

TE UVS Wien 2007/01/08 07/A/02/9416/2006

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.01.2007

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch das Mitglied Dr. Fegerl über die Berufung des Herrn Christian H. vom 9.10.2006 gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 6./7. Bezirk, vom 29.8.2006, Zahl MBA 6/7 - S 2017/06, wegen Übertretung des § 28 Abs 1 Z 5 lit. b iVm § 18 Abs 12 und § 32a Abs 7 Ausländerbeschäftigungsgesetz, entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG wird der Berufung Folge gegeben, das Straferkenntnis aufgehoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG eingestellt.

Der Berufungswerber hat gemäß § 65 VStG keinen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens zu leisten.

Text

1. Der Magistrat der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 6./7. Bezirk, erkannte den Berufungswerber mit Straferkenntnis vom 29.8.2006 schuldig, er habe es als zur Vertretung nach außen Berufener, nämlich als Vorstand (§ 9 Abs 1 VStG) der E-AG zu verantworten, dass diese Gesellschaft mit Sitz in Wien, G-gasse, als Auftraggeber der Terry C. Ltd in D-Court, Dublin - Irland, als Auftragnehmerin vom 31.3.2006 bis 11.4.2006 in S., Q-gasse, entgegen den §§ 18 und 32a Abs 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes die Arbeitsleistungen von Ausländern ohne Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats des EWR in Anspruch genommen habe, die von ihrem Arbeitgeber mit Betriebssitz in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union zur Arbeitsleistung nach Österreich entsendet worden seien, nämlich 1) Herrn Robert K., geb. 17.3.1970, Staatsangehörigkeit: Slowakei, und 2) Herrn Jozef K., geb. 4.6.1975, Staatsangehörigkeit:

Slowakei, mit Parkettbodenverlegearbeiten im Appartmenthaus in S., Q-gasse, ohne dass für diese Personen eine EU-Entsendebestätigung ausgestellt worden sei. Wegen Verletzung des § 28 Abs 1 Z 5 lit. b iVm § 18 Abs 12 und § 32a Abs 7 Ausländerbeschäftigungsgesetz verhängte die Erstbehörde gemäß § 28 Abs 1 Z 5 Schlusssatz Ausländerbeschäftigungsgesetz über den Berufungswerber eine Geldstrafe von ? 105,- (Ersatzfreiheitsstrafe: 18 Stunden) und schrieb gemäß § 64 VStG einen erstinstanzlichen Verfahrenskostenbeitrag von ? 10,50 vor.

Dagegen richtet sich die vorliegende, rechtzeitig eingebrachte Berufung, in welcher seitens des rechtsfreundlichen Vertreters des Berufungswerbers im Wesentlichen auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 21.9.2006 (in der Rechtssache C-168/04) verwiesen und dazu vorgebracht wird, dass sich aus diesem Urteil ergebe, dass die Verurteilung des Berufungswerbers (im Folgenden auch: BW) gegen zwingendes Recht der EU (Art 49) verstoße und daher die Anwendung (des § 18 AuslBG) in der vorliegenden Form nicht zulässig sei.

2.0. Der Unabhängige Verwaltungssenat hat erwogen:

2.1. § 18 Abs 2 Ausländerbeschäftigungsgesetz in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl. I Nr. 101/2005 lautet:

?(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 mit BGBl. I Nr. 101/2005 neu gefassten Bestimmungen ersetzen jene des § 18 Abs 12 bis 16 AuslBG in der Fassung vor der Novelle BGBl. I Nr. 101/2005, deren Inhalt Gegenstand der Prüfung durch den EuGH war. Der EuGH hat in seinem Urteil vom 21.9.2006, in der Rechtssache C-168/04, Kommission gegen Republik Österreich, zunächst den Inhalt dieser Vorgängerbestimmungen wie folgt zusammengefasst:

?... Für den Fall, dass ein Unternehmen mit Betriebssitz in einem Mitgliedstaat Drittstaatsangehörige zur Erbringung einer Dienstleistung in Österreich entsendet, sieht § 18 Abs 12 bis 16 AuslBG ein besonderes Verfahren vor. Danach wird die Bewilligung durch eine EU-Entsendebestätigung ersetzt, die unter bestimmten Voraussetzungen erteilt wird.

In § 18 Abs 12 AuslBG heißt es u.a.:

?Die Beschäftigung von Ausländern, die nicht von § 1 Abs 2 lit. m erfasst sind und die von einem ausländischen Arbeitgeber mit Betriebssitz im Staatsgebiet eines Mitgliedstaates der Europäischen Union zur Erbringung einer vorübergehenden Dienstleistung in das Bundesgebiet entsandt werden, ist der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice vor der Arbeitsaufnahme anzuzeigen. Die zuständige regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice hat binnen sechs Wochen eine Anzeigebestätigung (EU-Entsendebestätigung) auszustellen.?

Die Voraussetzungen für die Erteilung der EU-Entsendebestätigung sind in § 18 Abs 13 AuslBG festgelegt. Danach wird diese Bestätigung erteilt, wenn

-

der entsendete drittstaatsangehörige Arbeitnehmer bei dem Unternehmen, das ihn im Herkunftsmitgliedstaat beschäftigt, ordnungsgemäß und dauerhaft seit mindestens einem Jahr in einem direkten Arbeitsverhältnis steht oder einen unbefristeten Arbeitsvertrag abgeschlossen hat und

-

die österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen während der Entsendung eingehalten werden.?

Der Europäische Gerichtshof hat in dem bezeichneten Urteil im Rahmen der Prüfung dieser Bestimmungen des AuslBG auf die Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts u. a. Folgendes ausgeführt (RN 48 ff.):

"(48) Die EU-Entsendebestätigung, wie sie in § 18 Abs 12 bis 16 AuslBG geregelt ist, kann jedoch nicht als geeignetes Mittel zur Erreichung des geltend gemachten Zieles (Sicherstellung des Arbeitnehmerschutzes im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit) angesehen werden.

(49) Zum einen berücksichtigt nämlich ein solches Verfahren, das auf die systematische Einhaltung der österreichischen Lohn- und Beschäftigungsbedingungen abstellt, nicht die sozialen Schutzmaßnahmen, insbesondere im Bereich der Arbeitsbedingungen und der Entlohnung, denen das entsendende Unternehmen nach dem im Herkunftsstaat geltenden Recht oder einem gegebenenfalls zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem betreffenden Drittstaat geschlossenen Kooperationsabkommen unterliegt und deren Anwendung geeignet ist, eine ernste Gefahr der Ausbeutung von Arbeitnehmern sowie der Verfälschung des Wettbewerbs zwischen den Unternehmen auszuschalten (vgl. Urteil Vander Elst, Randnr. 25, und Kommission/Luxemburg, Randnr. 35).

(50) Zum anderen geht die Bedingung, die die Erteilung der EU-Entsendebestätigung vom Bestehen von Arbeitsverträgen mit einer Laufzeit von mindestens einem Jahr oder von unbefristeten Arbeitsverträgen abhängig macht, über das hinaus, was im Namen des Zieles des sozialen Schutzes als notwendige Voraussetzung für die Erbringung von Dienstleistungen mittels Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer verlangt werden kann (Urteile Kommission/Luxemburg, Randnrn. 32 und 33, und Kommission/Deutschland, Randnr. 58).

(51) Auch kann sich die österreichische Regierung nicht auf die vom Gerichtshof in Randnummer 26 des Urteils Vander Elst verwendete Formulierung berufen, wenn sie geltend macht, dass aufgrund dieses Erfordernisses kontrolliert werden könne, ob der entsandte drittstaatsangehörige Arbeitnehmer über eine ordnungsgemäße und dauerhafte Beschäftigung im Niederlassungsstaat seines Arbeitgebers verfüge. Der Gerichtshof hat nämlich den Begriff der 'ordnungsgemäßen und dauerhaften Beschäftigung' nicht mit der Bedingung eines Wohnsitzes oder einer Beschäftigung im Niederlassungsstaat des Dienstleistungsunternehmens von bestimmter Dauer verbunden (Urteil Kommission/Deutschland, Randnr. 55).

(52) Insoweit stellt die nach dem AVRAG bestehende Verpflichtung für ein Dienstleistungsunternehmen, den örtlichen Behörden vor einer Entsendung die bevorstehende Anwesenheit eines oder mehrerer zu entsendender Arbeitnehmer, die vorgesehene Dauer dieser Anwesenheit und die durch die Entsendung veranlasste(n) Dienstleistung(en) mitzuteilen, eine ebenso wirksame, aber weniger einschneidende Maßnahme als die streitige Bedingung dar. Durch sie sind die betreffenden Behörden nämlich in der Lage, die Einhaltung der österreichischen sozialrechtlichen und Lohnregelung während der Dauer der Entsendung zu kontrollieren und dabei die Verpflichtungen zu berücksichtigen, denen das Unternehmen bereits nach den im Herkunftsmitgliedstaat geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften unterliegt.

(53) Daraus folgt, dass das Verfahren der EU-Entsendebestätigung über das hinausgeht, was zur Verfolgung des Zieles des Schutzes der Arbeitnehmer erforderlich ist.

(56) Zwar darf ein Mitgliedstaat kontrollieren, ob ein Unternehmen, das in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und von dort Arbeitnehmer aus einem Drittstaat entsendet, den freien Dienstleistungsverkehr nicht zu einem anderen Zweck als dem der Erbringung der betreffenden Dienstleistung nutzt, beispielsweise dazu, sein Personal kommen zu lassen, um Arbeitnehmer zu vermitteln oder Dritten zu überlassen (vgl. Urteile Rush Portuguesa, Randnr. 17, und Kommission/Luxemburg, Randnr. 39). Das Verfahren der EU-Entsendebestätigung kann jedoch nicht als geeignetes Mittel zur Erreichung des von der österreichischen Regierung genannten Zieles [Störung des nationalen Arbeitsmarktes verhindern] angesehen werden.

(57) Die Auskünfte, die aufgrund des Anmeldeverfahrens nach dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz erteilt werden müssen und in Randnummer 52 des vorliegenden Urteils erwähnt worden sind, sowie die Auskünfte, die im Verfahren zur Gewährung der Aufenthaltserlaubnis erteilt werden müssen, versetzen die österreichischen Behörden in die Lage, sich zu vergewissern, dass die betreffenden Arbeitnehmer in dem Mitgliedstaat, in dem sie von dem Unternehmen beschäftigt werden, legalen Status haben, insbesondere, was Aufenthalt, Arbeitserlaubnis und soziale Absicherung angeht, und garantieren diesen Behörden auf genauso wirksame, aber weniger einschneidende Art und Weise als die streitigen Bedingungen, dass diese Arbeitnehmer legal beschäftigt werden und dass sie ihre Haupttätigkeit in dem Mitgliedstaat ausüben, in dem das Dienstleistungsunternehmen ansässig ist.

(58) Das Verfahren der EU-Entsendebestätigung kann daher nicht mit dem Zweck der Verhinderung einer Störung des nationalen Arbeitsmarktes gerechtfertigt werden und ist folglich im Hinblick auf

die von der Republik Österreich angestrebten Ziele als unverhältnismäßig anzusehen.?

Der EuGH kam in seinem Urteil zu folgendem Ergebnis (Tenor, vgl. auch das diesbezügliche Erkenntnis des VwGH vom 9.10.2006, Zl. 2002/09/0092):

"Die Republik Österreich hat gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 49 EG verstoßen, indem sie ... die Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer durch ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen von der Einholung der 'EU-Entsendebestätigung' nach § 18 Abs 12 bis 16 Ausländerbeschäftigungsgesetz abhängig macht, die nur erteilt wird, wenn erstens der betreffende Arbeitnehmer seit mindestens einem Jahr bei dem betreffenden Unternehmen beschäftigt ist oder mit diesem einen unbefristeten Arbeitsvertrag geschlossen hat ..."

2.2. Durch die Novelle BGBl. I Nr. 101/2005 wurde die Betriebsentsendung durch Unternehmen, denen das Recht auf Dienstleistungsfreiheit gemäß Art 49 EGV zukommt, mit eher geringfügigen Änderungen neu geregelt. Die bisherigen Abs 12 bis 16 des § 18 AuslBG wurden durch den neuen Abs 12 ersetzt. Dadurch sollte laut den erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage (RV 948 BlgNR XXII. GP) der Kritik der Kommission im damals noch offenen Vertragsverletzungsverfahren Rechnung getragen werden. Es sollte daher die Pflicht zur Einholung der EU-Entsendebestätigung durch eine administrativ weniger aufwändige Anzeigepflicht ersetzt werden. An den materiellen Voraussetzungen für die EU-Entsendung selbst soll sich nichts ändern. Für die Entsendung ist nach wie vor notwendig, dass die zu entsendende drittstaatsangehörige Arbeitskraft in einem ordnungsgemäßen und dauerhaften Arbeitsverhältnis zum entsendenden Unternehmen steht und die österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden.

Die am 1.1.2006 in Kraft getretene Regelung des § 18 Abs 12 AuslBG ist hinsichtlich ihrer Gemeinschaftsrechtskonformität als bloß kosmetisch-terminologischer Anpassungsversuch zu bezeichnen, der nur geringfügige bzw. im gegebenen

Zusammenhang unwesentliche Änderungen gebracht hat. Vor dem Hintergrund der zitierten Ausführungen des EuGH insbesondere zur Unverhältnismäßigkeit der materiellen Bedingungen bzw. Voraussetzungen für die Ausstellung der EU-Entsendebestätigung, welche mit der Novelle BGBl. I Nr. 101/2005 unverändert in § 18 Abs 12 Z 1 und 2 AuslBG übernommen wurden, besteht kein Zweifel, dass auch die mit 1.1.2006 in Kraft getretene Bestimmung gegen Art 49 EGV verstoßen. Angemerkt sei auch, dass § 28 Abs 1 Z 5 AuslBG idF BGBl. I Nr. 101 und 103/2005 nach wie vor die (lit. a: Beschäftigung und lit. b) Inanspruchnahme der Arbeitsleistungen eines (aus dem EU-Raum) betriebsentsandten, drittstaatsangehörigen Ausländers, ohne dass für diesen eine EU-Entsendebestätigung ausgestellt wurde, unter Strafe stellt.

2.3. Da dem BW im gegenständlichen Strafverfahren und im angefochtenen Straferkenntnis (ausschließlich) die Verletzung des § 18 Abs 12 iVm § 28 Abs 1 Z 5 lit. b AuslBG zur Last gelegt wurde und er dementsprechend wegen der Verletzung gemeinschaftsrechtswidriger Vorschriften bestraft wurde, war infolge des Anwendungsvorranges des Gemeinschaftsrechts und der Verdrängung entgegenstehenden innerstaatlichen Rechts spruchgemäß zu entscheiden (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 9.10.2006, Zl. 2002/09/0092).

3. Der Unabhängige Verwaltungssenat sieht sich aufgrund des Inhaltes des erstinstanzlichen Verwaltungsstrafaktes allerdings zur Anmerkung veranlasst, dass die von allen Verfahrensbeteiligten als gegeben vorausgesetzte Annahme, dass es sich bei den beiden im Straferkenntnis genannten slowakischen Staatsangehörigen tatsächlich um betriebsentsandte Arbeitnehmer eines in Irland ansässigen Unternehmens (Terry C. Limited, Dublin) handelt, nicht zweifelsfrei belegt erscheint. Seltsam ist zunächst schon der Umstand, dass die vorgelegten Dienstverträge (je vom 12.5.2004) zwischen den slowakischen Bauarbeitern und der irischen Firma in deutscher Sprache abgefasst sind. Auffallend ist auch, dass die aktenkundigen Werkverträge (Bl. 13 und Bl. 26 MBA-Akt) zwischen der E-AG und der Terry C. Ltd. mit 28. bzw. 31. Jänner 2005 datiert sind und sich offenbar auf einen Leistungszeitraum bis Herbst 2005 beziehen, die gegenständliche Beanstandung jedoch im April 2006 erfolgte. Bei den mit Rechtfertigungsschriftsatz vom 19.6.2006 als Nachweis der irischen Sozialversicherung vorgelegten Beilagen .7 und .8 (Bl. 38 und 39 MBA-Akt) handelt es sich anscheinend um Informationsblätter (Anleitung) der Social Welfare Services Office in Dublin für die Beantragung einer PPS Number durch einen Non-Resident (eine nicht in Irland wohnhafte Person) aus diesen Unterlagen geht weder hervor, auf wen sie sich beziehen, noch dass und in welchem Zusammenhang ein Sozialversicherungsschutz besteht; die unleserlich unterschriebenen Zustimmungserklärungen (zur Ausfolgung einer PPS Number an eine dritte Partei) am Ende der beiden Anleitungsbücher sind mit 12.4.2005 und 12.4.2004 datiert; weder die eigentlichen Antragsformulare, noch sonstige Beilagen oder Personendaten, noch ein Nachweis, dass derartige Anträge überhaupt irgendwo eingebracht wurden, sind aus den vorgelegten Unterlagen ersichtlich.

Im Hinblick auf die geringe bzw. zweifelhafte Aussagekraft der seitens des BW vorgelegten Unterlagen wurde versucht, eine Terry C. Limited (im Allgemeinen und in Dublin bzw. Irland im Besonderen) im Wege üblicher Suchmaschinen im Internet zu finden. Die Versuche, ein Unternehmen dieses Namens insbesondere mit Sitz od. Anschrift in Irland im Internet ausfindig zu

machen, blieben erfolglos. Da erfahrungsgemäß oft sogar Kleinstunternehmer in Europa im Internet aufgefunden werden können, erschiene es jedenfalls hinterfragenswert, ob eine Terry C. Limited in Dublin überhaupt existiert und Arbeitnehmer beschäftigt (hat).

Da es der Berufungsbehörde verwehrt ist, die Tat auszutauschen, wären Ermittlungen in die Richtung, ob die beiden im Straferkenntnis genannten Ausländer in Wirklichkeit vom österreichischen Auftraggeber (unmittelbar oder als überlassene Arbeitskräfte) beschäftigt wurden, Sache der Amtspartei und der Erstbehörde, und hätte die Erstbehörde allenfalls eine diesbezügliche Verfolgungshandlung mit entsprechender Tatanlastung iSd § 28 Abs 1 Z 1 lit. a AuslBG (innerhalb der derzeit noch offenen einjährigen Verfolgungsverjährungsfrist) zu setzen.

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