OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: (0732) 7075-18004 / Fax: (0732) 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / http://www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen: LVwG-301438/6/KLi

Datum: Linz, 6. April 2017

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde vom 10. Jänner 2017 der D N-W, geb. x, p.A. W e.K. Z- und T, S x, x R, D, vertreten durch die K P Rechtsanwälte GmbH, O x, x L, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 12. Dezember 2016, GZ: SanRB96-9-1-2016, SanRB96-38-2016, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht erkannt:

I. 1. Der Beschwerde wird im Hinblick auf Spruchpunkt I insofern Folge gegeben, als von der Verhängung einer Strafe abgesehen und der Beschwerdeführerin eine Ermahnung gemäß § 38 VwGVG iVm § 45 Abs. 1 Z 4 VStG erteilt wird.

2. Der Beschwerde wird im Hinblick auf Spruchpunkt II insofern Folge gegeben, als gemäß § 20 VStG die Geldstrafen auf jeweils 500 Euro, insgesamt daher 1.000 Euro sowie die Ersatzfreiheitsstrafen auf jeweils 25 Stunden, insgesamt daher 50 Stunden herabgesetzt werden.

3. Der Beschwerde wird im Hinblick auf Spruchpunkt III insofern Folge gegeben, als gemäß § 20 VStG die Geldstrafen auf jeweils 250 Euro, insgesamt daher 500 Euro sowie die Ersatzfreiheitsstrafen auf jeweils 15 Stunden, insgesamt daher 30 Stunden herabgesetzt werden.
Darüber hinaus wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. 1. Im Hinblick auf die Spruchpunkte I hat die Beschwerdeführerin weder einen Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde noch zum Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten.

2. Im Hinblick auf Spruchpunkt II reduzieren sich die Kosten im Verfahren vor der belangten Behörde auf jeweils 50 Euro, insgesamt daher 100 Euro. Im Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fallen keine Kosten an.

3. Im Hinblick auf Spruchpunkt III reduzieren sich die Kosten im Verfahren vor der belangten Behörde auf jeweils 25 Euro, insgesamt daher 50 Euro. Im Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fallen keine Kosten an.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist 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 dem angefochtenen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt (im Folgenden: belangte Behörde) vom 12. Dezember 2016, GZ: SanRB96-9-1-2016, SanRB96-38-2016, wurden der Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) Übertretungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes wie folgt vorgeworfen:

„I. Sie haben folgende Verwaltungsübertretungen begangen:
Taten (einschließlich Ort, Datum und Zeit der Begehung)

I. *Sie haben es als verwaltungsstrafrechtlich verantwortliche Gewerbeinhaberin des Einzelunternehmens W e.K. mit Sitz in S x, x R, D zu vertreten, dass diese Firma mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich, als Arbeitgeberin, welche die Arbeitnehmer*

a) G T, geb. x, deutscher Staatsbürger
b) S A, geb. x, deutscher Staatsbürger

zumindest am 03.03.2016 zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt hat, jedoch nicht spätestens eine Woche vor der Arbeitsaufnahme diese der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen gemeldet hat Die Entsendemeldung (ZKO 3) wurde am 26.02.2016 an die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle illegaler Beschäftigung (ZKO) erstattet. Der Zeitraum der Entsendung wurde mit 29.02.2016 bis 01.05.2016 angegeben. Auf dieser Arbeitsstelle wurde mit der Arbeit am 29.02.2016 um 09:00 Uhr angefangen. Die Meldung an die Zentrale Koordinationsstelle wurde somit nicht rechtzeitig - eine Woche vor der Arbeitsaufnahme - erstattet, wie von den Organen der Abgabenbehörde (Finanzpolizei) zum nachstehenden Kontrollzeitpunkt festgestellt wurde.

Art der Arbeiten: Zaunmontagearbeiten
Tatzeit: 03.03.2016, 10:15 Uhr (Kontrollzeitpunkt)
Tatort: Baustelle B x, Kreisverkehr N, x M Schnellstraße

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 7b Abs. 3 in Verbindung mit § 7b Abs. 8 Z 1 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) BGBI. Nr. 459/1993 in der geltenden Fassung

II. Sie haben es als verwaltungsstrafrechtlich verantwortliche Gewerbeinhaberin des Einzelunternehmens W e.K. mit Sitz in S x, x R, D zu vertreten, dass diese Firma mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich, als Arbeitgeberin, welche die Arbeitnehmer

a) G T, geb. x, deutscher Staatsbürger
b) S A, geb. x, deutscher Staatsbürger

zumindest am 03.03.2016 zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt hat, den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung der entsandten Arbeitnehmer für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften und des gebührenden Entgelts in deutscher Sprache am Arbeits(Einsatz)ort nicht bereit gehalten hat Die oben genannten Lohnunterlagen lagen am Arbeits(Einsatz)ort nicht auf und konnten zum nachstehend angeführten Kontollzeitpunkt den Organen der Abgabenbehörde (Finanzpolizei) nicht vorgelegt werden.

Art der Arbeiten: Zaunmontagearbeiten
Tatzeit: 03.03.2016, 10:15 Uhr (Kontrollzeitpunkt)
Tatort: Baustelle B x, Kreisverkehr N, S x M Schnellstraße

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 7d Abs. 1 in Verbindung mit § 7i Abs. 4 Z 1 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz. (AVRAG) BGBl. Nr. 459/1993 in der geltenden Fassung

III. Sie haben es als verwaltungsstrafrechtlich verantwortliche Gewerbeinhaberin des Einzelunternehmens W e.K. mit Sitz in S x, x R, D zu vertreten, dass diese Firma mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich, als Arbeitgeberin, welche die Arbeitnehmer

c) G T, geb. x, deutscher Staatsbürger
d) S A, geb. x, deutscher Staatsbürger

zumindest am 03.03.2016 zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt hat und für welche in Österreich keine Sozialversicherungspflicht besteht, keine Unterlagen über die Anmeldung der oa. Arbeitnehmer zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument x nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, Sozialversicherungsdokument x nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04) am Arbeits (Einsatz)ort im Inland bereitgehalten hat und diese den Organen der Abgabenbehörde (Finanzpolizei) unmittelbar vor Ort zum nachstehend angeführten Kontrollzeitpunkt auch in elektronischer Form nicht zugänglich gemacht werden konnten.

Art der Arbeiten: Zaunmontagearbeiten
Tatzeit: 03.03.2016, 10:15 Uhr (Kontrollzeitpunkt)
Tatort: Baustelle Bx, Kreisverkehr N, S x M Schnellstraße Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 7b Abs. 5 in Verbindung mit § 7b Abs. 8 Z 3 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz:
(AVRÄG) BGBl. Nr. 459/1993 in der/geltenden Fassung."

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wurden über die Bf hinsichtlich Spruchpunkt I gemäß § 7b Abs. 8 Z 1 AVRAG eine Gelstrafe von 500 Euro je Arbeitnehmer, somit insgesamt 1.000 Euro bzw. eine Ersatzfreiheitstrafe von 25 Stunden je Arbeitnehmer, somit insgesamt 50 Stunden; hinsichtlich

Spruchpunkt II gemäß § 7i Abs. 4 Z 1 AVRAG eine Geldstrafe von 1.000 Euro je Arbeitnehmer, somit insgesamt 2.000 Euro bzw. eine Ersatzfreiheitsstrafe von 50 Stunden je Arbeitnehmer, somit insgesamt 100 Stunden und hinsichtlich Spruchpunkt III gemäß § 7b Abs. 8 Z 3 AVRAG eine Geldstrafe von 500 Euro je Arbeitnehmer, somit insgesamt 1.000 Euro bzw. eine Ersatzfreiheitsstrafe von 25 Stunden je Arbeitnehmer, somit insgesamt 50 Stunden, verhängt.

Begründend führte die belangte Behörde aus, dass am 3.3.2016 um 10.15 Uhr durch die Organe der Finanzpolizei eine Kontrolle gemäß AuslBG, AVRAG und § 89 Abs. 3 EStG auf der Baustelle B x, Kreisverkehr N, S, M Schnellstraße, durchgeführt worden sei. Bei dieser Kontrolle seien zwei Arbeitnehmer der deutschen Firma W e.K. bei Zaunmontagearbeiten betreten worden, nämlich T G und A S.

Im Rahmen der Kontrolle seien von den beiden Beschäftigten Abschriften der Entsendemeldung gemäß § 7b Abs. 3 und 4 AVRAG den Kontrollorganen vorgelegt worden. Die Meldung der Entsendung sei demnach am 26.2.2016 erstattet und als Zeitraum der Entsendung insgesamt nach Österreich für beide Arbeitnehmer 29.2.2016 bis 1.5.2016 angegeben worden. Die beiden angetroffenen Arbeitnehmer hätten übereinstimmend angegeben, auf der verfahrensgegenständlichen Baustelle seit 29.2.2016 um 9.00 Uhr zu sein.

Darüber hinaus hätten den Kontrollorganen im Rahmen der durchgeführten Kontrolle von den Arbeitnehmern keine Lohnunterlagen gemäß § 7d Abs. 1 AVRAG (Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung der entsandten Arbeitnehmer für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften und des gebührenden Entgelts in deutscher Sprache) sowie keine Unterlagen hinsichtlich der Anmeldung zur Sozialversicherung gemäß § 7b Abs. 5 AVRAG vorgelegt bzw. elektronisch zugänglich gemacht werden können, da die oben genannten Unterlagen nicht am Arbeits(einsatz)ort bereitgehalten worden seien.

Mit Schreiben vom 16.3.2016 habe die Finanzpolizei Strafanträge an die belangte Behörde wegen Übertretungen des AVRAG gestellt. Auf Grundlage der Erhebungen durch die Finanzpolizei seien der Bf die o.a. Verwaltungsübertretungen mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 16.9.2016 bzw. 23.9.2016 vorgeworfen worden. Die Beschwerdeführerin habe eine Stellungnahme vom 27.10.2016 erstattet.

In rechtlicher Würdigung führte die belangte Behörde aus, dass die Bestimmungen der §§ 7a ff AVRAG zur Anwendung kämen. Schutzzweck dieser Normen sei die Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping, so insbesondere die Sicherung gleicher

Arbeitsmarkt- und Lohnbedingungen und die Gewährleistung des sozialversicherungsrechtlichen Schutzes für bestehende Arbeitsverhältnisse und für Arbeitnehmer. Dazu sei in den einschlägigen Bestimmungen festgelegt, dass Entsendemeldungen zu erstatten seien sowie Lohnunterlagen, Abschriften der ZKO-Meldung sowie Sozialversicherungsdokumente am Arbeits(einsatz)ort im Inland bereitzuhalten seien bzw. unmittelbar vor Ort in elektronischer Form zugänglich zu machen seien.

§ 7b Abs. 3 AVRAG normiere konkret, dass Arbeitgeber die Beschäftigung von Arbeitnehmern, die zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, spätestens eine Woche vor Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem AuslBG und dem AVRAG zu melden seien. Diese Meldung sei, wie von der Finanzpolizei festgestellt, am 26.2.2016 erstattet worden. Auf der gegenständlichen Baustelle (Arbeitsort) sei mit der Arbeit durch die zwei angetroffenen Arbeiter am 29.2.2016 begonnen worden, also bereits drei Tage nach Durchführung der Entsendemeldung. Damit habe die Bf die gesetzliche Bestimmung, dass die Meldung eine Woche vor Arbeitsbeginn durchzuführen sei, verletzt. Da die Meldung somit nicht rechtzeitig erstattet worden sei, sei der objektive Tatbestand der §§ 7b Abs. 3 und Abs. 8 Z 1 AVRAG erfüllt. Daran ändere auch das Vorbringen nichts, dass es sich beim gegenständlichen Arbeitseinsatz um eine kurzfristig zu erledigende Arbeit gehandelt habe, womit es nicht möglich gewesen wäre, die ZKO-Meldung eine Woche vor Arbeitsbeginn zu erstatten. Nur in Katastrophenfällen, bei unaufschiebbaren Arbeiten und bei kurzfristig zu erledigenden Aufträgen habe der Gesetzgeber die Möglichkeit normiert, die ZKO-Meldung unverzüglich vor Arbeitsbeginn, und damit nicht bereits eine Woche zuvor, erstatten zu können. Warum es sich im gegenständlichen Fall um einen kurzfristig zu erledigenden Auftrag gehandelt haben solle, könne nicht festgestellt werden und bleibe offen.

Weiters sei es als erwiesen anzusehen, dass im Zuge der Kontrolle keine Lohnunterlagen gemäß § 7d Abs. 1 AVARG sowie keine Sozialversicherungsdokumente gemäß § 7b Abs. 5 AVRAG für die angetroffenen Beschäftigten vorgelegt oder in elektronischer Form zugänglich gemacht werden hätten können, da die entsprechenden Unterlagen nicht am Arbeits(einsatz)ort aufgelegen seien. Die Arbeitnehmer hätten die Unterlagen aus Unachtsamkeit zu Hause vergessen, weshalb sie nicht am Einsatzort bereitgehalten worden seien. Der österreichische Gesetzgeber normiere, dass Arbeitgeber die in § 7d Abs. 1 AVRAG angeführten Lohnunterlagen am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten hätten. Der objektive Tatbestand des § 7d Abs. 1 iVm § 7i Abs. 4 Z 1 AVRAG sei als erfüllt anzusehen, da die erwähnten Unterlagen nicht bereitgehalten worden seien.

Arbeitgeber hätten weiters gemäß § 7b Abs. 5 AVRAG, sofern für die entsandten Arbeitnehmer in Österreich keine Sozialversicherungspflicht bestehe, Unterlagen

über die Anmeldung der Arbeitnehmer zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 bzw. A 1) am Arbeits(Einsatz)ort im Inland bereitzuhalten oder in elektronischer Form unmittelbar vor Ort zugänglich zu machen. Die nach Österreich entsandten Arbeitnehmer seien in Österreich nicht der Sozialversicherungspflicht unterlegen. Sozialversicherungsdokumente seien nicht bereitgehalten worden bzw. hätten auch nicht elektronisch zugänglich gemacht werden können. Somit sei auch der objektive Tatbestand des § 7b Abs. 5 iVm § 7b Abs. 8 Z 3 AVRAG als erfüllt anzusehen.

Ergänzend sei angemerkt, dass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch die Übermittlung von Lohnunterlagen an die Abgabenbehörde kurze Zeit nach der Kontrolle nichts an der Verletzung der Bereithaltungspflicht gemäß § 7b Abs. 5 und § 7d Abs. 1 AVARG ändere.

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genüge zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschriften über das Verschulden nichts anderes bestimmen würden. Da die o.a. Übertretungsnormen des AVRAG über das Verschulden nichts anderes bestimmen würden, genüge nach § 5 Abs. 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Es handle sich um ein sogenanntes Ungehorsamsdelikt.

Die Bf bringe vor, ein entsprechendes funktionsfähiges und wirksames Kontrollsystem im Betrieb installiert zu haben, das dafür sorge, dass die rechtlichen Bestimmungen bei Entsendeeinsätzen nach Österreich eingehalten würden, konkret, dass die Arbeitnehmer die entsprechenden Unterlagen bei den Einsätzen vor Ort bereitzuhalten hätten. Dazu würden Unterweisungen erfolgen und im Unternehmen schriftliche Einsatzpläne aushängen. Trotz dieser umfassenden Unterweisungen könne es allerdings im Einzelfall passieren, dass die Arbeitnehmer die Unterlagen vergessen würden. Dies wäre nicht zu verhindern.

In den einschlägigen Bestimmungen des AVRAG sei festgehalten, dass grundsätzlich der Arbeitgeber die erforderlichen Unterlagen bereitzuhalten habe. Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hafte der verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche im Zusammenhang mit der Begehung eines Ungehorsamsdeliktes aber auch für das Handeln anderer ihm zuzurechnender Personen, wenn es ihm nicht gelingt, glaubhaft zu machen, dass er im Betrieb ein wirksames Kontrollsystem eingerichtet hat, sodass er unter den vorhersehbaren Verhältnissen mit gutem Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwarten konnte. Nur ein solches durch den Beschuldigten eingerichtetes Kontrollsystem habe daher exkulpierende Wirkung. Ein solches liege aber nur dann vor, wenn dadurch die Einhaltung der entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen des AVRAG jederzeit sichergestellt werden könne. Schon im Lichte dieser Rechtsprechung könne das angeführte Kontrollsystem nicht als wirksam bezeichnet werden und genüge auch nicht den Anforderungen. Ein Aushang im Unternehmen, dass Unterlagen mitzuführen seien sowie ein Informationszettel an

Vorarbeiter, welche Unterlagen mitzuführen seien, ohne darüber hinausgehende Kontrolle durch die Unternehmensführung, ob diese Anordnung auch befolgt werde, reiche – ebenso wenig wie stichprobenartige Kontrollen oder Belehrungen – nicht aus, die Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems glaubhaft zu machen.

Im Hinblick auf die Strafzumessung sei festzuhalten, dass die Bf die Tat fahrlässig begangen habe, indem sie nicht die erforderliche Sorgfalt zur Einhaltung der verfahrensgegenständlichen rechtlichen Bestimmungen angewendet habe. Über sie würden keine Verwaltungsstrafvormerkungen aufscheinen. Hinsichtlich ihrer Vermögens- und Einkommensverhältnisse habe sie keine Angaben gemacht, weshalb die Behörde von einem Einkommen von 3.000 Euro pro Monat bei keinem relevanten Vermögen und keinen Sorgepflichten ausgehe. Die Behörde habe die jeweiligen Mindeststrafen verhängt, welche als erforderlich und ausreichend angesehen würden, die Bf von der Begehung weiterer einschlägiger Verwaltungsübertretungen abzuhalten.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die Beschwerde vom 10. Jänner 2017, mit welcher die Bf das Straferkenntnis dem gesamten Inhalt nach anficht. Als Beschwerdegründe werden Rechtswidrigkeit, insbesondere wegen Vorliegens einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung sowie eine unrichtige Strafbemessung geltend gemacht.

Zusammengefasst bringt die Bf vor, dass in Vorbereitung auf grenzüberschreitende Arbeitseinsätze nach Österreich seitens des Unternehmens laufende Unterweisungen der jeweiligen Mitarbeiter erfolgen würden, in welchen diese umfassend über die gesetzlichen Verpflichtungen betreffend die Mitnahme und Bereithaltung der entsprechenden Unterlagen im Sinne der Bestimmungen des österreichischen AVRAG informiert würden. Es bestünden klare Vorgaben, dass sämtliche Unterlagen vor Ort direkt bei den Einsätzen auf der jeweiligen Baustelle bereitgehalten werden müssten. Neben den laufenden Unterweisungen erfolge vor jedem Arbeitseinsatz bei Übergabe der entsprechenden Unterlagen an die jeweiligen Arbeitnehmer eine gesonderte diesbezügliche Unterweisung. Im Unternehmen würden zusätzlich schriftliche Einsatzpläne mit expliziten Hinweisen bzgl. der Bereithaltungspflichten ausgehängt. Diese Einsatzpläne samt den hinweisenden Zusätzen seien im Unternehmen für jedermann zur Einsicht ausgehängt. Trotz dieser umfassenden Unterweisung sowie des funktionierenden Kontrollsystems sei es im gegenständlichen Fall passiert, dass die Arbeitnehmer die Unterlagen vor Ort nicht bereitgehalten hätten. Dies habe gegenständlich nicht vermieden werden können, weil der Einsatz seitens des Unternehmens kurzfristig geplant, realisiert und umgesetzt werden hätte müssen. Insbesondere Umstände wie Witterung, Vorleistungen, vorgelagerte Gewerke, sowie abweichende Fertigstellungstermine seitens des inländischen Auftraggebers hätten das Unternehmen zu einer kurzfristigen personellen Umplanung gezwungen. Auch

könne es trotz umfassender Unterweisung und Übergabe sämtlicher Unterlagen an die einzelnen Arbeitnehmer bei kurzfristigen Umplanungen dazu kommen, dass einzelne Unterlagen nicht bereitgehalten würden.

Der Bescheid der belangten Behörde werde dennoch dem gesamten Inhalt nach wegen Vorliegens einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung sowie einer unrichtigen Strafbemessung angefochten. Die Bf erachte sich in ihren subjektiv-öffentlichen Rechten dadurch verletzt, indem trotz Vorliegens von geringfügigem Verschulden gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG keine Einstellung verfügt worden sei; trotz Vorliegens der Voraussetzungen gemäß § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG keine Ermahnung erteilt worden sei; trotz Vorliegens der Voraussetzungen die Bestimmung des § 20 VStG über die außerordentliche Milderung der Strafe nicht angewendet worden sei.

Im gegenständlichen Fall sei festzuhalten, dass die Bf entgegen der Ansicht der belangten Behörde lediglich ein geringfügiges Verschulden im Sinne des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG treffe. Der wesentliche Zweck der Bestimmungen des AVRAG liege einerseits im Arbeitnehmerschutz, sowie andererseits im Schutz des österreichischen Arbeitsmarktes. Es sei festzuhalten, dass im Unternehmen der Bf ein funktionsfähiges wirksames Kontrollsystem zur Vermeidung der Übertretung von verwaltungsrechtlichen Bestimmungen bei Auslandseinsätzen eingerichtet sei. Der Unrechtsgehalt der konkreten Tat sei als ausgesprochen geringfügig und deren Folgen als unbedeutend zu bezeichnen. Somit sei die Intensität der Beeinträchtigung der Rechtsgüter, Schutz des österreichischen Arbeitsmarktes und Arbeitnehmerschutz – durch die konkrete Tat vor dem Hintergrund der Bedeutung der geschützten Rechtsgüter als sehr geringfügig einzustufen. Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH sei das Verschulden dann geringfügig, wenn das tatbildliche Verhalten des Beschuldigten hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibe. Zweifelsfrei sei das Verschulden der Bf lediglich als gering einzustufen. Sämtliche Meldungen (ZKO 3, A 1) seien erstattet worden und hätten auch die Lohnunterlagen – zumindest zum Teil – vorgelegen. Keinesfalls sei eine Unterentlohnung vorgelegen. Eine Umgehung der Bestimmungen des AVRAG sei zu keinerlei Zeitpunkt beabsichtigt gewesen.

Die Bestimmung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG ermächtige die Behörde nicht zu einer Ermessensausübung, sondern die Bf habe, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen würden, Anspruch darauf, dass von dieser Bestimmung Gebrauch gemacht werde.

Gemäß § 20 VStG könne die in den jeweiligen Materiengesetzen vorgesehene Mindeststrafe um die Hälfte unterschritten werden, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen würden. Die Bestimmung des § 20 VStG räume der Behörde kein Ermessen hinsichtlich ihrer Anwendung ein. Würden die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen,

bestehe grundsätzlich ein Rechtsanspruch auf die Anwendung des außerordentlichen Milderungsrechts. Die Behörde sei verpflichtet, das Vorliegen von Milderungsgründen näher zu prüfen, wenn sich aus dem Sachverhalt der Umstand ergebe, der einem Milderungsgrund entspreche. Eine derartige Prüfung sei nicht vorgenommen worden. Mildernd sei jedenfalls die bisherige verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit der Bf zu werten, weiters komme mildernd hinzu, dass sich die Bf reumütig und im Tatsachenbereich geständig zeige.

Sofern das wirksam eingerichtete Kontrollsystem im gegenständlichen Fall nicht als Verschuldensausschluss oder im Sinne eines geringfügigen Verschuldens gewertet werde, müssten das Kontrollsystem und die diesbezüglichen Bemühungen der Bf zumindest als Milderungsgrund angesehen werden. Seitens der Bf seien alle ihre zumutbaren Kontrollmaßnahmen zur Vermeidung einer Strafbarkeit gesetzt worden. Dass die entsprechenden Unterlagen am Einsatzort nicht bereitgehalten worden seien, sei auf eine Unachtsamkeit der Arbeitnehmer zurückzuführen. Als weiterer Milderungsgrund sei zweifelsfrei das geringfügige Verschulden anzusehen.

Mildernd sei auch noch zu berücksichtigen, dass im konkreten Fall für lediglich für zwei Arbeitnehmer keine entsprechenden Unterlagen bereitgehalten werden hätten können. Straferschwerungsgründe seien nicht vorgelegen.

Die Bf stelle daher die Anträge, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge 1. gemäß § 44 VwGVG eine mündliche Verhandlung durchführen und sodann 2. den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufheben und das Verfahren gemäß § 38 VwGVG iVm § 45 Abs. 1 Z 4 VStG einstellen, 3. in eventu den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufheben und gemäß § 38 VwGVG iVm § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG eine Ermahnung aussprechen, 4. den angefochtenen Bescheid aufheben und die verhängte Strafe unter Anwendung des § 20 VStG auf die Hälfte herabsetzen.

I.3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beraumte daraufhin für den 13. März 2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung an, zu welcher sowohl die Bf und der Bf-Vertreter als auch die belangte Behörde und das Finanzamt geladen wurden. In der Verhandlung wurden zwei Zeugen vernommen. Außerdem wurde die Sach- und Rechtslage umfassend erörtert.

II. Nachfolgender Sachverhalt steht fest:

II.1. Das Unternehmen der Bf, W e. K. Z- und T, ist ein Einzelunternehmen mit Sitz in D. Gegenstand des Unternehmens sind sämtliche Projektschritte von der Planung über die Fertigung und Montage bis hin zu Wartungen und Reparaturen an Toren, Zäunen und Pfosten.

Das Unternehmen wird grenzüberschreitend tätig. In Österreich arbeitet das Unternehmen der Bf mit Bauunternehmen wie S, H u. dgl. zusammen und beteiligt sich auch an öffentlichen Vergabeverfahren z.B. jenen der A oder der Ö.

II.2. Die Bf ist sowohl in Österreich als auch in Deutschland unbescholten und liegen keine Übertretungen nach dem AVRAG oder anderen arbeitsrechtlichen Bestimmungen vor.

Sie ist sorgepflichtig für zwei Kinder im Alter von 18 und 10 Jahren, die mit ihr in Hausgemeinschaft leben. Die Bf verfügt an Vermögen über ein Einfamilienhaus. Sie hat keine privaten Schulden.

II.3. Am 3. März 2016 um 10:15 Uhr fand im Bereich der Baustelle B x, Kreisverkehr N, S x M Schnellstraße eine Kontrolle der Finanzpolizei statt. Das Unternehmen der Bf wurde u.a. im Hinblick auf die Bestimmungen des AVRAG und des AuslBG kontrolliert.

II.4. Im Zuge dieser Kontrolle wurden zwei Arbeitnehmer der Bf angetroffen. Es handelte sich um die Arbeitnehmer T G und A S.

II.5. Die Organe der Finanzpolizei stellten fest, dass – wie im zu Punkt I.1. wiedergegebenen Schuldspruch – die ZKO3-Meldungen für die beiden Arbeitnehmer nicht rechtzeitig eine Woche vor Beginn der Arbeitsaufnahme bei der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle illegaler Beschäftigung (ZKO) erstattet worden waren, sondern verspätet am 26. Februar 2016, lediglich drei Tage vor der Arbeitsaufnahme (Spruchpunkt I). Die Meldung erfolgte aber bereits vor der Kontrolle durch die Finanzpolizei und nicht erst aus Anlass der Kontrolle.

Ferner lagen im Zeitpunkt der Kontrolle die Lohnunterlagen (Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung) der beiden Arbeitnehmer nicht am Arbeitsort bzw. Einsatzort vor (Spruchpunkt II).

Ebenso lagen keine Unterlagen über die Anmeldung der Arbeitnehmer zur Sozialversicherung (A1-Dokumente) vor (Spruchpunkt III).

II.6. Im Unternehmen der Bf gibt es ein schwarzes Brett mit einem Aushang, auf dem alle Arbeitnehmer über die Unterlagen belehrt werden, die auf im Ausland befindliche Baustellen mitzubringen sind. Zusätzlich werden die Arbeiter immer wieder von der Bf, von deren Ehemann und vom Verkaufsleiter darüber belehrt. Vor einem Auslandseinsatz erhalten sie jeweils ein Kuvert mit den erforderlichen

Unterlagen und dem Hinweis, dass sie noch die Lohnzettel und die Bankbelege dazugeben müssen.

Aus Anlass der erfolgten Kontrolle wurde im Unternehmen der Bf zusätzlich dadurch reagiert, dass Tablets angeschafft wurden, die die jeweiligen Vorarbeiter auf die Baustelle mitnehmen und so im Fall einer Kontrolle alle Unterlagen elektronisch zur Verfügung stellen können.

II.7. Die Frage, inwiefern eine Herabsetzung der Strafe bzw. eine Ermahnung in Betracht kommt, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Die Feststellungen zum Unternehmen der Bf ergeben sich aus dem Akteninhalt sowie den Erhebungen der Finanzpolizei.

Die Bf hat den Gegenstand ihres Unternehmens in ihrer Beschwerde nachvollziehbar dargelegt und wurde dieser auch in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht erörtert. Der Unternehmensgegenstand ist außerdem unbestritten, sodass das diesbezügliche Vorbringen der Bf den Sachverhaltsfeststellungen zugrunde gelegt werden konnte.

III.2. Die persönlichen Verhältnisse der Bf wurden in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht mit dem Ehemann der Bf erörtert.

III.3. Die Feststellungen zur Kontrolle der Finanzpolizei am 3. März 2016 ergeben sich unstrittig aus dem Akteninhalt. Ebenso unstrittig ist, dass die im angefochtenen Straferkenntnis vorgeworfenen Verwaltungsübertretungen von der Bf begangen wurden und von ihr sowohl objektiv als auch subjektiv zu verantworten sind. Das ergibt sich schon daraus, dass sich die Beschwerde ausschließlich gegen die Strafzumessung richtet und der Schuldspruch daher in Rechtskraft erwachsen ist, sodass auf diesen, wie zu Punkt I.1. wiedergegeben, verwiesen werden kann.

III.4. Die auf der Baustelle angetroffenen Arbeitnehmer und das Fehlen der jeweiligen Unterlagen ergeben sich aus dem Akteninhalt, insbesondere aus den Erhebungen und dem Strafantrag der Finanzpolizei.

III.5. Die Bf ist diesbezüglich geständig und der Schuldspruch im Straferkenntnis der belangten Behörde ist in Rechtskraft erwachsen, sodass zur Vermeidung von Wiederholungen auf diesen verwiesen werden kann.

III.6. Die Feststellungen zum Kontrollsystem im Unternehmen der Bf ergeben sich aus den übereinstimmenden Aussagen der in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht vernommenen Zeugen. Daraus ergibt sich zunächst, dass im Unternehmen der Bf – für die Zeit vor der Kontrolle – ein Aushang am schwarzen Brett angebracht war und die Arbeitnehmer über die Verpflichtung zur Bereithaltung der nach dem AVRAG vorgesehenen Unterlagen belehrt wurden. Die Anschaffung der Tablets für die elektronische Bereithaltung der Unterlagen war dann erst eine Reaktion auf die Kontrolle.

III.7. Die Frage, inwiefern eine Herabsetzung der Strafe bzw. eine Ermahnung in Betracht kommt, 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.

§ 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.

[...]

§ 7i. (1) Wer die erforderlichen Unterlagen entgegen § 7d Abs. 1 oder § 7f Abs. 1 Z 3 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. Ebenso ist zu bestrafen, wer entgegen § 7g Abs. 2 oder § 7h Abs. 2 die Unterlagen nicht übermittelt.

(2) Wer entgegen § 7f Abs. 1 den Zutritt zu den Betriebsstätten, Betriebsräumen und auswärtigen Arbeitsstätten oder Arbeitsstellen sowie den Aufenthaltsräumen der Arbeitnehmer/innen und das damit verbundene Befahren von Wegen oder die Erteilung von Auskünften verweigert oder die Kontrolle sonst erschwert oder behindert, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe von 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Wiederholungsfall von 2 000 Euro bis 20 000 Euro zu bestrafen.

(2a) Wer die Einsichtnahme in die Unterlagen nach den §§ 7b Abs. 5 und 7d verweigert, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist für jede/n Arbeitnehmer/in von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe von 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Wiederholungsfall von 2 000 Euro bis 20 000 Euro zu bestrafen.

(3) Ebenso ist nach Abs. 2a zu bestrafen, wer als Arbeitgeber/in entgegen § 7g Abs. 2 die Einsichtnahme in die Unterlagen verweigert.

(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.

(5) Wer als Arbeitgeber/in einen/e Arbeitnehmer/in beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm/ihr zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, zu leisten, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungs-

behörde mit einer Geldstrafe zu bestrafen. Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, liegt eine einzige Verwaltungsübertretung vor. Auf Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag beruhende Überzahlungen bei den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgeltbestandteilen sind auf allfällige Unterentlohnungen im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum anzurechnen. Hinsichtlich von Sonderzahlungen für die in § 7g Abs. 1 Z 1 und 2 genannten Arbeitnehmer/innen liegt eine Verwaltungsübertretung nach dem ersten Satz nur dann vor, wenn der/die Arbeitgeber/in die Sonderzahlungen nicht oder nicht vollständig bis spätestens 31. Dezember des jeweiligen Kalenderjahres leistet. Sind von der Unterentlohnung höchstens drei Arbeitnehmer/innen betroffen, beträgt die Geldstrafe für jede/n Arbeitnehmer/in 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Wiederholungsfall 2 000 Euro bis 20 000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer/innen betroffen, für jede/n Arbeitnehmer/in 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Wiederholungsfall 4 000 Euro bis 50 000 Euro.

[...]

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen:

V.1. Zum Vorliegen eines wirksamen Kontrollsystems:

V.1.1. Die Bf macht in ihrer Beschwerde geltend, sie habe in ihrem Unternehmen ein wirksames Kontrollsystem eingerichtet, das dafür geeignet sei, Übertretungen nach dem AVRAG zu vermeiden.

V.1.2. Der Verwaltungsgerichtshof hatte sich in der Vergangenheit bereits mehrfach mit der Frage eines wirksamen Kontrollsystems auseinander zu setzen. Will der Dienstgeber verhindern, dass Beschäftigungsverhältnisse durch Aufnahme einer Beschäftigung in seinem Betrieb ohne seine Zustimmung bzw. ohne die erforderliche Anmeldung zur Sozialversicherung begonnen werden, muss er ein wirksames Kontrollsystem errichten bzw. entsprechende Weisungen erteilen und deren Befolgung sicherstellen. Für die mangelnde Effektivität seines Kontrollsystems hat der Dienstgeber unabhängig von seinem Verschulden einzustehen (VwGH 3.12.2013, 2012/08/0026; 17.1.2014, 2013/08/0281; 14.3.2014, 2012/08/0029; 26.5.2014, 2012/08/0207).

V.1.3. In seinem Erkenntnis vom 13.3.2016, Ra 2016/02/0051 hat der Verwaltungsgerichthof zum Vorliegen eines wirksamen Kontrollsystems Nachfolgendes ausgeführt:

„10 Hinsichtlich dieses Vorbringens ist der Revisionswerber auf die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen, wonach es im Rahmen eines funktionierenden Kontrollsystems kein Vertrauen darauf geben kann, dass die eingewiesenen, laufend geschulten und ordnungsgemäß ausgerüsteten Arbeitnehmer die Arbeitnehmerschutzvorschriften einhalten (vgl. das hg. Erkenntnis vom 24. Mai 2013, Zl. 2012/02/0072, m.w.N.). Im Hinblick auf ein das Verschulden

ausschließendes wirksames Kontrollsystem ist es weiters nicht ausreichend, dass auf einzelnen Baustellen (wie im vorliegenden Fall) Bauleiter mit der Überwachung der Einhaltung an Ort und Stelle verantwortlich sind; ferner ist auch die Erteilung von Anordnungen (Weisungen) und die Durchführung von Schulungen nicht ausreichend (vgl. das hg. Erkenntnis vom 5. August 2009, Zl. 2008/02/0127, m.w.N.).

11 Vielmehr ist es nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes für die Darstellung eines wirksamen Kontrollsystems erforderlich, unter anderem aufzuzeigen, welche Maßnahmen im Einzelnen der unmittelbar Übergeordnete im Rahmen des Kontrollsystems zu ergreifen verpflichtet war, um durchzusetzen, dass jeder in dieses Kontrollsystem eingebundene Mitarbeiter die arbeitnehmerschutzrechtlichen Vorschriften auch tatsächlich befolgt und welche Maßnahmen schließlich der an der Spitze der Unternehmenshierachie stehende Anordnungsbefugte vorgesehen hat, um das Funktionieren des Kontrollsystems insgesamt zu gewährleisten, das heißt sicherzustellen, dass die auf der jeweils übergeordneten Ebene erteilten und Anordnungen (Weisungen) zur Einhaltung arbeitnehmerschutzrechtlicher Vorschriften auch an die jeweils untergeordnete, zuletzt also an die unterste Hierachie-Ebene gelangen und dort auch tatsächlich befolgt werden (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 23. März 2012, Zl. 2010/02/0263, m.w.N.).

[12 ...]

13 Schließlich sieht der Revisionswerber eine grundsätzliche Rechtsfrage auch darin, ob das Verwaltungsgericht „die Grundsätze des im Bereich des § 9 VStG exkulpierenden Regel- und Kontrollsystems so anwenden (dürfe). dass diesem Institut faktisch kein Anwendungsbereich mehr“ verbleibe. Der Revisionswerber verweist dazu auf das hg. Erkenntnis vom 2. Juni 1999, Zl. 98/04/0099, und meint, die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sei uneinheitlich, weil die neuere Rechtsprechung dem ausreichenden Regel- und Kontrollsystem „jegliche rechtliche Existenz“ nehme.

14 Dazu ist festzuhalten, dass das Verwaltungsgericht, ausgehend vom festgestellten Sachverhalt, unter Hinweis auf – näher zitierte – Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ausgesprochen hat, dass der Revisionswerber das Bestehen eines ausreichenden Kontrollsystems nicht unter Beweis gestellt hat. Das Verwaltungsgericht führt dabei unter anderem aus, der Revisionswerber habe in der Verhandlung selbst zugegeben, die Baustelle nie kontrolliert zu haben und auch keine konkreten Anweisungen zur Kontrolle des Gerüsts gegeben zu haben. Auch der zuständige Bauleiter habe nur unregelmäßige Kontrollen durchgeführt und keine konkreten Kenntnisse der Verankerungen des Gerüsts gehabt.

15 Vor diesem Hintergrund ist nicht zu erkennen, dass das Verwaltungsgericht von der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Kontrollsystem im Bereich des Arbeitnehmerschutzes (vgl. dazu bereits die Ausführungen in RNr. 10 und 11) abgewichen wäre. Insbesondere ist auch nicht zu erkennen, dass das vom Revisionswerber zum Beleg einer Rechtsprechungsdivergenz angeführte Erkenntnis vom 2. Juni 1999, Zl. 98/04/0099, das seiner Ansicht nach der jüngeren, vom Verwaltungsgericht zitierten Rechtsprechung widerspreche, in einem Spannungsverhältnis zum angefochtenen Erkenntnis oder der oben bereits beispielhaft angeführten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Kontrollsystem stünde, zumal auch dieses Erkenntnis ausdrücklich vom Beschuldigten den Nachweis eines effizienten Kontrollsystems verlangt, wobei die Effizienz des Kontrollsystems nicht an der subjektiven Meinung des Beschuldigten oder der im Kontrollsystem eingebundenen Personen gemessen wird.“

V.1.4. Insofern stellt sich vorab die Frage, ob im Unternehmen der Bf ein solches Kontrollsystem tatsächlich eingerichtet war oder ob dieses Kontrollsystem doch nicht ausreichend war, um derartige Verstöße zu vermeiden.

Nach der oben zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist das Anbringen von Aushängen mit schriftlichen Anordnungen oder auch die Erteilung von Weisungen an Vorarbeiter bzw. Arbeitnehmer für ein wirksames Kontrollsystem nicht ausreichend. Ob eine direkte Kontrolle der Arbeiter auf einer

Baustelle jemals durch die Bf oder ihr zurechenbare Vorgesetzte der Arbeitnehmer erfolgt, hat sich im Verfahren nicht ergeben. Der Ehegatte der Bf hat zur Frage, wie kontrolliert wird, ob die Arbeiter die Kuverts bzw. die Lohnunterlagen auf die Baustelle mitnehmen, angegeben, dass sie das Kuvert ja definitiv in die Hand bekommen würden, wenn sie zu einer neuen Baustelle fahren würden. Sie bekämen auch den Lohnzettel mit und müssten ihn eben nur in das Kuvert geben. Auch in diesen beiden Fällen hätten alle Arbeiter die Unterlagen mitbekommen. Sie hätten diese ja bloß nicht auf der Baustelle. sondern irgendwo im Quartier oder ähnliches. Ein konkrete Kontrollmaßnahme, inwiefern das Vorliegen des Unterlagen nach den Bestimmungen des AVRAG erfolgt, hat sich aber nicht ergeben.

Wie in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht erörtert, wurde nämlich erst aus Anlass des anhängigen Verwaltungsstrafverfahrens reagiert und das Kontrollsystem adaptiert (Anschaffung von Tablets). Inwiefern das nunmehr adaptierte Kontrollsystem wirksam ist, ist nicht Gegenstand des Verfahrens, sodass sich eine Auseinandersetzung damit erübrigt.

Außerdem ist das Scheitern eines Kontrollsystems unabhängig vom Verschulden der Bf, die für dessen Scheitern jedenfalls einzustehen hat.

V.2. Zur Strafzumessung:

V.2.1. Nachdem sich die Bf zu dem gegen sie erhobenen Tatvorwurf geständig verantwortet hat, sind im Hinblick auf die Strafhöhe die Milderungs- und Erschwerungsgründe gegeneinander abzuwägen bzw. sind die Voraussetzungen für das Vorgehen mittels Ermahnung oder außerordentlicher Strafmilderung zu prüfen.

V.2.2. Bei der Strafbemessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (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 Ermessensausübung 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).

V.2.3. 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 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

V.3. Zu Spruchpunkt I – Ermahnung:

V.3.1. Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde dem Beschuldigten im Fall der Z 4 unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

V.3.2. Im Erkenntnis des VwGH vom 5.5.2014, Ro 2014/03/0052, setzte sich dieser mit der Bestimmung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG auseinander. Der dortige Revisionswerber begründete die Zulässigkeit seiner Revision damit, dass es noch keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu der seit 1. Juli 2013 geltenden neuen Rechtslage des § 45 Abs. 1 VStG, und zwar insbesondere in Bezug auf § 45 Abs. 1 Z 4 und den letzten Absatz des § 45 Abs. 1 VStG, gebe. Zu prüfen sei die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes, die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und inwieweit das Verschulden eines Beschuldigten als gering anzusehen sei.

Der VwGH führte dazu aus, dass mit dem Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetz 2013, BGBl. I Nr. 33/2013 § 45 VStG (unter anderem) um den – im gegenständlichen Fall maßgeblichen – Einstellungstatbestand der Z 4 erweitert wurde, wonach von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen ist, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde – nach dem Schlusssatz des § 45 Abs. 1 VStG – dem Beschuldigten in diesem Fall unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten. In den Gesetzesmaterialien (ErlRV 2009 BlgNR 24. GP, 19) wird dazu erläutert, dass mit dem neu formulierten § 45 Abs. 1 VStG insbesondere die bisher in § 21 Abs. 1 VStG enthaltenen Bestimmungen zusammengeführt werden sollen.

§ 45 Abs. 1 Z 4 VStG und der neue Schlusssatz dieses Absatzes entsprächen im Wesentlichen § 21 Abs. 1 VStG (alte Fassung). Zu der zuletzt genannten Bestimmung, die ein Absehen von der Verhängung einer Strafe (bei allfälliger Ermahnung des Beschuldigten) vorsah, „wenn das Verschulden des Beschuldigten geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind“, besteht eine gesicherte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dazu etwa die in Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze II2, § 21 VStG E 5 ff, und in Raschauer/Wessely, VStG, § 21 Rz 6 bis 11 und 18 wiedergegebene Judikatur), anhand derer auch die Rechtsfragen, die der vorliegende Fall aufwirft, gelöst werden können, sodass es keiner neuen Leitlinien bedarf.

Nichts anderes kann auch im vorliegenden Fall gelten und ist dieser anhand der bisherigen Rechtsprechung zu beurteilen.

V.3.3. Sander führt in Raschauer/Wessely, VStG, § 21 Rz 6 ff dazu aus: Für das Vorgehen nach § 21 VStG [nunmehr § 45 Abs. 1 Z 4 VStG] müssen im Wesentlichen zwei Kriterien vorliegen: Das Verschulden des Beschuldigten muss gering sein und die Folgen der Übertretung unbedeutend. Feststellungen dazu und damit die Basis für die Entscheidung werden sich in aller Regel aus den Erhebungsergebnissen bzw. im Rahmen des Ermittlungsverfahrens ergeben. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen (zB VwGH 16.3.1987, 87/10/0024; 19.5.1993, 92/09/0031; 10.12.1996, 96/04/0154; OGH 23.4.1992, 15 Os 19/92; 8.9.1994, 12 Os 109/94).

Unter geringfügigem Verschulden versteht die Rspr solche Fälle, in denen das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Schuld- und Unrechtsgehalt zurückbleibt (zB VwGH 12.9.1986, 86/18/0059; 8.10.1990, 90/19/0483; 18.9.1996, 94/03/0128; 10.12.2001, 2001/10/0049; OGH 23.4.1992, 15 Os 19/92). Durch eine solche Auslegung des § 21 VStG ist gleichzeitig klargestellt, dass die Bestimmungen des § 21 VStG nicht nur im Fall der leichten Fahrlässigkeit angewendet werden können (zB VwGH 5.9.1986, 86/18/0167; 20.9.1995, 93/03/0083; 29.5.1998, 98/02/0050; 14.10.2005, 2004/05/0221). Die Meinung, dass ein geringfügiges Verschulden nur dann vorliegen kann, wenn es sich um leichte Fahrlässigkeit handelt, wird von der Rspr abgelehnt (VwGH 29.5.1998, 98/02/0050).

Neben der Voraussetzung des Vorliegens von bloß geringfügigem Verschulden, bei dessen Nichtvorliegen nach der Judikatur des VwGH die zweite Voraussetzung in aller Regel nicht mehr geprüft wird, darf die Verwaltungsübertretung für die Anwendung von § 21 VStG nur unbedeutende Folgen nach sich ziehen. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen (zB VwGH 16.3.1987, 87/10/0024; 19.5.1993, 92/09/0031; 10.12.1996, 96/04/0154; OGH 23.4.1992, 15 Os 19/92; 8.9.1994, 12 Os 109/94).

V.3.4. Im Fall des AuslBG erwähnt Sander in Raschauer/Wessely, VStG, § 21 Rz 6ff nachfolgende Fälle: Bloß geringfügiges Verschulden kann (betreffend

Verwaltungsübertretungen nach dem AuslBG) etwa dann vorliegen, wenn nicht eine Umgehungshandlung gesetzt werden sollte, sondern die Tatbestandsmäßigkeit in der Person des Ausländers verkannt wurde (VwGH 19.9.2001, 99/09/0264; 2007.09/0229). Wenn im Ergebnis ein Ausländer fahrlässig ohne die formellen Voraussetzungen nach dem AuslBG beschäftigt wurde, dieser aber materiell die Voraussetzungen für die Verlängerung seines Befreiungsscheines erfüllt hat, sodass die Beschäftigung im Ergebnis nur der gesetzlichen Ordnung widersprach und es für die konkrete Tat daher charakteristisch ist, dass sie in allen für die Strafbarkeit relevanten Gesichtspunkten eklatant hinter den typischen Straftaten nach § 28 AuslBG zurückbleibt, ist von bloß geringem Verschulden auszugehen (VwGH 4.9.2006, 2005/09/0073; 24.5.2007, 2006/09/0086; 18.9.2008, 2007/09/0241).

V.3.5. Sander führt in Raschauer/Wessely, VStG, § 21 Rz 18 ff zum Ausspruch einer Ermahnung aus: Wenn die Behörde gemäß § 45 Abs. 1 vorzugehen hat, kann sie den Beschuldigten mittels Bescheid ermahnen, wenn dies erforderlich ist, um ihn von der Begehung weiterer strafbarer Handlungen abzuhalten. [...] Die Rspr nimmt an, dass die bescheidmäßige Ermahnung denselben Vorschriften unterliegt, wie die bescheidmäßige Erlassung eines Straferkenntnisses (zB VwGH 22.6.1971, 253/71; 19.11.1974, 799/73; 19.5.1980, 3407/79). Dadurch kann eine bescheidmäßig ausgesprochene Ermahnung auch vor den UVS [nunmehr: LVwG] und den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts angefochten werden (zB VwGH 8.2.1988, 87/10(0188). Der Ausspruch einer Ermahnung ist jedoch nur zulässig, wenn die Voraussetzungen hiefür, nämlich die Notwendigkeit, dadurch den Beschuldigten von der Begehung weiterer Handlungen der gleichen Art abzuhalten, vorliegen.

Diese Erwägungen zur Ermahnung im Hinblick auf das AuslBG lassen sich auch auf das AVRAG übertragen.

V.3.6. Die Bf hat sich zu den gegen sie erhobenen Tatvorwürfen (reumütig) geständig verantwortet. Der Milderungsgrund des § 34 Abs. 1 Z 17 StGB, das Vorliegen eines Geständnisses, ist somit erfüllt.

Die Bf ist außerdem unbescholten. Die Bf erfüllt insofern auch den Milderungsgrund gemäß § 34 Abs. 1 Z 2 StGB, nachdem sie bisher einen ordentlichen Lebenswandel geführt hat. Zwar ist gegen die Bf zu GZ. 301439 vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ein weiteres Strafverfahren wegen Übertretungen nach dem AVRAG anhängig, eine rechtskräftige Bestrafung liegt aber nicht vor. Insofern ist trotz dieses weiteren anhängigen Verwaltungsstrafverfahrens von der Unbescholtenheit der Bf auszugehen.

Zu berücksichtigen ist außerdem, dass die ZKO3-Meldungen nicht erst aus Anlass der finanzpolizeilichen Kontrolle nachgeholt wurden, sondern in diesem Zeitpunkt bereits vorlagen und (lediglich) die einwöchige Frist unterschritten wurde.

Hinzu kommt, dass seit dem Inkrafttreten des LSD-BG am 1. Jänner 2017 die einwöchige Frist für die ZKO-Meldung weggefallen ist. Nachdem die neue gesetzliche Regel aber nur auf Sachverhalte anzuwenden ist, die sich nach dem 31. Dezember 2016 ereignet haben, kommt eine Anwendung dieser Bestimmungen (Günstigkeitsprinzip) auf den vorliegenden Fall nicht in Betracht.

Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes liegt keine Verletzung des Art. 7 EMRK (Verbot der rückwirkenden Anwendung strengerer Strafbestimmungen iSd neueren Rechtsprechung des EGMR) angesichts des Wegfalls der Strafbarkeit vor. Art. 7 EMRK gebietet zwar, bei Änderung der Rechtslage nach der Begehung der Straftat die für den Beschuldigten mildere Strafe zu verhängen. Es ist jedoch auch mit Blick auf Art. 49 Abs. 1 der EU-Grundrechte-Charta nicht geboten, von der Verhängung einer Strafe im Fall eines Verstoßes gegen eine konkrete Verhaltenspflicht abzusehen (bei anderer Auslegung Beseitigung der Sanktionsbewehrung eines Gebotes bereits vor Außerkrafttreten der Norm, rechtstreuer Normadressat wäre dann schlechter gestellt) [VfGH 8.3.2012, B 1003/11 ua].

Die geänderte Gesetzeslage ist aber bei Abwägung der Voraussetzungen für das Vorgehen mit Ermahnung – ein gänzliches Absehen von der Bestrafung kann im Einklang mit der obigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes nicht erfolgen – zu berücksichtigen.

Aus den im Akt befindlichen Unterlagen ergibt sich letztendlich, dass eine Unterentlohnung der entsendeten Arbeitnehmer nicht vorlag. Der Schutzzweck der übertretenen Normen des AVRAG wurde insofern nicht beeinträchtigt. Die Vorgehensweise der Bf kommt insofern dem Milderungsgrund des § 34 Abs. 1 Z 15 StGB – der Schadensgutmachung – gleich.

Dem gegenüber konnten keine Erschwerungsgründe festgestellt werden. Das weitere anhängige, aber noch nicht rechtskräftig abgeschlossene Strafverfahren steht der Unbescholtenheit der Bf nicht entgegen. Den fehlenden Erschwerungsgründen stehen somit vier Milderungsgründe gegenüber. Auch aus den gesamten Umständen des Sachverhaltes ergibt sich darüber hinaus, dass das Verschulden der Bf als im unteren Bereich gelegen gewertet werden kann. Selbst dann, wenn man das weitere anhängige Strafverfahren als Erschwerungsgrund werten würde, überwiegen immer noch die Milderungsgründe, sodass die Voraussetzungen für eine Ermahnung dennoch gegeben sind.

V.3.7. Dem erkennenden Gericht ist bewusst, dass es sich bei Übertretungen des AVRAG um schwerwiegende Verstöße handelt und nur in seltenen Fällen mit einer Ermahnung vorgegangen werden kann. Allerdings hat sich durch das Ergebnis der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht der Eindruck ergeben, dass gegenständlich einer dieser seltenen Fälle vorliegt.

V.3.8. Insofern konnte im Hinblick auf Spruchpunkt I mit einer Ermahnung vorgegangen werden. Die Bf hat keine Kostenbeiträge zu bezahlen.

Die Bf wird allerdings darauf hingewiesen, dass sie für den Fall einer weiteren Übertretung des AVRAG jedenfalls mit der Verhängung einer Geldstrafe zu rechnen hat.

V.4. Zu den Spruchpunkten II und III:

V.4.1. Die Bf hat sich zu den gegen sie erhobenen Tatvorwürfen (reumütig) geständig verantwortet. Der Milderungsgrund des § 34 Abs. 1 Z 17 StGB, das Vorliegen eines Geständnisses, ist somit erfüllt. Die Bf ist außerdem unbescholten. Die Bf erfüllt insofern auch den Milderungsgrund gemäß § 34 Abs. 1 Z 2 StGB, nachdem sie bisher einen ordentlichen Lebenswandel geführt hat. Zwar ist gegen die Bf zu GZ. 301439 vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ein weiteres Strafverfahren wegen Übertretungen nach dem AVRAG anhängig, eine rechtskräftige Bestrafung liegt aber nicht vor. Insofern ist trotz dieses weiteren anhängigen Verwaltungsstrafverfahrens von der Unbescholtenheit der Bf auszugehen.

Aus den im Akt befindlichen Unterlagen ergibt sich, dass eine Unterentlohnung der entsendeten Arbeitnehmer nicht vorlag. Der Schutzzweck der übertretenen Norm wurde insofern nicht beeinträchtigt. Letztendlich haben sich aus den persönlichen Verhältnissen der Bf keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass aus spezialpräventiven Gründen jedenfalls die Verhängung einer Strafe erforderlich wäre.

Dem gegenüber konnten keine Erschwerungsgründe festgestellt werden. Den fehlenden Erschwerungsgründen stehen drei Milderungsgründe gegenüber. Das weitere anhängige, aber noch nicht rechtskräftig abgeschlossene Strafverfahren steht der Unbescholtenheit der Bf nicht entgegen. Darüber hinaus hat eben eine Unterentlohnung der entsendeten Arbeitnehmer nicht stattgefunden, sodass der eigentliche Schutzzweck, die Verhinderung von Lohn- und Sozialdumping, nicht verletzt wurde. Selbst dann, wenn man das weitere anhängige Strafverfahren als Erschwerungsgrund werten würde, überwiegen immer noch die Milderungsgründe, sodass die Voraussetzungen für eine außerordentliche Strafmilderung dennoch gegeben sind.

V.4.2. Insofern war daher der Beschwerde im Hinblick auf die Strafzumessung Folge zu geben und waren gemäß § 20 VStG in Spruchpunkt II die Geldstrafen auf jeweils 500 Euro, insgesamt 1.000 Euro sowie die Ersatzfreiheitsstrafen auf jeweils 25 Stunden, insgesamt 50 Stunden herabzusetzen. Im Hinblick auf Spruchpunkt III waren die Geldstrafen auf jeweils 250 Euro, insgesamt 500 Euro sowie die Ersatzfreiheitsstrafen auf jeweils 15 Stunden, insgesamt 30 Stunden herabzusetzen.

V.4.3. Die Kosten im Verfahren vor der belangten Behörde reduzieren sich bezüglich Spruchpunkt II auf jeweils 50 Euro, insgesamt 100 Euro; im Hinblick Spruchpunkt III auf jeweils 25 Euro, insgesamt daher 50 Euro. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG fallen im Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich keine Kosten an.

V.5. Ergebnis:

V.5.1. Zusammengefasst war betreffend Spruchpunkt I mittels Ermahnung gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG sowie betreffend Spruchpunkte II und III mittels außerordentlicher Strafmilderung gemäß § 20 VStG vorzugehen. Darüber hinaus war die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

V.5.2. Die Bf wird allerdings darauf hingewiesen, dass sie für den Fall einer weiteren Übertretung des AVRAG jedenfalls mit der Verhängung deutlich strengerer Geldstrafen zu rechnen hat.

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 Beurteilung und Abwägung der Milderungs- und Erschwerungsgründe iSd § 20 VStG sowie das Vorgehen mittels Ermahnung iSd § 45 Abs. 1 Z 4 VStG ist außerdem im Hinblick auf die Bf in concreto und auf den speziellen Sachverhalt vorzunehmen. Diese Würdigung ist stets einzelfallbezogen sowie ein Ergebnis der jeweiligen Beweiswürdigung und daher nicht verallgemeinerungsfähig. Auch aus diesem Grund ist die ordentliche Revision ausgeschlossen.

VI.3. Letztendlich steht das Vorgehen mittels Ermahnung auch im Einklang mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (V.4.), sodass auch deshalb die Revision für unzulässig zu erklären war.

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

Dr. Lidauer