

TE UVS Burgenland 2007/05/16 019/12/07015

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.05.2007

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Burgenland hat durch sein Mitglied Dr. Giefing über die Berufung des Herrn ***, geboren am ***, wohnhaft in ***, vom 16.03.2007, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Neusiedl am See vom 12.03.2007, Zl. 300-13971-2006 (in der Fassung des Berichtigungsbescheides vom 20.03.2007, Zl. 300-13971-2006), wegen Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz - AuslBG in der heutigen Verhandlung zu Recht erkannt:

Gemäß § 66 Abs. 4 AVG in Verbindung mit § 51 Abs. 1 VStG wird der Berufung Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z. 1 VStG eingestellt.

Text

I. 1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Neusiedl am See vom 12.03.2007, Zl. 300-13971-2006 (in der Fassung des Berichtigungsbescheides vom 20.03.2007, Zl. 300-13971-2006) wurde der Berufungswerber schuldig erkannt, er habe als Eigentümer des Grundstückes in ***, die Arbeitsleistung der slowakischen Staatsbürger J** C**, V** G** und J** N**, welche von einem (im Spruch des Bescheides näher genannten) ausländischen Arbeitgeber mit Betriebssitz in der Slowakei nach Österreich entsandt worden seien, bei der Errichtung bzw. Fertigstellung seines Wintergartens am 21.07.2006 in Anspruch genommen, ohne dass für diese Ausländer eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung oder Anzeigenbestätigung ausgestellt worden ist. Wegen Verletzung des § 18 Abs. 1 iVm. § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b AuslBG wurde über den Berufungswerber gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 erster Strafsatz AuslBG eine Geldstrafe von 1.000 Euro pro beschäftigtem Ausländer verhängt.

I. 2. Gegen diesen Bescheid wurde Berufung erhoben mit dem Vorbringen, dass der Wintergarten zwar bei der slowakischen Firma S**, deren Inhaber der slowakische Staatsbürger P** B** ist, in Auftrag gegeben, konstruiert und hergestellt worden sei, aber die Montage von dem österreichischen Unternehmen K** und S** OEG übernommen worden sei. Da sich im Zuge der Montage durch die österreichische Firma herausgestellt habe, dass einzelne Glaselemente des Dachspitzes des Wintergartens nicht in die Aluminiumkonstruktion gepasst haben, habe die Firma S** neuerlich Glasflächen für diesen Dachspitz hergestellt und am 21.07.2006, dem Tag der Kontrolle nach dem AuslBG, geliefert. Die slowakischen Arbeiter haben die Fensterflächen auf ihre Passform überprüft. Der Berufungswerber sei der Ansicht gewesen, dass es sich dabei um Arbeiter der österreichischen Firma K** und S** OEG handle. In der mündlichen Verhandlung ergänzte und präziserte der Beschuldigte sein Berufungsvorbringen dahingehend, dass die slowakischen Arbeiter die Glasflächen nicht montiert hätten. Die Montage dieser Glaselemente sollte erneut die österreichische Firma K** und S** OEG übernehmen.

Im Verfahren vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat Burgenland wurden die drei im Spruch des angefochtenen Bescheides (in der Fassung des Berichtigungsbescheides) genannten slowakischen Arbeiter zur mündlichen Verhandlung vor dem UVS (an ihre ausländische Adresse) geladen. Sie leisteten der Ladung keine Folge. Stattdessen gaben sie - gleich lautende - schriftliche Stellungnahmen ab, in denen sie vorbrachten, dass ihnen P** B** den Auftrag erteilt habe, neue Gläser für das Dach des Wintergartens des Beschuldigten nach Kittsee zu liefern, sowie auszuprobieren, ob diese Glaselemente auch passen würden damit diese anschließend von der Montagefirma eingebaut werden könnten.

I. 3. Folgender Sachverhalt steht fest:

Der Berufungswerber gab bei der slowakischen Firma S**, mit Sitz in Bratislava, Slowakei, deren Inhaber der slowakische Staatsbürger P** B** ist, die Konstruktion und Herstellung eines Wintergartens aus Aluminium und Glas in Auftrag. P** B** hat nach den Wünschen des Beschuldigten einen Konstruktionsplan erstellt. Nach diesem Plan wurde der Wintergarten, der aus einer Aluminiumkonstruktion und Glaselementen bestand, von der Firma S** (maß)angefertigt. Es wurde vereinbart, dass die Montage eine österreichische Firma übernehmen sollte, was letztlich zum überwiegenden Teil - durch die österr. Firma K** und S** OEG tatsächlich erfolgte. Es wurde mit Herrn B** ein Pauschalpreis (in der Höhe von 27.254 Euro exkl. Mehrwertsteuer) vereinbart, welcher auch die Montage durch die österreichische Firma umfassen und abdecken sollte. Der Beschuldigte bezahlte nach Fertigstellung des Wintergartens die Montagekosten an die K** und S** OEG, die Herstellungskosten bezahlte er an die Firma S**, wobei der mit B** vereinbarte Pauschalpreis für Herstellung und Montage insgesamt nicht überschritten wurde. Bei der Montage durch die österreichische Firma stellte sich heraus, dass die Glaselemente beim Dachspitz des Wintergartens nicht passten. Die Firma S** stellte neue Glasfenster her und beauftragte Arbeiter der slowakischen Firma F** mit der Lieferung und dem Anprobieren der Fenster. Die Lieferung erfolgte am Tag der Kontrolle nach dem AuslBG, am 21.07.2006. Die ausländischen Arbeiter probierten, ob die Fensterflächen in die Alukonstruktion des Dachspitzes passten und montierten diese Fenster.

I. 4. Der UVS geht davon aus, dass die Fenster von den slowakischen Arbeitern montiert wurden, was vom Berufungswerber in der mündlichen Verhandlung vor dem UVS und von den ausländischen Arbeitern in ihrer schriftlichen Stellungnahme jedoch bestritten wurde. Diese Annahme gründet sich darauf, dass die Arbeiter von den Kontrollorganen nach dem AuslBG beim Montieren der Fenster angetroffen wurden und dass auch die Frau des Berufungswerbers bei ihrer Einvernahme am 25.07.2006 noch dezidiert von einer Montage der Fenster durch die slowakischen Arbeiter gesprochen hatte. Auch die slowakischen Arbeiter gaben am Tag der Kontrolle in ihrer Einvernahme vor dem Zollamt Eisenstadt an, die Montage der Fenster nach den (telefonischen) Anweisungen des Herrn B** vorgenommen zu haben. Sie hätten die Fenster nur liefern sollen, doch Herr B** habe sie nachträglich beauftragt, die Fenster gleich zu montieren. Der UVS misst dem Wahrheitsgehalt dieser Aussagen erhöhten Beweiswert zu, weil die bei der ersten Vernehmung getätigten Angaben erfahrungsgemäß der Wahrheit am nächsten kommen.

Die übrigen Feststellungen des UVS wurden von den Verfahrensparteien nicht in Streit gezogen.

Die unter Punkt I. 3. getroffenen Feststellungen ergaben sich aus den glaubwürdigen Aussagen des Beschuldigten in der mündlichen Verhandlung vor dem UVS, aus der Anzeige des Zollamtes Eisenstadt vom 19.09.2006, aus der Rechtfertigung des Beschuldigten im Verfahren vor der belangten Behörde und dem (gleich lautenden) Berufungsvorbringen des Beschuldigten, aus der mit P** B** vom Zollamt Eisenstadt aufgenommenen Niederschrift vom 07.08.2006, aus der Niederschrift mit der Ehefrau des Beschuldigten vom 25.07.2006 und der Einvernahme der slowakischen Arbeiter am Tag der Kontrolle sowie aus den vorgelegten Rechnungen der Firma K** und S** vom 03.08.2006 und 14.09.2006 und des Kostenvoranschlages der Firma S**.

II. 1. Die hier anwendbaren Rechtsvorschriften stellen sich wie folgt dar:

Die hier maßgeblichen Vorschriften in § 18 AuslBG in der Fassung BGBl. I Nr. 101/2005 lauten:

Betriebsentsandte Ausländer

Voraussetzungen für die Beschäftigung; Entsendebewilligung

§ 18. (1) 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) ...

(3) ...

(4) Dauert die im Abs. 1 genannte Beschäftigung länger als vier Monate, so ist eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich. Der Antrag auf Erteilung der Beschäftigungsbewilligung ist jedenfalls noch vor Ablauf des vierten Monats nach Aufnahme der Arbeitsleistung vom Inhaber des Betriebes, in dem der Ausländer beschäftigt wird, bei der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice einzubringen. Im Falle der Ablehnung der Beschäftigungsbewilligung ist die Beschäftigung spätestens zwei Wochen nach Zustellung der Entscheidung zu beenden.

(5) ...

(6) ...

(7)

(8)

(9)

(10)

(11) Für Arbeiten, die im Bundesgebiet üblicherweise von Betrieben der Wirtschaftsklassen Hoch- und Tiefbau, Bauinstallation, sonstiges Baugewerbe und Vermietung von Baumaschinen und Baugeräten mit Bedienungspersonal gemäß der Systematik der ÖNACE erbracht werden, kann eine Entsendebewilligung nicht erteilt werden.

(12) Für Ausländer, die von einem Arbeitgeber mit Betriebssitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union zur Erbringung einer vorübergehenden Dienstleistung in das Bundesgebiet entsandt werden, ist keine Entsendebewilligung erforderlich. Die beabsichtigte Entsendung ist jedoch vom Ausländer oder von dessen Arbeitgeber oder vom inländischen Auftraggeber des Arbeitgebers vor der Arbeitsaufnahme bei der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice, in deren Sprengel die Arbeitsleistungen erbracht werden, anzuzeigen. Die zuständige regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice hat die Anzeige binnen zwei Wochen zu bestätigen (EU-Entsendebestätigung). Sie hat die Entsendung zu untersagen, wenn

1. der Ausländer im Staat des Betriebssitzes nicht ordnungsgemäß und dauerhaft seit mindestens einem Jahr in einem direkten Arbeitsverhältnis zum entsendenden Arbeitgeber steht oder mit diesem keinen unbefristeten Arbeitsvertrag abgeschlossen hat oder nicht über die entsprechenden Bewilligungen des Entsendestaates für die Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen verfügt oder

2. die österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen, insbesondere gemäß § 7b Abs. 1 und 2 des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG), BGBl. Nr. 459/1993, oder die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen nicht eingehalten werden.

Die hier maßgeblichen Bestimmungen in § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG, in der Fassung BGBl. I Nr. 103/2005, lauten:

Strafbestimmungen

§ 28. (1) Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen

1. wer,

a)

...

b)

entgegen dem § 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 Entsendebewilligung oder Anzeigebestätigung erteilt wurde, oder

c) ...

bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1000 Euro bis zu 10000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2000 Euro bis zu 20000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2000 Euro bis zu 20000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4000 Euro bis zu 50000 Euro

§ 32a Abs. 1 und 6 AuslBG lautet in der Fassung BGBl. I Nr. 101/2005:

Übergangsbestimmungen zur EU-Erweiterung

§ 32a. (1) § 1 Abs. 2 lit. l und m gilt - mit Ausnahme der Staatsangehörigen der Republik Malta und der Republik Zypern - nicht für Staatsangehörige jener Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die am 1. Mai 2004 aufgrund des Vertrages über den Beitritt der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik zur Europäischen Union (Beitrittsvertrag), Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L 236 vom 23. September 2003, Seite 17 und Nr. C 227 E vom 23. September 2003, der Europäischen Union beigetreten sind, es sei denn, sie sind Ehegatten, Kinder, Eltern oder Schwiegereltern eines freizügigkeitsberechtigten Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaates des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR), der bereits vor In-Kraft-Treten des Beitrittsvertrages dem EWR angehörte, oder sie sind Ehegatten oder Kinder eines österreichischen Staatsbürgers oder eines Staatsangehörigen eines anderen EWR-Mitgliedstaates, der sein Recht auf Freizügigkeit nicht in Anspruch nimmt.

(6) Für die Beschäftigung von EU-Bürgern gemäß Abs. 1 oder von Drittstaatsangehörigen, die von einem Arbeitgeber mit Betriebssitz in der Tschechischen Republik, in der Republik Estland, in der Republik Lettland, in der Republik Litauen, in der Republik Ungarn, in der Republik Polen, in der Republik Slowenien oder in der Slowakischen Republik zur vorübergehenden Erbringung von Dienstleistungen in einem Dienstleistungssektor, für den nach Nr. 13 des Übergangsarangements zum Kapitel Freizügigkeit im Beitrittsvertrag (Liste nach Art. 24 der Beitrittsakte in den Anhängen V und VI, VIII bis X sowie XII bis XIV) Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EGV zulässig sind, in das Bundesgebiet entsandt werden, ist § 18 Abs. 1 bis 11 anzuwenden. In einem Dienstleistungssektor, in dem Einschränkungen nicht zulässig sind, ist § 18 Abs. 12 anzuwenden.

Art. 24 der Beitrittsakte (die Beitrittsakte sind integrierender Bestandteil des EU-Beitrittsvertrages vom 1. Mai 2004, BGBl. III 20/2004) lautet:

Die in den Anhängen V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII und XIV zu dieser Akte angeführten Maßnahmen finden auf die neuen Mitgliedstaaten unter den in diesen Anhängen festgelegten Bedingungen Anwendung.

Nr. 13 des sich auf die Slowakei beziehenden Anhangs XIV lautet:

Um tatsächlichen oder drohenden schwerwiegenden Störungen in bestimmten empfindlichen Dienstleistungssektoren auf ihren Arbeitsmärkten zu begegnen, die sich in bestimmten Gebieten aus der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen im Sinne des Art. 1 der Richtlinie 96 / 71 /EG ergeben könnten, können Deutschland und Österreich, solange sie gemäß den vorstehend festgelegten Übergangsbestimmungen nationale Maßnahmen oder Maßnahmen aufgrund von bilateralen Vereinbarungen über die Freizügigkeit slowakischer Arbeitnehmer anwenden, nach Unterrichtung der Kommission von Art. 49 Abs. 1 des EG-Vertrages abweichen, um im Bereich der Erbringung von Dienstleistungen durch die in der Slowakei niedergelassene Unternehmen die zeitweilige grenzüberschreitende Beschäftigung von Arbeitnehmern einzuschränken, deren Recht, in Deutschland oder Österreich eine Arbeit aufzunehmen, nationalen Maßnahmen unterliegt.

in Deutschland

Sektor : NACE-Code(*), sofern nicht anders angegeben

Baugewerbe, einschließlich verwandte Wirtschaftszweige:

45.1 bis 4; Im Anhang zur Richtlinie 96/71/EG aufgeführte

Tätigkeiten

Reinigung von Gebäuden, Inventar und Verkehrsmitteln:

74.70 ;Reinigung von Gebäuden,Inventar und Verkehrsmitteln

Sonstige Dienstleistungen: 74.87; Nur Tätigkeiten von Innendekorateuren

Österreich

Sektor : NACE-Code(*), sofern nicht anders angegeben

Erbringung von gärtnerischen Dienstleistungen:01.41 Be- und Verarbeitung von Natursteinen a.n.g.:26.7

Herstellung von Stahl- und Leichtmetallkonstruktionen:28.11 Baugewerbe, einschließlich verwandter Wirtschaftszweige:45.1 bis 4; Im Anhang zur Richtlinie 96/71/EG aufgeführte Tätigkeiten Schutzdienste:74.60

Reinigung von Gebäuden, Inventar und Verkehrsmitteln:74.70

Hauskrankenpflege:85.14

Sozialwesen a.n.g.:85.32

NACE: siehe 31990 R 3037: Verordnung (EWG) Nr. 3037/90 des Rates vom 09. Oktober 1990 betreffend die statistische Systematik der Wirtschaftszweige in der Europäischen Gemeinschaft (ABl. L 293 vom 24.10.1990, S. 1), zuletzt geändert durch 32002 R 0029: Verordnung (EG) Nr. 29/2002 der Kommission vom 19.12.2001 (ABl. L 6 vom 10.1.2002, S. 3).

In dem Maße, wie Deutschland oder Österreich nach Maßgabe der vorstehenden Unterabsätze von Art. 49 Abs. 1 des EG-Vertrages abweichen, kann die Slowakei nach Unterrichtung der Kommission gleichwertige Maßnahmen ergreifen.

Die Anwendung dieser Nummer darf nicht zu Bedingungen für die zeitweilige Freizügigkeit von Arbeitnehmern im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen zwischen Deutschland bzw. Österreich und der Slowakei führen, die restriktiver sind als die zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Beitrittsvertrages geltenden Bedingungen.

Die Verordnung (EWG) Nr. 3037/90 des Rates vom 9. Oktober 1990 betreffend die statistische Systematik der Wirtschaftszweige in der Europäischen Gemeinschaft hat nach deren Art. 1 zum Ziel, eine gemeinsame statistische Systematik der Wirtschaftszweige in der Europäischen Gemeinschaft aufzustellen, um die Vergleichbarkeit zwischen den nationalen und den gemeinschaftlichen Statistiken zu gewährleisten. Nach Art. 2 der Verordnung wird eine gemeinsame Grundlage für statistische Systematiken der Wirtschaftszweige in den Europäischen Gemeinschaften NACE Rev. 1 eingeführt. Nach Art. 3 Abs. 2 der Verordnung sollen die Statistiken der Mitgliedstaaten über die Wirtschaftszweige unter Verwendung der NACE Rev. 1 oder einer davon abweichenden Wirtschaftszweigsystematik unter den in dieser Bestimmung der Verordnung näher genannten Kategorien erstellt werden.

Nach der Verordnung EG der Europäischen Kommission Nr. 29/2002 vom 19.12.2001 ist diese europäische Wirtschaftszweigsystematik seit 01.01.2003 für alle Mitgliedstaaten verbindlich anzuwenden.

Abschnitt D der im Anhang der EG-Verordnung Nr. 3037/90 tabellarisch dargestellten NACE Rev. 1 ist mit Herstellung von Waren betitelt. Unterabschnitt DJ handelt von der Metallerzeugung und -bearbeitung, Herstellung von Metallerzeugnissen. Die Gruppe 28.1 ist betitelt mit Stahl- und Leichtmetallbau. Die Klasse 28.11 handelt von der Herstellung von Metallkonstruktionen, die Klasse 28.12 von der Herstellung von Ausbauelementen aus Metall.

Abschnitt F ist mit Bau betitelt. Dieser Abschnitt stellt sich wie folgt dar:

ABSCHNITT F:BAU

45:BAU:

45.1:Vorbereitende Baustellenarbeiten:451

45.11:Abbruch-, Spreng- und Erdbewegungsarbeiten:4510x

45.12:Test- und Suchbohrung:4510x

45.2:Hoch- und Tiefbau:452

45.21:Hochbau, Brücken- und Tunnelbau u. Ä.:4520x 45.22:Zimmerei, Dachdeckerei, Bauspengerei und Abdichtungen:4520x 45.23:Bau von Straßen, Bahnverkehrsstrecken, Rollbahnen und Sportanlagen:4520x

45.24:Wasserbau:4520x

45.25:Sonstiger spezialisierter Hoch- und Tiefbau:4520x

45.3:Bauinstallation:453

45.31:Elektroinstallation:4530x

45.32:Dämmung gegen Kälte, Wärme, Schall und Erschütterung:4530x

45.33:Gas-, Wasser-, Heizungs- und Lüftungsinstallation:4530x

45.34:Sonstige Bauinstallation:4530x

45.4:Sonstiger Ausbau:454

45.41:Anbringen von Stuckaturen, Gipserei und Verputzerei:4540x

45.42:Bautischlerei und schlosserei:4540x

45.43:Fußboden-, Fliesen- und Plattenlegerei, Tapeziererei:4540x

45.44:Malerei und Glaserei:4540x

45.45:Sonstiger Ausbau a.n.g.:4540x

45.5:Vermietung von Baumaschinen und geräten mit

Bedienungspersonal:455

45.50:Vermietung von Baumaschinen und geräten mit Bedienungspersonal:4550

Der in der Beitrittsakte in Nummer 13 des die Slowakei betreffenden Anhangs XIV erwähnte Anhang der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (Entsenderichtlinie) lautet:

Die in Artikel 3 Absatz 1 zweiter Gedankenstrich genannten Tätigkeiten umfassen alle Bauarbeiten, die der Errichtung, der Instandsetzung, der Instandhaltung, dem Umbau oder dem Abriß von Bauwerken dienen, insbesondere

1.

Aushub

2.

Erdarbeiten

3.

Bauarbeiten im engeren Sinne

4.

Errichtung und Abbau von Fertigbauelementen

5.

Errichtung oder Ausstattung

6.

Umbau

7.

Renovierung

8.

Reparatur

9.

Abbauarbeiten

10.

Abbrucharbeiten

11.

Wartung

12.

Instandhaltung (Maler- und Reinigungsarbeiten)

13.

Sanierung.

II. 2. 1. Die Bestimmung des § 18 AuslBG, welche die Überschrift Betriebsentsandte Ausländer trägt, soll die unter diesem Begriff zusammengefasste Sonderform der Beschäftigung von Ausländern im Bundesgebiet regeln. Charakteristisch für diese Art der Beschäftigung ist, dass es sich um solche Ausländer handelt, deren Arbeitgeber im Bundesgebiet keinen Betriebssitz und auch sonst keinen inländischen Anknüpfungspunkt aufzuweisen vermag. Es besteht im Regelfall kein direktes rechtliches Verhältnis zwischen dem im Bundesgebiet beschäftigten Ausländer und jener Person, die den Ausländer verwendet. Eine Unterstellung dieser Ausländer im Falle einer Verwendung im Bundesgebiet unter die Bewilligungspflicht, sofern nicht für bestimmte Arten von Arbeiten oder für besondere Personengruppen Ausnahmen vorgesehen sind, ist nach den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage (1451 BlgNR XIII. GP) vom arbeitsmarktpolitischen Standpunkt unumgänglich, damit einerseits ein unkontrolliertes Einströmen solcher Ausländer auf den inländischen Arbeitsmarkt auf der Basis von zwischen inländischen und ausländischen Unternehmen abgeschlossenen Werkverträgen oder sonstigen privatrechtlichen Vereinbarungen verhindert und andererseits eine Benachteiligung inländischer Arbeitskräfte vermieden werden kann (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 30. Oktober 1991, Zl. 91/09/0111).

In den vorliegenden Fällen wird dem Berufungswerber nicht das Beschäftigen nach § 3 Abs. 1 AuslBG in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 AuslBG, sondern schon die bloße Inanspruchnahme von Ausländern vorgeworfen. Eine Inanspruchnahme liegt aber bereits dann vor, wenn - wie hier - ein Privater mit einem ausländischen Unternehmen, das keinen Betriebssitz im Inland aufweist, einen Werkvertrag abschließt, und der Werkunternehmer ausländische Arbeitnehmer zur Herstellung des Werkes ins Inland entsendet. Das ist hier unzweifelhaft der Fall, sodass weil eine slowakische Firma beauftragt wurde - hier die Übergangsbestimmung des § 32a Abs. 6 AuslBG mit ihren dargestellten Verweisungen auf den Beitrittsvertrag vom 1.5.2004 zur Anwendung kommt.

II. 2. 2. Der UVS Burgenland geht nun davon aus, dass die Montage der Glasfenster des Dachspitzes des Wintergartens durch die slowakischen Arbeiter beim Beschuldigten nicht unter das Baugewerbe, einschließlich verwandter Wirtschaftszweige im Sinne der Gruppen

45.1 bis 45.4 der NACE Rev. 1, sowie unter die im Anhang zur Entsenderichtlinie angeführten Tätigkeiten fällt, sondern unter die Gruppe 28.1 Stahl und Leichtmetallbau der NACE Rev. 1. Die Abgrenzung zwischen dem Abschnitt F Bau und dem Abschnitt D Herstellung von Waren soll nach den Erläuterungen zur NACE Rev. 1 dergestalt erfolgen, dass der Einbau von selbst hergestellten Konstruktionsteilen, Fertigbauteilen und Ausbauelementen gemäß dem verwendeten Material der entsprechenden Kategorie des Abschnittes D zugeordnet werden soll. Explizit wird an dieser Stelle in den Erläuterungen auch darauf verwiesen, dass die Errichtung von Stahl und Leichtmetallkonstruktionen aus selbst hergestellten Materialien der Klasse 28.11 zugeordnet wird. Dass es sich hier nicht um die wirtschaftliche Tätigkeit der Bautischlerei und Bauschlosserei (Klasse 45.42) handelt, ergibt sich zudem aus den Erläuterungen zu dieser Klasse, wonach für die Zugehörigkeit zu dieser Klasse, die Fremdbezogenheit der Bauelemente aus Glas und Aluminium Voraussetzung wäre. Letzteres ist aber aufgrund der Selbstanfertigung der einzelnen Bauelemente des Wintergartens durch die slowakische Firma S** nicht der Fall.

Diese wirtschaftliche Tätigkeit ist daher von der Suspendierung der EG-Dienstleistungsfreiheit im Übergangsarrangement nicht umfasst, sodass die Inanspruchnahme der ausländischen Staatsangehörigen durch den Beschuldigten nicht dem AuslBG unterliegt. Es liegt hier daher keine nach dem AuslBG strafbare Handlung vor.

II. 2. 3. Jede andere Auslegung, die eine Subsumtion der Tätigkeiten der slowakischen Arbeiter unter das Baugewerbe beinhaltet und demzufolge eine Bestrafung des Berufungswerbers nach § 28 Abs. 1 Z 1 lit. b in Verbindung mit § 18 Abs. 1 AuslBG nach sich ziehen würde, verbietet sich hier schon deswegen, weil sie im Widerspruch zur nicht vom Übergangsarrangement des Beitrittsvertrages vom 1. Mai 2004 umfassten EG-Warenverkehrsfreiheit (Art 28 ff EG), von der der grenzüberschreitende Verkehr all jener Waren betroffen ist, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellt und in Verkehr gebracht werden, stünde. Dies aus folgenden Gründen:

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH (vgl. etwa EuGH 27.3.1990 Rs C-113/89 [Rush Portuguesa], Slg. I 1991, 1417, Rn 12), schließt die EG-Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) als Annexrecht auch das Recht mit ein, Arbeitnehmer zur Ausübung der Dienstleistung in einen anderen Mitgliedstaat zu entsenden. Nicht jeder Fall einer grenzüberschreitenden Betriebsentsendung bildet einen Anwendungsfall der Dienstleistungsfreiheit, sondern nur in jenen Fällen, in denen im Rahmen der Betriebsentsendung grenzüberschreitend Dienstleistungen iS des Art. 50 EG erbracht werden, sind nationale Beschränkungen, die diese Betriebsentsendungen behindern, auf ihre Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit zu prüfen. Handelt es sich dagegen um einen grenzüberschreitenden Warenverkehr, sind nationale Beschränkungen von grenzüberschreitenden Betriebsentsendungen auf ihre Vereinbarkeit mit der Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EG) zu prüfen. Dabei kann es nicht darauf ankommen, welche Intention diese nationalen Beschränkungen verfolgen. Es genügt, dass diese Maßnahmen (sog. Maßnahmen gleicher Wirkung im Sinn des Art. 28 EG) geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel zu behindern (vgl. Müller/Graff in von der Groeben/Schwarze [2003], Art. 28 EG Rn. 48, 49 und 55). Wann ein Sachverhalt als Warenverkehr, und wann er als Dienstleistungsverkehr zu qualifizieren ist, kann nicht der Einordnung durch innerstaatliches Recht anheim gestellt sein, sondern richtet sich nach den Kriterien des autonom auszulegenden

Gemeinschaftsrechts. So kommen nach der Rechtsprechung des EuGH auch nationale Verkaufs- und Arbeitszeitregelungen (wie etwa Sonntagsbeschäftigungsverbote) grundsätzlich als Maßnahmen gleicher Wirkung iS des Art. 28 EG in Betracht, wenn sie bloß geeignet sind, Einfluss (in Form einer Beschränkung) auf den grenzüberschreitenden Warenverkehr zu haben. So hat der EuGH in Arbeitszeitregelungen (wenngleich gerechtfertigte) Maßnahmen gleicher Wirkung angenommen (vgl. etwa EuGH 28.2.1991, C-312/89 [Conforama] Slg. 1997 I 997). Auch nat

ionale strafrechtliche Bestimmungen können als Maßnahmen gleicher Wirkung in Frage kommen (vgl. Müller/Graff in von der Groeben/Schwarze [2003], Art. 28 EG Rn. 172). Nicht anders verhält es sich mit Maßnahmen im AuslBG, die das Erfordernis einer Beschäftigungs- oder Entsendebewilligung normieren und zweifelsohne nicht das Ziel verfolgen, den Warenverkehr zwischen EU-Mitgliedstaaten zu behindern. Auch sie kommen als Maßnahmen gleicher Wirkung iS des Art. 28 EG in Betracht, weil das ausländische Unternehmen Arbeitnehmer zur Montage oder zum Einbau von durch das Unternehmen im Ausland vorgefertigter Waren - nur nach Einholung einer Entsende- oder Beschäftigungsbewilligung nach Prüfung des Vorliegens der in den §§ 4 und 18 AuslBG dafür gesetzlich näher geregelten Voraussetzungen - ins Inland entsenden darf.

Die Systematik des EG-Vertrages gliedert das von ihm erfasste wirtschaftliche Geschehen danach, wie eine Leistung eine Staatsgrenze innerhalb der EU überschreitet und stellt darauf ab, welche Handelshemmnisse dabei auftreten können. Aus der Sicht des EG-Vertrages werden Dienstleistungen als ein Bereich gesehen, in welchem unternehmerische Leistungen, die keine Waren sind, die Grenzen überschreiten, ohne dass das Unternehmen seinen Produktionsstandort verlegt. Die Abgrenzungsfrage stellt sich vor allem dann, wenn es sich - wie hier - um sog. Misch Tätigkeiten handelt, in der sowohl eine Ware als auch eine Dienstleistung die Grenze passieren. Charakteristisch für eine Dienstleistung ist, dass ihr wesentlicher Inhalt nicht ein allenfalls vorhandenes körperliches Ergebnis dieser Leistung ist, sondern die unkörperliche in der Regel geistig schöpferische Komponente. Die Besonderheit der Dienstleistung liegt in dem in der Leistung investierten Know how und in dem Umstand, dass die Leistung auf ein

individuelles Bedürfnis zugeschnitten ist (vgl. Holoubek in Schwarze, EU-Kommentar (2000), Rn 6 zu Art. 50 EGV).

Für die Abgrenzung gilt folgende Grundregel: Der freie Warenverkehr und der freie Dienstleistungsverkehr schließen einander aus, sodass für ein und dieselbe Tätigkeit nur entweder Art. 28 EG oder Art. 49 EG betroffen sein kann (vgl. Troberg/Tiedje in von der Groeben/Schwarze (2003), Art. 50 Rn 9). Wesentlich ist, dass die Abgrenzung zwischen Warenverkehr und Dienstleistung (ungeachtet ob es sich dabei auch um eine Betriebsentsendung handelt oder nicht) danach zu bestimmen ist, wie die Leistung die Grenze überschreitet,

ob vorwiegend Güter oder überwiegend das Know how die Fertigkeit

des Unternehmens die Staatsgrenze überschreitet. Troberg/Tiedje

(in von der Groeben/Schwarze [2003], Vorbem. zu den Art. 49 bis 55 Rn 10) bringen folgendes Abgrenzungsbeispiel: Eine Tischlerei würde im Sinne des EG-Vertrages Dienstleistungen erbringen, wenn sie Schreinerarbeiten in einem anderen Mitgliedstaat anböte (zB Anfertigen von Einbaumöbeln an Ort und Stelle, Reparaturen, Restaurierung usw). Die Abgrenzung zum Warenverkehr (Möbelexport, sichtbare Gegenstände überschreiten die Grenze zwischen zwei Mitgliedstaaten) wäre in diesem Beispiel danach zu bestimmen, ob vorwiegend Güter (fertige Möbel) oder vorwiegend Fertigkeiten (das Know how des Tischlerbetriebes, selbst wenn dieser Arbeitsgerät und Material mitführt) in einem anderen Lande angeboten werden. Keine Dienstleistung sondern Warenverkehr läge in dem angegebenen Beispiel vor, wenn der Betrieb ein im Herkunftsland gefertigtes Möbel im Bestimmungsland lediglich montierte.

Beim Kauf des von der slowakischen Firma S** selbst konstruierten Wintergartens handelt es sich um einen Anwendungsfall der Warenverkehrsfreiheit, weil die grenzüberschreitende Leistung überwiegend aus der Lieferung der eigens von dieser Firma angefertigten Metall- und Glaselemente des Wintergartens besteht. Auf die Montage der einzelnen Elemente (im vorliegenden Fall überdies ohnehin nur der Glaselemente des Dachspitzes der Konstruktion alle anderen Konstruktionsteile wurden von einer österreichischen Firma montiert) kann es dabei nicht ankommen, da dies im Vergleich zur Herstellung des Wintergartens eine untergeordnete Nebenleistung darstellt.

Liegt ein Anwendungsfall der Warenverkehrsfreiheit vor und betrifft es überdies Betriebsentsendungen, die in den Anwendungsbereich jener geschützten Wirtschaftsbereiche fallen, die in Nr. 13 der Anhänge zur Beitrittsakte genannt sind, sind diese Wirtschaftstätigkeiten da sie keine Dienstleistungen sind - vom Übergangsarrangement nicht umfasst, sodass die Einholung einer Beschäftigungs- oder Entsendebewilligung nach § 32a Abs. 6 AuslBG also bereits innerstaatlich - nicht geboten ist. Die Verpflichtung zur Einholung einer Entsende- oder Beschäftigungsbewilligung wäre als Maßnahme gleicher Wirkung gemeinschaftswidrig, weil sie weder aus den in Betracht kommenden Gründen des Arbeitnehmerschutzes oder der Stabilität des Arbeitsmarktes gerechtfertigt werden kann. Dies ist für die Warenverkehrsfreiheit schon aufgrund der sehr ähnlichen Schutzwirkung wie bei der Dienstleistungsfreiheit (vgl. Troberg/Tiedje in von der Groeben/Schwarze [2003], Vorbem. zu den Art. 49 bis 55 Rn 15 ff) aus denselben Gründen anzunehmen, wie dies der EuGH im Urteil vom 21.9.2006 in der Rs. C-168/04 (Kommission/Österreich) für die Einholung einer Entsendebestätigung

-

deren Ausstellung zudem noch weitaus geringeren gesetzlichen Anforderungen unterliegt, als die Ausstellung einer hier im § 18 Abs. 1 AuslBG vorgesehenen Beschäftigungs- oder Entsendebewilligung

-

in Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit bereits ausgesprochen hat.

II. 2. 4. Bei diesem Ergebnis käme gemäß § 32a Abs. 6 letzter Satz AuslBG nur eine Bestrafung nach § 18 Abs. 12 AuslBG in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Z 5 lit. b AuslBG in Betracht, weil die für die Inanspruchnahme der Ausländer erforderliche Entsendebestätigung vom zuständigen Arbeitsmarktservice nicht eingeholt worden ist. Eine Bestrafung

des Berufungswerbers durch den UVS nach diesen Vorschriften ist aber schon deshalb ausgeschlossen, weil dies eine nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes unzulässige Auswechslung der Tat zur Folge hätte (VwGH 23.5.2002, 2001/09/0231).

II. 3. Abgesehen von diesen Erwägungen erfolgte eine Bestrafung des Berufungswerbers hinsichtlich der unzulässigen Inanspruchnahme des J** N** (auch) aufgrund der Rechtswidrigkeit des Berichtigungsbescheides vom 20.03.2007 zu Unrecht - im Berichtigungsbescheid wurde das ursprüngliche Straferkenntnis der belangten Behörde vom 12.03.2007 insofern berichtigt, als statt der Inanspruchnahme eines im Verfahren sonst nicht vorkommenden J** K** nunmehr die Inanspruchnahme des slowakischen Arbeiters J** N** bestraft wurde: Dies deswegen, weil unter dem Titel der Berichtigung nachträgliche Änderungen im Inhalt des Bescheides vorgenommen worden sind, für die die Vorschrift des § 62 Abs. 4 AVG bereits nach ihrem Wortlaut keinerlei Handhabe bietet (vgl. dazu näher VwGH 07.03.1996,95/09/0298).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Inanspruchnahme von Arbeitsleistungen, Betriebssitz im Inland, Entsendebewilligung

Zuletzt aktualisiert am

07.07.2008

Quelle: Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/uvs/index.html>

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at