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-301425/10/BMa/JB

Datum: Linz, 30. Oktober 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.[a] Bergmayr-Mann über die Beschwerde M S, vertreten durch S A Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, P, gegen den Bescheid Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 28.11.2016, GZ: SanRB96-538-2016, betreffend Übertretungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 02.10.2017

A. zu Recht:

I. Der Beschwerde wird hinsichtlich der Spruchpunkte 1 (bezüglich A C) und Spruchpunkt 3 (betreffend H R) stattgegeben, der angefochtene Bescheid aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

B. fasst den B e s c h l u s s :

I. Das verwaltungsgerichtliche Verfahren wird aufgrund der Zurückziehung der Beschwerde zu Spruchpunkt 2 (betreffend M M) eingestellt.

II. Gegen diesen Beschluss ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu A I. und B I.:

1.1. Mit dem in der Präambel angeführten Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 28.11.2016, GZ: SanRB96-538-2016, wurde der Beschwerdeführer wie folgt schuldig gesprochen und bestraft:

„Sie sind gemäß § 9 VStG nach außen Berufener der „Bau, T in S G D, d.o.o.“ mit Sitz in S, Z, Slowenien. Sie haben nachstehende Personen, die von Ihnen zur Erbringung einer fortgesetzten Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wurden, beschäftigt, obwohl am Arbeits(Einsatz)ort keine Lohnunterlagen gemäß § 7 d AVRAG bereitgehalten wurden, obwohl Arbeitgeber bei der grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung verpflichtet sind, Lohnunterlagen nachweislich bereitzustellen und der Entsender dem Beschäftiger die Unterlagegen nachweislich bereitzustellen hat.

1.
Name und Geburtsdatum: A C, geb. 1984
Arbeitsantritt auf der Baustelle: 29.2.2016
Kontrollzeitpunkt: 24.03.2016 gegen 10:40 Uhr
Beschäftigungs- bzw. Tatort: BV Neubau V, M

2.
Name und Geburtsdatum: M M, geb. 1971
Arbeitsantritt auf der Baustelle: ca. 14 Tage vor der Kontrolle
Kontrollzeitpunkt: 24.03.2016 gegen 10:40 Uhr
Beschäftigungs- bzw. Tatort: BV Neubau V, M

3.
Name und Geburtsdatum: H R, geb. 1965
Arbeitsantritt auf der Baustelle: 29.2.2016
Kontrollzeitpunkt: 24.03.2016 gegen 10:40 Uhr
Beschäftigungs- bzw. Tatort: BV Neubau V, M

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 7d Abs. 1 1. und 2. Satz i.V.m. § 7 i Abs. 4 Z 1 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), BGBl. Nr. 459/1993 in der zum Tatzeitpunkt anzuwendenden Fassung

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

Geldstrafe von	Falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	gemäß
1. 4000 Euro	132 Stunden	§ 7i Abs. 4 Z 1 AVRAG
2. 4000 Euro	132 Stunden	
3. 4000 Euro	132 Stunden	
gesamt 12.000 Euro	gesamt 396 Stunden	

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:
1.200,00 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) beträgt daher 13.200,00 Euro.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. Mit der rechtzeitig eingebrachten Beschwerde vom 28.11.2016, die dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich gemeinsam mit dem Bezug habenden Verwaltungsakt vorgelegt wurde, wurde unter anderem die Aufhebung des angefochtenen Bescheids beantragt.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich entscheidet gemäß § 2 VwGVG durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt der belangten Behörde und am 02.10.2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der der Beschwerdeführer in rechtsfreundlicher Vertretung und ein Vertreter der Organpartei gekommen sind.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Der Beschwerdeführer war zum Tatzeitpunkt nach außen Berufener der „Bau, T S G D, d.o.o.“ mit Sitz in Z, Slowenien. Die drei unter Spruchpunkt 1 bis 3 im bekämpften Bescheid angeführten Arbeiter wurden von dieser slowenischen Firma nach Österreich entsandt und haben unter anderem auch auf der Baustelle „Bauvorhaben Neubau V“ in der Straße, M, gearbeitet. Anlässlich der Kontrolle der Finanzpolizei am 24.03.2016 gegen 10:40 Uhr wurde aber nur M M mit zwei weiteren Arbeitern bei dieser Baustelle angetroffen. Zwar konnte die Identität des M M festgestellt werden, die beiden anderen Arbeiter haben sich aber von der Baustelle entfernt, ohne dass deren Identität überprüft werden konnte. Zum Nachweis dafür, dass es sich bei den beiden Arbeitern nicht um jene gehandelt hat, die der Firma des Beschwerdeführer zuzuordnen sind, ist der Beschwerdeführer gemeinsam mit A C und H R zur Baustelle gekommen. Deren Identität wurde daraufhin von der Finanzpolizei überprüft.
Eine Tätigkeit des A C und H R am 24.03.2016 gegen 10:40 Uhr auf der Baustelle, „Bauvorhaben Neubau V“ in M kann nicht festgestellt werden.
Die Beschwerde wurde hinsichtlich Spruchpunkt 2 (betreffend M M) in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 02.10.2017 vom Beschwerdeführer zurückgezogen.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 02.10.2017 ergibt. In dieser Verhandlung wurde auch

vom Vertreter der Finanzpolizei zugestanden, dass C und R nicht bei Arbeiten auf der Baustelle angetroffen wurden, sondern diese erst gemeinsam mit dem Beschwerdeführer anlässlich der Kontrolle zur Baustelle gekommen sind. Zwar ergibt sich aus dem aufgenommenen Personenblatt, dass diese Arbeiter auch auf der Baustelle eingesetzt waren, es konnte jedoch kein Nachweis dafür vorgelegt werden, dass diese zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt am 24.03.2016 Arbeiten auf der Baustelle verrichtet haben. Die in Rede stehende Baustelle war zum Zeitpunkt der Kontrolle nicht der Einsatzort von C und R.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

3.3.1. Die rechtlich relevanten Bestimmungen lauten:

Nach § 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 § 7i Abs. 4 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 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

1. Arbeitgeber/in im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 entgegen § 7d die Lohnunterlagen nicht bereithält, oder
2. Überlasser/in im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich entgegen § 7d Abs. 2 die Lohnunterlagen dem/der Beschäftiger/in nicht nachweislich bereitstellt, oder

3. Beschäftiger/in im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung entgegen § 7d Abs. 2 die Lohnunterlagen nicht bereithält.

Gemäß § 44a VStG hat der Spruch eines Straferkenntnisses unter anderem die als erwiesen angenommene Tat zu enthalten. Dies hat durch Angabe von Tatort, Tatzeit sowie des wesentlichen Inhaltes des Tatgeschehens zu erfolgen. Der Spruch eines Straferkenntnisses muss so gefasst sein, dass die Subsumtion einer als erwiesen angenommenen Tat unter die verletzte Verwaltungsvorschrift eindeutig und vollständig erfolgt, also aus der Tathandlung zugleich auf das Vorliegen der bestimmten Übertretung geschlossen werden kann (VwGH vom 27.04.2011, 2010/08/0091, mwN und vom 01.08.2017, Ra2015/06/0087).

Nach § 45 Abs. 1 Z 1 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet.

Zu Spruchpunkt 1. und 3. des bekämpften Bescheides (betreffend C und R):
Wie sich aus den Feststellungen ergibt, wurden die beiden Arbeiter C und R zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt am 24.03.2016 gegen 10:40 Uhr nicht am vorgeworfenen Tatort betreten sondern sind erst in Folge der Betretung anderer Arbeiter zur Baustelle gekommen. Die in Rede stehende Baustelle war zum Zeitpunkt der Kontrolle nicht der Einsatzort von C und R, an dem die erforderlichen Unterlagen bereitzuhalten gewesen wären.

Auch wenn das Verfahren ergeben hat, dass die beiden Arbeiter auf dieser Baustelle eingesetzt wurden, so ist dennoch die vorgeworfene Tatzeit maßgeblich und diese kann nicht auf in der Vergangenheit liegende Tage, die nicht verfahrensgegenständlich sind und zu denen sich der Bf nie zu verantworten hatte, erstreckt werden.
Der Beschwerdeführer hat damit nicht das Tatbild der ihm vorgeworfenen Übertretung hinsichtlich A C und H R begangen.
Der Beschwerde war somit stattzugeben, das angefochtene Straferkenntnis in den Spruchpunkten 1 und 3 aufzuheben und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG iVm § 38 VwGVG einzustellen.

Zu Spruchpunkt 2 des bekämpften Bescheids (betreffend Musa MUSTAFIC):
Gemäß § 28 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzt (VwGVG) hat das Landesverwaltungsgericht die Rechtsache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist.

§ 13 Abs. 7 AVG iVm § 17 VwGVG können Anbringen in jeder Lage des Verfahren zurückgezogen werden.

Die Zurückziehung der Beschwerde hat zur Folge, dass das die Entscheidungspflicht des Verwaltungsgerichts hervorrufende Begehren nicht mehr vorliegt und der bekämpfte Bescheid in Rechtskraft erwächst (VwGH 29.04.2015, Fr 2014/20/0047). Die Zurückziehung der Beschwerde ist unwiderruflich, es handelt sich dabei um eine einseitige, verbindliche Prozesserklärung (*Eder/Martschin/Schmid*, Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte² [2017] § 7 K 7; *Fister/Fuchs/Sachs*, Das neue Verwaltungsgerichtsverfahren [2013] § 7 Anm 8; sh zur Berufung *Hengstschläger/Leeb*, AVG² § 66 Rz 41). Im Fall der rechtswirksamen Zurückziehung der Beschwerde hat das Verwaltungsgericht das Beschwerdeverfahren mit Beschluss einzustellen (VwGH 29.04.2015, Fr 2014/20/0047; 09.09.2016, Ra 2016/02/0137).

Weil die Beschwerde vom 27. Dezember 2017 zurückgezogen wurde, war das Rechtsmittelverfahren mit Beschluss einzustellen.

zu A. II. und B.II.:

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Insbesondere weicht die gegenständliche Entscheidung von der als einheitlich zu beurteilenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Einstellung eines Verfahrens nach Zurückziehung der Beschwerde nicht ab.

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

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s e

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

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

3. Gemäß § 7n Abs. 2 AVRAG wird darauf hingewiesen, dass mit der rechtskräftigen Bestrafung die Eintragung des Beschuldigten und jenes Unternehmens, dem die Bestrafung zuzurechnen ist, in die beim Kompetenzzentrum LSDB geführte Evidenz verbunden ist.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag.ª Bergmayr-Mann