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-301494/5/Kü/JB

Datum:
Linz, 23. Februar 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde des Herrn U.T., vertreten durch H. Rechtsanwälte GmbH, x, W., vom 22. Februar 2017, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis vom 2. Februar 2017, GZ: BHRISanR-2016-342973/14-H, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 27. November 2017

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als die Spruchpunkte 7. bis 17. des angefochtenen Straferkenntnisses aufgehoben und diesbezüglich das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt wird. Im Übrigen wird das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

II. Der Kostenbeitrag zum Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde wird auf 300 Euro herabgesetzt, für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat der Beschwerdeführer einen Kostenbeitrag von 600 Euro (das sind 20 % der bestätigten Geldstrafen) zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. 1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis vom 2. Februar 2017, GZ: BHRISanR-2016-342973/14-H, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 7b Abs. 3 und 4 iVm § 7b Abs. 8 Z 1 1. Fall Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) 17 Geldstrafen in Höhe von jeweils 500 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit jeweils Ersatzfreiheitsstrafen verhängt.

Dem Bf wird als Geschäftsführer der S. GmbH, welche persönlich haftende Gesellschafterin der S. GmbH & Co KG ist, vorgeworfen, dass letztgenannte Gesellschaft als Arbeitgeberin im Sinne des § 7b Abs. 1 AVRAG sechs namentlich genannte deutsche Arbeitnehmer mit dem Auf- und Umbau der Bühnentechnik und 10 namentliche genannte deutsche arbeitnehmerähnliche Personen als Veranstaltungstechniker, Lichtdesigner, Tontechniker und Bildmischer auf dem Gelände beim W. in O. beschäftigt hat und damit zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt hat, ohne die Beschäftigung dieser Arbeitnehmer 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 in § 7b Abs. 1 Z 4 AVRAG bezeichneten Beauftragten die Meldung in Abschrift auszuhändigen oder in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen. Diese Tat sei von der Finanzpolizei bei der Kontrolle am 2. Juli 2016 um 15:15 Uhr festgestellt worden.

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde in der beantragt wird nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung das Strafverfahren hinsichtlich der Tatvorwürfe 7. bis 17. einzustellen und das Verfahren hinsichtlich der übrigen Tatvorwürfe gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG allenfalls unter Erteilung einer Ermahnung einzustellen in eventu die Strafhöhe gemäß § 20 VStG außerordentlich zu mildern.

Begründend wurde festgehalten, dass der Bf bereits in seinem Einspruch vom 2. Dezember 2016 darauf hingewiesen habe, dass arbeitnehmerähnliche Personen vom Anwendungsbereich des § 7 Abs. 3 AVRAG nicht erfasst seien. Die belangte Behörde führe im bekämpften Bescheid aus, dass die von ihr angeführten arbeitnehmerähnlichen Personen ihre Arbeitskraft für den Auftrag der Session zur Verfügung gestellt hätten. Demnach würde es sich um eine Arbeitskräfteüberlassung handeln. Die Session hätte diese Arbeitnehmer zur Erledigung des Auftrags zum W. nach O. entsandt.

Damit verkenne die belangte Behörde, dass die angeführten arbeitnehmerähnlichen Personen ihrerseits der Session nicht von einer dritten Gesellschaft überlassen worden seien, sondern diese selbstständig auf eigene Rechnung tätig

gewesen seien. Diese seien nicht iSd § 3 Abs. 4 AÜG wirtschaftlich unselbstständig. Hinzuweisen sei auch darauf, dass für eine derartige Annahme jeglicher Hinweis im Akt fehle.

Sollte das Verwaltungsgericht dennoch der Ansicht sein, dass der objektive Tatbestand hinsichtlich der Tatvorwürfe 1. bis 6. erfüllt sei, würden zumindest die Voraussetzungen für ein Absehen von der Strafe nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG vorliegen.

Hintergrund des gesamten Regelungskomplexes der §§ 7ff AVRAG sei die Vermeidung von Lohn- und Sozialdumping. Durch die vom Gesetzgeber eingeführten Regelungen sollte gewährleistet werden, dass ausländische Arbeitnehmer in Österreich dieselben Lohn- und Sozialstandards in Anspruch nehmen könnten, wie österreichische Arbeitnehmer. Wie das Ergebnis der vorliegenden Kontrolle zeige, habe im gegenständlichen Fall weder die Gefahr einer Unterentlohnung der Arbeitnehmer, noch einer Umgehung sozialversicherungsrechtlicher Standards, noch des eigentlichen Sozial- oder Lohndumpings durch Verdrängung österreichischer Arbeitnehmer, bestanden. Das tatbildmäßige Verhalten bleibe damit deutlich hinter dem in der Strafdrohung typisierten Unrechtsgehalt zurück. Zu bedenken gelte zudem, dass es sich hinsichtlich der genannten Meldepflicht um eine bloße Ordnungsvorschrift handle und daher keine Schäden eingetreten seien.

Die Strafbarkeit des zur Vertretung nach Außen berufenen bestehe jeweils nur im Rahmen eigenen Verschuldens. Der Bf habe Herrn S.H. mit den Aufgaben der Geschäftsabwicklung der Session im Zusammenhang mit Veranstaltungen betraut, wozu auch die Abwicklung sämtlicher verwaltungsrechtlicher Anforderungen gehört habe.

Herr H. habe seine Aufgabe in der Vergangenheit ordentlich und ohne Beanstandung vorgenommen. Ausdrücklich habe der Bf Herrn H. angehalten, stets rechtskonform zu handeln und eine entsprechende Erkundigung einzuholen. Für den Fall des Zuwiderhandelns seien Herrn H. Sanktionen angedroht worden, welche von der Ermahnung bis hin zur Kündigung reichen würden. Warum Herr H. nach langer Tätigkeit für das Unternehmen im Zusammenhang mit der gegenständlichen Entsendung erstmals einen Fehler gemacht habe, sei für den Bf nicht ersichtlich. Herr H. sei auch angehalten gewesen, den Bf regelmäßig über sämtliche durchgeführten Tätigkeiten und seine vorangegangenen Erkundigungen zu informieren. Im gegenständlichen Fall habe der Bf dies aber nicht überprüfen können, weil aufgrund der Urlaubszeit eine Berichterstattung und deren Überprüfung kurzfristig nicht möglich gewesen sei. Dennoch sei durch dieses Kontrollsystem grundsätzlich dafür Sorge getragen worden, dass die Rechtsordnung eingehalten würde.

Zu berücksichtigen sei, dass es sich bei der Session um ein ausländisches Unternehmen handle, bei dem in gleicher Weise nicht dieselbe Rechtskenntnis verlangte werden könne, wie bei einem inländischen Unternehmen. Bei der Session sei daher ein Verbotsirrtum vorgelegen, weil sie nicht gewusst habe, dass vor einer Tätigkeit in Österreich eine Meldepflicht an die ZKO bestehe. Vor dem Hintergrund der unionsrechtlich gewährleisteten Dienstleistungsverkehrsfreiheit und Arbeitnehmerfreizügigkeit sei rechtsirrtümlich davon ausgegangen worden, dass die Tätigkeiten ohne vorherige Anmeldung durchgeführt werden könnten. Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass kein entschuldigender Verbotsirrtum iSd § 5 Abs. 2 VStG vorliege, seien die dargelegten Umstände dem Bf dahingehend anzurechnen, als damit sein Verschulden jedenfalls so gering sei, dass eine Anwendung des § 45 Abs.1 Z 4 VStG möglich sei.

Zumindest sollte eine Herabsetzung der Mindeststrafe gemäß § 20 VStG vorgenommen werden. Wie bereits dargelegt, liege aufgrund der konkreten Umstände im vorliegenden Fall ein Überwiegen der Milderungsgründe vor, denen keine Erschwerungsgründe gegenüber stehen würden. Als Milderungsgründe seien zu Gunsten des Bf einerseits die Unbescholtenheit und andererseits ein einem Ausländer weniger stark anzulastender Verbotsirrtum anzurechnen. Darüber hinaus sei festzuhalten, dass es durch die Unterlassung der Meldung zu keinerlei Schäden oder zu einem Sozialdumping gekommen sei. Zudem sei dem Bf nur geringes Organisationsverschulden anzulasten und habe sich der Bf redlich bemüht eine neuerliche Übertretung zu vermeiden, indem er hinsichtlich der grenzüberschreitenden Entsendung eine rechtliche Beratung beauftragt habe.

3. Die belangte Behörde hat die Beschwerde samt Verwaltungsstrafakt mit Schreiben vom 9. März 2017 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidungsfindung vorgelegt. Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

4. Das Landesverwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht-nahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 27. November 2017, an welcher der Rechtsvertreter des Bf sowie ein Vertreter der belangten Behörde teilgenommen haben. Der Vertreter der Finanzverwaltung war zum mündlichen Verhandlung entschuldigt.

4.1. Folgender Sachverhalt steht fest:

Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der S. GmbH mit dem Sitz in x, W. Diese Gesellschaft ist persönlich haftende Gesellschafterin der S. GmbH & Co KG, ebenfalls mit dem Sitz in x, W.

Die S. GmbH & Co KG wurde nach entsprechender Angebotslegung vom Veranstalter des Festivals „W.“, welches in O. ausgetragen wurde, damit

beauftragt, den Auf- bzw. Umbau der Bühnentechnik vorzunehmen sowie während der Veranstaltung die Licht-, Ton- und Videotechnik zu betreuen.

Den Auf-, Um- bzw. Abbau der Bühnentechnik erledigte die die S. GmbH & Co KG mit eigenen Arbeitskräften und wurden dafür sechs Arbeiternehmer, welche zur ihr in einem Arbeitsverhältnis gestanden sind, nach Österreich entsandt.

Für die Abwicklung der Licht-, Ton- und Videotechnik während der Veranstaltung entsendete die S. GmbH & Co KG kein eigenes Personal sondern wurden insgesamt 10 Personen, welche in Deutschland selbstständig tätig sind, als Subunternehmer für die Veranstaltungstechnik beigezogen. Diese 10 Personen standen in keinem Arbeitsverhältnis zur S. GmbH & Co KG und waren – wie bereits erwähnt – in Deutschland als selbstständige Einzelunternehmer tätig und standen daher auch in keinem Arbeitsverhältnis zu einer weiteren deutschen Firma. Die S. GmbH & Co KG hat mit jedem selbstständigen Einzelunternehmer einen Vertrag für die Arbeiten am Festival abgeschlossen und hat daher das technische Know-how dieser Personen nicht über ein anderes deutsches Unternehmen bezogen.

Vor Beginn der Aufbauarbeiten erstattete die S. GmbH & Co KG keine Meldung an die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen (ZKO3-Meldung) für die entsandten sechs Arbeitnehmer. Auch hinsichtlich der 10 selbstständigen Veranstaltungstechniker folgte eine derartige Meldung nicht.

Am 1. Juli 2016 führten Organe des Finanzamtes Braunau Ried Schärding eine Begehung des Festivalgeländes in O. durch, wobei die Kontrollorgane den vor Ort aufgestellten Container des Veranstalters aufsuchten. Von den dort angetroffenen Mitarbeitern der Veranstalterfirma erhielten die Kontrollorgane die Auskunft, dass beim Festival nur ein Subunternehmer und zwar die S. GmbH & Co KG tätig ist. Die Mitarbeiter der Veranstalterfirma wurden von den Kontrollorganen aufgefordert, die Verantwortlichen der S. GmbH & Co KG vor Ort zu kontaktieren, damit diese den Kontrollorganen die entsprechenden Auskünfte geben können. Daraufhin erschienen P.A. und M.K. als Ansprechpersonen der S. GmbH & Co KG bei den Kontrollorganen. Die Kontrollorgane belehrten die Beiden dahingehend, dass vor Ort eine Einsichtnahme in die ZKO3-Meldungen, in die A 1 Sozialversicherungsdokumente möglich sein muss und darüber hinaus auch Lohnunterlagen (Arbeitsaufzeichnungen, Arbeitsverträge oder Dienstzettel, Unterlagen betreffend die Lohneinstufung) für die vor Ort beschäftigten Arbeitnehmer zur Einsichtnahme bereitzuhalten sind.

Am folgenden Tag (2. Juli 2016) wurde von den Kontrollorganen eine Kontrolle der S. GmbH & Co KG auf Einhaltung der Bestimmungen des Ausländer-beschäftigungsgesetzes, des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes und des

Einkommenssteuergesetzes durchgeführt. Die Kontrollorgane stellten fest, dass 17 Personen entweder beim Auf- oder Umbau der Bühnentechnik oder bei der Veranstaltungstechnik im Einsatz sind. Von diesen 17 Personen wurden Namen und Geburtsdaten aufgenommen. Die Kontrollorgane vermerkten, dass sechs Personen in einem Beschäftigungsverhältnis zur S. GmbH & Co KG gestanden sind und zehn Personen als selbstständige Unternehmer in Deutschland tätig sind.

Die Kontrollorgane führten mit dem Mitarbeiter der S. GmbH & Co KG, Herrn A., eine niederschriftliche Einvernahme durch und forderten dabei die Vorlage von ZKO3-Meldungen, A1 Sozialversicherungsdokumenten und der Lohnunterlagen für die vor Ort eingesetzten Personen ein. Herr A. erklärte, dass er die genannten Unterlagen nicht zur Einsichtnahme vorlegen kann. Am Ende der Einvernahme wurde Herr A. als Vertreter der S. GmbH & Co KG aufgefordert, Lohnunterlagen – wie oben bezeichnet – bis 6. Juli 2016 an das zuständige Finanzamt per E-Mail zu übermitteln. Ebenso wurde er aufgefordert bis 5. August 2016 den Kontrollorganen Banküberweisungsbelege für die Monate Juni und Juli 2016 für jene Arbeitnehmer, die zur S. GmbH & Co KG in einem Arbeitsverhältnis stehen, und die Abrechnungen zwischen der S. GmbH & Co KG und den selbstständigen Einzelunternehmen vorzulegen.

Innerhalb der gesetzten Fristen wurden dem Finanzamt keine Unterlagen vorgelegt.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Strafantrag des Finanzamtes Braunau Ried Schärding vom 29. August 2016, der mit dem Vertreter der S. GmbH & Co KG vor Ort bei der Kontrolle aufgenommenen Niederschrift vom 2. Juli 2016 sowie dem Beschwerdevorbringen bzw. dem Vorbringen des Rechtsvertreters in der mündlichen Verhandlung. Unbestritten ist, dass hinsichtlich der im Spruch namentlich genannten sechs Personen, welche als Arbeitnehmer bei der S. GmbH & Co KG beschäftigt gewesen sind, weder ZKO3-Meldungen, Sozialversicherungsdokumente noch die Lohnunterlagen innerhalb der gesetzten Frist vorgelegt wurden. Bereits aus dem Strafantrag ergibt sich, dass die in Spruchpunkten 7. bis 17. genannten Personen keine Arbeitnehmer der S. GmbH & Co KG gewesen sind, sondern in Deutschland als selbstständige Einzelunternehmer agierten und von der S. GmbH & Co KG mit Einzelverträgen als Veranstaltungstechniker für das Event in O. gebucht wurden. Der Unterschied zwischen den einzelnen Arbeitnehmern der S. GmbH & Co KG und den selbstständigen Einzelunternehmern ist insofern erklärbar als die Arbeiter der S. GmbH & Co KG für den Auf- und Abbau der Bühnentechnik vor und nach der Veranstaltung zuständig gewesen sind bzw. auch Bühnenumbauarbeiten vorgenommen haben. Davon abgrenzbar ist die Tätigkeit der Einzelunternehmer, welche für die Durchführung der Veranstaltung hinsichtlich Ton-, Licht- und Bildtechnik und generell für die Veranstaltungstechnik und den einwandfreien Ablauf hinsichtlich der einzelnen Musikdarbietungen zuständig gewesen sind. Darin

ist der Unterschied zwischen den eigenen Arbeitskräften und den zugekauften Leistungen schlüssig nachvollziehbar erklärt.

Keine Anhaltspunkte hat das Verfahren dahingehend ergeben, dass die Einzelunternehmer, welche in Deutschland selbstständig sind, dort bei einem anderen Unternehmen beschäftigt gewesen wären und von der S. GmbH & Co KG gleichsam für die Veranstaltung entliehen worden wären. Insofern sind im gegenständlichen Verfahren keinerlei Anhaltspunkte für eine Arbeitskräfteüberlassung bezogen auf die selbstständigen Einzelunternehmer hervorgekommen.

Festzuhalten ist, dass auch vom Vertreter des Bf nicht bestritten wurde, dass hinsichtlich der eigenen Arbeitnehmer keine ZKO3-Meldungen vorgenommen wurden und im Zuge der Kontrolle keine Sozialversicherungsdokumente bzw. Lohnunterlagen vorgewiesen werden konnten.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

1. Rechtsgrundlagen:

Die im gegenständlichen Fall maßgeblichen Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes i.d.F. BGBl. I Nr. 94/2014 lauten wie folgt:

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

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

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.

...

(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

...

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(Einsatzorten) am Ort der Kontrolle.“

2. In den Spruchpunkten 7. bis 17. des angefochtenen Straferkenntnisses wird dem Bf angelastet als Arbeitgeber iSd § 7b Abs. 1 AVRAG die namentlich aufgelisteten Personen in den jeweils angegebenen Zeiten gegen eine bestimmte Entlohnung als arbeitnehmerähnliche Personen beschäftigt und zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt zu haben, ohne eine Meldung bei der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen (ZKO3-Meldung) vor Arbeitsaufnahme erstattet zu haben.

Sofern der Bf gegen diesen Tatvorwurf einwendet, dass arbeitnehmerähnliche Personen von § 7b Abs. 3 AVRAG nicht erfasst sind, ist dieser damit im Recht. Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 22.6.2017, Ra 2017/11/0112 ausführt, enthält das AVRAG zwar keine Legaldefinition des Begriffs „Arbeitnehmer“, definiert aber in § 1 leg. cit den Geltungsbereich dieses Gesetzes mit „Arbeitsverhältnissen, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen“. Ob ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis vorliegt, ist daher nach § 1151 Abs. 1 ABGB zu bestimmen, „arbeitnehmerähnliche“ Personen sind von den hier maßgebenden Bestimmungen des AVRAG nicht erfasst (vgl. auch Binder, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, 2. Auflage [2010], Rz 4 und 7 zu § 1).

Im genannten Erkenntnis führt der Verwaltungsgerichtshof weiter folgendes aus:
„Dass eine arbeitnehmerähnliche Person nicht unter den Begriff des Arbeitnehmers zu subsumieren ist, ergibt sich nicht nur aus den unterschiedlichen Begrifflichkeiten, sondern etwa auch aus § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG (der gesondert von der Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis eine solche in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis aufzählt; vgl. zum Begriff der Arbeitnehmerähnlichkeit aus vielen das hg. Erkenntnis vom 15. Februar 2013, Zl. 2010/09/0214) und aus dem nachstehend zitierten § 3 Abs. 4 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz - AÜG (auf die Arbeitskräfteüberlassung nimmt § 7d AVRAG in seinem Abs. 2 Bezug), der einerseits den Arbeitnehmern die arbeitnehmerähnlichen Personen gegenüberstellt und andererseits betont, dass letztere gerade in keinem Arbeitsverhältnis stehen:
‚§ 3. ...
(4) Arbeitskräfte sind Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen. Arbeitnehmerähnlich sind Personen, die, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wirtschaftlich unselbständig sind.‘
Vor diesem Hintergrund und dem im Strafrecht geltenden Analogieverbot (vgl. etwa die bei Lewisch/Fister/Weilguni, VStG (2013), referierte Rechtsprechung) scheidet daher die Bestrafung wegen der Nichtbereithaltung von Lohnunterlagen einer nach Österreich entsendeten "arbeitnehmerähnlichen" Person (für letztere kommen Lohnunterlagen schon unter logischen Gesichtspunkten nicht in Betracht) gemäß § 7d Abs. 1 iVm § 7i Abs. 4 Z 1 AVRAG aus.“

Gleiches hat auch für den gegenständlichen Tatvorwurf der unterlassenen ZKO-Meldung hinsichtlich der Entsendung von arbeitnehmerähnlichen Personen

nach Österreich zu gelten. Wie bereits weiter oben festgestellt, hat das abgeführte Beweisverfahren nicht ergeben, dass die in Punkten 7. bis 17. genannten Personen in einem Arbeitsverhältnis zur S. GmbH & Co KG gestanden sind oder diese als überlassene Arbeitskräfte zum Einsatz gelangten. Davon ist auch bereits die belangte Behörde – den Feststellungen im Strafantrag folgend – ausgegangen, zumal sie diese von der S. GmbH & Co KG als Subunternehmer beigezogenen Veranstaltungstechniker als in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis zur Firma des Bf stehend bezeichnet hat. In Anlehnung an die zitierte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes war daher der Beschwerde in diesem Punkt zu folgen und die Spruchpunkte 7. bis 17. des angefochtenen Straferkenntnisses aufzuheben und diesbezüglich das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

3. Hinsichtlich der in Spruchpunkte 1. bis 6. genannten Personen steht unbestritten fest, dass diese in einem Arbeitsverhältnis zur S. GmbH & Co KG gestanden sind. Um die Auf- und Abbauarbeiten der Bühnentechnik für das Event in O. vornehmen zu können, wurden diese Arbeitnehmer von der Firma des Bf zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt. Eine Meldung an die Zentrale Koordinationsstelle hinsichtlich der Beschäftigung dieser Arbeitnehmer in Österreich erfolgte durch die S. GmbH & Co KG jedenfalls nicht. Eine derartige Meldung wird von Bf auch nicht behauptet. Insofern ist dem Bf die Erfüllung des objektiven Tatbestandes der angelasteten Verwaltungsübertretung vorzuwerfen.

Dem Einwand des Bf in der mündlichen Verhandlung, wonach sich die Straferkenntnisse der belangten Behörde zu den Zahlen BHRISanR-2016-342973/14-H und BHRISanR-2016-342978/14-H insofern konsumieren, als der Unrechtsgehalt des einen Delikts vom anderen vorgeworfenen Delikt erfasst ist, ist zu entgegnen, dass in einem Verwaltungsstrafverfahren die Nichtbereithaltung von Sozialversicherungsdokumenten angelastet wird, während im anderen genannten Verwaltungsstrafverfahren die Nichterstattung der ZKO3-Meldung pönalisiert wird. Die vom Bf dazu ins Treffen geführte der Judikatur der Landesverwaltungsgerichte sieht aber eine Konsumtion nur dahingehend vor, als bei Nichterstattung einer ZKO3-Meldung eine Urkunde darüber nicht vorhanden sein kann, welche somit auch nicht bereitgehalten werden kann. Nur diesfalls ist von einer Konsumtion auszugehen. Gegenständlich trifft dies aber nicht zu.

4. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die „Glaubhaftmachung“ nicht.

Der Bf verantworte sich damit, Herrn S.H. mit den Aufgaben der Geschäftsabwicklung der S. GmbH & Co KG im Zusammenhang mit der Veranstaltungen betraut zu haben, wozu auch die Abwicklung sämtlicher verwaltungsrechtlicher Anforderungen gehört habe. Der Bf gesteht allerdings selbst ein, dass das eingeführte Kontrollsystem in diesem Einzelfall aufgrund der Urlaubszeit nicht wirksam gewesen ist. Insofern kann der Bf nicht alle notwendigen Vorkehrungen hinsichtlich der Einhaltung der Verwaltungsvorschriften getroffen haben. Diese Annahme verstärkt auch das Beschwerdevorbringen, wonach es dem Bf gegenständlich nicht möglich gewesen ist, die Tätigkeiten des Herrn H. zu überprüfen, weil aufgrund der Urlaubszeit eine Berichterstattung und deren Überprüfung kurzfristig nicht durchführbar war. Insofern ist dem Bf mit seinem Vorbringen eine Glaubhaftmachung mangelnden Verschuldens nicht gelungen.

Darüber hinaus wendet der Bf einen Verbotsirrtum ein, weil der S. GmbH & Co KG nicht bewusst gewesen sei, dass vor einer Tätigkeit in Österreich eine Meldepflicht an die ZKO besteht, da vor dem Hintergrund die unionsrechtlich gewährleisteten Dienstleistungsverkehrsfreiheit und Arbeitnehmerfreizügigkeit rechtsirrtümlich davon ausgegangen wurde, dass die Tätigkeiten ohne vorherige Anmeldung durchgeführt werden können. Dem ist zu entgegnen, dass ein entschuldigender Rechtsirrtum voraussetzt, dass dem Betreffenden das unerlaubte seines Verhaltens trotz Anwendung der nach seinem Verhältnissen erforderlichen Sorgfalt unbekannt geblieben ist (VwGH 27.1.2011, Zl. 2010/03/0179). Die Unkenntnis des Gesetzes wie auch eine irrige Gesetzesauslegung, müssen, soll ein Rechtsirrtum relevant sein, unverschuldet sein. Das Beharren auf einer Rechtsansicht im Verwaltungsverfahren alleine vermag ein Verschulden am objektiv unterlaufenen Rechtsirrtum nicht auszuschließen. Es bedarf vielmehr einer Objektivierung durch geeignete Erkundigungen bei der zuständigen Stelle; wer dies verabsäumt, trägt das Risiko des Rechtsirrtums (VwGH 26.4.2011, Zl. 2010/03/0044, 6.3.2014, Zl. 2013/11/0110). Der Geschäftsführer einer GmbH, die als Arbeitgeber in Erscheinung tritt, ist verpflichtet, sich mit den für die Beschäftigung von Arbeitnehmern einschlägigen Vorschriften, zu denen u.a. auch solche der grenzüberschreitenden Überlassung bzw. Entsendung von Personal nach der Entsenderichtlinie zu zählen sind, vertraut zu machen. Dies gilt umso mehr, wenn es sich um Vorschriften handelt, die Auslegungs- und Anwendungsschwierigkeiten mit sich bringen.

Der Bf legt nicht dar, obwohl das Event in O. der erste Auslandseinsatz der S. GmbH & Co KG gewesen ist, sich im Vorhinein hinsichtlich der konkreten Vorschriften in Österreich erkundigt zu haben. Dies geht auch aus dem Beschwerdevorbringen hervor, wonach der Bf erst nach der Veranstaltung umgehend veranlasst hat, dass bei künftigen Entsendungen ins Ausland vorab umfassende Erkundigungen eingeholt werden und er diesbezüglich auch eine Stellungnahme seiner rechtsfreundlichen Vertretung in Österreich beauftragt hat. Insofern ist daher festzustellen, dass der Bf nicht umfänglich seiner Erkundigungspflicht nachgekommen ist und darin eine Sorgfaltspflichtverletzung zu sehen ist, sodass von einem unverschuldeten Rechtsirrtum nicht auszugehen ist. Aus den dargelegten Gründen liegt ein zumindest fahrlässiges Verschulden vor, ein Schuld- bzw. Strafausschließungsgrund kann in den Ausführungen des Bf daher nicht erblickt werden.

5. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Nach § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs. 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

Der Bf wendet ein, das gegenständlich die Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG vorliegen. Dies wäre dann der Fall, wenn das Verhalten des Täters erheblich hinter dem jeweiligen Rechts- und Schuldgehalt der Strafnorm zurückbleibt und nur unbedeutende Folgen nach sich gezogen hat. Da § 45 Abs. 1 Z 1 VStG im Wesentlichen der früheren Bestimmung des § 21 VStG entspricht, kann nach Rechtsansicht des Verwaltungsgerichtshofes auf die zu dieser Norm ergangene

Rechtsprechung zurückgegriffen werden (VwGH 24.9.2014, Ra 2014/03/0012). In dieser Entscheidung hielt der Verwaltungsgerichtshof fest, dass kein geringes Verschulden vorliegt, wenn kein funktionierendes Kontrollsystem, welches die Einhaltung der einschlägigen Verwaltungsvorschriften jederzeit sicherstellt, glaubhaft gemacht werden kann. Wie bereits ober dargestellt, führt der Bf im Beschwerdevorbringen selbst aus, dass sein eingeführtes Kontrollsystem im Einzelfall aufgrund der Urlaubszeit nicht wirksam gewesen ist und auch kurzfristig eine Überprüfung seinerseits nicht möglich gewesen ist. Insofern verdeutlicht der Bf selbst, dass er kein funktionierendes Kontrollsystem im Betrieb installiert hat, weshalb iSd Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes die für eine Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG notwendige Voraussetzung des geringen Verschuldens hier nicht anzunehmen ist. Die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung sind daher nicht weiter zu prüfen.

Die Behörde hat ausgehend von im § 7b Abs. 8 AVRAG festgesetzten Strafrahmen die gesetzlich vorgesehenen Mindeststrafen pro Arbeitnehmer verhängt und dazu begründend festgehalten, dass die bisherige Unbescholtenheit als mildernd gewertet wurde und erschwerende Umstände nicht zu berücksichtigen waren. Dieser Begründung wiedersprechend wendet der Bf ein, dass ihm zu Gute zu halten sei, die Tat nur aus Unbesonnenheit und unter Umständen begangen zu haben, die einem Schuldausschließungsgrund nahe kommen und ihm als Ausländer ein Verbotsirrtum weniger stark anzulasten ist. Zudem habe der Bf um neuerliche Übertretungen hintanzuhalten eine rechtliche Beratung beauftragt.

Dem ist zu entgegnen, dass – wie bereits oben dargestellt – dem Bf kein schuldausschließender Verbotsirrtum zu Gute zu halten ist und die ins Treffen geführte Unbesonnenheit der Tatausführung viel mehr darin begründet ist, dass dieser keinerlei Erkundigungen über die in Österreich geltenden Rechtsvorschriften bei Entsendung von Arbeitnehmern eingeholt hat und auch kein funktionierendes Kontrollsystem in seinem Betrieb installiert hat. Diesbezüglich ist den Ausführungen der belangten Behörde beizupflichten, wonach dem Internet detaillierte Informationen über die Bereithaltung der erforderlichen Unterlagen am Arbeitsort zu entnehmen sind, ohne dass übermäßiger Aufwand zu betreiben ist. Im Vorbringen des Bf, wonach keine Erschwerungsgründe vorliegen, ist insofern zu wiedersprechen, zumal im vorliegenden Fall sechs Arbeitnehmer betroffen sind und auch im Nachhinein keine Meldungen wurden. Bei dieser Sachlage kann daher nicht von einem beträchtlichen überwiegenden der Milderungsgründe, als Voraussetzung für die Anwendung des § 20 VStG, ausgegangen werden. Insofern waren vom Landesverwaltungsgericht die von der belangten Behörde verhängten Mindestgeldstrafen zu bestätigen.

III. Die Entscheidung über die Verfahrenskosten gründet sich auf die Bestimmungen des § 64 VStG bzw. § 52 VwGVG. Zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens ist anzumerken, dass die zu Spruchpunkten 1. – 6. verhängten Geldstrafen vollinhaltlich bestätigt wurden, weshalb diesbezüglich der im § 52 Abs. 2 VwGVG vorgesehene Kostenbeitrag von 20 % der verhängten Geldstrafen vorzuschreiben war.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bereits im Erkenntnis dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen. Diese Rechtsprechung ist nicht als uneinheitlich zu beurteilen und es liegen keine Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Darüber hinaus ist der festgestellte Sachverhalt ein Ergebnis der Beweiswürdigung und wurde dieser nach Durchführung einer Verhandlung festgestellt und entsprechend begründet. Es handelt sich dabei um keine Rechtsfrage, jedenfalls nicht um eine solche von grundsätzlicher Bedeutung.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s e

1. Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

2. Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kühberger