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-301495/5/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-2016-342985/14-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 verhängten Geldstrafen auf jeweils 1.000 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafen auf jeweils 17 Stunden herabgesetzt werden. Im Übrigen wird das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

II. Der Kostenbeitrag zum Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde wird auf 600 Euro herabgesetzt. Für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat der Beschwerdeführer keinen Kostenbeitrag zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. 1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis vom 2. Februar 2017, GZ: BHRISanR-2016-342985/14-H, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 7d Abs. 1 1. und 2. Satz iVm § 7i Abs. 4 Z 1 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) 6 Geldstrafen in Höhe von jeweils 2.000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit jeweils Ersatzfreiheitsstrafen verhängt.

Dem Bf wird als Geschäftsführer der X 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 zu bestimmten Zeiten gegen Entgelt mit dem Auf- und Umbau der Bühnentechnik auf dem Gelände beim Woodstock der Blasmusik in O. beschäftigt und damit zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt hat, ohne den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel (§ 7b Abs. 1 Z 4), Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des den entsandten Arbeitnehmern für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache am Arbeitsort bereitzuhalten, obwohl die Bereithaltung am Arbeitsort zumutbar gewesen wäre. 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 von der Verhängung einer Strafe gemäß § 7i Abs. 6 Z 3 AVRAG abzusehen in eventu das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 in eventu 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 in seinem Einspruch vom 2. Dezember 2016 darauf hingewiesen habe, dass eine Bereithaltung ausgedruckter Unterlagen vor Ort aufgrund der Größe des Festivals, der großen Anzahl an Personen vor Ort und der damit verbundenen Unsicherheiten bei der Aufbewahrung der Unterlagen nicht zumutbar gewesen wäre. Die belangte Behörde könne sich hinsichtlich ihrer Begründung auf keine Ermittlungsergebnisse stützen. Selbst wenn ein versperrbares KFZ vorhanden gewesen wäre, sei zu hinterfragen, ob die Aufbewahrung von aus datenschutzrechtlicher Sicht sensibler Daten in einem KFZ auf einen Festival mit tausenden Besuchern tatsächlich zumutbar sei, zumal aus der Aufforderung der Finanzpolizei im Zuge der Einvernahme von Herrn A., die Unterlagen per E-Mail zu senden, ersichtlich sei, dass auch für sie die Bereithaltung der Unterlagen offenbar nicht zumutbar gewesen sei.

Die Lohnunterlagen seien nicht zwingend vor Ort aufzubewahren, wenn dies nicht zumutbar sei. Für diesen Fall sehe § 7d Abs. 1 AVRAG vor, dass der Abgabenbehörde auf Aufforderung die Unterlagen nachweislich zu übermitteln seien, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden seien. Herr A. sei aufgefordert worden, die Unterlagen bis 6. Juli 2016 per E-Mail zu übermitteln. Die Kontrolle selbst habe am 2. Juli 2016 stattgefunden. Dies sei ein Samstag gewesen. Der auf diesen Tag zweitfolgende Werktag wäre Dienstag 5. Juli 2016 gewesen. Zu dem von der Finanzpolizei genannten Termin 6. Juli 2016 sei daher eine Übermittlung der Lohnunterlagen nicht mehr zulässig gewesen.

Durch die Aufforderung zur Vorlage der Lohnunterlagen würde aber klar, dass auch die Finanzpolizei eine Bereithaltung vor Ort nicht als zumutbar angesehen habe. Zudem habe es die Finanzpolizei verabsäumt, Herrn A. zu befragen, ob er überhaupt der Beauftragte im Sinne des § 7b Abs. 1 Z 4 AVRAG sei. Nur dieser sei zu Bereithaltung verpflichtet. Hätte die Finanzpolizei den Beauftragten befragt und hätte sie das richtige Datum genannt, wäre es zu keiner Übertretung des § 7d Abs. 1 AVRAG gekommen, weil die Unterlagen gesetzeskonform vorgelegt werden hätten können.

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. Vielmehr seien alle sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben eingehalten worden.

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 S. im Zusammenhang mit Veranstaltungen betraut, wozu

auch die Abwicklung sämtlicher verwaltungsrechtlicher Anforderungen gehört habe.

Tatsächlich sei die Schuld des Bf darauf beschränkt, dass der Finanzpolizei – aus nicht nachvollziehbaren Gründen – die Unterlagen nicht zugänglich gemacht worden seien. Offenbar habe Herr H. eine unklare Anordnung getroffen, wer mit den Organen der Abgabenbehörde zu sprechen 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 S. um ein ausländisches Unternehmen handle, bei dem in gleicher Weise nicht dieselbe Rechtskenntnis verlangte werden könne, wie bei einem inländischen Unternehmen. Bei der S. sei daher ein Verbotsirrtum vorgelegen, weil sie dachte die Bereithaltung der Unterlagen vor Ort sei nicht zumutbar. 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.

Nach § 7i Abs. 6 Z 3 AVRAG habe die Behörde von der Verhängung einer Strafe abzusehen, wenn das Verschulden des Arbeitgebers oder des zur Vertretung nach Außen berufenen leichte Fahrlässigkeit nicht übersteige. Die belangte Behörde habe im bekämpften Erkenntnis bereits festgestellt, dass dem Bf bloß fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen sei. Angesichts der Ausführungen im Vorpunkt sei jedenfalls davon auszugehen, dass im gegenständlichen Fall bloß leichte Fahrlässigkeit vorliege, wonach von der Verhängung einer Strafe abzusehen 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 Akteneinsichtnahme 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 X GmbH mit dem Sitz in X, D-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 „Woodstock der Blasmusik“, 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, A 1 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 zur Einsichtnahme bereitgestellt werden konnten.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

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

„Verpflichtung zur Bereithaltung von Lohnunterlagen

§ 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.
...

Strafbestimmungen

§ 7i.

...

(4) Wer als

1. Arbeitgeber/in im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 entgegen § 7d die Lohnunterlagen nicht bereithält, oder
2. Überlasser/in im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich entgegen § 7d Abs. 2 die Lohnunterlagen dem/der Beschäftiger/in nicht nachweislich bereitstellt, oder
3. Beschäftiger/in im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung entgegen § 7d Abs. 2 die Lohnunterlagen nicht bereithält

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jede/n Arbeitnehmer/in mit einer Geldstrafe von 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Wiederholungsfall von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer/innen betroffen, für jede/n Arbeitnehmer/in von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Wiederholungsfall von 4 000 Euro bis 50 000 Euro zu bestrafen.“

2. Hinsichtlich der im Spruch namentlich 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. Im Zuge der Kontrolle am 2. Juli 2016 war der verantwortliche Mitarbeiter des S. GmbH & Co KG nicht in

der Lage den Kontrollorganen Lohnunterlagen für diese sechs Arbeitnehmer vorzulegen. Auch der Aufforderung durch die Kontrollorgane, die Lohnunterlagen per E-Mail innerhalb bestimmter Frist vorzulegen, wurde von der S. GmbH & Co KG nicht entsprochen. Die Tatsache, dass die Lohnunterlagen vor Ort nicht zur Einsichtnahme bereitgehalten wurden, wird vom Bf nicht bestritten. Insofern ist dem Bf die Erfüllung des objektiven Tatbestandes der angelasteten Verwaltungsübertretung vorzuwerfen.

3. Tatsache ist, dass den Kontrollorganen weder die Bescheinigungen über die ZKO3-Meldungen, die A 1 Sozialversicherungsdokumente, noch Lohnunterlagen vorgelegt werden konnten und dies vom Mitarbeiter der S. GmbH & Co KG, Herrn A. im Zuge seiner Einvernahme auch so angegeben wurde. Sofern der Bf darauf verweist, dass Herr A. nicht der Verantwortliche gewesen ist, ist dem zu entgegnen, dass dieser sehr wohl den Kontrollorganen im Zuge seiner Einvernahme die notwendigen Auskünfte erteilen konnte und daher als informierter Vertreter anzusehen ist. Zudem gab er bekannt, dass sich sowohl die eigenen Arbeiter als auch die Selbstständigen für den Fall einer Verhinderung bei ihm oder seinem Kollegen, Herrn M.K. zu melden gehabt hätten. All dies deutet darauf hin, dass Herr A. doch als Auskunftsperson eivernommen werden konnte. Über konkrete Anfrage gab der Einvernommene an, dass er weder ZKO-Meldungen, noch A 1-Dokumente, noch Lohnunterlagen vorlegen kann, dies obwohl er anlässlich einer Begehung des Festivalgeländes durch die Kontrollorgane am 1. Juli 2016 bereits darauf hingewiesen wurde, dass derartige Unterlagen für die Einsichtnahme benötigt werden und diese Dokumente am Arbeitsort bereitgehalten werden müssen. Trotz dieser Aufforderung hat der Vertreter der S. GmbH & Co KG auf diese Aufforderung nicht reagiert und auch am nächsten Tag, dem Kontrolltag, diese Unterlagen zur Einsichtnahme nicht vorlegen können. Sofern in der mündlichen Verhandlung ausgeführt wird, dass Herr K. der Beauftragte vor Ort gewesen ist, ist anzumerken, dass Herr A. anlässlich seiner Einvernahme diesbezüglich keine Andeutungen gegeben hat und sich selbst gegenüber den Kontrollorganen nicht für unzuständig erklärt hat. Insofern stellt sich die Behauptung in der mündlichen Verhandlung als reine Schutzbehauptung dar.
Eine Begründung für den Einwand, wonach es bei einer Anfrage nach dem Beauftragten gemäß § 7b Abs. 1 Z 4 AVRAG und der Setzung eines richtigen Datums für die Übersendung der Lohnunterlagen durch die Finanzpolizei, zu keiner Übertretung des § 7d Abs. 1 AVRAG gekommen wäre, bleibt der Bf schuldig. Hinsichtlich der Funktion von Herrn A. wird auf die obigen Ausführungen verwiesen. Gemäß seiner Aussage war er nicht in der Lage die Unterlagen vorzuweisen und erfolgte darüber hinaus auch keine Reaktion auf die Aufforderung der Finanzpolizei zur nachträglichen Vorlage dieser Unterlagen, unabhängig vom gesetzten Termin. Eine Rechtsfolge für den Fall der Vorlage von Unterlagen nicht am zweitfolgenden Werktag nach der Aufforderung, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen.

Sofern der Bf darauf verweist, dass eine Bereithaltung vor Ort nicht zumutbar gewesen ist, ist zu entgegnen, dass es sich gegenständlich um keinen wechselnden Arbeitsort gehandelt hat und zudem vom Veranstalter ein Container vor Ort gewesen ist, den auch die Kontrollorgane aufgesucht haben. Nachdem die Veranstaltung mehrere Tage gedauert haben, waren die einzelnen Arbeiternehmer bzw. auch die Selbstständigen in diesem Zeitraum am Festivalgelände im Arbeitseinsatz und haben daher zwangsweise auch irgendwo nächtigen müssen. Bei diesem gegebenen Verhältnissen scheint es daher nicht unzumutbar, dass dem zuständigen Mitarbeiter ein Aufbewahrungsort am Festivalgelände bzw. in der Unterkunft der Arbeitnehmer der S. GmbH & Co KG zur Verfügung gestanden ist und daher die Aufbewahrung der Dokumente möglich gewesen ist. Auch kann die Begründung des Bf, wonach eine Aufbewahrung in einem versperrten Kfz vor Ort keine zumutbare Aufbewahrungsmöglichkeit darstellt, nicht überzeugen. Insbesondere ist darauf zu verweisen, dass Herr A. anlässlich seiner Einvernahme angegeben hat, dass sämtliche Technik, Lautsprecher und Lichtanlagen der S. GmbH & Co KG gehören und daher auch hochwertiges Equipment am Festivalgelände vor Ort aufgestellt gewesen ist und dieses nicht entwendet wurde, zumal ansonsten ein Festival nicht stattfinden hätte können. Im Hinblick auf die Verwahrung des Equipments muss auch eine Verwahrung von notwendigen Papieren, welche naturgemäß einen viel geringeren Umfang aufweisen, möglich sein. Damit ist für den Bf mit seinem Vorbringen, wonach ein Bereithalten der Unterlagen nicht zumutbar gewesen ist, nichts zu gewinnen. Ergänzend ist dazu festzuhalten, dass entgegen den Ausführungen des Bf eine allfällige Aufforderung zur Vorlage von Unterlagen nichts mit der Frage der Zumutbarkeit der Bereithaltung der Unterlagen vor Ort zu tun hat.

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 gewesen ist. Insofern ist dem Bf mit seinem Vorbringen eine Glaubhaftmachung mangelnden Verschuldens nicht gelungen.

Darüber hinaus wendet der Bf einen Verbotsirrtum ein, weil die S. GmbH & Co KG dachte die Bereithaltung der Unterlagen vor Ort sei nicht zumutbar. 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 Rechtsirrtun 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, dass 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 vom Bf ins Treffen geführte Bestimmung des § 7i Abs. 6 AVRAG ist - entgegen der Darstellung des Bf - dem eindeutigen Wortlaut folgend - nur auf die in § 7i Abs. 5 AVRAG pönalisierte Unterentlohnung anwendbar und daher im gegenständlichen Fall nicht von Bedeutung.

Die Behörde hat ausgehend von im § 7i Abs. 4 AVRAG festgesetzten Strafrahmen die gesetzlich vorgesehenen Mindeststrafen für den Fall, dass mehr als drei Arbeitnehmer betroffen sind, 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.

Die Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer ist gegenständlich nicht als erschwerend zu werten, zumal dies bereits in der Strafdrohung seinen Niederschlag gefunden hat und der erhöhte Mindeststrafsatz anzuwenden ist, wenn mehr als drei Arbeitnehmer betroffen sind. Sonstige Erschwerungsgründe sind im Verfahren nicht hervorgekommen.

Ausgehend vom Regelungszweck der übertretenen Norm, welche die Sicherstellung des Entgeltanspruches und nicht die Pönalisierung des Arbeitgebers in den Vordergrund stellt (VwGH 15.12.2014, Ra 2014/11/0068) ist dem Bf beizupflichten, wonach durch die Unterlassung der Bereithaltung der Lohnunterlagen insofern kein Schaden eingetreten ist, als im gegenständlichen Fall keine Anhaltspunkte für eine tatsächliche Unterentlohnung hervorgekommen sind. Vielmehr sprechen die im Spruch der gegenständlichen Entscheidung angeführten Stundenentlohnungen der Arbeitnehmer dafür, dass den Arbeitnehmern das in Österreich zustehende Entgelt auch tatsächlich geleistet wurde. Auch sind dem Bf die von ihm zutreffend dargestellten Milderungsgründe zugute zu halten.

Insgesamt kann daher bei dieser Sachlage von einem beträchtlichen überwiegenden der Milderungsgründe, als Voraussetzung für die Anwendung des § 20 VStG, ausgegangen werden, weshalb die gesetzlich vorgesehenen Mindeststrafen im größtmöglichen Ausmaß reduziert werden konnten. Auch mit diesen verringerten Strafen ist dem Bf nachhaltig vor Augen geführt, dass hinsichtlich der Entsendung von Arbeitnehmern nach Österreich eigenständige

Vorschriften bestehen, an die sich jeder Unternehmer zu halten hat. Es war somit wie im Spruch zu entscheiden.

III. Die Entscheidung über die Verfahrenskosten gründet sich auf die Bestimmungen des § 64 VStG bzw. § 52 VwGVG.

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