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-301522/19/KLi/JB

Datum:
Linz, 19. Juni 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde vom 15. Februar 2017 des J.F., geb. x, X, P., U., vertreten durch die N. Rechtsanwälte GmbH, X, W., gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 16. Jänner 2017, GZ: Ge-372/16, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 29. Mai 2017

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde noch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu bezahlen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr (im Folgenden: belangte Behörde) vom 16. Jänner 2017, GZ: Ge-372/16 wurde dem Beschwerdeführer eine Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) wie folgt vorgeworfen:

„Sie haben es als als zur Vertretung nach außen befugtes Organ der Firma K. KFT, in X, B. (U.), verwaltungsstrafrechtlich zu vertreten, dass

1. der Arbeitnehmer ggst Firma Hr. J.B. (geb. am x) in der Zeit vom 11.1.2016 bis zum 15.2.2016 auf dem Arbeits(Einsatz)ort oa. Firma in S., X (Bauvorhaben X) als Maler beschäftigt wurde. Es wurden am oa. Arbeits(Einsatz)ort für oa. Arbeitnehmer oa. Firma, der zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wurde, keinerlei Lohnunterlagen (Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise, Lohnaufzeichnungen etc.) bereitgehalten. Da Arbeitgeber Lohnunterlagen bereitzuhalten haben stellt obiger Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.
2. der Arbeitnehmer ggst Firma Hr. I.B. (geb. am x) in der Zeit vom 11.1.2016 bis zum 15.2.2016 auf dem Arbeits(Einsatz)ort oa. Firma in S., X (Bauvorhaben X) als Maler beschäftigt wurde. Es wurden am oa. Arbeits(Einsatz)ort für oa. Arbeitnehmer oa. Firma, der zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wurde, keinerlei Lohnunterlagen (Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise, Lohnaufzeichnungen etc.) bereitgehalten. Da Arbeitgeber Lohnunterlagen bereitzuhalten haben stellt obiger Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.
3. der Arbeitnehmer ggst Firma Hr. I.G. (geb. am x) in der Zeit vom 11.1.2016 bis zum 15.2.2016 auf dem Arbeits(Einsatz)ort oa. Firma in S., X (Bauvorhaben X) als angelernter Innenausbauer beschäftigt wurde. Es wurden am oa. Arbeits(Einsatz)ort für oa. Arbeitnehmer oa. Firma, der zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wurde, keinerlei Lohnunterlagen (Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise, Lohnaufzeichnungen etc.) bereitgehalten. Da Arbeitgeber Lohnunterlagen bereitzuhalten haben stellt obiger Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.
4. der Arbeitnehmer ggst Firma Hr. P.H. (geb. am x) in der Zeit vom 11.1.2016 bis zum 15.2.2016 auf dem Arbeits(Einsatz)ort oa. Firma in S., X (Bauvorhaben X) als Maler beschäftigt wurde. Es wurden am oa. Arbeits(Einsatz)ort für oa. Arbeitnehmer oa. Firma, der zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wurde, keinerlei Lohnunterlagen (Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise, Lohnaufzeichnungen etc.) bereitgehalten. Da Arbeitgeber Lohnunterlagen bereitzuhalten haben stellt obiger Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.
5. der Arbeitnehmer ggst Firma Hr. G.K. (geb. am x) in der Zeit vom 11.1.2016 bis zum 15.2.2016 auf dem Arbeits(Einsatz)ort oa. Firma in S., X (Bauvorhaben X) als Hilfsarbeiter beschäftigt wurde. Es wurden am oa. Arbeits(Einsatz)ort für oa. Arbeitnehmer oa. Firma, der zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wurde, keinerlei Lohnunterlagen (Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise, Lohnaufzeichnungen etc.) bereitgehalten. Da Arbeitgeber Lohnunterlagen bereitzuhalten haben stellt obiger

Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.

6. der Arbeitnehmer ggst Firma Hr. O.L. (geb. am x) in der Zeit vom 11.1.2016 bis zum 15.2.2016 auf dem Arbeits(Einsatz)ort oa. Firma in S., X (Bauvorhaben X) als Maler beschäftigt wurde. Es wurden am oa. Arbeits(Einsatz)ort für oa. Arbeitnehmer oa. Firma, der zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wurde, keinerlei Lohnunterlagen (Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise, Lohnaufzeichnungen etc.) bereitgehalten. Da Arbeitgeber Lohnunterlagen bereitzuhalten haben stellt obiger Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.

7. der Arbeitnehmer ggst Firma Hr. R.L. (geb. am x) in der Zeit vom 11.1.2016 bis zum 15.2.2016 auf dem Arbeits(Einsatz)ort oa. Firma in S., X (Bauvorhaben X) als Vorarbeiter beschäftigt wurde. Es wurden am oa. Arbeits(Einsatz)ort für oa. Arbeitnehmer oa. Firma, der zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wurde, keinerlei Lohnunterlagen (Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise, Lohnaufzeichnungen etc.) bereitgehalten. Da Arbeitgeber Lohnunterlagen bereitzuhalten haben stellt obiger Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.

8. der Arbeitnehmer ggst Finna Hr. B.N. (geb. am x) in der Zeit vom 11.1.2016 bis zum 15.2.2016 auf dem Arbeits(Einsatz)ort oa. Firma in S., X (Bauvorhaben X) als Maler beschäftigt wurde. Es wurden am oa. Arbeits(Einsatz)ort für oa. Arbeitnehmer oa. Firma, der zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wurde, keinerlei Lohnunterlagen (Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise, Lohnaufzeichnungen etc.) bereitgehalten. Da Arbeitgeber Lohnunterlagen bereitzuhalten haben stellt obiger Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.

9. der Arbeitnehmer ggst Firma Hr. I.P. (geb. am x) in der Zeit vom 11.1.2016 bis zum 15.2.2016 auf dem Arbeits(Einsatz)ort oa. Firma in S., X (Bauvorhaben X) als Trockenbauer beschäftigt wurde. Es wurden am oa. Arbeits(Einsatz)ort für oa. Arbeitnehmer oa. Firma, der zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wurde, keinerlei Lohnunterlagen (Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise, Lohnaufzeichnungen etc.) bereitgehalten. Da Arbeitgeber Lohnunterlagen bereitzuhalten haben stellt obiger Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.

10. der Arbeitnehmer ggst. Firma Hr. D.S. (geb. x) in der Zeit vom 11.1.2016 bis zum 15.2.2016 auf dem Arbeits(Einsatz)ort ao. Firma in S., X (Bauvorhaben X) als Maler beschäftigt wurde. Es wurden am ao. Arbeits(Einsatz)ort für ao. Arbeitnehmer ao. Firma, der zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wurde, keinerlei Lohnunterlagen (Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise, Lohnaufzeichnungen, etc.) bereitgehalten. Da Arbeitgeber Lohnunterlagen bereitzuhalten haben stellt obiger Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.

11. der Arbeitnehmer ggst. Firma Hr. G.T. (geb. Am x) in der Zeit vom 11.1.2016 bis zum 15.2.2016 auf dem Arbeits(Einsatz)ort ao. Firma in S., X (Bauvorhaben X) als Trockenbauer beschäftigt wurde. Es wurden am ao. Arbeits(Einsatz)ort für ao. Arbeitnehmer ao. Firma, der zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wurde, keinerlei Lohnunterlagen (Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise, Lohnaufzeichnungen, etc.) bereitgehalten. Da Arbeitgeber Lohnunterlagen bereitzuhalten

haben stellt obiger Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.“

Der Beschwerdeführer habe dadurch § 7d Abs. 1 1. und 2. Fall iVm § 7i Abs. 4 Z 1 und § 7i Abs. 9 AVRAG verletzt. Über ihn werde eine Geldstrafe von jeweils 2.000 Euro, insgesamt 22.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von jeweils 48 Stunden, insgesamt 528 Stunden verhängt. Ferner habe der Beschwerdeführer einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in Höhe von 2.200 Euro zu bezahlen.

Begründend führte die belangte Behörde aus, dass aufgrund einer Anzeige der Finanzpolizei ein Verwaltungsstrafverfahren gegen den Beschwerdeführer eingeleitet worden sei. Der Beschwerdeführer habe als Rechtfertigung angegeben, dass die erste Lohnabrechnungsperiode noch nicht abgelaufen gewesen sei.

Unter Wiedergabe der gesetzlichen Bestimmungen führte die belangte Behörde sodann begründend aus, dass für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder Personengemeinschaften ohne Rechtspersönlichkeit gem. § 9 Abs. 1 VStG, sofern die Verwaltungsvorschriften nichts anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich ist, wer zur Vertretung nach außen berufen ist. Dem zu Folge sei der Beschuldigte als zur Vertretung nach außen befugtes Organ ggst. Firma für die Verwaltungsübertretungen verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich.

Hinsichtlich des Verschuldens genüge gem. § 5 Abs. 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift nicht anderes bestimme. Fahrlässigkeit sei 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.

Bei der ggst. Verwaltungsübertretung gehöre zum Tatbestand weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr, weshalb es sich um ein sogenanntes Ungehorsamsdelikt handle. Bei Ungehorsamsdelikten belaste der Gesetzgeber den Täter schon durch den objektiven Tatbestand und präsumiere die Schuld, solange der Beschuldigte nicht das Gegenteil glaubhaft mache. In Folge Außerachtlassen der gebotenen und zumutbaren Sorgfalt habe der Beschuldigte erkannt, dass er durch sein Verhalten einen tatbildmäßigen Sachverhalt verwirkliche und habe als Grad des Verschuldens zumindest Fahrlässigkeit angenommen werden müssen.

Die Übertretung der Bestimmungen des AVRAG sei somit aufgrund der Anzeige der Finanzpolizei sowie aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens als

erwiesen anzusehen. Als strafmildernd sei die völlige verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Beschuldigten gewertet worden. Weitere mildernde oder erschwerende Umstände seien nicht bekannt geworden.

Die ausgesprochene Geldstrafe entspreche dem Verschuldensgehalt, dem Strafrahmen der angewendeten Rechtsvorschriften sowie den sozialen und finanziellen Verhältnissen des Beschuldigten, der ein monatliches Nettoeinkommen von zirka 1.150 Euro angegeben habe und keine Sorgepflichten habe.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die Beschwerde vom 15. Februar 2017, mit welcher das Straferkenntnis in seinem gesamten Umfang angefochten wird.

Dem Beschwerdeführer sei die zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht vorwerfbar bzw. habe der Beschwerdeführer sie nicht verwirklicht.

Der Beschwerdeführer sei stets sehr bemüht, den komplizierten österreichischen Rechtsvorschriften zu entsprechen. Für ihn, aber auch für die vom Beschwerdeführer beauftragte Steuerberatungskanzlei, sei es trotz ihres Bemühens, schon alleine aufgrund der sprachlichen Barriere, sehr schwierig gewesen, die österreichischen gesetzlichen Anforderungen und Aufforderungen (wie im ggst. Fall durch die Finanzpolizei) zu verstehen, geschweige denn umzusetzen. Die Deutschkenntnisse des Beschwerdeführers seien unterdurchschnittlich bis null, bestenfalls für den allgemeinen Sprachgebrauch tauglich. Auf keinen Fall beherrsche der Beschwerdeführer Fachausdrücke des Wirtschaftslebens, insbesondere keine rechtlichen Begriffe. Die von ihm mit steuerlichen Angelegenheiten ständig beauftragte u. Kanzlei unterstütze den Beschwerdeführer nach bestem Wissen um den österreichischen und u. Rechtsvorschriften zu entsprechen. Trotz Bemühens und einschlägiger Fachkenntnis stehe auch die u. Steuerberatungskanzlei immer wieder vor sprachlichen und rechtlichen Barrieren.

Abgesehen davon weise der Beschwerdeführer darauf hin, dass die an der ggst. Baustelle beauftragten Arbeiten erst im Februar 2016 – und nicht wie die Behörde nun vorwerfe bereits im Jänner 2016 – aufgenommen worden seien. Der Umstand, dass zum Zeitpunkt der Kontrolle Mitte des Monats, nämlich am 15.2.2016 noch keine endgültigen Lohnunterlagen (insbesondere Lohnzahlungsnachweise, Lohnaufzeichnungen, etc.) für die auf diese Baustelle entsandten Arbeitnehmer vorgelegen seien, ergebe sich aus der nachvollziehbaren Tatsache, dass die Mitarbeiter erst Anfang Februar 2016 entsendet worden seien und somit zum Zeitpunkt der Kontrolle Mitte Februar 2016 die erste Lohnabrechnungsperiode der an die ggst. Baustelle entsendeten Arbeitnehmer noch nicht abgelaufen gewesen sei. Für die ggst. Entsendung im Februar hätten daher Mitte Februar 2016 logischerweise noch keine erhöhten (über das für die inländische Arbeitserbringung

in U. zustehende Gehalt hinausgehende) Löhne zur Auszahlung gelangen können und hätten sinngemäß auch die dazu gehörigen Abrechnungen noch nicht erstellt werden können.

Es sei dem Beschwerdeführer also faktisch unmöglich und im Sinne des § 7d Abs. 1 AVRAG nicht zumutbar gewesen, die geforderten Lohnunterlagen betreffend die ggst. Entsendung zum Zeitpunkt der Kontrolle durch die Finanzpolizei vorzulegen. Obwohl der Beschwerdeführer sowohl in seiner Rechtfertigung vom 28.4.2016 als auch in seiner weiteren Stellungnahme vom 29.7.2016 auf diesen Umstand hingewiesen habe, sei die belangte Behörde auf diesen nachvollziehbaren Einwand gar nicht eingegangen und habe die Zumutbarkeit nicht geprüft.

Die Abrechnung der verfahrensgegenständlichen Periode sei mit Ende Februar 2016 erfolgt, sodass der Beschwerdeführer im Verwaltungsstrafverfahren ausführliche Lohnunterlagen (Einstufung im KV, Stundensatz, erbrachte Stunden, Gesamtlohn) für jeden Arbeiter vorgelegt habe. Durch Übermittlung der Lohnunterlagen sei den Anforderungen der Bestimmung des § 7d AVRAG vollinhaltlich entsprochen worden, da sich aus diesen zweifelsfrei ergebe, dass den Arbeitnehmern des Beschwerdeführers ein den österreichischen Rechtsvorschriften entsprechendes Entgelt bezahlt worden sei. Der Schutzzweck der Norm sei daher eingehalten worden.

Darüber hinaus sei auch die Entsendung der ggst. Arbeitnehmer nach Österreich gemeldet worden. Gerade bei einem Unternehmen aus einem anderen EU-Mitgliedsstaat, das die Entsendung der zuständigen österreichischen Behörde melde, dürfe davor ausgegangen werden, dass dieses keine Schwarzarbeiter beschäftige und seinen Arbeitnehmern ein den österreichischen Rechtsvorschriften entsprechendes Entgelt bezahlte.

Darüber hinaus sei die Verwaltungspraxis uneinheitlich und habe die unklare Regelung zu einer gesetzgeberischen Klarstellung (Gesetzesänderung) geführt. Die bisherige Regelung des § 7d AVRAG habe aufgrund ihrer Komplexität in der Kontroll- und Verwaltungspraxis in mehrerer Hinsicht und mehrfach zu Rechtsunsicherheiten geführt. Die Änderung der Bestimmung des § 7d AVRAG und die Neufassung des § 22 LSD-BG belege daher zusätzlich, dass sogar der österreichische Gesetzgeber im vorliegenden Fall erkannt habe, die bisherige Regelung im Sinn des § 7d Abs. 1 AVRAG sei unzureichend gewesen und genau der Umfang der vorzulegenden bzw. bereitzuhaltenden Dokumente – vor allem bei einer Kontrolle im ersten Monat der Entsendung vor Ablauf der Abrechnungsperiode, wie im ggst. Fall – sei auslegungsbedürftig, weswegen diese Bestimmung durch Auflistung des genauen Umfangs bereitzuhaltender Unterlagen neu zu fassen gewesen sei. Bereits daraus folge, dass dem Beschwerdeführer, einem u. Kleinunternehmer, dessen Mitarbeiter Mitte Februar 2016 kontrolliert worden seien, es jedenfalls nicht vorzuwerfen sei, wenn er davon ausgehe, dass

die damals nicht konkret bezeichneten und vor allem auch seitens der Finanzpolizei nicht näher konkretisierten Lohnunterlagen erst mit Ende der Abrechnungsperiode bereitzuhalten bzw. der Behörde zur Verfügung zu stellen gewesen seien. In diesem Zusammenhang sei nochmals hervorzuheben, dass der Beschwerdeführer im Verfahren alle Lohnunterlagen vorgelegt und somit nachvollziehbar nachgewiesen habe, dass der Schutzzweck der Norm, nämlich die Vermeidung der Unterentlohnung, erfüllt gewesen sei.

Der Beschwerdeführer verweise der Vollständigkeit halber noch darauf, dass die ggst. elf Arbeitnehmer nach Aufstockung ihrer Kapazitäten in U. per 11.1.2016 angestellt worden seien und diese erst im Februar 2016 – und nicht wie von der Behörde vorgeworfen werde, per 11.1.2016 – nach Österreich entsendet worden seien. Insofern enthalte das von der Finanzpolizei regelmäßig verwendete u. Personenblatt Übersetzungsfehler. Der Begriff „Arbeitsstelle“ sei unrichtig mit dem u. Wort für „Arbeitsplatz“ übersetzt worden. „Arbeitsplatz“ sei im u. ein Synonym für den Arbeitgeber und bedeute somit abweichend vom deutschen Begriff „Arbeitsstelle“ keinesfalls eine konkrete Baustelle, das heißt den Ort und die Stelle der aktuellen Arbeitsverrichtung, sondern die Anstellung beim konkreten Arbeitgeber, im vorliegenden Fall also beim Unternehmen des Beschwerdeführers. Dass die u. Arbeitnehmer dies unrichtig verstanden hätten, ergebe sich auch aus deren Angaben in den Personenblättern, weil sie bei „an dieser Arbeitsstelle bin ich sei (Datum/Uhrzeit)“ zutreffender Weise den 11.1.2016 angegeben hätten und dabei das Unternehmen des Beschwerdeführers gemeint hätten, nicht aber die konkrete Baustelle.

Aus dem vorliegenden Sachverhalt ergebe sich weiters, dass die im mittlerweile außer Kraft getretenen AVRAG normierten Straftatbestände exorbitant hohe Strafsätze zur Folge hätten, dass zumindest u. Kleinunternehmen in Österreich keine Dienstleistungen mehr erbringen könnten. Die Gefahr einer Verwaltungsübertretung angesichts der komplizierten und schwierigen Abgrenzung/Auslegung von Rechtsnormen und teilweise auch die nicht realisierbaren bzw. umsetzbaren Regelungen und Anforderungen des AVRAG seien praktisch immer gegeben. Diese Unverhältnismäßigkeit der nach § 7d Abs. 1 iVm § 7i Abs. 4 und § 7i Abs. 9 AVRAG verhängten Strafe, die selbst das Jahreseinkommen des Beschwerdeführers von 13.800 Euro übersteige, widerspreche zusätzlich auch den Grundfreiheiten der Europäischen Union, insbesondere der Dienstleistungsfreiheit gem. § 56 AEUV. Darüber hinaus widerspreche die über den Beschwerdeführer verhängte Strafe dem Verhältnismäßigkeitsgebot. Dieses beinhalte auch das Gebot eines angemessenen Verhältnisses der Schuld des Täters zu der zu erwartenden Strafe. Unzulässig seien daher hohe Mindeststrafen, ebenso wie der weitgehende Ausschluss der außerordentlichen Strafmilderung. Der Verwaltungsgerichtshof habe ausgeführt, dass das Ziel der Bestimmungen gem. § 7i AVRAG die Prävention und der Schutz des Arbeitnehmers vor Lohndumping sei und daher die Regelung nicht das Ziel

habe, den Dienstgeber zu pönalisieren. Da alle Arbeitnehmer im vorliegenden Fall nachweisbar einen Lohn gem. Kollektivvertrag erhalten hätten, sei der Schutzzweck der Norm erfüllt, womit von einer Strafe abgesehen werden hätte können.

Wie es die belangte Behörde zutreffend festhalte, sei der Beschwerdeführer verwaltungsstrafrechtlich bisher unbescholten. Ferner bestreite er nicht, dass die Lohnunterlagen nicht vorhanden gewesen seien, sondern habe er darauf hingewiesen, dass diese am 15. eines Monats noch nicht vorhanden sein hätten können. Als Milderungsgrund seien das Geständnis und die bisherige Unbescholtenheit bzw. die überlange Verfahrensdauer relevant. Weiters wäre die selbst vom österreichischen Gesetzgeber bestätigte unklare und auslegungsbedürftige (alte) Rechtslage, die auch in der Verwaltungspraxis zu erheblichen Auslegungsschwierigkeiten geführt habe, vor allem unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es sich beim Beschwerdeführer um einen u. Kleinunternehmer handle, der die selbst für geschulte Beamten auslegungsbedürftigen Rechtsnormen umso weniger auslegen habe können, zumindest als weiterer Milderungsgrund zu berücksichtigen. Nachdem die belangte Behörde keine einzigen Erschwerungsgründe feststellen habe können, würden aus Sicht des Beschwerdeführers insgesamt die zumindest drei Milderungsgründe überwiegen, weswegen die Voraussetzungen der außerordentlichen Strafmilderung aufgrund der festgestellten Unbescholtenheit des Beschwerdeführers sowie des Geständnisses und der auslegungsbedürftigen Rechtlage vorliegen würden. Selbst wenn entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers eine Strafe zu verhängen sei, sei diese außerordentlich zu mildern.

Aus den genannten Gründen stelle der Beschwerdeführer die Anträge, (1.) der Beschwerde Folge zu geben, in der Sache selbst zu entscheiden und das angefochtene Straferkenntnis abzuändern bzw. aufzuheben und das Strafverfahren einzustellen, in eventu die Strafe herabzusetzen oder der Strafe zur Gänze nachzusehen; (2.) der Beschwerde Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückzuverweisen; (3.) eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen und die angeführten Beweise aufzunehmen.

I.3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beraumte daraufhin für den 29. Mai 2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung an, zu welcher sowohl der Beschwerdeführer und sein Rechtsvertreter als auch eine Vertreterin der Finanzpolizei ladungsgemäß erschienen sind.

Darüber hinaus wurden zwei Arbeiter des Beschwerdeführers als Zeugen – insbesondere zur Frage ihres Dienstantrittes beim Beschwerdeführer und auch auf

der konkreten Baustelle – vernommen und eine Dolmetscherin für die u. Sprache beigezogen.

II. Nachfolgender Sachverhalt steht fest:

II.1. Die K. Kft. ist ein u. Unternehmen im Sinne einer österreichischen GmbH mit Sitz in B., X. Dieses Unternehmen führt unter anderem Malerarbeiten durch. Der Beschwerdeführer ist handelsrechtlicher Geschäftsführer dieses Unternehmens.

II.2. Am 15.2.2016 führten Organe der Abgabenbehörde eine Kontrolle auf der Baustelle in S., X, beim Bauvorhaben der Firma X durch. Im Zuge dieser Kontrolle wurden elf u. Arbeitnehmer des Beschwerdeführers, wie zu Punkt I.1. angeführt, angetroffen.

II.3. Im Zuge der Kontrolle wurde das Vorliegen der Lohnunterlagen im Sinne des § 7d AVRAG überprüft.

Im Zuge der Überprüfung wurde festgestellt, dass sämtliche Lohnunterlagen im Sinne des § 7d AVRAG vorlagen, mit Ausnahme von Banküberweisungsbelegen bzw. Auszahlungsbelegen hinsichtlich der Löhne für die u. Arbeitnehmer. Arbeitsverträge, Lohnzettel bzw. Dienstzettel etc. konnten vorgelegt werden.

II.4. Die Arbeitnehmer, welche auf der Baustelle angetroffen wurden, haben ihre Arbeit beim u. Unternehmen am 11.1.2016 begonnen bzw. wurden an diesem Tag beim u. Unternehmen des Beschwerdeführers angemeldet.

Nicht festgestellt werden kann hingegen, dass die elf Arbeitnehmer auch am 11.1.2016 bereits ihre Arbeit für das Unternehmen des Beschwerdeführers in Österreich auf der verfahrensgegenständlichen Baustelle begonnen haben. Es kann lediglich festgestellt werden, dass der Arbeitsantritt aller elf Arbeitnehmer in Österreich erst im Februar 2016 stattfand.

II.5. Die Auszahlung der Löhne für die jeweilige Lohnperiode an die u. Arbeitnehmer findet jeweils bis zum 10. Tag des Folgemonats statt.

Im Zeitpunkt der Kontrolle am 15.2.2016 konnten daher Auszahlungsbelege für die Löhne des Monats Februar 2016 noch nicht vorgelegt werden, zumal die Auszahlungen erst bis zum 10.3.2016 erfolgten.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Die Feststellungen zum Unternehmen des Beschwerdeführers ergeben sich aus dem Akteninhalt sowie aus dessen Aussage im Zuge der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht.

III.2. Dass die elf im Spruch genannten Arbeitnehmer am 11.1.2016 für das Unternehmen des Beschwerdeführers, nämlich die K. Kft., angemeldet wurden, ergibt sich ebenfalls aus dem Akteninhalt sowie aus der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht. Dieser Umstand ist unstrittig. Strittig ist allerdings, ob die elf Arbeitnehmer auch bereits am 11.1.2016 ihre Arbeit in Österreich auf der verfahrensgegenständlich kontrollierten Baustelle aufgenommen haben, oder erst im Februar 2016.

III.3. Die u. Arbeitnehmer haben im Personenblatt angegeben, seit 11.1.2016 für die K. Kft. zu arbeiten. Allerdings bestehen Unklarheiten dahingehend, ob mit „Arbeitgeber“ bzw. „Arbeitsstelle“ nunmehr das Unternehmen des Beschwerdeführers oder die konkrete Baustelle gemeint ist. Dies lässt sich aus den Personenblättern bzw. den schriftlichen Angaben der Arbeitnehmer nicht einwandfrei ableiten.

Im Zuge der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht wurden die Arbeitnehmer des Beschwerdeführers, O.L. und R.L., vernommen. Diese wurden dabei ausdrücklich dazu befragt, seit wann sie in Österreich auf der kontrollierten Baustelle arbeiteten. Beide Arbeitnehmer gaben übereinstimmend an, dies nicht mehr genau zu wissen, der Arbeitsantritt in Österreich sei aber in den ersten Tagen des Monats Februar 2016 erfolgt. Die Frage dazu, ob die beiden Arbeiter auch im Jänner 2016 schon für das Unternehmen des Beschwerdeführers auf der konkreten Baustelle gearbeitet hätten, verneinten diese.

Somit kann mit der für ein Strafverfahren notwendigen Sicherheit lediglich festgestellt werden, dass die Arbeiter des Beschwerdeführers im Februar 2016 für dessen Unternehmen auf der konkreten Baustelle gearbeitet haben.

III.4. Der Beschwerdeführer hat darüber hinaus angegeben, dass die Lohnabrechnung für ein Monat jeweils bis zum 10. des Folgemonats erfolgen würde. Im Zeitpunkt der Kontrolle am 15.2.2016 konnten daher die Lohnunterlagen, nämlich in concreto die Banküberweisungsbelege, noch nicht vorgelegt werden, zumal die Auszahlung erst bis zum 10.3.2016 zu erfolgen hatte. Auch die beiden vernommenen Arbeiter bestätigten diese Angaben des Beschwerdeführers.

III.5. Zusammengefasst ergibt sich insofern, dass die Auszahlungsbelege bzw. Banküberweisungsbelege für den Monat Februar 2016 am 15.2.2016 noch gar

nicht vorliegen konnten. Der Beschwerdeführer hat im Zuge des Beschwerdeverfahrens die entsprechenden Lohnunterlagen nachgereicht. Eine Unterentlohnung der u. Arbeitnehmer hat sich nicht ergeben.

IV. Rechtslage:

IV.1. § 7d Abs. 1 AVRAG sieht vor, dass Arbeitgeber 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 entsandten Arbeitnehmers für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache am Arbeits(einsatz)ort bereitzuhalten haben, auch wenn die Beschäftigung des einzelnen Arbeitnehmers in Österreich früher geendet hat. [...].

IV.2. § 7i Abs. 4 Z 1 AVRAG sieht vor, dass wer als Arbeitgeber im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 entgegen § 7d die Lohnunterlagen nicht bereithält, eine Verwaltungsübertretung begeht und von der Bezirksverwaltungsbehörde für jeden Arbeitnehmer 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 betroffen, für jeden Arbeitnehmer von 2.000 Euro bis 20.000 Euro, im Wiederholungsfall von 4.000 Euro bis 50.000 Euro zu bestrafen ist.

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen:

V.1. Gegenständlich konnte mit der für ein Strafverfahren notwendigen Sicherheit lediglich festgestellt werden, dass die im Spruch genannten elf u. Arbeitnehmer ihre Arbeit auf der Baustelle in Österreich erst im Februar 2016 angetreten haben. Nicht erwiesen hat sich, dass die u. Arbeiter auch schon im Jänner 2016 für das Unternehmen des Beschwerdeführers in Österreich tätig waren.

Inwiefern die u. Arbeitnehmer allenfalls auch im Jänner 2016 auf der ggst. Baustelle gearbeitet haben – aber für ein anderes Unternehmen als jenes des Beschwerdeführers – kann dahingestellt bleiben. Für diesen Fall wären Erhebungen und ein Verwaltungsstrafverfahren gegenüber den vertretungsbefugten Organen dieses anderen Unternehmens durchzuführen. Im ggst. Verfahren ist dies jedoch ohne Bedeutung.

V.2. Tatsächlich festgestellt werden kann – wie dies auch von den u. Arbeitern angegeben wurde – dass sie für das Unternehmen des Beschwerdeführers auf der österreichischen Baustelle im Februar 2016 zu arbeiten begonnen haben. Bestätigt wurde von den Arbeitern auch, dass sie ihren Monatslohn jeweils bis zum 10. eines Folgemonats erhalten. Die Lohnabrechnung für Februar 2016 erfolgte daher bis 10.3.2016. Im Zeitpunkt der Kontrolle am 15.2.2016 konnten die Überweisungsbelege für die Monatslöhne des Monats Februar 2016 noch nicht vorliegen.

V.3. Unabhängig davon, ob man nun die zum Zeitpunkt der Tat geltende Rechtslage des § 7d AVRAG oder die mittlerweile in Kraft getretene Regelung des seit 1.1.2017 geltenden § 22 LSD-BG heranzieht, ist unstrittig, dass Lohnabrechnungen für noch nicht fällige Lohnperioden im Zeitpunkt einer Kontrolle naturgemäß nicht vorgelegt werden können.

Wie der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde richtig ausführt, wurde der genaue Umfang der bereitzuhaltenden Lohnunterlagen im § 22 LSD-BG konkretisiert.

In den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage (1.111 der Beilagen XXV. GP) wird zu § 22 LSD-BG Nachfolgendes ausgeführt:

„Diese Bestimmung entspricht grundsätzlich dem bisherigen § 7d AVRAG und zählt die vom Arbeitgeber mit Sitz im Ausland bereitzuhaltenden Lohnunterlagen in deutscher Sprache ausdrücklich auf. Damit wird allfälligen Zweifel dahingehend entgegen gewirkt, ob im Einzelfall das Bereithalten gewisser Lohnunterlagen unter Berücksichtigung des im Verwaltungsstrafverfahren eine besondere Determinierung verlangenden Bestimmtheitsgebots des Art. 18 B-VG von § 7d AVRAG umfasst ist. Durch die ausdrückliche Aufzählung der bereitzuhaltenden Lohnunterlagen ist dem Normunterworfenen jedenfalls hinsichtlich sämtlicher Lohnunterlagen das gesollte Verhalten eindeutig erkennbar. Dass dieses Verhalten sich nur auf jene Lohnunterlagen bezieht, welche bereits vorliegen können (so werden etwa Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege für eine bestimmte Lohnzahlungsperiode im Regelfall nicht vor deren Ende existieren können), versteht sich schon aufgrund von Natur und Zweck der Unterlagen.“

Somit ergibt sich sowohl nach der Bestimmung des § 7d AVRAG als auch nach jener des § 22 LSD-BG (welcher auf den ggst. Fall noch nicht anzuwenden ist) gleicher Maßen, dass Banküberweisungsbelege für noch nicht fällige Löhne bzw. noch nicht abgelaufene Lohnzahlungsperioden noch nicht vorgelegt werden können.

Für den ggst. Fall bedeutet dies, dass der Beschwerdeführer die Lohnzahlungsbelege bzw. Banküberweisungsbelege für Februar 2016 am

15.2.2016 noch gar nicht bereithalten konnte. Diesbezüglich liegt eine Verwaltungsübertretung insofern nicht vor.

Im Hinblick auf den Monat Jänner 2016 hat sich gerade nicht ergeben, dass auch für diesen Monat die elf u. Arbeitnehmer bereits für das Unternehmen des Beschwerdeführers auf der kontrollierten Baustelle tätig waren. Auch für Jänner 2016 musste der Beschwerdeführer insofern keine Lohnunterlagen bereithalten.

V.4. Zusammengefasst ergibt sich insofern, dass der Beschwerdeführer alle ihm möglichen Lohnunterlagen am 15.2.2016 bereitgehalten hat. Ein Verstoß gegen § 7d AVRAG liegt insofern nicht vor.

Im Ergebnis war der Beschwerde daher Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen. Demgemäß hat der Beschwerdeführer weder Kostenbeiträge zum Verfahren vor der belangten Behörde noch zum Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu bezahlen.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

VI.1. 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. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

VI.2. Darüber hinaus steht aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens mit der für ein Strafverfahren notwendigen Sicherheit lediglich fest, dass die u. Arbeitnehmer des Beschwerdeführers erst im Februar 2016 für dessen Unternehmen auf der Baustelle in Österreich zu arbeiten begonnen haben. Nicht ergeben hat sich, dass die u. Arbeiter auch schon im Jänner 2016 für das Unternehmen des Beschwerdeführers gearbeitet haben. Inwiefern die u. Arbeitnehmer im Jänner 2016 für ein anderes Unternehmen auf der kontrollierten Baustelle gearbeitet haben, kann verfahrensgegenständlich außer Betracht bleiben. Bei dieser Beurteilung handelt es sich um Sachverhaltsfeststellungen und Beweiswürdigung im konkreten Einzelfall; diese sind einer Verallgemeinerung nicht zugänglich. Auch aus diesem Grund war die ordentliche Revision für unzulässig zu erklären.

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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Lidauer