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

Geschäftszeichen:
LVwG-301728/28/SE/PP

Datum:
Linz, 12. November 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Ellmer über die Beschwerde des A G, vertreten durch X, X & Partner Rechtsanwälte GmbH & Co KG, X, X, vom 30. Oktober 2017, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 27. September 2017, GZ: 0041186/2016, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 29. Oktober 2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 27. September 2017, GZ: 0041186/2016, wird aufgehoben und das diesbezügliche Strafverfahren eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens und des verwaltungsbehördlichen Verfahrens 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 des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz (in der Folge: belangte Behörde) vom 27. September 2017, GZ: 0041186/2016, wurden über A G (in der Folge: Beschwerdeführer) als Inhaber der Firma „X e.U.“ wegen Verwaltungsübertretungen nach § 7b Abs. 3 AVRAG iVm § 7b Abs. 8 Z 1 1. Fall AVRAG 33 x 250 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von jeweils 16 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von insgesamt 825 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde (auszugsweise Wiedergabe ohne Hervorhebungen):

„Der Beschuldigte, Herr A G, geb. [...], wohnhaft [...], hat als Inhaber der Firma 'X e.U.' (Einzelunternehmen) mit Sitz in X (X), X, und somit als Arbeitgeber folgende Verwaltungsübertretungen zu verantworten:

Die deutsche Firma X e.U. hat als Arbeitgeberin es verabsäumt die Beschaffung der folgenden - zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandten - Arbeitnehmer, rechtzeitig und zwar bis spätestens eine Woche vor deren Arbeitsaufnahme in Österreich (die Arbeitsaufnahme bzw. Arbeitsverrichtung ‚Ausschank von Getränken‘ selbst erfolgte am 25.05.2016) der zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertrags-Anpassungsgesetz (AVRAG) des Bundesministeriums für Finanzen zu melden (ZKO 3-Meldung):

1. C F, geb. X,
2. C M, geb. X
3. D C, geb. X
4. D J, geb. X
5. F L, geb. X
6. F J, geb. X
7. H J, geb. X
8. K J, geb. X
9. K L, geb. X
10. K D, geb. X
11. K J, geb. X
12. L P, geb. X
13. L F, geb. X
14. L M, geb. X
15. M C, geb. X
16. N A, geb. X
17. O J, geb. X
18. P P, geb. X
19. R B, geb. X
20. R G, geb. X
21. R L, geb. X

22. S J, geb. X
23. S R, geb. X
24. S C, geb. X
25. S A, geb. X
26. S M, geb. X
27. T K, geb. X
28. T S, geb. X
29. T C, geb. X
30. W C, geb. X
31. W V, geb. X
32. W T, geb. X
33. W V, geb. X

Die genannten Arbeitnehmer wurden nämlich – wie von der österreichischen Abgabenbehörde Finanzpolizei X am 25.05.2016 beginnend ab 19.05 Uhr in X, X, im Stadion der Stadt X beim X Festival im Zuge der Kontrolle festgestellt wurde – an diesem Tag vor Ort bei der Ausgabe (Ausschank) von Getränken angetroffen.
Die Meldungen über die Entsendung dieser Arbeitnehmer erfolgten von der deutschen ‚X e. U.' (siehe auch abgegebene ZKO 3-Meldungen dazu: ZKO3/2016-27033V vom 22.05.2015, ZKO3/2016-27036y vom 22.05.2015, ZKO3/2016-270339bvom 22.05.2015, ZKO3/2016-27041f vom 22.05.2015, ZKO3/2016-27082S vom 23.05.2015, ZKO3/2016-27130k vom 23.05.2015, ZKO3/2016-27052X vom 23.05.2015) erst am 22.05.2016 sowie am 23.05.2016 und damit jeweils verspätet, da eine solche Meldung bis spätestens eine Woche vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme der dafür vorgesehenen Arbeitnehmer jeweils vorzunehmen und somit bis spätestens 15.05.2016 bzw. 16.05.2016 elektronisch zu erstatten gewesen wäre."

Begründend wurde im Wesentlichen angeführt, dass die angeführten 33 Arbeitnehmer von der österreichischen Finanzpolizei bei der Ausgabe von Getränken am 25. Mai 2016 angetroffen worden wären. Die X e.U. habe mit der X GmbH & Co. KG einen grenzüberschreitenden Dienstvertrag abgeschlossen. Es seien sowohl die objektive als auch die subjektive Tatbestandsmäßigkeit erwiesen. Die verhängte Geldstrafe sei ein tat- und schuldangemessen.

I.2. Dagegen hat der rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde erhoben und beantragt, eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen und der Beschwerde stattzugeben sowie das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Zusammenfassend wurde ausgeführt, dass nach dem LSD-BG die einwöchige Frist für die Erstattung der ZKO3- und ZKO4-Meldungen entfallen sei. Die Meldungen seien nunmehr vor Arbeitsaufnahme in Österreich zu erstatten. Der Gesetzgeber habe die in § 7b Abs. 3 AVRAG genannte Frist von einer Woche für unverhältnismäßig erachtet. Die Strafe richte sich nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht, es sei denn, dass das zur Zeit der Entscheidung geltende Recht in seiner Gesamtauswirkung für den Täter günstiger wäre. Dies sei für den konkreten Fall eindeutig gegeben. Das dem Beschwerdeführer vorgeworfene

Verhalten werde aufgrund der Änderung der Rechtslage nunmehr gar nicht mehr strafrechtlich sanktioniert. Zudem liege keine Entsendung vor.

I.3. Die belangte Behörde hat die Beschwerde samt den bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 22. November 2017, eingelangt am 27. November 2017, zur Entscheidung vorgelegt.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat am 29. Oktober 2018 eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Alle Parteien sind erschienen.

Zu Beginn der mündlichen Verhandlung hielt der Vertreter der belangten Behörde fest, dass es sich im konkreten Fall um keine Entsendung handle, da der gewöhnliche Aufenthalt aller Beschäftigten zum Tatzeitpunkt in Österreich war. Der Vertreter der Organpartei schloss sich den Ausführungen der belangten Behörde an.
Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hielt fest, dass auch er diese Rechtsmeinung vertrete. Überdies hätten die Beschäftigten keinen Rückkehrwillen nach Deutschland gehabt, weil eben der gewöhnliche Aufenthalt in Österreich gewesen sei. Zum Tatzeitpunkt seien sie nicht den deutschen Rechtsvorschriften unterlegen, sondern anderen Rechtsvorschriften als der Beschwerdeführer, weshalb eine Entsendung ausgeschlossen sei.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt der belangten Behörde, das Beschwerdevorbringen sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

II.2. Folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt gilt als erwiesen:

Der Beschwerdeführer ist Inhaber der Firma „X e.U.“ mit Sitz in Deutschland, X, X.
Die X e.U. hat mit der X GmbH & Co KG, Niederlassung in X, einen Vertrag über die Betreuung der in diesem Vertrag näher bezeichnetem Getränkestände für die Veranstaltung am 25. Mai 2016, X Festival in X, abgeschlossen.
Die X e.U. hat für diese Veranstaltung 33 Arbeitnehmer, die alle ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort und Arbeitsort in Österreich hatten, beschäftigt.
Eine Fortsetzung der Arbeitsleistung der 33 beschäftigten Arbeitnehmer in Deutschland bei der X e.U. war weder vorgesehen noch vereinbart.
Die Abgabenbehörde, Finanzpolizei Team X für das Finanzamt X, hat am 25. Mai 2016 im Stadion der Stadt X beim X Festival, beginnend um 19:05 Uhr, eine Kontrolle auf Einhaltung der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes und des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes durchgeführt. Für die im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses

angeführten 33 Arbeitnehmer wurden ZKO3-Meldungen bereitgehalten, die am 22. und 23. Mai 2016 von der X e.U. durchgeführt wurden. Die 33 Arbeitnehmer waren ausschließlich für die Dauer der Veranstaltung, nur wenige Stunden, des X Festivals mit der Ausgabe von Getränken beschäftigt.

II.3. Der festgestellte Sachverhalt blieb unbestritten.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat wie folgt erwogen:

III.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes – AVRAG, BGBl. Nr. 459/1993, in der zum tatzeitpunkt geltenden Fassung lauten:

„Ansprüche gegen ausländische Arbeitgeber/innen mit Sitz in einem EU- oder EWR-Mitgliedstaat

§ 7b. (1) Ein/e Arbeitnehmer/in, der/die von einem/einer Arbeitgeber/in mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wird, hat unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts für die Dauer der Entsendung zwingend Anspruch auf
[...]

(3) Arbeitgeber/innen im Sinne des Abs. 1 haben 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 automatisationsunterstützt 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.
[...]

(8) Wer als Arbeitgeber/in im Sinne des Abs. 1
1. die Meldung oder die Meldung über nachträgliche Änderungen bei den Angaben (Änderungsmeldung) entgegen Abs. 3 nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erstattet oder

2. in der Meldung oder Änderungsmeldung nach Abs. 3 wissentlich unrichtige Angaben erstattet oder
3. die erforderlichen Unterlagen entgegen Abs. 5 nicht bereithält oder den Organen der Abgabenbehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vor Ort nicht unmittelbar zugänglich macht oder
4. die erforderlichen Unterlagen entgegen Abs. 5 oder § 7h Abs. 2 nicht übermittelt,

begeht 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.
[...]“

III.2. Die gegenständlichen 33 Arbeitnehmer waren nur für den Zweck der Erfüllung des Dienstleistungsvertrags der X e.U. mit der X GmbH & Co KG am 25. Mai 2016 von 15:30 bis 23:30 Uhr beschäftigt. Es bestand weder vorher noch nachher ein Arbeitsverhältnis zur X e.U.

III.3. Unbestritten geblieben ist, dass die entsprechenden ZKO3-Meldungen zwar vor Arbeitsbeginn, jedoch nicht spätestens eine Woche davor erfolgt sind.

Jedoch liegt gegenständlich keine grenzüberschreitende Entsendung vor, da die Beschäftigten ihren örtlichen und zeitlichen Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses nicht im Entsendestaat hatten. Es bestand auch nie ein Rückkehrwille, in den Entsendestaat zurückzukehren. Alle 33 Beschäftigten waren in Österreich zur Sozialversicherung angemeldet und konnten auch ihre E-Card vorlegen.

Mangels Vorliegen einer grenzüberschreitenden Entsendung bestand auch keine Verpflichtung eine ZKO3-Meldung zu erstatten.

III.4. Der Beschwerdeführer wendet ein, dass im gegenständlichen Fall das Günstigkeitsprinzip gemäß § 1 Abs. 2 VStG zur Anwendung kommt.
Dazu ist festzuhalten, dass seit dem Inkrafttreten des LSD-BG am 1. Jänner 2017 die einwöchige Frist für die ZKO-Meldung weggefallen ist. Nachdem die neue gesetzliche Regel aber nur auf Sachverhalte anzuwenden ist, die sich nach dem 31. Dezember 2016 ereignet haben, kommt eine Anwendung dieser Bestimmungen (Günstigkeitsprinzip) auf den vorliegenden Fall nicht in Betracht.
Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes liegt keine Verletzung des Art. 7 EMRK (Verbot der rückwirkenden Anwendung strengerer Strafbestimmungen iSd neueren Rechtsprechung des EGMR) angesichts des Wegfalls der Strafbarkeit vor. Art. 7 EMRK gebietet zwar, bei Änderung der Rechtslage nach der Begehung der Straftat die für den Beschuldigten mildere Strafe zu verhängen. Es ist jedoch auch mit Blick auf Art. 49 Abs. 1 der EU-Grundrechte-Charta nicht geboten, von der Verhängung einer Strafe im Fall eines Verstoßes gegen eine konkrete Verhaltenspflicht abzusehen (bei anderer Auslegung Beseitigung der Sanktionsbewehrung eines Gebotes bereits vor Außerkrafttreten der Norm,

rechtstreuer Normadressat wäre dann schlechter gestellt) [VfGH 8.3.2012, B 1003/11 ua].

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Diese Voraussetzungen haben kumulativ vorzuliegen.

Der Beschwerdeführer war von Anbeginn geständig und reumütig. Die ZKO3-Meldung erfolgte vor der Kontrolle der Abgabenbehörde und aus den im Akt befindlichen Unterlagen ergibt sich letztendlich, dass eine Unterentlohnung der entsendeten Arbeitnehmer nicht vorlag. Erschwerungsgründe liegen nicht vor. Der Schutzzweck der übertretenen Normen des AVRAG wurde insofern nicht beeinträchtigt, weshalb auch mit der Übertretung nur unbedeutende Folgen verbunden sind. Insgesamt betrachtet liege im konkreten Einzelfall daher ein Anwendungsfall des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG vor, weshalb auch deshalb das die Einstellung des Strafverfahrens zu verfügen wäre.

IV. 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 Verwaltungsgerichthofes.

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. Ein Verzicht ist

schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s e

1. Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

2 . Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Ellmer