OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-301098/31/KLi

Datum:
Linz, 13. März 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde vom 3. Juni 2016 des T A S, geb. x, x, vertreten durch Mag. T G, R, R, W, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land vom 3. Mai 2016, GZ: SanRB96-1017/9-2016, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) nach Durchführung von öffentlichen mündlichen Verhandlungen am 27. September 2016, 19. Dezember 2016 und 13. Februar 2017

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 Abs. 1 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde noch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu bezahlen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der belangten Behörde vom 3. Mai 2016, GZ: SanRB96-1017/9-2016, wurde dem Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) vorgeworfen, er habe als zur Vertretung nach außen Berufener des Unternehmens S S, mit Sitz in P, L, zumindest am 2.2.2016 um 8.00 Uhr folgende polnische Dienstnehmer als Arbeitnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit für Regalaufbauarbeiten im O B in Ö, D, B, beschäftigt, ohne die Lohnunterlagen in deutscher Sprache vor Ort bereitgehalten zu haben:

B C, x, C M, x, F R, x, G A, x, J R, x, K P, x, K R, x, L P, x, L J, x, L P, x, N L, x, N M, x, P P, x, W D, x, W R, x, W W, x, W R, x, Z D, x.

Die gegenständliche Firma habe somit gegen § 7i Abs. 4 Z 1 iVm § 7d Abs. 1 AVRAG verstoßen. Diese Tat werde ihm als gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher der Firma S S angelastet. Er habe dadurch § 7i Abs. 4 Z 1 iVm § 7d Abs. 1 AVRAG verletzt. Wegen dieser Verwaltungsübertretungen würden über den Beschwerdeführer Geldstrafen von je 2.000 Euro, insgesamt daher 36.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit jeweils Ersatzfreiheitsstrafen von 24 Stunden gemäß § 7i Abs. 4 Z 1 AVRAG verhängt. Ferner habe er einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens von 3.600 Euro zu bezahlen.

Begründend führte die belangte Behörde aus, mit Strafantrag vom 23.2.2016 habe die Finanzpolizei Team 43 den Verdacht einer Übertretung des § 7i Abs. 4 Z 1 iVm § 7d Abs. 1 AVRAG angezeigt. Im Strafantrag werde dazu ausgeführt, dass die Finanzpolizei am 2.2.2016 um 8.00 Uhr in D B, eine Kontrolle nach dem AVRAG durchgeführt habe. Dabei seien die oben genannten polnischen Dienstnehmer als Arbeitnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit bei Regalaufbauarbeiten angetroffen worden, ohne dass die Lohnunterlagen in deutscher Sprache vor Ort bereitgehalten worden seien.

Mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 26.2.2016 sei ihm die gegenständliche Verwaltungsübertretung angelastet und die Möglichkeit geboten worden, zu der zur Last gelegten Tat entweder persönlich bei der Behörde zu erscheinen oder sich schriftlich zu rechtfertigen. Der Beschwerdeführer habe am 21.3.2016 um Aktenkopie ersucht und es sei vereinbart worden, dass er bis spätestens 21.4.2016 eine Stellungnahme abzugeben habe. In dieser Stellungnahme habe der Beschwerdeführer im Wesentlichen ausgeführt, dass er seit 1.3.2016 nicht mehr Geschäftsführer sei. Zudem hätten im Zeitpunkt der Kontrolle keine Lohnzettel existieren können, da die Zeiträume der Entsendungen jeweils im Jänner begonnen hätten. Arbeitsverträge sowohl in deutscher als auch in polnischer Sprache seien vor Ort bereits gehalten worden. Dem entgegnete die

Finanzpolizei mit Schreiben vom 29.4.2016, das weder aus den am Kontrolltag vorgelegten Unterlagen, noch aus den nachgereichten Unterlagen, der Grundlohn der entsandten Arbeiter zu ermitteln gewesen sei.

Unter Wiedergabe der gesetzlichen Bestimmungen des § 7d Abs. 1 AVRAG und des § 7i Abs. 4 Z 1 AVRAG führte die belangte Behörde aus, dass aufgrund des festgestellten Sachverhaltes zumindest am 2.2.2016 um 8.00 Uhr die im Spruch genannten polnischen Dienstnehmer als Arbeitnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit für Regalaufbauarbeiten beschäftigt gewesen seien, ohne dass die Lohnunterlagen in deutscher Sprache vor Ort für diese Arbeitnehmer bereitgehalten worden seien. Zum Einwand, dass der Beschwerdeführer seit 1.3.2016 nicht mehr Geschäftsführer sei, sei festzustellen, dass dies rechtlich irrelevant sei, da er zum Zeitpunkt der Kontrolle am 2.2.2016 sehr wohl noch Geschäftsführer gewesen sei.

Zu den Einwänden, dass zum Kontrollzeitpunkt noch keine Lohnzettel hätten existieren hätten können und dass auch Arbeitsverträge in deutscher Sprache bereitgehalten worden seien, werde festgestellt, dass die Unterlagen, die gemäß § 7d AVRAG vorzulegen seien, dazu dienen würden, die Entlohnung der entsandten Arbeitern nach dem österreichischen Kollektivvertrag gemäß ihrer Qualifikation zu überprüfen. Diese Unterlagen seien am Arbeitsort bereitzuhalten. Dies sei im gegenständlichen Fall auch zweifelsfrei zumutbar gewesen. Die am Kontrolltag vorgelegten Unterlagen (die Arbeitsverträge in deutscher Sprache) würden keinerlei Aussagen über die Entlohnung enthalten. Ebenso sei es aus den am 5.2.2016 nachgereichten Unterlagen unmöglich, den Grundlohn der entsandten Arbeitnehmer zu ermitteln. Wenn schon keine Lohnzettel vorgelegt werden hätten können, dann hätte wenigstens aus anderen Unterlagen die Möglichkeit zur Überprüfung der Entlohnung der entsandten Arbeiter nach dem österreichischen Kollektivvertrag gemäß ihrer Qualifikation geschaffen werden müssen. Ein Zeugenbeweis, dass die Arbeitsverträge zum Kontrollzeitpunkt vorgelegen seien, sei für die belangte Behörde nicht relevant, weshalb der diesbezügliche Antrag abzuweisen sei.

Es liege ein Verstoß gegen § 7i Abs. 4 Z 1 iVm § 7d Abs. 1 AVRAG vor und der Tatbestand der angelasteten Verwaltungsübertretung sei in objektiver Hinsicht erfüllt.

Zur Schuldfrage sei auszuführen, dass nach der Bestimmung des § 5 Abs. 1 VStG fahrlässiges Verhalten genüge. Der Beschwerdeführer habe nicht glaubhaft gemacht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden treffe. Er hätte als Geschäftsführer über die geltenden österreichischen gesetzlichen Vorschriften Kenntnis haben müssen. Die gegenständliche Verwaltungsübertretung sei daher auch in subjektiver Hinsicht als erwiesen anzusehen.

Bei der Beurteilung des Ausmaßes der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung diene, also des Unrechtsgehaltes der Tat sei im Hinblick auf den gesetzlichen Strafrahmen bei der Beschäftigung von mehr als 3 Arbeitnehmern davon auszugehen, dass Verstöße gegen das AVRAG ganz allgemein einen schwerwiegenden Unrechtsgehalt aufweisen würden. Bei der Festsetzung der Strafhöhe seien auch spezialpräventive Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Der Beschwerdeführer solle dazu angehalten werden, sich in Zukunft um die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften zu kümmern.

Bei Berücksichtigung seiner Vermögens-, Einkommens- und Familienverhältnisse, insbesondere der Arbeitslosigkeit und monatlich 150 Euro Arbeitslosenunterstützung sowie einer Sorgepflicht gegenüber der Ehefrau und zwei schulpflichtigen Kindern sei deshalb nur die Mindeststrafe verhängt worden. Die Geldstrafen seien je Arbeitnehmer zu verhängen gewesen.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die Beschwerde vom 3. Juni 2016, mit welcher das Straferkenntnis in vollem Umfang angefochten wird. Als Beschwerdegründe werden unrichtige Tatsachenfeststellung sowie das Vorliegen von Verfahrensmängeln geltend gemacht.

Zusammengefasst bringt der Bf vor, das Straferkenntnis sei mit der Rechtswidrigkeit des Inhaltes behaftet. Entgegen der Feststellungen der belangten Behörde habe der Beschwerdeführer die durch § 7d Abs. 1 AVRAG vorgeschriebenen Unterlagen bereitgehalten und sei es aus den auf der Baustelle bereitgehaltenen sowie den am 5.2.2016 nachgereichten Unterlagen möglich gewesen, den Grundlohn der entsendeten Arbeitnehmer zu ermitteln.

Die Organisation des Betriebes sei derart gestaltet, dass dieses Unternehmen nicht nur in Österreich sondern auch in anderen Ländern tätig sei, wohin die Arbeitskräfte entsendet würden. Aus organisatorischen Gründen würde mit den Arbeitskräften ein einheitlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen und sowohl in deutscher als auch in polnischer Sprache unterschrieben. In Art. 3 Abs. 3 des Vertrages (Vergütung) werde ausgeführt, dass dann, wenn der im Abs. 2 bestimmte Satz niedriger sein sollte, als die Mindestvergütung, die für ausländische Arbeitnehmer im Staat der Entsendung gelte, ein Ausgleichszuschlag bis zur Höhe der Mindestvergütung bezahlt würde, die für jeweilige Stelle und berufliche Qualifikation des Arbeitnehmers in diesem Staat gelte. Die Personalwesensabteilung füge jedem Arbeitsvertrag den Kollektivvertrag bei und vermerke die Lohngruppe des jeweiligen Arbeitnehmers samt Höhe der Vergütung. Darüber hinaus werde jedem Arbeitsvertrag die ZKO 3-Meldung beigefügt, welcher die Höhe der Vergütung zu entnehmen ist. Anhand der drei

genannten Unterlagen (Arbeitsvertrag, Kollektivvertrag, ZKO 3-Meldung) lasse sich die Höhe des Lohnes ermitteln.

Darüber hinaus habe die Arbeitgeberin die Lohnzettel aller Arbeitnehmer vor Ort bereitgehalten und am 5.2.2016 nachgereicht. Den Lohnzetteln sei zweifellos die Höhe des Arbeitslohnes zu entnehmen. Die Höhe des tatsächlich ausbezahlten Lohnes sei auch durch die Vorlage der Bestätigung der Banküberweisung bestätigt. Alle diese Unterlagen seien der Kontrollbehörde vor Ort zur Einsichtnahme übergeben worden und auch nachträglich an die Behörde am 5.2.2016 per Mail verschickt worden.

Der Gesetzgeber schreibe nicht vor, dass die Höhe des Arbeitslohnes im Arbeitsvertrag selbst explizit bestimmt werden müsse. Aus dem Wortlaut des Gesetzestextes ergebe sich, dass die Höhe des Arbeitslohnes aufgrund der bereitzuhaltenden Unterlagen ermittelbar sein müsse. Dies sei hier zweifellos der Fall.

Darüber hinaus sei R F nicht befugt gewesen, ein Protokoll zu unterschreiben. M N sei derjenige gewesen, der mit der Wahrnehmung der arbeitsrechtlichen Angelegenheiten betraut gewesen sei.

Der Bf habe ihn seiner Stellungnahme vorgetragen, dass die Arbeitsverträge zum Kontrollpunkt vorgelegen seien und habe Zeugenbeweise angeboten. Die belangte Behörde habe diese Beweise für irrelevant erachtet und diese abgewiesen. Darin liege ein Verfahrensmangel, welcher für den Ausgang des Verfahrens relevant sei. Hätte die belangte Behörde dem Beweisantrag Folge gegeben und die Einvernahme der beantragten Zeugen durchgeführt, so hätte sie feststellen müssen, dass die Arbeitsverträge samt beigefügtem Kollektivvertrag, ZKO3-Meldung, Lohnzettel sowie Banküberweisungsbestätigungen vor Ort bereitgehalten worden seien. In diesem Fall hätte die belangte Behörde den Inhalt der vorgelegten Unterlagen dahingehend rechtlich beurteilen müssen, dass der Inhalt dieser Unterlagen den Anforderungen des Gesetzes Genüge tun würde.

Aus diesen Gründen richte der Bf an das Verwaltungsgericht die Anträge, 1. gemäß § 44 VwGVG eine mündliche Verhandlung durchzuführen und 2. das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos zu beheben und das Verfahren gemäß § 8 VwGVG iVm § 45 Abs. 1 VStG einzustellen, in eventu 3. es aufgrund der geringen Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und der geringen Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat sowie aufgrund des geringen Verschuldens bei einer Ermahnung gemäß § 38 VwGVG iVm § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG bewenden zu lassen, in eventu 4. die Strafhöhe auf ein tat- und schuldangemessenes Maß herabsetzen.

I.3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beraumte daraufhin für den 19. September 2016 eine öffentliche mündliche Verhandlung an, die aufgrund einer Vertagungsbitte des Beschwerdeführervertreters auf den 27. September 2016 verlegt wurde. In dieser Verhandlung erfolgte die Vernehmung des Beschwerdeführers und des von ihm stellig gemachten Zeugen T M, der zum Tatzeitpunkt Prokurist des Unternehmens war und mittlerweile dessen Geschäftsführer ist. Ferner wurde der damalige Einsatzleiter der Finanzpolizei P H B.A. als Zeuge vernommen.

Außerdem wurde die Sach- und Rechtslage umfassend erörtert und stellte sich dabei heraus, dass der Prokurist am 5. Februar 2016 eine e-mail mit einer umfassenden Urkundenbeilage an die Finanzpolizei übermittelt hatte, die alle ZKO3-Meldungen, A1-Dokumente sowie Lohnunterlagen (Arbeitsverträge in polnischer und deutscher Sprache, Auszüge aus dem Kollektivvertrag, Banküberweisungen, etc) beinhaltete. Diese Unterlagen befanden sich jedoch nicht in dem von der belangten Behörde dem erkennenden Gericht vorgelegten Akt.

Der Vertreter der Finanzpolizei brachte dazu vor, dass von den Arbeitsverträgen jeweils nur die erste Seite fotografiert worden sei. Der Beschwerdeführer-vertreter replizierte dazu, dass in einer Beilage zum Arbeitsvertrag ein Auszug aus dem Kollektivvertrag Information über die Lohnhöhe gegeben habe. Nachdem diese Unterlagen nicht Bestandteil des Gerichtsaktes waren, wurde der Vertreter der Abgabenbehörde aufgefordert, diese binnen 14 Tagen dem erkennenden Gericht vorzulegen.

Außerdem beantragte der Bf die Vernehmung seiner Mitarbeiterinnen, die die Unterlagen für die Baustelle vorbereitet hatten, J M und K P sowie der auf der Baustelle eingesetzten Arbeiter, R F und M N. Der Vertreter der Finanzpolizei beantragte die Vernehmung des bei der Kontrolle eingesetzten sowie die Ermittlungen tätigenden, M. (FH) J S als Zeugen.

I.4. Mit Urkundenvorlage vom 28. September 2016 legte die Abgabenbehörde ihren gesamten Ermittlungsakt dem erkennenden Gericht vor, der zunächst die nachgereichten Unterlagen per e-mail vom 5. Februar 2016 beinhaltete, ferner die von der Finanzpolizei eingesehenen Unterlagen und eine Niederschrift im Zuge der Kontrolle, sowie die bei der Kontrolle angefertigten Fotografien der ZKO3-Meldungen und der Arbeitsverträge in deutscher Sprache, wobei von diesen jeweils nur die erste Seite fotografiert worden war.

Mit Schreiben vom 10. Oktober 2016 sendete das erkennende Gericht diese Urkundenvorlage mit der Möglichkeit zur Stellungnahme an den Beschwerde-führervertreter, der von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machte.

I.5. Am 19. Dezember 2016 fand sodann eine weitere öffentliche mündliche Verhandlung statt, in der die beantragten Zeugen J M, K P, R F, M N und M. (FH) J S vernommen wurden.

In dieser Verhandlung wurde u.a. der Ablauf der Kontrolle am 2. Februar 2016 erörtert und ergab sich, dass die mittlerweile dem Gericht vorliegenden Fotos der auf der Baustelle eingesehenen Unterlagen von einer weiteren möglichen Zeugin S H angefertigt worden waren.

I.6. Letztendlich fand in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13. Februar 2017 die Vernehmung der die Fotos anfertigenden Zeugin S H statt.

II. Nachfolgender Sachverhalt steht fest:

II.1. Der Bf war im Zeitpunkt der Kontrolle am 2. Februar 2016 Geschäftsführer der S S mit Sitz in P L. Der Zeuge T M war deren Prokurist. Mittlerweile ist der Bf nicht mehr Geschäftsführer, sondern der Zeuge M.

II.2. Der Geschäftsbereich des Unternehmens S S umfasst die Montage von Regalsystemen sowie Lager- und Ladenbaukonstruktionen, insbesondere von Ladenregalen, Hochlagersystemen, Zwischengeschossen, etc.

II.3. Am 2. Februar 2016 fand in D B, im O B eine Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei statt, im Zuge derer 18 Arbeiter des polnischen Unternehmens bei Regalaufbauarbeiten angetroffen wurden: B C, C M, F R, G A, J R, K P, K R, L P, L J, L P, N L, N M, P P, W D, W R, W W, W R und Z D.

Fest steht auch, dass für diese 18 Arbeitnehmer nach der Bestimmung des § 7d AVRAG Lohnunterlagen (Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache) auf der Baustelle vorzeigbar sein mussten. Diese rechtliche Notwendigkeit wird auch vom Bf nicht in Abrede gestellt, allerdings geht er davon aus, dass die geforderten Lohnunterlagen ohnehin auf der Baustelle vorhanden waren. Demgegenüber wird ihm aber mit dem bekämpften Straferkenntnis vorgeworfen, die geforderten Lohnunterlagen seien nicht auf der Baustelle vorzeigbar gewesen.

II.4. Im Zuge der Kontrolle wurde das Vorliegen der ZKO3-Meldungen, der A1-Dokumente und der Lohnunterlagen überprüft. Die auf der Baustelle anwesenden Arbeiter M N und R F legten den Kontrollorganen der Finanzpolizei einen Ordner mit Unterlagen (ZKO3-Meldungen, A1-Dokumente, Lohnunterlagen)

vor. Hinsichtlich der ZKO3-Meldungen und der A1-Dokumente ergaben sich keine Beanstandungen.

Die Arbeitsverträge in deutscher Sprache befanden sich im vorgelegten Ordner. Die Zeugin S H fotografierte jeweils die erste Seite der mehrseitigen deutschsprachigen Arbeitsverträge. Die weiteren Seiten fotografierte sie nicht, ebenso wenig allfällige den Arbeitsverträgen angeschlossene Anlagen (Kollektivverträge, Lohntabellen, u.dgl.). Die einzelnen Seiten der Arbeitsverträge waren jeweils mit Heftklammern zusammen geheftet.

Die Arbeitsverträge beinhalteten jeweils auf der zweiten Seite eine Regelung zur Vergütung, wobei zunächst der Lohn in Polen geregelt wurde und in weiterer Folge, dass dann, wenn bei einer Entsendung im Staat der Entsendung höhere Löhne vorgesehen waren, der polnische Arbeiter einen Ausgleichszuschlag bis zur Mindestvergütung für die jeweilige Stelle im jeweiligen Staat erhält.

Nicht festgestellt werden kann, ob im Zuge der Kontrolle Dienstzettel, Lohnzettel, Banküberweisungen, Zahlungsbelege oder Auszüge aus dem Bezug habenden Kollektivvertrag vorlagen, oder ob diese Unterlagen fehlten.

II.5. Mit e-mail vom 5. Februar 2016 legte der Prokurist des Unternehmens alle erforderlichen Lohnunterlagen bei der Finanzpolizei vor. Es war möglich aus diesen Unterlagen den den Arbeitern in Österreich zustehenden Grundlohn und dass dieser auch bezahlt wurde, zu ermitteln. Aus diesem Grund wurde ein Strafverfahren wegen nicht erfolgter Vorlage der Lohnunterlagen gemäß § 7f AVRAG bzw. wegen Unterentlohnung gemäß § 7i Abs. 5 AVRAG nicht eingeleitet.

II.6. Zusammengefasst lässt sich nicht mit der für ein Strafverfahren notwendigen Sicherheit feststellen, ob bzw. welche Lohnunterlagen bei der Kontrolle fehlten.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Die Feststellungen zur Person des Beschwerdeführers und des Zeugen ergeben sich aus dem Akteninhalt und der Verhandlung am 27. September 2016 und stehen außer Streit.

III.2. Die Feststellungen zum Geschäftsbereich des Unternehmens gehen aus dem Akteninhalt, dem Internet-Auftritt des Unternehmens sowie der Aussage des Beschwerdeführers und des Prokuristen hervor und sind außerdem unstrittig.

III.3. Dass im Rahmen der Kontrolle 18 polnische Arbeiter bei Regalaufbau-arbeiten angetroffen wurden ist unstrittig.

Rechtlich unstrittig ist ebenfalls, dass für diese 18 Arbeitnehmer nach der Bestimmung des § 7d AVRAG Lohnunterlagen (Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache) auf der Baustelle vorzeigbar sein mussten.

Die zentrale Frage des gegenständlichen Verfahrens ist somit, welche Lohnunterlagen tatsächlich auf der Baustelle vorgezeigt werden konnten bzw. ob überhaupt Lohnunterlagen vorhanden waren.

III.4. Die vorliegenden Ergebnisse des Beweisverfahrens lassen keine für eine Bestrafung des Beschwerdeführers gesicherten Feststellungen zu.

III.4.1. So sind schon die Erhebungsergebnisse der Finanzpolizei im Strafantrag vom 23. Februar 2016 widersprüchlich. Während im Strafantrag zunächst ausgeführt wird, dass Lohnunterlagen in deutscher Sprache nicht vorgelegen seien, wurde dementgegen die erste Seite der deutschsprachigen Arbeitsverträge fotografiert.

Wie sich in weiterer Folge im Verfahren vor dem erkennenden Gericht ergeben hat, bestanden die Arbeitsverträge aus mehreren Seiten, was sich zunächst aus der Nummerierung ergibt. Außerdem war auf jedem Vertrag eine Heftklammer sichtbar, mit der die einzelnen Seiten zusammengeheftet waren. Auch war erkennbar, dass sich unter dem ersten Blatt noch jeweils weitere Blätter befanden, sodass nicht lediglich zwei Seiten zusammengeheftet waren.

Die Einsichtnahme in die jeweiligen Arbeitsverträge ergab, dass auf der zweiten Seite jeweils die Entlohnung geregelt wurde. Nachdem die zweite Seite bzw. die weiteren Seiten im Zuge der Kontrolle nicht fotografiert worden war, kann nachträglich nicht mehr festgestellt werden, ob die Arbeitsverträge auch im Zeitpunkt der Kontrolle jenen Inhalt hatten, wie nachträglich vorgelegt. Auch der Inhalt der weiteren Seiten lässt sich nachträglich nicht mit Sicherheit ermitteln. Es können daher nur Mutmaßungen darüber aufgestellt werden, was Inhalt der übrigen Vertragsunterlagen war. Allenfalls könnten dies auch Auszüge aus Kollektivverträgen, etc. gewesen sein. Jedenfalls aber kann nicht mit der für ein Strafverfahren notwendigen Sicherheit festgestellt werden, dass dies nicht der Fall war.

III.4.2. Die Zeugin S H, die den Inhalt des Ordners fotografiert hatte, wurde in der Verhandlung am 13. Februar 2017 dazu befragt. Zunächst gab sie an, in den Ordner Einsicht genommen zu haben und überrascht gewesen zu sein, weil

dieser sehr übersichtlich gewesen sei. Der Ordner habe zunächst die ZKO3-Meldungen und die A1-Dokumente aller Arbeiter beinhaltet. Auch die Arbeitsverträge in deutscher Sprache hätten sich im Ordner befunden und habe sie hievon jeweils die erste Seite fotografiert. Die erste Seite habe sie deshalb fotografiert, weil daraus die deutsche Sprache und die Namen der Arbeiter ersichtlich gewesen seien. Sie habe auch gesehen, dass die Arbeitsverträge noch weitere Seiten beinhaltet hätten, diese habe sich aber nicht fotografiert. Sie könne jetzt auswendig nicht mehr sagen, was Inhalt der weiteren Seiten gewesen sei und ob allenfalls die Entlohnung geregelt worden sei (Tonbandprotokoll ON 30, Seite 2, Abs. 3-5).

Befragt dazu, ob den Arbeitsverträgen auf einem weiteren Blatt allenfalls die Kollektivverträge angeschlossen gewesen seien, gab die Zeugin an, dass sie das nicht annehme, sich aber nicht sicher sei (Tonbandprotokoll ON 30, Seite 2, Abs. 8). Sie habe den Arbeitsvertrag überflogen, aber nicht Wort für Wort gelesen (Tonbandprotokoll ON 30, Seite 2, Abs. 9). Es könnte schon sein, dass auf den anderen Seiten etwas zum Arbeitslohn, zur Höhe, etc. gestanden sei, sie wisse es jetzt aber nicht mehr (Tonbandprotokoll ON 30, Seite 2, Abs. 5).

Die Zeugin gab schließlich befragt zu ihrer Vorgehensweise weiters an, dass auf der Rückseite der Personenblätter eine Tabelle abgedruckt sei, in der angekreuzt werden hätte können, welche Unterlagen vorhanden waren und welche fehlten. Dort sei auch jeweils vermerkt worden, dass die Lohnunterlagen nicht da gewesen seien (Tonbandprotokoll ON 30, Seite 4, Abs. 1-2).

III.4.3. Die Zeugin J M gab an gemeinsam mit der Zeugin K P im Unternehmen des Beschwerdeführers für die Erstellung der nach dem AVRAG geforderten Unterlagen verantwortlich gewesen zu sein. Befragt dazu, was aus ihrer Sicht die Unterlagen gewesen seien, gab sie an, dass dies die Arbeitsverträge in Polnisch und Deutsch, Kopien der Lohnzettel, Kopien der Überweisungen und für jeden Arbeiter der Kollektivvertrag, damit man weiß, was er bekommen muss, gewesen seien. Diese Information habe sie vom Bf bekommen, der sie von der Firma O per e-mail erhalten habe (Tonbandprotokoll ON 25, Seite 3, Abs. 5, Seite 4, Abs. 2-4). Ergänzend gab die Zeugin noch an, solche Unterlagen jedes Mal zusammenzustellen, wenn Entsendungen nach Österreich oder in andere Länder stattfinden (Tonbandprotokoll ON 25, Seite 5, Abs. 3-4).

III.4.4. Die Zeugin K P gab an, dass sie die Arbeitsverträge und die Kollektivverträge für den Ordner kopiert habe. Auf den Kollektivverträgen sei auch mit Leuchtstift markiert worden, welchen Lohn die Arbeiter zu bekommen hätten. Auch Lohnzettel und Überweisungsbestätigungen seien angeschlossen worden (Tonbandprotokoll ON 25, Seite 5, Abs. 9, Seite 6, Abs. 4). Den Ordner habe sie dem Baustellenleiter, M N, mitgegeben (Tonbandprotokoll ON 25, Seite 6, Abs. 5).

III.4.5. Der Zeuge R F gab ebenfalls an, dass im Zuge der Kontrolle der besagte Ordner vorgezeigt worden sei (Tonbandprotokoll ON 25, Seite 8, Abs. 5). Ausdrücklich festzuhalten ist, dass die Vernehmung dieses Zeugen nur mit Beiziehung einer Dolmetscherin für die polnische Sprache möglich war und der Zeuge nicht den Eindruck erweckte, der deutschen Sprache für ein Gespräch über die nach dem AVRAG erforderlichen Unterlagen mächtig zu sein. Der Zeuge gab an, dazu in der Lage gewesen zu sein, weil sich im Ordner eine Liste befunden habe, auf der alle Unterlagen in polnischer und deutscher Sprache aufgelistet gewesen seien (Tonbandprotokoll ON 25, Seite 9, Abs. 1). Dementgegen gab der Zeuge M. (FH) J S an, der Zeuge habe gut Deutsch gesprochen (Tonbandprotokoll ON 25, Seite 15, Abs. 2-4).

Dennoch entstanden beim erkennenden Gericht erhebliche Zweifel an den Sprachkenntnissen des Zeugen, zumal er ersucht wurde, ein Formular vorzulesen. Der Zeuge konnte den computergeschriebenen Teil nur teilweise und die handschriftlichen Vermerk gar nicht vorlesen. Insgesamt waren die Deutschkenntnisse sehr gebrochen (Tonbandprotokoll ON 25, Seite 9, Abs. 7). Der Zeuge war in seiner Vernehmung vor dem erkennenden Gericht sehr um Beantwortung der an ihn gerichteten Fragen und um Aufklärung bemüht, als Übersetzer für Themen wie das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz aber ungeeignet.

III.4.6. Der Zeuge M N gab an, vor der Abreise nach Österreich den Ordner mit den Arbeitsunterlagen im Personalbüro erhalten zu haben. Er sei angewiesen worden, den Ordner immer auf der Baustelle bereit zu halten und im Fall einer Kontrolle vorzuzeigen. Er halte sich an diese Anweisung (Tonbandprotokoll ON 25, Seite 12, Abs. 5).

III.4.7. Der Zeuge M. (FH) J S stellte im Zuge der Kontrolle eine Liste, in der angekreuzt wurde, welche Unterlagen vorlegen seien bzw. gefehlt hätten. In der senkrechten Spalte waren die Namen der Arbeiter eingetragen, in der waagrechten Spalte die jeweiligen Dokumente wie folgt: „A1 – ZKO3 – LZ“. Die Lohunterlagen wurden bei allen Arbeitern als fehlend vermerkt (Tonbandprotokoll ON 25, Seite 17, Abs. 4-7). Nicht festgestellt werden kann, ob der Zeuge diese Liste anhand der Fotos der Zeugin oder anhand des Ordners gemacht hat. Der Zeuge gab dazu einerseits an, die Liste anhand der vorhandenen Unterlagen, nicht anhand der Fotos gemacht zu haben (Tonbandprotokoll ON 25, Seite 17, Abs. 5); andererseits, er könne sich nicht erinnern, ob ihm die Arbeitsverträge vorgelegt worden seien (Tonbandprotokoll ON 25, Seite 17, Abs. 6).

III.4.8. Zusammenfasst lässt sich letztendlich auch mit dem getätigten erheblichen Ermittlungsaufwand des erkennenden Gerichts nicht mit der für eine

Bestrafung des Beschwerdeführers notwendigen Sicherheit feststellen, ob bzw. welche Lohnunterlagen auf der Baustelle fehlten.

Die Schilderungen der beiden polnischen Zeuginnen zur Erstellung des Ordners und Aussage des Zeugen F, im Ordner habe sich eine Liste mit allen Unterlagen befunden, lassen darauf schließen, dass alle Unterlagen im Ordner waren. Immerhin konnten die Zeuginnen auch selbständig die Frage beantworten, welche Unterlagen gefordert waren und weshalb sie benötigt wurden, z.B. Kollektivverträge, um den gebührenden Lohn feststellen zu können.

Für eine gegenteilige Feststellung liegen keine ausreichenden Beweisergebnisse vor. Der Inhalt des Ordners wurde im Zuge der Kontrolle nicht vollständig fotografiert, sodass nicht nachvollzogen werden kann, welche Unterlagen tatsächlich im Ordner waren und welche fehlten. Eine derartige Dokumentation hätte womöglich darüber Aufschluss gegeben. Immerhin wurde ja im Zuge der Kontrolle auch das Besucherbuch auf der Baustelle im Umfang von ca. 50 Seiten kopiert, von den Arbeitsverträgen aber nur die erste Seite.

III.5. Erwiesen ist auch, dass der Prokurist des Unternehmens mit e-mail vom 5. Februar 2016 alle gesetzlich geforderten Lohnunterlagen bei der Finanzpolizei vorgelegt hat. Dieser Urkundenvorlage ging eine Besprechung zwischen dem Prokuristen und dem erhebenden Organ der Finanzpolizei P H vom 4. Februar 2016 voraus. Bereits im Zuge dieser Besprechung zeigte der Prokurist alle erforderlich Lohnunterlagen auf seinem Laptop vor. Somit stellt die Frage, ob der Prokurist dazu so kurzfristig in der Lage gewesen wäre, falls Unterlagen auf der Baustelle nicht vorhanden gewesen wären.

Der Zeuge M. (FH) J S führte zunächst im Strafantrag vom 23. Februar 2016 aus, dass die 18 polnischen Arbeiter zwar Arbeitsverträge vorgelegt hätten, dies jedoch nicht in deutscher Sprache, Lohnzettel hätten nicht vorgelegt werden können. In einer Stellungnahme vom 29. April 2016 führte er weiter aus, dass es auch aus den vom Prokuristen am 5. Februar 2016 nachgereichten Unterlagen nicht möglich gewesen sei, den Grundlohn zu ermitteln. Er legte dazu eine tabellarische Zahlungsaufstellung in polnischer und deutscher Sprache bei.

Diese Ausführungen sind schon insofern unrichtig, als die Zeugin S H jeweils (nur) die erste Seite der deutschsprachigen Arbeitsverträge fotografiert hat. Darüber hinaus erweckt diese Stellungnahme den unrichtigen Eindruck, der Prokurist habe nur die beigelegte Tabelle übermittelt.

Die Ergebnisse der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht am 27. September 2016, die Sammelbeilage ./1 zum Verhandlungsprotokoll ON 10 sowie die Urkundenvorlage der Finanzpolizei vom 28. September 2016 zeigen allerdings, dass die Vorlage der Lohnunterlagen des Prokuristen viel

umfangreicher war, und alle erforderlichen Lohnunterlagen beinhaltete. In diesem Sinn gab auch der Zeuge P H an, dass die mit e-mail vom 5. Februar 2016 vorgelegten Unterlagen ausgereicht hätten, dass der Tatbestand des § 7d AVRAG nicht erfüllt gewesen wäre (Tonbandprotokoll ON 10, Seite 10, Abs. 5).

III.6. Zusammengefasst lässt sich auch aufgrund dieser divergierenden Angaben nicht feststellen, ob bzw. welche Lohnunterlagen bei der Kontrolle fehlten. Jedenfalls ergeben sich Zweifel, ob bzw. welche Unterlagen fehlten, zumal für die Verwirklichung der Übertretung des § 7d AVRAG keine zwingenden Beweise (III.4. und III.5.) vorliegen. In dubio pro reo kann eine solche zu Lasten des Beschwerdeführers nicht festgestellt werden.

IV. Rechtslage:

IV.1. § 7d. (1) Arbeitgeber/innen im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 haben während des Zeitraums der Entsendung insgesamt (§ 7b Abs. 4 Z 6) den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel (§ 7b Abs. 1 Z 4), Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des dem/der entsandten Arbeitnehmers/in für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten, auch wenn die Beschäftigung des/der einzelnen Arbeitnehmers/in in Österreich früher geendet hat. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die Lohnunterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten. Ist die Bereithaltung der Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort nicht zumutbar, sind die Unterlagen jedenfalls im Inland bereitzuhalten und der Abgabenbehörde auf Aufforderung nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.

[...]

IV.2. § 7i. (1) Wer die erforderlichen Unterlagen entgegen § 7d Abs. 1 oder § 7f Abs. 1 Z 3 nicht übermittelt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jede/n Arbeitnehmer/in mit Geldstrafe von 500 Euro bis 5.000 Euro, im Wiederholungsfall von 1.000 Euro bis 10.000 Euro zu bestrafen. Ebenso ist zu bestrafen, wer entgegen § 7g Abs. 2 oder § 7h Abs. 2 die Unterlagen nicht übermittelt.

[...]

(4) Wer als

1. Arbeitgeber/in im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 entgegen § 7d die Lohnunterlagen nicht bereithält, oder

2. Überlasser/in im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich entgegen § 7d Abs. 2 die Lohnunterlagen dem/der Beschäftiger/in nicht nachweislich bereitstellt, oder

3. Beschäftiger/in im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung entgegen § 7d Abs. 2 die Lohnunterlagen nicht bereithält

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jede/n Arbeitnehmer/in mit einer Geldstrafe von 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Wiederholungsfall von 2.000 Euro bis 20.000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer/innen betroffen, für jede/n Arbeitnehmer/in von 2.000 Euro bis 20.000 Euro, im Wiederholungsfall von 4.000 Euro bis 50.000 Euro zu bestrafen.

(5) [...]

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hierzu erwogen:

V.1. Gegenstand des Verfahrens ist nicht die Klärung der Rechtsfrage, ob im vorliegenden Fall Lohnunterlagen gemäß § 7d AVRAG bereit zu halten waren – dass dies so war, ist unstrittig – sondern vielmehr die Sach- und Beweisfrage, ob die gesetzlich geforderten Lohnunterlagen bei der Kontrolle vollständig bzw. unvollständig vorhanden waren oder nicht. Diesbezüglich liegt eine Reihe unterschiedlicher Beweisergebnisse vor.

V.2. Der Grundsatz „in dubio pro reo“ spielt für die Klärung zweifelhafter Rechtsfragen keine Rolle [VwGH 30.05.2011, 2011/09/0073]. Nachdem eine solche verfahrensgegenständlich nicht zu klären war, sondern zu ermitteln war, ob bzw. welche Lohnunterlagen auf der Baustelle bereitgehalten wurden oder nicht, liegt eine Sachverhalts- bzw. Beweiswürdigungsfrage vor.

V.3. Den Grundsatz „in dubio pro reo“ darf die Behörde nur anwenden, wenn sie nach Durchführung des Beweisverfahrens Zweifel an der Verwirklichung des Tatbildes durch den Beschuldigten hätte [VwGH 15.11.2000, 2000/03/0237]. Der Grundsatz – in dubio pro reo – greift nur Platz, wenn die für und gegen den Beschuldigten sprechenden Umstände nach der Beweiswürdigung der Behörde gleiches Gewicht (Hinweis E 12.2.1980, 2309/79, VwSlg 10033 A/1980) haben [VwGH 9.5.1990, 89/03/0051, 24.10.1990, 89/03/0268]. Der Grundsatz „in dubio pro reo“ ist keine Beweiswürdigungsregel und kommt nur zur Anwendung, wenn auch nach dem Ergebnis der Beweiswürdigung noch Zweifel an der Täterschaft des Beschuldigten blieben (Hinweis E 10.4.1991, 90/03/0214) [VwGH 30.1.2015, 2011/17/0081].

Im vorliegenden Fall wurden mehrere Zeugen vernommen, die jeweils unter Wahrheitspflicht dazu befragt wurden, welche Lohnunterlagen auf der Baustelle bereitgehalten wurden. Die Zeugen legten dazu unterschiedliche Aussagen ab, welchen im Hinblick auf die sie treffende Wahrheitspflicht jeweils gleiches

Gewicht zukommt. Weder erweckten die dem Bf zuzuordnenden Zeugen den Eindruck ihren Dienstgeber zu Unrecht schützen zu wollen, noch erweckten die Kontrollorgane der Finanzpolizei den Eindruck, den Bf zu Unrecht belasten zu wollen. Entsprechend der obigen Beweiswürdigung kann im Ergebnis keine Entscheidung für oder gegen den Bf getroffen werden, sodass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes der Grundstz „in dubio pro reo“ anzuwenden ist.

V.4. Verbleiben allenfalls nach Durchführung der Beweise nach eingehender Beweiswürdigung Zweifel an der Täterschaft des Beschuldigten, dann hat nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ die Einstellung des Verfahrens zu erfolgen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 26. Juni 1997, 96/16/0286) [VwGH 16.12.2010, 2009/16/0094, 3.7.1996, 95/13/0175]. Der Grundsatz „in dubio pro reo“ ist eine Regel für jene Fälle, in denen im Wege des Beweisverfahrens und anschließender freier Würdigung der Beweise in dem entscheidenden Organ nicht mit Sicherheit die Überzeugung von der Richtigkeit des Tatvorwurfes erzeugt werden konnte. Nur wenn nach Durchführung aller Beweise trotz eingehender Beweiswürdigung Zweifel an der Täterschaft des Beschuldigten bleiben, hat nach dem genannten Grundsatz ein Freispruch zu erfolgen [VwGH 12.3.1986, 84/03/0251, 8.3.1985, 85/18/0191, 29.8.1990, 90/02/0056, 28.11.1990, 90/02/0137, 14.6.1991, 89/17/0123, 19.9.1990, 90/03/0100, 18.9.1991, 90/03/0266, 8.9.1995, 95/02/0263].

Zusammengefasst lässt sich aufgrund der divergierenden Angaben sämtlicher Zeugen und Abwägung aller Beweisergebnisse nicht mit der für eine Bestrafung geforderten Sicherheit feststellen, ob bzw. welche Lohnunterlagen bei der Kontrolle fehlten. Jedenfalls ergeben sich Zweifel, ob bzw. welche Unterlagen fehlten, zumal für die Verwirklichung der Übertretung des § 7d AVRAG keine zwingenden Beweise (III.4. und III.5.) vorliegen. In dubio pro reo kann eine solche zu Lasten des Beschwerdeführers nicht festgestellt werden.
V.5. Aus diesen Erwägungen war letztendliche im Zweifel zugunsten des Beschwerdeführers der Beschwerde Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verfahren einzustellen.

V.6. Der Bf hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde noch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu bezahlen.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

VI.1. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Recht-

sprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

VI.2. Darüber hinaus war im vorliegenden Fall gar keine Rechtsfrage zu lösen. Vielmehr war vom erkennenden Gericht ein umfangreiches Ermittlungsverfahren zur Frage zu führen, welche Lohnunterlagen auf der kontrollierten Baustelle vorhanden waren bzw. welche fehlten bzw. ob überhaupt Lohnunterlagen und in welchem Umfang vorhanden waren. Somit ging es um die Klärung des Sachverhaltes, der im Ergebnis einzelfallbezogen war. Das Ergebnis ist eine Frage der Beweiswürdigung, die in der vorliegenden Konstellation einer Verallgemeinerung nicht zugänglich ist.

VI.3. Die vorliegende Entscheidung steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Anwendbarkeit der Zweifelsregel „in dubio pro reo“, sodass auch deshalb die ordentliche Revision für unzulässig zu erklären war.

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

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Lidauer