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-301412/18/KLi

Datum:
Linz, 9. Juni 2017

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde vom 12. Dezember 2016, des M.C., X, N., S., vertreten durch Dr. R.G., Mag. R.V., Dr. M.Š. Rechtsanwälte, x, K., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 10. November 2016, GZ: SanRB96-Ge-51-2016, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich von 400 Euro zu bezahlen.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 10. November 2016, GZ: SanRB96-Ge-51-2016, wurde dem Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) vorgeworfen, er habe es, wie am 5. Juli 2016 um 9:45 Uhr von der Finanzpolizei Team 43 für das Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr bei einer Kontrolle am Konzertgelände B., K., X, festgestellt worden sei, als Direktor und somit als gemäß § 9 Abs. 1 VStG nach außen zur Vertretung Berufener der Firma P. d.o.o. mit Sitz in X, N., S., zu verantworten, dass es die Firma P. d.o.o. als Arbeitgeberin im Sinne des § 7b Abs. 1 AVRAG unterlassen habe, die Beschäftigung von 1. M.K., 2. F.M. als Arbeitnehmer, die zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt worden seien, 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 zu melden und dem/der im § 7b Abs. 1 Z 4 AVRAG bezeichneten Beauftragten, sofern nur ein/e Arbeitnehmer/in entsandt werde, diesem/dieser die Meldung in Abschrift auszuhändigen oder in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen.

Er habe dadurch § 7b Abs. 3 AVRAG verletzt. Gemäß § 9 VStG iVm § 7b Abs. 8 Z 1 erster Fall AVRAG werde über ihn jeweils eine Geldstrafe von 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit jeweils eine Ersatzfreiheitsstrafe von 33 Stunden verhängt. Ferner habe er einen Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens von 200 Euro zu bezahlen.

Begründend führte die belangte Behörde aus, dass der Beschwerdeführer mit rechtskräftigem Straferkenntnis vom 13.4.2016 wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 7b Abs. 5 iVm § 7b Abs. 8 Z 3 AVRAG zur Bezahlung einer Strafe in Höhe von insgesamt 2.000 Euro zuzüglich 200 Euro Verwaltungsverfahrenskosten verhalten worden sei.

Am 11.1.2016 habe er mit den im Spruch genannten Personen jeweils einen Vertrag, den er als Sub-Unternehmervertrag bezeichnet habe, abgeschlossen. In diesen Verträgen sei jeweils vereinbart worden, dass die Ausrüstung der Firma P. zu montieren bzw. zu demontieren sei, sonstige Arbeiten und Aufgaben nach erfolgter Weisung auszuführen seien, Arbeitszeiten im Auftrag der Firma P. zeitweilig umgeordnet werden könnten, wenn dies für die Sicherstellung der Realisierung des Arbeitsprozesses erforderlich sei, unter Beachtung der jeweiligen Bedürfnisse des diesbezüglich ermächtigten Mitarbeiters der Fa. P.; für die vereinbarte Arbeit stehe ein Stundenlohn in Höhe von 17,29 Euro brutto pro Stunde sowie 48 Euro täglich für den Aufenthalt in Österreich zu; die Fa. P. verpflichte sich, für eine Wohnung und Verpflegung während des Aufenthaltes in Österreich Sorge zu tragen; es sei mit dem Kombiwagen der Fa. P. zu fahren.

Vermutlich im Frühjahr habe die Fa. R. als Veranstalter von Open-Air-Konzerten einen Vertrag mit der Fa. P. über die Errichtung der Konzertbühne auf der B. abgeschlossen. Seit 4.7.2016 bis zumindest zum Kontrolltag seien die im Spruch genannten Arbeitnehmer beim Bf beschäftigt gewesen und hätten mit weiteren vier Personen dessen Unternehmens gemeinsam die Konzertbühne auf dem Festivalgelände der B. errichtet. Dies sei auch anlässlich der Kontrolle der Finanzpolizei am 5.7.2016 um 9.45 Uhr festgestellt worden.

In der Folge hätten die beiden im Spruch genannten Arbeitnehmer je ein Personenblatt ausgefüllt und jeweils angegeben, dass sie Arbeitsanweisungen vom Unternehmen des Bf erhalten würden. Weitere Ermittlungen hätten ergeben, dass F.M. seit dem 1.7.2015 als selbständiger Einzelunternehmer in S. tätig sei und am 22.6.2016 eine ZKO3-Meldung mit der Transaktionsnummer ZKO3/2016-35047d eingebracht habe. Als Arbeitsbeginn sei der 30.6.2016 angeführt worden. Sein Gewerbeschein umfasse auch den Bereich Bühnenaufbau. M.K. sei seit dem 31.10.2008 als selbständiger Einzelunternehmer in S. tätig. Sein Gewerbeschein umfasse auch den Bereich Bühnenaufbau. Entsprechend der vorgelegten Bilanz arbeite M.K. auch mit insgesamt 23 Firmen zusammen und habe bis zum 4.8.2016 einen Umsatz in Höhe von 218.856,24 Euro brutto erzielt.

In der Folge habe die Finanzpolizei einen Strafantrag eingebracht und die Ahndung des Übertretungstatbestandes gemäß § 7b Abs. 3 AVRAG iVm § 7b Abs. 8 AVRAG begehrt. Den Strafantrag habe die Finanzpolizei damit begründet, dass der wahre wirtschaftliche Gehalt zu beurteilen sei und demzufolge ein Dienstvertrag und kein Subunternehmervertrag zwischen dem Unternehmen des Bf und den im Spruch genannten Personen vorliegen würde.

Dieser Sachverhalt würde sich unstrittig und nachvollziehbar aus den vorliegenden Unterlagen ergeben. Bei den Fragen, ob ein Werkvertrag vorliege und somit keine Meldeverpflichtung an die Zentrale Koordinationsstelle bestehe, oder ob ein Dienstvertrag vorliege, ob der Ausnahmetatbestand des § 7a Abs. 1a Z 5 AVRAG zur Anwendung komme, handle es sich um Rechtsfragen.

Da der Bf vom Veranstalter der Open-Air-Konzerte beauftragt worden sei, die im Eigentum des Bf stehende Bühne am Festivalgelände zu errichten und diese Bühne sodann von verschiedenen Künstlern benutzt worden sei und er nicht in weiterer Folge mit einem Künstler/einer Künstlergruppe auf Tournee in andere Länder gegangen sei, wobei die Veranstaltung auf der B. eine untergeordnete Bedeutung im Rahmen einer Tournee einzunehmen gehabt habe, komme der Ausnahmetatbestand des § 7a Abs. 1a Z 5 AVRAG nicht zur Anwendung. Vielmehr sei vertraglich zwischen dem Unternehmen des Bf und der Fa. R. vereinbart worden, dass die Bühne des Bf zur Verfügung gestellt werde und habe dieser zum Zwecke des Aufbaues vier Mitarbeiter sowie die im Spruch genannten beiden

Personen entsendet, welche am Festivalgelände im Verbund die Bühne errichtet hätten. Eine Entsendung liege somit vor.

In seiner Stellungnahme vom 29.9.2016 habe der Bf angeregt, das gegenständliche Verfahren zu unterbrechen und ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 267 AEUV zur Frage einzuleiten, ob Art. 56 AEUV dahingehend auszulegen sei, dass eine nationale Verwaltungspraxis, welche die zwingende Umdeutung eines tatsächlichen Selbständigen in einen Arbeitnehmer zu Zwecken der Anmeldung bei der ZKO vorsehe, mit der Dienstleistungsfreiheit, normiert in Art. 56 AEUV, vereinbar sei. Dazu verweise die belangte Behörde auf die Entsenderichtlinie 69/71/EG und führe aus, dass in Umsetzung dieser Richtlinie die nationalen Bestimmungen in Kraft gesetzt worden seien, um gleiche Bedingungen für Unternehmen und die Achtung der Arbeitnehmerrechte zu schaffen. Außerdem seien die Verschiedenartigkeit der nationalen Systeme der Arbeitsbeziehungen und die Autonomie der Sozialpartner im AEUV ausdrücklich anerkannt. Daraus folge, dass in Österreich erbrachte Leistungen nach österreichischem Recht zu klassifizieren seien, demnach ein Vorabentscheidungsverfahren zu dieser Rechtsfrage unterbleiben könne.

Unter Wiedergabe der gesetzlichen Bestimmungen des § 7b Abs. 3, Abs. 8 AVRAG führte die belangte Behörde ferner aus, dass Arbeitgebereigenschaft im Sinne des § 7b Abs. 1 AVRAG dann vorliege, wenn ein Arbeitnehmer, der von einem Arbeitgeber mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werde und beruhend auf diesem Beschäftigungsverhältnis zwingende Arbeitnehmeransprüche auf kollektivvertragliches Entgelt inklusive aliquoter Sonderzahlungen für die Zeit der Entsendung; bezahlten Urlaubsanspruch; Einhaltung der kollektivvertraglich festgelegten Arbeitszeitregelungen; Bereithaltung von Aufzeichnungen des Arbeitgebers, dass dieser seine Arbeitnehmer über die in Österreich geltenden Bedingungen unterrichtete, bestehen würde.

Andererseits sei aber auch die persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG charakteristisch für ein Beschäftigungsverhältnis. Der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes folgend, hänge die Beurteilung, ob bei der Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben sei, davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder – wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung – nur beschränkt sei.

Der Bf habe sich damit verantwortet, dass M.K. aufgrund seines Umsatzes wirtschaftlich unabhängig sei, keine Weisungsgebundenheit vorgelegen habe, der Aufbau einer Konzertbühne in zeitlicher Hinsicht koordiniert habe werden müssen, somit die Arbeitszeit zu bestimmen gewesen sei und es üblich sei, Regiestundenvereinbarungen inklusive der Leistung von Kost und Logis zu vereinbaren.

Bei der Tätigkeit der beiden im Spruch genannten Personen habe sich der Arbeitsort aufgrund des Auftrages des Bf die Konzertbühne anlässlich der „C.-Konzerte“ in K. zu errichten, ergeben. Ein selbstverantwortlicher Gestaltungsspielraum hinsichtlich des Einsatzes der Arbeitszeit fehle ebenso, da sich die zeitliche Errichtung der Bühnenkonstruktion gänzlich nach den Bedürfnissen des Veranstalters gerichtet habe. Außerdem hätten die beiden Arbeiter angeführt, jeweils acht Stunden täglich von Montag bis Sonntag zu arbeiten. Dass das Unternehmen des Bf auf die persönliche Mithilfe der beiden Arbeiter angewiesen gewesen sei, sei auch dadurch belegt, dass außer diesen beiden Arbeitern noch vier Arbeiter des Bf tätig gewesen seien, um die zeitliche Zielvorgabe für die Errichtung der Bühne einzuhalten. Hinsichtlich des Bühnenaufbaues (Design, Größe, Backstage-Bereich, Künstlerbereich) sei das Unternehmen des Bf ebenfalls an die Vorgaben des Veranstalters gebunden gewesen. Wie in den Verträgen vom 11.1.2016 und in den Personenblättern der Finanzpolizei festgehalten, habe das Unternehmen des Bf durch seine Organe Weisungen an die im Spruch genannten Beschäftigten erteilt. Die beiden Arbeiter seien auch dem Weisungs- und Kontrollrecht des Bf unterlegen, sodass auch hier Gestaltungsfreiheit gefehlt habe. Es sei deshalb von einer persönlichen Arbeitspflicht der beiden Personen auszugehen.

Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die nach der Rechtsprechung ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel finde, sei bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen (Bezahlung nach Regiestunden, Diäten, Bereitstellung von Unterkunft), die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit. Die für den Bühnenaufbau notwendigen Betriebsmittel (Werkzeuge und Gerüst) seien im Eigentum des Unternehmens des Bf gestanden. Persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit der beiden Arbeiter sei daher gegeben. Die Bindung an Weisungen, das Vorschreiben des Fahrens mit dem Kombiwagen, die Benützung von Bühnenutensilien zur Montage, die Vorschreibung von Arbeitsstunden zu gewissen Zeiten, etc., würden überdies für die organisatorische Eingliederung der beiden Arbeiter in den Betrieb des Bf sprechen.

Der Bf habe sich damit verantwortet, dass der Arbeiter M.K. seit acht Jahren selbständig in S. tätig sei, einen Umsatz von 218.856,24 Euro mit 23 unterschiedlichen Geschäftspartnern bis zum 4.8.2016 erwirtschaftet habe,

demnach eine wirtschaftliche Abhängigkeit nicht vorliegen würde und dieser Arbeiter als Selbständiger eine ZKO3-Meldung für sich veranlassen hätte müssen. Auch der Vorwurf der fehlenden ZKO-Meldung hinsichtlich des Arbeiters F.M. sei nicht gerechtfertigt, da dieser rechtzeitig eine ZKO3-Meldung für sich veranlasst habe.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes komme es für die Frage nach dem Bestehen eines Dienstverhältnisses im Einzelfall nicht auf die von den Vertragspartnern gewählte Bezeichnung wie Dienstvertrag oder Werkvertrag an. Vielmehr seien die tatsächlich verwirklichten vertraglichen Vereinbarungen entscheidend. Für die Beurteilung einer Leistungsbeziehung sei dabei stets das tatsächlich verwirklichte Gesamtbild der vereinbarten Tätigkeit maßgebend, wobei auch der im Wirtschaftsleben üblichen Gestaltungsweise Gewicht beizumessen sei.

Auch wenn in S. die vertragliche Vereinbarung für die Leistungserbringung der beiden Arbeiter als Werkvertrag bezeichnet worden sei und das Einkommen in weiterer Folge der Einkommenssteuer unterworfen worden sei, dürfe nicht übersehen werden, dass zum Kontrollzeitpunkt in Österreich sowohl persönliche als auch wirtschaftliche Abhängigkeit der beiden Arbeiter bestanden habe und beide Arbeiter organisatorisch in den Betriebsablauf des Unternehmens des Bf eingegliedert gewesen seien. Überdies seien die beiden Arbeiter gemeinsam mit den übrigen Mitarbeitern des Bf auf das Festivalgelände gekommen, um die Konzertbühne zu errichten. Der Einsatz der beiden Arbeiter habe daher dazu gedient, um personelle Engpässe während der „Festivalzeit“ auszugleichen. Darüber hinaus habe das Unternehmen des Bf auch das Unternehmerrisiko, rechtzeitig mit dem Bühnenaufbau fertig zu werden, sowie die Haftung für Schäden an der Bühnenkonstruktion (z.B. durch Unwetter und Dritte) getragen. Hingegen spreche die Vereinbarung einer Entlohnung nach geleisteten Arbeitsstunden sowie Diäten gegen ein einnahmeseitiges Unternehmerwagnis. Da der in Österreich verwirklichte Sachverhalt zu beurteilen sei und hier die Elemente der Dienstnehmereigenschaft eindeutig überwiegen würden, somit Dienstnehmereigenschaft der beiden Arbeiter vorliege, komme der Umstand, dass M.K. eine Bilanzliste vorgelegt habe, nicht zum Tragen, zumal das Vertragsverhältnis dem s.n Recht unterstellt sei.

Zusammengefasst sei in Österreich zum Kontrollzeitpunkt Dienstnehmereigenschaft der Arbeiter M.K. und F.M. zum Unternehmen des Bf vorgelegen und sei folglich der Bf dafür verantwortlich, entsprechende ZKO3-Meldungen durchzuführen.

Zum Verschulden führte die belangte Behörde aus, dass es sich bei der gegenständlichen Verwaltungsübertretung um ein Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG handle. Nach der Judikatur des VwGH habe der Beschuldigte initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spreche. Es bestehe auch für

einen ausländischen Arbeitgeber, der seine Arbeitskräfte nach Österreich entsenden wolle, gleich wie für einen Inländer die Verpflichtung, sich auch mit den damit in Verbindung stehenden gesetzlichen Vorschriften vertraut zu machen. Einem ausländischen Arbeitgeber sei in solchen Fällen die Erkundigung bei einer zuständigen österreichischen Behörde unter Darlegung des vollständigen Sachverhalts zumutbar. Dass der Bf Erkundigungen eingeholt habe, sei von ihm nicht behauptet worden und ergebe sich auch nicht aus dem Akteninhalt. Daraus folge, dass sich der Bf nicht von einem Verschulden befreien könne. Er habe folglich die im Spruch angeführte Übertretung in der Schuld von der Fahrlässigkeit zu verantworten.

Im Hinblick auf die Strafzumessung führte die belangte Behörde aus, dass die Bestimmung des § 7b Abs. 3 AVRAG die Einhaltung der arbeitsvertragsrechtlichen Standards in Österreich schütze. Die Etablierung solcher Standards innerhalb der Europäischen Union helfe, den Zustrom von Arbeitskräften aus Niedrig- in Hochlohnländer der EU einzubremsen und den Niedriglohnländern insbesondere qualifizierte Arbeitskräfte zu entziehen und in der Folge die regionale Wettbewerbsfähigkeit sowie Beschäftigung in den Niedriglohnländern zu stärken. Verstöße gegen die Bestimmungen des AVRAG hätten daher weitreichende Auswirkungen auf die wirtschaftliche Entwicklung der von der grenzüberschreitenden Entsendung von Arbeitnehmern betroffenen Länder.

Als Verschuldensform sei Fahrlässigkeit anzunehmen. Da eine einschlägige Verwaltungsvorstrafe bekannt sei, entfalle der Milderungsgrund der Unbescholtenheit. Straferschwerungsgründe seien nicht erkannt worden. Den Angaben des Bf vom 12.8.2016 zufolge verfüge er über ein monatliches Einkommen von 1.000 Euro netto, ferner habe er Sorgepflichten für drei minderjährige Kinder.

Zur Bemessung der Strafhöhe sei anzumerken, dass gemäß § 7b Abs. 8 Z 1 AVRAG im Wiederholungsfall eine Geldstrafe von 1.000 Euro bis 10.000 Euro normiert sei. Da ein Wiederholungsfall vorliege, gelange der Strafrahmen von 1.000 Euro bis 10.000 Euro zur Anwendung. Dem hohen Unrechtsgehalt der gegenständlichen Übertretungen habe der Gesetzgeber durch Festsetzung eines entsprechend strengen Strafrahmens im Wiederholungsfall Rechnung getragen. Nachdem als einziger Milderungsgrund die fahrlässige Begehung vorgelegen sei sowie unter Berücksichtigung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse sei die festgesetzte Strafhöhe angemessen und notwendig, um den Bf von der Begehung weiterer Strafdaten gleicher Art abzuhalten.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die Beschwerde vom 12. Dezember 2016.

Zunächst bringt der Bf vor, er sei gemeinsam mit dem Prokuristen wegen des Vorwurfes einer Verletzung des AVRAG bestraft worden. Die Bestrafung sowohl des Direktors als auch des Prokuristen sei unzulässig. Gemäß § 9 Abs. 1 VStG sei für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen sei. Zur Vertretung nach außen berufen sei jedoch der Geschäftsführer und nicht der Prokurist. Die Bestrafung des Prokuristen sei schon aus diesem Grunde unzulässig und wäre das Verfahren von vornherein nicht zu führen gewesen, da der Behörde bekannt gewesen sei, dass der Bf der Geschäftsführer des Unternehmens sei.

Darüber hinaus sei auch der Tatvorwurf an sich unzulässig, zumal es sich bei den genannten vermeintlichen Arbeitnehmern, M.K. und F.M., um selbstständige Einzelunternehmer gehandelt habe, die regelmäßig mit dem Unternehmen des Bf kooperieren würden. Selbstverständlich sei der Bf nicht dazu in der Lage, Lohnunterlagen für Personen bereit zu halten, die keine Beschäftigten seines Unternehmens seien.

Das Unternehmen des Bf sei Lieferant der Konzertbühne gewesen, welche durch lokale Arbeitnehmer aufgebaut worden sei. Die Arbeitnehmer, D.C. und T.T., seien Aufsichtsorgane bzw. Berater für die Montage der Konzertbühne gewesen. Es habe sich somit in erster Linie um Beratungsleistungen und Aufsichtsleistungen gehandelt. Letztendlich habe es sich bei der gegenständlichen Tätigkeit um eine kurzfristige Tätigkeit gemäß § 7a Abs. 1a Z 5 AVRAG gehandelt.

Wenn es bereits für derartige Tätigkeiten erforderlich sein sollte, zuvor ZKO-Meldungen zu erbringen und in weiterer Folge Lohnunterlagen und Sozialversicherungsnachweise bereit zu halten, sei dies jedenfalls eine massive Einschränkung der europäischen Dienstleistungsfreiheit iSd Art. 56 AEUV. Im Wesentlichen werde dadurch bewirkt, dass jegliche kurzfristige grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen unterbunden werde, da dies mit einem bürokratischen Aufwand verbunden sei, welcher die Erbringung der Dienstleistung unattraktiv mache. Die europäische Dienstleistungsfreiheit sei aber eine der vier Grundfreiheiten der EU.

Die Aufsicht und Erteilung der Anweisungen beim Aufbau einer aus S. angelieferten Konzertbühne sei eine Tätigkeit, die ihrer Art nach nicht von einem inländischen Unternehmen erbracht werden könne, da es sich eben um eine Konzertbühne im Eigentum eines s.n Anbieters handle. Diese Tätigkeit könne nur so vermieden werden, dass die Anlieferung der Konzertbühne aus S. überhaupt unterbleibe. Wenn schon für derartige kurzfristige Tätigkeiten es erforderlich sein sollte, sämtliche Bestimmungen des AVRAG einzuhalten, sei dies im Ergebnis gleichbedeutend mit einer Abschaffung der Dienstleistungsfreiheit durch das AVRAG.

Folgte man der Ansicht der Finanzpolizei, dass nur die taxativ um § 7b Abs. 1a AVRAG angeführten Tätigkeiten keine Entsendung bewirken würden, wäre nämlich auch für folgende Tätigkeiten eine Entsendung nach Österreich bei der ZKO anzumelden, samt Bereithaltepflicht der Sozialversicherungsnachweise und Lohnunterlagen: Ein s.r Rechtsanwalt nimmt zu einer Besprechung in Österreich zu seinem österreichischen Klienten seine s. Sekretärin mit, damit sie sofort am Laptop diverse Sekretariatsarbeiten erledigt und elektronisch weiterleitet; ein s. Unternehmer lässt sich zu seinem österreichischen Auftraggeber von seinem Chauffeur chauffieren; eine s. Theatergruppe mit angestellten Schauspielern tritt bei einer s. Veranstaltung in K. / C. über Einladung der dortigen s. Volksgruppe auf; ein LKW-Fahrer aus S. fährt im Rahmen eines internationalen Transportes aus S. nach Deutschland durch Österreich.

Würde man der Argumentation der Finanzpolizei folgen, müssten tatsächlich alle derartigen Tätigkeiten der Sekretärin, des Chauffeurs, der Schauspieler und des LKW-Fahrers bei der ZKO gemeldet werden, es müssten Lohnunterlagen in deutscher Sprache und Sozialversicherungsnachweise bereit gehalten werden, man müsste Stundenaufzeichnungen führen, etc. Bei einer solchen Interpretation sei nach Ansicht des Bf das AVRAG nicht mit Art. 56 AEUV vereinbar.

Darüber hinaus lasse die Finanzpolizei § 7b Abs. 2 AVRAG unberücksichtigt. Auf diese Ausführungen werde im Straferkenntnis nicht weiter eingegangen. Es werde wiederholt, dass D.C. und T.T. lediglich die Aufsicht beim Aufbau der Konzertbühne ausgeübt hätten, der Aufbau selbst sei durch lokale Arbeitskräfte durchgeführt worden. Die Arbeitnehmer hätten daher nicht selbst eine Dienstleistung ausgeübt, sondern seien lediglich beratend und beaufsichtigend tätig gewesen. Folgte man der Ansicht der belangten Behörde, müsste man bei jedem Kulturereignis mit ausländischen Auftretenden, bei dem Vorbereitungshandlungen wie Bühnenaufbau, etc. erforderlich seien, die Personen, welche die entsprechenden Anweisungen erteilen, bei der ZKO melden und für diese Personen Lohnunterlagen, etc. bereithalten.

Zusammengefasst werde daher beantragt, das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

I.3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beraumte daraufhin für den 6. Februar 2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung an, in der die Sach- und Rechtslage umfassend erörtert wurde. Sämtlichen Parteien wurde die Gelegenheit gegeben, ihren Sach- und Rechtsstandpunkt darzulegen. M.K. und F.M. wurden als Zeugen vernommen.

II. Nachfolgender Sachverhalt steht fest:

II.1. Das verfahrensgegenständliche Unternehmen, P. d.o.o. hat seinen Sitz in S. Unternehmensgegenstand ist unter anderem der Aufbau von Konzertbühnen.

Im Zuge einer Kontrolle durch die Finanzpolizei am 5. Juli 2016 am Konzertgelände B., K., X, fand der Aufbau einer derartigen Konzertbühne statt. Verschiedene Personen wurden im Zuge dieses Bühnenaufbaus angetroffen, unter anderem auch die im Straferkenntnis genannten beiden Personen.

II.2. Der Bf ist Geschäftsführer des s. Unternehmens. Der Bf ist sorgepflichtig für drei minderjährige Kinder im Alter von 5, 9 und 11 Jahren. Er verfügt über ein monatliches Nettoeinkommen von zirka 1.500 Euro. Für die Errichtung seines Eigenheimes hat er Kreditverbindlichkeiten von monatlich 300 Euro zurückzubezahlen.

Der Bf ist im Hinblick auf die Nichterstattung der ZKO3-Meldung rechtskräftig vorbestraft. In einem vorangegangenen Verfahren wurde er mit Straferkenntnis vom 13.4.2016 der belangten Behörde rechtskräftig zu einer Geldstrafe von 2.000 Euro verhalten, welche der Bf bezahlt hat.

II.3. Jeden Sommer finden auf dem Festivalgelände der B. Open-Air-Konzerte statt. Veranstalter ist das Unternehmen R. GmbH.

Dieses Unternehmen schloss mit dem Unternehmen des Bf einen Vertrag über die Errichtung der im Eigentum des Unternehmens des Bf stehenden Konzertbühne. Diese Konzertbühne wurde auf dem Gelände der B. zu Beginn der Konzert-Saison errichtet, dort für die gesamte Saison belassen und am Ende der Konzertsaison wieder abgebaut. Einzelne Adaptierungen der Konzertbühne erfolgten für die einzelnen Konzerte im Hinblick auf die einzelnen auftretenden Künstler. Das Unternehmen des Bf stellte aber lediglich die Konzertbühne, Plattformen, Gerüste, etc. zur Verfügung. Die einzelnen Licht- und Tonanlagen wurden von den jeweiligen Künstlern selbst beigestellt.

Bei der auf der B. errichteten Bühne handelte es sich somit um eine stationäre Einrichtung. Eine grenzüberschreitende Konzert-Tournee, also der Auf- und Abbau an unterschiedlichen Veranstaltungsorten, bei der der Österreich-Teil nur eine untergeordnete Bedeutung spielte, fand nicht statt (wenngleich solche Konzertreisen grundsätzlich auch zum Geschäftsbereich des Bf gehört).

Das Unternehmen des Bf war insofern gegenüber dem Konzertveranstalter dazu verpflichtet, die Bühne am Beginn der Konzertsaison zu liefern und aufzubauen, die allgemeinen Teile der Bühne zu warten bzw. für die jeweiligen Konzerte vorzubereiten und die Bühne am Ende der Konzertsaison wieder abzubauen und

abzutransportieren. Somit musste das Unternehmen des Bf auch die jeweiligen Vorbereitungsarbeiten vor den jeweiligen Konzertterminen vornehmen.

II.4. Das Unternehmen des Bf schloss mit F.M. einen mit 11.1.2016 datierten Vertrag, der als „Vertrag über die Zusammenarbeit in Österreich“ bezeichnet wurde und die Nummer 5A/2016 trug. Ebenso schloss das Unternehmen mit M.K. einen ebenfalls mit 11.1.2016 datierten und als „Vertrag über die Zusammenarbeit in Österreich“ bezeichneten Vertrag mit der Nr. 6A/2016. Beide Verträge sind wörtlich inhaltsgleich.

Die Arbeiter M.K. und F.M. werden in den Verträgen jeweils als Subunternehmer bezeichnet und wird in Art. 1 der Verträge jeweils ausgeführt, dass der Subunternehmer die Arbeitskräfte ausleihen und die Arbeiten ausführen wird, die in Übereinstimmung mit dem Akt über die Systematisierung der Arbeitsstellen der Gesellschaft in der Tarifklasse V eingeordnet sind.

In Art. 3 werden jeweils die Arbeitsverpflichtungen des Subunternehmers dahingehend geregelt, dass in der Zeit der Dauer des Vertragsverhältnisses der Subunternehmer verpflichtet ist, alle in seinen Arbeitsbereich gehörenden Arbeiten auszuführen: Montage und Demontage der Ausrüstung in Österreich, die im Besitz der Firma des Bf ist; Ausführung der Arbeiten an hochgelegenen Arbeitsplätzen in Österreich; Aufsicht über und die Koordination der Arbeit der Subunternehmer; Protokollierung der Arbeiten und Bestimmung der Arbeitspausen; Kontrolle nach der Fertigstellung der Montage; Aufzeichnung der Arbeitsstunden für die Bearbeitung im Büro; das Fahren des Kombiwagens; Aufsicht über die Arbeit sonstiger Mitarbeiter; Ausführung sonstiger Arbeiten und Aufgaben nach den Weisungen des Vorgesetzten.

Art. 5 regelt jeweils die Arbeitszeit: Die Arbeitszeit des Subunternehmers kann zeitweilig und gleichmäßig eingeteilt sein. In diesem Falle werden für die Einteilung der Arbeitszeit die Bestimmungen der internen Akte der Gesellschaft berücksichtigt. Die Arbeitszeit kann im Auftrag der Gesellschaft zeitweilig umgeordnet werden, wenn dies für die Sicherstellung der Realisierung des Arbeitsprozesses erforderlich ist. Die Einteilung der Arbeitszeit erfolgt unter Berücksichtigung der jeweiligen Bedürfnisse durch den diesbezüglich ermächtigten Mitarbeiter der Gesellschaft.

In Art. 6 wurde jeweils die Vergütung geregelt: Dem Subunternehmer steht für die mit diesem Vertrag vereinbarte Arbeit, für die vorgesehenen Arbeitsergebnisse und normale Arbeitsbedingungen folgende Vergütung zu: 17,29 Euro brutto pro Stunde; 48 Euro täglich für die Arbeit in Österreich.

In Art. 7 wurde weiters festgelegt, dass die Gesellschaft die erbrachten Arbeiten dem Subunternehmer jeweils am 15. Tag im Monat für den abgelaufenen Monat auf sein Bankkonto bezahlt.

In Art. 8 wurden sonstige Rechte und Verpflichtungen geregelt. Demnach verpflichtet sich der Subunternehmer, seine Arbeit gewissenhaft, professionell und konsequent auszuführen und dabei alle auf seine Arbeit bezogenen Anforderungen zu berücksichtigen sowie die entsprechende diesbezügliche Verantwortung zu übernehmen. Der Subunternehmer muss bei seiner Arbeit die Vorschriften über die Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit beachten und implementieren sowie seine Arbeit sorgfältig ausführen, um dadurch sein Leben und seine Gesundheit sowie das Leben und die Gesundheit anderer Personen zu schützen. Er muss die Schulung für die Arbeit auf hochgelegenen Arbeitsplätzen absolvieren (diesbezügliche Belege über die absolvierte Schulung sind dem Unternehmen vorzulegen). Der Subunternehmer ist verpflichtet, bei der Ausführung seiner Arbeit die Schutzausrüstung (Kletterausrüstung, Arbeitskleidung, Schutzvorrichtungen, Helm, Brille, usw.) in Übereinstimmung mit den Bestimmungen der allgemeinen Akte der Gesellschaft zu verwenden. Der Subunternehmer ist verpflichtet, die Gesellschaft über die wesentlichen Umstände zu informieren, die seine Verpflichtungen aus diesem Vertrag beeinflussen oder beeinflussen könnten. Der Unternehmer muss die Gesellschaft über jede drohende Gefahr für das Leben und die Gesundheit oder für die Entstehung eines materiellen Schadens, die er bei seiner Arbeit bemerkt, informieren. Der Subunternehmer ist verpflichtet, jede Handlung zu unterlassen, die im Hinblick auf die Natur seiner Arbeit sowie im Hinblick auf die Natur der Tätigkeit der Gesellschaft einen materiellen oder moralischen Schaden verursachen oder die Geschäftsinteressen der Gesellschaft schädigen könnte. Außerdem verpflichtet sich der Subunternehmer, dass er alle materiellen Mittel und Arbeitsmittel, die er bei seiner Arbeit verwendet, sorgfältig und verantwortlich handhaben sowie für die Ordnung und Sauberkeit auf der Arbeitsstelle, einschließlich der Arbeitsfahrzeuge, Sorge tragen wird. Die Gesellschaft verpflichtet sich, während der Entsendung des Subunternehmers zur Arbeit in Österreich für seine Wohnung und Verpflegung in der ganzen Zeit seiner Anwesenheit in Österreich Sorge zu tragen.

Ferner wurde in Art. 10 normiert, dass sich der Subunternehmer verpflichtet, während der Gültigkeit dieses Vertrages ohne schriftliche Zustimmung der Gesellschaft weder für seine eigene noch für fremde Rechnung die Arbeiten vorzunehmen oder Geschäfte zu schließen, die in den Bereich der Tätigkeit gehören, die tatsächlich von der Gesellschaft ausgeübt ist und für die Gesellschaft Konkurrenz darstellen würden oder darstellen könnten. Im Falle einer Verletzung dieses Verbots durch den Subunternehmer ist die Gesellschaft berechtigt, den Ersatz des durch die Handlung des Mitarbeiters entstandenen Schadens zu verlangen.

Inwiefern die vorliegenden Verträge tatsächlich Subunternehmerverträge darstellen ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

II.5. Im Zuge der Kontrolle am 5.7.2016 füllten sowohl M.K. als auch F.M. Personenblätter in ihrer Muttersprache aus. M.K. gab an, derzeit für das Unternehmen M.K. s.p. zu arbeiten. Er erhalte monatlich 871,30 Euro von diesem Unternehmen. Auf der Arbeitsstelle in K. arbeitet er seit 4.7.2016. Arbeitsanweisungen erhält er vom Unternehmen des Bf. Er arbeitet täglich, von Montag bis Sonntag acht Stunden.

Entsprechend inhaltsgleich gab F.M. an, für das Unternehmen M. zu arbeiten. Von diesem Unternehmen erhalte er monatlich 871,30 Euro. An dieser Arbeitsstelle arbeite er seit 30.6.2016. Die Anweisungen erhält er vom Unternehmen des Bf. Er arbeitet jeweils von Montag bis Sonntag täglich acht Stunden.

II.6. Auf Lichtbildern, die von der Finanzpolizei im Zuge der Kontrolle angefertigt wurden, sind mehrere Personen abgebildet, die sowohl am Boden der Konzertbühne als auch in den jeweiligen Gerüsten, auch in großen Höhen, arbeiteten. Abgesehen von den beiden im Spruch des Straferkenntnisses genannten Personen arbeiteten vier Arbeiter des Bf im Zuge des Bühnenaufbaus.

Der im Spruch genannte Arbeiter F.M. hatte für sich selbst eine Entsendemeldung (ZKO3) bei der ZKO erstattet. Im Zuge dieser Entsendemeldung hat er als seinen Auftraggeber den Konzertveranstalter, R. GmbH, nicht aber das Unternehmen des Bf angeführt. M.K. hat keine ZKO-Meldung erstattet, nämlich dahingehend, dass er für sein Unternehmen sich selbst entsenden würde.

II.7. M.K. ist seit dem 31.10.2008 als selbständiger Einzelunternehmer in S. tätig. Sein Gewerbeschein umfasst auch den Bereich Bühnenaufbau. M.K. arbeitet mit verschiedenen Unternehmen zusammen. Dazu zählen in etwa 23 verschiedene Einzelunternehmen. Im Jahr 2016 belief sich der Gesamtumsatz auf 412.311,50 Euro. Auf das Unternehmen des Bf entfielen 37.486,75 Euro.

M.K. wurde vom Unternehmen des Bf beauftragt, im Zuge des Konzertbühnenaufbaus die Fachaufsicht über die anwesenden Arbeiter zu übernehmen. Grundsätzlich hätte ursprünglich der Bf selbst diese Aufsicht übernehmen sollen, aus zeitlichen Gründen war ihm dies jedoch nicht möglich, weshalb M.K. dafür engagiert wurde. Die endgültige Gesamtabnahme des Bühnenaufbaus hätte sodann durch den Bruder des Bf und Prokuristen des Unternehmens, M.C., erfolgen sollen.

M.K. arbeitete im Verbund mit den Arbeitern des Bf. Er erteilte dazu den Arbeitern des Bf Weisungen und war sozusagen der „Vorarbeiter“. Vorgegeben war die Gesamtarbeitszeit mit acht Stunden pro Tag. Die Abrechnung erfolgte nach

Stunden. Außerdem erhielt M.K. auch eine Bezahlung von 48 Euro pro Tag für den Aufenthalt in Österreich. Für seine Unterkunft und Versorgung kam das Unternehmen des Bf auf. Die aufzubauende Konzertbühne stammt vom Unternehmen des Bf, über Werkzeug verfügte M.K. auch selber. In zeitlicher Hinsicht war M.K. an die Vorgaben des Bf gebunden und nicht frei in seiner Zeiteinteilung. Organisatorisch war er durch diese Vorgaben des Bf und die Zusammenarbeit mit den vier weiteren Mitarbeitern des Bf in dessen Unternehmen eingegliedert. M.K. erhielt außerdem Arbeitsanweisungen vom Bf. Dadurch, dass M.K. als Ersatz für den Bf tätig werden musste, ergibt sich von selbst, dass dieser auch in den Organisationsablauf des Unternehmens des Bf eingegliedert war.

Der Bf erstattete keine ZKO3-Meldung für M.K. Inwiefern eine ZKO3-Meldung durch den Bf notwendig gewesen wäre, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

II.8. F.M. wurde für Arbeiten beim Bühnenaufbau in großen Höhen, die insbesondere schwindelfreies Klettern unter dem Bühnendach erforderten bzw. auf den Gerüsten der Bühne, engagiert. Der Bf verfügt selber auch über sechs Personen in seinem Unternehmen, die für derartige Arbeiten in großen Höhen entsprechend geschult sind. F.M. arbeitete gemeinsam mit zwei Mitarbeitern des Bf in diesen großen Höhen auf der Konzertbühne. Er war in den Arbeitsverbund des Bf eingegliedert und erhielt Weisungen von ihm. In zeitlicher Hinsicht war F.M. nicht ungebunden, frei darüber zu entscheiden, wann welche Aufbauarbeiten wie durchzuführen waren. Insofern war er in seiner Arbeitsweise sowohl der Art nach als auch in zeitlicher Hinsicht nicht frei. Selbst dann, wenn F.M. alleine die Arbeiten auf den Gerüsten durchführte und sozusagen „Bodenpersonal“ des Bf die übrigen Arbeiten verrichtete, liegt eine Arbeitsweise im Verbund vor, zumal die gesamte Bühne an sich das zu errichtende Gewerk darstellt und nicht die Pfeiler bzw. Träger oder das Bühnendach losgelöst von den übrigen Teilen der Bühne (insbesondere der Bodenkonstruktion) getrennt gesehen werden kann. F.M. wurde für seine Arbeit nach Stunden bezahlt und erhielt auch für den Aufenthalt in Österreich eine gesonderte Bezahlung. Für die Unterkunft und Verpflegung sorgte das Unternehmen des Bf. Darüber hinaus war auch die tägliche Arbeitszeit von acht Stunden vom Bf vorbestimmt und F.M. in seiner Zeiteinteilung nicht frei. Die Zusammenarbeit erfolgte mit Arbeitern des Unternehmens des Bf. Eine getrennte Arbeitsweise des F.M. an losgelösten Teilen der gesamten Bühnenkonstruktion von jenen des Bf kann insofern nicht festgestellt werden und ergibt sich vielmehr, dass F.M. in den Organisationsablauf des Unternehmens des Bf integriert wurde.

Der Bf erstattete für F.M. keine ZKO-Meldung. F.M. erstattete zwar selbst eine solche Meldung, gab aber diesbezüglich an, dass sein Unternehmen ihn selber nach Österreich entsende und zwar für den Auftraggeber R. GmbH, also den Veranstalter der Open-Air-Konzerte.

Der Bf erstattete keine ZKO3-Meldung für F.M. Inwiefern eine ZKO3-Meldung durch den Bf notwendig gewesen wäre, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Die Feststellungen zum Unternehmen des Bf ergeben sich aus dem Akteninhalt sowie aus dem darin befindlichen Firmenbuchauszug. Diese Feststellungen sind unbestritten.

III.2. Die persönlichen Verhältnisse des Bf ergeben sich aus dessen eigenen Angaben in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht. Dass der Bf nicht unbescholten ist, geht aus einer aktenkundigen Vormerkung der belangten Behörde hervor. Dabei handelt es sich auch um eine einschlägige Bestrafung wegen Nichterstattung einer ZKO-Meldung.

III.3. Das Vertragsverhältnis zwischen der R. GmbH und dem Unternehmen des Bf ergibt sich aus dem Akteninhalt der belangten Behörde sowie aus der Erörterung vor dem erkennenden Gericht. Insbesondere hat sich in der Verhandlung ergeben, dass keine Konzerttournee durchgeführt wird, sondern die in Rede stehende Konzertbühne zu Beginn der Konzertsaison auf der B. aufgestellt und am Ende wieder abgebaut wird. Für die jeweiligen Konzerte der einzelnen auftretenden Künstler erfolgten in der Konzertperiode jeweils vor den Konzerten entsprechende Adaptierungs- bzw. Vorbereitungsarbeiten für die konkreten Konzerte. Die Licht- und Tonanlage wurde von den jeweiligen Künstlern selbst beigestellt. Dies wurde in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht schlüssig und nachvollziehbar erhoben.

III.4. Die vom Unternehmen des Bf mit M.K. bzw. F.M. abgeschlossenen Verträge und der sich aus diesen Verträgen ergebende Inhalt ist aktenkundig und wurde in diese Verträge bereits von der Finanzpolizei mit ihrem Strafantrag vorgelegt. Der Inhalt dieser Verträge ist insofern belegt und unstrittig.

Inwiefern es sich bei diesen Verträgen tatsächlich um Subunternehmerverträge handelte oder ob M.K. und F.M. als Dienstnehmer des Bf zu qualifizieren waren, für welche ZKO-Meldungen zu erstatten waren, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

III.5. Die Angaben des M.K. und des F.M. in deren Personenblätter sind ebenfalls aktenkundig, zumal auch diese von der Finanzpolizei mit ihrem Strafantrag vorgelegt wurden. Aus diesen Personenblättern ergeben sich die übereinstimmenden Aussagen der beiden Arbeiter, wonach sie jeweils monatlich 871,30 Euro und zwar jeweils von ihren eigenen Unternehmen erhalten würden. Dass beide Personen als jeweils selbständige und voneinander unabhängige

Unternehmer exakt denselben Betrag pro Monat ins Verdienen bringen, erscheint zumindest seltsam. Auch ergibt sich aus den Personenblättern die wöchentliche Arbeitszeit von acht Stunden pro Tag. Beide Personen haben auch übereinstimmend angegeben, die Arbeitsanweisungen vom Unternehmen des Bf zu erhalten.

Somit lässt sich aber feststellen, dass beide Personen in den Betrieb des Bf sowohl in organisatorischer Hinsicht als auch im Hinblick auf den zeitlichen Ablauf und die Erteilung von Weisungen integriert waren. Auch in finanzieller Hinsicht ergibt sich, dass beide Personen trotz unterschiedlichem Tätigkeitsbereiche in gleicher Höhe bezahlt wurden, was gegen einen Werkvertrag und für eine Integration als Arbeitnehmer in den Betrieb des Bf spricht.

III.6. Aus dem im Akt befindlichen Lichtbild, welches die Finanzpolizei im Zuge der Kontrolle angefertigt hat, ergibt sich, dass sämtliche Personen im Verbund miteinander arbeiteten, also sowohl M.K. als auch F.M. und die vier weiteren Arbeiter des Bf. Diesbezüglich gab auch F.M. an, dass die Arbeiter zu dritt auf die Bühnenkonstruktion kletterten, also nicht lediglich F.M. sondern zwei weitere Mitarbeiter des Bf. Ferner steht unzweifelhaft fest, dass sowohl das „Bodenpersonal“ als auch das „Kletterpersonal“ gemeinsam im Arbeitsverbund die Bühnenkonstruktion errichtete.

Dass F.M. für sich selbst eine ZKO-Meldung erstattete, ist insofern kein Beweis dafür, dass er selbständig tätig war, als er dort nicht das Unternehmen des Bf sondern den Konzertveranstalter als Auftraggeber nannte. Im Widerspruch dazu hat er aber mit dem Unternehmen des Bf einen Vertrag über die genannten Arbeiten abgeschlossen.

III.7. Die Arbeitstätigkeit des M.K. ergibt sich aus dessen Aussage vor dem erkennenden Gericht sowie der Aussage des Bf selbst.

So schilderte der Bf, dass er M.K. insbesondere deshalb engagiert habe, weil er selber aus zeitlicher Sicht nicht dazu in der Lage war, diese Tätigkeiten selbst wahrzunehmen. In weiterer Folge war aber auch vorgesehen, dass der Bruder des Bf die Endabnahme und Kontrolle der Arbeit des M.K. durchführt (Protokoll ON 14, Seite 10, Abs. 8, Seite 11, Abs. 2-3).

Darüber hinaus gab M.K. an, dass er auch mit den Arbeitern des Bf zusammengearbeitet habe, er habe mit unterschiedlichen Gruppen zusammengearbeitet und sei sozusagen der „Chef“ gewesen, da er am besten gewusst habe, was zu tun sei (Protokoll ON 14, Seite 17, Abs. 3-4).

Zu seiner selbständigen Tätigkeit gab M.K. an, schon seit 2008 selbständig tätig zu sein und über ca. 29 Auftraggeber insgesamt zu verfügen. Dem Unternehmen

des Bf kämen weniger als 10% seiner Gesamtaufträge zu (Protokoll ON 14, Seite 17, Abs. 7).

Ferner gab er noch an, als Selbständiger an keine Arbeitszeiten gebunden zu sein und diese selber einzuteilen. Grundsätzlich sei die Vorgabe, dass acht Stunden gearbeitet werde. Als Selbständiger teile er das aber selber ein. Er habe natürlich Vorgaben, wann der Fertigstellungstermin sein müsse. Normalerweise sei er aber früher fertig. Die Bezahlung für das konkrete Projekt könne er sich nicht mehr erinnern (Protokoll ON 14, Seite 17, Abs. 12, Seite 18, Abs. 1-3). Er sei mit seinem Auto gefahren und habe sein Werkzeug verwendet. Wer die Unterkunft bezahlt habe, wisse er nicht mehr genau (Protokoll ON 14, Seite 18, Abs. 3-5).

Im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Projekt blieben die Aussagen des Zeugen, wenngleich dieser sowohl vom erkennenden Gericht als auch der Vertreterin des Bf und der Vertreterin der belangten Behörde eingehend befragt wurde, nur allgemeine Aussagen zu seiner selbständigen Tätigkeit. Konkrete Angaben zum verfahrensgegenständlichen Projekt konnten jedoch trotz intensiver Erhebungen nicht verdeutlicht werden. Im Hinblick darauf bleiben für die rechtliche Beurteilung die Feststellungen, die zum Vertragsinhalt getroffen wurden sowie die Erhebungen der Finanzpolizei dahingehend, dass die Arbeiter des Bf und M.K. im Verbund miteinander gearbeitet haben. So hat auch der Bf geschildert, dass M.K. gleichsam seine Rolle beim Bühnenaufbau übernehmen sollte. M.K. hat angegeben, auch mit den Dienstnehmern des Bf zusammengearbeitet zu haben.

III.8. Auch hinsichtlich F.M. wurde dessen Tätigkeit beim Bühnenaufbau sowohl mit dem Bf als auch dem Zeugen F.M. erörtert.

Dazu führte der Bf zunächst aus, dass F.M. vor jeder Erteilung eines größeren Auftrages eine Besprechung mit ihm führe. Er arbeite dann in großen Höhen, wo andere Arbeiter nicht mehr hinkommen. Zur Frage, ob nur F.M. in großen Höhen gearbeitet habe oder auch andere Arbeitnehmer, gab der Bf an, dass in seinem Unternehmen sechs Leute beschäftigt sind, die entsprechend geschult sind, derartige Arbeiten durchzuführen. Hinsichtlich der konkreten Arbeiten im Juli 2016 könne er sich nicht mehr genau erinnern, er glaube aber, sie seien zu dritt gewesen, also F.M. und zwei Arbeiter des Bf (Protokoll ON 14, Seite 11, Abs. 6-8).

Auch F.M. wurde zeugenschaftlich zu seiner Tätigkeit befragt und er gab dazu an, dass von seinem Unternehmen nur er anwesend gewesen sei sowie Arbeiter des Unternehmens des Bf. Sie hätten hoch oben gearbeitet und Lautsprecher aufgehängt, wobei er und auch jene Arbeiter des Bf, die entsprechend geschult gewesen seien, dort gearbeitet hätten (Protokoll ON 14, Seite 15, Abs. 1-3). Er habe auch mit den Arbeitern des Bf zusammen gearbeitet (Protokoll ON 14, Seite 15, Abs. 10).

Er sei mit seinem eigenen Fahrzeug zum Bühnenaufbau angereist und habe Sicherheitsseile für die Kletterarbeiten selber mitgebracht. Weshalb im Zuge der Arbeitsverpflichtungen im Vertrag auch das Fahren des Kombiwagens genannt sei, könne er nicht sagen, zumal er den Vertrag nicht aufgesetzt habe (Protokoll ON 14, Seite 16, Abs. 1- 2).

Er sei nach Stunden bezahlt worden. Je nachdem, ob er Zeit habe, organisiere er die Arbeitszeit. Je schneller er fertig sei, umso besser (Protokoll ON 14, Seite 15, Abs. 8-9).

Auch in diesem Zusammenhang hat sich im Zuge der Erhebungen des erkennenden Gerichtes ergeben, dass die Fragen zur Bezahlung, zur Arbeitseinteilung, etc. im Wesentlichen allgemeine Ergebnisse zu Tage gebracht haben, in Hinblick auf die konkrete Arbeitstätigkeit sich aber sehr wohl ergeben hat, dass F.M. gemeinsam mit den Arbeitnehmern des Bf zusammengearbeitet hat. Im Ergebnis hat sich insofern ergeben, dass er und die Arbeitnehmer des Bf zusammen die Arbeiten am Boden bzw. in großen Höhen auf den Gerüsten der Bühne durchgeführt haben. Nachdem diese Arbeiten nicht voneinander losgelöst als getrennte Gewerke angesehen werden können, ergibt sich im Ergebnis die Eingliederung des F.M. in den Betriebsverbund des Bf.

III.9. Inwiefern sich daraus eine rechtliche Verpflichtung zur Erstattung einer ZKO3-Meldung ergibt, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

IV. Rechtslage:

§ 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

1. zumindest jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern/Arbeitnehmerinnen von vergleichbaren Arbeitgebern/Arbeitgeberinnen gebührt (ausgenommen Beiträge nach § 6 BMSVG und Beiträge oder Prämien nach dem BPG);

2. bezahlten Urlaub nach § 2 Urlaubsgesetz, sofern das Urlaubsausmaß nach den Rechtsvorschriften des Heimatstaates geringer ist; nach Beendigung der Entsendung behält dieser/diese Arbeitnehmer/in den der Dauer der Entsendung entsprechenden aliquoten Teil der Differenz zwischen dem nach österreichischem Recht höheren Urlaubsanspruch und dem Urlaubsanspruch, der ihm/ihr nach den Rechtsvorschriften des Heimatstaates zusteht; ausgenommen von

dieser Urlaubsregelung sind Arbeitnehmer/innen, für die die Urlaubsregelung des BUAG gilt;

3. die Einhaltung der kollektivvertraglich festgelegten Arbeitszeitregelungen;

4. die Bereithaltung der Aufzeichnung im Sinne der Richtlinie des Rates über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen (91/533/EWG) in Österreich durch den Arbeitgeber oder den mit der Ausübung des Weisungsrechts des Arbeitgebers gegenüber den entsandten Arbeitnehmern Beauftragten.

Ein/e Beschäftiger/in mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich gilt hinsichtlich der an ihn/sie überlassenen Arbeitskräfte, die zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, in Bezug auf die Abs. 3 bis 5 und 8, § 7d Abs. 1, § 7f Abs. 1 Z 3 sowie § 7i Abs. 1 und Abs. 4 Z 1 als Arbeitgeber/in. Sieht das nach Abs. 1 Z 1 anzuwendende Gesetz, der Kollektivvertrag oder die Verordnung Sonderzahlungen vor, hat der/die Arbeitgeber/in diese dem/der Arbeitnehmer/in aliquot für die jeweilige Lohnzahlungsperiode zusätzlich zum laufenden Entgelt (Fälligkeit) zu leisten.

[...]

(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 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.

[...]

(5) Arbeitgeber/innen im Sinne des Abs. 1 haben, sofern für den/die entsandten Arbeitnehmer/innen in Österreich keine Sozialversicherungspflicht besteht, Unterlagen über die Anmeldung des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung

(EWG) Nr. 1408/71, Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04) sowie eine Abschrift der Meldung gemäß den Abs. 3 und 4 am Arbeits(Einsatz)ort im Inland bereitzuhalten oder diese den Organen der Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse unmittelbar vor Ort in elektronischer Form zugänglich zu machen. Sofern für die Beschäftigung der entsandten Arbeitnehmer/innen im Sitzstaat des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin eine behördliche Genehmigung erforderlich ist, ist auch die Genehmigung bereitzuhalten. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die erforderlichen Unterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten oder in elektronischer Form zugänglich zu machen. Ist die Bereithaltung oder Zugänglichmachung der Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort nicht zumutbar, sind die Unterlagen jedenfalls im Inland bereitzuhalten und der Abgabenbehörde auf Verlangen nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis einschließlich des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.

[...]

(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 Abgabebehörden 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. 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(Einsatz)orten am Ort der Kontrolle.

(9) Die Abs. 1 bis 8 gelten auch für Arbeitnehmer/innen, die von einem/einer Arbeitgeber/in mit Sitz in der Schweizerischen Eidgenossenschaft zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden.

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen:

Verfahrensgegenständlich werden im angefochtenen Straferkenntnis sowie in der Beschwerde nachfolgende Rechtsfragen aufgeworfen:

(V.1.) die Ausnahmebestimmung des § 7b Abs. 1a Z 5 AVRAG (kulturelle Veranstaltung, die im Rahmen einer Konzerttournee stattfindet),
(V.2.) die Ausnahmebestimmung des § 7b Abs. 1a Z 1 AVRAG (lediglich beratende bzw. beaufsichtigende Tätigkeit),
(V.3.) kurzfristige Arbeiten in geringem Umfang iSd § 7b Abs. 1a AVRAG,
(V.4.) die Qualifikation als Arbeitnehmer iSd Entsenderichtlinie,
(V.5.) das Vorliegen eines Verbotsirrtums,
(V.6.) das Doppelbestrafungsverbot,
(V.7.) die Verhältnismäßigkeit der Strafhöhe:

V.1. Zur Ausnahmebestimmung des § 7b Abs. 1a Z 5 AVRAG (kulturelle Veranstaltung, die im Rahmen einer Konzerttournee stattfindet):

§ 7b Abs. 1a AVRAG regelt Ausnahmebestimmungen. Demnach liegt eine Entsendung nicht vor, wenn der Arbeitnehmer eines Arbeitgebers nach Abs. 1 im Zusammenhang mit kurzfristigen Arbeiten von geringem Umfang in Österreich beschäftigt wird und kein Dienstleistungsvertrag mit einem inländischem Dienstleistungsempfänger geschlossen wurde, für […] (Z 5) kulturelle Veranstaltungen, die im Rahmen einer Tournee stattfinden, bei welcher der Veranstaltung (den Veranstaltungen) in Österreich lediglich eine untergeordnete Bedeutung zukommt (zukommen), soweit der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung zumindest für einen Großteil der Tournee zu erbringen hat.

Eine Tournee liegt vor, wenn die kulturellen Veranstaltungen an mehreren, voneinander verschiedenen Orten stattfinden. Weitere Voraussetzung für die Anwendung der Ausnahme ist, dass dem Österreich-Teil einer grenzüberschreitenden Tournee in zeitlicher Hinsicht eine untergeordnete Bedeutung zukommt und die Arbeitnehmer der ausländischen Arbeitgeber für den Großteil der Tournee engagiert werden. Werden die Arbeitnehmer nicht für den Großteil der Tournee engagiert, sondern z.B. für den Österreich-Teil, findet die Ausnahmebestimmung keine Anwendung und es liegt eine Entsendung vor. Ebenso liegt eine Entsendung vor, wenn es sich um eine lediglich in Österreich stattfindende Tournee handelt oder die Tournee zum überwiegenden Teil in Österreich stattfindet. Die Ausnahmebestimmung erfasst künstlerische wie auch nicht-künstlerisch eingesetzte Arbeitnehmer, sofern die vorgenannten Voraussetzungen erfüllt sind (Schuster/Türk-Walter/Grabner, Handbuch Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, 3f; die zum LSD-BG ergangen Ausführungen können aufgrund des wortgleichen Inhalts auch für das AVRAG herangezogen werden).

Im gegenständlichen Fall hat sich ergeben, dass eine Konzerttournee gerade nicht vorliegt bzw. schon gar keine grenzüberschreitende Konzertreise vorliegt. Vielmehr wurde die in Rede stehende Konzertbühne an einem fixen Standort (nämlich dem Veranstaltungsgelände der B.) aufgebaut und dort für die gesamte Veranstaltungsreihe belassen. Eine grenzüberschreitende Konzerttournee liegt insofern nicht vor. Vielmehr handelt es sich um eine rein innerösterreichische Veranstaltung, wobei nicht einmal innerhalb von Österreich eine Tournee im Sinn der Ausnahmebestimmung stattfand.

Wenngleich nunmehr die Ausnahmebestimmung sowohl für künstlerische als auch nicht-künstlerische Tätigkeiten – wie jene der in Rede stehenden Arbeitnehmer – gilt, kann somit insgesamt die Ausnahmebestimmung infolge Fehlens einer grenzüberschreitenden Konzerttournee mit untergeordneter Bedeutung des Österreich-Teils, nicht zur Anwendung gebracht werden.

Insofern ist entgegen der Ausnahmebestimmung des § 7b Abs. 1a Z 1 AVRAG von einer Entsendung der in Rede stehenden Arbeitnehmer auszugehen.

V.2. Zur Ausnahmebestimmung des § 7b Abs. 1a Z 1 AVRAG (lediglich beratende bzw. beaufsichtigende Tätigkeit):

§ 7b Abs. 1a Z 1 AVRAG normiert eine weitere Ausnahme. Demnach liegt eine Entsendung nicht vor, wenn der Arbeitnehmer eines Arbeitgebers nach Abs. 1 im Zusammenhang mit kurzfristigen Arbeiten von geringem Umfang in Österreich beschäftigt wird und kein Dienstleistungsvertrag mit einem inländischen Dienstleistungsempfänger abgeschlossen wurde, für geschäftliche Besprechungen ohne Erbringung von weiteren Dienstleistungen. Hierbei muss es sich um Tätigkeiten handeln, die den eigentlichen Arbeiten vorangehen (wie z.B. Vertragsverhandlungen) oder die eigentlichen Arbeiten unterstützen.

Diesbezüglich hat der Bf vorgebracht, die beiden Personen seien lediglich beratend bzw. beaufsichtigend aufgetreten bzw. es seien Werkverträge bzw. Subunternehmerverträge abgeschlossen worden. Entgegen diesem Vorbringen liegt aber auch diese Ausnahmebestimmung nicht vor. Vielmehr hat sich ergeben, dass die beiden genannten Personen als unselbständig erwerbstätige Arbeitnehmer im Sinne des österreichischen Rechts zu qualifizieren sind.

V.3. Zu kurzfristigen Arbeiten in geringem Umfang iSd § 7b Abs. 1a AVRAG:

Darüber hinaus erfordern sämtliche Ausnahmebestimmungen des § 7b Abs. 1a AVRAG, dass lediglich kurzfristige Arbeiten in geringem Umfang vorliegen. Die Arbeiten der im Spruch genannten Arbeitnehmer waren aber weder kurzfristig noch von geringem Umfang.

Bei kurzfristigen Tätigkeiten handelt es sich um solche, die lediglich ein- bis mehrtägige Arbeiten, maximal aber eine Arbeitswoche, umfassen. Im gegenständlichen Fall handelt es sich aber insgesamt nicht lediglich um solche ein- bzw. mehrtägige Tätigkeiten oder maximal eine Arbeitswoche, sondern um Tätigkeiten für die gesamte Konzertperiode bzw. Veranstaltungsreihe. Diese umfasste allerdings die Dauer von mehreren Wochen. Liegen daher nicht bloß kurzfristige Tätigkeiten bzw. Arbeiten in geringem Umfang vor, so entfaltet das AVRAG auch für die Ausnahmetätigkeiten seine Wirkung.

Selbst dann, wenn man das Vorliegen einer der Ausnahmebestimmungen des § 7b Abs. 1a Z 1 bzw. § 7b Abs. 1a Z 5 AVRAG bejahen würde, läge aufgrund der fehlenden Kurzfristigkeit eine Entsendung iSd AVRAG vor.

Gegenständlich ist daher von der Anwendbarkeit des AVRAG und der Verpflichtung zur Erstattung von ZKO3-MEldungen auszugehen.

V.4. Zur Qualifikation als Arbeitnehmer iSd Entsenderichtlinie:

Der Bf bestreitet außerdem, dass die beiden im Spruch genannten Personen Arbeitnehmer seines Unternehmens seien und bringt vor, es handle sich um Subunternehmer; nach s. Recht könne jemand nur entweder selbständig oder unselbständig sein; dass jemand einerseits selbständig ein Gewerbe ausübe und andererseits gleichzeitig für jemand anderen unselbständig arbeite, sei nach s. Recht nicht zulässig.

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass nach dem Erwägungsgrund 10 der Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen die in dieser Richtlinie festgelegten Kriterien in Bezug auf die Umsetzung und Überwachung der Entsendung den zuständigen Behörden auch in Bezug darauf dienlich sein können, zu ermitteln, ob Arbeitnehmer fälschlicher Weise als selbständig gemeldet sind. Gemäß der Richtlinie 96/71/EG wird der Begriff des Arbeitnehmers in dem Sinne verwendet, in dem er im Recht des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird, verwendet wird.

Darüber hinaus wird in der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen in Art. 2 Abs. 2 (Begriffsbestimmungen) ausgeführt, dass für die Zwecke dieser Richtlinie der Begriff des Arbeitnehmers in dem Sinne verwendet wird, in dem er im Recht des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird, gebraucht wird.

Somit gilt der österreichische Arbeitnehmerbegriff. Inwiefern es nach s. Recht unzulässig ist, dass jemand gleichzeitig selbständig und für einen anderen unselbständig erwerbstätig ist, kann demnach dahingestellt bleiben.

Typische Merkmale wirtschaftlicher Abhängigkeit (Unselbstständigkeit) sind:
1. die Verrichtung der Tätigkeit nicht in einem Betrieb oder einer Betriebsstätte des Verpflichteten, sondern in einem Betrieb des Unternehmers;
2. eine gewisse Regelmäßigkeit und längere Dauer der Tätigkeit;
3. die Verpflichtung zur persönlichen Erbringung der geschuldeten Leistung;
4. Beschränkungen der Entscheidungsfreiheit des Verpflichteten hinsichtlich der Verrichtung der Tätigkeit (Weisungsgebundenheit, „stille“ Autorität);
5. die Berichterstattungspflicht;
6. die Arbeit mit Arbeitsmitteln des Unternehmers;
7. das Ausüben der Tätigkeit für einen oder eine geringe Anzahl, nicht aber für eine unbegrenzte Anzahl ständig wechselnder Unternehmer;
8. die vertragliche Einschränkung der Tätigkeit des Verpflichteten in Bezug auf andere Personen (Unternehmerbindung, Konkurrenzverbot);
9. die Entgeltlichkeit und
10. die Frage, wem die Arbeitsleistung zu Gute kommt.
(VwGH 18.10.2000, 99/09/0011)

Bei der Beurteilung des konkret erhobenen Sachverhaltes geht es nicht darum, dass lückenlos alle rechtlichen und faktischen Merkmale festgestellt sind, sondern darum, die vorhandenen Merkmale zu gewichten und sodann das Gesamtbild daraufhin zu bewerten, ob wirtschaftliche Unselbständigkeit vorliegt oder nicht. Das totale Fehlen des einen oder anderen Merkmales muss dabei nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Die vorhandenen Merkmale werden in aller Regel unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Ihre Bewertung erfolgt nach einer Art „beweglichem System“, indem das unterschiedliche Gewicht beim einzelnen Tatbestandsmerkmale zueinander derart in eine Beziehung zu setzen ist, dass man berücksichtigt, dass eine Art von wechselseitiger Kompensation der einzelnen Gewichte vorgenommen wird. Das bedeutet nichts anderes, als dass das Fehlen wie auch eine schwache Ausprägung des einen oder anderen Merkmales des durch ein besonders stark ausgeprägtes Vorhandensein eines anderen oder mehrerer anderer Merkmale ausgeglichen bzw. überkompensiert werden kann (VwGH 22.02.2006, 2002/09/0187). Auch der Umstand, dass der Ausländer im Besitz eines Gewerbescheines gewesen ist, hindert grundsätzlich die Qualifikation seiner Verwendung als Beschäftigter nicht, weil der Ausländer in organisatorischer und wirtschaftlicher Hinsicht in den Ablauf des Unternehmens des Beschwerdeführers eingegliedert und von diesem abhängig war.

Hinsichtlich der genannten Personen hat sich die Eingliederung in den Betrieb des Bf ergeben, zumal beide Personen im Arbeitsverbund mit den Arbeitnehmern des Bf gearbeitet haben. Die Errichtung der Konzertbühne kann nur insgesamt als

Gewerk betrachtet werden, und nicht etwa das Bühnendach als selbständiges Werk angesehen werden. Auch hat sich ergeben, dass das „Bodenpersonal“ gemeinsam mit dem „Kletterpersonal“ die Konzertbühne aufgestellt hat. F.M., der für letztere Arbeiten eingesetzt wurde, verrichtete diese gemeinsam mit Arbeitern des Bf. Auch M.K. arbeitete im Verbund mit den übrigen Arbeitern und sollte sogar Teile der Arbeiten des Bf selbst übernehmen. Umso mehr muss er als in die Organisation des Bf eingegliedert gelten. Auch aus der Bezahlung der beiden Personen, die übereinstimmend den gleichen Betrag angegeben haben, lässt sich ableiten, dass es sich hiebei um eine Entlohnung für unselbständige Arbeitskräfte handelt. Beide Personen waren auch in zeitlicher Hinsicht an die Vorgaben des Bf gebunden. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass diese Bindung aus einem vom Veranstalter vorgegebenen Fertigstellungstermin resultieren würde, arbeiteten beide Personen doch immer exakt dann, wann auch die anderen Arbeiter des Bf anwesend waren. Selbst aus dem vorliegenden Vertrag ergibt sich die zeitliche Abhängigkeit von den Vorgaben des Bf. Letztendlich ist auch die wirtschaftliche Abhängigkeit zu bejahen, war es den beiden Personen doch vertraglich untersagt, während ihrer Tätigkeit für den Bf weitere Arbeiten vorzunehmen, die zum Geschäftsbereich des Bf gehören. Dem steht es auch nicht entgegen, dass die beiden Person auch über eigene Unternehmen bzw. Gewerbescheine verfügten.

Bei einer Gesamtbetrachtung ist somit vom Arbeitnehmerbegriff im Sinne der österreichischen Gesetzes- und Rechtlage auszugehen. In der Folge wären daher vom Bf jeweils ZKO3-Meldungen für die beiden Personen zu erstatten gewesen.

V.5. Zum Vorliegen eines Verbotsirrtums:

Der Bf bringt ferner vor, er sei einem Verbotsirrtum unterlegen, zumal er sich bei der s. Gewerbebehörde bzw. der österreichischen Botschaft nach den Voraussetzungen für die Entsendung seiner Arbeitnehmer nach Österreich informiert habe. Soweit ersichtlich hat sich der Bf allerdings nur beim österreichischen Veranstalter über entsprechende Voraussetzungen informiert und erst nach der erfolgten Kontrolle weitere rechtliche Erkundigungen eingeholt.

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Da die Bestimmungen des AVRAG über das Verschulden nicht anderes bestimmen, genügt nach § 5 Abs. 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes 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 (sog. „Ungehorsamsdelikt).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur der VwGH hat der Beschuldigte initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (vgl. VwGH 23.12.1991, 88/17/0010 mwN). Der Bf hat jedoch keinerlei Umstände geltend gemacht, die geeignet wären, einen entsprechenden Entlastungsbeweis zu führen. Insbesondere Informationen bei der s. Gewerbebehörde bzw. der österreichischen Botschaft genügen hiefür nicht, zumal es sich bei diesen Institutionen nicht um das AVRAG vollziehende Behörden handelt.

Entschuldigend wirken nach stRsp. nur das Vertrauen auf die einschlägige und einhellige höchstgerichtliche Rsp. zum Tatzeitpunkt (VwGH 22.3.1994, 93/08/0177), von der zuständigen Behörde selbsterteilte Auskünfte über ihre Verwaltungspraxis (VwSlg. 14.020 A/1994) bzw. eine tatsächlich bestehende „ständige Verwaltungsübung“ (VwGH 22.3.1994, 93/08/0177) sowie Rechtsauskünfte auf Grundlage einer vollständigen Sachverhaltsmitteilung, wenn sie von einer fachkompetenten Stelle/Person stammen und bestimmte wesentliche Kriterien erfüllen. Entschuldigend wirkt hiebei eine Rechtsauskunft der zuständigen Behörde (VwGH 4.10.2012, 2012/09/0134, 18.9.2008, 2008/09/0187), einer anderer fachkompetenter Institutionen, z.B. der gesetzlichen beruflichen Vertretungen (z.B. VwGH 16.11.1993, 93/07/0022, 0023), der GKK (VwSlg. 14.020 A/1994) oder auch des Kuratoriums für Verkehrssicherheit (VwSlg. 13.257 A/1990) bzw. in sehr eingeschränktem Ausmaß die Rechtsauskunft berufsmäßiger Parteienvertreter (z.B. von Rechtsanwälten). Diese muss sich jedenfalls an der maßgeblichen Rechtsprechung der Höchstgerichte und gegebenenfalls an der Rechtsmeinung der zuständigen Behörde (VwSlg. 11.744 A/1985) orientieren. Das Vertrauen auf die (auch falsche) Rechtsauskunft ist dem Auskunftssuchenden insbesondere dann vorwerfbar, wenn dem Beschuldigten das Spannungsverhältnis zur gegenteiligen Behördenauffassung bekannt ist oder sich unmittelbar aus dem Inhalt der Auskunft auch für den Nicht-Fachmann ersichtliche Zweifel ergeben (vgl. VwGH 22.02.2006, 2005/17/0195, und Lewisch in Lewisch/Fischer/Weilguny, VStG § 5 Rz. 21).

Im vorliegenden Fall hat sich ergeben, dass sich der Bf im Vorfeld der Entsendung seiner Arbeitnehmer nach Österreich lediglich beim Veranstalter über die erforderlichen Dokumente informiert hat. Von einer vertrauenswürdigen Rechtsauskunft, die den Bf zu entlasten vermöge, kann daher nicht ausgegangen werden. Offensichtlich hat sich der Bf auch erst nach der erfolgten Kontrolle und nachdem ihm bekannt wurde, dass die vorliegenden Dokumente offensichtlich unzureichend waren, über seine tatsächlichen Verpflichtungen informiert. Weder die s. Gewerbebehörde noch die österreichische Botschaft sind allerdings zur Vollziehung des AVRAG berufene Behörden. Darüber hinaus kann auch nicht festgestellt werden, welchen Sachverhalt der Bf diesen Einrichtungen tatsächlich mitgeteilt hat und welche Antwort er darauf dann erhalten hat. Eine ordnungsgemäße Erkundigung liegt insofern nicht vor.

Der Bf hat somit sein objektiv rechtswidriges Verhalten auch subjektiv zu verantworten.

V.6. Zum Doppelbestrafungsverbot:

Ferner bringt der Bf vor, er sei bereits wegen der Nichtmeldung bzw. Nichtbereithaltung der ZKO3-Formulare rechtskräftig bestraft worden und habe diese Verwaltungsstrafe auch bereits bezahlt. Die nochmalige Bestrafung wegen der Nichtbereithaltung der Lohnunterlagen würde gegen das Doppelbestrafungsverbot der EMRK bzw. die Grundrechte-Charta verstoßen. Dieser Einwand bezieht sich aber offensichtlich nicht auf das gegenständliche Strafverfahren, sondern auf ein anderes anhängiges Strafverfahren zu einer anderen den Bf betreffenden Kontrolle (GZ: LVwG-301418-2016, Nichtbereithalten von Lohnunterlagen, Kontrolle vom 23. Juli 2015). Im gegenständlichen Verfahren wurde das Fehlen der Lohnunterlagen gar nicht vorgeworfen. Unabhängig davon geht allerdings auch dieser Einwand ins Leere.

Sowohl der VfGH als auch der VwGH setzten sich in ihrer Rechtsprechung mit der Frage des Doppelbestrafungsverbotes und der Abgrenzung zweier Strafnormen auseinander.

Der VwGH führte in seinem Erkenntnis vom 25.3.2010, 2008/09/0203, zum Zusammentreffen einer Bestrafung nach § 111 ASVG und § 28 AuslBG Nachfolgendes aus:

„Gemäß Art. 4 des 7. ZPEMRK darf niemand wegen einer strafbaren Handlung, wegen der er bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut vor Gericht gestellt oder bestraft werden.
Bei der Beurteilung der Frage, ob "dieselbe Sache" vorliegt hat der EGMR beginnend mit seinem Erkenntnis vom 10. Februar 2009, 14.939/03 (Sergey Zolotukhin) sowie dem folgend in seinen weiteren Erkenntnissen vom 16. Juni 2009, 13.079/0325 (Ruotsalainen), vom 25. Juni 2009, 55.759/07 (Maresti) und vom 14. Februar 2010, 2376/03 (Tsonyo Tsonev) die Ansicht vertreten, dass allein auf die Fakten abzustellen sei und die rechtliche Qualifikation derselben außer Betracht zu bleiben habe. Unzulässig sei eine neuerliche Strafverfolgung dann, wenn sie sich auf denselben oder zumindest im Wesentlichen denselben Sachverhalt bezieht.
Demgegenüber vertritt der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 2. Juli 2009, B 559/08 unter Auseinandersetzung mit der bisher ergangenen eigenen Judikatur sowie mit jener des EGMR die Ansicht, wegen ein und desselben tatsächlichen Verhaltens sei die Verfolgung nach zwei verschiedenen Straftatbeständen zulässig, wenn und insoweit sich diese in ihren "wesentlichen Elementen" unterschieden; Art. 4 des 7. ZPEMRK schließe die Anwendung verschiedener Strafbestimmungen, die zueinander nicht im Verhältnis der Subsidiarität, Spezialität oder Konsumtion stehen, nicht aus. Unzulässig ist nach der – im zitierten Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes ausführlich

dargestellten – Rechtsprechung die neuerliche Strafverfolgung nach einem rechtskräftigen Freispruch oder einer rechtskräftigen Verurteilung nur dann, wenn eines der beiden Delikte den Unrechtsgehalt des anderen umfasst, sodass kein weiteres Strafbedürfnis besteht.
Im vorliegenden Fall kann aber eine Auseinandersetzung mit den Auffassungen beider Gerichtshöfe dahingestellt bleiben, weil nach den von beiden Gerichtshöfen angewandten Kriterien die beiden hier in Rede stehenden Delikte nicht dieselbe Tat betreffen: Die beiden Delikte stehen nicht in einem Verhältnis der Scheinkonkurrenz (Spezialität, Konsumtion oder stillschweigende Subsidiarität), weil es um den Schutz unterschiedlicher Rechtsgüter geht, sich die Tatbestandselemente voneinander unterscheiden und sie damit einen unterschiedlichen Unrechtsgehalt aufweisen. Aber auch unter Zugrundelegung der vom EGMR vertretenen Auffassung erfolgte die Bestrafung nicht wegen derselben oder im Wesentlichen derselben Fakten: Die im angefochtenen Bescheid neben der Bestrafung nach dem AuslBG ausgesprochene Bestrafung nach § 111 ASVG (Unterlassung der Anmeldung zur Sozialversicherung) umfasste gänzlich andere Aspekte des tatsächlichen Geschehens als jene, die für die gegenständliche Bestrafung nach § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG relevant waren (Nichteinholung einer arbeitsmarktbehördlichen Bewilligung). Damit wurde ein völlig anderer Aspekt des Verhaltens des Beschuldigten pönalisiert, weil die mit dem Ausländerbeschäftigungsgesetz verfolgten Ziele sich grundlegend von jenen des ASVG unterscheiden und demzufolge die wesentlichen Tatbestandselemente beider Strafnormen divergieren. So ist es für eine Strafbarkeit nach dem ASVG ohne Bedeutung, ob der nicht angemeldete Arbeitnehmer In- oder Ausländer ist, während die Ausländereigenschaft der beschäftigten Person Voraussetzung für eine Bestrafung nach dem AuslBG ist. Strafbar nach dem ASVG ist, wer einen Arbeitnehmer ohne die erforderliche Anmeldung bei der Sozialversicherung beschäftigt; nach dem AuslBG ist strafbar, wer einen Ausländer beschäftigt, ohne dass eine der erforderlichen Bewilligungen oder Bestätigungen vorliegt. Maßgebend für die Bestrafung sind daher wesentlich verschiedene Sachverhaltselemente."

Darüber hinaus führte der VwGH in seinem Erkenntnis vom 24.2.2011, 2007/09/0361 (= VwSlg. 18062 A/2011) aus:

„In seinem Erkenntnis vom 25. März 2010, Zl. 2008/09/0203, hat der VwGH eine Bestrafung wegen Übertretung des § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG nach erfolgter Verurteilung wegen des Vergehens nach § 111 ASVG (Unterlassung der Anmeldung zur Sozialversicherung) beurteilt und ist zu dem Schluss gekommen, dass für die Bestrafung nach § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG andere Aspekte des tatsächlichen Geschehens relevant waren (Nichteinholung einer arbeitsmarktbehördlichen Bewilligung) als für jene für die erfolgte Verurteilung nach § 111 ASVG (Unterlassung der Anmeldung zur Sozialversicherung) und dass damit die wesentlichen Tatbestandselemente beider Strafnormen divergierten. So ist es für eine Strafbarkeit nach dem ASVG ohne Bedeutung, ob der nicht angemeldete Arbeitnehmer In- oder Ausländer ist, während die Ausländereigenschaft der beschäftigten Person Voraussetzung für eine Bestrafung nach dem AuslBG ist. Strafbar nach dem ASVG ist, wer einen Arbeitnehmer ohne die erforderliche Anmeldung bei der Sozialversicherung beschäftigt; nach dem AuslBG ist strafbar, wer einen Ausländer beschäftigt, ohne dass eine der erforderlichen Bewilligungen oder Bestätigungen vorliegt. Maßgebend für die Bestrafung sind daher wesentlich verschiedene Sachverhaltselemente. Ähnlich hat der VfGH letztlich in seinem Erkenntnis vom 16. Dezember 2010, B 343/10, – unter gleichzeitiger Verneinung einer Verletzung des

in Art. 4 7. ZPEMRK gewährleisteten Rechts – die Auffassung vertreten, dass sich der einer Bestrafung wegen Übertretung des § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG zugrunde liegende Sachverhalt in wesentlichen Elementen von dem dem Vergehen nach § 153e Abs. 1 Z 1 StGB (organisierte Schwarzarbeit) zugrunde liegenden Sachverhalt unterscheidet, weil auch zum Tatbestand des Vergehens nach § 153e Abs. 1 Z 1 StGB die Beschäftigung eines Ausländers ohne Beschäftigungsbewilligung nicht gehört.
Ein solcher in wesentlichen Elementen bestehender Unterschied der für die beiden erfolgten Schuldsprüche (§ 105 Abs. 1 FrG 1997) und Bestrafungen (§ 28 Abs. 4 Z 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 AuslBG) maßgeblichen Tathandlungen ist im vorliegenden Fall nicht gegeben, hier gehört die Beschäftigung eines Ausländers ohne die nach dem AuslBG notwendige Beschäftigungsbewilligung zum angewendeten Tatbestand des § 105 Abs. 1 FrG 1997."

Nichts anderes kann auch für die Abgrenzung der Nichterstattung einer Meldung bei der Zentralen Koordinationsstelle und dem Bereithalten von Lohnunterlagen gelten. Wie die belangte Behörde zu Recht ausgeführt hat, dienen die beiden Rechtsvorschriften unterschiedlichen Zwecken. Während eine Meldung an die Zentrale Koordinationsstelle den Zweck verfolgt, die behördliche Überwachung einer beabsichtigten Tätigkeit in Österreich durch grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitskräften sicherzustellen, verfolgt die Bereithaltung von Lohnunterlagen in deutscher Sprache am Arbeitsort den Zweck, dass arbeitsvertragsrechtliche sowie mindestlohnrechtliche Standards in Österreich gegenüber den nach Österreich entsendeten Arbeitskräften eingehalten werden bzw. gleiche Bedingungen für alle Unternehmer zu schaffen.

Richtigerweise ist daher die belangte Behörde davon ausgegangen, dass eine Doppelbestrafung bzw. ein Verstoß gegen das Doppelbestrafungsverbot nicht vorliegt. Vielmehr ist die vorangegangene Bestrafung vom 13. April 2016 in einem anderen Verfahren hier als Vorstrafe und die vorliegende Übertretung als Wiederholungstat zu qualifizieren.

V.7. Zur Verhältnismäßigkeit der Strafhöhe:

V.7.1. Zur Verhältnismäßigkeit im Allgemeinen:

Zur Strafhöhe wendet der Bf ein, diese wäre unverhältnismäßig und würde mit den europarechtlichen Vorgaben in Widerspruch stehen. Aber auch dieser Einwand zur Strafhöhe vermag dem Bf nicht zum Durchbruch zu verhelfen.

Die Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen legt die Verhältnismäßigkeit von Strafen in ihren Erwägungen dar.

Der Erwägungsgrund 40 führt aus:

„Eine wirksame Durchsetzung der materiell rechtlichen Vorschriften für die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen sollte durch spezifische Maßnahmen sichergestellt werden, die auf die grenzüberschreitende Durchsetzung von verhängten finanziellen Verwaltungssanktionen und/oder Geldbußen abstellen. Eine Annäherung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten in diesem Bereich ist daher eine Grundvoraussetzung für die Sicherstellung eines höheren, gleichwertigeren und vergleichbareren Schutzniveaus, wie es für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes notwendig ist."

Der Erwägungsgrund 47 ergänzt dazu:
„Die Mitgliedstaaten sollten für den Fall der Nichtbeachtung der in dieser Richtlinie festgelegten Verpflichtungen geeignete Maßnahmen ergreifen, einschließlich Verwaltungs- und Gerichtsverfahren und sollten bei Verstößen gegen diese Verpflichtungen wirksame, abschreckende und verhältnismäßige Sanktionen vorsehen."

Art. 20 der Richtlinie normiert die vorgesehenen Sanktionen:
„Die Mitgliedstaaten legen Vorschriften über die Sanktionen fest, die bei Verstößen gegen die gemäß dieser Richtlinie erlassenen nationalen Bestimmungen anzuwenden sind, und ergreifen alle erforderlichen Maßnahmen um die Durchführung und Einhaltung dieser Vorschriften zu gewährleisten. Die vorgesehenen Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission die entsprechenden Bestimmungen spätestens bis zum 18. Juni 2016 mit. Sie teilen etwaige spätere Änderungen der Bestimmungen unverzüglich mit."

Im Ergebnis haben daher die verhängten Geldstrafen nicht nur verhältnismäßig zu sein sondern sie müssen auch wirksam und abschreckend sein.

Im gegenständlichen Fall hat die belangte Behörde für die Nichterstattung der ZKO3-Meldung in zwei Fällen jeweils eine Geldstrafe von 1.000 Euro festgesetzt. Sowohl im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut – nämlich die Kontrolle des geregelten Zuzuges ausländischer Arbeitnehmer zum österreichischen Arbeitsmarkt – als auch im Hinblick auf das Monatseinkommen des Bf können die verhängten Geldstrafen von jeweils 1.000 Euro nicht als unverhältnismäßig betrachtet werden. Immerhin handelt es sich dabei um die bei Wiederholungstaten gesetzliche Mindeststrafe.

Vielmehr stehen die verhängten Geldstrafen sowohl im Einklang mit dem geschützten Rechtsgut und den diesbezüglichen gesetzlichen Bestimmungen des AVRAG als auch den persönlichen Verhältnissen des Bf (siehe dazu sogleich V.9.2. zur konkreten Strafzumessung).

Ein Widerspruch zu den europarechtlichen Vorgaben ist insofern nicht gegeben, als die verhängten Geldstrafen nicht nur verhältnismäßig sondern auch entsprechend wirksam und abschreckend sein müssen.

V.7.2. Zur konkreten Strafzumessung:

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des VwGH (28.11.1966, 1846/65), innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessenausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfung des Ermessensaktes auf eine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (VwSlg. 8134 A/1971).

Gemäß § 38 VwGVG iVm § 19 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Im ordentlichen Verfahren sind 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 §§ 32-35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Im vorliegenden Fall sieht der Gesetzgeber eine Mindeststrafe von 1.000 Euro pro betroffenen Arbeitsnehmer vor. Nachdem die belangte Behörde mit der den gesetzlichen Strafzumessungsmöglichkeiten entsprechenden Verhängung der Mindeststrafe vorgegangen ist, kann auch deshalb die vom Bf geltend gemachte Unverhältnismäßigkeit nicht erblickt werden. Die verhängten Geldstrafen entsprechen vielmehr den innerstaatlichen wie auch den europarechtlichen Vorgaben.

Eine weitergehende Herabsetzung der verhängten Strafe (§ 20 VStG) bzw. das Vorgehen mittels Ermahnung war nicht geboten und lagen die entsprechenden Voraussetzungen für § 45 Abs. 1 Z 4 VStG nicht vor (vgl. VwGH 28.2.2017, Ra 2016/11/0164).

V.8. Zusammenfassung:

Zusammengefasst ist somit weder die Ausnahmebestimmung des § 7b Abs. 1a Z 1 noch Z 5 AVRAG erfüllt. Entsprechend dem innerstaatlichen Arbeitnehmerbegriff ist bei den beiden im Spruch genannten Personen von Arbeitnehmern iSd AVRAG auszugehen.

Unbestrittener Weise hat der Bf ZKO3-Meldungen nicht erstattet, wobei das Nachreichen nach der Kontrolle nicht mehr zu seiner Entlastung dienen kann. Ein Verbotsirrtum im Hinblick auf die Ausnahmebestimmungen bzw. die zu erstattenden ZKO3-Meldungen hat sich nicht ergeben. Das Vorliegen einer Wiederholungstat steht ebenfalls fest.

Die Bestrafung verstößt nichtgegen das Doppelbestrafungsverbot. Die von der belangten Behörde verhängten Geldstrafen sind verhältnismäßig und entsprechend den gesetzlichen Strafzumessungsbestimmungen den persönlichen Verhältnissen des Bf angemessen.

V.9. Ergebnis:

Aus den angeführten Gründen war der Beschwerde daher keine Folge zu geben und diese abzuweisen. Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG hat der Bf aus Folge der Abweisung seiner Beschwerde einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens iHv 400 Euro zu bezahlen.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

VI.1. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung 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.

VI.2. Die rechtliche Beurteilung der vorliegenden Verträge mit den genannten Personen, bzw. die Definition dieser Personen als unselbständig Erwerbstätige ist das Ergebnis der konkreten Sachverhaltsfeststellungen sowie der aufgrund der Verhandlungsergebnisse vorgenommenen Beweiswürdigung. Die konkrete Vertragsauslegung ist stets einzelfallbezogen und einer Verallgemeinerung nicht zugänglich. Auch aus diesem Grund war die ordentliche Revision für unzulässig zu erklären.

VI.3. Darüber hinaus steht die vorliegende Entscheidung im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sowohl zur Frage des Arbeitnehmerbegriffes (VwGH 18.10.2000, 99/09/0011), sowie eines Verbotsirrtums (VwGH 22.3.1994, 93/08/0177; 18.9.2008, 2008/09/0187; 4.10.2012, 2012/09/0134) als auch zum Verbot der Doppelbestrafung (VwGH 25.3.2010, 2008/09/0203; 24.2.2011, 2007/09/0361).

An höchstgerichtlicher Rechtsprechung fehlt es somit nicht. Auf die oben zitierte Rechtsprechung wird verwiesen.

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. 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

Dr. Lidauer