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-301577/10/SE/BZ – 301578/2

Datum: Linz, 14. Mai 2018

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Ellmer über die Beschwerden von 1. U M und 2. X Anlagenbau GmbH & Co. KG, beide vertreten durch X Rechtsanwälte GmbH, X, X, vom 13. April 2017, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Eferding, Manglburg 14, 4710 Grieskirchen, vom 15. März 2017, GZ: SanRB96-56-2016/EF, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13. November 2017

zu Recht:

I. Die Beschwerden werden im Schuldspruch als unbegründet abgewiesen und wird der angefochtene Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Eferding, Manglburg 14, 4710 Grieskirchen, vom 15. März 2017, GZ: SanRB96-56-2016/EF, diesbezüglich bestätigt.

II. Bezüglich der Strafhöhe wird den Beschwerden insofern stattgegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 500 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 17 Stunden herabgesetzt werden. Der Haftungsausspruch wird insofern abgeändert, als die Zahl „1.000“ auf „500“ und die Zahl „100“ auf „50“ herabgesetzt werden.

III. Der Erst-Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Die behördlichen Verfahrenskosten reduzieren sich auf 50 Euro.

IV. 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 Eferding (in der Folge: belangte Behörde) vom 15. März 2017, GZ: SanRB96-56-2016/EF, wurde unter Spruchpunkt I. über U M (in der Folge: Erst-Beschwerdeführer, kurz: Erst-Bf) wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 7d Abs. 1 iVm § 7i Abs. 4 Z 1 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), BGBl Nr. 459/1993 idF BGBl. I Nr. 44/2016, eine Geldstrafe in der Höhe von 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit derselben eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Höhe von 33 Stunden verhängt. Ferner wurde ein Kostenbeitrag in der Höhe von 100 Euro vorgeschrieben.
Unter Spruchpunkt II. wurde die Haftung der X Anlagenbau GmbH & Co. KG (in der Folge: Zweit-Beschwerdeführerin, kurz: Zweit-Bf) für die über den Erst-Bf verhängte Geldstrafe in Höhe von 1.000 Euro und die Verfahrenskosten in Höhe von 100 Euro gemäß § 9 Abs. 7 VStG ausgesprochen.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf und Haftungsausspruch zugrunde (auszugsweise Wiedergabe):

„Sie haben in Ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber iSd § 7b Abs. 1 AVRAG zu verantworten, dass Sie bei der Baustelle der X GmbH in X, X, die für den unten angeführten Arbeitnehmer erforderlichen Lohnunterlagen nicht bereitgehalten haben, obwohl Arbeitgeber 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 haben.

Arbeitnehmer: G A S, geb. X, StA Deutschland
Tätigkeit: Bauleitung
Tatort: X, X, Baustelle X GmbH
Kontrollzeit: 5.7.2016, 14:20 Uhr

[...]

II. HAFTUNGSAUSSPRUCH:

Die Firma X Anlagenbau GmbH & Co. KG mit Sitz in X, X, Deutschland, haftet für die mit diesem Bescheid über Herrn U M als zur Vertretung nach Außen Berufenen der X Anlagenbau GmbH & Co. KG wegen der bezeichneten Verwaltungsübertretung verhängten Geldstrafe von 1.000,00 Euro und die Verfahrenskosten in der Höhe von 100,00 Euro sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen zur ungeteilten Hand.“

Diese Entscheidung wurde im Wesentlichen damit begründet, dass der Erst-Bf als einer von vier Geschäftsführern der Zweit-Bf für die Übertretung des AVRAG verantwortlich sei. Mangels Nachweises der Zustimmung für die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit im Sinne der firmeninternen Aufteilung der Verantwortlichkeiten werde nicht von einer ausschließlichen verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit von nur einem Geschäftsführer ausgegangen.
Weiters stehe außer Streit, dass bei der Kontrolle am 5.7.2016 um 14:20 Uhr auf der Baustelle in X, X, durch die Zweit-Bf der Arbeitnehmer G A S beschäftigt war und dass die geforderten Unterlagen (in deutscher Sprache) für den entsendeten Arbeitnehmer nicht am Arbeits(Einsatz)ort bereitgehalten wurden.
Trotz erfolgter Aufforderung, welche in der Niederschrift vom 5.7.2016 dokumentiert sei, wären die ausständigen Unterlagen nur teilweise fristgerecht ergänzt worden.
Dem übermittelten Arbeitsvertrag vom 3.8.1992 seien keine genauen bzw. aktuellen Angaben über die Entlohnung von Herrn S zu entnehmen. Im Schreiben vom 9.12.2004 werde der Stundensatz ab 1.1.2005 von 12,14 Euro auf 12,50 Euro angepasst. Genauere Angaben über die Entlohnung für die Arbeitsverträge in den Gesellschaften der Zweit-Bf gäben zwar die übermittelten betrieblichen Bestimmungen vom 1.7.2012, jedoch seien diese allgemein gehalten und es sei nicht erkennbar, ob sie auch für Herrn S gelten würden. Die betrieblichen Bestimmungen seien von Herrn U M als Geschäftsführer, nicht jedoch vom Arbeitnehmer, unterzeichnet. In der Niederschrift vom 5.7.2016 hätte Herr S angegeben, dass er für seine Tätigkeit in Österreich 18,68 Euro pro Stunde brutto bei einer 50-Stunden-Woche erhalten würde. Dies decke sich auch mit den Angaben in der ZKO3-Meldung.
Insgesamt sei die Zweit-Bf ihren Verpflichtungen nicht nachgekommen, womit für die Behörde die im Spruch angelasteten Tatbestände durch die Feststellungen im Strafantrag der Finanzpolizei in objektiver und – da auch keine entschuldbaren Gründe vorliegen würden – auch in subjektiver Hinsicht als erfüllt anzusehen seien.

I.2. Dagegen haben der Erst-Bf und die Zweit-Bf (in der Folge: die Beschwerdeführer, kurz: Bf) fristgerecht eine gleichlautende Beschwerde, datiert mit 13. April 2017, erhoben und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Behebung des angefochtenen Straferkenntnisses sowie die Einstellung des Strafverfahrens in eventu die Herabsetzung der verhängten Strafe sowie den ersatzlosen Entfall des Haftungsausspruches bzw. die Erteilung einer Ermahnung beantragt.

Zusammengefasst wurde in der Beschwerde Folgendes vorgebracht:

- Die unterlassene, verspätete und unvollständige Nachreichung von Lohnunterlagen oder sonstigen Unterlagen sei gemäß § 7i Abs. 1 AVRAG nicht strafbar.
- Lohnunterlagen wären bereitgehalten worden. Die belangte Behörde hätte selbst darauf hingewiesen, dass sie einen Arbeitsvertrag vom 3.8.1992, ein

Schreiben vom 9.12.2004 mit dem Stundensatz ab 1.1.2005 und genauere Angaben über die Entlohnung durch die übermittelten betrieblichen Bestimmungen vom 1.7.2012 erhalten habe (mit Verweis auf das E-Mail der K W vom 7.7.2016, 13:42 Uhr an Finpol-FPT X).

- § 7d Abs. 1 AVRAG sei gerade in den Punkten „Unterlagen betreffend die Lohneinstufung“, „Lohnunterlagen“ zu unbestimmt. Eine Bestrafung würde daher gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 18 B-VG und Art. 7 Abs. 1 EMRK verstoßen.
- Die für die Einstufung relevanten Informationen (Stundenlohn sowie Tätigkeit) würden der belangten Behörde ohnehin vorliegen.
- Da die Zweit-Bf umgehend die erforderlichen Unterlagen übermittelt hätte, auch keine Unterentlohnung festgestellt werden konnte und sich die Zweit-Bf im gesamten Verfahren äußerst kooperativ gezeigt habe, sei von einer Verhängung einer Geldstrafe abzusehen und bloß eine Ermahnung auszusprechen.
- Die belangte Behörde hätte sich mit den vorgelegten Unterlagen und dem vorgebrachten Stundensatz nicht ausreichend auseinandergesetzt.
- Die belangte Behörde habe auch das Organigramm der Geschäftsführer der Zweit-Bf nicht berücksichtigt. Bei Vertretungsorganen gelte die „Bestellung“ einzelner verantwortlicher Vertretungsorgane gleichzeitig als Enthebung der nicht bestellten Organmitglieder. Es bedürfe keiner Zustimmung oder einer speziellen Anordnungsbefugnis.
- Die belangte Behörde hätte bei der Strafzumessung die interne Aufgabenverteilung als mildernd berücksichtigen müssen.
- Die Zweit-Bf sei im behördlichen Verfahren nie beigezogen worden, weshalb das rechtliche Gehör verletzt sei.

I.3. Mit Schreiben vom 2. Mai 2017, eingelangt am 12. Mai 2017, legte die belangte Behörde das eingebrachte Rechtsmittel samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde verzichtet.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt, das Beschwerdevorbringen und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13. November 2017. Die Beschwerdeverfahren LVwG-301511, LVwG-301512, LVwG-301561-562, LVwG-301563-564, LVwG-301565-566, LVwG-301567-568, LVwG-301569-570, LVwG-301571-572, LVwG-301573-574, LVwG-301575-576, LVwG-301577-578, LVwG-301579-580, LVwG-301581-582 und LVwG-301583-584 wurden gemäß § 12 Oö. LVwGG zur gemeinsamen Verhandlung verbunden.
Zur mündlichen Verhandlung sind der Beschwerdevertreter, eine Vertreterin der belangten Behörde, ein Vertreter des Finanzamtes sowie die Bf in den verbundenen Verfahren samt Rechtsvertreter erschienen. Zeugenschaftlich einvernommen

wurden G H, G S und C K, teilweise unter Inanspruchnahme eines Dolmetschers für die kroatische Sprache.

Der Bf K (LVwG-301567, LVwG-301569, LVwG-301571) führte in der Verhandlung unter anderem aus:
„[...] Alles was den Behälterbau betrifft ist meine Angelegenheit. Diese umfasst Konstruktion, Fertigung und Vorfertigung der Bauteile und die Montage.
Er ist auch für die notwendigen Unterlagen, Meldungen betreffend Herrn S verantwortlich."

Der Bf M (LVwG-301579, LVwG-301581, LVwG-301583) führte in der Verhandlung unter anderem aus:
„[D]ie Einteilung der Bereiche [erfolgt] nach Ausbildung, Erfahrung und dergleichen. Diese wird den Umständen angepasst. Das Organigramm ist für alle einsichtig und liegt im Iso-Ordner auf. Zudem wrid dadurch auch die Verantwortlichkeit gegenüber der [Zweit-Bf], allen Abteilungen bzw. Abteilungsleitern dokumentiert."

Der Zeuge G S gibt auf Befragung Folgendes an:
„[...]
Meine eigenen Lohnunterlagen konnte ich nicht vorlegen."

II.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung – neben der Darstellung unter Punkt I.1. bis II.1. – von folgendem relevanten Sachverhalt aus:

II.3.1. Die Zweit-Bf hat von der X GmbH einen Auftrag über die Herstellung bzw. Montage von 2 zylindrischen Behältern (Quellbottiche) angenommen. Die Bleche bzw. Bauteile wurden im Betrieb der Zweit-Bf vorgefertigt und dann zur Baustelle nach A transportiert. Die Behälter sind ca. 20 m hoch und haben einen Durchmesser von ca. 5 m. Die Zweit-Bf hat ihrerseits wiederum einen Werkvertrag mit der X d.o.o. mit Sitz in X, X, X, Kroatien, über die Montage der zwei Quellbottiche abgeschlossen.

Am 5. Juli 2016, ab 14:20 Uhr haben Organe der Finanzpolizei bei der Baustelle X GmbH in X, X, eine Kontrolle nach den Bestimmungen des AuslBG, AÜG und AVRAG durchgeführt.

Über diese Kontrolle sind insgesamt 14 Verwaltungsstrafverfahren anhängig, jeweils gegen alle vier Geschäftsführer der Zweit-Bf wegen Beschäftigung ohne arbeitsmarktrechtlicher Bewilligung, wegen Nichterstattung der ZKO-Meldungen und wegen Nichtbereithaltung der Lohnunterlagen sowie gegen die zwei Geschäftsführer des kroatischen Unternehmens wegen Beschäftigung ohne arbeitsmarktrechtlicher Bewilligung.

II.3.2. Im Zuge dieser Kontrolle wurde unter anderem G S, deutscher Staatsangehöriger, angetroffen, der auf der Baustelle in A als Bauleiter der Zweit-

Bf tätig war. Dieser Arbeitnehmer wurde von der Zweit-Bf auf die Baustelle in Österreich entsendet.

Für den angetroffenen Arbeitnehmer wurden im Zuge der Kontrolle das A1-Formular, die Meldung an die ZKO, eine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung und Arbeitsaufzeichnungen vor Ort vorgelegt.

Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung hinsichtlich des deutschen Arbeitnehmers konnten im Zuge der Kontrolle nicht vorgelegt werden. Diese Unterlagen wurden auch nicht in elektronischer Form zugänglich gemacht.

Mit E-Mail vom 8. Juli 2016 wurden der Arbeitsvertrag vom 3.8.1992 zwischen G S und der Zweit-Bf, ein Schreiben vom 9.12.2004 über Lohnanpassung zum 1.1.2015 und Betriebliche Bestimmungen vom 1.7.2012 nachgereicht. Weiters wurde um Mitteilung ersucht, was unter den Begriffen „Lohnaufzeichnungen“ und „Unterlagen betreffend die Lohneinstufung“ verstanden wird, um gegebenenfalls Belege nachreichen zu können.

Der deutsche Arbeitnehmer kam mit einem Firmenwagen der Zweit-Bf zur Baustelle.

II.3.3. Der Erst-Bf ist einer von vier Geschäftsführern der Zweit-Bf. Zwischen den vier Geschäftsführern besteht grundsätzlich eine interne Aufgabenverteilung, die in einem Organigramm vom 16.8.2013 bzw. vom 1.5.2017 festgehalten wurde. Nach diesem Organigramm ist der Geschäftsführer M K für den Bereich „Behälterbau“ zuständig. Dem Organigramm ist nicht zu entnehmen, dass auch die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung übertragen wird. Dieses Organigramm haben alle Geschäftsführer unterzeichnet.
In der ZKO3-Meldung wurde M K, welcher als einer der Geschäftsführer nach der internen Aufgabenverteilung für den Bereich „Behälterbau“ zuständig ist, als zur Vertretung nach Außen berufene Person angeführt. Ein Nachweis der Zustimmung des Bestellten wurde nicht übermittelt.

II.4. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem Verfahrensakt und dem durchgeführten Beweisverfahren ergibt (vgl. insbesondere auch die glaubwürdigen Aussagen in der mündlichen Verhandlung unter Punkt II.1.). Dass eine Entsendung nach Österreich vorliegt ist unstrittig und ergibt sich auch aus der vorgelegten ZKO3-Meldung. Dass die näher bezeichneten Unterlagen im Zuge der Kontrolle nicht vorgelegt werden konnten wird nicht bestritten. Auch der deutsche Arbeitnehmer hat selbst in seiner Einvernahme als Zeuge angegeben, dass er seine eigenen Lohnunterlagen nicht vorlegen konnte.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.1. Gemäß § 7d Abs. 1 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), BGBl. Nr. 459/1993 in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung haben Arbeitgeber/innen im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 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.

Nach § 7i Abs. 4 AVRAG 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, 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.

Gemäß § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

Nach § 9 Abs. 2 VStG sind die zur Vertretung nach außen Berufenen berechtigt und, soweit es sich zur Sicherstellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit als

erforderlich erweist, auf Verlangen der Behörde verpflichtet, aus ihrem Kreis eine oder mehrere Personen als verantwortliche Beauftragte zu bestellen, denen für das ganze Unternehmen oder für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens die Verantwortung für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften obliegt. Für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens können aber auch andere Personen zu verantwortlichen Beauftragten bestellt werden.

Nach § 7j Abs. 1 AVRAG wird die Bestellung von verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 Abs. 2 und 3 VStG für die Einhaltung dieses Bundesgesetzes erst rechtswirksam, nachdem

1. bei der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen durch Arbeitgeber/innen im Sinne der §§ 7, 7a oder 7b oder Überlasser/innen mit Sitz im Ausland, oder
2. beim zuständigen Träger der Krankenversicherung durch Arbeitgeber/innen oder Beschäftiger/innen mit Sitz im Inland

eine schriftliche Mitteilung über die Bestellung samt einem Nachweis der Zustimmung des/der Bestellten eingelangt ist. Dies gilt nicht für die Bestellung von verantwortlichen Beauftragten auf Verlangen der Behörde gemäß § 9 Abs. 2 VStG. Eingegangene Mitteilungen nach Z 1 sind an das Kompetenzzentrum LSDB, eingegangene Mitteilungen nach den Ziffern 1 und 2 für den Baubereich (Abschnitt I oder § 33d des BUAG) sind auch an die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse weiterzuleiten.

Gemäß § 9 Abs. 7 VStG haften juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften sowie die in Abs. 3 genannten natürlichen Personen für die über die zur Vertretung nach außen Berufenen oder über einen verantwortlichen Beauftragten verhängten Geldstrafen, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

III.2. Der Bf ist als handelsrechtlicher Geschäftsführer und damit als das zur Vertretung nach außen berufene Organ für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften strafrechtlich verantwortlich.

Die Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 Abs. 2 und 4 VStG wurde hingegen nicht nachgewiesen. Insbesondere wurde kein entsprechender Zustimmungsnachweis vorgelegt und ist ein solcher insbesondere auch nicht gemäß § 7j AVRAG bei der ZKO oder beim zuständigen Träger der Krankenversicherung eingegangen.

Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat, wenn sich das gesetzlich verantwortliche Organ durch Delegation von der Verantwortung befreien will, dieses die Delegation der Verantwortung klar und eindeutig durchzuführen.

M K ist nach seinen Angaben klar für den Bereich Behälterbau zuständig. Unabhängig davon ist aber nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes jeder, der zur Vertretung nach außen berufen ist, verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich (VwGH 14.12.1994, 94/03/0138). Eine bloße interne Aufgaben- und Verantwortungsaufteilung ist irrelevant (VwGH 5.9.1977, 97/02/0235; 5.9.2002, 98/02/0220; 14.9.2001, 2000/02/0281; 8.9.2004, 2002/03/0307).

Auch im Erkenntnis vom 8. November 2016, Ra 2016/09/0105-3 mwN, wurde vom Verwaltungsgerichtshof ausgeführt, dass unabhängig von einer Aufgabenaufteilung unter handelsrechtlichen Geschäftsführern grundsätzlich die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit jedes Geschäftsführers gegeben ist.
Außerdem hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 23. März 2016, Ra 2016/02/0002, zur Frage der Bestellung eines handelsrechtlichen Geschäftsführers zum verantwortlichen Beauftragten ausgeführt: „Nach der Rechtsprechung ist ein verantwortliches Vertretungsorgan (§ 9 Abs. 1 VStG) ex lege umfassend und kumulativ neben anderen Vertretungsorganen (also „überlappend“) strafrechtlich verantwortlich. Seine Bestellung nach § 9 Abs. 2 1. Satz VStG lässt seine strafrechtliche Verantwortlichkeit als Vertretungsorgan unberührt, sie bewirkt nur (nach Maßgabe ihren Umfanges) den Entfall der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der übrigen Vertretungsorgane bzw. deren Einschränkung auf den Fall vorsätzlicher Nichtverhinderung (§ 9 Abs. 6 VStG), ihre Wirksamkeit hängt nicht von der Mitteilung an das zuständige Arbeitsinspektorat ab. Einer solchen bedarf es nicht (vgl. das Erkenntnis vom 09.02.1999, Zl. 97/11/0044 und 0095). Die Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten muss nicht durch eine Urkunde nachgewiesen werden, die von dem zur Vertretung nach außen Berufenen gefertigt ist. Die Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten und die Zustimmung des zum verantwortlichen Beauftragten Bestellten können grundsätzlich formfrei erfolgen. Erforderlich ist nur, dass die Zustimmung gemäß § 9 Abs. 4 VStG nachweislich erfolgt ist, was nach der ständigen Rechtsprechung bedeutet, dass nur ein die Zustimmung zur Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten betreffendes Beweisergebnis aus der Zeit vor der Begehung der strafbaren Handlung zur Erbringung des Nachweises geeignet ist (vgl. das Erkenntnis vom 24.03.1994, Zl. 92/18/0176, mwN). Bei einer schlichten Aufgabenverteilung unter mehreren Geschäftsführern einer GmbH handelt es sich für sich genommen ohne Hinzutreten eines hinreichend erkennbaren Übertragungsaktes mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten nicht um eine Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 Abs. 2 1. Satz VStG, sondern um eine interne Aufteilung der Zuständigkeiten im Unternehmen, die die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit der (Mit)Geschäftsführer nicht berührt (zur internen Aufteilung vgl. das Erkenntnis vom 04.07.2008, Zl. 2008/17/0072).“

Unter Zugrundelegung dieser Judikatur ist aus der vorgelegten Aufgabenverteilung der Geschäftsführer (Organigramm) zwar von einer internen Aufteilung der Zuständigkeiten der Geschäftsführer im Unternehmen auszugehen, ein

hinreichend erkennbarer Übertragungsakt der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten ist aber daraus nicht zu erkennen. Nur aus einer Zuweisung einer Zuständigkeit für einen Geschäftsbereich ist noch nicht abzuleiten, dass damit auch konkret eine Delegation der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung erfolgt.

III.3.1. Verfahrensgegenständlich wird dem Erst-Bf als handelsrechtlichen Geschäftsführer der Zweit-Bf zusammengefasst vorgeworfen, dass die näher bezeichneten Lohnunterlagen betreffend den Arbeitnehmer G S nicht am Arbeits(Einsatz)ort bereitgehalten wurden.

Dass die im Straferkenntnis angeführten Unterlagen nicht am Arbeits(Einsatz)ort bereitgehalten wurden und diese bei der Kontrolle auch nicht in elektronischer Form zugänglich gemacht werden konnten, wird nicht bestritten.

Zum Beschwerdevorbringen, dass diese Unterlagen teilweise per E-Mail nachgereicht worden wären, ist festzuhalten, dass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch die Übermittlung von Lohnunterlagen an die Abgabebehörde kurze Zeit nach der Kontrolle nichts an der Verletzung der Bereithaltungspflicht gemäß § 7d Abs. 1 AVRAG ändert (vgl. VwGH 4.5.2016, Ra 2016/11/0053). Im Übrigen wurden die Unterlagen auch nicht vollständig übermittelt.

Auch eine Unzumutbarkeit der Bereithaltung der Unterlagen am Arbeitsort liegt nicht vor, da laut Gesetzesmaterialien (RV 319 BlgNR 25. GP 7) von einer Unzumutbarkeit dann auszugehen ist, wenn am Arbeitsort keine Möglichkeit einer gesicherten Aufbewahrung bzw. Bereithaltung besteht. Gegenständlich trifft dies allerdings nicht zu, zumal es sich um keinen wechselnden Arbeitsort gehandelt hat und sich zudem aus dem Beweisverfahren ergeben hat, dass ein Container vor Ort aufgestellt war und der besagte Arbeitnehmer auch mit einem Firmenwagen zur Baustelle nach A gekommen ist, in welchem die Lohnunterlagen aufbewahrt hätten werden können. Im Übrigen wurde nicht einmal vorgebracht, dass die Bereithaltung der Unterlagen am Arbeitsort unzumutbar gewesen wäre.

III.3.2. Zum vorgebrachten Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 18 B-VG und Art. 7 EMRK:

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

Um dem Bestimmtheitsgebot des Art. 18 B-VG gerecht zu werden, wurden die bereitzuhaltenden Lohnunterlagen in § 7d AVRAG idF. BGBl. I Nr. 94/2014 explizit genannt. Den Gesetzesmaterialien (RV 319 BlgNR 25. GP 7) ist diesbezüglich Folgendes zu entnehmen:

„Das Regierungsprogramm für die XXV. Gesetzgebungsperiode sieht im Bereich der Lohn- und Sozialdumpingbekämpfung unter anderem die ‚Verschärfung hinsichtlich der Bereithaltung von Lohnunterlagen' vor. Entsprechend dem Regierungsprogramm werden im Abs. 1 erster Satz die von dem/der Arbeitgeber/in bereitzuhaltenden Lohnunterlagen nun ausdrücklich aufgezählt. Damit wird allfälligen Zweifeln dahingehend entgegengewirkt, ob im Einzelfall das Bereithalten gewisser Lohnunterlagen unter Berücksichtigung des im Verwaltungsstrafverfahren eine besondere Determinierung verlangenden Bestimmtheitsgebots des Art. 18 B-VG von § 7d AVRAG umfasst ist. Durch die ausdrückliche Aufzählung der bereitzuhaltenden Lohnunterlagen ist dem/der Normunterworfenen jedenfalls hinsichtlich sämtlicher Lohnunterlagen das gesollte Verhalten eindeutig erkennbar."

Dem Einwand der Bf kann daher seit der Gesetzesänderung nicht mehr beigepflichtet werden. Das Gesetz bezeichnet konkret welche Lohnunterlagen bereitzuhalten sind.

III.3.3. Auch die Vorbringen, wonach sich die belangte Behörde mit den vorgelegten Unterlagen und dem vorgebrachten Stundensatz nicht ausreichend auseinandergesetzt hätte sowie dass die für die Einstufung relevanten Informationen der Behörde ohnehin vorgelegen wären, sind hinsichtlich des angelasteten Tatvorwurfs unbeachtlich.

Auf den Einwand, dass das rechtliche Gehör verletzt sei, da die Zweit-Bf im behördlichen Verfahren nie beigezogen worden sei, ist schon aus dem Grund nicht weiter einzugehen, da allfällige Mängel eines Verwaltungsverfahrens vor einer Verwaltungsbehörde grundsätzlich durch ein mängelfreies Verfahren vor dem Verwaltungsgericht saniert werden (so VwGH 20.12.2017, Ra 2017/03/0069 mwN).

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass die angelastete Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht vorwerfbar ist.

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

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch geeignetes Tatsachenvorbringen

und durch Beibringung von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die „Glaubhaftmachung“ nicht.

Es ist daher zu prüfen, ob sich der Erst-Bf entsprechend sorgfältig verhalten hat, um glaubhaft machen zu können, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

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

III.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 Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

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

Gemäß § 20 VStG kann die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen oder der Beschuldigte ein Jugendlicher ist.

Die belangte Behörde ist bei der Strafbemessung vom Milderungsgrund der Unbescholtenheit ausgegangen. Dass der Erst-Bf dem Tatvorwurf nicht widersprochen habe, sei von der Behörde als Schuldeingeständnis und damit ebenfalls strafmildernd gewertet worden. Straferschwerend wurde von der belangten Behörde kein Umstand gewertet.

Weiters wurde von der belangten Behörde bei der Strafbemessung festgestellt, dass eine Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG mangels Geringfügigkeit des Verschuldens nicht in Betracht komme. Dies vor allem deshalb, da das tatbildmäßige Verhalten gerade nicht in dem dafür notwendigen Ausmaß erheblich hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurückbleibe, der in der Verwaltungsvorschrift unter Strafe gestellt sei. Es sei daher die im Gesetz vorgesehene Mindeststrafe zu verhängen gewesen.

Die belangte Behörde ist - mangels Bekanntgabe - von einem durchschnittlichen monatlichen Nettoeinkommen von 1.500 Euro und keinen Sorgepflichten ausgegangen.

Da auch im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich keine Angaben dazu getätigt wurden und diesen Annahmen auch nicht widersprochen wurde, geht das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ebenso von einem geschätzten monatlichen Nettoeinkommen von 1.500 Euro, keinem relevanten Vermögen und keinen Sorgepflichten aus.

Die belangte Behörde hat über den Erst-Bf die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe in der Höhe von 1.000 Euro verhängt.

Zu den bereits von der belangten Behörde berücksichtigten Milderungsgründen, kommt noch, dass der Erst-Bf sich auch bemüht hat, die von ihm begangene Verwaltungsübertretung dahingehend wieder gut zu machen, als er die fehlenden Lohnunterlagen zumindest teilweise nachgereicht hat und per E-Mail auch angefragt wurde, welche Unterlagen noch vorzulegen sind. Zudem haben sich auch keine Hinweise auf eine tatsächliche Unterentlohnung ergeben. Eine solche ist auch im Hinblick auf das in Deutschland geltende Lohnniveau wohl auszuschließen. Als Milderungsgrund ist auch zu werten, dass der Erst-Bf auf die interne Aufgabenverteilung vertraut hat.
Diesen Milderungsgründen stehen keine Erschwerungsgründe gegenüber.

Insgesamt ist daher von einem beträchtlichen Überwiegen der Milderungsgründe auszugehen, weshalb § 20 VStG anzuwenden ist und die gesetzliche Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden kann. Die herabgesetzte Strafe erscheint auch ausreichend, um den Erst-Bf in Zukunft von ähnlichen Übertretungen abzuhalten.

Eine Ermahnung gemäß § 45 VStG konnte nicht erteilt werden, weil die Tat nicht hinter dem deliktstypischen Unrechts- und Schuldgehalt zurückgeblieben ist und die kumulativen Voraussetzungen nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG nicht vorliegen.

III.6. Im Ergebnis ist die vorgeworfene Tat als Verwaltungsübertretung strafbar. Den Beschwerden war jedoch insofern Folge zu geben, als die verhängte Geldstrafe auf 500 Euro und die gemäß § 16 Abs. 1 und 2 VStG festzusetzende Ersatzfreiheitsstrafe auf 17 Stunden herabzusetzen waren und der Haftungsausspruch gemäß § 9 Abs. 7 VStG entsprechend abzuändern war. Im Übrigen waren die Beschwerden als unbegründet abzuweisen und das angefochtene Straferkenntnis zu bestätigen.

Bei diesem Ergebnis war dem Erst-Bf gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorzuschreiben. Die Kosten des verwaltungsbehördlichen Verfahrens waren gemäß § 38 VwGVG iVm § 64 Abs. 1 und 2 VStG mit 50 Euro festzusetzen.

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 Entscheidung von der (dargestellten) Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen. Die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine 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

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

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. Ellmer