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

Geschäftszeichen:
LVwG-301729/10/SE/PP

Datum:
Linz, 12. November 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Ellmer über die Beschwerde des A.G., vertreten durch H. Rechtsanwälte GmbH & Co KG, X, W., vom 2. November 2017, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 26. September 2017, GZ: 0041189/2016, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 29. Oktober 2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 26. September 2017, GZ: 0041189/2016, wird aufgehoben und das diesbezügliche Strafverfahren eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens und des verwaltungsbehördlichen Verfahrens 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 des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz (in der Folge: belangte Behörde) vom 26. September 2017, GZ: 0041189/2016, wurden über A.G. (in der Folge: Beschwerdeführer) als Inhaber der Firma „E. e.U.“ wegen Verwaltungsübertretungen nach § 7d Abs. 1 AVRAG iVm § 7i Abs. 4 AVRAG 33 x 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von jeweils 16 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von insgesamt 3.300 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde (auszugsweise Wiedergabe ohne Hervorhebungen):

„Der Beschuldigte, Herr A.G., geb. [...], wohnhaft [...], hat als Inhaber der Firma 'E. e.U.' (Einzelunternehmen) mit Sitz in P. (Deutschland), X, und somit als Arbeitgeber folgende Verwaltungsübertretungen zu verantworten:

Die deutsche Firma E. e.U. hat als Arbeitgeberin es am 25.05.2016 verabsäumt, für die folgenden in L., X, im Stadion der Stadt, beim S.F. mit der Ausgabe von Getränken beschäftigten - zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandten - Arbeitnehmer, die zur Überprüfung des den Arbeitnehmern nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts erforderlichen Unterlagen (=Lohnunterlagen) wie Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung, in deutscher Sprache am genannten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten, obwohl dies zumutbar gewesen wäre:

1. C.F., geb. x,
2. C.M., geb. x
3. D.C., geb. x
4. D.J., geb. x
5. F.L., geb. x
6. F.J., geb. x
7. H.J., geb. x
8. K.J., geb. x
9. K.L., geb. x
10. K.D., geb. x
11. K.J., geb. x
12. L.P., geb. x
13. L.F., geb. x
14. L.M., geb. x
15. M.C., geb. x
16. N.A., geb. x
17. O.J., geb. x
18. P.P., geb. x
19. R.B., geb. x
20. R.G., geb. x

21. R.L., geb. x
22. S.J., geb. x
23. S.R., geb. x
24. S.C., geb. x
25. S.A., geb. x
26. S.M., geb. x
27. T.K., geb. x
28. T.S., geb. x
29. T.C., geb. x
30. W.C., geb. x
31. W.V., geb. x
32. W.T., geb. x
33. W.V., geb. x

Für die oben angeführten 33 Arbeitnehmer konnten bei der am 25.05.2016 von der österreichischen Abgabenbehörde-Finanzpolizei Linz am genannten Arbeits(Einsatz)ort durchgeführten Kontrolle (Beginn: 19.05 Uhr) nämlich keine entsprechenden Lohnunterlagen wie konkret Dienst- bzw. Arbeitsverträge und Stundenaufzeichnungen - zur Überprüfung des dem/der entsandten Arbeitnehmers/in für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts - in deutscher Sprache vorgelegt werden, obwohl für die deutsche Firma 'E. e.U.' eine gesetzliche Verpflichtung für das Bereithalten solcher Unterlagen im Inland am Arbeits(Einsatz)ort nach den österreichischen Rechtsvorschriften besteht (§ 7d Abs. 1 AVRAG).“

Begründend wurde im Wesentlichen angeführt, dass die angeführten 33 Arbeitnehmer von der österreichischen Finanzpolizei bei der Ausgabe von Getränken am 25. Mai 2016 angetroffen worden wären. Es konnten keine Dienst- bzw. Arbeitsverträge und Stundenaufzeichnungen vorgelegt werden. Eine Bereithaltungspflicht bestehe aber bereits ab dem ersten Arbeitstag. Der ausländische Arbeitgeber sei verpflichtet, sich zeitgerecht vor einer Entsendung bzw. Beschäftigung von Mitarbeitern in einem anderen Staat sich über die hiefür geltenden Rechtsvorschriften des Beschäftigerstaates zu informieren. Es seien sowohl die objektive als auch die subjektive Tatbestandsmäßigkeit erwiesen. Die verhängte Geldstrafe sei ein tat- und schuldangemessen.

I.2. Dagegen hat der rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde erhoben und beantragt, eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen und der Beschwerde stattzugeben sowie das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Zusammenfassend wurde ausgeführt, dass die Entsendung im Sinne der Entsende-Richtlinie das Bestehen eines grenzüberschreitenden Dienstleistungsvertrages zwischen dem erbringenden ausländischen Unternehmen und den/der inländischen

Empfängerin der Dienstleistung und während des Entsenderaumes ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem der Arbeitnehmern verlange. Für eine Entsendung im Sinne des AVRAG sei wesentlich, dass der örtliche und zeitliche Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses im Entsendestaat bleibt. Um von einer Entsendung sprechen zu können, muss daher der Rückkehrwille, d.h. die Absicht in den Entsendestaat zurückzukehren, bestehen. Konkret seien aber die Arbeitnehmer nicht nach Österreich geschickt und somit auch nicht entsandt worden. Alle Arbeitnehmer hätten in Österreich ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort gehabt. Nachdem das Merkmal der Grenzüberschreitung konkret nicht gegeben sei, habe der Beschwerdeführer auch keine Übertretungen des AVRAG zu verantworten.

I.3. Die belangte Behörde hat die Beschwerde samt den bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 22. November 2017, eingelangt am 27. November 2017, zur Entscheidung vorgelegt.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat am 29. Oktober 2018 eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Alle Parteien sind erschienen.

Zu Beginn der mündlichen Verhandlung hielt der Vertreter der belangten Behörde fest, dass es sich im konkreten Fall um keine Entsendung handle, da der gewöhnliche Aufenthalt aller Beschäftigten zum Tatzeitpunkt in Österreich war. Der Vertreter der Organpartei schloss sich den Ausführungen der belangten Behörde an.
Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hielt fest, dass auch er diese Rechtsmeinung vertrete. Überdies hätten die Beschäftigten keinen Rückkehrwillen nach Deutschland gehabt, weil eben der gewöhnliche Aufenthalt in Österreich gewesen sei. Zum Tatzeitpunkt seien sie nicht den deutschen Rechtsvorschriften unterlegen, sondern anderen Rechtsvorschriften als der Beschwerdeführer, weshalb eine Entsendung ausgeschlossen sei.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt der belangten Behörde, das Beschwerdevorbringen sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

II.2. Folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt gilt als erwiesen:

Der Beschwerdeführer ist Inhaber der Firma „E. e.U.“ mit Sitz in Deutschland, P., X.
Die E. e.U. hat mit der G. GmbH & Co KG, Niederlassung in W., einen Vertrag über die Betreuung der in diesem Vertrag näher bezeichnetem Getränkestände für die Veranstaltung am 25. Mai 2016, S.F. in L., abgeschlossen.

Die E. e.U. hat für diese Veranstaltung 33 Arbeitnehmer, die alle ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort und Arbeitsort in Österreich hatten, beschäftigt.
Eine Fortsetzung der Arbeitsleistung der 33 beschäftigten Arbeitnehmer in Deutschland bei der E. e.U. war weder vorgesehen noch vereinbart.
Die Abgabenbehörde, Finanzpolizei Team X für das Finanzamt L, hat am 25. Mai 2016 im Stadion der Stadt L. beim S.F., beginnend um 19:05 Uhr, eine Kontrolle auf Einhaltung der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes und des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes durchgeführt. Für die im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses angeführten 33 Arbeitnehmer konnten keine entsprechenden Lohnunterlagen wie Dienst- bzw. Arbeitsverträge, Stundenaufzeichnungen, Lohnzettel oder Kassen- bzw. Überweisungsbelege vorgelegt werden.
Die 33 Arbeitnehmer waren ausschließlich für die Dauer der Veranstaltung, 15:30 bis 23:30 Uhr, des S.F.s mit der Ausgabe von Getränken beschäftigt.

Der Beschwerdeführer ist unbescholten.

II.3. Der festgestellte Sachverhalt blieb unbestritten.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat wie folgt erwogen:

III.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes – AVRAG, BGBl. Nr. 459/1993, in der zum tatzeitpunkt geltenden Fassung lauten:

§ 7d.

(1) Arbeitgeber/innen im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 haben während des Zeitraums der Entsendung insgesamt (§ 7b Abs. 4 Z 6) den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel (§ 7b Abs. 1 Z 4), Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des dem/der entsandten Arbeitnehmers/in für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten, auch wenn die Beschäftigung des/der einzelnen Arbeitnehmers/in in Österreich früher geendet hat. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die Lohnunterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten. Ist die Bereithaltung der Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort nicht zumutbar, sind die Unterlagen jedenfalls im Inland bereitzuhalten und der Abgabenbehörde auf Aufforderung nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.

§ 7i.

(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/inim 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."

III.2. Die gegenständlichen 33 Arbeitnehmer waren ausschließlich am 25. Mai 2016 bei der E. e.U. beschäftigt. Es bestand weder vorher noch nachher ein Arbeitsverhältnis zur E. e.U.
Es besteht grundsätzlich keine Verpflichtung einen schriftlichen Arbeitsvertrag abzuschließen. Für diesen Fall hat jedoch der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen Dienstzettel auszustellen. Gemäß § 2 AVRAG ist dies wiederum nicht erforderlich, wenn die Dauer des Arbeitsverhältnisses höchstens einen Monat beträgt. Konkret bestand ein Arbeitsverhältnis bloß am 25. Mai 2016, weshalb hier § 2 AVRAG zur Anwendung kommt und der Beschwerdeführer keine Verpflichtung hatte, einen Dienstzettel auszuhändigen und diesen bereitzuhalten. Betreffend Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohn- und Arbeitszeitaufzeichnungen ist festzuhalten, dass diese Unterlagen zum Zeitpunkt der Kontrolle (25. Mai 2016, ca. 19:00 Uhr) noch nicht vorhanden sein konnten, da die Beschäftigung erst wenige Stunden zuvor begann und bereits wenige Stunden danach schon wieder endgültig beendet wurde. Darüber hinaus gab es kein Arbeitsverhältnis.

Ferner liegt gegenständlich keine grenzüberschreitende Entsendung vor, da die Beschäftigten ihren örtlichen und zeitlichen Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses nicht im Entsendestaat hatten. Es bestand auch nie ein Rückkehrwille, in den Entsendestaat zurückzukehren. Alle 33 Beschäftigten hatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich und waren in Österreich zur Sozialversicherung angemeldet.

Nachdem eine Bereithaltepflicht von Lohnunterlagen nur für jene Unterlagen besteht, die bereits existieren und dies konkret nicht der Fall war sowie der Tatsache, dass alle gegenständlichen Arbeitnehmer ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort in Österreich hatten, war spruchgemäß zu entscheiden.

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 bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichthofes.

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

Gegen diese Entscheidung 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s e

1. Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die

zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

2 . Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Ellmer