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-301115/11/BMa/JB**

Datum: **Linz, 27. 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, R, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach vom 27. April 2016 GZ: SanRB96-70-2015, wegen Übertretung des AVRAG, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als die verhängten Ersatzfreiheitsstrafen auf jeweils 33 Stunden (insgesamt 66 Stunden) herabgesetzt werden, im Übrigen wird diese hingegen als unbegründet abgewiesen.

II. Weil die Beschwerde teilweise Erfolg hatte, ist kein Kostenbeitrag zum Rechtsmittelverfahren 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 in Ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber der G R und J GbR mit Sitz in U, zu verantworten, dass Organen der Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde, bei den erforderlichen Erhebungen in N, am 09.10.2015, 09:30, die Unterlagen zur Überprüfung des Arbeitnehmers nicht bereitgestellt werden konnten, obwohl Arbeitgeber/innen jene Unterlagen, die zur Überprüfung des dem/der entsandten (überlassenen) Arbeitnehmer für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts erforderlich sind (Lohnunterlagen), in deutscher Sprache für die Dauer der Beschäftigung der Arbeitnehmer/innen am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten haben. Arbeitnehmer: H S P, geb: 19xx, Staatsangehörigkeit: DEUTSCHLAND, Tätigkeit: Malerarbeiten, Arbeitsantritt: 07.10.2015,
Tatort: Gemeinde N.
Tatzeit: 09.10.2015, 09:30 Uhr.
Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en)
verletzt: § 7i Abs. 4 Ziffer 1 i.V.m. § 7d Abs. 1 AVRAG

2) Sie haben in Ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber der G R und J GbR mit Sitz in U, zu verantworten, dass Organen der Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde, bei den erforderlichen Erhebungen in N am 09.10.2015, 09:30, die Unterlagen zur Überprüfung des Arbeitnehmers nicht bereitgestellt werden konnten, obwohl Arbeitgeber/innen jene Unterlagen, die zur Überprüfung des dem/der entsandten (überlassenen) Arbeitnehmer für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts erforderlich sind (Lohnunterlagen), in deutscher Sprache für die Dauer der Beschäftigung der Arbeitnehmer/innen am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten haben. Arbeitnehmer: E S, geb: 19xx, Staatsangehörigkeit: DEUTSCHLAND, Tätigkeit: Malerarbeiten, Arbeitsantritt: 07.10.2015
Tatort: Gemeinde N.
Tatzeit: 09.10.2015, 09:30 Uhr.
Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 7i Abs. 4 Ziffer 1 i.V.m. § 7d Abs. 1 AVRAG

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

Geldstrafe von	Falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	gemäß
1000,00 Euro	66 Stunden	§ 7i Abs. 4 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG)
1000,00 Euro	66 Stunden	§ 7i Abs. 4 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG)

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:
200,00 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 2.200,00 Euro."

[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Begründend führt die belangte Behörde im Wesentlichen aus:

Die zu 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 der für die Bereitstellung der Unterlagen zuständige Mitarbeiter ständig überprüft werde und die Auswahl des für die Bereithaltung bzw. Bereitstellung der Lohnunterlagen zuständigen Mitarbeiters mit besonderer Aufmerksamkeit erfolgt sei. Die Bereitstellung der notwendigen Unterlagen im Sinn des § 7b Abs. 5 AVRAG 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 R G ist gemeinsam mit seinem Bruder J G jeweils Geschäftsführer der G R und J GbR mit Sitz in D-B, und damit sind beide zur Vertretung nach außen Berufene dieser Firma.
R G ist für Malerarbeiten und die damit zusammenhängenden Tätigkeiten und sein Bruder J G für Gerüstbau zuständig. Diese Arbeitsaufteilung ist eine firmeninterne, die nicht gegenüber einer Behörde bekannt gegeben wurde.

Weil sich am 6.10.2015 herausgestellt hat, dass Arbeiten auf einer Baustelle in Deutschland nicht am nächsten Tag fortgesetzt werden konnten, wurde zwischen den beiden Geschäftsführern besprochen, dass die Baustelle in Österreich, N, „x" 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 7. und 8.10.2015 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 6.10.2015 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 9.10.2015 seine Arbeit in der Firma wieder aufgenommen, hatte jedoch sehr viel zu tun, sodass er sich nicht darum gekümmert hat, die notwendige ZKO3-Meldung durchzuführen oder den Arbeitern die Lohnunterlagen oder die Unterlagen über die Anmeldung zur Sozialversicherung mitzugeben oder diese ihnen elektronisch zugänglich zu machen.
Vor dem 9.10.2015 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 9.10.2015 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 9.10.2015, 9:30 Uhr, wurde von der G R und J GbR weder der Arbeitsvertrag, Dienstzettel, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise, Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitsaufzeichnungen noch Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des den entsandten Arbeitnehmern für die Dauer der Beschäftigung nach dem österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts, in deutscher Sprache, auf der Baustelle „x", bereitgehalten.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass das Nichtbereithalten der notwendigen Lohnunterlagen am Einsatzort in deutscher Sprache vom Beschwerdeführer nicht bestritten wird.
Den Feststellungen zur internen Arbeitsaufteilung, der urlaubsbedingten Abwesenheit des Günther Bartl und dessen firmeninternem Aufgabenbereich sowie zur Installierung eines Kontrollsystems erst nach der Kontrolle am 9.10.2015, 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 8.10.2015 war, wird den glaubwürdigen Angaben der Beschwerdeführer in der mündlichen Verhandlung gefolgt, wonach der Arbeitsantritt am 7.10.2015 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 § 7d Abs. 1 AVRAG in der im Zeitpunkt der inkriminierten Tat geltenden Fassung haben Arbeitgeber/innen iSd §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 jene Unterlagen, die zur Überprüfung des/dem/der Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts erforderlich sind (Lohnunterlagen) in deutscher Sprache für die Dauer der Beschäftigung der Arbeitnehmer/innen am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten. 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 Verlangen binnen 24 Stunden nachweislich zu übermitteln.

Gemäß Abs. 2 leg.cit trifft bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen den/die Beschäftiger/in, wobei der/die Überlasser/in dem/der Beschäftiger/in die Unterlagen bereitzustellen hat.

Nach § 7 Abs. 4 Z 3 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, wer als Beschäftiger/in im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung entgegen § 7d Abs. 2 die Lohnunterlagen nicht bereithält.

§ 9 Abs. 1 VStG lautet:
Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

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 Lohnunterlagen am Einsatzort der entsandten Arbeiter von der Firma bereitgehalten wurden, hat er das Tatbild der ihm vorgeworfenen Verwaltungsübertretung begangen.

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 Tatsachen-vorbringen 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 Lohnunterlagen der von ihm in Österreich eingesetzten Arbeitskräfte in deutscher Sprache 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 9.10.2015 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 6.10.2015 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 Lohnunterlagen zuständige Mitarbeiter bereits wieder im Betrieb tätig, hat jedoch nicht dafür gesorgt, dass zumindest am Tag der Kontrolle die notwendigen Lohnunterlagen 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 Lohnunterlagen, die den in Österreich eingesetzten Arbeitern ohnehin in deutscher Sprache zur Verfügung gestanden sein mussten, 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.

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 § 7d AVRAG einen Verstoß gegen die Verpflichtung zur Bereithaltung von Lohnunterlagen sanktioniert und der Erfolg, dem diese Sanktion entgegen wirken soll, bereits dann eingetreten ist, wenn die Lohnunterlagen nicht bereitgehalten wurden.
Als straferschwerend ist zu werten, dass zwei Arbeiter beschäftigt wurden und dass für keinen der beiden Lohnunterlagen bereitgehalten wurden.

Weil die Unterlagen für zwei Arbeiter vom Bf als Beschäftiger nicht bereitgehalten wurden, ist die Verhängung einer Geldstrafe von 1.000 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 jedoch nicht zu folgen, ist doch auch gar nicht von einem Überwiegen der Milderungsgründe gegenüber den Erschwerungsgründen auszugehen.

3.3.6. Die Ersatzfreiheitsstrafe wurde nicht in Relation der Obergrenze der Geldstrafe zur Obergrenze der Ersatzfreiheitsstafe festgesetzt. So beträgt die von der belangten Behörde verhängte Geldstrafe ca. 10 % des möglichen Strafrahmens und die Ersatzfreiheitsstrafe 20 %. Die Ersatzfreiheitsstrafe war daher entsprechend herabzusetzen.

zu II.
Weil der Beschwerde teilweise Folge gegeben wurde, waren gem. § 52 Abs. 8 VwGVG keine Kosten für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich 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 Lohnunterlagen 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 D-B, in die Evidenz des Kompetenzzentrums LSDB verbunden ist.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bergmayr-Mann