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-301112/11/BMa**

Datum: **Linz, 28. 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., vertreten durch Rechtsanwalt Mag. W.L., X, R., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach vom 28. April 2016, GZ: SanRB96-72-2015, wegen Übertretung des AVRAG, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 200 Euro zu leisten.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

zu I.

1.1. Mit dem in der Präambel angeführten Strafbescheid wurde der Beschwerdeführer R.G. (im Folgenden: Bf) wir folgt schuldig erkannt und bestraft:

„Sie haben folgende Verwaltungsübertretung(en) begangen:
Taten (einschließlich Ort, Datum und Zeit der Begehung)

1) Sie haben es als gemäß § 9 VStG Verantwortlicher der G.R. und J. GbR mit Sitz in X, U., zu verantworten, dass der nachstehende Arbeitnehmer auf der Baustelle in N., X, beschäftigt wurde, ohne dass Unterlagen über die Anmeldung zur Sozialversicherung am Arbeits(Einsatz)ort im Inland bereitgehalten oder den Organen der Finanzpolizei unmittelbar vor Ort in elektronischer Form zugänglich gemacht wurden, obwohl Arbeitgeber im Sinne des Abs. 1 oder in Abs.1 Z 4 bezeichnete Beauftragte oder der Arbeitnehmer (Abs.3), sofern für den/die entsandten Arbeitnehmer in Österreich keine Sozialversicherungspflicht besteht, Unterlagen über die Anmeldung des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung (EG) Nr. 1408/71, Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04) sowie eine Abschrift der Meldung gemäß den Abs.3 und 4 und gegebenenfalls eine behördliche Genehmigung am Arbeits(Einsatz)ort im Inland bereitzuhalten haben. Arbeitnehmer: H.S.P., geb. x, Staatsangehörigkeit: D., Tätigkeit: Malerarbeiten, Arbeitsantritt: 07.10.2015
Tatort: Gemeinde N., X
Tatzeit: 09.10.2015, 09:30 Uhr
Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 7b Abs. 8 Ziffer 3 erster Fall i.V.m. § 7b Abs. 5 AVRAG

2) Sie haben es als gemäß § 9 VStG Verantwortlicher der G.R. und J. GbR mit Sitz in X, U., zu verantworten, dass der nachstehende Arbeitnehmer auf der Baustelle in N., X, beschäftigt wurde, ohne dass Unterlagen über die Anmeldung zur Sozialversicherung am Arbeits(Einsatz)ort im Inland bereitgehalten oder den Organen der Finanzpolizei unmittelbar vor Ort in elektronischer Form zugänglich gemacht wurden, obwohl Arbeitgeber im Sinne des Abs. 1 oder in Abs.1 Z 4 bezeichnete Beauftragte oder der Arbeitnehmer (Abs.3), sofern für den/die entsandten Arbeitnehmer in Österreich keine Sozialversicherungspflicht besteht, Unterlagen über die Anmeldung des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung (EG) Nr. 1408/71, Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04) sowie eine Abschrift der Meldung gemäß den Abs. 3 und 4 und gegebenenfalls eine behördliche Genehmigung am Arbeits(Einsatz)ort im Inland bereitzuhalten haben. Arbeitnehmer: E.S., geb. x, Staatsangehörigkeit: D., Tätigkeit: Malerarbeiten, Arbeitsantritt: 07.10.2015
Tatort: Gemeinde N., X
Tatzeit: 09.10.2015, 09:30 Uhr
Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 7b Abs. 8 Ziffer 3 erster Fall i.V.m. § 7b Abs. 5 AVRAG

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

Geldstrafe von	Falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	gemäß
500,00 Euro	33 Stunden	§ 7b Abs. 8 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG)
500,00 Euro	33 Stunden	§ 7b Abs. 8 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG)

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:
100,00 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe, mindestens jedoch 10,00 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100,00 Euro);
Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 1.100,00 Euro."

[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Begründend führt die belangte Behörde im Wesentlichen aus:

Bei der Kontrolle der Finanzpolizei seien die beiden bei der Firma des Bf beschäftigten Arbeiter bei Spachtel- und Malerarbeiten angetroffen worden. Jeder Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts sei nach dem AVRAG strafrechtlich verantwortlich. Eine Entlastung dafür, nicht für die Übertretung verantwortlich zu sein, sei dem Bf nicht gelungen. Die zur Last gelegten Tatvorwürfe seien auf Grund der Kontrolle der Finanzpolizei am 09.10.2015 erwiesen. Der Bf habe die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung zumindest fahrlässig begangen. Strafmildernd wurde die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit und straferschwerend kein Umstand gewertet. Die belangte Behörde ist von einem geschätzten Einkommen des Bf von 1.400 Euro monatlich, keinem Vermögen und dem Nichtvorliegen von Sorgepflichten bei der Strafbemessung ausgegangen.

1.3. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Bescheidbeschwerde, mit der abschließend die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Aufhebung des angefochtenen Bescheids beantragt wurden. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, den Bf treffe kein Verschulden, weil die Bereithaltung der notwendigen Unterlagen firmenintern nicht seinem Verantwortungsbereich zuzuordnen sei. Der für die Bereitstellung der Unterlagen zuständige Mitarbeiter werde ständig überprüft und die Auswahl des für die Bereithaltung bzw. Bereitstellung der Unterlagen zuständigen Mitarbeiters sei mit besonderer Aufmerksamkeit erfolgt. Die Bereitstellung der notwendigen Unterlagen am Arbeitsort sei unzumutbar gewesen.

2.1. Die Bezirkshauptmannschaft Rohrbach hat die Beschwerde samt dem Bezug habenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oö. vorgelegt, das gem. § 2 VwGVG durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin entscheidet.

2.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt und am 10.04.2017 eine

öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der der Beschwerdeführer in rechtsfreundlicher Vertretung und ein Vertreter des Finanzamtes Freistadt Rohrbach Urfahr gekommen sind. Die Verfahren betreffend die Beschwerdeführer R.G. und J.G. wurden aus verfahrensökonomischen Gründen zur gemeinsamen Verhandlung verbunden.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Der Beschwerdeführer J.G. ist gemeinsam mit seinem Bruder R.G. jeweils Geschäftsführer der G.R. und J. GbR mit Sitz in B., X und damit sind beide zur Vertretung nach außen Berufene dieser Firma.
R.G. ist für Malerarbeiten sowie die damit zusammenhängenden Tätigkeiten und sein Bruder J.G. ist für Gerüstbau zuständig. Diese Arbeitsaufteilung ist eine firmeninterne, die nicht gegenüber einer Behörde bekannt gegeben wurde.

Weil sich am 06.10.2015 herausgestellt hat, dass Arbeiten auf einer Baustelle in D. nicht am nächsten Tag fortgesetzt werden konnten, wurde zwischen den beiden Geschäftsführern besprochen, dass die Baustelle in Österreich, X, N. „Neubau Garage Dr. B.G." vorgezogen wird, und die Arbeiter S.P. und E.S., die in der G.R. und J. GbR angestellt sind, zu dieser Baustelle nach Österreich entsandt werden.
Am 07. und 08.10.2015 war der in der Firma im Büro beschäftigte G.B., der zuständig ist für die Vorbereitung und Bereithaltung von Unterlagen und die Durchführung der ZKO-Meldung, urlaubsbedingt abwesend.
Am 06.10.2015, als von beiden Geschäftsführern der Beschluss der Entsendung der beiden Arbeitnehmer nach Österreich gefasst wurde, war G.B. nicht mehr in der Firma aufhältig. Er hat erst am 09.10.2015 seine Arbeit in der Firma wieder aufgenommen, hatte jedoch sehr viel zu tun, sodass er sich nicht darum gekümmert hat, die Unterlagen über die Anmeldung zur Sozialversicherung den Arbeitern mitzugeben mitzugeben oder diese ihnen elektronisch zugänglich zu machen.
Vor dem 09.10.2015 wurden sämtliche Meldungen und die Bereitstellung von Unterlagen ausschließlich von G.B. durchgeführt. Die Beschwerdeführer haben sich um diesen Bereich nicht gekümmert, es hat bis dahin auch keine Beanstandungen gegeben.
Nach dem 09.10.2015 wurde zwischen G.B. und den beiden Geschäftsführern die Angelegenheit des Nichtvorliegens der notwendigen Unterlagen und der fehlenden Meldung besprochen und die Beschwerdeführer sind dazu übergegangen, dass sie selbst auch bei Abwesenheit des G.B. Meldungen erstatten und dafür sorgen, dass Arbeitnehmer mit entsprechenden Unterlagen zu den jeweiligen Baustellen nach Österreich fahren.
Zum Zeitpunkt der Kontrolle am 09.10.2015, 9:30 Uhr, wurden von der G.R. und J. GbR keine Unterlagen über die Anmeldung der Arbeitnehmer zur

Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung (EG) Nr. 1408/71, Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04) sowie eine Abschrift der Meldung gemäß § 7b Abs.3 und 4 AVRAG in der zur Tatzeit geltenden Fassung und gegebenenfalls eine behördliche Genehmigung auf der Baustelle „Neubau Garage Dr. B.G.", bereitgehalten.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass das Nichtbereithalten der notwendigen Sozialversicherungsdokumente am Einsatzort in deutscher Sprache vom Beschwerdeführer nicht bestritten wird.
Den Feststellungen zur internen Arbeitsaufteilung, der urlaubsbedingten Abwesenheit des G.B. und dessen firmeninternem Aufgabenbereich sowie zur Installierung eines Kontrollsystems erst nach der Kontrolle am 09.10.2015, liegen die Angaben des R.G. zu Grunde, die durch jene des zweiten Beschwerdeführers J.G. bestätigt wurden.
Soweit die Angaben in der Beschwerde jenen entgegen stehen, die die Beschwerdeführer in der mündlichen Verhandlung getätigt haben, z.B. wurde in der ZKO-Meldung angegeben, dass Beginn der Tätigkeit der 08.10.2015 war, wird den glaubwürdigen Angaben der Beschwerdeführer in der mündlichen Verhandlung gefolgt, wonach der Arbeitsantritt am 07.10.2015 um 7:00 Uhr erfolgt ist, was auch von den Arbeitern in ihrem Personenblatt angegeben wurde.

Beide Beschwerdeführer haben in der mündlichen Verhandlung betont, gemeinsam für alle Entscheidungen in der Firma verantwortlich zu sein.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das Landesverwaltungsgericht Oö. erwogen:

3.3.1. Gemäß § 7b Abs. 5 AVRAG in der im Zeitpunkt der inkriminierten Tat geltenden Fassung haben Arbeitgeber/innen, sofern für den/die entsandten Arbeitnehmer/innen in Österreich keine Sozialversicherungspflicht besteht, Unterlagen über die Anmeldung des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04) sowie eine Abschrift der Meldung gemäß den Abs. 3 und 4 am Arbeits(Einsatz)ort im Inland bereitzuhalten oder diese den Organen der Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse unmittelbar vor Ort in elektronischer Form zugänglich zu machen. Sofern für die Beschäftigung der entsandten Arbeitnehmer/innen im Sitzstaat des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin eine behördliche Genehmigung erforderlich ist, ist auch die Genehmigung bereitzuhalten. ....

Nach § 7b Abs. 8 Z 3 1. Fall AVRAG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jede/n Arbeitnehmer/in mit einer Geldstrafe von 500 Euro bis 5.000 Euro, im Wiederholungsfall von 1.000 Euro bis

10.000 Euro zu bestrafen, wer als Arbeitgeber/in die erforderlichen Unterlagen entgegen Abs. 5 nicht bereithält.

3.3.2. Weil der Rechtsmittelwerber als zur Vertretung nach außen Berufener und damit gem. § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher der Firma G.R. und J. GbR nicht dafür gesorgt hat, dass die entsprechenden sozialversicherungsrechtlichen Unterlagen am Einsatzort der entsandten Arbeiter von der Firma bereitgehalten wurden, hat er das Tatbild der ihm vorgeworfenen Verwaltungsübertretung begangen.
Der Bf war auch firmenintern für die von S. und P. am Tatort verrichteten Arbeiten zuständig.

3.3.3. 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 Verwaltungsgerichtshofs 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.

3.3.4. Weil der Bf nicht dafür gesorgt hat, dass die notwendigen sozialversicherungsrechtlichen Unterlagen der von ihm in Österreich eingesetzten Arbeitskräfte bereitgehalten wurden, hat er zumindest fahrlässig gehandelt.
Es wurde zwar das Vorhandensein eines Kontrollsystems behauptet, in der mündlichen Verhandlung hat sich jedoch herausgestellt, dass ein solches erst nach der Kontrolle am 09.10.2015 firmenintern installiert wurde.
Wenn die Beschwerde ins Treffen führt, es sei dem Bf nicht zumutbar gewesen, dafür zu sorgen, dass die entsprechenden Lohnunterlagen bereitgehalten worden wären, wurde doch der Entschluss der Entsendung der beiden Arbeiter nach Österreich nur kurzfristig gefasst, so ist dem entgegen zu halten, dass der Beschluss der Entsendung am 06.10.2015 gefasst wurde und die Kontrolle erst drei Tage danach, nämlich am 9.10.2015 stattgefunden hat.
An diesem Tag war auch der in der Firma für die Vorbereitung und Bereithaltung von sozialversicherungsrechtlichen Unterlagen zuständige Mitarbeiter bereits wieder im Betrieb tätig, hat jedoch nicht dafür gesorgt, dass zumindest am Tag der Kontrolle die notwendigen Unterlagen vorhanden gewesen wären. Die

Nachreichung dieser ist am 12.10.2015 erfolgt, also erst fünf Tage nachdem die Arbeit auf der Baustelle in Österreich aufgenommen wurde.
Weil kein Grund ersichtlich ist, dass die erforderlichen sozialversicherungsrechtlichen Unterlagen, nicht am Einsatzort in Österreich bereitgehalten werden konnten, wird das Vorbringen der Beschwerde, die Bereithaltung sei nicht zumutbar gewesen, als Schutzbehauptung gewertet.

Die Verwaltungsübertretung ist dem Rechtsmittelwerber damit auch in subjektiver Hinsicht vorzuwerfen.

3.3.5. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG idgF sind Grundlagen für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.
Nach Abs. 2 leg.cit. sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40-46) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32-35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

3.3.6. Der Bf ist den Feststellungen der belangten Behörde zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen sowie seinen Sorgepflichten nicht entgegen getreten. Diese werden daher auch dem Beschwerdeverfahren zu Grunde gelegt. Die belangte Behörde hat die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit strafmildernd gewertet. Vom Vertreter der Beschwerdeführer wird als Strafmilderungsgrund darüber hinaus ins Treffen geführt, dass die Tat keine nachteiligen Folgen nach sich gezogen hat, wurden die Unterlagen doch einige Tage nach der Kontrolle vorgelegt.
Dem ist entgegen zu halten, dass die Bestimmung des § 7b AVRAG einen Verstoß gegen die Verpflichtung zur Bereithaltung von sozialversicherungsrechtlichen Unterlagen sanktioniert und der Erfolg, dem diese Sanktion entgegen wirken soll, bereits dann eingetreten ist, wenn diese nicht bereitgehalten wurden.
Als straferschwerend ist zu werten, dass zwei Arbeiter beschäftigt wurden und dass für keinen der beiden die entsprechenden sozialversicherungsrechtlichen Unterlagen bereitgehalten wurden.

Weil die Unterlagen für zwei Arbeiter vom Bf als Beschäftiger nicht zur Verfügung gestellt wurden, ist die Verhängung einer Geldstrafe von 500 Euro für jeden Arbeitnehmer, also lediglich der Mindeststrafe, als milde anzusehen. Dem Vorbringen des Vertreters des Beschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung, unter Anwendung des § 20 VStG sei die Mindeststrafe zu unterschreiten, ist nicht

zu folgen, ist doch auch gar nicht von einem Überwiegen der Milderungsgründe gegenüber den Erschwerungsgründen auszugehen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

zu II.
Weil der Beschwerde keine Folge gegeben wurde, waren gem. § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG Kosten für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in Höhe von 20 % der verhängten Geldstrafe vorzuschreiben.

zu III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinn 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 zur Nichtbereithaltung von erforderlichen Sozialversicherungsdokumenten bei Fehlen eines Kontrollsystems 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 Eingabegebühr 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. Gemäß § 7n Abs. 2 AVRAG wird darauf hingewiesen, dass mit der rechtskräftigen Bestrafung die Eintragung des Beschwerdeführers und der Firma G.R. und J. GbR mit Sitz in B., X, in die Evidenz des Kompetenzzentrums LSDB verbunden ist.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bergmayr-Mann