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-301101/17/BMa/TK**

Datum: **Linz, 21. Juni 2017**

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des R G, c/o N T, Slo- G, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land vom 4.5.2016, GZ: SanRB96-1027/8-2016, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben als die verhängte Geldstrafe auf 500 Euro herabgesetzt wird.

II. Der Beschwerdeführer hat folgende Kosten zu tragen:
Nach § 38 VwGVG iVm § 64 VStG ermäßigt sich der Kostenbeitrag zum Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde auf 50 Euro; für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG kein Kostenbeitrag zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

I.1. Mit Strafbescheid der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land vom 4.5.2016, GZ.: SanRB96-1027/8-2016, wurde der Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wie folgt schuldig gesprochen und bestraft:

„Sie haben als zur Vertretung nach außen Berufener Ihres Unternehmens N T. mit Sitz in Slowenien, zumindest am 09.03.2016 um 13:30 Uhr folgenden slowenischen Dienstnehmer als Arbeitnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit für das Lenken eines LKW in Österreich in S, B 122 Km 39,0 Anhalteplatz beschäftigt, ohne diese Entsendung spätestens eine Woche vor Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle des Bundesministeriums für Finanzen mithilfe des ZK0 3 Formulares zu melden (es erging im gegenständlichen Fall keine Meldung):

Herr L J, geb. 19xx

Die gegenständliche Firma hat somit gegen § 7b Abs. 8 Z.1 iVm § 7b Abs. 3 AVRAG verstoßen.

Diese Tat wird Ihnen als gem. § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher der Firma N T mit Sitz in Slowenien angelastet.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt;
§ 7b Abs. 8 Z.1 iVm § 7b Abs. 3 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), BGBl Nr.459/1993 idgF

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Gemäß
1000,- Euro	24 Stunden	§ 7b Abs. 8 Z.1 AVRAG

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen: 100 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt
daher 1100.- Euro“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, zumindest am 9.3.2016 um 13.30 Uhr sei der slowenische Dienstnehmer L J als Arbeitnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit in Österreich, S, B 122, KM 39,0 Anhalteplatz, beschäftigt worden, ohne dass die erforderliche ZKO3-Meldung an die Zentrale Koordinationsstelle des Bundesministeriums für Finanzen erstattet worden sei.

1.3. Dagegen richtet sich die rechtzeitige Beschwerde des Bf vom 31.5.2016. Abschließend wurde beantragt, von einem Strafverfahren zur Gänze abzusehen, weil das einmalige Be- und Entladen in Österreich nicht ausreichend für die

Subsumierung unter die Vorschrift der Kabotage sei. Deshalb liege auch kein Verstoß gegen die Bestimmungen des AVRAG vor.

2.1. Die Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land hat die Beschwerde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich samt Bezug habenden Behördenakt vorgelegt. Dieses entscheidet gemäß § 2 VwGVG durch Einzelrichterin.

2.2. Das Landesverwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Aktenein-sichtnahme und am 24.04.2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der ein Vertreter des Finanzamts Kirchdorf Perg Steyr und der zur Vernehmung des Bf geladene Dolmetscher gekommen sind. Ohne in diesem Verfahren gültige Vollmacht wurde vom Steuerberater des Bf am Freitag, 21.04.2017 um 11:40 Uhr, die Vertagung der am darauffolgenden Montag stattfindenden Verhandlung, wegen Krankheit des Bf beantragt, wobei angegeben wurde, die Krankmeldung werde gesondert nachgereicht.

Mit E-Mail vom selben Tag wurde um 12:21 Uhr die Steuerberatungsges.m.b.H. DDr. J & Mag. P darauf hingewiesen, dass sich nach dem Wirtschafts-treuhandberufsgesetz keine Befugnis für Steuerberater zur berufsmäßigen Vertretung im Verwaltungsstrafverfahren gemäß AVRAG wegen Verletzung der Verpflichtung zur Bereithaltung von Unterlagen ergibt. Es liegt auch keine Vollmacht im gegenständlichen Akt zum Einschreiten eines Steuerberaters ein.
Telefonisch wurde die Steuerberatungskanzlei darüber hinaus von der zuständigen Richterin darauf hingewiesen, dass nur eine Mitteilung vom Bf selbst oder einer vertretungsbefugten Person in Bearbeitung genommen werden könne (Aktenvermerk v. 21.04.2017).
Mit Mail vom 27. 04. 2017 wurden zwei mit 25.04.2017 datierte, gescannte Scheine in slowenischer Sprache, jeweils als „NAPOTNICA" (laut Slowenischwörterbuch: „Überweisungsschein") bezeichnet, vorgelegt, auf denen sich aber kein Hinweis auf das Datum der beim Landesverwaltungsgericht durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung findet.

3. Erwägungen des Landesverwaltungsgerichts:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird der Entscheidung zugrunde gelegt:

R G ist der zur Vertretung nach außen Berufene seines Unternehmens N T mit dem Sitz in Slowenien. Dieses Unternehmen tätigt regelmäßig Transporte zwischen Slowenien und Deutschland. Dabei handelt es sich um eine durchgehende Beförderung von Waren von Slowenien nach Deutschland. Für die Rückfahrt von Deutschland nach Slowenien war am 09.03.2016 keine Fracht geladen und es wurde über eine Auftragsbörse ein Einzelauftrag für die Firma x angenommen, bei welchem in S Waren geladen und in B entladen wurden. Dabei hat es sich um eine Einzelbeauftragung gehandelt. Gelenkt wurde der am 09.03.2016 in Österreich

durchgeführte Transport vom slowenischen Dienstnehmer der Firma des Bf, J L, den er als Arbeitnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit für das Lenken eines Lkws beschäftigt hat.
Der LKW wurde in Österreich in S, B 122, KM 39,0 Anhalteplatz, kontrolliert. Die erforderliche ZKO3-Meldung an die Zentrale Koordinationsstelle des Bundesministeriums für Finanzen betreffend die Entsendung des L war nicht erstattet worden.

Aus dem Behördenakt ergibt sich keine Verurteilung in einem Verwaltungsstrafverfahren für den Bf, sodass von dessen absoluter verwaltungsbehördlicher Unbescholtenheit auszugehen ist.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem Verwaltungsakt der belangten Behörde ergibt. Die durchgeführte mündliche Verhandlung hat keine weitere Aufklärung des Sachverhalts herbeigeführt. Der Bf hat bereits im behördlichen Verfahren nicht bestritten, dass die erforderliche ZKO-Meldung nicht erstattet wurde.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

3.3.1. Gemäß § 7b Abs. 8 Z 1 AVRAG 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, wer als Arbeitgeber/in im Sinne des Abs. 1 gemäß Z 1 die Meldung oder die Meldung über nachträgliche Änderungen bei den Angaben (Änderungsmeldung) entgegen Abs. 3 nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erstattet.

Der für dieses Verfahren wesentliche Teil des § 7b Abs. 3 AVRAG lautet:
Arbeitgeber/innen im Sinne des Abs. 1 haben die Beschäftigung von Arbeitnehmer/innen, die zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, spätestens eine Woche vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen zu melden und dem/der im Abs. 1 Z 4 bezeichneten Beauftragten, sofern nur ein/e Arbeitnehmer/in entsandt wird, diesem/dieser, die Meldung in Abschrift auszuhändigen oder in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen. Die Meldung hat ausschließlich automationsunterstützt über die elektronischen Formulare des Bundesministeriums für Finanzen zu erfolgen.

Gemäß Verordnung (EG) Nr. 1072/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.10.2009 über gemeinsame Regeln für den Zugang zum Markt des

grenzüberschreitenden Güterkraftverkehrs (Neufassung), Kapitel III, Artikel 8 Abs. 2 sind die in Abs. 1 genannten Güterkraftverkehrsunternehmer berechtigt, im Anschluss an eine grenzüberschreitende Beförderung aus einem anderen Mitgliedsstaat oder einem Drittland in den Aufnahmemitgliedstaat nach Auslieferung der Güter bis zu drei Kabotagebeförderungen mit demselben Fahrzeug oder im Fall von Fahrzeugkombinationen mit dem Kraftfahrzeug desselben Fahrzeugs durchzuführen. Bei Kabotagebeförderungen erfolgt die letzte Entladung, bevor der Aufnahmemitgliedstaat verlassen wird, innerhalb von sieben Tagen nach der letzten Entladung der in den Aufnahmemitgliedstaat eingeführten Lieferung.

Innerhalb der Frist gemäß Unterabsatz 1 können die Verkehrsunternehmer einige oder alle der Kabotagebeförderungen, zu denen sie gemäß Unterabsatz 1 berechtigt sind, in jedem Mitgliedstaat unter der Voraussetzung durchführen, dass sie auf eine Kabotagebeföderung je Mitgliedstaat innerhalb von drei Tagen nach der Einfahrt des unbeladenen Fahrzeugs in das Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats beschränkt sind.

Gemäß Artikel 9 Abs. 2 der vorzitierten Verordnung des Europäischen Parlaments werden die in Abs. 1 genannten Rechts- und Verwaltungsvorschriften auf die gebietsfremden Verkehrsunternehmer unter denselben Bedingungen angewandt, wie sie der Aufnahmemitgliedstaat den ansässigen Verkehrsunternehmen auferlegt, damit jede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des Niederlassungsorts ausgeschlossen wird.

Gemäß Art. 1 Abs.1 der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, gilt diese Richtlinie für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer gemäß Abs. 3 in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden.

Nach Art.1 Abs. 3 lit. a der vorangeführten Richtlinie findet diese Anwendung, soweit die in Abs. 1 genannten Unternehmen einen Arbeitnehmer in ihrem Namen und unter ihrer Leitung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats im Rahmen eines Vertrags entsenden, der zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem in diesem Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger geschlossen wurde, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht.
Art. 3 Abs.1 dieser Richtlinie regelt die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für entsandte Arbeitnehmer. Demnach haben die Mitliedstaaten unter anderem durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften dafür zu sorgen, dass unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht die in Art.1 Abs.1 genannten Unternehmen hinsichtlich der in ihr Hoheitsgebiet entsandten

Arbeitnehmer u.a. Aspekte der Entlohnung, der Arbeitszeiten, Sicherheits- und Schutzbedingungen am Arbeitsplatz, Nichtdiskriminierungsbestimmungen etc., eingehalten werden.

Gem. Art.3 Abs.10 der RL 96/71/EG berührt diese Richtlinie nicht das Recht der Mitgliedstaaten, unter Einhaltung des Vertrages für inländische und ausländische Unternehmen in gleicher Weise, Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen unter anderem für andere als die vorgenannten Aspekte vorzuschreiben, soweit es sich um Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung handelt.

3.3.2. Das Unternehmen des Bf, die N T, hat mit einer österreichischen Firma einen Transportauftrag zur Beförderung von Gütern zwischen zwei in Österreich gelegenen Orten geschlossen. Der mit der Durchführung dieses Transportauftrags beauftragte Arbeitnehmer J L war Dienstnehmer der slowenischen Firma und wurde von dieser damit gemäß der Richtlinie 96/71/EG zur Erbringung der Dienstleistung bzw. Erfüllung des innerhalb Österreich stattfindenden Transportauftrags (und damit einer Kabotagebeförderung) nach Österreich entsandt.
Demnach sind gemäß Art. 3 dieser Richtlinie Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nach österreichischem Recht anzuwenden.

Daraus folgt, dass nach österreichischem Recht gemäß § 7b Abs. 3 AVRAG für den am 09.03.2016 nach Österreich entsandten J L eine entsprechende Meldung an die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen hinsichtlich der Entsendung des L vor dessen Arbeitsaufnahme in Österreich zu erstatten gewesen wäre.

Dem Vorbringen des Bf, nach der Dienstleistungsrichtlinie seien drei Kabotage-fahrten zulässig, daher hätte eine Bestrafung nach AVRAG nicht erfolgen dürfen, ist entgegenzuhalten, dass hier nicht nur die Bestimmungen der Kabotage eingehalten hätten werden müssen, sondern auch jene, die mit der Entsendung von Arbeitnehmern in einen anderen EU-Mitgliedstaat einhergehen, sodass auch die für eine Entsendung von Arbeitnehmern notwendigen Meldungen erstattet hätten werden müssen.

Indem dies unterblieben ist, hat der Bf das Tatbild der ihm vorgeworfenen Verwaltungsvorschrift erfüllt.

3.4. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört

und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die "Glaubhaftmachung" nicht.

Dem Bf als zur Vertretung nach außen Berufener seines slowenischen Unternehmens, das J L nach Österreich entsandt hat, ist vorzuwerfen, dass er sich vor dem Einsatz des Arbeitnehmers in Österreich nicht bei der zuständigen Behörde erkundigt hat, welche Meldungen an die ZKO zu erstatten sind. Es wäre an ihm als dem Verantwortlichen gelegen, für eine rechtskonforme Abwicklung des Einsatzes des Arbeiters seiner Firma zu sorgen. Indem er dies unterlassen hat, hat er fahrlässig gehandelt.

Er hat damit die subjektive Tatseite erfüllt.

3.5. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat.

Nach § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs. 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

Zur verhängten Geldstrafe, die die Mindeststrafe übersteigt, wurde in der Begründung des bekämpften Bescheids nicht auf den Milderungsgrund der absoluten verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit des Bf Bezug genommen. Dieser ist jedoch bei der Strafbemessung zu berücksichtigen. Weil es sich um eine erstmalige Übertretung eines völlig unbescholtenen Bf handelt und sich die fehlende ZKO3-Meldung lediglich auf einen Arbeitnehmer bezieht, war die verhängte Geldstrafe auf die Mindeststrafe von 500 Euro herabzusetzen.

Der Bf ist den Strafzumessungsgründen der belangten Behörde nicht entgegengetreten, sodass die von der belangten Behörde geschätzten Vermögens-, Einkommens- und Familienverhältnisse auch dieser Entscheidung zugrunde gelegt werden konnten. Weil die Ersatzfreiheitsstrafe im Behördenbescheid sehr milde bemessen war, war diese nicht weiter herabzusetzen.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Zu II.:
Zumal die von der belangten Behörde verhängte Geldstrafe herabzusetzen war, war die Beschwerde teilweise erfolgreich und somit fielen keine Kostenbeiträge für das Rechtsmittverfahren an; die Verfahrenskosten für das behördliche Verfahren waren entsprechend herabzusetzen.

Zu III.:
Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:
Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Insbesondere weicht die gegenständliche Entscheidung von der als einheitlich zu beurteilenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ab.

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

Gegen 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 Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s e

1. Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

2. Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

3. Gemäß § 7n Abs. 2 AVRAG wird darauf hingewiesen, dass mit der rechtskräftigen Bestrafung die Eintragung des Beschwerdeführers und der Firma N T, Slowenien, in die Evidenz des Kompetenzzentrums LSDB verbunden ist.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bergmayr-Mann