

TE Lvwg Erkenntnis 2017/3/13 VGW-041/073/11965/2016

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 13.03.2017

Entscheidungsdatum

13.03.2017

Index

E3L E05202000

E3L E06202000

60/01 Arbeitsvertragsrecht

Norm

31996L0071 Entsende-RL Art. 1 Abs3 lita

AVRAG §7b Abs1

AVRAG §7b Abs1a

AVRAG §7b Abs3

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Mag. Linkenhöller über die Beschwerde des Herrn Dr. K. P. gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 19.08.2016, Zl. MBA ... - S 25072/16, wegen Verwaltungsübertretungen gemäß § 7b Abs. 3 iVm § 7b Abs. 8 Z 1 1. Fall Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz - AVRAG, BGBl. Nr. 459/1993 idGF iZm § 9 Abs. 1 VStG 1991,

zu Recht e r k a n n t:

I. Gemäß § 50 VwGVG wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

II. Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG hat der Beschwerdeführer einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von EUR 600,- (das sind 20% der verhängten Geldstrafen) zu leisten.

III. Die H. Hungary Kft haftet gemäß § 9 Abs. 7 VStG für die über den Beschwerdeführer verhängten Geldstrafen und sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen zur ungeteilten Hand.

IV. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

Der Spruch des angefochtenen Bescheides lautet wie folgt:

„Sie haben als Geschäftsführer und somit als gemäß § 9 Abs.1 VStG 1991 zur Vertretung nach außen berufenes Organ der H. Hungary Kft. mit Sitz in ... B., Ungarn, somit einer Arbeitgeberin die gemäß § 7b Abs. 1 AVRAG einen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich hat zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Entsenderin und Arbeitgeberin im Sinne des § 7b Abs. 1 AVRAG, wobei eine Arbeitskräfteüberlassung im Ausland der unten angeführten zwei ArbeitnehmerInnen von der Firma R. Hungary Kft. an die Firma H. Hungary Kft. erfolgt ist, folgende Arbeitnehmerinnen am 28.01.2016 um 14:25 Uhr im Railjet ... Fahrtrichtung Salzburg, auf Höhe 1100 Wien, Hauptbahnhof Wien

1) N. M., geb. 1993, ungarische Staatsbürgerin, seit 13.01.2014 beschäftigt als Kellnerin mit Inkasso (Stewardess) bei der Firma R. Hungary Kft. und überlassen an die Firma H. Hungary Kft.; ca 220.000,- ung. Forint brutto/Monat

2) S. Kr., geb. 1994, ungarischer Staatsbürger, seit 22.01.2015 beschäftigt als Kellner mit Inkasso (Steward) bei der Firma R. Hungary Kft. und überlassen an die Firma H. Hungary Kft.; EUR 500,-netto/Monat

entgegen § 7 b Abs. 3 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, BGBl. Nr. 459/1993 idGF BGBl. I Nr. 94/2014, wonach Arbeitgeber im Sinne des Abs. 1 die Beschäftigung von Arbeitnehmern, die zur Erbringung einer fortgesetzten Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, spätestens eine Woche vor Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts- Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen zu melden haben und dem/der im Abs. 1 Z 4 bezeichneten Beauftragten, sofern nur ein/e Arbeitnehmer/in entsandt wird, diesem/dieser, die Meldung in Abschrift auszuhändigen oder in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen haben, zur Erbringung einer fortgesetzten Arbeitsleistung nach Österreich entsandt zu haben und diese als Stewardessen wie im Zuge der Kontrolle am 28.01.2016 um 14:25 Uhr im Railjet ... Fahrtrichtung Salzburg, in 1100 Wien, Hauptbahnhof Wien, festgestellt wurde, im Speisewaggon mit dem Zubereiten von Speisen sowie mit dem Verkauf von Speisen und Getränken bzw. mit dem mobilen Bordservice beschäftigt hat, ohne diese Beschäftigung spätestens eine Woche vor Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen zu erstatten.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

1)-2) gemäß § 7b Abs. 3 in Verbindung mit § 7 b Abs. 8 Z 1 1. Fall Arbeitsvertragsrechts- Anpassungsgesetz - AVRAG, BGBl. Nr. 459/1993 in der geltenden Fassung in Zusammenhalt mit § 9 Abs. 1 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen werden über Sie folgende Strafen verhängt:

2 Geldstrafen von je € 1.500,00, falls diese uneinbringlich sind,

2Ersatzfreiheitsstrafen von je 3 Tagen und 18 Stunden

Summe der Geldstrafen: € 3.000,00

Summe der Ersatzfreiheitsstrafen: 1 Woche und 12 Stunden

1)-2) gemäß § 7b Abs. 8 Z 1 1. Strafsatz AVRAG Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz - AVRAG, BGBl. Nr. 459/1993 in der geltenden Fassung

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

€ 300,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d.s. 10% der Strafe (mindestens jedoch € 10,00 je Übertretung).

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher € 3.300,00.

Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen.

Die H. Hungary Kft haftet für die mit diesem Bescheid über den zur Vertretung nach außen Berufenen, Herrn Dr. rer. soc. oec. K. P. verhängte Geldstrafe von € 3.000,00 und die Verfahrenskosten in der Höhe von € 300,00 sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gemäß § 9 Abs.7 VStG zur ungeteilten Hand.“

In der fristgerecht eingebrachten Beschwerde wurde zusammengefasst vorgebracht, entgegen der Feststellung im angefochtenen Bescheid liege kein Vertrag zwischen der H. Hungary Kft. mit der Ö. AG vor. Die Ö. AG habe einen Vertrag mit der D. GmbH abgeschlossen, der auf die H. GmbH übertragen worden sei, welche wiederum die H. Hungary

Kft. mit der Erbringung eines Teiles der Leistung beauftragt habe. Mangels Vorliegens eines Vertrages zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Dienstleistungsempfänger könne keine Entsendung vorliegen.

Die Mitarbeiter der H. Hungary Kft. erbrächten ihre Leistungen auf Transportmitteln, die im internationalen Verkehr normalerweise im Hoheitsgebiet zweier oder mehrerer Mitgliedsstaaten tätig sind, weshalb die Entsenderichtlinie keine Anwendung auf sie finde.

Ausgehend von der Annahme einer Entsendung läge allenfalls nur eine kurzfristige Entsendung vor. Die Addition aller von entsendeten Arbeitnehmern im Zielland erbrachten Arbeitszeiten sei nicht zulässig.

Hinsichtlich des Lohnniveaus sei anzumerken, dass die belangte Behörde unter Bezugnahme auf die RS Mazzoleni ausgeführt habe, das Entgelt nach ungarischem Recht betrage etwa ein Drittel des einem österreichischen Arbeitnehmer zustehenden Entgelts, ohne dabei Feststellungen zur Höhe des ungarischen Mindestlohns angestellt zu haben. Zudem liege das von den verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmern bezogene Entgelt über dem ungarischen Mindestlohn. Dieser Umstand sei bei dem behaupteten sozialen Schutz zu berücksichtigen.

Hinsichtlich des von der belangten Behörde in Frage gestellten fairen Wettbewerbs sei festzuhalten, dass internationale Bahnstrecken durch Österreich auch von Transportunternehmen anderer Mitgliedstaaten genutzt würden. Die belangte Behörde habe es unterlassen, zu erheben, welche Unternehmen solche Dienstleistungen zu welchen Preisen anbieten, bevor sie Überlegungen zu einer möglichen Wettbewerbswidrigkeit habe treffen wollen.

Bei der Kontrolle seien als Arbeitszeitaufzeichnungen bezeichnete Dokumente vorgelegt worden, welche Gegenstand von Verwaltungsstrafverfahren nach dem Arbeitszeitgesetz seien. Die belangte Behörde habe zwar wegen des Fehlens dieser Unterlagen Strafen verhängt, die Beischaffung der Strafakten nach dem Arbeitszeitgesetz mit dem Argument der Unerheblichkeit jedoch abgelehnt.

Die belangte Behörde habe sämtliche beantragte Beweismittel mit der Begründung abgelehnt, dass diese keine den Sachverhalt ändernden Darstellungen liefern können.

Zur Bereithaltung der Unterlagen am Zug sei festzuhalten, dass weder die H. Hungary Kft. noch einer der Geschäftsführer der Gesellschaft von den Kontrollen am Zug in Kenntnis gesetzt worden seien. Die Kontrollen seien von Organen der Finanzpolizei gemeinsam mit Mitarbeitern des Arbeitsinspektorates durchgeführt worden, ohne den Beschwerdeführer oder die Gesellschaft in Kenntnis gesetzt oder diese zur Vorlage von Unterlagen aufgefordert zu haben.

Der Gesellschaft stünden in den jeweiligen Zügen keine versperrbaren Behältnisse zur Verfügung, über solche verfügten lediglich die Arbeitnehmer. Die Aufbewahrung vertraulicher Unterlagen am Einsatzort sei daher für die H. Hungary Kft. nicht zumutbar.

Beantragt werde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Beischaffung der in der Rechtfertigung beantragten Beweismittel, die ersatzlose Aufhebung des Straferkenntnisses und Einstellung des Strafverfahrens, in eventu die Einstellung des Verfahrens unter Erteilung einer Ermahnung, in eventu die Herabsetzung der Strafhöhe auf ein tat- und schuldangemessenes Maß.

Die Finanzpolizei gab dazu in ihrer Stellungnahme im Wesentlichen an, gemäß Randziffer 7 der LSDB-Richtlinien 2015 sei der Anwendungsbereich des § 7b AVRAG nicht ausschließlich auf den Dienstleistungsbereich beschränkt. Eine Entsendung könne auch dann vorliegen, wenn der grenzüberschreitende Personaleinsatz im Transportsektor ohne Vorliegen eines grenzüberschreitenden Dienstleistungsvertrages erfolge. Demnach sei jeder Fahrgast, welcher die von der H. Hungary Kft. erbrachte Leistung im Rahmen der Zugbewirtschaftung in Anspruch nehme, gleichzeitig auch Dienstleistungsempfänger dieser Gesellschaft.

Die Internationale Personenbeförderung werde gegenständlich von der Ö. AG durchgeführt und nicht namens der H. Hungary Kft., deren Geschäftszweig im Zug-Catering liege und die kein Transportunternehmen sei.

Von einer Entsendung im Sinne des AVRAG und der Entsende-Richtlinie sei jedenfalls dann auszugehen, wenn der grenzüberschreitende Personaleinsatz in Österreich durch das Transportunternehmen regelmäßig und nicht nur vorübergehend zwecks Erfüllung von Dienstleistungsaufträgen stattfinde, auch wenn dabei verschiedene, einander ablösende Arbeitnehmer eingesetzt würden. Bezüglich der Entsendungsdauer berechne sich gemäß Art. 3 Abs. 6

Entsenderichtlinie die Dauer der Entsendung unter Zugrundelegung eines Bezugszeitraumes von einem Jahr ab Beginn der Entsendung. Bei der Berechnung der Entsendungsdauer werde die Dauer einer gegebenenfalls im Rahmen einer Entsendung von einem zu ersetzenden Arbeitnehmer bereits zurückgelegten Entsendedauer berücksichtigt.

Die Bereithaltungspflicht gemäß § 7 d AVRAG beziehe sich nicht nur auf die vom Beschwerdeführer erwähnten Arbeitszeitaufzeichnungen, sondern auf sämtliche angeführte Unterlagen.

Es sei keine Meldepflicht über den Beginn oder die Durchführung einer Kontrollhandlung nach den Bestimmungen des AVRAG normiert.

Weshalb es dem Beschwerdeführer nicht möglich gewesen sein soll, seine Arbeitnehmer dahingehend zu instruieren, die jeweils für den einzelnen Arbeitnehmer relevanten Unterlagen in den entsprechenden verschließbaren Behältnissen bereitzuhalten, sei nicht nachvollziehbar.

Beweis wurde genommen durch Einsichtnahme in den Gesamtakt sowie Durchführung einer öffentlichen, mündlichen Verhandlung am 6.3.2017, an der der Beschwerdeführer nicht teilnahm. Das Verfahren wurde gemeinsam mit Parallelverfahren gegen die beiden anderen Geschäftsführer der H. Hungary Kft, sowie wegen anderer Übertretungen nach dem AVRAG, geführt.

Der in der Verhandlung anwesende, weitere Geschäftsführer und Beschwerdeführer in einem Parallelverfahren, Herr Ha. St., verwies auf das schriftliche Vorbringen und gab ergänzend an, er sei seit 2014 Geschäftsführer der H. GmbH sowie der H. Hungary KFT. Ihm sei damals bekannt gewesen, dass es Kontakte zur Finanzpolizei gegeben habe, Strafanträge seien ihm damals nicht bekannt gewesen. Damals seien die Einsätze des Personals aus B. aus Sicht der Finanzpolizei unbedenklich gewesen. Ihm sei bekannt gewesen, dass es 2015 zu einer Änderung der Rechtslage gekommen sei, diese habe aus seiner Sicht keine Auswirkungen auf ihre Beschäftigungen gehabt. Es haben sich damals die Verträge nicht geändert, sondern das Geschäftsmodell, wie es seit 2012 gelebt wurde, sei unverändert geblieben. Hinsichtlich der Änderung der Rechtslage haben sie mit firmeninternen Rechtsberatern Gespräche geführt. Kontakte zu Behörden, wie bspw. die Finanzpolizei, um ihre Rechtsansicht zu verifizieren, haben sie nicht aufgenommen. Sie haben im Frühjahr 2015 ein Gutachten bei Prof. Ma. in Auftrag gegeben, dieses war im August 2015 fertig gewesen.

Aufgrund dessen habe für sie kein Handlungsbedarf bestanden. Sie haben nach der Kontrolle im Jahr 2016 mit der Finanzpolizei kooperiert und alle vorhandenen Unterlagen übermittelt. Mittlerweile haben sie auch das Büro in B. geschlossen. Insgesamt haben sie ca. 550 benötigte Mitarbeiter auf Zügen im Einsatz, der Anteil der ungarischen Mitarbeiter sei ca. 100 Personen gewesen. Die Unterlagen seien von Frau Mag. Kre. der Finanzpolizei übermittelt worden. Diese habe auch in weiterer Folge die Kontakte betreut. Die Verzögerung der Übermittlung der Unterlagen sei marginal gewesen, es habe ein Wochenende dazwischen gelegen. Sie mussten damals die Unterlagen von der Personalleasingfirma erst anfordern. Die beiden anderen handelsrechtlichen Geschäftsführer hatten mit der Angelegenheit nichts zu tun.

Abschließend möchte er betonen, dass es nie beabsichtigt gewesen sei, Lohn- und Sozialdumping zu betreiben, um sich auf diese Weise Kosten zu ersparen. Ganz im Gegenteil sei ihr Unternehmen stets bemüht gewesen, die gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten. In diesem Sinne haben sie auch das bereits erwähnte Gutachten in Auftrag gegeben und nach den verfahrensgegenständlichen Kontrollen entgegen ihrer Rechtsansicht das Büro in Ungarn geschlossen und damit einhergehend den Einsatz der ungarischen Mitarbeiter eingestellt.

Die Vertreterin des Beschwerdeführers ergänzte, die Meldungen gemäß § 7b Abs. 3 AVRAG seien nicht erstattet worden, da davon ausgegangen worden sei, dass keine Entsendung vorliege.

Der Vertreter der Finanzpolizei gab an, mit der Novelle des AVRAG im Jahre 2015 sei derselbe Sachverhalt, der 2014 vorgelegen habe, nunmehr eine Entsendung. Das Gutachten von Prof. Ma. komme zu dem Schluss, dass der gegenständliche Sachverhalt den österreichischen Bestimmungen des AVRAG unterliege, er stelle lediglich in Frage, ob es europarechtskonform sei. Es stelle sich daher die Frage, weshalb nach Erhalt des Gutachtens im August 2015 es unterlassen wurde, eine rechtsverbindliche Auskunft bei der Behörde einzuholen.

In ihren Schlussausführungen verwies die Vertreterin des Beschwerdeführers auf das schriftliche Vorbringen. Die Anträge in der Beschwerde werden aufrechterhalten. Sollte das Gericht zu der Ansicht kommen, dass gegenständliches strafbares Verhalten vorliegt, werde die außerordentliche Strafmilderung beantragt, da in Anbetracht der

Bemühungen um rechtskonformes Verhalten keinerlei spezialpräventive Gründe für die Verhängung derart hoher Strafen vorliegen. Dies beziehe sich angesichts der Vielzahl an einzelnen Strafen auf die Gesamtzahl, welche einen sehr hohen existenzbedrohenden Strafbetrag ergebe.

Die anwesenden Verfahrensparteien verzichteten ausdrücklich auf die mündliche Verkündung der Entscheidung.

Aufgrund der erhobenen Beweise steht folgender Sachverhalt fest und wird als erwiesen angenommen:

Die Ö. AG schloss mit der D. GmbH einen Vertrag über die Zugbewirtschaftung mit Bewirtschaftung von Zugrestaurants und das mobile Bordservice in Zügen der Ö. AG mit einer Dauer von 1.4.2012 bis 31.3.2016 mit Option auf Verlängerung. Dieser Vertrag wurde konzernintern der Firma H. GmbH – einer Tochterfirma der D. GmbH – übertragen, welche wiederum einen Vertrag mit ihrer Tochterfirma H. Hungary Kft. mit Sitz in Ungarn abschloss. Das auf den Zügen mit Ausgangs- oder Endbahnhof B. eingesetzte Personal bezog letztgenannte Firma von der ungarischen Personalleasingfirma R. Hungary Kft. H. Hungary Kft. entsandte diese Mitarbeiter zur Bewirtschaftung von vertraglich definierten Railjet-Zügen der Ö. nach Österreich, Vertragsbeginn war der 20.7.2012, Vertragsdauer unbefristet. Die Mitarbeiter wurden ausschließlich auf Zügen eingesetzt, die in B. begannen oder endeten. Die Dienstpläne erhielten sie im Vorhinein über die H. GmbH in Wien.

Am 28.1.2016 um 14:25 Uhr wurde von Organen der Finanzpolizei, Team ..., Finanzamt ..., sowie des Verkehrsarbeitsinspektorates eine Kontrolle im Railjet ... durchgeführt. Dabei wurden die Mitarbeiter M. N. sowie Kr. S., beschäftigt bei der ungarischen Firma R. Hungary Kft., überlassen an die Firma H. Hungary Kft., im Speisewaggon arbeitend angetroffen.

Eine Meldung gemäß § 7b Abs. 3 AVRAG betreffend der beiden Mitarbeiter ist nicht erfolgt.

Diese Feststellungen gründen sich auf den unbedenklichen Akteninhalt sowie das Vorbringen der Parteien in der Verhandlung.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Nach Art. 1 Abs. 3 lit. a der Entsenderichtlinie RL 96/71/EG liegt eine Dienstleistungsentsendung vor, wenn ein Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedsstaat einen Arbeitnehmer in seinem Namen und unter seiner Leitung in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaates im Rahmen eines Vertrages entsendet, der zwischen diesem Mitgliedsstaat und dem in diesem Mitgliedsstaat tätigen Dienstleistungsempfänger geschlossen wurde, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht.

Wesentlich ist somit, dass der Arbeitnehmer des entsendenden Unternehmens nicht im ausschließlichen Interesse seines Arbeitgebers länderüberschreitend tätig wird, sondern in Erfüllung eines Dienstleistungsvertrages. Abzustellen ist daher neben einer länderübergreifenden Dienstleistungserbringung auf einen Dienstleistungsempfänger aufgrund eines Vertrages.

Gegenständlich wurde zwischen der Ö. AG und der D. GmbH ein Dienstleistungsvertrag über die Erbringung im Rahmen der Bewirtschaftung von Zügen abgeschlossen. Die D. GmbH gab diese Leistungen an die H. GmbH und diese wiederum an die H. Hungary Kft. weiter. Letztgenanntes Unternehmen erbringt sohin in Erfüllung eines Vertrages mit der H. GmbH jene Dienstleistungen, zu deren Erbringung sich die D. GmbH vertraglich gegenüber der Ö. AG verpflichtet hat. Die Ö. AG bleibt Empfängerin einer vertraglich vereinbarten Dienstleistung. Dass der Vertrag nicht zwischen der Ö. AG und H. Hungary Kft. abgeschlossen wurde, ist daher irrelevant.

Es liegt somit eine Dienstleistungsentsendung im Sinne der Entsenderichtlinie RL 96/71/EG vor.

Der in diesem Verfahren maßgebliche § 7b AVRAG, idFBGBl I 94/2014, lautet:

„§ 7b. (1) Ein/e Arbeitnehmer/in, der/die von einem/einer Arbeitgeber/in mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wird, hat unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts für die Dauer der Entsendung zwingend Anspruch auf

1.

zumindest jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern/Arbeitnehmerinnen von vergleichbaren Arbeitgebern/Arbeitgeberinnen gebührt (ausgenommen Beiträge nach § 6 BMSVG und Beiträge oder Prämien nach dem BPG);

2.

bezahlten Urlaub nach § 2 Urlaubsgesetz, sofern das Urlaubsausmaß nach den Rechtsvorschriften des Heimatstaates geringer ist; nach Beendigung der Entsendung behält dieser/diese Arbeitnehmer/in den der Dauer der Entsendung entsprechenden aliquoten Teil der Differenz zwischen dem nach österreichischem Recht höheren Urlaubsanspruch und dem Urlaubsanspruch, der ihm/ihr nach den Rechtsvorschriften des Heimatstaates zusteht; ausgenommen von dieser Urlaubsregelung sind Arbeitnehmer/innen, für die die Urlaubsregelung des BUAG gilt;

3.

die Einhaltung der kollektivvertraglich festgelegten Arbeitszeitregelungen;

4.

die Bereithaltung der Aufzeichnung im Sinne der Richtlinie des Rates über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen (91/533/EWG) in Österreich durch den Arbeitgeber oder den mit der Ausübung des Weisungsrechts des Arbeitgebers gegenüber den entsandten Arbeitnehmern Beauftragten.

Ein/e Beschäftigter/in mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich gilt hinsichtlich der an ihn/sie überlassenen Arbeitskräfte, die zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, in Bezug auf die Abs. 3 bis 5 und 8, § 7d Abs. 1, § 7f Abs. 1 Z 3 sowie § 7i Abs. 1 und Abs. 4 Z 1 als Arbeitgeber/in. Sieht das nach Abs. 1 Z 1 anzuwendende Gesetz, der Kollektivvertrag oder die Verordnung Sonderzahlungen vor, hat der/die Arbeitgeber/in diese dem/der Arbeitnehmer/in aliquot für die jeweilige Lohnzahlungsperiode zusätzlich zum laufenden Entgelt (Fälligkeit) zu leisten.

(1a) Eine Entsendung liegt nicht vor, wenn der/die Arbeitnehmer/in eines/einer Arbeitgebers/Arbeitgeberin nach Abs. 1 im Zusammenhang mit folgenden kurzfristigen Arbeiten von geringem Umfang in Österreich beschäftigt wird und kein Dienstleistungsvertrag mit einem/einer inländischen Dienstleistungsempfänger/in geschlossen wurde:

1.

geschäftliche Besprechungen ohne Erbringung von weiteren Dienstleistungen, oder

2.

Teilnahme an Seminaren ohne Erbringung von weiteren Dienstleistungen, oder

3.

Messen und messeähnliche Veranstaltungen im Sinne des § 17 Abs. 3 bis 6 ARG, mit der Maßgabe, dass die Untergrenze des § 17 Abs. 4 ARG nicht gilt, ausgenommen Vorbereitungs- und Abschlussarbeiten für die Veranstaltung (Auf- und Abbau der Ausstellungseinrichtungen und An- und Ablieferung des Messegutes), oder

4.

Besuch von und Teilnahme an Kongressen, oder

5.

kulturelle Veranstaltungen, die im Rahmen einer Tournee stattfinden, bei welcher der Veranstaltung (den Veranstaltungen) in Österreich lediglich eine untergeordnete Bedeutung zukommt (zukommen), soweit der/die Arbeitnehmer/in seine/ihre Arbeitsleistung zumindest für einen Großteil der Tournee zu erbringen hat, oder

6.

Teilnahme und Abwicklung von internationalen Wettkampfveranstaltungen (Internationale Meisterschaften) im Sinne des § 3 Z 6 BMSG 2013, ausgenommen Vorbereitungs- und Abschlussarbeiten für die Veranstaltung (Auf- und Abbau der im Zusammenhang mit der Veranstaltung stehenden Einrichtungen) sowie Verabreichung von Speisen und Ausschank von Getränken im Rahmen der Veranstaltung.

(1b) Wird der/die entsandte Arbeitnehmer/in mit Arbeiten im Sinne des Abs. 1a im Rahmen eines mit einem/einer inländischen Dienstleistungsempfänger/in geschlossenen Dienstleistungsvertrages in Österreich beschäftigt, gilt Abs. 1 Z 1 und Z 2 nicht.

(2) Für einen/eine entsandte/n Arbeitnehmer/in, der im Zusammenhang mit der Lieferung von Anlagen an einen Betrieb mit Montagearbeiten, der Inbetriebnahme und damit verbundenen Schulungen oder mit Reparaturen dieser Anlagen, die von inländischen Arbeitnehmer/innen nicht erbracht werden können, beschäftigt wird, gilt

1.

Abs. 1 Z 1 nicht, wenn es sich um kollektivvertragliches Entgelt im Sinne des Abs. 1 Z 1 handelt und diese Arbeiten in Österreich insgesamt nicht länger als drei Monate dauern;

2.

Abs. 1 Z 2 nicht, wenn diese Arbeiten in Österreich insgesamt nicht länger als acht Kalendertage dauern.

Für Arbeitnehmer/innen, die mit Bauarbeiten, die der Errichtung, der Instandsetzung, der Instandhaltung, dem Umbau oder dem Abriss von Bauwerken dienen, insbesondere mit Aushub, Erdarbeiten, Bauarbeiten im engeren Sinne, Errichtung und Abbau von Fertigbauelementen, Einrichtung oder Ausstattung, Umbau Renovierung, Reparatur, Abbauarbeiten, Abbrucharbeiten, Wartung, Instandhaltung (Maler- und Reinigungsarbeiten) oder Sanierung sowie mit Reparaturen und Installationen an Anlagen in Kraftwerken beschäftigt sind, gilt Abs. 1 jedenfalls ab dem ersten Tag der Beschäftigung in Österreich.

(3) Arbeitgeber/innen im Sinne des Abs. 1 haben die Beschäftigung von Arbeitnehmer/innen, die zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, spätestens eine Woche vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen zu melden und dem/der im Abs. 1 Z 4 bezeichneten Beauftragten, sofern nur ein/e Arbeitnehmer/in entsandt wird, diesem/dieser, die Meldung in Abschrift auszuhändigen oder in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen. Die Meldung hat ausschließlich automationsunterstützt über die elektronischen Formulare des Bundesministeriums für Finanzen zu erfolgen. In Katastrophenfällen, bei unaufschiebbaren Arbeiten und bei kurzfristig zu erledigenden Aufträgen ist die Meldung unverzüglich vor Arbeitsaufnahme zu erstatten. Die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen hat die Meldung an den zuständigen Krankenversicherungsträger (§§ 26 und 30 ASVG), und sofern es sich um Bautätigkeiten handelt, der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse elektronisch zu übermitteln.

(3a) Das Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz ist im Rahmen der Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben für Zwecke der Arbeitsmarktpolitik berechtigt, auf automationsunterstütztem Weg Einsicht in die von der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen hinsichtlich der Meldungen nach Abs. 3 geführte Datenbank zu nehmen, wobei die Befugnis zur Einsichtnahme folgende Daten umfasst: Betriebsdaten (Firmenname und -adresse), Arbeitnehmer/innendaten der entsandten Person (Name, Geburtsdatum, Sozialversicherungsnummer, Sozialversicherungsträger, Wohnsitz, ausgeübte Tätigkeit, Entgelthöhe, Beschäftigungsdauer, Beschäftigungsort), Daten inländischer Auftraggeber/innen (Firmenname und Adresse des Beschäftiger/innenbetriebs oder des/der Generalunternehmers/in in Österreich) sowie genehmigungspflichtige Beschäftigung.

(4) Die Meldung nach Abs. 3 hat für jede Entsendung gesondert zu erfolgen und hat folgende Angaben zu enthalten; nachträgliche Änderungen bei den Angaben sind unverzüglich zu melden:

1.

Name, Anschrift und Gewerbebefugnis oder Unternehmensgegenstand des/der Arbeitgebers/in im Sinne des Abs. 1, Umsatzsteueridentifikationsnummer,

2.

Name und Anschrift der zur Vertretung nach außen Berufenen des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin,

3.

Name und Anschrift des/der im Abs. 1 Z 4 bezeichneten Beauftragten,

4.

Name und Anschrift des/der inländischen Auftraggebers/Auftraggeberin (Generalunternehmers/in),

5.

die Namen, Anschriften, Geburtsdaten, Sozialversicherungsnummern und zuständige Sozialversicherungsträger sowie die Staatsangehörigkeit der nach Österreich entsandten Arbeitnehmer/innen,

6.

Zeitraum der Entsendung insgesamt sowie Beginn und voraussichtliche Dauer der Beschäftigung der einzelnen Arbeitnehmer/innen in Österreich, Dauer und Lage der vereinbarten Normalarbeitszeit der einzelnen Arbeitnehmer/innen,

7.

die Höhe des dem/der einzelnen Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts und Beginn des Arbeitsverhältnisses bei dem/der Arbeitgeber/in,

8.

Ort (genaue Anschrift) der Beschäftigung in Österreich (auch andere Einsatzorte in Österreich),

9.

die Art der Tätigkeit und Verwendung des/der Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin unter Berücksichtigung des maßgeblichen österreichischen Kollektivvertrages,

10.

sofern für die Beschäftigung der entsandten Arbeitnehmer/in im Sitzstaat des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin eine behördliche Genehmigung erforderlich ist, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung,

11.

sofern die entsandten Arbeitnehmer/innen im Sitzstaat des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin eine Aufenthaltsgenehmigung benötigen, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung.

(5) Arbeitgeber/innen im Sinne des Abs. 1 haben, sofern für den/die entsandten Arbeitnehmer/innen in Österreich keine Sozialversicherungspflicht besteht, Unterlagen über die Anmeldung des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04) sowie eine Abschrift der Meldung gemäß den Abs. 3 und 4 am Arbeits(Einsatz)ort im Inland bereitzuhalten oder diese den Organen der Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse unmittelbar vor Ort in elektronischer Form zugänglich zu machen. Sofern für die Beschäftigung der entsandten Arbeitnehmer/innen im Sitzstaat des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin eine behördliche Genehmigung erforderlich ist, ist auch die Genehmigung bereitzuhalten. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die erforderlichen Unterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten oder in elektronischer Form zugänglich zu machen. Ist die Bereithaltung oder Zugänglichmachung der Unterlagen am

Arbeits(Einsatz)ort nicht zumutbar, sind die Unterlagen jedenfalls im Inland bereitzuhalten und der Abgabenbehörde auf Verlangen nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis einschließlich des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.

(6) Die Behörden haben nach Maßgabe der datenschutzrechtlichen Vorschriften auch mit Behörden anderer Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraumes, die für die Kontrolle der Einhaltung arbeits- und sozialrechtlicher Vorschriften oder für die Bekämpfung illegaler Erwerbstätigkeit zuständig sind oder Auskünfte geben können, ob ein/e Arbeitgeber/in die Arbeitsbedingungen nach Abs. 1 einhält, zusammenzuarbeiten sowie Auskünfte bei begründeten Anfragen von Behörden anderer Mitgliedstaaten zu geben. Die Gewährung von Amtshilfe an diese Behörden ist von Stempel- und sonstigen Gebühren befreit.

(7) Die Kollektivvertragsparteien haben die von ihnen abgeschlossenen Kollektivverträge in geeigneter Form zugänglich zu machen. Sofern es sich um Bautätigkeiten handelt, wird die Informations- und Auskunftstätigkeit nach Maßgabe des BUAG von der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse wahrgenommen.

(8) Wer als Arbeitgeber/in im Sinne des Abs. 1

1.

die Meldung oder die Meldung über nachträgliche Änderungen bei den Angaben (Änderungsmeldung) entgegen Abs. 3 nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erstattet oder

2.

in der Meldung oder Änderungsmeldung nach Abs. 3 wissentlich unrichtige Angaben erstattet oder

3.

die erforderlichen Unterlagen entgegen Abs. 5 nicht bereithält oder den Organen der Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vor Ort nicht unmittelbar zugänglich macht oder

4.

die erforderlichen Unterlagen entgegen Abs. 5 oder § 7h Abs. 2 nicht übermittelt,

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jede/n Arbeitnehmer/in mit Geldstrafe von 500 Euro bis 5 000 Euro, im Wiederholungsfall von 1 000 Euro bis 10 000 Euro zu bestrafen. Bei grenzüberschreitender Entsendung gilt die Verwaltungsübertretung als in dem Sprengel der Bezirksverwaltungsbehörde begangen, in dem der Arbeits(Einsatz)ort der nach Österreich entsandten Arbeitnehmer/innen liegt, bei wechselnden Arbeits(Einsatzorten) am Ort der Kontrolle.

(9) Die Abs. 1 bis 8 gelten auch für Arbeitnehmer/innen, die von einem/einer Arbeitgeber/in mit Sitz in der Schweizerischen Eidgenossenschaft zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden.“

Das Ziel dieser Regelung ist die Sicherstellung der Ansprüche von Arbeitnehmern, die von einem Arbeitgeber mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich zur Erbringung einer

Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, auf jenes kollektivvertragliche Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebührt. Weitere Gleichstellungen gegenüber im Inland beschäftigten Arbeitnehmern betreffen den Urlaubsanspruch und Arbeitszeitregelungen.

Voraussetzung für die Arbeitgeberbereiungenschaft laut AVRAG in der im gegenständlichen Fall anzuwendenden Fassung BGBl. I Nr. 94/2014 ist, dass ein Arbeitgeber Arbeitnehmer beschäftigt, die „zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt“ werden. Dies ist gegenständlich der Fall; H. Hungary Kft. gilt (als Beschäftigterin von überlassenen Arbeitskräften der R. Kft.) somit als Arbeitgeberin iSd § 7b Abs. 1 AVRAG.

Hinsichtlich des Zeitraumes der Arbeitsleistung und somit einer etwaigen Kurzfristigkeit ist zunächst festzuhalten, dass der in § 7 Abs. 2 AVRAG in seiner Stammfassung (BGBl. Nr. 459/1993) festgelegte einmonatige Zeitraum bei „Erbringung einer fortgesetzten Arbeitsleistung“ mit der Novelle BGBl. Nr. 895/1995 entfallen ist (vgl. VwGH vom 14.12.2015, Ra 2015/11/0083).

Zur Kurzfristigkeit ist weiters auf die in der Regierungsvorlage zuBGBl. I Nr. 94/2014, mit dem das AVRAG insbesondere auch dahingehend abgeändert wurde, dass in § 7b der Terminus „fortgesetzten“ gestrichen wurde, zum Ausdruck gebrachten Absicht des Gesetzgebers hinzuweisen: Dort ist festgehalten, dass der Entfall des Terminus „fortgesetzten“ vor dem Terminus „Arbeitsleistung“ in den §§ 7a Abs. 1 und 7b Abs. 1 und 3 AVRAG dem Verständnis des Entsendebegriffs entspricht, wonach dieser durch den Terminus „fortgesetzten“ keine Einschränkung erfährt und insbesondere an die Entsendung kein zeitliches Mindestmaß gebunden ist, sondern lediglich zum Ausdruck gebracht wird, dass der/die Arbeitnehmer/in im Rahmen der Entsendung die Arbeitsleistung, die er/sie vor bzw. nach der Entsendung im Heimatstaat erbracht hat bzw. wieder erbringen wird, in einem anderen als dem Heimatstaat erbringt und diese Arbeitsleistung insofern in diesem anderen Staat fortsetzt.

Art. 3 Abs. 5 der Entsenderichtlinie RL 96/71/EG sieht vor, dass von Mitgliedsstaaten Ausnahmen für die Entsendung vorgesehen werden können, wenn der Umfang der zu verrichtenden Arbeiten gering ist.

Damit sollte offenbar klargestellt werden (laut Pfeil, Grenzüberschreitender Einsatz von Arbeitnehmern - Schluss, DRdA 2/2008, 124 [127]), dass ein einmaliges oder nur ganz kurzfristiges Tätigwerden in Österreich noch keine Rechtsfolgen nach dem AVRAG auslöst (Vgl. Holzer/Reissner, AVRAG, § 7a Rz 6, sowie – mit ähnlicher Kritik wie hier – Binder, AVRAG, § 7a Rz 10). Der Entsendebegriff knüpft sonst – auch und gerade in der RL – nicht auf eine Mindestdauer der Tätigkeit im anderen Staat an.

Gegenständlich erbringen die Arbeitnehmer von H. Hungary Kft. keine nur ganz kurzfristigen, punktuellen Tätigkeiten. Vielmehr liegen regelmäßige Arbeitszeiten der Mitarbeiter aufgrund eines im Voraus erstellten Dienstplanes vor. Die Entsendung der verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmer erfolgt auf vertraglich definierten, zwischen Budapest und Salzburg bzw. München verkehrenden Railjet-Zügen der Dienstleistungsempfängerin Ö., sohin regelmäßig, dies vertragsgemäß seit 20.7.2012.

Hinsichtlich des Zeitraumes der Entsendung ist entgegen dem Vorbringen in der Beschwerde nicht auf die jeweiligen Einsatzzeiten der einzelnen Arbeitnehmer abzustellen, sondern auf den vertraglich vereinbarten Zeitraum. Dies ergibt sich aus den Materialien zu § 7 Abs. 2 AVRAG in seiner Stammfassung, 1077 d.B. (XVIII.GP), wonach es nicht darauf ankommt, „ob ein und derselbe Arbeitnehmer über einen Monat beschäftigt ist, oder der Arbeitgeber die Arbeiten durch wechselnde Arbeitnehmer durchführen läßt“. Dass diesbezüglich eine Änderung eingetreten wäre, ist nicht ersichtlich und wurde – neben dem unsubstantiierten Vorbringen in der Beschwerde – auch nicht behauptet.

Der Gesetzgeber hat im Zuge der Novelle BGBl. I Nr. 94/2014 in § 7b Abs. 1a AVRAG Ausnahmen vom Geltungsbereich definiert, wobei neben einer Aufzählung der Arbeiten Voraussetzung ist, dass kein Dienstleistungsvertrag mit einem inländischen Dienstleistungsempfänger abgeschlossen wurde.

Gegenständlich liegt bereits deshalb kein Fall gemäß § 7b Abs. 1a AVRAG vor, da – wie bereits ausgeführt – ein Dienstleistungsvertrag mit einem inländischen Dienstleistungsempfänger der Arbeitsleistung der Mitarbeiter von H. Hungary Kft. zugrunde liegt. Außerdem mangelt es an der Kurzfristigkeit der Tätigkeit.

Den rechtlichen Einwendungen zum mangelnden Vorliegen einer Entsendung kommt daher keine Berechtigung zu.

Die H. Hungary Kft. beschäftigt - in Erfüllung des Vertrages mit der H. GmbH - von der ungarischen Personalleasingfirma R. Kft. überlassene Arbeitnehmer und entsendet diese zur Erbringung ihrer Arbeitsleistung nach Österreich. Zumindest in einem Fall wurde ein Mitarbeiter der H. Hungary Kft. auf diese Weise eingesetzt. Die H.

Hungary Kft. ist somit gemäß § 7b Abs. 1 AVRAG Arbeitgeberin und hat daher eine Meldung gemäß § 7b Abs. 3. leg. cit. zu erstatten.

Dem Vorbringen in der Beschwerde, wonach die Mitarbeiter von H. Hungary Kft. zum fahrenden Personal eines Unternehmens gehören, das im eigenen Namen internationale Personen- und Güterbeförderungen auf dem Schienen(...)weg durchführt, da diese ihre Leistungen auf Transportmitteln erbringen, die im internationalen Verkehr normalerweise im Hoheitsgebiet zweier oder mehrerer Mitgliedsländer tätig sind, ist insofern nicht zu folgen, als die Mitarbeiter unbestritten nicht zum Personal der Ö. gehören. Dass die H. Hungary Kft. im eigenen Namen internationale Personen- oder Güterbeförderungen auf dem Schienenweg durchführt, wurde im Übrigen nicht einmal behauptet.

Auf das weitere Vorbringen in der Beschwerde war mangels Relevanz nicht einzugehen.

Die Tat wurde nicht bestritten und ist daher objektiv erwiesen.

Zur subjektiven Tatseite ist Folgendes auszuführen:

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Der Gesetzgeber präsumiert somit in einem solchen Fall die Schuld bis zur Glaubhaftmachung des Gegenteiles durch den Beschuldigt

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at