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-301235/12/Py/JW

Datum:
Linz, 5. Juli 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde des Herrn Z.M., X, P., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen vom 14. Juli 2016, GZ: SanRB96-137,138-2016, wegen Verwaltungsübertretungen nach dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 17. Mai 2017

zu Recht:

I. Der Beschwerde zu Spruchpunkt 3. wird Folge gegeben, der Schuld- und Strafausspruch hinsichtlich dieses Spruchpunktes behoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt. Der Beschwerde zu Spruchpunkt 4. wird insofern Folge gegeben, als von der Verhängung einer Strafe abgesehen und unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit des Verhaltens eine Ermahnung erteilt wird. Im Übrigen wird der Beschwerde keine Folge gegeben und das behördliche Straferkenntnis bestätigt.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Kostenbeitrag zum Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in Höhe von 4.000 Euro zu leisten. Der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde verringert sich auf 2.000 Euro.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen (in der Folge: belangte Behörde) vom 14. Juli 2016, GZ: SanRB96-137,138-2016, wurden über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 7d Abs. 1 iVm 7i Abs. 4 Z 1 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) zu Spruchpunkt 1. vier Geldstrafen in Höhe von je 2.000 Euro (ESF je 40 Stunden), zu Spruchpunkt 2. und 3. wegen Verwaltungsübertretung nach § 7f Abs. 1 Z 3 2. Fall iVm mit § 7i Abs. 1 AVRAG acht Geldstrafen zu je 1.000 Euro (ESF je 40 Stunden), zu Spruchpunkt 4. wegen Verwaltungsübertretung zu § 7b Abs. 3 iVm § 7b Abs. 8 Z 1 1. Fall AVRAG vier Geldstrafen in Höhe von je 1.000 Euro (ESF je 40 Stunden), zu Spruchpunkt 5. wegen Verwaltungsübertretung nach § 7b Abs. 5 1. Fall iVm mit § 7b Abs. 8 Z 3 AVRAG vier Geldstrafen in Höhe von je 1.000 Euro (ESF je 40 Stunden) sowie zu Spruchpunkt 6. wegen Verwaltungsübertretung nach § 7b Abs. 5 2. Fall iVm § 7b Abs. 8 Z 3 AVRAG vier Geldstrafen in Höhe von je 1.000 Euro (ESF je 40 Stunden) verhängt.
Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von insgesamt 2.800 Euro verhängt.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zu Grunde:

„Sie haben es als Inhaber des Bauunternehmens M. mit Sitz in X, P., und somit mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich, und somit als Arbeitgeber iSd § 7b AVRAG zu verantworten, dass die p. Arbeitnehmer M.G., geb. x, H.B.M., geb. x, B.J.L., geb. x und L.J.J., geb. x, jeweils ab dem 3.2.2016 zur Erbringung einer fortgesetzten Arbeitsleistung als Arbeitnehmer nach Österreich zur Baustelle Wohnhausneubau in R., X, (Bauherren S.K. und A.S.) entsendet worden waren, wo sie von Organen der Finanzpolizei am 9.2.2016 um 8.10 Uhr bei Innenputzarbeiten angetroffen wurden.

1.
ohne während des Zeitraums der Entsendung die Lohnunterlagen (Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitsaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung) zur Überprüfung des den entsandten Abreitnehmern für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache am o.a. Arbeits(Einsatz)ort bereitgehalten zu haben.

2.
ohne der Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde trotz der am 9.2.2016 niederschriftlich erfolgten Aufforderung zur Übermittlung der fehlenden o.a. Lohnunterlagen in deutscher Sprache nach § 7d Abs. 1 und Unterlagen nach § 7b Abs. 5 (ZKO 3 – Meldung einer Entsendung bzw. Sozialversicherungsdokumente A1) für die o.a. Arbeitnehmer nicht bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktages und somit bis spätestens 11.2.2016 nachweislich übermittelt zu haben.

3.
ohne der Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde trotz der am 23.2.3016 mit E-Mail nachweislich an die Fa. M. übermittelten nochmaligen Aufforderung zur Übermittlung der fehlenden o.a. Lohnunterlagen in deutscher Sprache nach § 7d Abs. 1 und Unterlagen nach § 7b Abs. 5 /ZKO 3 – Meldung einer Entsendung bzw. Sozialversicherungsdokumente A1) für die o.a. Arbeitnehmer nicht bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktages und somit bis spätestens 25.2.2016 nachweislich übermittelt zu haben.

4.
ohne deren Beschäftigung der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen gemäß § 7b Abs. 3 und 4 AVRAG rechtzeitig eine Woche vor deren Arbeitsaufnahme und somit bis spätestens 27.1.2016 gemeldet zu haben, sondern wurde diese verspätet am 31.1.2016 mit Transaktionsnummer ZKO3/2016-04375v durchgeführt.

5.
ohne die Unterlagen über die Anmeldung der Arbeitnehmer zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/ 04) am o.a. Arbeits(Einsatz)ort im Inland bereitgehalten oder diese den Organen der Abgabenbehörde unmittelbar vor Ort in elektronischer Form zugänglich gemacht zu haben.

6.
ohne eine Abschrift der Meldung gemä0ß § 7b Abs. 3 und 4 AVRAG am o.a. Arbeits(Einsatz)ort im Inland bereitgehalten oder diese den Organen der Abgabenbehörde unmittelbar vor Ort in elektronischer Form zugänglich gemacht zu haben.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

In der Begründung führt die belangte Behörde unter Wiedergabe des Verfahrensganges und der Rechtsgrundlagen zusammengefasst aus, dass bei der Kontrolle die geforderten Unterlagen in deutscher Sprache nicht vorgelegt werden konnten und diese trotz niederschriftlich erfolgter Aufforderung vom 9. Februar 2016 und nochmaliger Aufforderung zur Nachsendung der fehlenden Unterlagen der Abgabenbehörde nicht fristgerecht binnen zweier Werktage nachgereicht wurden. Zudem stehe fest, dass die erforderlichen Sozialversicherungsdokumente für die gegenständlichen Dienstnehmer am Kontrolltag nicht bereitgehalten werden konnten und die ZKO-Meldung verspätet erstattet wurde. Im gegebenen Fall hätte der Beschuldigte dafür zu sorgen gehabt, dass die Arbeitnehmer bzw. eine informierte Aufsichtsperson vor Ort die erforderlichen Unterlagen mitführen.

Zur verhängten Strafhöhe wird ausgeführt, dass der Bf bereits fünf Mal wegen Übertretungen des AVRAG rechtskräftig in zweiter Instanz bestraft wurde, weshalb der erhöhte Strafsatz zur Anwendung gelangt. Das Verschulden ist zudem als vorsätzlich zu werten, da der Beschuldigte trotz vorangegangener Baustellen-kontrollen, der erfolgten Beanstandungen und ausführlichen Rechtsinformationen

seitens der Abgabenbehörde auch für diese betriebliche Baustelle keine der nach dem AVRAG erforderlichen Unterlagen vorlegen konnte.

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig vom Bf im Wege seiner damaligen rechtsfreundlichen Vertretung eingebrachte Beschwerde vom 12. August 2016. Darin wird zusammengefasst vorgebracht, dass ein rechtfertigender bzw. entschuldigender Notstand vorlag. Der Beschwerdeführer beaufsichtigte zunächst die Arbeiten und habe selbst mitgearbeitet, am 9. Februar 2016 jedoch beim Heben einer schweren Last einen Wirbelsäulenschaden erlitten. Er musste unverzüglich ins Krankenhaus gebracht werden, worauf ihn zwei Mitarbeiter nach P. brachten, wo er im Zeitraum vom 9. Februar 2016 bis zum 11. Februar 2011 im Krankenhaus stationär behandelt wurde. Sämtliche verfahrensgegenständlichen Unterlagen bzw. Meldungen befanden sich zum Zeitpunkt dieses Vorfalls im Auto des Beschwerdeführers, mit welchem dieser nach P. gebracht wurde. Diese Reise nach P. zu dem behandelnden Arzt ist eine Notstandshandlung und ist die Gesundheit des Beschwerdeführers ein höherwertigeres Interesse als jene Interessen, welche durch die verletzten Verwaltungsvorschriften geschützt werden. Sämtliche Lohnunterlagen befanden sich grundsätzlich immer am Arbeitsort und waren im Auto des Beschwerdeführers bereit gehalten und wurden diese im Original innerhalb von 12 Stunden nach der Kontrolle der Abgabenbehörde durch einen Boten, ebenso wie die übrigen geforderten Dokumente, nachweislich übermittelt. Zudem wird vorgebracht, dass es sich im gegenständlichen Fall um einen kurzfristig zu erledigenden Auftrag im Sinn des § 7b Abs. 3 AVRAG gehandelt hat und wurden diese Arbeiten unverzüglich am 31. Jänner 2016, das heißt 4 Tage vor der Arbeitsaufnahme, der zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen gemeldet.

Zur verhängten Strafhöhe wird ausgeführt, dass sich der Bf seiner Verantwortung für die begangenen Verwaltungsübertretungen bewusst ist und – wenn überhaupt – nur eine leichte Fahrlässigkeit vorliegt. Zudem hatte die Tat keine bedeutenden Folgen nach sich gezogen und würden die Voraussetzungen für die Anwendung des § 45 Abs. 1 VStG erfüllt. Die von der Behörde geschätzten finanziellen Verhältnisse des Bf würden zudem unrichtig, weil unvollständig, sein. Zwar sei es richtig, dass der Beschwerdeführer zirka 2.500 Euro monatlich verdiene, dieser ist jedoch sorgepflichtig für 4 Kinder. Da seine Gattin arbeitslos ist, ist der Bf somit Alleinverdiener und habe für eine 6-köpfige Familie zu sorgen.

3. Mit Schreiben vom 17. August 2016 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses ist zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht und Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 17. Mai 2017, zu der der Bf im Wege seiner rechtsfreundlichen Vertretung ordnungsgemäß geladen wurde. Bereits mit Schreiben vom 3. Mai 2017 informiert der damalige Rechtsvertreter des Bf das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich von der Vollmachtsauflösung zwischen ihm und dem Bf. Dem am 15. Mai 2017 – somit zwei Tage vor der Verhandlung – beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eingelangten Antrag des Bf auf Vertagung der Verhandlung kam das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich – wie dem Bf mit E-Mail vom 16. Mai 2017 noch vor Beginn der Verhandlung mitgeteilt wurde – nicht nach. Da der Bf zur mündlichen Verhandlung trotz ordnungsgemäßer Ladung somit nicht erschienen ist, wurde diese – wie in der an ihn ergangenen Ladung angeführt – in seiner Abwesenheit durchgeführt.
An der Verhandlung nahm ein Vertreter des Finanzamtes Grieskirchen Wels, Finanzpolizei Team 47 als am Verfahren beteiligte Organpartei teil. Die belangte Behörde entschuldigte sich für die mündliche Verhandlung. Von der Einvernahme der vom Bf in der Beschwerde beantragten Zeugen konnte abgesehen werden, da sein diesbezügliches Beschwerdevorbringen, wonach er aufgrund gesundheitlicher Probleme zurück nach P. reiste und am Kontrolltag nicht anwesend war, nicht in Zweifel gezogen wurde und zudem auch aus dem Verwaltungsakt ersichtlich ist, dass ein Bote an dem der Kontrolle folgenden Tag der Finanzpolizei A1-Dokumente der verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmer sowie eine ZKO3-Meldung vom 31. Jänner 2016 übermittelte. Mit E-Mail vom 11. Februar 2016 übermittelte der Bf der Finanzbehörde die Arbeitsverträge der Arbeitnehmer samt Übersetzung in deutscher Sprache sowie Arbeitszeitaufzeichnungen für die Zeit vom 3.-5. Februar bzw. 8.-11. Februar 2016. Unterlagen betreffend die Lohneinstufung sowie Lohnzahlungsnachweise wurden nicht übermittelt und auch weder während des Verfahrens vor der belangten Behörde noch im Beschwerdeverfahren vorgelegt.

4.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem Sachverhalt aus:

Der Bf ist Inhaber des Bauunternehmens „M.“ mit Sitz in P., X (in der Folge: Firma M.).

Anlässlich einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei Team 47 auf der Baustelle Wohnhausneubau in R., X am 9. Februar 2016 wurden die Arbeitnehmer der Firma M.
M.G., geb. x
H.B.M., geb. x
B.J.L., geb. x und
J.J.L., geb. x
bei Innenputzarbeiten angetroffen, die ab 3. Februar 2016 zur Erbringung einer fortgesetzten Arbeitsleistung von der Firma M. auf diese Baustelle entsandt

wurden. Der Bf hatte zu Beginn der Baustelle zunächst mitgearbeitet, musste jedoch aufgrund gesundheitlicher Probleme zurück nach P. reisen und hielt sich zum Kontrollzeitpunkt nicht auf der Baustelle auf.

Bei der Kontrolle konnten die p. Arbeiter lediglich ihre Personalausweise vorweisen, es lagen weder A1-Nachweise noch die Meldung einer Entsendung nach Österreich gemäß § 7d Abs. 3 und 4 Arbeitsvertrags-Anpassungsgesetz (ZKO3-Meldung) noch Lohnunterlagen vor. Die Finanzpolizei nahm dazu bei der Kontrolle mit einem der anwesenden Arbeitnehmer eine Niederschrift auf, in die auch Ausführungen aufgenommen wurden, welche Unterlagen von den Kontrollbeamten gefordert und nicht vorgelegt wurden. Gleichzeitig erging die Aufforderung, diese Unterlagen an die von der Finanzpolizei bekannt gegebene Adresse bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktages vorzulegen.

Am kommenden Tag übergab ein Herr R.B. namens des Bf der Finanzpolizei folgende Unterlagen:
- 6 A1 Dokumente lautend auf die Personen M., L., H.H. sowie H.B., C. und B.
- ZKO3-Meldung vom 31. März 2016
- ein in p. Sprache gehaltenes Schriftstück vom 9. Februar 2016.

Am 11. Februar 2016 wurden vom Bf Arbeitszeitaufzeichnungen und Arbeitsverträge übermittelt, jedoch weder Lohnaufzeichnungen noch Unterlagen betreffend die Lohneinstufung bzw. Lohnzahlung.

Eine mit 23. Februar 2016 datierte neuerliche Aufforderung an den Bf per E-Mail zur Übermittlung fehlender Lohnunterlagen ist im Akt nicht enthalten und konnte auch im Rahmen des Beschwerdeverfahrens von der Organpartei nicht vorgelegt werden.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 17. Mai 2017 und wird in dieser Form nicht bestritten.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. Gemäß § 7b Abs. 1 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, BGBl. Nr. 459/1993 in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl. I Nr. 113/2015 hat ein/e Arbeitnehmer/in, der/die von einem/einer Arbeitgeber/in mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat der europäischen Union oder des europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wird, unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendende Rechts für die Dauer der Entsendung zwingend Anspruch auf

1. zumindest jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektiv vertragliche Entgelt, dass am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern/Arbeitnehmerinnen von vergleichbaren Arbeitgebern/Arbeitgeberinnen gebührt (ausgenommen Beiträge nach § 6 BMSVG und Beiträge oder Prämien nach dem BPG);
2. bezahlten Urlaub nach § 2 Urlaubsgesetz, sofern das Urlaubsausmaß nach den Rechtsvorschriften des Heimatstaates geringer ist; nach Beendigung der Entsendung behält dieser/diese Arbeitnehmer/in den der Dauer der Entsendung entsprechenden aliquoten Teil der Differenz zwischen dem nach österreichischem Recht höheren Urlausanspruch und dem Urlaubsanspruch, der ihm/ihr nach den Rechtsvorschriften des Heimatstaats zusteht; ausgenommen von dieser Urlaubsregelung sind Arbeitnehmer/innen, für die die Urlaubsregelung des BUAG gilt;
3. die Einhaltung der kollektivvertraglich festgelegten Arbeitszeitregelungen;
4. die Bereithaltung der Aufzeichnung im Sinn der Richtlinie des Rates über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen (91/533/EWG) in Österreich durch den Arbeitgeber oder den mit der Ausübung des Weisungsrechts des Arbeitgebers gegenüber den entsandten Arbeitnehmer beauftragten.

Ein/e Beschäftiger/in mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der europäischen Union oder des europäischen Wirtschaftsraums als Österreich gilt hinsichtlich der an ihn/sie überlassenen Arbeitskräfte, die zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, in Bezug auf die Abs. 3-5 und 8, § 7d Abs. 1, § 7f Abs. 1 Z 3 sowie § 7i Abs. 1 und Abs. 4 Z 1 als Arbeitgeber/in. Sieht das nach Abs. 1 Z 1 anzuwendende Gesetz, der Kollektivvertrag oder die Verordnung Sonderzahlungen vor, hat der/die Arbeitgeber/in diese dem/der Arbeitnehmer/in aliquot für die jeweilige Lohnzahlungsperiode zusätzlich zum laufenden Entgelt (Fälligkeit) zu leisten.

Gemäß § 7b Abs. 3 AVRAG haben Arbeitgeber/innen im Sinn des Abs. 1 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 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. In Katastrophenfällen, bei unaufschiebbaren Arbeiten und bei kurzfristig zu erledigenden Aufträgen ist die Meldung unverzüglich vor Arbeitsaufnahme zu erstatten. Die zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des

Bundesministeriums für Finanzen hat die Meldung an den zuständigen Krankenversicherungsträger (§§ 26 und 30 ASVG), und sofern es sich um Bautätigkeiten handelt, der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse elektronisch zu übermitteln.

Gemäß § 7b Abs. 5 AVRAG haben Arbeitgeber/innen im Sinn des Abs. 1, sofern für den/die entsandten Arbeitnehmer/innen in Österreich keine Sozialversicherungspflicht besteht, Unterlagen über die Anmeldung des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E101 nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, Sozialversicherungsdokument A1 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 Abgabenbehörde 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 bereit zu halten. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die erforderlichen Unterlagen am 1. Arbeits(Einsatz)ort bereit zu halten oder in elektronischer Form zugänglich zu machen. Ist die Bereithaltung oder Zugänglichmachung der Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort nicht zumutbar, sind die Unterlagen jedenfalls im Inland bereitzuhalten und der Abgabenbehörde auf Verlangen nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis einschließlich des der Aufforderung zweitfolgenden Werktages abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.

Gemäß § 7b Abs. 8 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 Sinn des Abs. 1

1. die Meldung oder die Meldung über nachträgliche Änderungen bei den Angaben (Änderungsmeldung) entgegen Abs. 3 nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erstattet oder
2. in der Meldung oder Änderungsmeldung nach Abs. 3 wissentlich unrichtige Angaben erstattet oder
3. die erforderlichen Unterlagen entgegen Abs. 5 nicht bereithält oder den Organen der Abgabenbehörde oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vor Ort nicht unmittelbar zugänglich macht oder
4. die erforderlichen Unterlagen entgegen Abs. 5 oder § 7h Abs. 2 nicht übermittelt.

Bei grenzüberschreitender Entsendung gilt die Verwaltungsübertretung als in dem Sprengel der Bezirksverwaltungsbehörde begangen, indem der Arbeits(Einsatz)ort der nach Österreich entsandten Arbeitnehmer/innen liegt, bei wechselnden Arbeits(Einsatz)orten am Ort der Kontrolle.

Gemäß § 7d Abs. 1 AVRAG haben Arbeitgeber/innen im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 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.

Gemäß § 7f Abs. 1 AVRAG sind die Organe der Abgabenbehörden sind berechtigt, das Bereithalten der Unterlagen nach §§ 7b Abs. 5 und 7d zu überwachen sowie die zur Kontrolle des dem/der nicht dem ASVG unterliegenden Arbeitnehmer/in unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zustehenden Entgelts im Sinne des § 7i Abs. 5 erforderlichen Erhebungen durchzuführen und

1. die Betriebsstätten, Betriebsräume und auswärtigen Arbeitsstätten oder Arbeitsstellen sowie die Aufenthaltsräume der Arbeitnehmer/innen ungehindert zu betreten und Wege zu befahren, auch wenn dies sonst der Allgemeinheit untersagt ist,
2. von den dort angetroffenen Personen Auskünfte über alle für die Erhebung nach Abs. 1 maßgebenden Tatsachen zu verlangen, wenn Grund zur Annahme besteht, dass es sich bei diesen Personen um Arbeitgeber/innen oder um Arbeitnehmer/innen handelt, sowie
3. in die zur Erhebung erforderlichen Unterlagen (§§ 7b Abs. 5 und 7d) Einsicht zu nehmen, Abschriften dieser Unterlagen anzufertigen und die Übermittlung von Unterlagen zu fordern, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Erfolgt bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)-orten die Kontrolle nicht am ersten Arbeits(Einsatz)ort, sind die Unterlagen der Abgabenbehörde nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.

Gemäß § 7i Abs. 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 die erforderlichen Unterlagen entgegen § 7d Abs. 1 oder § 7f Abs. 1 Z 3 nicht übermittelt. Ebenso ist zu bestrafen, wer entgegen § 7g Abs. 2 oder § 7h Abs. 2 die Unterlagen nicht übermittelt.

Gemäß § 7i Abs. 4 Z 1 AVRAG 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 3 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 Arbeitgeber/in im Sinn der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 entgegen § 7d die Lohnunterlagen nicht bereithält.

5.2.1. In Spruchpunkt 1. des gegenständlichen Straferkenntnis wird dem Bf eine Übertretung des § 7d Abs. 1 iVm mit § 7i Abs. 4 Z 1 AVRAG zur Last gelegt. Wie anlässlich der gegenständlichen Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei am 9.2.2016 auf der Baustelle in R., X, festgestellt wurde, lagen auf der Baustelle keine Lohnunterlagen der p. Arbeitnehmer auf. Dieser Umstand wird vom Bf in seiner Beschwerde auch nicht bestritten, weshalb der objektive Tatbestand der dem Bf unter Spruchpunkt 1. zur Last gelegten Verwaltungsübertretung als erwiesen anzusehen ist (auf das Vorbringen des Bf, es sei aufgrund seiner gesundheitlichen Probleme eine Notsituation vorgelegen und ihn treffe daher kein Verschulden, wird unter Punkt 6. näher eingegangen).

5.2.2. In Spruchpunkt 2. des angefochtenen Straferkenntnisses wird dem Bf eine Übertretung der Bestimmung des § 7f Abs. 1 Z 3 2. Fall iVm mit § 7i Abs. 1 AVRAG zur Last gelegt. Ihm wird vorgeworfen er habe trotz der am 9. Februar 2016 ergangenen Aufforderung die fehlenden Lohnunterlagen in deutscher Sprache nicht bis spätestens 11. Februar 2016 nachweislich übermittelt.

Zunächst ist auszuführen, dass seitens des Bf nicht bestritten wurde, dass ihm diese Aufforderung der Kontrollbeamten am 9. Februar 2016 zugegangen ist. Dementsprechend wurden auch bereits am 10. Februar 2016 von einem Boten des Bf der Abgabenbehörde die ZKO3-Meldungen sowie die Sozialversicherungs-dokumente vorgelegt, jedoch keine Lohnunterlagen in deutscher Sprache. Auch die mit E-Mail vom 11. Februar 2016 der Abgabenbehörde vom Bf übermittelten Lohnunterlagen waren unvollständig. So fehlten sowohl Lohnaufzeichnungen als auch Unterlagen betreffend die Lohneinstufung, die eine Überprüfung des den Arbeitern nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts ermöglicht hätten. Des Weiteren wurden vom Bf keine Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege vorgelegt. Der objektive Tatbestand der zu Spruchpunkt 2. vorgeworfenen Verwaltungsübertretung ist daher als erfüllt zu werten.

5.2.3. In Spruchpunkt 3. wird dem Bf neuerlich eine Übertretung des § 7f Abs. 1 Z 3 iVm § 7i Abs. 1 AVRAG zur Last gelegt. Dabei wird auf eine Aufforderung vom 23. Februar 2016 Bezug genommen und der Tatvorwurf erhoben, er habe nicht bis spätestens 25. Februar 2016 die fehlenden Unterlagen nachweislich übermittelt. Dazu ist auszuführen, dass dem vorgelegten Verwaltungsstrafakt eine solche am 23.2.2016 ergangene (schriftliche) Aufforderung an den Bf nicht zu entnehmen ist. Auch seitens der Organpartei wurde das Landesverwaltungsgericht mit Schreiben vom 18. Mai 2017 im Anschluss an die mündliche Verhandlung darüber in Kenntnis gesetzt, dass eine solche Aufforderung vom 23. Februar 2016 auch im Akt der Finanzpolizei nicht vorliegt. Der gegen den Bf in Spruchpunkt 3. erhobene Tatvorwurf trifft daher nicht zu.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG, der gemäß § 38 VwGVG auch im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Anwendung findet, hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen.

Der in Spruchpunkt 3. des angefochtenen Bescheides erhobene Schuld- und Strafausspruch war daher zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren hinsichtlich dieses Tatvorwurfes einzustellen.

5.2.4. In Spruchpunkt 4. des angefochtenen Bescheides wird dem Bf vorgeworfen, er habe die Entsendemeldung an die zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen (ZKO3-Meldung) nicht rechtzeitig eine Woche vor Arbeitsaufnahme erstattet. Dies ist auch zutreffend, da die vom Bf vorgelegten Entsendemeldungen am 31. Jänner 2016 durchgeführt wurden und als Beginn der Entsendung der 3. Februar 2016 darin angeführt wurde. Dieser Arbeitsbeginn wurde im Übrigen auch von den p. Arbeitnehmern gegenüber den Kontrollorganen bestätigt. Der objektive Tatbestand der dem Bf in Spruchpunkt 4. zur Last gelegte Sachverhalt ist daher als erfüllt zu werten, da die vom Bf geschilderte gesundheitliche Situation nicht als Katastrophenfall im Sinn der gesetzlichen Bestimmung angesehen werden kann und weder unaufschiebbare Arbeiten noch kurzfristig zu erledigende Aufträge vorlagen.

Da der Bf die ZKO3-Meldung nicht gemäß der zum damaligen Zeitpunkt geltenden Rechtslage spätestens eine Woche vor Arbeitsaufnahme durchführte, ist der objektive Tatbestand der in Spruchpunkt 4. dem Bf zur Last gelegten Verwaltungsübertretung ebenfalls als erfüllt zu werten.

5.2.5. Vom Bf wurde zudem nicht bestritten, dass den Beamten bei der Kontrolle die Unterlagen über die Anmeldung der von ihm auf die Baustelle entsandten Arbeitnehmer zur Sozialversicherung ebenso wie eine Abschrift der Entsendemeldung nicht vorgelegt werden konnte. Der objektive Tatbestand der in Spruchpunkt 5. und 6. dem Bf zur Last gelegten Verwaltungsübertretung ist daher ebenfalls als erfüllt zu werten (zum Beschwerdevorbringen, wonach eine Notlage vorgelegen sei, wird ebenfalls unten unter Punkt 6. näher ausgeführt).

6. 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 (Ungehorsamsdelikt).

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 geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringung von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die "Glaubhaftmachung" nicht.

Es ist daher zu prüfen, ob sich der/die Bf entsprechend sorgfältig verhalten hat, um glaubhaft machen zu können, dass ihn/sie an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Der Bf bestreitet sein Verschulden am Zustandekommen der gegenständlichen Verwaltungsübertretungen und führt aus, er habe aufgrund gesundheitlicher Probleme die Heimreise nach P. antreten und sich in ärztliche Behandlung begeben müssen. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich schenkt diesem Vorbringen durchaus Glaube, jedoch vermag dieses Vorbringen den Bf nicht von seinem Verschulden zu befreien.

Gemäß § 6 VStG ist eine Tat nicht strafbar, wenn sie durch Notstand entschuldigt oder, obgleich sie dem Tatbestand einer Verwaltungsübertretung entspricht, vom Gesetz geboten oder erlaubt ist.

Ein rechtfertigender Notstand besteht darin, dass der Täter als ultima ration ein – einer unmittelbar drohender Gefahr ausgesetztes – höherwertiges Individual-rechtsgut dadurch errettet, dass er ein geringerwertigeres Rechtsgut opfert. Zweifelsohne stellt die Gesundheit des Bf ein hohes Rechtsgut dar, jedoch sind die Möglichkeiten einer rechtskonformen Gefahrenabwehr auszuschöpfen. Die

Verletzung des entgegenstehenden verwaltungsrechtlichen Gebots muss in concreto einziges Mittel zur Gefahrenabwehr sein (vgl. VwGH v. 30.3.1993, 92/04/0241) und muss der Nachteil unmittelbar drohen. Der Bf legt mit seiner Rechtfertigung nicht dar, weshalb es ihm nicht möglich gewesen ist, die gesetzlich geforderten Unterlagen vor seiner Rückreise seinen Arbeitnehmern auf der Baustelle auszuhändigen. Dem Bf sind die zu Spruchpunkt 1. bis 2. sowie 4. bis 6. erhobenen Tatvorwürfe daher auch in subjektiver Hinsicht zuzurechnen.

7. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

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 und 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 der Entscheidung 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.

Zu dem in Spruchpunkt 4. gegen den Bf erhobenen Tatvorwurf ist auszuführen, dass mit Inkrafttreten des Lohn- und Sozialdumpinggesetzes mit 1.1.2017 die Frist zur Erstattung einer ZKO3-Meldung neu geregelt wurde. Nunmehr ist es ausreichend, wenn die Meldung vor Arbeitsaufnahme (vgl. § 19 Abs. 2 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – LSD-BG, BGBl. I 216/44 idgF) erfolgt. Der Bf hat im gegenständlichen Fall die Meldung zwar vor Arbeitsaufnahme, jedoch nicht innerhalb der zum damaligen Zeitpunkt noch In Kraft stehenden Frist von einer Woche vor Arbeitsaufnahme durchgeführt. Im Hinblick auf den Umstand, dass der Gesetzgeber nunmehr den Arbeitgebern eine entsprechende Möglichkeit einräumt, etwa in Fällen, wo aus witterungsbedingten Gründen der Beginn der Arbeitstätigkeit nicht im Vorhinein zweifelsfrei bestimmbar ist, die ZKO3-Meldung erst mit Arbeitsaufnahme zu erstatten, scheint es angemessen, hinsichtlich des

Tatvorwurfs zu Spruchpunkt 4. von einem Strafausspruch abzusehen und dem Bf unter Hinweis auf sein zum damaligen Zeitpunkt rechtswidriges Verhalten eine Ermahnung zu erteilen.

Im Übrigen kann die die Höhe der verbleibenden, von der belangten Behörde verhängten Geldstrafen nicht als zu hoch angesehen werden, da der Bf – wie von der belangten Behörde zutreffend ausgeführt – bereits mehrmals gegen die Bestimmungen des AVRAG verstoßen hat. Vielmehr erscheinen die verhängten Geldstrafen – auch unter Berücksichtigung der vom Bf bekanntgegebenen Einkommens- und Vermögensverhältnisse angemessen und gerechtfertigt um dem Bf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens vor Augen zu führen und ihn zu einem gesetzeskonformen Verhalten anzuleiten. Die gesetzlichen Bestimmungen dienen der Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping, Sicherung gleicher Arbeitsmarkt- und Lohnbedingungen für in- und ausländische Arbeitsverhältnisse, Sicherung eines fairen wirtschaftlichen Wettbewerbs zwischen den Unternehmen und die Sicherstellung der vorgegebenen Abgaben und Sozialbeiträge. Die verhängten Geldstrafen sind daher sowohl aus spezial- als auch aus generalpräventiven Gründen angemessen und gerechtfertigt.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

II. Da der Beschwerde zu den Spruchpunkten 1., 2., 5. und 6. keine Folge gegeben werden konnte, hat der Bf gemäß § 52 Abs. 2 VwGVG ein Kostenbeitrag in Höhe von 20 % der verhängten Geldstrafen zu leisten. Zu Spruchpunkt 3. und 4. entfällt gemäß § 32 Abs. 8 und 9 VwGVG die Entrichtung eines Kostenbeitrages zum Beschwerdeverfahren. Der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde war gemäß § 64 VStG iVm § 38 VwGVG auf 10 % der verbleibenden Geldstrafen herabzusetzen.

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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen, in der Begründung zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen. Weiters ist die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen und liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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

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

H i n w e i s

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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Panny