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-300867/2/Kü/TO + 300875/2

Datum: Linz, 16. Jänner 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerden von 1. Herrn D. J. und 2. A d.o.o., beide vertreten durch Dr. R G, Mag. R V, Dr. M S, Rechtsanwälte, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen vom 20. Oktober 2015, GZ: SanRB96-139-2015, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG)

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) wird der Beschwerde insofern Folge gegeben, als die über den Beschwerdeführer 1. verhängten Geldstrafen auf jeweils 1.000 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafen auf jeweils 17 Stunden herabgesetzt werden.

II. Gemäß § 38 VwGVG iVm § 64 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) ermäßigt sich für den Beschwerdeführer 1. der Kostenbeitrag zum Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde auf 1.800 Euro; für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG kein Kostenbeitrag zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG 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 Grieskirchen vom 20. Oktober 2015, SanRB96-139-2015, wurden über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 7i Abs. 4 Z 2 iVm § 7d Abs. 1 und Abs. 2 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) achtzehn Geldstrafen iHv jeweils 2.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 33 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag von insgesamt 3.600 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer der A d.o.o. mit Sitz x, und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ zu verantworten, dass von der genannten Gesellschaft als Überlasser iSd § 3 Abs. 2 AÜG die nachfolgenden 18 Arbeitnehmer jeweils mit slowenischer StA. während des u.a. Überlassungszeitraumes zur Erbringung einer fortgesetzten Arbeitsleistung der S GmbH mit Sitz in x, bzw. deren Tochterfirma M GmbH am Standort in x, (L I, S A, T B) überlassen worden waren, ohne dass der Überlasser die Lohnunterlagen (Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitsaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung) zur Überprüfung der den überlassenen Arbeitnehmern für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache nachweislich bereitgestellt hat, sodass den Organen der Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde bei den erforderlichen Erhebungen u.a. nach dem AVRAG am 17.6.2015 am Firmensitz der S GmbH in x die o.a. Lohnunterlagen nicht bereitgestellt werden konnten.

1. B A, geb. x, eingesetzt als CNC Operator v. 2.2.2015 - 30.6.2015
2. D D, geb. x, eingesetzt als CNC Operator v. 2.2.2015 - 30.6.2015
3. H M, geb. x, eingesetzt als CNC Operator vom 2.2.2015 - 30.6.2015, bzw. seit 2 Jahren und 3 Monaten
4. J M, geb. x, eingesetzt als CNC Operator vom 2.2.2015 -30.6.2015
5. L I, geb. x, eingesetzt als Schweißer vom 2.2.2015 - 30.6.2015
6. M P, geb. x, eingesetzt als CNC Operator vom 2.2.2015 - 30.6.2015, bzw. seit 2 ½ Jahren
7. N U, geb. x, eingesetzt als CNC Operator vom 2.2.2015 - 30.6.2015
8. N F, geb. x, eingesetzt als CNC Operator vom 24.2.2015 - 30.6.2015
9. P P, gebx, eingesetzt als CNC Operator vom 2.2.2015 - 30.6.2015
10. P R, geb. x, eingesetzt als CNC Operator vom 2.2.2015 - 30.6.2015
11. R D, geb. x, eingesetzt als CNC Operator vom 2.2.2015 - 30.6.2015
12. S K, geb. x, eingesetzt als Lieferer und Staplerfahrer vom 2.2.2015 -30.6.2015
13. S A, gebx, eingesetzt als Schweißer vom 2.2.2015 - 30.6.2015
14. T B, geb. x, eingesetzt als CNC Operator vom 2.2.2015 - 30.6.2015
15. U D, geb. x, eingesetzt als CNC Operator vom 2.2.2015 - 30.6.2015
16. V B, geb. x, eingesetzt als CNC Operator v. 7.4.2015 - 30.6.2015
17. V M, geb. x, eingesetzt als CNC Operator v. 2.2.2015 - 30.6.2015
18. Z M, geb. x, eingesetzt als CNC Helfer vom 16.3.2015 - 30.6.2015.“

Im Spruchpunkt 2. wurde von der belangten Behörde ausgesprochen, dass die Beschwerdeführerin 2. für die verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten sowie sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen zur ungeteilten Hand haftet.

2. Dagegen wurde rechtzeitig im Wege der rechtsfreundlichen Vertretung Beschwerde wegen mangelhafter Tatsachenfeststellung, wegen des Vorliegens von Verfahrensmängeln und wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung erhoben und dazu Folgendes (wortwörtlich wiedergegeben) vorgebracht:
„Es wird somit nicht bestritten, dass anlässlich der Kontrolle die Lohnunterlagen nicht zur Verfügung standen. Sie wurden aber innerhalb kürzester Zeit nachgereicht.
Die Behörde hat daher die Bestimmung des § 7d Abs. 1 AVRAG unrichtig angewendet. Nach dieser Bestimmung ist es ausreichend, die Unterlagen bereit zu halten und der Abgabenbehörde auf Aufforderung zu übermitteln, wenn die Bereithaltung der Lohnunterlagen am Einsatzort nicht zumutbar ist. Bei der großen Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer und dem Umfang der Lohnunterlagen ist es nicht zumutbar, diese stets an Ort und Stelle bereit zu halten. Sie wurden auch umgehend übermittelt, sodass kein Grund für eine Bestrafung besteht.

Die erstinstanzliche Behörde ist auf den Strafausschließungsgrund des § 7d Abs. 1 AVRAG, wonach die Bereithaltung der Unterlagen im Inland ausreichend ist, wenn sie nachweislich der Behörde bis zum Ablauf der Aufforderung zweitfolgenden Werktages abgesendet werden, überhaupt nicht eingegangen. Dies ist ein wesentlicher Verfahrensmangel und wäre die Behörde zu einem anderen Straferkenntnis gelangt, wenn sie überprüft hätte, wann die angeforderten Unterlagen bei ihr eingelangt sind bzw. wann sie überhaupt einlagen konnten - soweit nämlich Lohnnachweise für Juni verlangt wurden, konnten diese vor Ende Juni naturgemäß nicht vorgelegt werden.

Sollte nicht schon aufgrund dessen das Verfahren einzustellen sein, sind massive verfassungs- und europarechtliche Bedenken hinsichtlich der angewendeten Bestimmungen anzumelden.

Im § 7 Abs. 1 AVRAG wird definiert, welche Unterlagen bereit zu halten sind nämlich:
- Arbeitsvertrag oder Dienstzettel
- Lohnzettel
- Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege
- Lohnaufzeichnungen
- Arbeitszeitaufzeichnungen
- Unterlagen betreffend die Lohneinstufung.

All diese Unterlagen sind in deutscher Sprache bereit zu halten.

Bereits die Formulierung „Arbeitsvertrag oder Dienstzettel" wirft Fragen auf. Der Dienstnehmer verfügt regelmäßig über einen Dienstvertrag, welcher dem Arbeitsrecht des Herkunftstaates des Arbeitgebers entspricht. Für die Entsendung nach Österreich werden zusätzliche Sonderbestimmungen regelmäßig vereinbart. Wird nun gefordert den gesamten Arbeitsvertrag in Übersetzung bereit zu halten oder nur die auf die Tätigkeit in Österreich bezugnehmenden Bestimmungen? Ebenso verhält es sich mit der Formulierung „Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen". Sind nur die Unterlagen betreffend die Tätigkeit in Österreich gemeint oder können auch Unterlagen für andere Zeiträume verlangt werden, während welcher der Dienstnehmer im Heimatstaat des Unternehmers

oder in einem anderen Staat eingesetzt ist? Schließlich stellt sich die Frage, was mit „Unterlagen betreffend die Lohneinstufung" gemeint sein soll. Sind damit auch Zeugnisse, Nachweise von Vordienstzeiten, während der Tätigkeit erworbene Qualifikationen etc. gemeint? Gilt dies in jedem Fall oder nur dann, wenn Zweifel bestehen, ob das dem Arbeitnehmer gebührende Entgelt bezahlt wird? Die Unklarheiten, welcher Umfang der bereitzuhaltenden Lohnunterlagen in § 7d Abs. 1 gemeint ist, führen zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit, wobei schon dann, wenn nur einzelne Unterlagen fehlen, Mindeststrafen von EUR 2.000,00 pro betroffenen Arbeitnehmer vorgesehen sind. Wenn man berücksichtig, dass alle Unterlagen auch noch in die deutsche Sprache zu übersetzen sind, führt dies zu einem massiven bürokratischen Aufwand, welcher unverhältnismäßig im Verhältnis zum verfolgten Rechtsschutzziel ist. § 7d Abs. 1 dürfte nach Ansicht des Beschwerdeführers daher dem Bestimmtheitsgebot des Art. 18 B - VG nicht entsprechen.

Die verfassungsrechtliche Problematik eskaliert in Verbindung mit der Bestimmung des § 7i Abs. 4 AVRAG. Nach dieser Bestimmung ist, bei Übertretungen des § 7d, wenn mehr als drei Arbeitnehmer betroffen sind, eine Mindeststrafe in der Höhe von EUR 2.000,00 pro betroffenen Arbeitnehmer zu verhängen, als Höchststrafe können EUR 20.000,00 pro betroffenen Arbeitnehmer verhängt werden. Das heißt: Es gibt eine recht undeutliche Vorschrift, welche Unterlagen bereit zu halten sind, wobei die Undeutlichkeit der Bestimmung es selbst bei redlichem Bemühen ermöglicht, dass die Finanzpolizei feststellen kann, irgendeine ihrer Ansicht nach erforderliche Lohnunterlage würde fehlen. Bereits das Fehlen eines einzigen Nachweises samt Übersetzung in die deutsche Sprache kann aber zu wirtschaftlich ruinösen Sanktionen führen, wie etwa hier, wo bloß wegen fehlenden Lohnunterlagen, die ohnehin umgehend nachgereicht wurden, eine Geldstrafe von EUR 36.000,00 verhängt wird. Dies ist nicht verhältnismäßig und sachlich nicht gerechtfertigt und nach Ansicht des Beschwerdeführers daher verfassungswidrig.

Es wird daher gestellt die
ANREGUNG
des Landesverwaltungsgericht möge das Verfahren unterbrechen und gemäß Art. 140 B-VG beim Verfassungsgerichtshof ein Gesetzesprüfungsverfahren zur Überprüfung der Bestimmung des § 7d Abs. 1 AVRAG in Verbindung mit § 7i Abs. 4 AVRAG einleiten und das gegenständliche Verfahren erst nach Abschluss des Verfahrens vor dem Verfassungsgerichtshof fortsetzen.

Darüber hinaus führt die erstinstanzliche Behörde in ihrem Straferkenntnis selbst richtig aus, dass die im AVRAG vorgesehenen Kontrollen eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs nach Art. 49 EGV darstellen. Solche Beschränkungen sind nur zulässig, wenn sie ein legitimes Ziel mit verhältnismäßigen Mitteln verfolgen. Der Schutz von Arbeitnehmerinteressen ist nun selbstverständlich ein legitimes Ziel. Die Mittel der Rechtsverfolgung sind aber unverhältnismäßig. Es ist zum Schutz der ordnungsgemäßen Entlohnung von Arbeitnehmern nicht erforderlich, die Bereithaltung einer unbestimmten Anzahl von Lohnunterlagen samt deutscher Übersetzung zu fordern, es wäre völlig ausreichend, wenn grundlegende Lohnunterlagen bereitgehalten werden, verbunden mit einer Bestimmung, dass bei Zweifelsfällen weitere Unterlagen nachgefordert werden können. Die bestehende Regelung führt nur dazu, dass Dienstleistungsanbieter aus anderen EU-Mitgliedsstaaten einen unverhältnismäßigen bürokratischen Aufwand zu tragen haben, falls sie Aufträge in Österreich annehmen wollen. Dies hat nichts mit dem

legitimen Interesse des Schutzes von Dienstnehmerrechten zu tun, sondern stellt eine unzulässige Diskriminierung von Anbietern aus anderen EU-Mitgliedsstaaten im Verhältnis zu ihren österreichischen Konkurrenten dar. Noch viel mehr gilt dies aber für die völlig unverhältnismäßigen Sanktionen, welche für Übertretungen angedroht sind. Allein die Höhe der angedrohten Sanktionen ist geeignet einen Marktausschluss von Anbietern aus anderen EU-Mitgliedsstaaten zu bewirken, zumal die Rechtslage so kompliziert formuliert ist, dass leicht Fehler passieren können, welche aber schon zu Sanktionen führen, welche jeden Auftrag in Österreich unattraktiv machen. Es sei nur auf die Feinheit des Unterschiedes zwischen Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung verwiesen, welche, soweit ersichtlich, nur in Österreich in verschiedenen Gesetzen geregelt wird und wie im Straferkenntnis ausgeführt, sich auch nicht an üblichen zivilrechtlichen Kriterien orientiert. Kein ausländischer Dienstleistungsanbieter ist in der Lage dies nachzuvollziehen, muss aber massive Sanktionen gewärtigen, wenn ihm bei der diesbezüglichen Einstufung ein Fehler unterläuft. Die bestehende Regelung des AVRAG ist nach Ansicht des Beschwerdeführers auch wegen Widerspruchs zu zwingendem EU-Recht nicht anwendbar.

Es wird daher gestellt die
ANREGUNG
ein Vorabentscheidungsverfahren zu beantragen, wobei die Fragestellung lauten könnte:

Ist die Regelung eines Mitgliedsstaates, welche für die Ausübung von Dienstleistungen durch Anbieter aus einem anderen Mitgliedsstaat für den Zeitraum der Entsendung die Bereithaltung des Arbeitsvertrages oder Dienstzettels, der Lohnzettel, der Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, der Lohnaufzeichnungen, der Arbeitszeitaufzeichnungen und der Unterlagen betreffend der Lohneinstufung zur Überprüfung des den/der endsandten Arbeitnehmers/in für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgeltes in deutscher Sprache am Arbeits-(Einsatz) Ort vorschreibt, ohne nähere Präzisierung hinsichtlich geforderten Zeitraum und Umfang dieser Lohnunterlagen, wobei bei Übertretungen Mindeststrafen von EUR 1.000,00, wenn mehr als drei Arbeitnehmer betroffen sind jedoch EUR 2.000,00 und Höchststrafen von EUR 10.000,00 bzw. wenn mehr als drei Arbeitnehmer betroffen sind EUR 20.000,00 vorgesehen sind, mit der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 AEUV (Ex Art. 49 EGV) vereinbar?
Das Verfahren möge erst nach Vorliegen der Vorabentscheidung fortgesetzt werden.“

3. Mit Schreiben vom 19. November 2015 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor, das gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seinen nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter berufen ist.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme. Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 3 Z 1 VwGVG abgesehen werden, zumal bereits in der Beschwerde ausgeführt wurde, dass bei der Kontrolle Lohnunterlagen nicht zur Verfügung gestanden sind und nur die rechtliche Würdigung sowie die zugrundeliegenden Rechtsvorschriften in Zweifel gezogen wurden. Überdies

wurde vom rechtsfreundlich vertretenen Bf die Durchführung einer Verhandlung nicht beantragt.

4.1. Folgender Sachverhalt steht fest:
Der Bf ist Geschäftsführer der A d.o.o. mit Firmensitz in x. Die in Punkt I.1. namentlich angeführten slowenischen Staatsangehörigen sind Dienstnehmer dieser Firma.

Zwischen der S GmbH, x (im Folgenden: Fa. S) und der A d.o.o. wurde am 29.1.2015 eine mit Werkvertrag Nr. 0202_4_2015 überschriebene Vereinbarung für das Projekt „C, V, B“ abgeschlossen. Gemäß § 2 dieses Vertrages ist Gegenstand des vorliegenden Auftrags die Fertigung von Teilen laut diesem Werkvertrag. Das Werkentgelt beträgt 200.000 Euro. Weiters vertragsgegenständlich ist das beiliegende Leistungsverzeichnis. Mit den im Leistungsverzeichnis beschriebenen Leistungen ist am 2.2.2015 mit ausreichend Personaleinsatz (Betriebsentsendung) zu beginnen. Als Projektbeginn ist der 2.2.2015 und als Projektende der 30.6.2015 vermerkt.

Dem beiliegenden Leistungsverzeichnis sind wiederum nur die den Vertrag abschließenden Firmen und das Projekt zu entnehmen. Außerdem ist festgehalten, dass das Leistungsverzeichnis die projektbezogene Ausfertigung von Teilen laut Werkvertrag beinhaltet.

Eine konkrete Auflistung welche Teile zu fertigen sind, ist dem Vertrag nicht zu entnehmen. Lediglich dem § 7 des Vertrages, welcher Details zur Abrechnung beinhaltet, sind unter Pos. 1 bis Pos. 10 allgemeine Teilebeschreibungen zu entnehmen. In diesem Vertragsteil werden Preise pro Stück genannt. Als Teile sind hier Längsmitnahmekonsole, Kastenkulisse 2, Kastenkulisse 1, Verbindungskonsole Kopfträger, Federtopf vorne, Federtopf innen, Vertikalanschlag und Queranschlagplatte genannt. Für jeden dieser Teile ist ein Europreis je Stück ausgewiesen. Zudem wird für diese einzelnen Teile festgelegt wieviel Stück monatlich voraussichtlich zu bearbeiten sind.

Im Vertrag sichert die A d.o.o. als Auftragnehmer zu, dass sie die Fachkompetenz besitzt und in der Lage ist, die Leistungen gemäß den einschlägigen Vorgaben des Auftraggebers auszuführen und dass sie über entsprechendes Fachpersonal (Betriebsentsendung) verfügt.

In § 3 der vertraglichen Vereinbarung ist festgelegt, dass dem Auftrag folgende Bedingungen in der nachfolgenden Reihenfolge zugrunde liegen:
- Meldung ZKO, grenzübergreifende Dienstleistungsanzeige
- Werkvertrag
- A1 (E101) aller entsandten Mitarbeiter
- Personalausweis aller entsandten Mitarbeiter

- Erklärung des Arbeitnehmers bezüglich des Erhalts des Mindestlohns
- richtige Rechnungsstellung.

Entsprechend der vertraglichen Vereinbarung wurden in der Folge die im Spruch genannten Arbeiter im Betrieb der Fa. S am Standort x und teilweise bei deren Tochterfirma M GmbH am Standort x, als CNC-Operatoren oder CNC-Helfer eingesetzt. Die Tätigkeit der Arbeiter bestand darin Metallrohlinge, welche von der Fa. S zugekauft oder beigestellt wurden, entsprechend den Vorgaben zu bearbeiten. Die Bearbeitung dieser Metallrohlinge erfolgte an den Fräsmaschinen der Fa. S.

Die Bearbeitung der einzelnen Metallrohlinge erfolgte in der Art, dass der jeweilige Arbeiter (Dienstnehmer der Fa. S) oder Arbeiter der A d.o.o. den Rohling mit seinem Werkzeug (Fräsmaschine) entsprechend den Vorgaben zu bearbeiten und zu kontrollieren hatte. Das fertige Werkstück wurde durch die betriebsinterne Qualitätssicherung der Fa. S kontrolliert.

Die Einteilung der Arbeiter der A d.o.o. erfolgte durch den Produktions-verantwortlichen der mechanischen Fertigung der Fa. S. Von diesem wurde auch der Schichtplan für sämtliche Arbeiter, welche in der Halle der Fa. S tätig sind, erstellt. Grundsätzlich wurde im 3-Schichtbetrieb gearbeitet, die Arbeiter der A d.o.o. waren in diesen Schichtbetrieb eingegliedert. Die slowenischen Arbeiter benützen auch die elektronische Zeiterfassung der Fa. S und führten selbst Stundenaufzeichnungen. Krankenstände und Urlaube wurden dem Verantwortlichen der Fa. S und nicht der A d.o.o. gemeldet. Den Arbeitern der A d.o.o. wurde von der Fa. S ein Spind für die Privatkleidung zugewiesen, auch nahmen die Arbeiter an Veranstaltungen der Fa. S für das Personal teil. Lediglich Arbeitshosen und Stahlkappenschuhe erhielten die slowenischen Arbeiter von der A d.o.o.

Die A d.o.o. hat für Metallstücke, die von ihren Mitarbeitern hergestellt wurden eine Gewährleistung in der Form zu übernehmen, dass die Stücke entsprechend den Vorgaben herzustellen waren. Zwischen der Fa. S und der A d.o.o. wurde nach hergestellten Stücken abgerechnet.

Der Produktverantwortliche in der mechanischen Fertigung der Fa. S übte die Fachaufsicht über die eigenen Mitarbeiter und die Mitarbeiter der A d.o.o. aus. Er teilte sämtliche Arbeiter ein, wertete aus und stimmte auch die Abrechnung mit der A d.o.o. ab.

Die A d.o.o. verfügt in S nur über ein Büro, von dem die einzelnen Arbeiter ihre Lohnzettel erhalten. Die Arbeiter der A d.o.o. sind in verschiedenen europäischen Ländern tätig. Die Arbeiter werden an dort ansässige Firmen verleast.

Am 17.6.2015 führten Organe der Finanzpolizei am Standort der Fa. S in x eine Kontrolle durch. Bei der Kontrolle wurde in der Produktionshalle der slowenische Arbeiter Z M beim Ausspannen eines Werkteils an einer CNC-Fräse stehend angetroffen. Weiters wurden in diesem Bereich auch zwei Mitarbeiter der Fa. S angetroffen. Bei der Befragung gab Z an für die Fa. A d.o.o. zu arbeiten, er aber keine Dokumente (A1-Bestätigung, ZKO-Meldung oder Lohnunterlagen) vorlegen kann. Nach einem kurzen Telefonat gab Z an, dass ein Kollege die Dokumente in 20 Minuten bringen würde. Nach kurzer Zeit erschien der Kollege H M und legte die A1 Formulare und Lohnabrechnungen (Lohnzettel in deutscher Sprache) für die Monate Februar, März und April 2015 für sich und Z vor. Auch für den Arbeiter M wurden Lohnabrechnungen für die gleichen Zeiträume vorgelegt. ZKO-Meldungen konnten von den Arbeitern nicht vorgelegt werden.

Durch Abfrage der Datenbanken konnten die Organe der Finanzpolizei feststellen, dass die A d.o.o. am 27.1.2015 bei der Zentralen Koordinierungsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung des Bundesministeriums für Finanzen (ZKO) eine Entsendemeldung unter Verwendung des Formulars ZKO 3 über die Entsendung von 15 Mitarbeitern nach Österreich an die Fa. S erstattete. Am 23.3.2015 wurde eine ZKO 3 Nachmeldung für F N, am 13.3.2015 eine solche für M Z und am 3.4.2015 eine für B V abgegeben.

Der Geschäftsführer der Fa. S gab bei der Kontrolle am 17.6.2015 an, dass die nachgefragten Lohnunterlagen nicht vorgelegt werden könnten, da die zuständige Lohnverrechnerin nicht da sei. Die Fa. S wurde daher von der Finanzpolizei per E-Mail vom 25.06.2015 aufgefordert, innerhalb von zwei Werktagen Arbeits- oder Dienstverträge, Arbeitsaufzeichnungen, Lohnzettel, Lohnauszahlungsnachweise und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung aller Dienstnehmer der A d.o.o. ab Beginn der Tätigkeit bei der Fa. S nachzureichen. Die Fa. S legte daraufhin den Werkvertrag, eine Unbedenklichkeitsbescheinigung und eine Auflistung der Arbeiter der A d.o.o. vor. Zudem forderte die Fa. S am selben Tag per E-Mail die Vorlage der Lohnunterlagen bei der A d.o.o. an. Erst am 02.07.2015 legte sodann die Fa. S Stundenaufzeichnungen, Dienstzettel, Lohnzettel und Überweisungsbelege hinsichtlich der Dienstnehmer der A d.o.o. der Finanzpolizei vor.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Strafantrag des Finanzamtes Grieskirchen Wels, welchem Niederschriften mit den angetroffenen Arbeitern der A d.o.o. sowie dem Produktionsverantwortlichen und dem Geschäftsführer der Fa. S angeschlossen sind. Von den beiden Letztgenannten wird übereinstimmend dargestellt, dass sämtliche Arbeitseinteilungen vom Produktionsverantwortlichen der Fa. S durchgeführt werden und die Arbeiter der A d.o.o. de facto in den Betrieb eingegliedert sind. Der Produktionsverantwortliche gibt in Übereinstimmung mit dem Geschäftsführer an, dass sämtliche Arbeitseinteilungen von diesem durchgeführt werden und die Arbeiter der A

d.o.o. in den Schichtbetrieb eingegliedert sind und das elektronische Zeiterfassungssystem der Fa. S übernehmen. Zudem wird vom Betriebsleiter die Fachaufsicht nicht nur über die eigenen Mitarbeiter sondern auch die Arbeiter der A d.o.o. ausgeübt.

Vom Bf wird diese Vorgangsweise grundsätzlich nicht bestritten, sondern wird lediglich auf den Werkvertrag verwiesen. Diesem Werkvertrag ist allerdings nur zu entnehmen, dass gewisse Werkstücke zu einem bestimmten Preis hergestellt werden. Aus den Verfahrensergebnissen ist aber ersichtlich, dass von den Mitarbeitern der A d.o.o. keine anderen Werkstücke als von den Arbeitern der Fa. S gefertigt werden. Fest steht auch, dass die Arbeiter der A d.o.o. an den Fräsmaschinen der Fa. S an deren Standort bzw. teilweise am Standort der Tochterfirma arbeiteten.

Die Feststellungen hinsichtlich der Vorlage der Lohnunterlagen ergeben sich aus dem E-Mail-Verkehr, welcher dem Strafantrag beiliegt. Vom Bf wird auch im Beschwerdevorbringen nochmals festgehalten, dass nicht bestritten wird, dass die Lohnunterlagen anlässlich der Kontrolle nicht zur Verfügung gestanden sind.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

1. Die im gegenständlichen Fall maßgeblichen Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes – AVRAG, BGBl. Nr. 459/1993 in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung des Arbeits- und Sozialrechts-Änderungsgesetzes 2014, BGBl. I. 94/2014, lauteten:

„§ 7d. (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, Arbeitszeitaufzeichnungen 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. [...]
(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 Lohnunterlagen 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.
[...]."

2. 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.

Vom Bf wird nicht bestritten, dass er als handelsrechtlicher Geschäftsführer der A d.o.o. für die Einhaltung der gegenständlichen Verwaltungsbestimmungen strafrechtlich verantwortlich ist.

3. In der Beschwerde verweist der Bf auf seine Rechtfertigung vom 30.09.2015, in welcher er bestreitet, dass eine Arbeitskräfteüberlassung vorgelegen ist.

Gemäß § 3 Abs. 1 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) ist Überlassung von Arbeitskräften die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte.

Gemäß § 3 Abs. 2 AÜG ist Überlasser, wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet.

Gemäß § 4 Abs. 1 AÜG ist für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Gemäß § 4 Abs. 2 AÜG liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber

1. kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zuzurechnendes Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder
2. die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder
3. organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder
4. der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet.

Zunächst ist anzuführen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes für das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung nicht entscheidend ist, ob und welche Rechtsbeziehungen zwischen dem Beschäftiger (Auftraggeber) und der Arbeitskraft, aber auch zwischen dem Beschäftiger und dem Überlasser bestehen (VwGH 23.05.2012, 2009/11/0250). Für die Abgrenzung zwischen Werkverträgen, deren Erfüllung im Sinn des § 4 Abs. 2 AÜG im Wege der Arbeitskräfteüberlassung stattfindet und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, ist eine Gesamtbetrachtung der Entscheidungsmerkmale notwendig (VwGH 19.05.2014, Ro 2014/09/0026).

Bei Erfüllung auch nur eines der in § 4 Abs. 2 Z 1 – 4 AÜG genannten Tatbestandsmerkmale liegt jedenfalls dem wahren wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitskräfteüberlassung im Sinn des § 3 Abs. 1 AÜG durch den Werkunternehmer als Überlasser im Sinn des § 3 Abs. 2 AÜG (der insofern die überlassene Arbeitskraft mittelbar zur Arbeitsleistung an den Beschäftiger verpflichtet) an den Werkbesteller als Beschäftiger im Sinn des § 3 Abs. 3 AÜG vor (VwGH 19.05.2014, Ro 2014/09/0026).

Im vorliegenden Fall trat hervor, dass sich die von den slowenischen Arbeitern tatsächlich durchgeführten Tätigkeiten nicht von den Tätigkeiten der Arbeitnehmer der Fa. S unterschieden haben, zumal alle Arbeiter an den Fräsmaschinen der Fa. S bzw. deren Tochterfirma in A gearbeitet haben. Der einzige Unterschied ist darin zu erkennen, dass die Arbeiter der A d.o.o. laut Vertrag Teile für ein bestimmtes Projekt gefertigt haben und für die präzise Herstellung verantwortlich zeichneten. Einzelne manuelle Beiträge zu einem Werk begründen kein eigenständiges Werk (VwGH 26.01.2010, 2008/08/0034). Allein der Umstand, dass die Mitarbeiter der A d.o.o. nur auf den Fräsmaschinen arbeiten und dort bestimmte Teile herstellen, ist zur erforderlichen Abgrenzung des eigenständigen Werks nicht geeignet. Jedenfalls sind keine Umstände ersichtlich, anhand deren für die Mitarbeiter der A d.o.o. erkennbar gewesen wäre, dass sie einen eigenständigen Auftrag der A d.o.o. ausführen und nicht in

einen Projektauftrag der Fa. S eingebunden waren. Auch wurde das zu bearbeitende Material (Metallstücke, Rohlinge) und Werkzeug (Fräsmaschinen) von der Fa. S zur Verfügung gestellt.

Der Produktionsverantwortliche der Fa. S erstellte den Schichtplan für alle Arbeiter am Standort und nahm damit die Arbeitseinteilung des eigenen Personals als auch der Arbeiter der A d.o.o. vor. Ihm waren auch Krankenstände und Urlaube zu melden. Auch bei technischen Problemen bei der Fertigung der Teile war der Produktionsverantwortliche Ansprechpartner für die Arbeiter der A d.o.o. Das Messprotokoll der fertigen Teile musste von diesem gegengezeichnet werden. Die Arbeiter der A d.o.o. meldeten sich im Zeiterfassungssystem der Fa. S an, arbeiteten gemeinsam in einer Schicht mit Arbeitern der Fa. S, verfügten in den Umkleideräumen über einen eigenen Spind für Privatkleidung und nahmen an betrieblichen Veranstaltungen der Fa. S teil. Insgesamt unterstanden die Arbeiter der A d.o.o. somit nicht nur der Dienst- und Fachaufsicht der Fa. S, sondern ist von einer organisatorischen Eingliederung in den Betrieb auszugehen.

Diese Umstände verdeutlichen, dass mehr als eines der in § 4 Abs. 2 Z 1 – 4 AÜG aufgezählten Tatbestandsmerkmale erfüllt ist. Im Ergebnis gelangt das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich daher zum Schluss, dass – gemessen am wahren wirtschaftlichen Gehalt der von den Slowenen durchgeführten Arbeiten – vom Vorliegen einer Überlassung von Arbeitskräften durch die A d.o.o. an die Fa. S bzw. deren Tochterfirma auszugehen ist.

Gemäß § 7d Abs. 2 AVRAG hat im Falle der grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung der Überlasser dem inländischen Beschäftiger die in § 7d Abs. 1 AVRAG genannten Lohnunterlagen bereitzustellen. Es handelt sich dabei um folgende Unterlagen, die in deutscher Sprache bereitzustellen sind:

- Arbeitsvertrag oder Dienstzettel
- Lohnzettel
- Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege
- Lohnaufzeichnungen
- Arbeitszeitaufzeichnungen
- Unterlagen betreffend die Lohneinstufung.

Anlässlich der am Betriebsstandort der Fa. S in x durch Organe der Finanzpolizei am 17.06.2015 abgehaltenen Kontrolle wurde festgestellt, dass die A d.o.o ihrer gesetzlichen Verpflichtung nicht nachgekommen ist und dem Beschäftiger die Lohnunterlagen für die überlassenen Arbeitnehmer am Arbeitsort nicht bereitgestellt hat. Diese Tatsache wird vom Bf auch nicht bestritten, wendet aber ein, dass diese innerhalb kürzester Zeit nachgereicht wurden und eine Bereithaltung auf Grund des Umfangs der Unterlagen nicht zumutbar gewesen ist.

Diesem Einwand ist entgegenzuhalten, dass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichthofes auch die Übermittlung von Lohnunterlagen an die Abgabebehörde kurze Zeit nach der Kontrolle nichts an der Verletzung der Bereithaltungspflicht gemäß § 7b Abs. 5 und § 7d Abs. 1 AVRAG ändert (VwGH 04.05.2016, Ra 2016/11/0053).

Eine Unzumutbarkeit der Bereithaltung der Unterlagen am Arbeitsort liegt aber nicht schon deshalb vor, weil diese aufgrund der Vielzahl der Arbeitnehmer umfangreich sind. Von einer Unzumutbarkeit ist laut Gesetzesmaterialien vielmehr dann auszugehen, wenn am Arbeitsort keine Möglichkeit einer gesicherten Aufbewahrung bzw. Bereithaltung besteht, wie etwa bei einer Baustelle. Das ist hier aber nicht der Fall, zumal der Einsatz der einzelnen Arbeiter am Standort der Fa. S bzw. am Standort der Tochterfirma in x erfolgt ist. Für die Zumutbarkeit spricht aber auch, dass bei der Kontrolle am 17.06.2015 die A1 Formulare für zwei Arbeiter und Lohnabrechnungen (Lohnzettel in deutscher Sprache) für die Monate Februar, März und April 2015 für drei Arbeiter vorgelegt werden konnten. Damit stellt sich die Frage, warum nicht auch die anderen notwendigen Unterlagen bereitgehalten werden konnten.
Außerdem ist festzustellen, dass die Unterlagen nicht im Inland bereitgehalten wurden, zumal diese von der Finanzpolizei per E-Mail vom 25.06.2015 erst bei der A d.o.o. in Slowenien angefordert werden mussten. Darüber hinaus wurden diese sodann auch nicht gemäß § 7d Abs. 1 letzter Satz AVRAG bis zum zweitfolgenden Werktag sondern erst eine Woche nach Aufforderung bereitgestellt.

Auch wenn diese Regelungen im ersten Absatz des § 7d AVRAG enthalten sind, können für den hier einschlägigen Abs. 2, der ein nachweisliches Bereitstellen der Unterlagen durch den Überlasser an den Beschäftiger fordert, jedenfalls keine milderen Regelungen gelten. Die Unterlagen wurden gerade nicht nachweislich bereitgestellt, sondern mussten erst per E-Mail angefordert werden. Nur hinsichtlich der für Juni geforderten Lohnunterlagen lässt sich einwenden, dass sie zum maßgeblichen Zeitpunkt noch nicht verfügbar waren und daher auch nicht der Fa. S bereitgestellt werden konnten. Es versteht sich laut Gesetzesmaterialien aufgrund von Natur und Zweck der Unterlagen und deren umfassten Nachweise, dass nur jene Unterlagen bereitzuhalten/bereitzustellen sind, welche bereits vorliegen können. Insgesamt ist somit festzustellen, dass die Einwände des Bf nicht zutreffen, sodass diesem die angelastete Verwaltungs-übertretung in objektiver Hinsicht vorwerfbar ist.

4. Zum vorgebrachten Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 18 B-VG:

Der Bf wendet ein, dass die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen zu unbestimmt sei und dem Bestimmtheitsgebot des Art. 18 B-VG widerspreche.

Die notwendige Präzisierung ließ, wie auch das LVwG NÖ, LVwG-MD-13-0064, feststellte, die Regelung des § 7d AVRAG idF. vor dem BGBl. I Nr. 94/2014 jedenfalls noch vermissen. Diese verpflichtete zum Bereithalten jener „Unterlagen, die zur Überprüfung des dem/der Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts erforderlich sind (Lohnunterlagen)“. Welche Unterlagen davon konkret erfasst sind, war gesetzlich nicht geregelt.
Um dem Bestimmtheitsgebot des Art. 18 B-VG gerecht zu werden, wurden die bereitzuhaltenden Lohnunterlagen in § 7d AVRAG idF. BGBl. I Nr. 94/2014 explizit genannt.
Laut den Gesetzesmaterialien wurde mit der Gesetzesänderung eine „Verschärfung hinsichtlich der Bereithaltung von Lohnunterlagen“ bezweckt und die bereitzuhaltenden Lohnunterlagen ausdrücklich aufgezählt. Damit wird allfälligen Zweifeln entgegengewirkt, 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/der Normunterworfenen jedenfalls hinsichtlich sämtlicher Lohnunterlagen das gewollte Verhalten eindeutig erkennbar.

Dem Einwand des Bf kann daher seit der Gesetzesänderung nicht mehr beigepflichtet werden. Das Gesetz bezeichnet konkret, welche Lohnunterlagen bereitzuhalten sind. Auch die vom Bf aufgeworfene Frage, ob Unterlagen für andere Zeiträume als während der Beschäftigung in Österreich verlangt werden können, etwa während der Beschäftigung im Herkunftsland oder in einem anderen Staat, lässt sich auf Grundlage des § 7d AVRAG eindeutig beantworten. Grundsätzlich sind nur die Unterlagen betreffend den Zeitraum der Entsendung/Überlassung in Österreich erforderlich, um nachzuprüfen, ob das nach österreichischem Recht gebührende Entgelt bezahlt wurde. Die Unterlagen betreffend die Lohneinstufung sind erforderlich, um nachzuprüfen, ob die Einstufung richtig erfolgte bzw. nicht eine Unterbezahlung aufgrund einer Falscheinstufung erfolgte. Welche Unterlagen dabei erforderlich sind, hängt wiederum davon ab, nach welchen Merkmalen die Lohneinstufung erfolgt, was idR im einschlägigen Kollektivvertrag näher bestimmt ist.
Sofern das Gesetz nichts Genaueres vorgibt, ist es einschränkend dahingehend zu interpretieren, dass nur solche Unterlagen bereitzustellen sind, die zur Ermittlung des gezahlten Entgelts unbedingt nötig sind, um eine EU-widrige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit zu vermeiden.

Die dargestellten verfassungsrechtlichen Bedenken werden daher nicht geteilt, weshalb der Anregung der Einleitung eines Gesetzesprüfungsverfahrens nicht zu folgen war.

5. Zur Unionsrechtskonformität des §7d iVm §7i AVRAG:

Ein Vorabentscheidungsantrag ist nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes nicht erforderlich, da bereits einschlägige Rechtsprechung des EuGH existiert:

5.1. EuGH, Rs. C-490/04, ECLI:EU:C:2007:430: Die Verpflichtung des Arbeitgebers mit Sitz im Ausland zur Bereithaltung bzw. Bereitstellung der Lohnunterlagen und zur Übersetzung derselben ins Deutsche ist eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs gemäß Art. 56 AEUV. Diese Verpflichtung verursacht nämlich Kosten sowie zusätzlichen finanziellen und administrativen Aufwand für die in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen, sodass diese den im Aufnahmemitgliedstaat ansässigen Arbeitgebern bzw. Überlassern unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbs nicht gleichgestellt sind und somit von der Erbringung von Dienstleistungen in diesem Mitgliedstaat abgehalten werden können. Der Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit lässt sich jedoch rechtfertigen mit einem im Allgemeininteresse liegenden Ziel, nämlich dem sozialen Schutz der überlassenen Arbeitnehmer und der Kontrolle der Gewährleistung dieses Schutzes. Diese Gründe wurden vom EuGH bereits als Gründe zur Rechtfertigung einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit anerkannt. Die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen in deutscher Sprache ermöglicht es nämlich den zuständigen Behörden, am Beschäftigungsort die Kontrollen durchzuführen, die erforderlich sind, um die Einhaltung der nationalen Vorschriften zum Schutz der Arbeitnehmer, insbesondere derjenigen über die Entlohnung und die Arbeitszeit, zu gewährleisten. Solche Kontrollen würden in der Praxis übermäßig erschwert, wenn nicht gar unmöglich gemacht, wenn diese Unterlagen in der Sprache des Sitzstaates des Arbeitgebers vorgelegt werden könnten, die die Beamten des Aufnahmemitgliedstaates womöglich nicht beherrschen. Die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen in deutscher Sprache ist daher gerechtfertigt.

5.2. In der verb. Rs. C-369/96 und C-376/96, ECLI:EU:C:1999:575, Rz. 76, hat der EuGH zwar entschieden, dass es zur Rechtfertigung einer Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs, die in der Verpflichtung des Arbeitgebers besteht, bestimmte Unterlagen am Wohnsitz einer im Aufnahmemitgliedstaat wohnenden natürlichen Person bereitzuhalten, nicht genügt, dass das Vorhandensein dieser Unterlagen in diesem Staat geeignet ist, die Erfüllung der Überwachungsaufgabe der Behörden dieses Staates im Allgemeinen zu erleichtern. Es ging dort jedoch um die dem Arbeitgeber auferlegte Verpflichtung, bestimmte Unterlagen auch dann noch für die zuständigen Behörden bereitzuhalten, wenn er im Aufnahmemitgliedstaat keine Arbeitnehmer mehr beschäftigt.

Gemäß § 7d Abs. 1 AVRAG sind die Unterlagen jedoch nur für die Dauer der Beschäftigung des entsandten Arbeitnehmers in Österreich bereitzuhalten und außerdem beschränkt sich diese Vorschrift nicht darauf, die Erfüllung der Überwachungsaufgabe der zuständigen Behörden in Österreich im Allgemeinen zu erleichtern, vielmehr soll sie die Kontrolle vor Ort durch diese Behörden in der Praxis überhaupt erst ermöglichen.

5.3. Fraglich ist, ob der Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit durch die Regelung des § 7d AVRAG auch verhältnismäßig ist, dh. geeignet, erforderlich und angemessen. Dies hat der EuGH in der Rs. C-490/04, ECLI:EU:C:2007:430, Rz 76 für das deutsche AEntG, wonach der Arbeitsvertrag, die Lohnabrechnungen, die Arbeitszeitnachweise und Lohnzahlungsnachweise in dt. Sprache bereitzuhalten sind, bejaht. Dabei berücksichtigt der EuGH, dass nach dieser Vorschrift „nur vier Dokumente [...] übersetzt werden müssen, die nicht übermäßig lang sind und üblicherweise unter Verwendung von formelhaften Wendungen erstellt werden.“ Damit entstünde dem AG kein allzu großer administrativer oder finanzieller Aufwand. Die Verpflichtung gehe nicht über das hinaus, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist. Schließlich gäbe es nach der geltenden Rechtslage keine weniger einschränkenden Maßnahmen, mit denen dieses Ziel erreicht werden kann.

Der Umstand, dass nach § 7d AVRAG über die nach dt. AEntG hinaus auch die Unterlagen betreffend die Lohneinstufung bereitzuhalten sind, führt noch nicht zur Unverhältnismäßigkeit der Regelung. Auch dabei handelt es sich um nicht übermäßig lange Dokumente, die üblicherweise unter Verwendung von formelhaften Wendungen erstellt werden und keinen allzu großen administrativen oder finanziellen Aufwand verursachen. Diese Dokumente sind auch erforderlich, um zu überprüfen, ob der Arbeitnehmer nicht weniger Gehalt bekommt als ihm nach seiner Einstufung zustünde. Im Übrigen wurden nicht nur die Unterlagen betreffend die Lohneinstufung der Fa. S nicht bereitgestellt, sondern auch die anderen Unterlagen mussten erst aus Slowenien übermittelt werden.

5.4. Zum Einwand der Bf, dass es zum Schutz der ordnungsgemäßen Entlohnung von Arbeitnehmern nicht erforderlich sei, eine unbestimmte Anzahl von Lohnunterlagen samt deutscher Übersetzung zu fordern und es völlig ausreichend wäre, wenn grundlegende Lohnunterlagen bereitgehalten werden, verbunden mit einer Bestimmung, dass bei Zweifelsfällen weitere Unterlagen nachgefordert werden können:
§ 7d AVRAG bestimmt im Vergleich zur seiner Vorgängerregelung sehr genau, welche Unterlagen bereitzuhalten sind; bei den geforderten Unterlagen handelt es sich um die grundlegenden Unterlagen, die zur Überprüfung der ordnungsgemäßen Entlohnung erforderlich sind. Würde das Gesetz lediglich vorschreiben, dass „grundlegende Lohnunterlagen“ bereitzuhalten sind, wäre vielmehr von einer Unbestimmtheit auszugehen. Würden nur bestimmte

Unterlagen bereitgehalten werden und andere, die aber auch zur Überprüfung der ordnungsgemäßen Entlohnung erforderlich sind, erst auf Anfrage nachgereicht, würde dies die Kontrollen nur verzögern, wobei auch das Missbrauchs- bzw. Umgehungspotential steigen könnte und der Aufwand für die ausländischen Arbeitgeber wäre nicht geringer, weil sie ständig Unterlagen nachschicken müssten. Daher ist es zur Erreichung des Ziels erforderlich, weil definitiv effektiver, wenn die zur Überprüfung einer ordnungsgemäßen Entlohnung erforderlichen Unterlagen allesamt vor Ort bereitzuhalten sind.

5.5. Zum Einwand der Bf, dass die Sanktionen völlig unverhältnismäßig seien und allein die Höhe der angedrohten Strafe geeignet sei, einen Marktausschluss von Anbietern aus anderen EU-Mitgliedstaaten zu bewirken, zumal die Rechtslage so kompliziert formuliert sei, dass leicht Fehler passieren könnten, wie allein die Schwierigkeit der Unterscheidung zwischen Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung zeige:
EuGH, Rs C-319/06, ECLI:EU:C:2008:350, Rz. 81: wenn das nationale Recht hinsichtlich der vom Dienstleistungs-Erbringer zu erfüllenden Verpflichtungen unklar ist und diese noch dazu mit erheblichen Sanktionen belegt sind, so kann dies den Dienstleistungs-Erbringer davon abhalten von der Dienstleistungsfreiheit in diesem Mitgliedstaat Gebrauch zu machen.
Die bereitzuhaltenden Lohnunterlagen wurden vom Gesetzgeber präzisiert, sodass diese sanktionsbewährte Verpflichtung hinreichend klar ist. Die Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung ist in § 4 Abs. 2 AÜG präzisiert, mag aber trotzdem in Einzelfällen schwierig sein. Im konkreten Fall liegt jedoch eindeutig eine Arbeitskräfteüberlassung vor, weil mehrere Tatbestandsmerkmale des § 4 Abs. 2 Z 1-4 AÜG erfüllt sind. Außerdem schreibt das Unionsrecht (die Entsenderichtlinie), selbst diese Differenzierung (Entsendung – Arbeitskräfteüberlassung) vor. Im Übrigen sind die Arbeitgeber auch im Falle einer Entsendung gemäß § 7d Abs. 1 AVRAG verpflichtet, die Lohnunterlagen im Inland bereitzuhalten. Dem Einwand, dass die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen für den Arbeitgeber auf Grundlage des Gesetzes nicht klar erkennbar war, ist daher nicht beizupflichten. Die in § 7i Abs. 4 AVRAG vorgeschriebene Höhe der angedrohten Strafe per se begründet wegen ihrer potentiell abschreckenden Wirkung noch keine Verletzung der Dienstleistungsfreiheit, sofern sie für eine hinreichend klare Verpflichtung auferlegt wird, die ihrerseits mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar ist und verhältnismäßig ist. Es liegt nämlich in der Natur der Sache, dass eine Strafe eine abschreckende Wirkung haben soll. Aufgrund der präventiven Wirkung einer Strafe sollen illegale Verhaltensweisen unterbunden werden bzw. in Bezug auf das AVRAG sichergestellt werden, dass die entsandten bzw. überlassenen Arbeitnehmer rechtmäßig entlohnt werden. Eine gewisse Strafhöhe ist daher erforderlich, um das Ziel der ordnungsgemäßen Entlohnung der Arbeitnehmer überhaupt zu erreichen. Der Strafrahmen des § 7i Abs. 4 AVRAG von 1.000 Euro bis 10.000 Euro pro Arbeitnehmer und wenn mehr als drei Arbeitnehmer

betroffen sind von 2.000 Euro bis 20.000 Euro pro Arbeitnehmer ist auch nicht unverhältnismäßig. Er entspricht nämlich dem Strafrahmen einer Unterentlohnung gemäß § 7i AVRAG, welcher seinerseits wegen der aufgrund dieses Delikts erzielbaren Lohneinsparungen gerechtfertigt ist. Mit der Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer steigt auch der Unwertgehalt der Tat, sodass es sich um eine qualifizierte Straftat handelt, die mit höherer Strafe zu belegen ist. Dem Delikt der Unterentlohnung mag zwar ein höherer Unwertgehalt zukommen als dem bloßen Nicht-Bereithalten der Lohnunterlagen. Eine Gleichbehandlung wurde aber in den Gesetzesmaterialien damit begründet, dass sich in der Praxis gezeigt habe, dass Arbeitgeber/innen oftmals eine Anzeige wegen des mit einer wesentlich geringeren Strafe bedrohten Tatbestandes des Nicht-Bereithaltens von Lohnunterlagen in Kauf genommen hätten, um Unterentlohnungen zu „verschleiern“, weil ohne diese Lohnunterlagen eine erfolgsversprechende Anzeige wegen Lohndumping de facto regelmäßig nicht möglich sei. Eine Anpassung an den Strafrahmen der Unterentlohnung war daher erforderlich, um die Möglichkeit eines solch „günstigen Freikaufens“ abzuschaffen.
Ein etwaiger Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit aufgrund der abschreckenden Wirkung der Strafe lässt sich somit mit dem Schutz der Arbeitnehmer vor Unterentlohnung und der Kontrolle zur Gewährleistung dieses Schutzes rechtfertigen. Bei realistischer Betrachtung ist aber nicht davon auszugehen, dass ein Überlasser davon abgehalten werden könnte, von der Dienstleistungs-freiheit Gebrauch zu machen, da sich der Dienstleistungserbringer vor dieser Strafe auf einfache Weise schützen kann, nämlich indem er das ihm abverlangte Verhalten, nämlich das Bereithalten/-stellen der gesetzlich konkret bezeichneten Lohnunterlagen gemäß § 7d AVRAG setzt bzw. Erkundigungen bei den zuständigen Stellen einholt.

6. Verschulden:
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.

Im Verfahren sind keine Umstände hervorgekommen, die Zweifel am Verschulden des Bf am Zustandekommen der Verwaltungsübertretung aufkommen lassen, weshalb ihm fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen ist. Das Vorbringen des Bf erschöpft sich in der Darstellung rechtlicher Standpunkte, warum ihm aber ein gesetzeskonformes Verhalten nicht möglich gewesen ist, wird vom Bf nicht begründet. Die Verwaltungsübertretung ist somit auch in subjektiver Hinsicht vorwerfbar.

7. Strafbemessung:
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.

Vorliegend hat sich der Bf zu den gegen ihn erhobenen Tatvorwürfen geständig verantwortet, zudem ist der Bf unbescholten.

Der Bf erfüllt insofern die Milderungsgründe gemäß § 34 Abs. 1 Z 2 StGB, nachdem er aufgrund seiner Unbescholtenheit einen bisher ordentlichen Lebenswandel geführt hat. Ebenso ist der Milderungsgrund des § 34 Abs. 1 Z 17 StGB, das Vorliegen eines Geständnisses, erfüllt.

Der Bf hat sich bemüht, die von ihm begangene Verwaltungsübertretung dahingehend wieder gut zu machen, als er die fehlenden Lohnunterlagen nachgereicht hat. Der Schutzzweck der übertretenen Norm wurde insofern nicht beeinträchtigt. Letztendlich haben sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass eine Wiederholungsgefahr bestehen könnte und daher aus spezialpräventiven Gründen jedenfalls die Verhängung einer höheren Strafe erforderlich wäre.
Erschwerungsgründe liegen nicht vor, zumal die Anzahl der beschäftigten Arbeiter bereits in der erhöhten Strafdrohung ihren Niederschlag gefunden hat. Mithin ist von einem beträchtlichen Überwiegen der Milderungsgründe auszugehen, weshalb die Voraussetzungen des § 20 VStG für ein Unterschreiten der gesetzlich vorgesehenen Mindeststrafe im größtmöglichen Ausmaß gegeben sind. In diesem Sinne war daher wie im Spruch zu entscheiden.

III. Der Kostenausspruch ist in der angeführten gesetzlichen Bestimmung begründet.

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 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 Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten.

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.

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kühberger