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-301441/2/Kü/TO

Datum:
Linz, 26. Juni 2017

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde des F.M., X, U., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 07.12.2016, GZ: SanRB96-85-2016/Gr, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG)

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als der Strafausspruch behoben und dem Beschwerdeführer unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens eine Ermahnung erteilt wird.

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsverfahrens vor der belangten Behörde noch einen Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten.

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 Linz-Land (in Folge: belangte Behörde) vom 07.12.2016, GZ: SanRB96-85-2016/Gr, wurden über den Beschwerdeführer (in Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 7b Abs. 3 und 4 iVm § 7b Abs. 8 Z 1 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), BGBl. Nr 459/1993 in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl. I Nr. 44/2016 drei Geldstrafen iHv jeweils 500 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen von je 33 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag iHv von insgesamt 150 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zu Grunde:
„Sie haben es als Außenvertretungsbefugter der M. Kft. mit Sitz in T., X, gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass diese Firma als Arbeitgeberin mit Sitz in einem EWR-Mitgliedstaat

1. den u. Staatsbürger I.L., geb. x, zumindest von 25.2.2016 bis 11.3.2016,
2. den u. Staatsbürger T.N., geb. x, zumindest von 25.2.2016 bis 11.3.2016, und
3. den u. Staatsbürger J.S., geb. x, zumindest von 25.2.2016 bis 11.3.2016,

als Arbeitnehmer für die Erbringung von Arbeitsleistungen für die H. GmbH mit Sitz in M., x, auf der Baustelle „Bauvorhaben X Schauraum" in L., X, nach Österreich entsandt hat, ohne dass eine Meldung gemäß § 7b Abs. 3 und 4 AVRAG eine Woche vor Arbeitsaufnahme der oa. Person an die Zentrale Koordinationsstelle des Bundesministeriums für Finanzen erstattet wurde, obwohl Arbeitgeber dazu verpflichtet sind.

Dieser Sachverhalt wurde von Organen des Finanzamtes Linz bei einer Kontrolle am 11.3.2016 um 8.10 Uhr auf der oa. Baustelle, indem die ao. Personen bei Fliesenlegearbeiten betreten wurden und durch Abfragen im Hauptverband, festgestellt. Die verpflichtenden Meldungen wurden verspätet erst am 24.2.2016 erstattet.“

In der Begründung führt die belangte Behörde unter Wiedergabe des Verfahrensganges und der Rechtsgrundlagen zum Tatvorwurf zusammengefasst aus, dass die ZKO-Meldung, wie von der Finanzpolizei festgestellt, am 24.02.2016 erstattet worden sei. Auf der gegenständlichen Baustelle sei mit den Arbeiten am 01.03.2016, also bereits fünf Tage nach Durchführung der Entsendemeldung, begonnen worden, weshalb die Meldung nicht rechtzeitig erstattet worden sei.
Zur verhängten Strafhöhe wird festgehalten, dass die verhängte Geldstrafe dem Unrechts- und Schuldgehalt der Tat angemessen sei, zumal sich diese im untersten Bereich des gesetzlichen Strafrahmens befinde.

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde, in der Folgendes (wortwörtlich wiedergegeben) vorgebracht wird:
„Es wird gegen die Strafe (am 27.12.2016 in Ungarn zugestellt) Beschwerde eingelegt, da die Begründung der Strafe zum Teil nur auf Annahmen und Vermutungen basiert:

1. Es wird vermutet dass die kurzfristige Annahme von Aufträgen wegen der Anreise aus dem Ausland nicht möglich ist, daher die diesbezügliche Darstellung in der Rechtfertigung als nicht wahr bezeichnet. In der Realität, also in heutigen Wirtschaftswelt

wird von den Subunternehmern eine volle Flexibilität abverlangt, d.h. eine ständige Präsenz im Inland mit sofortiger Einsatzbereitschaft. Die Mitarbeiter der Firma halten sich bis auf die Wochenendpausen ständig im Bundesgebiet auf. Die Firma M. Kft ist über 5 Jahre von der Firma X-F als Subunternehmer in Österreich beschäftigt.

2. Es wird behauptet, dass die Entsendung per E-Mail nicht glaubwürdig ist. Diese Behauptung ist nicht nachvollziehbar, da elektronischer Schriftverkehr in der Judikatur seit langem dem in der Papierform gleichgestellt ist.

Eine schriftliche Bestätigung des Sachverhaltes kann die Firma X-F GmbH zukommen lassen.

Auf Grund der oben angeführten Einwände bitte ich Sie höflichst von einer Verhängung eine Strafe Abstand zu nehmen."

3. Mit Schreiben vom 18.01.2017 legte die belangte Behörde das eingebrachte Rechtsmittel samt Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor, das gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seinen nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter berufen ist.

4. Das Landesverwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme. Von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 3 VwGVG abgesehen werden, da der Sachverhalt nicht bestritten wurde, und darüber hinaus, trotz des konkreten Hinweises in der Rechtsmittelbelehrung des angefochtenen Straferkenntnisses eine mündliche Verhandlung nicht beantragt wurde.

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

Die Finanzpolizei Team 40 für das Finanzamt Linz führte am 11.03.2016 auf der Baustelle X Schauraum, X, L., eine Kontrolle durch. Dabei wurden die im Straferkenntnis namentlich angeführten Dienstnehmer der Firma M. Kft mit Sitz in T., U., bei Fliesenlegearbeiten angetroffen.

Die Arbeiten wurden seit 01.03.2016 durchgeführt. Die Entsendemeldung seitens der Firma M. Kft für die drei Arbeitnehmer an die Zentrale Koordinationsstelle im Bundesministerium für Finanzen wurde am 24.02.2016 durchgeführt. Lohnunterlagen wurden bei der Kontrolle vorgelegt.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt, insbesondere den Ausführungen der Finanzpolizei im gegenständlichen Strafantrag und wird vom Bf nicht bestritten.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

1. Gemäß § 7b Abs. 3 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), BGBl. Nr. 459/1993 in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl. I Nr. 44/2016 haben Arbeitgeber/innen im Sinne 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 bezeichneten 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. 8 Z 1 AVRAG begeht, wer als Arbeitgeber/in im Sinne des Abs. 1 die Meldung oder die Meldung über nachträgliche Änderungen bei den Angaben (Änderungsmeldung) entgegen Abs. 3 nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erstattet, 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. 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(Einsatzorten) am Ort der Kontrolle.

2. Vom Bf wurde nicht bestritten, dass die ZKO3-Meldung nicht spätestens eine Woche vor Arbeitsaufnahme durchgeführt wurde. Der objektive Tatbestand der zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen ist daher als erfüllt zu werten.

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 (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 Bf entsprechend sorgfältig verhalten hat, um glaubhaft machen zu können, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Zum Vorbringen des Bf, dass die heutige Wirtschaftswelt von Subunternehmern volle Flexibilität mit sofortiger Einsatzbereitschaft verlangt, ist anzuführen, dass es sich dabei um keine vom Ausnahmetatbestand des § 7b Abs. 3 AVRAG erfassten Ausnahmen handelte. Dem Bf ist daher auch dieses Verhalten zuzurechnen, jedoch ist – wie unten unter 5.3. näher ausgeführt – aufgrund des geringfügigen Verschuldens und der unbedeutenden Folgen der Tat – ein Vorgehen nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hinsichtlich der im Spruch des Straferkenntnisses zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen gerechtfertigt.

4. 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 gegen den Bf erhobenen Tatvorwurf ist auszuführen, dass mit Inkrafttreten des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) mit 1. Jänner 2017 die Frist zur Erstattung einer ZKO3-Meldung neu geregelt wurde. Nunmehr ist es ausreichend, wenn die Meldung vor Arbeitsaufnahme (vgl. § 19 Abs. 2 LSD-BG) 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, gerade in Fällen, wo der Beginn der Arbeitstätigkeit nicht im Vorhinein zweifelsfrei bestimmbar ist, die ZKO3-Meldung erst mit Arbeitsaufnahme zu erstatten, scheint es angemessen, hinsichtlich des Tatvorwurfs von einem Strafausspruch abzusehen und dem Bf unter Hinweis auf sein zum damaligen Zeitpunkt rechtswidriges Verhalten eine Ermahnung zu erteilen.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

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 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

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kühberger