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-301435/22/Kl/TO

Datum:
Linz, 10. Juli 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die auf das Strafausmaß eingeschränkte Beschwerde des F.D., vertreten durch Rechtsanwältin MMag. B.P., C, W., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 29.11.2016, GZ: SanRB96-65-2015, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) und des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 17.05.2017

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird teilweise Folge gegeben. Die zu Spruchpunkt I. verhängte Geldstrafe wird auf „4 x 2.000 Euro“ herabgesetzt. Im Übrigen (Spruchpunkt II) wird der Beschwerde keine Folge gegeben und der Bescheid der belangten Behörde bestätigt.

II. Der Kostenbeitrag zum Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde ermäßigt sich hinsichtlich Spruchpunkt I. auf insgesamt 800 Euro; zum Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat der Beschwerdeführer keinen Kostenbeitrag zu leisten. Hinsichtlich Spruchpunkt II. ist ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren von 100 Euro zu entrichten.

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 Freistadt (in der Folge: belangte Behörde) vom 29.11.2016, GZ: SanRB96-65-2015, wurden über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) in Spruchpunkt I. wegen Verwaltungsübertretungen nach § 7d Abs. 2 iVm § 7i Abs. 4 Z 2 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), BGBl. Nr. 459/1993 idF BGBL. I Nr. 113/2015, vier Geldstrafen in Höhe von jeweils 4.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 27 Stunden verhängt. In Spruchpunkt II. wurde über den Bf wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 17 Abs. 2 iVm § 22 Abs. 1 Z 2 1. Fall Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) BGBl. Nr. 196/1988 idF BGBL. I Nr. 94/2014 eine Geldstrafe in Höhe von 500 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 17 Stunden verhängt.
Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag von insgesamt 1.650 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„I. Sie haben es als Verantwortlicher und zur Vertretung nach außen Berufener der p. Firma A., S.A. mit Sitz in X, B., P., zu verantworten, dass diese Firma mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich, als Überlasserin, welche die Arbeitnehmer

a) D.S., geb. x, p. Staatsbürger
b) D.A., geb. x, p. Staatsbürger
c) N.J., geb. x, p. Staatsbürger
d) S.A., geb. x, p. Staatsb.

zumindest am 14.09.2015 um 07:30 Uhr zur Erbringung einer Arbeitsleistung (Vorbereitungsarbeiten zum. Asphaltieren und Asphaltierungsarbeiten) der Beschäftigerin, Firma H. GmbH & Co KG mit Sitz in X, W., bewilligungsfrei, grenzüberschreitend überlassen hat, den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung der entsandten Arbeitnehmer für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften und des gebührenden Entgelts in deutscher Sprache dem inländischen Beschäftiger jedoch nicht nachweislich bereitgestellt hat. Die Lohnunterlagen konnten aus diesem Grunde am Arbeits-(Einsatzort) zum nachstehend angeführten Kontrollzeitpunkt den Organen der Abgabenbehörde (Finanzpolizei) nicht vorgelegt werden, da sie nicht bereitgehalten wurden.

Art der Arbeiten: Vorbereitungsarbeiten zum Asphaltieren und Asphaltierungsarbeiten
Tatzeit: 14.09.2015, 07:30 Uhr (Kontrollzeitpunkt)
Tatort: Baustelle Sx M. S., Baulos x, Tunnel N., N.

Sie haben dadurch folgende Gesetzesvorschriften verletzt: § 7d Abs. 2 in Verbindung mit § 7i Abs. 4 Z. 2 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (ÄVRAG) BGBl Nr, 459/1993 in der geltenden Fassung.

II. Sie haben es als Verantwortlicher und zur Vertretung nach außen Berufener der p. Firma A., S.A. mit Sitz in X, B., P., zu verantworten, dass diese Firma als Überlasserin der bewilligungsfrei, grenzüberschreitend überlassenen und nicht in Österreich sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer

a) D.S., geb. x, p. Staatsbürger
b) D.A., geb. x, p. Staatsbürger
c) N.J., geb. x, p. Staatsbürger
d) S.A., geb. x, p. Staatsb.,

welche zumindest am 14.09.2015 um 07:30 Uhr für die Beschäftigend, Firma H. GmbH & Co KG mit Sitz in X, W. Vorbereitungsarbeiten zum Asphaltieren und Asphaltierungsarbeiten durchgeführt haben, diese grenzüberschreitende Überlassung jedoch der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung (nach dem AuslBG und dem AVRAG) des Bundesministeriums für Finanzen nicht spätestens eine Woche vor Arbeitsaufnahme in Österreich gemeldet hat. Abfragen der Datenbanken im Rahmen der nachstehend angeführten Kontrolle durch die Abgabenbehörde (Finanzpolizei) ergaben, dass von der A., S.A. vor der Arbeitsaufnahme keine „ZKO-4"-MeIdung nach § 17 Abs. 2 und 3 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz erfolgte.

Art der Arbeiten: Vorbereitungsarbeiten zum Asphaltieren und Asphaltierungsarbeiten
Tatzeit: 14.09.2015, 07:30 Uhr (Kontrollzeitpunkt)
Tatort: Baustelle Sx M. S., Baulos ., Tunnel N., N.“

In der Begründung führt die belangte Behörde unter Wiedergabe des Verfahrensganges zusammengefasst aus, dass dem Bf die gegenständlichen Verwaltungsübertretungen auf Grund der Feststellungen des Finanzamtes Freistadt Rohrbach Urfahr zur Last gelegt würden.

Zur Strafbemessung wurde angemerkt, dass es sich hinsichtlich der Übertretung des Spruchpunktes I. um einen Wiederholungsfall handle. Die Firma A. sei bereits mit (rechtskräftigen) Straferkenntnissen der belangten Behörde für dieselbe Übertretung wie die nunmehrige bestraft worden. Hinsichtlich Spruchpunkt II. bestimme § 22 Abs. 1 Z 2 AÜG, dass eine Geldstrafe von 500 Euro bis 5.000 Euro zu verhängen sei, wenn – wie gegenständlich – Meldungen gemäß § 17 Abs. 2 AÜG nicht erstattet werden.

2. Dagegen wurde rechtzeitig im Wege der rechtsfreundlichen Vertretung Beschwerde eingebracht und die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung beantragt. Zudem wurde vorgebracht, dass diese 1-tägige Aushilfsarbeit nur eine sehr untergeordnete Tätigkeit im Verhältnis zur umfangreichen Tätigkeit der Herstellung der Flachfundierung und 188 Fundamenten dargestellt habe und somit keine Auswirkung auf die Qualifizierung des grenzüberschreitenden Einsatzes der 4 genannten Arbeiter als Entsendung iSd AVRAG habe. Im Übrigen habe die Firma des Bf keine Bezahlung für diese Aushilfsarbeiten erhalten. Da im Ergebnis keine Arbeitskräfteüberlassung vorliege, habe der Bf auch keine Verletzung des § 7d Abs. 2 AVRAG und des § 17 Abs. 2

AÜG zu vertreten. Es sei somit von der Strafe abzusehen und die Einstellung des Strafverfahrens zu verfügen.

3. Mit Schreiben vom 11.01.2017 legte die belangte Behörde das eingebrachte Rechtsmittel samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor, das gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen ist.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 17.05.2017. An dieser nahm der Bf mit seiner rechtsfreundlichen Vertretung, ein Vertreter der Bezirkshauptmannschaft Freistadt sowie Vertreter des Finanzamtes Freistadt Rohrbach Urfahr als am Verfahren beteiligte Organpartei teil. Zudem wurden ein Mitarbeiter des Finanzamtes, der Firma A. S.A. und der H. GmbH & CoKG als Zeugen einvernommen.

Nach Erörterung der Sach- und Rechtslage schränkt der Bf in der mündlichen Verhandlung die gegenständliche Beschwerde auf die von der belangten Behörde verhängte Strafhöhe ein.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. Da sich die Beschwerde nunmehr ausschließlich gegen das Strafausmaß des Straferkenntnisses richtet, ist der Schuldspruch in Rechtskraft erwachsen und ist es dem Landesverwaltungsgericht verwehrt, sich inhaltlich mit der Entscheidung der belangten Behörde auseinander zu setzen.

5.2. 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 Z4), 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 § 7d Abs. 2 AVRAG trifft die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen den/die inländischen Beschäftiger/in. Der/Die Überlasser/in hat dem/der Beschäftiger/in die Unterlagen nachweislich bereitzustellen. Gemäß § 7i Abs. 4 AVRAG begeht, 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 Arbeitskräfte-überlassung nach Österreich entgegen § 7d Abs. 2 die Lohnunterlagen dem/der Beschäftig er/in nicht nachweislich bereitstellt, oder
3. Beschäftiger/in im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeits-kräfteüberlassung entgegen § 7d Abs. 2 die Lohnunterlagen nicht bereithält,

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.

Gemäß § 17 Abs. 2 AÜG hat der Überlasser bei bewilligungsfreier Überlassung von Arbeitskräften vom Ausland nach Österreich die grenzüberschreitende Überlassung spätestens eine Woche vor der Arbeitsaufnahme in Österreich der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung (nach dem AuslBG und dem AVRAG) des Bundesministeriums für Finanzen zu melden. In Katastrophenfällen, bei unaufschiebbaren Arbeiten und bei kurzfristig zu erledigenden Aufträgen ist die Meldung unverzüglich vor Arbeitsaufnahme zu erstatten.

Gemäß § 22 Abs. 1 Z 2 AÜG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe von 500 Euro bis zu 5.000 Euro, im Wiederholungsfall von 1.000 Euro bis zu 10.000 Euro, zu bestrafen, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, wer u.a. Meldungen gemäß § 17 Abs. 2 nicht rechtzeitig erstattet.

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 Milderungs-gründe, 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 Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

5.3. 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.

Hinsichtlich der nunmehrigen Strafbemessung zu Spruchpunkt I. ist auszuführen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes eine Vorstrafe nur dann als erschwerend angesehen werden kann, wenn der rechtskräftige Strafausspruch vor der Begehung der weiteren strafbaren Handlung liegt, da die Strafbemessung nicht vom Zufall der Dauer einzelner Strafverfahren abhängen kann (vgl. dazu VwGH 14.1.1986, Zl. 85/05/0083, 7.7.1980, Zl. 1206/79 u.a.). Gerade dieser Umstand kommt jedoch im gegenständlichen Verfahren zum Tragen, zumal die von der belangten Behörde im gegenständlichen Straferkenntnis vorgebrachten Vorstrafen (lt. dem im Akt einliegenden Verwaltungsstrafregisterauszug) am 17.11.2015 – und somit erst nach der gegenständlichen Tatbegehung am 14.09.2015 – in Rechtskraft erwachsen sind.
Es ist daher der Strafsatz bei erstmaliger Tatbegehung und mehr als drei Arbeitnehmern anzuwenden und beträgt daher die nunmehrige Geldstrafe die Mindeststrafe. Die verhängte Ersatzfreiheitsstrafe ist hingegen im Verhältnis zur Mindeststrafe angemessen.
Hinsichtlich Spruchpunkt II. wurde dem Bf ohnehin die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe auferlegt. Außer der Unbescholtenheit liegen jedoch keine Milderungsgründe vor, sodass keine außerordentliche Milderung zum Tragen kommt. Auch liegen die Voraussetzungen für ein Absehen von der Strafe mangels Geringfügigkeit des Verschuldens nicht vor.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Bf hinsichtlich Spruchpunkt I. keine Kosten für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu entrichten. Der Kostenbeitrag für das Verfahren vor der belangten Behörde war aufgrund der Herabsetzung der verhängten Strafen mit 10 % der nunmehrigen Strafhöhe neu festzusetzen. Hinsichtlich Spruchpunkt II. war ein Kostenbeitrag von 100 Euro, d.s. 20 % der verhängten Strafe gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG festzusetzen.

III. 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. 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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt