

TE Lvwg Erkenntnis 2016/8/17 LVwG-7/505 bis 509/10-2016

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.08.2016

Entscheidungsdatum

17.08.2016

Index

60/02 Arbeitnehmerschutz

60/04 Arbeitsrecht allgemein

Norm

AÜG §4

AuslBG §28 Abs1 Z4 lita

AuslBG §18 Abs12

1. AÜG § 4 heute
2. AÜG § 4 gültig ab 01.07.1988

1. AuslBG § 28 heute
2. AuslBG § 28 gültig ab 07.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2026
3. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2020 bis 06.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2020
4. AuslBG § 28 gültig von 01.10.2017 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
5. AuslBG § 28 gültig von 14.08.2015 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 113/2015
6. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 13.08.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
7. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
8. AuslBG § 28 gültig von 01.09.2009 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 91/2009
9. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2008 bis 31.08.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007
10. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 103/2005
11. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
12. AuslBG § 28 gültig von 01.05.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 28/2004
13. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2003 bis 30.04.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 160/2002
14. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2003 bis 02.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
15. AuslBG § 28 gültig von 03.12.2002 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 160/2002
16. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2002 bis 02.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2002
17. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2002 bis 30.06.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 136/2001
18. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/1999
19. AuslBG § 28 gültig von 25.11.1999 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 199/1999
20. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1998 bis 24.11.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997

21. AuslBG § 28 gültig von 01.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
 22. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1996 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
 23. AuslBG § 28 gültig von 01.07.1994 bis 31.12.1995 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
 24. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 19/1993
-
1. AuslBG § 18 heute
 2. AuslBG § 18 gültig ab 01.10.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 106/2022
 3. AuslBG § 18 gültig von 01.07.2020 bis 30.09.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2019
 4. AuslBG § 18 gültig von 01.10.2017 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
 5. AuslBG § 18 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
 6. AuslBG § 18 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007
 7. AuslBG § 18 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
 8. AuslBG § 18 gültig von 01.01.2005 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 136/2004
 9. AuslBG § 18 gültig von 01.05.2004 bis 31.12.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 28/2004
 10. AuslBG § 18 gültig von 01.01.2003 bis 30.04.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
 11. AuslBG § 18 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/1999
 12. AuslBG § 18 gültig von 01.01.1998 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
 13. AuslBG § 18 gültig von 02.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 201/1996
 14. AuslBG § 18 gültig von 01.06.1996 bis 01.06.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
 15. AuslBG § 18 gültig von 01.07.1994 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 450/1994
 16. AuslBG § 18 gültig von 01.07.1994 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
 17. AuslBG § 18 gültig von 01.10.1990 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 450/1990

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Salzburg hat durch den Richter Mag. Peter Nußbaumer über die Beschwerden von Herrn A. B., geb. Z, ITALIEN, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der
Das Landesverwaltungsgericht Salzburg hat durch den Richter Mag. Peter Nußbaumer über die Beschwerden von , Herrn A. B., geb. Z, ITALIEN, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der

Landeshauptstadt Salzburg vom 09.06.2015, Zahl: 01/06/54992/2014/011,

Herrn E. D., geb. ZZ, ITALIEN, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der

Landeshauptstadt Salzburg vom 09.06.2015, Zahl: 01/06/54987/2014/011,

Herrn C. B., geb. ZZZ, ITALIEN, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der

Landeshauptstadt Salzburg vom 09.06.2015, Zahl: 01/06/54995/2014/011,

Herrn G. F., geb. Q, ITALIEN, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der

Landeshauptstadt Salzburg vom 09.06.2015, Zahl: 01/06/55008/2014/011, und

Herrn I. H., geb. QQ, ITALIEN, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der
Herrn römisch eins. H., geb. QQ, ITALIEN, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der

Landeshauptstadt Salzburg vom 09.06.2015, Zahl: 01/06/54991/2014/011,

sämtliche vertreten durch die K. M. N. Rechtsanwälte GmbH, L.,

zu Recht e r k a n n t:

I.römisch eins.

Gemäß § 50 VwGVG wird den Beschwerden Folge gegeben und werden die angefochtenen Straferkenntnisse aufgehoben. Das Verwaltungsstrafverfahren zur Zahl 01/06/54987/2014/011 (E. D.) wird gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG eingestellt, die übrigen Verwaltungsstrafverfahren nach § 45 Abs 1 Z 1 VStG. Gemäß Paragraph 50, VwGVG wird den Beschwerden Folge gegeben und werden die angefochtenen Straferkenntnisse aufgehoben. Das Verwaltungsstrafverfahren zur Zahl 01/06/54987/2014/011 (E. D.) wird gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 2, VStG eingestellt, die übrigen Verwaltungsstrafverfahren nach Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer eins, VStG.

II.römisch zwei.

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, VwGG die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Mit den angefochtenen Straferkenntnissen des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Salzburg wurde den Beschwerdeführern jeweils Folgendes inhaltlich gleichlautend zur Last gelegt:

"Herr ..., geb. ..., hat als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als das gemäß

§ 9 Verwaltungsstrafgesetz 1991 zur Vertretung nach außen berufene Organ der O. als Arbeitgeberin mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich, nämlich in Italien, zu verantworten, dass von dieser die kroatischen Staatsangehörigen "Herr ..., geb. ..., hat als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als das gemäß, Paragraph 9, Verwaltungsstrafgesetz 1991 zur Vertretung nach außen berufene Organ der O. als Arbeitgeberin mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich, nämlich in Italien, zu verantworten, dass von dieser die kroatischen Staatsangehörigen

1. P. R., geb. Y, vom 20.2.2014 bis zumindest 1.4.2014,

2. S. T., geb. YY, von Oktober 2013 bis zumindest 1.4.2014

3. U. V., geb. YYY, vom 10.1.2014 bis zumindest 1.4.2014, 3. U. römisch fünf., geb. YYY, vom 10.1.2014 bis zumindest 1.4.2014,

4. W. X., geb. YYYY, vom 20.1.2014 bis zumindest 1.4.2014, 4. W. römisch zehn., geb. YYYY, vom 20.1.2014 bis zumindest 1.4.2014,

5. Y-JA. Sl., geb. YYYYY, vom 1.1.2014 bis zumindest 1.4.2014 und

6. VA. BE., geb. YYYYYY, vom 20.1.2014 bis zumindest 1.4.2014

auf die Baustelle "Hotel RA." in L. zur Erbringung einer vorübergehenden Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wurden, ohne dass eine Entsendebewilligung oder eine Beschäftigungsbewilligung vorgelegen ist. Die entsandten Arbeitnehmer waren weder zu einer ordnungsgemäßen Beschäftigung im Staat des Betriebssitzes über die Dauer der Entsendung nach Österreich hinaus zugelassen noch beim entsendenden Unternehmen rechtmäßig beschäftigt.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:

§ 18 Abs. 12 Z. 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Z. 4 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz, BGBl. Nr. 218/1975 i.d.F. BGBl. I Nr. 72/2013 Paragraph 18, Absatz 12, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer 4, Litera a, Ausländerbeschäftigungsgesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 218 aus 1975, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 72 aus 2013,

Wegen dieser Verwaltungsübertretung werden über Sie folgende Strafen verhängt:

zu 1. bis 6. je: 2.000,00 Euro gemäß § 28 Abs. 1 Z. 4 lit. a, 3. Strafrahm zu 1. bis 6. je: 2.000,00 Euro gemäß Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer 4, Litera a,, 3. Strafrahm

Ausländerbeschäftigungsgesetz; falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von

1 Tag und 10 Stunden.

...

Ferner haben Sie gemäß § 64 Abs. 2 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG 10 % der Strafe, mindestens jedoch 10,00 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu zahlen. Ferner haben Sie gemäß Paragraph 64, Absatz 2, des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG 10 % der Strafe, mindestens jedoch 10,00 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu zahlen.

Im gegenständlichen Fall beträgt somit der Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens 1.200,00 Euro.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher: 13.200,00 Euro.

Die bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe verhängte Ersatzfreiheitsstrafe beträgt insgesamt 8 Tage und 12 Stunden."

Die Beschuldigten haben hiergegen durch ihre inländische Rechtsvertretung jeweils rechtzeitig schriftliche Beschwerde eingelegt und die Behebung der Straferkenntnisse bzw die Einstellung der Verwaltungsstrafverfahren beantragt wie folgt:

Es liege keine Arbeitskräfteüberlassung vor. Vielmehr liege dem gegenständlichen Sachverhalt ein Werkvertrag zu Grunde. Die Firma TE. sei von der O. nicht zur Überlassung von Arbeitskräften, sondern mit der Herstellung eines Werkes nach § 1151 ABGB beauftragt worden. Die Beschwerdeführer hafteten daher nicht nach § 2 Abs 2 lit e AuslBG als Beschäftigter für allfällige Verstöße gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz. Es liege keine Arbeitskräfteüberlassung vor. Vielmehr liege dem gegenständlichen Sachverhalt ein Werkvertrag zu Grunde. Die Firma TE. sei von der O. nicht zur Überlassung von Arbeitskräften, sondern mit der Herstellung eines Werkes nach Paragraph 1151, ABGB beauftragt worden. Die Beschwerdeführer hafteten daher nicht nach Paragraph 2, Absatz 2, Litera e, AuslBG als Beschäftigter für allfällige Verstöße gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz.

Die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorläge, richte sich nach § 4 AÜG. Danach sei der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform maßgeblich. Unter Beachtung dieser Grundsätze zeige sich, dass keine Arbeitskräfteüberlassung der Firma TE. an O. vorliege. Die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorläge, richte sich nach Paragraph 4, AÜG. Danach sei der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform maßgeblich. Unter Beachtung dieser Grundsätze zeige sich, dass keine Arbeitskräfteüberlassung der Firma TE. an O. vorliege.

Es sei zwar richtig, dass die Mitarbeiter der Firma TE. nach Stunden bezahlt worden seien, dies sei jedoch für Werkverträge üblich, bei denen der Aufwand vorher nicht konkret abschätzbar sei. Der vorliegende Auftrag habe einen Umbau und Installationen, die individuell nach Kundenwunsch angefertigt wurden, umfasst. Die Entlohnung auf Stunden-basis stelle daher keinen Hinweis auf eine Arbeitskräfteüberlassung dar. Die Arbeitskräfte hätten ihre Leistungen nicht im Betrieb des Werkbestellers erbracht, sondern vor Ort (der Baustelle Hotel RA.).

TE. habe ein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers O. abweichendes und unterscheidbares und diesen zurechenbares Werk hergestellt bzw an dessen Herstellung mitgewirkt. Dies zeige sich daraus, dass TE. mit konkreten Arbeiten (Durchführungen der Arbeiten mit Gipsbetonplatten und Verlegung der festen Dekorelementen aus Holz) beauftragt gewesen sei. Dies stelle jedenfalls ein unterscheidbares und dem Werkunternehmer TE. zurechenbares Werk dar. Der Werkunternehmer setze eigenes Material und Werkzeug ein. Wie aus dem Werkvertrag hervorgehe, habe TE. die eigene technische Ausrüstung zu liefern sowie eigene Fahrzeuge und Maschinen. Auch bei der Einvernahme vor Ort habe Herr T. S. (Mitarbeiter von TE.) angegeben, dass ihm eine Bankkarte seines kroatischen Arbeitgebers zur Bestreitung der Aufwendungen zur Verfügung stehe, Werkzeug der Firma TE. eingesetzt werde und ebenso ein Transporter der Firma TE. vorhanden sei. Die Mitarbeiter von TE. seien nicht in den Betrieb des Werkbestellers O. eingegliedert und auch nicht dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstellt. Herr S. habe angegeben, dass sein "Chef" vor Ort sei, dieser die Arbeit einteile und kontrolliere. Dass davon unabhängig bzw zusätzlich ein Beauftragter der Firma O. die Arbeiten kontrolliere, sei für die Qualifikation des Vertragsverhältnisses als Werkvertrag unschädlich.

Davon, dass die Mitarbeiter der Firma TE. einer Dienst- und Fachaufsicht von O. unterstellt gewesen seien, habe weder Herr S. noch der vor Ort Beauftragte Cl. CH. gesprochen. Eine Überwachung durch den Werkbesteller sei darüber hinaus Standard (Ö. – örtliche Bauaufsicht). Wie auch aus dem abgeschlossenen Werkvertrag hervorgehe, hafte die beauftragte Firma TE. für die fachgerechte Ausführung der Arbeiter und damit für den Erfolg ihrer Werkleistung. Entscheidend für die Frage des Vorliegens eines Werkvertrages sei im Ergebnis weiters der Grad der Eingliederung der Arbeitnehmer des Werkunternehmers in den Betrieb des Werkbestellers.

Wenn der Werkbesteller über die Arbeitnehmer des Werkunternehmers wie ein Arbeitsgeber verfügen könne, wenn er diese nach seinen eigenen Vorstellungen und Zielen im eigenen Betrieb einsetzen könne, nur dann liege eine Arbeitskräfteüberlassung vor. Wenn nun die belangte Behörde im Straferkenntnis feststelle, dass TE. in einem Vertragsverhältnis zu O. stünde, so stelle sie damit gerade nicht fest, dass O. über die Arbeitnehmer von TE. wie ein Arbeitgeber verfügen könne.

Zur Abgrenzung zwischen Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertrag seien die tatsächlichen Verhältnisse bei der Durchführung der Arbeit zu beurteilen.

Bei Weisungsrechten bedeutet dies, dass zunächst von der belangten Behörde zu prüfen gewesen wäre, welche Weisungen dem Werkunternehmer und welche dem Besteller zugestanden seien und wie die Abwicklung vor Ort stattgefunden habe. Zusammengefasst hätte die Behörde bei richtiger Anwendung der genannten Prinzipien zum Ergebnis gelangen müssen, dass keine Arbeitskräfteüberlassung vorliege. Aufgrund der unterlassenen vollständigen Sachverhaltsermittlung seien die Straferkenntnisse mit Rechts-widrigkeit in Folge Verletzung von Verfahrensvorschriften behaftet. Zum Beweis dafür wurde auf den Werkvertrag und auf die zeugenschaftliche Einvernahme von Herrn OD. MG. und Herrn Cl. CH. angeboten.

Es läge keine Übertretung des § 18 Abs 12 AuslBG vor. Die belangte Behörde gehe davon aus, dass die entsandten Mitarbeiter weder zu einer ordnungsgemäßen Beschäftigung im Staat des Betriebssitzes über die Dauer der Entsendung nach Österreich hinaus zugelassen, noch beim entsendeten Unternehmen rechtmäßig beschäftigt gewesen seien. Für beide Annahmen fände sich kein Beweisergebnis. Die entsandten Mitarbeiter seien zu einer ordnungsgemäßen Beschäftigung im Staat des Betriebssitzes über die Dauer der Entsendung nach Österreich hinaus zugelassen gewesen. Die Behörde habe dazu weder Beweisergebnisse aufgenommen, noch Sachverhaltsfeststellungen getroffen. Der Beschuldigte habe sich zwischenzeitlich informiert und könne bestätigen, dass alle sechs betroffenen Mitarbeiter ordnungsgemäß im Staat des Betriebssitzes über die Dauer der Entsendung nach Österreich hinaus zugelassen gewesen seien. Die Behörde habe auch keine Beweise dazu aufgenommen, dass diese im entsendeten Betrieb nicht ordnungsgemäß beschäftigt worden seien. Die Beschuldigten hätten sich diesbezüglich informiert und könnten bestätigen, dass dies tatsächlich der Fall gewesen sei. Es läge keine Übertretung des Paragraph 18, Absatz 12, AuslBG vor. Die belangte Behörde gehe davon aus, dass die entsandten Mitarbeiter weder zu einer ordnungsgemäßen Beschäftigung im Staat des Betriebssitzes über die Dauer der Entsendung nach Österreich hinaus zugelassen, noch beim entsendeten Unternehmen rechtmäßig beschäftigt gewesen seien. Für beide Annahmen fände sich kein Beweisergebnis. Die entsandten Mitarbeiter seien zu einer ordnungsgemäßen Beschäftigung im Staat des Betriebssitzes über die Dauer der Entsendung nach Österreich hinaus zugelassen gewesen. Die Behörde habe dazu weder Beweisergebnisse aufgenommen, noch Sachverhaltsfeststellungen getroffen. Der Beschuldigte habe sich zwischenzeitlich informiert und könne bestätigen, dass alle sechs betroffenen Mitarbeiter ordnungsgemäß im Staat des Betriebssitzes über die Dauer der Entsendung nach Österreich hinaus zugelassen gewesen seien. Die Behörde habe auch keine Beweise dazu aufgenommen, dass diese im entsendeten Betrieb nicht ordnungsgemäß beschäftigt worden seien. Die Beschuldigten hätten sich diesbezüglich informiert und könnten bestätigen, dass dies tatsächlich der Fall gewesen sei.

Es werde daher beantragt, eine mündliche Verhandlung durchzuführen, in der Sache selbst zu erkennen, die Straferkenntnisse aufzuheben und die betreffenden Verwaltungsstrafverfahren einzustellen, in eventu die Straferkenntnisse zu beheben und es mit einer bescheidmäßigen Ermahnung bewenden zu lassen oder in eventu die Strafen auf ein tat-und schuldangemessenes Maß herabzusetzen.

Betreffend Herrn E. D. wurde ergänzend vorgebracht, dass dieser kein zur Vertretung nach außen berufenes Organ der O. sei. Herr D. sei lediglich Mitglied des Verwaltungs-rates der Aktiengesellschaft nach italienischem Recht aber nicht Geschäftsführer der Gesellschaft und damit auch nicht vertretungsbefugtes Organ nach § 9 Abs 1 des Verwaltungsstrafgesetzes. Nach italienischem Recht werde bei Aktiengesellschaften nicht zwischen Aufsichtsrat und Vorstand unterschieden. Es bestehe als Leitungsgremium des Unternehmens ein Verwaltungsrat, wobei nur einzelne Mitglieder auch zur Geschäftsführung berechtigt und damit den Vorständen einer österreichischen Aktiengesellschaft vergleichbar seien. Die anderen Mitglieder seien nicht zur Geschäftsführung berechtigt und daher lediglich mit Aufsichtsräten einer österreichischen Aktiengesellschaft vergleichbar. Betreffend Herrn E. D. wurde ergänzend vorgebracht, dass dieser kein zur Vertretung nach außen berufenes Organ der O. sei. Herr D. sei lediglich Mitglied des Verwaltungs-rates der Aktiengesellschaft nach italienischem Recht aber nicht Geschäftsführer der Gesellschaft und damit auch nicht vertretungsbefugtes Organ nach Paragraph 9, Absatz eins, des Verwaltungsstrafgesetzes. Nach italienischem Recht werde bei Aktiengesellschaften nicht zwischen Aufsichtsrat und Vorstand unterschieden. Es bestehe als Leitungsgremium des Unternehmens ein Verwaltungsrat, wobei nur einzelne Mitglieder auch zur Geschäftsführung berechtigt und damit den Vorständen einer österreichischen Aktiengesellschaft vergleichbar seien. Die anderen Mitglieder seien nicht zur Geschäftsführung berechtigt und daher lediglich mit Aufsichtsräten einer österreichischen Aktiengesellschaft vergleichbar.

Zum Beweis für das Vorbringen werde auch auf den von der Strafbehörde erster Instanz eingeholten

Handelsregisterauszug der Handelskammer für Industrie, Gewerbe und Landwirtschaft, Italien, verwiesen.

In der Sache wurde am 25.02.2016 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt. In dieser waren die Beschuldigten durch ihren inländischen Rechtsbeistand vertreten. Die Finanzpolizei hat einen Vertreter entsandt. Zeugenschaftlich einvernommen wurde ein Kontrollorgan der Finanzpolizei.

Die Beteiligten gaben in der Verhandlung (auszugsweise) an:

Der Beschuldigtenvertreter in der Eingangsäußerung:

"Wir verweisen grundsätzlich auf die schriftlich eingebrachten Beschwerden.

Bezüglich Herrn E. D. wird darauf hingewiesen, dass dieser zwar Mitglied des Verwaltungsrates der O. ist, dieser jedoch nicht vertretungsbefugtes Organ und daher auch nicht verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich ist. Ich lege diesbezüglich eine beglaubigte Übersetzung aus dem Englischen der beglaubigten Bestätigung der Rechtsanwaltskanzlei SB. über die diesbezügliche italienische Rechtslage vor (Beilage 1). Laut der mir mitgeteilten italienischen Rechtslage ist diese in Italien folgendermaßen, dass nur die zur Vertretung befugten Aufsichtsräte den nach deutschem bzw österreichischem Recht vorgesehenen Vorstand einer Aktiengesellschaft bilden, während jene, die nicht zur Vertretung befugt sind, die Aufsichtsfunktion ausüben, also die eines Aufsichtsrates haben. Der Verwaltungsrat einer AG ist somit in Italien ein Körper mit Mitgliedern, die zwei unterschiedlichen Funktionen ausüben.

Wenn mir jetzt vorgehalten wird, dass der anlässlich der Rechtfertigung im jeweiligen Erstverfahren vorgelegte Letter of Intent mitsamt einer deutschen Übersetzung einem Vertrag vom 1.4.2014 zugrunde liegt, dann kann ich dazu jetzt nichts sagen. Bei mir im Akt ist derzeit eine Übersetzung des Vertrages vom 4.10.2013.

Weitere Unterlagen zur Abwicklung des Vertrages sind bei mir vorliegend gegenständlich nicht vorhanden.

Die Vertreterin des Finanzamtes verweist auf das bisherige Vorbringen und bringt vor:

Zur Feststellung im Straferkenntnis, dass die sechs angeführten kroatischen Staatsangehörigen im Entsendestaat nicht ordnungsgemäß beschäftigt wurden, muss ich sagen, dass dieses Faktum von uns im Strafantrag auch gar nicht angeführt wurde und wir daher dazu auch gar nichts sagen können. Unser Strafantrag bezieht sich rein auf unsere Feststellung einer Überlassung von Arbeitskräften.

Der Zeuge ZF. FP. (Kontrollorgan Finanzpolizei) gab an:

"Bei der Kontrolle im Hotel RA. am 1.4.2014 hat es sich glaublich um eine Routinekontrolle gehandelt. Ob es schon einen Vorlauf gegeben hat, zB ein Ersuchen der BUAK bezüglich einer diesbezüglichen Kontrolle, kann ich nicht mehr sagen. Wir haben uns damals beim Polier der Baufirma angemeldet und konnte man über eine für den Bau aufgestellte Außentreppe in die entsprechenden Etagen zwei und drei des Hotels RA. gehen. Wir haben die diversen Arbeiter der Firmen angesprochen und die Personaldaten aufgenommen. Gleich zu Beginn war auch eine Dame vom Hotel RA. da und hatten wir auch relativ bald Kontakt mit Herrn CI. CH., offenbar dem Vertreter von O. in L.. Wir haben von ihm die diversen Unterlagen, welche nach dem AVRAG für entsendete Arbeitnehmer erforderlich waren, verlangt und waren solche zunächst nicht vorhanden. Herr CH. hat dann telefoniert und wurden glaublich im Laufe der Kontrolle verschiedene Unterlagen von der Firmenzentrale per E-Mail geschickt. Mit Herrn CH. war eine Unterhaltung auf Englisch relativ gut möglich. Leiter des Einsatzes war Herr GR., welcher eigentlich damals den Kontakt geführt hat. Wir haben im Anschluss eine Niederschrift mit Herrn CH. gemacht. Für die Niederschrift wollten wir einen Dolmetscher dabei haben und haben deshalb Herrn Dr. TS. telefonisch angefordert. Dieser gab an, bald da zu sein. Es hat sich aber sein Erscheinen ziemlich hingezogen und waren wir deshalb nicht sehr erfreut.

Jedenfalls wurde dann erst um 13:40 Uhr mit der Niederschrift des Herrn CH. begonnen. Im Anschluss wurde dann eine Niederschrift mit einem Arbeitnehmer der Firma TE. durchgeführt. Bei dem Herrn S. hat es sich nicht um einen Vorarbeiter des Unternehmens im eigentlichen Sinn gehandelt, sondern war er Ansprechpartner für die O., weil er laut eigenen Angaben auch über Italienischkenntnisse verfügt. Tatsächlich haben die Arbeiter von TE. in den Zimmern Möbel eingebaut. Welcher Art die Arbeiten genau waren, kann ich nicht mehr sagen. Nähere Angaben zu den durchgeführten Arbeiten hat Herr S. gemacht.

Von der Firma O. war kein eigentlicher Mitarbeiter da, da es sich bei Herrn CH. um einen Freelancer, also einen freiberuflich tätigen Projektmanager, für dieses Vorhaben ge handelt hat. Herr CH. hat die in der Niederschrift gemachten Angaben gemacht. Unter anderem waren keine für die Entsendung erforderlichen Formulare A1, Entsende-

meldungen oder Lohnunterlagen da. Die Quartiere für die kroatischen Arbeitnehmer von TE. wurden von O. gestellt. Das Werkzeug ist angeblich von den Leuten der Firma TE. gekommen. Beim Werkzeug nehme ich an, dass es sich lediglich um Kleinwerkzeug gehandelt hat.

Im Anschluss gab es, wie gesagt, die Einvernahme mit Herrn S.. Dieser gab an, dass sie normalerweise etwa 10 Arbeiter seien, zurzeit aber nur sechs. Sein Chef sei Herr MG., der aber nur tageweise da war.

Nach meinem Eindruck nach hat dieser Herr aber nur regelmäßig die Besprechungen mit dem Auftraggeber besucht, nicht aber eigentlich ständig die Arbeiten geleitet. Er selbst sei seit Oktober da und würde die Arbeit um 09:00 Uhr begonnen und täglich 8 h dauern, das im Ausmaß von 40 Wochenstunden. Sein Lohn betrage € 1.100 netto. Das Quartier werde von TE. zur Verfügung gestellt. Weiters erhalte er eine tägliche Auslöse von € 30. Für die täglichen Ausgaben stünde eine Bankkarte der kroatischen Firma zur Verfügung. Was mit den "täglichen Ausgaben" gemeint war, kann ich jetzt nicht mehr sagen. Wir haben das einfach so aufgenommen. Die Antwort bezüglich der Montage von Schiebetüren ist offenbar auf unsere Frage gekommen, was sie konkret dort machen. Ob gerade zu dem Zeitpunkt eine derartige Schiebetür bzw eine dazugehörige Unterkonstruktion eingebaut wurde, kann ich nicht sagen. Herr S. trug eine Jacke mit der Aufschrift O.. Er gab an deshalb, weil diese aufgrund der Taschen so praktisch sei.

Wenn auf den Vertrag zwischen der Hotel RA. GmbH und der O. und die darin erwähnten Pläne angesprochen wird, muss ich sagen, dass ich davon ausgehe, dass die entsprechenden Pläne auch Herr CH. hatte, da dieser für das Projekt verantwortlich war. Wenn ich vorhin angesprochen habe, dass es dort eine Baufirma gab, dann muss ich sagen, dass im Innenbereich, wo wir die Kontrolle durchführten, diese Baufirma nicht tätig war. Jedenfalls hatte diese Baufirma mit den Innenarbeiten nichts zu tun. Diese wurden direkt vom Hotel RA. vergeben. Eigene Arbeiter der Firma O. waren nicht da. Organisiert hat die Innenausbauarbeiten Herr CH..

Angesprochen auf die Arbeiter von TE., die als Maler tätig waren, muss ich sagen, dass diese glaublich die jeweiligen Ausbesserungsarbeiten bei den Möbelarbeiten machten. Es wurden Holzfronten bzw Holzvertäfelungen eingebaut, die natürlich im Zuge der Einbauarbeiten ausgebessert bzw angepasst werden mussten.

Näheres zur Abwicklung der Aufträge, zB wie das Personal oder die einzubauenden Materialien angefordert wurden oder wie die angeblich bestehende Gewährleistung abgewickelt wurde, kann ich nicht sagen. Angesprochen zur Feststellung im Erstbescheid, dass angeblich keine ordnungsgemäße Beschäftigung der kroatischen Arbeitnehmer im Entsendestaat gegeben sei, muss ich sagen, dass wir diesbezüglich keine konkreten Feststellungen getroffen haben. Es war aber offensichtlich, dass die Kroaten keine Beschäftigungsbewilligung für Italien hatten. Bezüglich der Entlohnung ist zu sagen, dass der von Herrn H. dargelegte Lohn zwar nicht dem entspricht, was in Österreich einem vergleichbaren Tischler üblicherweise bezahlt würde, glaublich wäre es aber mehr als der kollektivvertragliche Mindestlohn. € 1.000 Nettolohn wären für mich an der Grenze zur Unterentlohnung; es wäre wenig aber noch keine tatbestandliche Unterentlohnung.

Über Befragen des Beschuldigtenvertreters:

In den Zimmern waren die Arbeiter verschiedener Firmen tätig, die ihre jeweiligen Arbeiten erledigt haben. Die Arbeiten dieser drei vorhandenen Firmen waren im Grunde genommen schon abgrenzbar. Ob einem Arbeiter im Einzelnen irgendwelche fremden Arbeiten zugeteilt wurden, kann ich nicht sagen. Der Stand der Arbeiten war schon relativ weit fortgeschritten, da glaublich mit Beginn der Osterferien (Osterfestspiele in Salzburg) die Zimmer von den Gästen genutzt werden sollten."

Aufgrund des Auftrages an die Beschuldigtenvertretung, Pläne oder andere entsprechende Unterlagen vorzulegen, aus denen sich ergibt, welche Leistungen tatsächlich Grundlage des Vertrages zwischen der O. und TE. gewesen sei, wurden von dieser umfangreiche Planunterlagen, welche den Einbauarbeiten zu Grunde lagen, vorgelegt.

Bezüglich des Umstandes, dass mit "TE." zwei Werkverträge (einer vom 04.10.2013 und einer vom 01.04.2014) abgeschlossen wurden, wurde vorgebracht, dass der ursprüngliche Auftragnehmer Herr OD. MG. Einzelunternehmer gewesen sei, welcher in der Folge eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach kroatischem Recht, die "TE.", gegründet habe, in welche das bisherige Einzelunternehmen eingebracht worden sei. Das Ersuchen um Änderung des Auftragnehmers sei von Herrn MG. an O. herangetragen und nach Verhandlungen mit Abschluss eines geänderter Vertrages berücksichtigt worden.

Aufgrund des in der Folge an die Finanzpolizei ergangenen Ersuchens, zu dieser Urkundenvorlage Stellung zu nehmen

sowie konkrete Beweismittel und Gründe für das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung zu nennen, wurde von dieser eine schriftliche Stellungnahme nicht mehr erstattet, sondern telefonisch mitgeteilt, dass eine solche unterbleibt.

Das Landesverwaltungsgericht Salzburg hat hiezu erwogen:

Die fünf Beschwerdeführer sind Verwaltungsräte der O., mit Sitz in ITALIEN - also einer Aktiengesellschaft nach italienischem Recht. Laut Handelsregistrauszug der Handelskammer für Industrie, Gewerbe und Landwirtschaft, Italien, scheinen als Vorstand des Verwaltungsrates A. B. und C. B. auf, während G. F., I. H. und E. D. einfache Verwaltungsrat-Mitglieder sind. Die Berechtigung zur Geschäftsführung (Vertretung) des Unternehmens ist für die genannten Verwaltungsrat-Mitglieder, mit Ausnahme von E. D., eingetragen. Die fünf Beschwerdeführer sind Verwaltungsräte der O., mit Sitz in ITALIEN - also einer Aktiengesellschaft nach italienischem Recht. Laut Handelsregistrauszug der Handelskammer für Industrie, Gewerbe und Landwirtschaft, Italien, scheinen als Vorstand des Verwaltungsrates A. B. und C. B. auf, während G. F., römisch eins. H. und E. D. einfache Verwaltungsrat-Mitglieder sind. Die Berechtigung zur Geschäftsführung (Vertretung) des Unternehmens ist für die genannten Verwaltungsrat-Mitglieder, mit Ausnahme von E. D., eingetragen.

Die O. erhielt am 07.10.2013 von der RA. Hotel BetriebsgesmbH den Auftrag, im Hotel RA. L., die Zimmer des 2. und 3. Obergeschoßes zu renovieren. Die Auftragssumme wurde mit € 1.750.000,00 festgesetzt. Die Durchführung der Arbeiten war für den Zeitraum 14.10.2013 bis 21.03.2014 vorgesehen. Spätestens am 04.04.2014 hatten die Räumlichkeiten "guest ready" zu sein. Grundlage der Umbauarbeiten bzw des Auftrages waren offenbar Pläne von Architekt Dipl.-Ing. HB. ED., Ne.. Im Zuge der Umbauarbeiten sollten auch Arbeiten mit Gipskartonplatten bzw die Montage von Einbaumöbeln und anderen Dekorelementen in den beiden Obergeschoßen des Hotel RA. L. stattfinden. Die betreffenden Einbauelemente wurden von einem italienischen Unternehmen geliefert. Der Einbau wurde an das kroatische Einzelunternehmen des Herrn OD. MG. "TE.", mit Sitz in Kroatien vergeben. Grundlage war ein mit "LETTERA DI INTENTI" (also: Absichtserklärung) bezeichneter Vertrag vom 04.10.2013, in dem der Auftrag an TE. im Fall der Zuschlagserteilung an O. zugesichert wurde. Für diese Arbeiten wurde TE. ein Entgelt von € 15,00 je geleisteter Arbeitsstunde und von € 7,50 je effektiver Reisestunde zugesichert. Zusätzlich wurde TE. eine kostenlose Unterkunft in Salzburg, ein Taggeld von € 26,00 sowie der Transport von der Unterkunft zur Arbeitsstelle, alternativ die Spesen des öffentlichen Verkehrsmittel á € 2,00 pro Tag zugesagt. Aufgrund der Umwandlung des Einzelunternehmens TE. in eine GmbH nach kroatischem Recht (nämlich der TE., Kroatien) wurde am 01.04.2014 ein weiterer, im Wesentlichen inhaltsgleicher Werkvertrag mit kleinen Abänderungen (dh geringeren Stundensätzen von € 13,50 bzw € 6,75) zwischen O. und TE. abgeschlossen.

Am 01.04.2014 erfolgte um die Mittagszeit eine Kontrolle der Baustelle im 2. und 3. OG des Hotel RA. in 5020 Salzburg durch Organe des Finanzpolizei-Teams 51. Es wurde festgestellt, dass die sechs im Tatvorwurf genannten kroatischen Staatsangehörigen mit der Montage von Dekorelementen bzw Holzmöbeln beschäftigt waren. Die Arbeiter kamen von der kroatischen Firma TE., KROATIEN. Die Einbauelemente wurden von der Auftraggeberin O. zur Verfügung gestellt, das Werkzeug kam von TE.. Eine Feststellung dahingehend, ob diese Mitarbeiter vom Einzelunternehmen des Herrn OD. MG. "TE." und nicht von der "TE." entsandt wurden, war damals noch nicht möglich.

Unter Beiziehung von Dolmetschern erfolgte eine Einvernahme eines Arbeiters von TE. namens T. S. sowie des Projektleiter der O. in Salzburg Cl. CH..

Herr T. S. gab an, seit drei Jahren mit Unterbrechungen bei der Firma TE. beschäftigt zu sein. In Salzburg sei er seit Oktober 2013, meistens seien sie zehn Arbeiter gewesen. Zurzeit seien sie sechs, zwei davon seien Maler, die anderen Tischler. Ihre Aufgabe sei die Montage von Möbeln und Duschkabinen. Das Material dazu komme aus Italien oder von anderen Firmen. Sein Chef sei Herr OD. MG., der Inhaber von TE.. Dieser sei tageweise in L.. Wenn sein Chef nicht da sei, dann teile Herr Cl. CH. von O. die Arbeit ein und kontrolliere diese auch. Arbeitsbeginn sei normalerweise um 09:00 Uhr und täglich acht Stunden Arbeitszeit.

Für die Beschäftigung von vierzig Wochenstunden erhalte er in L. € 1.100,00 netto. Überstunden würden extra entlohnt. Die Stundenaufzeichnungen würden von Herrn CH. für alle auf der Baustelle anwesenden Kollegen geführt. Als Quartier würde kostenlos ein Appartement zur Verfügung gestellt. Von seinem Chef erhalte er weiters € 30,00 Auslöse täglich. Für die täglichen Ausgaben stünde eine Bankkarte der kroatischen Firma zur Verfügung. Die Kollegen hätten Ausbildungen und verdienten ca € 1.200,00 bzw die angelernten Kräfte ca € 1.000,00 netto im Monat. Für die

Arbeit in L. hätten sie in Kroatien einen separaten Arbeitsvertrag unterschrieben. Das Formular A1 zur Meldung der Entsendung nach Österreich kenne er nicht. Er glaube nicht, dass seine Kollegen derartiges mit hätten. Lohnunterlagen in deutscher Sprache seien nicht vorhanden. Derzeit bauten sie Schiebetüren mit der dazu notwendigen Unterkonstruktion ein. Sie seien mit einem Firmenkombi nach Salzburg gekommen und hätten auch das eigene Geschäftsfahrzeug mit.

Herr Cl. CH. gab an, dass er seit 2009 als Freelancer (freier Mitarbeiter) für O. arbeite. Er betreue verschiedene Projekte der Firma. Er selbst betreibe ein Ein-Personen-Unternehmen. Für das Projekt in L. bekomme er € 6.600,00 monatlich für den Zeitraum 03.02. bis voraussichtlich 10.04.2014. Er sei unter anderem verantwortlich für die Ausführung und Überwachung der hier anwesenden Firmen – unter anderem für TE.. Auftraggeber von O. sei das Hotel RA., die genaue Firmenbezeichnung könne er allerdings nicht sagen. Sein Ansprechpartner sei Architekt Dipl.-Ing. HB. ED. in Ne.. Der Architekt kommt üblicherweise einmal in der Woche vorbei. Die Frage, ob irgendwelche weitere Unterlagen für ihn oder die Mitarbeiter der Subfirmen auf der Baustelle seien, müsse er verneinen.

Auch zu den Formularen A1 und Meldungen über eine Entsendung nach Österreich müsse er sagen, dass er so etwas auf der Baustelle nicht vorweisen könne. Er habe auch keinerlei Lohnunterlagen in deutscher Sprache für die hier angetroffenen Arbeiter bzw Subarbeiter gesehen. Die vier Subfirmen stünden in einem Vertragsverhältnis zur O., diese bezahle auch Unterkunft und Aufenthalt. Das Werkzeug für die portugiesische Subfirma sei von O., die anderen Firmen hätten eigenes. Er werde sich bemühen, die telefonisch angeforderten Unterlagen zu übermitteln. Die kroatische Firma sei hier auf der Baustelle für die Holzarbeiten zuständig.

Dieser Sachverhalt war aufgrund der unbestrittenen Aktenlage und insofern unbestrittenen Angaben der Beteiligten als erwiesen anzusehen.

Rechtlich ist auszuführen:

Die relevanten Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes – AuslBG, BGBl Nr 218/1975, in der zur Tatzeit geltenden Fassung des BGBl I Nr 72/2013 lauten: Die relevanten Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes – AuslBG, Bundesgesetzblatt Nr 218 aus 1975,, in der zur Tatzeit geltenden Fassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 72 aus 2013, lauten:

Begriffsbestimmungen

§ 2.Paragraph 2,

1. (1) Absatz eins, Als Ausländer im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt, wer nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt.
2. (2) Absatz 2, Als Beschäftigung gilt die Verwendung
 1. a) Litera a
in einem Arbeitsverhältnis,
 2. b) Litera b
in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis,
 3. c) Litera c
in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs. 5 in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach Paragraph 3, Absatz 5,,
 4. d) Litera d
nach den Bestimmungen des § 18 oder nach den Bestimmungen des Paragraph 18, oder
 5. e) Litera e
überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 1 und 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988, und des § 5a Abs. 1 des Landarbeitsgesetzes 1984, BGBl. Nr. 287 überlassener Arbeitskräfte im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, und 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, Bundesgesetzblatt Nr. 196 aus 1988,, und des Paragraph 5 a, Absatz eins, des Landarbeitsgesetzes 1984, Bundesgesetzblatt Nr. 287.
3. (3) Absatz 3, Den Arbeitgebern gleichzuhalten sind
 1. a) Litera a
in den Fällen eines arbeitnehmerähnlichen Beschäftigungsverhältnisses (Abs. 2 lit. b) der Vertragspartner, in den Fällen eines arbeitnehmerähnlichen Beschäftigungsverhältnisses (Absatz 2, Litera b,) der

Vertragspartner,

2. b) Litera b

in den Fällen des Abs. 2 lit. c und d der Inhaber des Betriebes, in dem der Ausländer beschäftigt wird, sofern nicht lit. d gilt, oder der Veranstalter, in den Fällen des Absatz 2, Litera c und d der Inhaber des Betriebes, in dem der Ausländer beschäftigt wird, sofern nicht Litera d, gilt, oder der Veranstalter,

3. c) Litera c

in den Fällen des Abs. 2 lit. e auch der Beschäftigter im Sinne des § 3 Abs. 3 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes und des § 5a Abs. 3 des Landarbeitsgesetzes 1984 und in den Fällen des Absatz 2, Litera e, auch der Beschäftigter im Sinne des Paragraph 3, Absatz 3, des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes und des Paragraph 5 a, Absatz 3, des Landarbeitsgesetzes 1984 und

4. d) Litera d

der ausländische Dienstleistungserbringer, dem eine EU-Entsendebestätigung nach Maßgabe des § 18 Abs. 12 auszustellen ist. der ausländische Dienstleistungserbringer, dem eine EU-Entsendebestätigung nach Maßgabe des Paragraph 18, Absatz 12, auszustellen ist.

4. (4) Absatz 4, Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 liegt insbesondere auch dann vor, wenn
- Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Absatz 2, vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Eine Beschäftigung im Sinne des Absatz 2, liegt insbesondere auch dann vor, wenn,

Voraussetzungen für die Beschäftigung von Ausländern

§ 3. Paragraph 3,

1. (1) Absatz eins, Ein Arbeitgeber darf, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot – Karte“, „Blaue Karte EU“ oder „Aufenthaltbewilligung – Künstler“ oder eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, eine „Aufenthaltberechtigung plus“, einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt – EU“ besitzt.

... Ein Arbeitgeber darf, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot – Karte“, „Blaue Karte EU“ oder „Aufenthaltbewilligung – Künstler“ oder eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, eine „Aufenthaltberechtigung plus“, einen Befreiungsschein (Paragraph 4 c,) oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt – EU“ besitzt., , ...

Betriebsentsandte Ausländer Voraussetzungen für die Beschäftigung; Entsendebewilligung

§ 18. Paragraph 18,

1. (1) Absatz eins, Ausländer, die von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland beschäftigt werden, bedürfen, soweit im folgenden nicht anderes bestimmt ist, einer Beschäftigungsbewilligung. Dauern diese Arbeiten nicht länger als sechs Monate, bedürfen Ausländer einer Entsendebewilligung, welche längstens für die Dauer von vier Monaten erteilt werden darf.

....

2. (12) Absatz 12, Für Ausländer, die von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes zur Erbringung einer vorübergehenden Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, ist keine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erforderlich, wenn

1. 1. Ziffer eins

sie ordnungsgemäß zu einer Beschäftigung im Staat des Betriebssitzes über die Dauer der Entsendung nach Österreich hinaus zugelassen und beim entsendenden Unternehmen rechtmäßig beschäftigt sind und

2. 2. Ziffer 2

die österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäß § 7b Abs. 1 Z 1 bis 3 und Abs. 2 des

Arbeitsvertragsrechts Anpassungsgesetzes (AVRAG), BGBl. Nr. 459/1993, sowie die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden. die österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäß Paragraph 7 b, Absatz eins, Ziffer eins bis 3 und Absatz 2, des Arbeitsvertragsrechts Anpassungsgesetzes (AVRAG), Bundesgesetzblatt Nr. 459 aus 1993,, sowie die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden.

Die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen hat die Meldung über die Beschäftigung betriebsentsandter Ausländer gemäß § 7b Abs. 3 und 4 AVRAG unverzüglich der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice zu übermitteln. Die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice hat binnen zwei Wochen ab Einlangen der Meldung dem Unternehmen und dem Auftraggeber, der die Arbeitsleistungen in Anspruch nimmt, das Vorliegen der Voraussetzungen zu bestätigen (EU-Entsendebestätigung) oder bei Nichtvorliegen die Entsendung zu untersagen. Unbeschadet der Meldepflicht gemäß § 7b Abs. 3 und 4 AVRAG darf die Beschäftigung bei Vorliegen der Voraussetzungen auch ohne EU-Entsendebestätigung begonnen werden. Die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen hat die Meldung über die Beschäftigung betriebsentsandter Ausländer gemäß Paragraph 7 b, Absatz 3 und 4 AVRAG unverzüglich der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice zu übermitteln. Die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice hat binnen zwei Wochen ab Einlangen der Meldung dem Unternehmen und dem Auftraggeber, der die Arbeitsleistungen in Anspruch nimmt, das Vorliegen der Voraussetzungen zu bestätigen (EU-Entsendebestätigung) oder bei Nichtvorliegen die Entsendung zu untersagen. Unbeschadet der Meldepflicht gemäß Paragraph 7 b, Absatz 3 und 4 AVRAG darf die Beschäftigung bei Vorliegen der Voraussetzungen auch ohne EU-Entsendebestätigung begonnen werden.

Strafbestimmungen

§ 28. Paragraph 28,

1. (1) Absatz eins, Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet (§ 28c), begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet (Paragraph 28 c.), begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen,
 1. 1. Ziffer eins
wer
 1. a) Litera a
entgegen § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder der keine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot – Karte“, „Blaue Karte EU“ oder „Aufenthaltsbewilligung – Künstler“ oder keine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, keine „Aufenthaltsberechtigung plus“, keinen Befreiungsschein (§ 4c) oder keinen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt – EU“ besitzt, oder entgegen Paragraph 3, einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder der keine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot – Karte“, „Blaue Karte EU“ oder „Aufenthaltsbewilligung – Künstler“ oder keine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, keine „Aufenthaltsberechtigung plus“, keinen Befreiungsschein (Paragraph 4 c,) oder keinen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt – EU“ besitzt, oder
 2. b) Litera b
entgegen § 18 die Arbeitsleistungen eines Ausländers, der von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland beschäftigt wird, in Anspruch nimmt, ohne dass für den Ausländer eine Beschäftigungsbewilligung oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde, oder entgegen Paragraph 18, die Arbeitsleistungen eines Ausländers, der von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland beschäftigt wird, in Anspruch nimmt, ohne dass für den Ausländer eine Beschäftigungsbewilligung oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung

ausgestellt wurde, oder

3. c) Litera c

entgegen der Untersagung gemäß § 32a Abs. 8 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine Anzeigebestätigung oder eine Freizügigkeitsbestätigung ausgestellt wurde, entgegen der Untersagung gemäß Paragraph 32 a, Absatz 8, einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine Anzeigebestätigung oder eine Freizügigkeitsbestätigung ausgestellt wurde,

bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4 000 Euro bis 50 000 Euro;

...

1. 4. Ziffer 4

wer

1. a) Litera a

entgegen § 18 Abs. 12 als Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Euro-päischen Wirtschaftsraumes einen Ausländer im Inland beschäftigt oder entgegen Paragraph 18, Absatz 12, als Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Euro-päischen Wirtschaftsraumes einen Ausländer im Inland beschäftigt oder

2. b) Litera b

entgegen § 18 Abs. 12 die Arbeitsleistungen eines Ausländers, der von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes zur Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wird, in Anspruch nimmt, entgegen Paragraph 18, Absatz 12, die Arbeitsleistungen eines Ausländers, der von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes zur Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wird, in Anspruch nimmt,

obwohl § 18 Abs. 12 Z 1 oder 2 nicht erfüllt ist und – im Fall der lit. b – auch keine EU-Entsendebestätigung ausgestellt wurde, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geld-strafe von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4 000 Euro bis 50 000 Euro; obwohl Paragraph 18, Absatz 12, Ziffer eins, oder 2 nicht erfüllt ist und – im Fall der Litera b, – auch keine EU-Entsendebestätigung ausgestellt wurde, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geld-strafe von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4 000 Euro bis 50 000 Euro;

2. 5. Ziffer 5

wer entgegen § 32a Abs. 4 einen Ausländer, der gemäß § 32a Abs. 2 oder 3 unbeschränkten Arbeitsmarktzugang hat, ohne Freizügigkeitsbestätigung beschäftigt, mit Geldstrafe bis 1 000 Euro. wer entgegen Paragraph 32 a, Absatz 4, einen Ausländer, der gemäß Paragraph 32 a, Absatz 2, oder 3 unbeschränkten Arbeitsmarktzugang hat, ohne Freizügigkeitsbestätigung beschäftigt, mit Geldstrafe bis 1 000 Euro.

Vorab ist darauf zu verweisen, dass gemäß § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG, für die Einhaltung von Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich ist, wer zur Vertretung nach außen berufen ist. Von Seiten des Beschuldigtenvertreter wurde zu Recht ins Treffen geführt, dass die Stellung eines Verwaltungsrates in einer Aktiengesellschaft nach italienischem Recht nicht die Gleiche ist wie die eines Vorstandes einer AG nach österreichischem Recht. Das italienische Aktienrecht (Art 2325 bis 2451 des Codice Civile) bietet nämlich die Möglichkeit der Einrichtung einer Gesellschaftsverwaltung nach monistischem System (im Vergleich zum dualen

System in Österreich), in dem die Gesellschafterversammlung nur einen Verwaltungsrat (Consiglio di Amministrazione) ernannt und dieser wiederum ein Kontrollkomitee für die Geschäftsführung (Comitato per il Controllo sulla Gestione) bestimmt. Vorab ist darauf zu verweisen, dass gemäß Paragraph 9, Absatz eins, Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG, für die Einhaltung von Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich ist, wer zur Vertretung nach außen berufen ist. Von Seiten des Beschuldigtenvertreters wurde zu Recht ins Treffen geführt, dass die Stellung eines Verwaltungsrates in einer Aktiengesellschaft nach italienischem Recht nicht die Gleiche ist wie die eines Vorstandes einer AG nach österreichischem Recht. Das italienische Aktienrecht (Artikel 2325 bis 2451 des Codice Civile) bietet nämlich die Möglichkeit der Einrichtung einer Gesellschaftsverwaltung nach monistischem System (im Vergleich zum dualen System in Österreich), in dem die Gesellschafterversammlung nur einen Verwaltungsrat (Consiglio di Amministrazione) ernannt und dieser wiederum ein Kontrollkomitee für die Geschäftsführung (Comitato per il Controllo sulla Gestione) bestimmt.

Deren Mitglieder dürfen selbst keine operativen geschäftsführenden Funktionen innehaben. Die Mitgliedschaft im Verwaltungsrat ist somit nicht zwangsweise mit der Vertretungsbefugnis für die Gesellschaft verbunden.

Der aktenkundige Firmenbuchauszug bestätigt die Rechtfertigung, dass E. D. nur zum Verwaltungsrat der O. bestellt ist und keine "Befugnis zur ordentlichen Verwaltung der Firma", dh keine Geschäftsführerbefugnis, besitzt. Damit gilt E. D. nicht als vertretungsbefugtes Organ im Sinne des § 9 Abs 1 VStG und war das betreffende Verwaltungsstrafverfahren mangels Täterschaft gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG einzustellen. Der aktenkundige Firmenbuchauszug bestätigt die Rechtfertigung, dass E. D. nur zum Verwaltungsrat der O. bestellt ist und keine "Befugnis zur ordentlichen Verwaltung der Firma", dh keine Geschäftsführerbefugnis, besitzt. Damit gilt E. D. nicht als vertretungsbefugtes Organ im Sinne des Paragraph 9, Absatz eins, VStG und war das betreffende Verwaltungsstrafverfahren mangels Täterschaft gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 2, VStG einzustellen.

Hinsichtlich der übrigen Beschuldigten ist jedoch die Vertretungsbefugnis für das Unternehmen im Firmenbuch dokumentiert und von diesen auch unbestritten geblieben.

Damit war eine inhaltliche Prüfung des jeweiligen Tatvorwurfes vorzunehmen. Gegenständlich wird den Beschuldigten jeweils als vertretungsbefugtes Organ eines Unternehmens mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedsstaat des Europäischen Wirtschaftsraums zur Last gelegt, dass diese die im Tatvorwurf genannten kroatischen Arbeitskräfte (also jene von TE.) zur vorübergehenden Arbeitsleistung nach Österreich entsandt haben, ohne im Besitz der hierfür erforderlichen Entsende- oder Beschäftigungsbewilligung zu sein, obwohl diese weder zu einer ordnungsgemäßen Beschäftigung im Staat des Betriebssitzes über die Dauer der Entsendung nach Österreich hinaus zugelassen noch beim entsendenden Unternehmen rechtmäßig beschäftigt waren. Die Finanzpolizei hat dies-bezüglich im Strafantrag begründend angeführt, dass sie von einer Überlassung der Arbeitnehmer der kroatischen Firma TE. an O. ausginge. Mangels einer Anmeldung beim italienischen Unternehmen seien Entsendebewilligungen nötig gewesen.

In der Beschwerdeverhandlung hat der Vertreter der Finanzpolizei dazu vorgebracht, dass sie eine ordnungsgemäße Beschäftigung der kroatischen Arbeitnehmer gar nicht geprüft hätten, sondern das Tatbild allein aufgrund der ihrer Ansicht nach gegebenen Arbeitskräfteüberlassung erfüllt sei.

Die Beschuldigten wiederum rechtfertigten sich im Kern damit, dass keine Arbeitskräfteüberlassung vorliege, sondern eine Dienstleistungserbringung in Form eines Werkvertrages.

Im Zusammenhang mit dem Tatvorwurf war darauf zu verweisen, dass auch die Entsendung von überlassenen Arbeitskräften das Tatbild des § 28 Abs 1 Z 4 lit a AuslBG erfüllen kann, da die Verwendung solcher Kräfte nach § 2 Abs 2 lit e leg cit als Beschäftigung gilt und der ausländische Dienstleistungserbringer nach § 2 Abs 3 lit d dem Arbeitgeber gleichgestellt ist. Bei Zutreffen der Arbeitgebereneigenschaft ist in der Folge zu prüfen, ob die Entsendung unter Erfüllung der Bedingungen des § 18 Abs 12 AuslBG, welche Voraussetzung für die Bewilligungsfreiheit ist, erfolgte (siehe VWGH 24.05.2016, Ra 2016/09/0045). Es war folglich die Frage einer Arbeitskräfteüberlassung zu prüfen. Im Zusammenhang mit dem Tatvorwurf war darauf zu verweisen, dass auch die Entsendung von überlassenen Arbeitskräften das Tatbild des Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer 4, Litera a, AuslBG erfüllen kann, da die Verwendung solcher Kräfte nach Paragraph 2, Absatz 2, Litera e, leg cit als Beschäftigung gilt und der ausländische Dienstleistungserbringer nach Paragraph 2, Absatz 3, Litera d, dem Arbeitgeber gleichgestellt ist. Bei Zutreffen der Arbeitgebereneigenschaft ist in der

Folge zu prüfen, ob die Entsendung unter Erfüllung der Bedingungen des Paragraph 18, Absatz 12, AuslBG, welche Voraussetzung für die Bewilligungsfreiheit ist, erfolgte (siehe VwGH 24.05.2016, Ra 2016/09/0045). Es war folglich die Frage einer Arbeitskräfteüberlassung zu prüfen.

Die Erstbehörde hat dazu durchaus richtig die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hinsichtlich der Wesensmerkmale eines Werkvertrages zitiert. Ein Werkvertrag liegt demnach vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss.

Die Verpflichtung aus einem Werkvertrag besteht darin, die genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers (Auftraggebers) bzw die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers (Auftragnehmers) ist auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essentiell ist ein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für einen Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werkes beurteilt werden können. Eine zwar leistungsbezogene, nicht aber erfolgs-bezogene Entlohnung spricht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages.

Wenn im Ergebnis bloß ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten Ziels auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag (vgl VwGH 05.11.2010, 2010/09/0132; 07.05.2008, 2006/08/0201). Wenn im Ergebnis bloß ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten Ziels auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag vergleiche VwGH 05.11.2010, 2010/09/0132; 07.05.2008, 2006/08/0201).

Die Frage, ob eine Arbeitskräfteüberlassung, also die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte, vorliegt, ist insbesondere auch nach § 4 AÜG zu beurteilen. Demnach ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Nach § 4 Abs 2 AÜG liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch dann vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aberDie Frage, ob eine Arbeitskräfteüberlassung, also die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte, vorliegt, ist insbesondere auch nach Paragraph 4, AÜG zu beurteilen. Demnach ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Nach Paragraph 4, Absatz 2, AÜG liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch dann vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber

1.
kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werk-bestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder
2.
die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder
3.
organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder
4.
der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet.

Die Finanzpolizei begründet das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung im Wesentlichen damit, dass die Arbeitnehmer von TE. der Dienst- und Fachaufsicht von O. unterstanden seien und zudem die Abrechnung nach Stunden erfolgte. Die Beschuldigten wiederum entgegnen, dass dies nicht der Fall gewesen sei. Herr CI. CH. habe lediglich die in der Branche übliche und nach den einschlägigen Normen auch vorgesehene Bauaufsicht ausgeführt, jedoch keinerlei Dienst- und Fachaufsicht ausgeübt. Die Tatsache, dass die Abrechnung der Leistungen nach Arbeitsstunden erfolgte, ändere nichts an der Qualität als Werkvertrag.

Die Beschuldigten sind damit im Ergebnis im Recht:

Für die Frage, ob ein Werkvertrag vorliegt, essentiell ist vielmehr, ob bereits bei Übernahme des Auftrages im Wesentlichen feststand, welches gewährleistungstaugliche Werk, das nicht in der bloßen Erbringung einfacher qualitativ nicht unterscheidbarer Einzelleistungen bestand, zu erbringen war, oder ob nur im zeitlichen Ablauf der Art

nach festgelegte Leistungen, dh bestimmte Facharbeiterstunden, abgerufen wurden.

Die Frage der Art des Entgeltes (nämlich nach Regiestunde oder als Pauschalentgelt) ist in diesem Zusammenhang nicht entscheidungskräftig, sondern lediglich im Zweifelsfall maßgeblich (vgl VwGH 31.07.2014, 2012/08/0253). Die Frage der Art des Entgeltes (nämlich nach Regiestunde oder als Pauschalentgelt) ist in diesem Zusammenhang nicht entscheidungskräftig, sondern lediglich im Zweifelsfall maßgeblich vergleiche VwGH 31.07.2014, 2012/08/0253).

Gegenständlich hat die Finanzpolizei der Rechtfertigung der Beschuldigtenvertretung keine substantiellen Argumente entgegengestellt, wonach dem Werkvertrag ("LETTERA DI INTENTI") sehr wohl konkrete Planunterlagen, die dem Gericht vorgelegt wurden, zu Grunde lagen und somit die durchzuführenden Arbeiten bereits im Vorhinein festgelegt waren. Dass diese Leistungen auf Regiebasis vergeben wurde, ist bei Altbausanierung nicht unüblich, da der erforderliche Arbeitsaufwand meist nicht ausreichend vorhersehbar ist.

Darüber hinaus hat die Erstbehörde das Zutreffen der Tatbestandsmerkmale des § 4 Abs 2 AÜG nicht effektiv überprüft. Sie geht im Sinne des Strafantrages von einer Weisungsbindung der angetroffenen kroatischen Arbeiter gegenüber Herrn Cl. CH., dem Projektbetreuer der O., aus. Tatsächlich gibt es jedoch keinen ausreichenden Beleg dafür, dass diese Weisungsbefugnis über die sachlichen Anweisungen im Zusammenhang mit der Art des zu erbringenden Werkes - wozu jeder Auftraggeber eines Werkes (hier den Montageleistungen) befugt ist - hinaus ging, oder ob tatsächlich auch eine Fachaufsicht betreffend die Arbeitsweise und eine Dienstaufsicht für das sonstige Verhalten während der Arbeitszeit ausgeübt wurde. Die zeitliche Kontrolle der Anwesenheiten bzw die Verpflichtung zur Beachtung bestimmter Arbeitszeiten, kann wegen der Notwendigkeit der Dokumentation der Entgeltbasis und einer möglichst geringen Störung des aufrechten Hotel- und Gastronomiebetriebs im RA. nicht als entscheidend erachtet werden. Darüber hinaus hat die Erstbehörde das Zutreffen der Tatbestandsmerkmale des Paragraph 4, Absatz 2, AÜG nicht effektiv überprüft. Sie geht im Sinne des Strafantrages von einer Weisungsbindung der angetroffenen kroatischen Arbeiter gegenüber Herrn Cl. CH., dem Projektbetreuer der O., aus. Tatsächlich gibt es jedoch keinen ausreichenden Beleg dafür, dass diese Weisungsbefugnis über die sachlichen Anweisungen im Zusammenhang mit der Art des zu erbringenden Werkes - wozu jeder Auftraggeber eines Werkes (hier den Montageleistungen) befugt ist - hinaus ging, oder ob tatsächlich auch eine Fachaufsicht betreffend die Arbeitsweise und eine Dienstaufsicht für das sonstige Verhalten während der Arbeitszeit ausgeübt wurde. Die zeitliche Kontrolle der Anwesenheiten bzw die Verpflichtung zur Beachtung bestimmter Arbeitszeiten, kann wegen der Notwendigkeit der Dokumentation der Entgeltbasis und einer möglichst geringen Störung des aufrechten Hotel- und Gastronomiebetriebs im RA. nicht als entscheidend erachtet werden.

Voraussetzung für die Annahme einer Arbeitskräfteüberlassung gemäß § 4 Abs 2 AÜG ist die Integration der Arbeitnehmer in den Betrieb des Werkbestellers. Dies ist dann der Fall, wenn die Arbeit in örtlicher und zeitlicher Eingliederung in dessen Betriebsablauf erbracht werden muss, wobei eine Baustelle als zum Betrieb eines Bauunternehmens gehörig anzusehen ist (VwGH 20.11.2003, 2000/09/0173). Tatsächlich bestand vorliegend die Leistung der O. in der Vergabe, Koordination, Überwachung und letztlich der Abnahme der verschiedenen - in sub vergebenen - Gewerke des Bauvorhabens beim Hotel RA. L. und nicht in der eigenständigen Erbringung von Baudienstleistungen. Damit konnte es eine Integration in eine Leistungserbringung des Auftraggebers dem Grunde nach nicht geben - außer es hätte sich ergeben, dass die nach außen als Bauaufsicht dargestellte Überwachung des Werkunternehmers tatsächlich als Leitung der betreffenden Arbeiten einzustufen ist. Dass Cl. CH., der Projektmanager von O., faktisch als Bauleiter tätig war und die Arbeiten vor Ort einteilte - also anordnete, wer wann welche Arbeit wie zu machen hat - kann aber den aktenkundigen Beweismitteln nicht entnommen werden. Voraussetzung für die Annahme einer Arbeitskräfteüberlassung gemäß Paragraph 4, Absatz 2, AÜG ist die Integration der Arbeitnehmer in den Betrieb des Werkbestellers. Dies ist dann der Fall, wenn die Arbeit in örtlicher und zeitlicher Eingliederung in dessen Betriebsablauf erbracht werden muss, wobei eine Baustelle als zum Betrieb eines Bauunternehmens gehörig anzusehen ist (VwGH 20.11.2003, 2000/09/0173). Tatsächlich bestand vorliegend die Leistung der O. in der Vergabe, Koordination, Überwachung und letztlich der Abnahme der verschiedenen - in sub vergebenen - Gewerke des Bauvorhabens beim Hotel RA. L. und nicht in der eigenständigen Erbringung von Baudienstleistungen. Damit konnte es eine Integration in eine Leistungserbringung des Auftraggebers dem Grunde nach nicht geben - außer es hätte sich ergeben, dass die nach außen als Bauaufsicht dargestellte Überwachung des Werkunternehmers tatsächlich als

Leitung der betreffenden Arbeiten einzustufen ist. Dass Cl. CH., der Projektmanager von O., faktisch als Bauleiter tätig war und die Arbeiten vor Ort einteilte – also anordnete, wer wann welche Arbeit wie zu machen hat – kann aber den aktenkundigen Beweismitteln nicht entnommen werden.

Die Finanzpolizei hat vorliegend – trotz entsprechendem Auftrag – nicht dargelegt, mit welchen Beweismitteln, die von ihrer Seite behauptete Arbeitskräfteüberlassung, zu beweisen sein sollte.

Das Verwaltungsgericht war mangels eines entsprechenden Beweisanbotes und erkennbar diesbezüglich vorhandener Beweise nicht gehalten, allfällige Erkundungsbeweise in Richtung eines behaupteten Tatgeschehens aufzunehmen (vgl. VwGH 27.02.1991, 90/03/0031), weshalb der Beweis für die angelastete Überlassung von Arbeitskräften durch das kroatische Unternehmen nicht geführt werden kann. Das Verwaltungsgericht war mangels eines entsprechenden Beweisanbotes und erkennbar diesbezüglich vorhandener Beweise nicht gehalten, allfällige Erkundungsbeweise in Richtung eines behaupteten Tatgeschehens aufzunehmen (vergleiche VwGH 27.02.1991, 90/03/0031), weshalb der Beweis für die angelastete Überlassung von Arbeitskräften durch das kroatische Unternehmen nicht geführt werden kann.

Damit war der Tatvorwurf einer Entsendung von Arbeitskräften ohne entsprechende Entsende- bzw. Beschäftigungsbewilligung nicht erweislich und die Verwaltungsstrafverfahren betreffend die Beschuldigten A. B., C. B., G. F. und I. H. im Zweifel nach § 45 Abs 1 Z 1 VStG einzustellen. Damit war der Tatvorwurf einer Entsendung von Arbeitskräften ohne entsprechende Entsende- bzw. Beschäftigungsbewilligung nicht erweislich und die Verwaltungsstrafverfahren betreffend die Beschuldigten A. B., C. B., G. F. und römisch eins. H. im Zweifel nach Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer eins, VStG einzustellen.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, 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. Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Artikel 133, Absatz 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.

Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Entsendung, Entsendebewilligung, Beschäftigungsbewilligung, Arbeitskräfteüberlassung, Werkvertrag, ausländischer Dienstleistungserbringer, Beweisanbot

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGS:2016:LVwG.7.505.bis.509.10.2016

Zuletzt aktualisiert am

30.11.2016

Quelle: Landesverwaltungsgericht Salzburg LVwG Salzburg, <https://www.salzburg.gv.at/lvwg>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at