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-301613/10/BMa/TK

Datum:
Linz, 14. Mai 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des Dipl.-Ing. W S, vertreten durch P V Rechtsanwälte GmbH, R i I, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz, vom 4.5.2017, GZ: 0051330/2015, wegen Übertretungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 23.4.2018

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat zusätzlich zu den Verfahrenskosten des Behördenverfahrens einen Beitrag für das Verfahren vor dem Rechtsmittelgericht in Höhe von 800 Euro 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 dem in der Präambel angeführten Bescheid wurde der Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wie folgt schuldig erkannt und bestraft:

„Der Beschuldigte, Herr Dipl.-Ing. S, hat folgende Verwaltungsübertretungen als verwaltungsstrafrechtlich verantwortlicher zur Vertretung nach außen Berufener (handelsrechtlicher Geschäftsführer) der Firma S S Audio Video Mediensysteme GmbH (HRB 2981) mit Sitz in B (D), Industriegebiet See, gemäß § 9 Abs. 1 VStG zu vertreten:

Die Firma S S Audio Video Mediensysteme GmbH hat als Arbeitgeberin am 25.08.2015 für die folgenden auf der Baustelle ‚Neubau Privatuniversität' in L, H, mit der Durchführung von Einbau- und Abstimmungstätigkeiten von Tonanlagen beschäftigten - zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandten - Arbeitnehmer, die zur Überprüfung des den Arbeitnehmern nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts erforderlichen Unterlagen (=Lohnunterlagen) wie Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung, in deutscher Sprache auf der genannten Baustelle nicht bereitgehalten:

1. J L, deutscher Staatsangehöriger,
2. M K, deutscher Staatsangehöriger,
3. E Z, deutscher Staatsangehöriger und
4. A P, deutscher Staatsangehöriger

Von den oben angeführten vier Arbeitnehmern konnten nämlich anlässlich bei der am 25.08.2015 von der österreichischen Finanzpolizei F R U in L auf der genannten Baustelle (=Arbeits-(Einsatz)ort) durchgeführten Kontrolle keine Lohnunterlagen in deutscher Sprache - zur Überprüfung des dem/der entsandten Arbeitnehmers/in für die Dauer der Beschäftigung nach österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts - vorgelegt werden, obwohl dazu eine gesetzliche Verpflichtung nach den österreichischen Rechtsvorschriften besteht (§ 7d Abs. 1 AVRAG).

II. Verletzte Verwaltungsvorschrift(en) in der gültigen Fassung:
ad 1. bis ad 4. jeweils:
§ 7i Abs. 4 Z 1 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) iVm
§ 7d Abs. 1 AVRAG

III.Strafausspruch:
Über den Beschuldigten werden folgende Geldstrafen verhängt:

hinsichtlich	ad 1. bis ad 4.
pro Arbeitnehmer jeweils	1.000,--
daher insgesamt	€ 4.000,--

Im Falle der Uneinbringlichkeit werden folgende Ersatzfreiheitsstrafen verhängt:

hinsichtlich	ad 1. bis ad 4.
pro Arbeitnehmer jeweils	16 Stunden

daher Insgesamt 64 Stunden

Rechtsgrundlage: § 7i Abs. 4 AVRAG, §§ 9, 16, 19 und 22 VStG

IV.Kostenentscheidung:
Als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens hat der Beschuldigte 10 % der verhängten Strafe, das sind € 400,- zu leisten.

Rechtsgrundlage: § 64 Abs. 1 und 2 VStG

V. Zahlungsfrist:
Wird keine Beschwerde erhoben, ist der Gesamtbetrag (Strafe/Verfahrenskosten) in der Höhe von € 4.400." binnen zwei Wochen nach Rechtskraft des Bescheides mittels beiliegendem Erlagschein einzuzahlen. Sonst müsste die zwangsweise Einbringung veranlasst werden."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Begründend führt der bekämpfte Bescheid im Wesentlichen aus, der der Bestrafung zugrundeliegende Sachverhalt wurde aufgrund des Strafantrags des Finanzamts F R U zur Last gelegt. Bei der Strafausmessung wurde unter Anwendung des § 20 VStG die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten, weil unter Berücksichtigung sämtlicher gemäß § 19 VStG maßgeblicher Bemessungsgründe die verhängten Strafen dem Unrechtsgehalt der Tat sowie dem Verschulden des Beschuldigten angemessen sind.

1.3. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde vom 7.6.2017, mit der im Wesentlichen vorgebracht wurde, es würden zahlreiche Strafmilderungsgründe vorliegen, denen keine Erschwerungsgründe gegenüberstehen würden, das Verschulden des Beschwerdeführers sei gering und es könne mit der Erteilung einer Ermahnung das Auslangen gefunden werden. Dies insbesondere auch deshalb, weil firmenintern nicht der Bf für Personalangelegenheiten zuständig sei, sondern der zweite handelsrechtliche Geschäftsführer.

2.1. Die belangte Behörde legte die Beschwerde unter Anschluss des Verfahrensaktes dem LVwG Oö. vor, das gemäß § 2 VwGVG durch Einzelrichterin entscheidet.

2.2. Das LVwG Oö. hat Einsicht genommen in den vorgelegten Verfahrensakt und am 23.4.2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der der rechtsfreundliche Vertreter des Bf sowie ein Vertreter des Finanzamts F R U gekommen sind.

3. Das LVwG Oö. hat erwogen:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Der Bf ist Außenvertretungsbefugter der S S Audio Video Mediensysteme GmbH mit Sitz in B (D), I S. Diese Firma hat als Arbeitgeberin die im Spruch des bekämpften Erkenntnisses angeführten deutschen Staatsangehörigen am 25.8.2015 mit Arbeiten auf der Baustelle „Neubau Privatuniversität“ in L, H, beschäftigt. Die notwendigen Lohnunterlagen für diese Arbeitnehmer wurden am Einsatzort der nach Österreich entsandten Arbeitnehmer nicht in deutscher Sprache bereitgehalten und wurden zum Kontrollzeitpunkt vor Ort nicht vorgelegt. Firmenintern gibt es zwischen den beiden Geschäftsführern T S und W S eine Aufteilung der Arbeitsbereiche, wonach für Personalangelegenheiten überwiegend T S zuständig ist. Er wird von W S im Falle von Urlaub, Krankenstand oder sonstiger Abwesenheit vertreten. Die beiden Geschäftsführer besprechen auch die Agenden der Personalverwaltung miteinander. Eine Meldung bei der zuständigen Behörde, dass T S als verantwortlicher Beauftragter die Personalagenden übernommen hatte, wurde nicht erstattet. Nachdem anlässlich der Kontrolle am 25.8.2015 zutage getreten war, dass die erforderlichen Unterlagen nicht bereitgehalten wurden, wurde innerbetrieblich ein Kontrollsystem geschaffen, wonach nunmehr eine Bedienstete darüber informiert ist, zu welchen Baustellen im Ausland die Arbeitnehmer der Firma entsandt werden und von dieser wird kontrolliert, ob sämtliche erforderlichen Unterlagen auch tatsächlich mitgeführt werden. Für den Fall ihrer Abwesenheit wurde auch ein Vertreter bestellt.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorgelegten Verfahrensakt der belangten Behörde und dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung ergibt. Dass die erforderlichen Lohnunterlagen am Einsatzort der deutschen Staatsbürger in Österreich nicht bereitgehalten wurden, wurde vom Bf nie bestritten. Die Feststellungen zum nachträglich installierten Kontrollsystem und zur innerbetrieblichen Arbeitsaufteilung der beiden Bf ergeben sich aus der Aussage der Zeugin G-K anlässlich der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 23.4.2018 und den mit dieser Aussage übereinstimmenden Behauptungen des Vertreters des Bf.
Die Zeugin A G-K wurde vom Vertreter des Bf namhaft gemacht, sie konnte aber zum konkreten Vorwurf der Nichtbereithaltung der Unterlagen am 25.8.2015 nur Aussagen vom „Hörensagen“ machen, war sie zu dieser Zeit doch mit diesen Agenden nicht betraut, sodass nur Feststellungen zum allgemeinen Ablauf der Entsendung von Arbeitnehmern nach Österreich getroffen werden konnten.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das LVwG Oö. erwogen:

3.3.1. Die maßgebliche Rechtsvorschriften lauten:

Gemäß § 9 Abs. 1 VStG ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht

verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

§ 7 d AVRAG

(1) Arbeitgeber/innen im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 haben 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, Arbeitszeltaufzeichnungen 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.

(2) Bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung trifft die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen den/die inländische/n Beschäftiger/in. Der/Die Überlasser/in hat dem/der Beschäftiger/in die Unterlagen nachweislich bereitzustellen.

§7i AVRAG

(4) 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 Lohn unterlagen nicht bereithält

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.

§ 20 VStG

Überwiegen die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich oder ist der Beschuldigte ein Jugendlicher, so kann die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden.

§ 45 VStG
(1) Die Behörde hat von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn ....

4. Die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgut und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind;
....
Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde den Beschuldigten im Fall der Z4 und der Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilten, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

3.3.2. Weil der Rechtsmittelwerber als zur Vertretung nach außen Berufener und damit gemäß § 9 VStG strafrechtlich Verantwortlicher der Fa. SALZBRENNER STAGETEC Audio Video Mediensysteme GmbH nicht dafür gesorgt hat, dass die entsprechenden Lohnunterlagen in deutscher Sprache für die Dauer der Beschäftigung in deutscher Sprache am Arbeits(Einsatz)ort bereitgehalten wurden, hat er das Tatbild der ihm vorgeworfenen Verwaltungsübertretung begangen.

3.3.3. 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.

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachen-vorbringen und durch Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die "Glaubhaftmachung" nicht.

Weil der Bf als Verantwortlicher nicht dafür gesorgt hatte, dass die erforderlichen Unterlagen in Österreich am Einsatzort der Arbeitnehmer bereitgehalten wurden, hat er zumindest fahrlässig gehandelt. Das Vorhandensein eines Kontrollsystems zur Vermeidung der Nichtbereithaltung von Unterlagen zum Tatzeitpunkt wurde

vom Bf nicht behauptet. Auch hat er nicht dargetan, dass er das Handeln des firmenintern für Personalangelegenheiten zuständigen Geschäftsführers kontrolliert hätte.
Die Verwaltungsübertretung ist dem Rechtsmittelwerber damit auch in subjektiver Hinsicht vorzuwerfen.

3.3.4. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG idgF sind Grundlagen für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.
Nach Abs. 2 leg. cit. sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40-46) 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 Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32-35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Die belangte Behörde hat unter Anwendung des § 20 VStG die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten.
Dabei hat sie strafmildernd das Geständnis des Bf, dessen Unbescholtenheit und das erkennbare Bemühen, in Zukunft derartige Verstöße zu vermeiden, sowie die relativ lange Verfahrensdauer berücksichtigt. Straferschwerend wurde kein Umstand gewertet.
Den von der belangten Behörde zugrunde gelegten Vermögens-, Einkommens- und Familienverhältnissen ist der Bf nicht entgegengetreten, sodass auch im Rechtsmittelverfahren von einem monatlichen Nettoeinkommen von zumindest 3.000 Euro und dem Nichtvorliegen von Sorgepflichten ausgegangen wird.

Die Beschwerde beantragt die Erteilung einer Ermahnung.
Voraussetzung dafür ist, dass die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind.
Auch wenn im vorliegenden Fall davon ausgegangen werden kann, dass das Verschulden des Bf gering ist – insbesondere weil primär der zweite handelsrechtliche Geschäftsführer für Personalangelegenheiten zuständig ist – kann das Vorliegen der Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 Z 4 nicht hinsichtlich der Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts und der Intensität seiner Beeinträchtigung angenommen werden. Durch das Nichtbereithalten der erforderlichen Lohnunterlagen hat der Bf das deliktstypische Verhalten verwirklicht und es sind keine Umstände hervorgekommen, die aufzeigen würden, dass die Intensität der Beeinträchtigung des Rechtsgutes gering ist. Die Beschwerde führt dazu aus, dass sich aus den nachgereichten Lohnunterlagen ergebe, dass keine Unterentlohnung der im Straferkenntnis angeführten Arbeitnehmer stattgefunden

habe und der Schutzzweck der Bestimmung betreffend Lohn- und Sozialdumping daher nicht unterlaufen würde.
Dem ist entgegenzuhalten, dass diese Ausführungen nicht geeignet sind, das Nichtvorliegen der erforderlichen Unterlagen anlässlich der Kontrolle zu rechtfertigen.

Daher ist die von der belangten Behörde festgesetzte Strafhöhe durch Unterschreitung der sich nach dem 3. Strafsatz des § 7i Abs. 4 Z 1 AVRAG ergebenden Mindeststrafe bis zur Hälfte, unter Berücksichtigung sämtlicher Strafmilderungsgründe und dem Nichtvorliegen von Straferschwerungsgründen, angemessen und diese war somit zu bestätigen.

zu II. Weil der Beschwerde keine Folge gegeben wurde, waren gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG Kosten für das Verfahren vor dem LVwG Oö. iHv 20 % der verhängten Strafe vorzuschreiben.

zu 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. Insbesondere weicht die gegenständliche Entscheidung von der als einheitlich zu beurteilenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Nichtbereithaltung der erforderlichen Lohnunterlagen am Einsatzort in Österreich nicht ab.

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. Gemäß § 7n Abs. 2 AVRAG wird darauf hingewiesen, dass mit der rechtskräftigen Bestrafung die Eintragung des Bf und seiner Firma in die Evidenz des Kompetenzzentrum LSDB verbunden ist.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bergmayr-Mann