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-301908/4/Py/PP

Datum:
Linz, 5. Juli 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde des Z.H., vertreten durch Rechtsanwalt Dr. C.S., X, W., gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 6. Februar 2018, GZ: Pol-78026-2016, betreffend Verwaltungsübertretungen nach dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG)

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als die verhängten Geldstrafen auf je 250 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafen auf je 17 Stunden herabgesetzt werden. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Der Kostenbeitrag des Beschwerdeführers zum Verfahren vor der belangten Behörde verringert sich auf 50 Euro. Für das Verfahren vor dem Oö. Landesverwaltungssenat ist kein Kostenbeitrag 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 Stadt Wels (in der Folge: belangte Behörde) vom 6. Februar 2018, GZ: Pol-78026-2016, wurden über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretung nach § 7b Abs. 3 iVm § 7b Abs. 8 Z 1 1. Fall Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) zwei Geldstrafen in Höhe von je 500 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen in Höhe von je 34 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 100 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zu Grunde:

„Sie haben es zur Vertretung nach außen berufenes und damit gemäß § 9 Verwaltungsstrafgesetz – VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortliches Organ der Fa. B. d.o.o. mit Sitz in Kroatien, N., X, zu verantworten, dass – wie bei der Kontrolle der Finanzpolizei

am	um (von –bis Uhr)	in
15.03.2016	ab 15.35 Uhr	W., X,

festgestellt wurde- durch diese Firma als Arbeitgeberin gemäß § 7b Abs 1 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz – AVRAG entgegen § 7b Abs 3 AVRAG die Beschäftigung der von 07.03.2016 bis zumindest 15.03.2016 zur Erbringung einer Arbeitsleistung (Lift-Montage, jeweils von Montag bis Donnerstag 08:00 bis 16:00 Uhr, Freitag 08:00 bis 12:00 Uhr) nach Österreich, W., X, entsendeten Arbeitnehmer
1. B.M., geb. x,
2. K.S., geb. x,
alle kroatische Staatsbürger, nicht spätestens eine Woche vor Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen gemeldet wurde. Mit Strafantrag vom 29.04.2016 hat die Finanzpolizei die Verhängung einer Verwaltungsstrafe in Höhe von insgesamt EUR 1.000,00 beantragt.“

In der Begründung führt die belangte Behörde unter Wiedergabe des Verfahrensganges und der Rechtsgrundlagen zusammengefasst aus, dass sich aus der Rechtfertigung des Beschuldigten keine Anhaltspunkte ergeben haben, die geeignet wären, die Richtigkeit des angezeigten Sachverhalts in Zweifel zu ziehen. Für die erkennende Behörde ist der im Spruch dargestellte Sachverhalt aufgrund der Aktenlage und des Ergebnisses des durchgeführten Ermittlungsverfahrens folglich erwiesen und ist dem Beschuldigten ein Schuldentlastungsbeweis nicht gelungen.

Zur verhängten Strafhöhe wird ausgeführt, dass als strafmildernd das kooperative Verhalten des Beschuldigten gewertet wurde und mit der Verhängung der gesetzlichen Mindeststrafe das Auslangen gefunden werden konnte.

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig vom Bf im Wege seiner rechtsfreundlichen Vertretung eingebrachte Beschwerde in der der Bf zusammengefasst

vorbringt, dass sich der ständige Vertreter des Unternehmens vor Arbeitsaufnahme durch die angeführten Arbeitnehmer persönlich an die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung gewandt hat, um die gegenständliche Entsendung zu melden. Ihm wurde telefonisch mitgeteilt, dass eine solche Meldung im konkreten Fall nicht erforderlich sei, sondern eine Beschäftigungsbewilligung beim Arbeitsmarktservice zu beantragen wäre. Auf diese Aussage habe er sich verlassen und dufte er sich auch darauf verlassen. Wie telefonische Anfragen üblicherweise von der ZKO behandelt werden, kann vom Bf nicht beurteilt werden, im konkreten Fall hat Herr D aber eine anders lautende Auskunft erhalten oder sie zumindest so verstanden. Ob diese juristisch richtig ist konnte er nicht wissen und schon gar nicht überprüfen, weshalb den Bf kein Verschulden an der nichterfolgten Meldung trifft.

Selbst wenn ein Verschulden vorliegt würden die Voraussetzungen für eine Herabsetzung der Strafe gemäß § 20 VStG vorliegen, was eventualiter ebenfalls beantragt wird.

3. Mit Schreiben vom 3. April 2018 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt Bezug habenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Diese entscheidet gemäß § 2 VwGVG durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

4. Das Landesverwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht. Dem Bf wurde im Wege seiner Rechtsvertretung Gelegenheit gegeben, zur Stellungnahme der am Verfahren beteiligten Organpartei vom 26. März 2018 zu seinem Beschwerdevorbringen im Rahmen des Parteiengehörs Stellung zu beziehen. Davon machte der Bf mit Eingabe vom 7. Mai 2018 Gebrauch. Zum Vorbringen der Organpartei, wonach ein Wohlverhalten des Bf nach der Kontrolle nicht vorliegt, übermittelte der Bf einen Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Salzburg vom 26. Februar 2018, GZ: 01/06/23446/2018/006, wonach das gegen den Bf aufgrund der Kontrolle vom 15. Dezember 2017 eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren wegen Übertretungen nach dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz mangels Verwirklichung des angezeigten Sachverhalts inzwischen eingestellt wurde.

Die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung erwies sich gemäß § 44 VwGVG als nicht erforderlich.

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

Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma B. d.o.o., X, N., Kroatien (in der Folge : Firma B.) und im Unternehmen für die Einhaltung der mit der Entsendung von Arbeitnehmern des Unternehmens nach Österreich maßgeblichen

Rechtsvorschriften verantwortlich. Das Unternehmen führt regelmäßig in Kroatien, Österreich und Deutschland die Montage von Aufzügen und Rolltreppen durch.

Anlässlich einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei am 5. März 2016 in W., X, wurden die beiden kroatischen Arbeitnehmer der Firma B., Herr S.K., geb. x, und Herr M.B., geb. x, bei der Montage eines Lifts angetroffen. Eine Meldung über die Entsendung der Arbeitnehmer an die ZKO lag bei der Kontrolle nicht vor.

Nach Angaben des Bf ging der für die laufenden Geschäfte in Österreich zuständige Vertreter der österreichischen Zweigniederlassung des Unternehmens nach Kontaktaufnahme mit der ZKO davon aus, dass für die gegenständlichen Arbeitnehmer eine Entsendemeldung an die Zentrale Koordinationsstelle nicht erforderlich ist.

4.1. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt und ist in dieser Form unbestritten.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. 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 eine 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, wer als Arbeitgeber/in im Sinn 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 entgegen Abs. 3 nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erstattet. Bei grenzüberschreitender Entsendung gilt die Verwaltungsübertretung als in dem Sprengel der Bezirksverwaltungsbehörde begangen, in dem der Arbeits(Einsatz)-ort der nach Österreich entsandten Arbeitnehmer/innen liegt, bei wechselnden Arbeits(Einsatzorten) am Ort der Kontrolle.

5.2. Vom Bf wurde nicht bestritten, dass für die von dem von ihm vertretenen Unternehmen B. mit Sitz in Kroatien die beiden kroatischen Staatsangehörigen M.B. und S.K. in der Zeit vom 7. März 2016 bis 15. März 2016 zur Erbringung einer Arbeitsleistung auf die Baustelle nach Wels entsandt wurden, ohne dass diese Entsendung der Zentrale Koordinationsstelle gemeldet wurde.

Der objektive Tatbestand der gegenständlichen Verwaltungsübertretung ist daher als erfüllt zu werten.

5.3. Der Bf bestreitet jedoch sein Verschulden am Zustandekommen der Verwaltungsübertretung mit dem Vorbringen, sein zuständiger Mitarbeiter habe sich bei der Zentralen Koordinationsstelle hinsichtlich der Entsendung erkundigt und eine falsche Auskunft erhalten bzw. die Auskunft allenfalls falsch interpretiert.

Mit diesem Vorbringen gelingt es dem Bf jedoch nicht mangelndes Verschulden darzulegen.

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.

Die Zentrale Koordinationsstelle hat zum Vorbringen des Bf eine Stellungnahme der Zentralen Koordinationsstelle eingeholt, die dazu grundsätzlich angab, dass bei Anfragen immer darauf hingewiesen werde, dass es sich um keine rechtsverbindliche Auskunft handelt da nicht die Möglichkeit besteht, einen schriftlich oder telefonisch mitgeteilten Sachverhalt zu überprüfen. Für rechtliche Fragen wird daher an das zuständige Sozialministerium bzw. Arbeitsmarktservice verwiesen.

Bei Zweifel über den Inhalt einer Verwaltungsvorschrift ist ein Gewerbetreibender verpflichtet, bei der zuständigen Behörde Auskunft einzuholen; wenn er dies unterlässt, vermag ihn die fehlerhafte Gesetzesauslegung grundsätzlich nicht von seiner Schuld zu befreien (siehe VwGH 27.1.2011, 2010/03/0179, mwN). Solche Erkundigungen haben an der geeigneten Stelle zu erfolgen, worunter im Zweifelsfall die zur Entscheidung der Rechtsfrage zuständige Behörde zu verstehen ist. Es ist somit ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass nur im Falle der Erteilung einer, auf einer vollständigen Sachverhaltsgrundlage erteilten, unrichtigen Rechtsauskunft der zuständigen Behörde im Vertrauen auf die Auskunft erfolgte Gesetzesverstöße nicht als Verschulden angerechnet werden können. Dass dem Bf von der zuständigen Behörde tatsächlich eine falsche Rechtsauskunft erteilt wurde konnte er im Verfahren nicht glaubwürdig darlegen, der Umstand, dass sein Mitarbeiter möglicherweise eine ihm von der ZKO erteilte Auskunft falsch interpretierte, vermag mangelndes Verschulden nicht darzulegen.

Die gegenständliche Verwaltungsübertretung ist dem Bf daher auch in subjektiver Hinsicht zuzurechnen.

6. 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.

Gemäß § 20 VStG kann die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen oder der Beschuldigte ein Jugendlicher ist.

Die belangte Behörde hat über den Bf die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe verhängt. Im Verfahren ist jedoch hervorgekommen, dass die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe im vorliegenden Fall beträchtlich überwiegen, zumal Erschwerungsgründe nicht hervorgekommen sind und die Unbescholtenheit des Bf, sein kooperatives und reumütiges Verhalten sowie die lange Verfahrensdauer als strafmildernd zu werten sind. Nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich erscheint es daher angemessen und gerechtfertigt, die gesetzliche Mindeststrafe unter Anwendung des § 20 VStG auf das nunmehr verhängte Ausmaß herabzusetzen. Damit ist eine ausreichende Sanktion gesetzt, um dem Bf die Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens eindringlich vor Augen zu führen und ihn künftig zu einem gesetzeskonformen Verhalten anzuleiten.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

II. Bei diesem Verfahrensergebnis entfällt gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG die Verpflichtung zur Leistung eines Kostenbeitrags zum Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde war im Hinblick auf das nunmehrige Strafausmaß entsprechend herabzusetzen.

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, oben zitierten 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.

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 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. Panny