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Text von Bedeutung für den EWR und die Schweiz), ABl. L 2004/166, 1.

¹⁶⁹ VwGH 26.04.2022, Ra 2021/08/0006 Rz 42.

¹⁷⁰ VwGH 26.04.2022, Ra 2021/08/0006 Rz 32, 35-46; EuGH C-64/18, *Maksimovic*, ECLI:EU:C:2019:723 Rz 37.

jedoch dennoch nicht betreffend das AuslBG entschied. Lediglich zum dritten sowie vierten Strafsatz des § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG hatte er Bedenken, während er diese für die ersten beiden Strafsätze aufgrund einer schlussendlich aus den Sanktionsbestimmungen hervorgehenden insgesamten Höchststrafdrohung verneinte. Dies ist eine nicht völlig schlüssige Rechtsprechungslinie, denn § 7i Abs 4 erster und zweiter Strafsatz AVRAG idF BGBl I 2014/94 bzw § 28 Z 1-3 erster und zweiter Strafsatz LSD-BG idF BGBl I 2016/44 hätten diese Höchstgrenze ebenso vorgesehen. Also aus rein innerstaatlicher Sicht hätte der VwGH, wenn er schon für das AuslBG eine Differenzierung nach den einzelnen Strafsätzen vornahm, wohl die ersten beiden Strafsätze der genannten Paragraphen im AVRAG und LSD-BG halten müssen, um sich nicht selbst in einen Widerspruch zu verstricken. Auch wenn man aufgrund der Ausgestaltung des § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG davon ausginge, dass hier ein rein materielles Delikt vorliege, nämlich grundsätzlich die illegale Beschäftigung von Ausländer:innen¹⁷¹, und daher ein Delikt von hohem Unrechtsgehalt, hat der EuGH eindeutig abgesprochen.

Der VwGH hätte stattdessen auch für beide Gesetze, AVRAG/LSD-BG sowie AuslBG von einer gänzlichen Unionsrechtswidrigkeit der gegenständlichen Bestimmungen ausgehen können, ganz unabhängig von den einzelnen Strafsätzen, und dadurch wäre der Gesetzgeber am Zug gewesen, auch das AuslBG entsprechend abzuändern.

Wenn der VwGH in seiner Rechtsprechung einen Gleichlauf der Normen des AVRAG/LSD-BG sowie des AuslBG in der Hinsicht judiziert hätte, dass die Bestimmungen der ersten beiden Strafsätze des § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG ebenfalls unionsrechtswidrig sind, dann wäre der Gesetzgeber wohl dazu angehalten gewesen, zumindest ebenso, wie dies im AVRAG/LSD-BG bereits statuiert war, auch für das AuslBG das Delikt „aufzudröseln“ in ein geringer zu bestrafendes Formaldelikt der Vorlage der Beschäftigungsbewilligung sowie das materielle Delikt der illegalen Beschäftigung, um einer weiteren Entscheidung des EuGH zum AuslBG zu entgehen. Verkompliziert wurde die Situation natürlich weiters durch die Entscheidung des VfGH selbst, der die Verfassungsmäßigkeit des § 28 Abs 1 Z 1 dritter sowie vierter Strafsatz für den Inlandsbereich bestätigte. Die Kritik in der Lehre ließ in logischer Konsequenz nicht lange auf sich warten, obwohl eine Umlegung der Rs *Maksimovic* auf das AuslBG durchaus auch hier teilweise als nicht angebracht erscheint.¹⁷² Einigen Stimmen zufolge müsste das AuslBG seit der Rs *Maksimovic* geändert werden.¹⁷³ Fädler ist jedenfalls der Meinung, dass

¹⁷¹ Vgl Kapitel III.C.

¹⁷² Kert/Kirchmayr-Schliesselberger/Windisch-Graetz, Sozialbetrug im Unternehmensbereich (2022) 145f.

¹⁷³ F. Schrank, Editorial RdW 2021, 529; F. Schrank in F. Schrank/V. Schrank/Lindmayr² § 26 Rz 7a, § 28 Rz 22a, 22b, 147; Vgl Kühnleub/Diensthuber, ZAS 2021, 282 (287).

die Rechtsprechung zum Glücksspielgesetz eher für die Sanktionsbestimmungen des AuslBG passend wäre als jene in der Rs *Maksimovic*. Ihm zufolge sollte der EuGH speziell zum AuslBG noch ein weiteres Mal angerufen werden, um endgültige Klarheit zu schaffen.¹⁷⁴

Schlussendlich bleibt jedenfalls die Frage offen, ob die ersten beiden Strafsätze des § 7i Abs 4 AVRAG idF BGBl I 2014/94 bzw § 28 Z 1-3 erster und zweiter Strafsatz LSD-BG idF BGBl I 2016/44 wirklich durch den VwGH auf seine vorgenommene Weise entschärft bzw daran anknüpfend in weiterer Folge durch den Gesetzgeber novelliert werden mussten? Hier kommt jedenfalls die Mindeststrafenproblematik, welche der EuGH hervorhob, ins Spiel. Die Bestimmung hätte vermutlich zumindest teils beibehalten werden können, und dies sogar unter Berücksichtigung der geforderten unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeit¹⁷⁵, trotz der Rsp des EuGH oder vielleicht sogar gerade genau deswegen, da er die Kumulierung von Verwaltungsstrafen nie an sich als unverhältnismäßig erkannte.

B.3.b. Unterentlohnung

Wie bereits ausgeführt, ist zum Delikt der Unterentlohnung nach § 7i Abs 5 AVRAG idF BGBl I 2014/94 bzw § 29 Abs 1 LSD-BG idF BGBl I 2016/44 selbst keine Rechtsprechungslinie des EuGH vorhanden, ebenso wenig eine aussagekräftige vom VwGH seit der Rs *Maksimovic*, jedoch immerhin eine die Verfassungsmäßigkeit aussprechende Entscheidung des VfGH sowie zahlreiche Entscheidungen von verschiedenen LVwG, die selbst teilweise die EuGH-Rsp zum Glücksspielgesetz heranzogen.¹⁷⁶ Die Strafbestimmung zur Unterentlohnung schien zumindest in der Judikatur unionsrechtskonform. Aus der Linie des EuGH zum illegalen Glücksspiel kann man aufgrund der ähnlichen Sanktionsnormen und der Schwere der normierten Tatbestände durchaus eine Umlegbarkeit für das ebenso materielle Delikt der Unterentlohnung argumentieren, vor allem auch unter Bezugnahme des möglichen wirtschaftlichen Gewinns aus der Tatbegehung. Möglicherweise hätte § 29 LSD-BG idF BGBl I 2016/44 nie geändert werden müssen, was der Novelle 2021 in der Lehre auch heftige Kritik brachte.¹⁷⁷ UU hätte die

¹⁷⁴ Fädler, Das verwaltungsstrafrechtliche Kumulationsprinzip (2024) 135f.

¹⁷⁵ AA F. Schrank/V. Schrank/Lindmayr² Vorwort zur zweiten Auflage; F. Schrank in F. Schrank/V. Schrank/Lindmayr² § 29 Rz 139.

¹⁷⁶ Vgl Kapitel IV.B.1.

¹⁷⁷ Fädler, ZfV 2022, 99 (103f); Fädler, Das verwaltungsstrafrechtliche Kumulationsprinzip 202-205; Felten in Auer-Mayer/Felten/Mosler/Schrattbauer (Hrsg), Festschrift Walter J. Pfeil (2022) 23 (29-33); Gagawczuk, Die Novelle des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes, DRdA-infas 2021, 505 (507f); Kager, Der Preis von Lohn- und Sozialdumping – Analyse des neuen Sanktionsregimes des LSD-BG, wbl 2022, 69 (70, 72, 76-78); Kert/Kirchmayr-Schliesselberger/Windisch-Graetz, Sozialbetrug im Unternehmensbereich (2022) 139f, 188; Kozak, LSD-BG Kurzkommentar² (2025) § 29 Rz 1/3; Traxler, Die Novelle des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes Wesentliche Änderungen bei den Verwaltungsstraftatbeständen ZWF 2021, 232; Traxler,

Bestimmung zur Unterentlohnung in seiner damaligen, konkreten Form im Rahmen der europarechtlichen Verhältnismäßigkeit und der Rsp des EuGH tatsächlich vollumfänglich gehalten werden können¹⁷⁸, bzw falls nicht, dann wohl zumindest grobteils.

B.3.c. Detaillierter Vergleich und Erkenntnisse

Es besteht bei den relevanten, erläuterten Normen des GSpG sowie des AuslBG also eine starke Ähnlichkeit zu den ehemaligen Strafbestimmungen des AVRAG idF BGBl I 2014/94 bzw der Ursprungsfassung des LSD-BG, bspw das Abstellen auf bis zu drei oder mehr als drei betroffene Arbeitnehmer:innen/beschäftigte Ausländer:innen/Glücksspielautomaten und die jeweilige Kumulierung. Sogar identische Ausgestaltungen der Strafraumen liegen teilweise vor, bspw § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG und § 28 LSD-BG. Ebenso liegt eine idente Strafbemessungsgrundlage im Vergleich zum ersten Strafsatz des § 52 Abs 2 GSpG vor - 1.000 EUR bis 10.000 EUR.

Unverständlich bleibt also der Aspekt, weshalb der VwGH trotz der Rs *Maksimovic* an den Bestimmungen des § 28 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Strafsatz AuslBG generell und vollständig festhielt, also **auch bei Sachverhalten mit Unionsrechtsbezug**¹⁷⁹, sowie aufgrund der Entscheidung des VfGH betreffend seinen Normprüfungsantrag auch bei den Strafsätzen drei sowie vier im Inlandsbereich, während er dies bei § 27 LSD-BG idF BGBl I 2016/44 völlig konträr bewertete, also auch bei reinen Inlandssachverhalten nicht gänzlich an der bestehenden Regelung festhielt, und zu den ersten beiden Strafsätzen des § 28 LSD-BG auch nicht, obwohl diese identisch zu § 28 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Strafsatz AuslBG geregelt sind. Der Schutzzweck ist, wie oben auch dargestellt, in beiden Gesetzen sehr ähnlich gelagert, und der EuGH hat in der Rs *Maksimovic* zu beiden Bestimmungen, §§ 28 Abs 1 Z 1 AuslBG sowie der Vorgängerbestimmung zu § 28 LSD-BG, § 7i Abs 4 AVRAG idF BGBl I 2014/94, mag dies auch kritisch bewertet werden, die Unionsrechtswidrigkeit verortet.

Der VwGH hätte die Argumente, welche er in **den Entscheidungen zum AuslBG und GSpG** formulierte, nämlich, dass zumindest die ersten beiden Strafsätze (zum GSpG sogar alle vier Strafsätze) verhältnismäßige Strafnormen abbilden, auch im Bereich des LSD-BG klar aussprechen müssen, um sich nicht selbst in einen Wertungswiderspruch zu verstricken. § 7i

Die LSD-BG-Novelle - ein Überblick, PV-Info 8/2021, 11 (14); AA *Kühteubl/Diensthuber*, ZAS 2021, 282; F. *Schrank*, Harmonisierung des LSD-BG mit der EU-Entsende-RL: Bedeutung und Auswirkungen, RdW 2021, 772 (777); F. *Schrank* in F. *Schrank/V. Schrank/Lindmayr*² § 29 Rz 27-29, 146.

¹⁷⁸ AA F. *Schrank/V. Schrank/Lindmayr*² Vorwort zur zweiten Auflage; F. *Schrank* in F. *Schrank/V. Schrank/Lindmayr*² § 29 Rz 2a, 27, 139.

¹⁷⁹ Vgl *Fädler*, Das verwaltungsstrafrechtliche Kumulationsprinzip 157ff.

Abs 4 erster sowie zweiter Strafsatz AVRAG idF BGBl I 2014/94 bzw § 28 Z 1-3 erster und zweiter Strafsatz LSD-BG normierten jedenfalls auch dieselben Mindest- und Höchstgrenzen, wie die anderen genannten Bestimmungen. Selbst unter Berücksichtigung, dass betreffend das GSpG härtere Sanktionen verhältnismäßig sind, da es sich bei den diesbezüglichen Verstößen nicht um Verletzungen administrativer Verpflichtungen handelt, ist die Argumentation betreffend das AuslBG nicht schlüssig, denn die Verpflichtungen nach dem AuslBG wurden vom EuGH in der Rs *Maksimovic* ebenso als administrative Pflichten angesehen. Aufgrund dessen hätte der VwGH, wenn er schon trotz der Rs *Maksimovic* an § 28 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Strafsatz AuslBG festhielt, zumindest ebenso eindeutig an den ersten beiden Strafsätzen des § 7i Abs 4 AVRAG bzw § 28 Z 1-3 LSD-BG festhalten müssen. **Selbst unter der hypothetischen Annahme, dass der VwGH die Delikte des § 28 AuslBG als schwerwiegendere Delikte betrachten könnte, als jene der §§ 7i Abs 4 AVRAG, 28 LSD-BG, wodurch eher eine Verhältnismäßigkeit im Sinne der Rsp des EuGH angenommen werden könnte, ist darauf hinzuweisen, dass der VwGH, wie oben erläutert, zum § 28 Abs 1 Z 1 dritter sowie vierter Strafsatz AuslBG von einer Unverhältnismäßigkeit im Sinne der EuGH-Rsp ausging, somit also die Delikte beider Gesetze sehr wohl gleichgelagert im Sinne des EuGH und im Lichte dessen Rsp in der Rs *Maksimovic* betrachtet, wodurch die unterschiedliche Behandlung des VwGH hinsichtlich der ersten beiden Strafsätze der beiden genannten Paragraphen vollends unverständlich wird und der Wertungswiderspruch offensichtlich zutage tritt.** Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass in Fällen der Nichtübermittlung der Lohnunterlagen gemäß § 7i Abs 1 AVRAG idF BGBl I 2014/94 bzw § 27 Abs 1 LSD-BG idF BGBl I 2016/44, die Strafen pro betroffene/n Arbeitnehmer:in 500 EUR bis 5.000 EUR betragen. Wie in Kapitel III.A. dargestellt verortete der EuGH auch hier eine Unionsrechtswidrigkeit. Auch wenn bei diesen Bestimmungen der Strafraum zwar grundsätzlich „halbiert“ war, galt er dennoch generell ohne überhaupt auf die Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer:innen abzustellen, wodurch keine Deckelung nach oben hin gegeben war, was in logischer Konsequenz ebenso für den VwGH das entscheidende Kriterium war, auch diesbezüglich die gesetzliche Regelung nicht in ihrer normierten Form anwenden zu können. Er erklärte dies sogar betreffend § 26 LSD-BG idF BGBl I 2016/44, welcher, anders als §§ 28 Z 1 erster und zweiter Strafsatz AuslBG, 28 Z 1-3 erster und zweiter Strafsatz LSD-BG, *„keine nach der Anzahl der illegal beschäftigten Ausländer gestaffelten Strafsätze vorsieht, sondern bloß eine Strafverschärfung für den Wiederholungsfall.“*¹⁸⁰

¹⁸⁰ VwGH 05.03.2021, Ra 2020/09/0061 Rz 13.

Dennoch hat der VwGH, wie oben angeführt, ausgesprochen, dass die Regelung selbst im Inlandsbereich ohne Kumulierung anzuwenden war, speziell im Gegensatz zu § 28 Abs 1 Z 1 dritter Strafsatz AuslBG, welcher weitaus höhere Strafen vorsieht, zu dem der VfGH eine unterschiedliche Behandlung von Inlandssachverhalten und Sachverhalten mit Unionsrechtsbezug als nicht verfassungsrechtlich bedenklich würdigte.¹⁸¹ Sogar betreffend die Meldepflichten nach dem ASVG sah der VwGH kein Problem, obwohl hier die Mindeststrafen pro betroffenem/betroffener Dienstnehmer:in höher sind und ebenfalls nur eine Strafverschärfung für den Wiederholungsfall und keine Maximaldeckelung vorgesehen ist.

Wenn der VwGH, wie oben erläutert, meint, dass für Verhaltensweisen wie die unterlassene Bereithaltung von Lohnzetteln und Lohnzahlungsnachweisen, die eine Überprüfung der allfälligen Unterentlohnung wesentlich erschweren oder verunmöglichen, eine wirksame und abschreckende Wirkung nur dann gegeben ist, wenn die Höhe der Strafe über den wirtschaftlichen Erfolg, der durch die Tat typischerweise lukriert wird, hinausgeht, denn ansonsten wäre die Höhe der Geldstrafe einkalkulierbar¹⁸², dann erscheint es umso mehr unverständlich, wieso er nicht zumindest bei den ersten beiden Strafsätzen des § 7i Abs 4 AVRAG bzw § 28 LSD-BG sowie zu § 7i Abs 1 AVRAG bzw § 27 Abs 1 LSD-BG im Inlandsbereich anders abgesprochen hat.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH in der Rs *Kommission/Griechenland* dezidiert aussprach, dass die Mitgliedstaaten bei der Wahl von Sanktionen darauf achten müssen, dass Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht „**nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln geahndet werden wie nach Art und Schwere gleichartige Verstöße gegen nationales Recht**, wobei die Sanktion jedenfalls wirksam, **verhältnismäßig und abschreckend sein muß**.“¹⁸³

Eine Überarbeitung des AuslBG scheint zumindest unter Berücksichtigung dieser Entscheidung sowie jener in der Rs *Maksimovic* in absehbarer Zukunft unausweichlich. Auch weitere arbeitsrechtliche Sanktionsbestimmungen wie § 28 AZG (Arbeitszeitgesetz) oder sogar der

¹⁸¹ Vgl Kapitel IV.A.

¹⁸² VwGH 20.09.2018, Ra 2018/11/0118 Rz 31.

¹⁸³ EuGH 68/88, *Kommission/Griechenland*, ECLI:EU:C:1989:339 Rz 24; Ebenso EuGH C-788/19, *Kommission/Spanien*, ECLI:EU:C:2022:55 Rz 63; C-36/94, *Siesse - Soluções Integrais em Sistemas Software e Aplicações Lda* gegen *Director da Alfândega de Alcântara*, ECLI:EU:C:1995:351 Rz 20, 24f.

sozialversicherungsrechtliche § 111 ASVG könnten uU noch Änderungen unterworfen werden.¹⁸⁴

V. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Unterscheidung, welche der VwGH im AuslBG bezüglich der Strafsätze vorgenommen hat, um die Bestimmungen so weit wie möglich aufrechtzuerhalten, ist zwar begrüßenswert, zeigt jedoch eine gewisse Inkonsistenz im Vergleich zu seiner Rsp betreffend die Nichtbereithaltung und Nichtbereitstellung der Lohnunterlagen im LSD-BG. Selbst unter der Annahme nämlich, dass das Delikt der illegalen Ausländer:innenbeschäftigung schwerwiegender wäre, hat der EuGH dennoch zu den Bestimmungen beider Gesetze gleich abgesprochen, und der VwGH hat zu den Strafsätzen drei sowie vier in den konkreten Bestimmungen beider Gesetze im Gleichlauf die Unverhältnismäßigkeit erblickt. Wieso er dies bei den ersten beiden Strafsätzen divergierend bewertete, lässt sich kaum erklären.

Dass eine zumindest teilweise Beibehaltung der ersten beiden Strafsätze des § 28 LSD-BG idF BGBl I 2016/44 sowie des § 27 Abs 1 LSD-BG derselben Fassung von großer Bedeutung gewesen wären, zeigt sich alleine schon dadurch, dass sich der Gesetzgeber die Rechtsfortbildung des VwGH zum LSD-BG als Vorbild für die Novelle 2021 nahm. Die kräftige Entschärfung der Sanktionsbestimmungen, vor allem der §§ 27-29 LSD-BG, indem die Mindeststrafen und das Kumulationsprinzip abgeschafft sowie Höchststrafen eingeführt wurden, haben schlussendlich dazu geführt, dass nun aktuell eine weitere Novelle konkret im Raum steht, um die Sanktionsnormen wieder abschreckender zu gestalten, da sie allem Anschein nach diese Wirkung verloren haben.

Wenn der VwGH damals bereits anders in seiner Rechtsprechung zu den damaligen §§ 27, 28 LSD-BG abgesprochen hätte, dann wäre es möglicherweise gar nicht zu der intensiven Milderung der Strafbestimmungen gekommen, wie es letztlich der Fall war. Fraglich bleibt dennoch, wie der VwGH über die Bestimmungen im Rahmen der unionsrechtskonformen Auslegung¹⁸⁵ hätte anders absprechen können, denn die Variante der einfachen Außerachtlassung der Mindeststrafen hätte im Rahmen der vom EuGH geforderten Verhältnismäßigkeit wohl nicht ausgereicht.¹⁸⁶

¹⁸⁴ F. Schrank in F. Schrank/V. Schrank/Lindmayr² § 29 Rz 147.

¹⁸⁵ EuGH C-870/19, *Prefettura Ufficio territoriale del governo di Firenze*, ECLI:EU:C:2021:233 Rz 48.

¹⁸⁶ Kager, wbl 2022, 69 (74-76).

Jedenfalls hätte er, wenn er schon die Möglichkeit der Beibehaltung der ersten beiden Strafsätze des § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG angenommen hat, dies logischerweise auch zu den ersten beiden Strafsätzen des § 28 LSD-BG judizieren sollen. Die vorgenommene Unterscheidung bei § 28 AuslBG danach, ob ein Unionsrechtsbezug vorliegt oder nicht, hätte überdies auch bei § 27 Abs 1 LSD-BG eine enorme Bedeutung gehabt.

Speziell die ersten beiden Strafsätze des ehemaligen § 28 LSD-BG können meines Erachtens durchaus fruchtbringend sein für eine allfällige Novellierung des Sanktionsregimes des LSD-BG, nämlich in zweierlei Hinsicht:

Erstens würde dadurch die Strafenkumulierung wieder eingeführt werden, zweitens wäre eine Deckelung nach oben hin bei einer grundsätzlich abschreckenden Wirkung jedenfalls gegeben. Die ehemaligen Sanktionsbestimmungen zum Delikt der Unterentlohnung in § 29 LSD-BG hätten wohl ebenso zumindest größtenteils beibehalten werden können.

Grundsätzlich ist die eventuelle Wiedereinführung des Kumulationsprinzips im LSD-BG also durchaus möglich, jedoch sind solche Sanktionsnormen dennoch speziell betreffend Mindest- sowie Maximalstrafen an der Rs *Maksimovic* zu messen.

Es wird sich zeigen, ob die Bestimmungen des § 28 AuslBG doch noch abgeändert werden, sowie uU §§ 28 AZG und 111 ASVG, oder, was wohl wahrscheinlicher ist, nicht.

Schlussendlich wird man sehen, ob eine weitere Novelle des LSD-BG in Kraft treten wird. ME ist dies jedoch nur noch eine Frage der Zeit. Spannend bleibt eher die Frage wie weit eine solche weitere Novelle der Sanktionsbestimmungen des LSD-BG gehen wird, und ob sie nun die Balance zwischen unionsrechtlich gebotener Abschreckungswirkung sowie Verhältnismäßigkeit herstellen kann.

Der Gesetzgeber ist am Zug...

Quellenverzeichnis

Literaturverzeichnis

Fädler, Das verwaltungsstrafrechtliche Kumulationsprinzip Innerstaatliche Grundlagen und unionsrechtliche Grenzen (2024)

Fädler, Zur Verhältnismäßigkeit kumulierter Verwaltungsstrafen aus unionsrechtlicher Sicht, ZfV 2022, 99

Felten, Neue Entwicklungen im Entsenderecht am Beispiel der LSD-BG-Novelle 2021, in *Auer-Mayer/Felten/Mosler/Schrattbauer* (Hrsg), Festschrift *Walter J. Pfeil* (2022) 23

Gagawczuk, Die Novelle des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes, DRdA-infas 2021, 505

Kager, Der Preis von Lohn- und Sozialdumping – Analyse des neuen Sanktionsregimes des LSD-BG, wbl 2022, 69

Kert/Kirchmayr-Schliesselberger/Windisch-Graetz, Sozialbetrug im Unternehmensbereich – eine interdisziplinäre Herausforderung für den Rechtsstaat, Verhandlungen des 21. Österreichischen Juristentages III/1 (2022)

Kozak, LSD-BG Kurzkomentar² (2025)

Krömer/Toifl, Verwaltungsstrafbestimmungen des AVRAG/LSD-BG unionsrechtswidrig, taxlex 2020, 56

Kühteubl/Diensthuber, Novelle des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes 2021 (Teil II), ZAS 2021, 282

Niksova, Novelle des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes 2021 (Teil I), ZAS 2021, 272

Schindler, Der EuGH zu nationalen Regeln gegen Lohn- und Sozialdumping – Alte Fehler und neue Probleme, DRdA 2020, 195

F. Schrank, Arbeitsrechtliche Verwaltungsstrafen: Saniert die LSD-BG-Novelle das EuGH-Unverhältnismäßigkeitsverdikt?, Editorial RdW 2021, 529

F. Schrank, Harmonisierung des LSD-BG mit der EU-Entsende-RL: Bedeutung und Auswirkungen, RdW 2021, 772

F. Schrank/V. Schrank/Lindmayr, Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz Kommentar² (2021)

Traxler, Die LSD-BG-Novelle - ein Überblick, PV-Info 8/2021, 11

Traxler, Die Novelle des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes Wesentliche Änderungen bei den Verwaltungsstraftatbeständen, ZWF 2021, 232

Zehetner, Das LSD-BG in der Behördenpraxis Teil 1 – Das Prüfverfahren, ZAS 2019, 138

Zeisel, Das LSD-BG in der Behördenpraxis Teil 2 – Verwaltungsstrafverfahren, ZAS 2019, 142

Judikaturverzeichnis

EuGH C-655/21, *Strafverfahren gegen G. ST. T.*, ECLI:EU:C:2023:791

EuGH C-570/20, *BV*, ECLI:EU:C:2022:348

EuGH C-508/20, *Landespolizeidirektion Steiermark*, ECLI:EU:C:2022:336

EuGH C-205/20, *NE gegen Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld und Finanzpolizei*, ECLI:EU:C:2022:168

EuGH C-219/20, *LM gegen Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, ECLI:EU:C:2022:89

EuGH C-788/19, *Kommission/Spanien*, ECLI:EU:C:2022:55

EuGH C-231/20, *MT gegen Landespolizeidirektion Steiermark*, ECLI:EU:C:2021:845

EuGH C-870/19, *Prefettura Ufficio territoriale del governo di Firenze*, ECLI:EU:C:2021:233

EuGH C-16/18, *Dobersberger gegen Magistrat der Stadt Wien*, ECLI:EU:C:2019:1110

EuGH C-645/18, *NE gegen Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld und Finanzpolizei*, ECLI:EU:C:2019:1108

EuGH C-140/19, C-141/19 und C-492/19 bis C-494/19, *EX u. a. gegen Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, ECLI:EU:C:2019:1103

EuGH C-64/18, C-140/18, C-146/18 und C-148/18, *Zoran Maksimovic u. a. gegen Bezirkshauptmannschaft Murtal und Finanzpolizei*, ECLI:EU:C:2019:723

EuGH C-33/17, *Cepelnik*, ECLI:EU:C:2018:896

EuGH C-190/2017, *Lu Zheng gegen Ministerio de Economía y Competitividad*, ECLI:EU:C:2018:357

EuGH C-537/16, *Garlsson Real Estate ua*, ECLI:EU:C:2018:193

EuGH C-255/14, *Chmielewski*, ECLI:EU:C:2015:475

EuGH C-36/94, *Siesse - Soluções Integrais em Sistemas Software e Aplicações Lda gegen Director da Alfândega de Alcântara*, ECLI:EU:C:1995:351

EuGH 68/88, *Kommission/Griechenland*, ECLI:EU:C:1989:339

De La Tour, Schlussanträge C-460/23, *Kinsa*, ECLI:EU:C:2024:941

VfGH

VfSlg 4496/1963; 7967/1976; 13.790/1994; 15.600/1999; 15.785/2000; 18.219/2007; 18.775/2009; 19.960/2015; 20.280/2018; 20.283/2018; 20.411/2020

VfGH 26. 11. 2018, G 219/2018; 25.02.2019, G 325/2018; G 326/2018; 27.11.2019, E 2047/2019 ua; E 3530/2019 ua; E 2893/2019 ua; 25.02.2020, G 146/2019; 26.06.2020, E 4329/2019; G 22/2020; 02.12.2021, G 123/2021; 24.02.2025, G 153/2024 ua

VwGH 18.11.1993, 93/09/0256; 22.06.1995, 94/09/0306; 29.08.1996, 96/09/0229; 23.05.2013, 2012/09/0082; 27.01.2014, 2013/11/0249; 23.09.2014, Ro 2014/11/0083; 10.06.2015, 2013/11/0121; 05.04.2017, Ra 2017/11/0003; 20.09.2018, Ra 2017/11/0233; Ra 2018/11/0118; 21.2.2019, Ra 2018/09/0132; 15.10.2019, Ra 2019/11/0033; 18.02.2020, Ra 2019/11/0195; 25.02.2020, Ra 2018/11/0110; 26.02.2020, Ra 2020/11/0004; 27.04.2020, Ra 2019/11/0171; 06.05.2020, Ra 2020/17/0001; 02.06.2020, Ro 2019/11/0009; 02.07.2020, Ra 2020/09/0025; 14.09.2020, Ro 2020/17/0015; 29.10.2020, Ra 2018/11/0129; 13.11.2020, Ra 2020/09/0052; 05.03.2021, Ra 2020/09/0061; 17.03.2021, Ra 2020/17/0084; 16.07.2021, Ra 2020/17/0110; 12.08.2021, Ra 2019/11/0173; 12.10.2021, Ra 2019/11/0015; Ra 2021/11/0033; 06.12.2021, Ra 2021/11/0166; 10.12.2021, Ra 2020/17/0013; 24.01.2022, Ra 2020/09/0077; 16.03.2022, Ra 2019/17/0123; 29.03.2022, Ra 2020/09/0037; 26.04.2022, Ra 2021/08/0006; 04.05.2022, Ra 2020/09/0024; 15.6.2022, Ra 2021/11/0041; 08.09.2022, Ra 2021/11/0093; 28.08.2024, Ra 2023/11/0167

VGW 07.11.2014, VGW-041/083/30864/2014-5; 30.07.2019, VGW-041/040/2988/2018-12; 05.11.2019, VGW-041/008/11644/2018-21; 30.01.2020, VGW-41/025/2720/2019-35; 07.04.2020, VGW-041/061/12777/2019-16; 08.04.2020, VGW-041/036/12479/2019-20; 19.08.2020, VGW-041/037/3823/2020-9

LVwG NÖ 19.11.2019, LVwG-S-2306/001-2018; 16.04.2020, LVwG-S-537/001-2019; 17.08.2020, LVwG-S-2162/001-2019; 11.11.2020, LVwG-S-1535/001-2020

LVwG Steiermark 28.08.2020, LVwG 33.26-672/2020-16; LVwG 30.22-1398/2020-13; 28.10.2020, LVwG 30.22-1350/2020-13

LVwG Burgenland 07.03.2022, E 254/05/2021.031/006; E 254/05/2021.032/005

LVwG Kärnten 20.09.2022, KLVwG-1403/6/2022; 18.11.2022, KLVwG-1379/12/2022

LVwG Vorarlberg 29.06.2020, LVwG-1-382/2019-R7

Sonstige Quellen

Ebner, Unrechtmäßige Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen in Österreich. Internationale Organisation für Migration (IOM), Wien (2023)

ErläutRV 449 BlgNR 17. GP

ErläutRV 24 BlgNR 24. GP

ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP

ErläutRV 319 BlgNR 25. GP

ErläutRV 1111 BlgNR 25. GP

ÖVP/SPÖ/NEOS in *Bundeskanzleramt* (Hrsg), Jetzt das Richtige tun. Für Österreich. Regierungsprogramm 2025-2029