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-301363/5/Py/SB

Datum:
Linz, 5. Jänner 2017

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde des Herrn J.P., geb. x, vertreten durch die A. Rechtsanwaltskanzlei, x, L., gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 05.10.2016, GZ: 0042340/2014, wegen Übertretung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung und Verkündung der Entscheidung am 07.12.2016

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) wird der Beschwerde insofern Folge gegeben, als die verhängte Strafe auf 250 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 16,5 Stunden herabgesetzt wird.

II. Nach § 38 VwGVG iVm § 64 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) ermäßigt sich der Kostenbeitrag zum Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde auf 25 Euro.
Für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist gemäß § 52 Abs 8 VwGVG kein Kostenbeitrag zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Sachverhalt, Chronologie des Verfahrens:

I.1. Mit Strafverfügung des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz (im Folgenden: belangte Behörde) vom 14.11.2014, GZ: 0042340/2014, wurde über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 22 Abs 1 Z 2 2. Fall iVm § 17 Abs 7 AÜG eine Geldstrafe in der Höhe von 500 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 33 Stunden verhängt. Diese Strafverfügung wurde auf Grund der Anzeige der Finanzpolizei Linz, Team 40, vom 20.08.2014, GZ: 046/11246/65/4014, erlassen.

I.2. Mit Schreiben vom 02.12.2014 beeinspruchte der Bf (rechtsfreundlich vertreten) rechtzeitig diese Strafverfügung, woraufhin am 02.06.2016 in den behördlichen Akt Einsicht genommen und eine Frist zur Stellungnahme von drei Wochen eingeräumt wurde. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse wurden mit einem monatlichen Nettoeinkommen von 3.000 Euro und keinen Sorgepflichten geschätzt.

I.3. Die Stellungnahme zum gegenständlichen Sachverhalt erfolgte mit Schreiben vom 01.08.2016.

I.4. Mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 05.10.2016, GZ: 0042340/2014, wurde über den Bf wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 22 Abs 1 Z 2 2. Fall iVm § 17 Abs 7 AÜG eine Geldstrafe in der Höhe von 500 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 33 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag von 50 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt der Tatvorwurf - wie bereits in der Strafverfügung - wie folgt zugrunde [Hervorhebungen nicht übernommen]:

„I. Tatbeschreibung:

Der Beschuldigte, Herr J.P., geboren am x, whft. in L., x, hat folgende Verwaltungsübertretung als verwaltungsstrafrechtlich verantwortlicher handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma S. GmbH (FN x), mit Sitz in L., x, gemäß § 9 Abs.1 VStG zu vertreten:
Die Fa. S. GmbH hat - wie aufgrund einer Kontrolle durch die Finanzpolizei Linz (Team 40) am 02.07.2014 an deren Firmensitz in L., x, hervorgekommen ist - als Beschäftiger von nachfolgenden von der Firma D. GmbH (Sitz in S. D, x) überlassenen, in Österreich nicht sozialversicherungspflichtigen Arbeitskräften jeweils keine Abschrift über eine Meldung gemäß § 17 Abs. 2 und Abs. 3 AÜG (ZKO-4 Meldungs-Formular) an den

ebenfalls nachfolgend angeführten Arbeits(Einsatz)orten dieser Arbeitskräfte bereitgehalten:

1. E.O., geb. x, Einsatzort am 28.05.2014 (=Arbeitsaufnahme) im C., x, B. [Meldefrist bis 21.05.2014]
2. S.A., geb. x, Einsatzort am 28.05.2014 (=Arbeitsaufnahme) im C., x, B. [Meldefrist bis 21.05.2014]

II. Verletzte Verwaltungsvorschrift(en) in der gültigen Fassung:

§ 22 Abs. 1 Z. 2 2. Fall iVm § 17 Abs. 7 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz - AÜG

III. Strafausspruch:

Es wird über den Beschuldigten eine Geldstrafe von € 500,--, im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 33 Stunden verhängt.

Rechtsgrundlage: § 22 Abs. 1 Z. 2 AÜG; §§ 9, 16 und 19 VStG

IV. Kostenentscheidung:

Als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens haben Sie 10 % der verhängten Strafe zu leisten, das sind € 50,--.

Rechtsgrundlage: § 64 Abs. 1 und 2 VStG idgF."

I.5. Dagegen richtete sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde des Bf vom 07.11.2016.

I.6. Die belangte Behörde hat die Beschwerde samt bezughabendem Verwaltungsstrafakt mit Schreiben vom 10.11.2016 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidungsfindung vorgelegt.

I.7. Vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich wurde am 07.12.2016 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, an der der Bf mit seinem rechtsfreundlichen Vertreter, ein Vertreter der belangten Behörde sowie ein Vertreter des Finanzamtes Linz teilnahmen. Im Zuge dieser Verhandlung hat der Bf seine Beschwerde dahingehend eingeschränkt, dass sich diese nur gegen die Strafhöhe richtet und die Anwendung des § 20 VStG beantragt.

II. Beweiswürdigung:

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung. Der für diese Entscheidung maßgebliche, unter Punkt I. angeführte

Sachverhalt ergibt sich daher widerspruchsfrei aus dem Verwaltungsakt und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine gemäß § 2 VwGVG zuständige Einzelrichterin **erwogen:**

III.1. Zunächst ist festzuhalten, dass sich die Beschwerde durch die Einschränkung im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 07.12.2016 ausschließlich gegen das mit Straferkenntnis der belangten Behörde festgelegte Strafausmaß richtet. Der Schuldspruch ist daher in Rechtskraft erwachsen und das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat keine Feststellungen zur subjektiven und objektiven Tatseite zu treffen.

III.2.

§ 17 Abs 7 AÜG lautet**:**

(7) Der Beschäftiger hat für jede nicht in Österreich sozialversicherungspflichtige überlassene Arbeitskraft Unterlagen über die Anmeldung der Arbeitskraft zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. Nr. L 166 vom 30.04.2004 S. 1, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) Nr. 465/2012, ABl. Nr. L 149 vom 8.6.2012 S. 4) sowie die Meldung gemäß den Abs. 2 und 3 am Arbeits(Einsatz)Ort in geeigneter Form zur Überprüfung bereitzuhalten oder zugänglich zu machen.

§ 22 AÜG lautet (auszugsweise)**:**

(1) Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen

[…]

2. mit Geldstrafe von 500 € bis zu 5 000 €, im Wiederholungsfall von 1 000 € bis zu 10 000 €, wer die Meldungen gemäß § 17 Abs. 2 nicht oder nicht rechtzeitig oder nicht vollständig oder wissentlich unrichtig erstattet oder die erforderlichen Unterlagen entgegen § 17 Abs. 7 nicht zur Überprüfung bereithält oder nicht zugänglich macht;

[…]

(2) Bei der Bemessung der Höhe der Geldstrafe nach Abs. 1 ist insbesondere auf den durch die Überlassung erzielten Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil Bedacht zu nehmen.

(3) Die Eingänge aus den gemäß Abs. 1 verhängten Geldstrafen fließen dem Arbeitsmarktservice zu.

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

[…]

III.3. 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 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.

Gemäß § 20 VStG kann die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen oder der Beschuldigte ein Jugendlicher ist.

Im gegenständlichen Fall wird von der erkennenden Richterin zunächst das in der öffentlichen mündlichen Verhandlung zugestandene fahrlässige Fehlverhalten hinsichtlich der Einhaltung der Bestimmungen des AÜG als für die Strafbemessung zu berücksichtigender Grund gewertet. Dazu ist der Umstand zu erwähnen, dass eine - zwar nicht richtige - ZKO3-Meldung bei der Kontrolle durch die Finanzpolizei für den gegenständlichen Sachverhalt vorgelegt wurde (sh die Anzeige der Finanzpolizei vom 20.08.2014).

Zu berücksichtigen ist vor allem auch eine (über-)lange Verfahrensdauer als Milderungsgrund bei der Strafzumessung. Dabei sind die besonderen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sowie das Verhalten der Partei und der Behörde (sh dazu *Sander* in *Raschauer/Wessely*, Kommentar zum VStG² § 20 Rz 1). Im vorliegenden Fall erlangte der Bf erstmals (offiziell) durch die Strafverfügung vom 14.11.2014 Kenntnis von der ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretung, ab welchem Zeitpunkt die maßgebliche Frist für die Beurteilung der Verfahrensdauer beginnt (vgl. VwGH 14.10.2011, 2009/09/0239; 24.09.2010, 2009/02/0329 mwN). Das Verfahren beim Landesverwaltungsgericht ist mit dieser Entscheidung abgeschlossen, was einer Gesamtverfahrensdauer von rund 2 Jahren entspricht. Allerdings ist zu

berücksichtigen, dass zwischen Erlassung der Strafverfügung und des Straferkenntnisses in einem Zeitraum von 23 Monaten nur eine Akteneinsicht und eine Stellungnahme durch den Bf (jeweils im Jahr 2016) erfolgten und von der Behörde keine Schritte gesetzt wurden. Es ist nicht ersichtlich, dass die Verfahrensverzögerung der Sphäre des Bf zuzurechnen wäre, wobei von der erkennenden Richterin nicht übersehen wird, dass eine nicht unerhebliche Anzahl an gleichgelagerten Fällen der Behörde vorlag.

In Anbetracht der Umstände dieses konkreten Falles (vgl. VfGH 26.06.2008, Zl. B 304/07 mwN; VwGH 24.02.2011, 2010/09/0209) ist für die erkennende Richterin insbesondere die vorliegende Verfahrensdauer als mildernd bei der Strafbemessung zu werten.

Der Bf ist nicht mehr vollkommen unbescholten, sondern scheint eine Verwaltungsübertretung nach dem ASVG, rechtskräftig seit 08.11.2012, auf. Weitere Erschwerungsgründe waren jedoch nicht ersichtlich, denn auch wenn eine hohe Anzahl an gleichgelagerten Fällen dem Bf angelastet werden und einer dieser Fälle bereits rechtskräftig entschieden ist (wegen verspätetem Rechtsmittel), so sind ihm diese anhängigen Fälle nicht erschwerend anzulasten.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich sah sich aufgrund des beträchtlichen Überwiegens der Milderungsgründe über die Erschwerungsgründe veranlasst, die von der Behörde verhängte Strafhöhe unter Anwendung des § 20 VStG auf das nunmehr verhängte Ausmaß herabzusetzen. Für das beträchtliche Überwiegen der Milderungsgründe über die Erschwerungsgründe kommt es nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht auf die Zahl der Milderungs- und Erschwerungsgründe, sondern ausschließlich auf deren Bedeutung – somit dem Gewicht nach – im Rahmen des konkret gegebenen Sachverhaltes an und ist danach zu beurteilen (VwGH 27.02.1992, 92/02/0095). Nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich scheint unter den gegebenen Tatumständen mit der nunmehr verhängten Strafe eine ausreichende Sanktion gesetzt, um dem Bf die Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens eindringlich vor Augen zu führen und ihn künftig zu einem gesetzeskonformen Verhalten anzuleiten.

Die Voraussetzungen für ein Vorgehen gemäß § 45 Abs 1 letzter Satz iVm § 45 Abs 1 Z 4 VStG lagen im gegenständlichen Fall nicht vor, zumal das geschützte Rechtsgut - nämlich der Schutz der Arbeitskräfte - ein bedeutsames ist. Auch das Ausmaß des Verschuldens des Bf kann im vorliegenden Fall in Anbetracht der Außerachtlassung der im gegenständlichen Fall objektiv gebotenen und dem Bf zumutbaren Sorgfalt nicht als geringfügig angesehen werden, da weder hervorgekommen ist, noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der Vorschrift eine besondere Aufmerksamkeit erfordert hätte oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer

hätte vermieden werden können. Als Beschäftiger hätte sich der Bf über die jeweils gültigen Vorschriften und seine Pflichten betreffend die ihm überlassenen Arbeitskräfte eingehend informieren müssen. Eine Ermahnung kam im vorliegenden Fall somit nicht in Betracht, zumal einerseits die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Taten und andererseits das Verschulden des Beschuldigten nicht als gering angesehen werden konnten. Das tatbildmäßige Verhalten des Bf blieb nämlich keinesfalls erheblich hinter dem in der gegenständlichen Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalts zurück.

IV. Die Herabsetzung der Geldstrafe erfordert eine dementsprechende Anpassung der Ersatzfreiheitsstrafe und der erstinstanzlichen Verfahrenskosten. Aufgrund des Erfolges der Beschwerde fielen keine Kostenbeiträge für das Rechtsmittelverfahren an.

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

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.

H i n w e i s

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Panny