

# TE Lvwg Erkenntnis 2016/3/1 VGW-041/028/34177/2014

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 01.03.2016

## Entscheidungsdatum

01.03.2016

## Index

60/04 Arbeitsrecht allgemein

62 Arbeitsmarktverwaltung

40/01 Verwaltungsverfahren

## Norm

AuslBG §18 Abs1 Z1

AuslBG §18 Abs1 Z2

AuslBG §18 Abs12

AuslBG §28 Abs1 Z4

VwGVG §42

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Richter Mag. Zotter über die Beschwerde der Finanzpolizei West, Team K. gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 28.10.2014, Zl. MBA ... - S 18093/14, mit welchem von der Fortführung des gegen Herrn Dipl.-Ing. W. G. wegen einer Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) eingeleiteten Verwaltungsstrafverfahrens abgesehen und die Einstellung verfügt wurde, zu Recht erkannt:

I.

Der Beschwerde wird Folge gegeben und der angefochtene Bescheid behoben. Dem Mitbeteiligten Dipl.-Ing. W. G. wird angelastet, es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der B.-ges.m.b.H. mit Sitz in Wien, H.-straße, zu verantworten zu haben, dass diese Gesellschaft in der Zeit von 10.2.2014 bis zumindest 12.2.2014 im Rahmen eines Bauvorhabens in S., N.-weg, die Arbeitsleistungen (Fliesenlegerarbeiten), des kosovarischen Staatsangehörigen N. A., der von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union, nämlich dem Einzelunternehmen Be. mit Sitz in C., V., nach Österreich entsandt wurde, in Anspruch genommen hat, obwohl keine EU-Entsendebestätigung ausgestellt und die Voraussetzungen des § 18 Abs. 12 Z 1 oder 2 AuslBG nicht erfüllt waren. Er hat dadurch gemäß § 28 Abs. 1 Z 4 lit. b iVm § 18 Abs. 12 AuslBG, BGBl. Nr.

218/1975, in der Fassung BGBl. I Nr. 72/2013 eine Verwaltungsübertretung begangen. Gemäß § 28 Abs. 1 Z 4 erster Strafsatz leg cit wird deshalb über ihn eine Geldstrafe von 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von zwei Tagen verhängt.

Gemäß § 9 Abs. 7 VStG haftet die B.-ges.m.b.H. für die über den Genannten verhängte Geldstrafe zur ungeteilten Hand.

II.

Gegen diese Entscheidung ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

#### Entscheidungsgründe

1. Der Spruch des in Beschwerde gezogenen Bescheides des Magistrates der Stadt Wien vom 28.10.2014 lautet wie folgt:

„Gemäß § 45 Abs 1 Z. 2 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl. Nr. 52/1991, in der geltenden Fassung, wird von der Fortführung des Verwaltungsstrafverfahrens gegen Herrn Dipl.-Ing. W. G. hinsichtlich des Vorwurfes:

„Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der B.-gesellschaft m.b.H. mit Sitz in Wien, H.-straße, FN ... , zu verantworten, dass diese Gesellschaft als auftragerteilende Arbeitgeberin in der Zeit von 10.02.2014 bis zumindest 12.02.2014 in S., N.-weg, die Arbeitsleistungen eines Ausländers A. N., geb. 1981, Staatsangehörigkeit: Kosovo, (dieser wurde bei Fliesenlegerarbeiten angetroffen, der von dem Unternehmer mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedsstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes nach Österreich entsandt wurde, nämlich von der D. s.r.l. mit Sitz in T., Zona R., Italien, in Anspruch genommen hat, obwohl keine EU-Entsendebewilligung ausgestellt bzw. die Voraussetzungen des § 18 Abs. 12 Z. 1 oder 2 Ausländerbeschäftigungsgesetz nicht erfüllt waren.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt: § 28 Abs. 1 Z. 4 lit. b AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 in der Fassung BGBl. I Nr. 72/2013 iVm § 18 Abs. 12 AuslBG iVm § 9 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG 1991), BGBl. Nr. 52/1991!

abgesehen und die Einstellung verfügt.“

Begründend wird ausgeführt, es sei unbestritten geblieben, dass der kosovarische Staatsangehörige A. auf der Baustelle mit Fliesenlegerarbeiten beschäftigt gewesen sei. Die von Herrn Dipl.-Ing. G. vertretene Gesellschaft sei nicht seine Arbeitgeberin gewesen. Die Arbeitsleistungen des Ausländers seien neben seinem Arbeitgeber Be. auch der Vertragspartnerin der B.-gesellschaft m.b.H., nämlich der D. in Italien, zugutegekommen. Dafür, dass gemäß § 28 Abs. 1 Z 4 lit. b AuslBG alle diejenigen, die, wie im gegenständlichen Fall, mit dem Ausländer lediglich über mehrere als einem Unternehmen indirekt verbunden seien, zu bestrafen seien, gebe es im Gesetz keine Anhaltspunkte. Tatsächlich sollten neben dem tatsächlichen Arbeitgeber nur jene bestraft werden, die mit dem Arbeitgeber ein aufrechtes direktes Vertragsverhältnis innehätten. Mangels Tatbeständlichkeit sei daher spruchgemäß zu entscheiden gewesen.

2. Dagegen richtet sich die von der Abgabenbehörde, Finanzamt K., erhobene Beschwerde. Vorgebracht wird, die Beschwerdeführerin habe am 11.4.2014 gegen die Verantwortlichen der B.-ges.m.b.H. mit Sitz in Wien, H.-straße, Anzeige gemäß § 18 Abs. 12 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Z 5 lit. b AuslBG erstattet. Grundlage sei eine Kontrolle nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz auf der Baustelle BORG S., N.-weg, in S. gewesen. Bei dieser Kontrolle sei Herr N. A. (Staatsangehörigkeit Kosovo) bei Fliesenlegerarbeiten angetroffen worden. Für ihn habe keine EU-Entsendebestätigung vorgelegen. Der entsprechende Antrag sei vom AMS K. mit Bescheid vom 3.4.2014 abgewiesen worden, da die für die Dauer der Entsendung vereinbarte Entlohnung nicht den in Österreich geltenden Rechtsvorschriften entsprochen habe. Herr A. sei beim Einzelunternehmen Be. mit Sitz in Italien beschäftigt gewesen. Be. habe den Auftrag für die Fliesenlegerarbeiten von der D. s.r.l., ebenfalls mit Sitz in Italien, erhalten, welche wiederum von der B.-ges.m.b.H. beauftragt gewesen sei. Die von der belangten Behörde in der Begründung des angefochtenen Bescheides vertretene Rechtsansicht sei durch die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 19.10.2005 zur Zahl 2004/09/0064 klar widerlegt. Für die Beurteilung der rechtmäßigen Entsendung von Arbeitskräften sei das Bestehen eines unmittelbaren Vertragsverhältnisses zwischen dem inländischen Unternehmer und dem Arbeitgeber der ausländischen Arbeitskräfte nicht erforderlich. Unabhängig davon, ob der inländische Auftraggeber gewusst habe, dass die entsendeten Ausländer Arbeitnehmer eines Subunternehmers gewesen seien oder im Glauben

gewesen sei, es habe sich um Arbeitnehmer eines Unternehmens gehandelt, dem er den Auftrag erteilt habe, habe ihn als Empfänger der Arbeitsleistungen die Verpflichtung getroffen, Entsendebewilligungen oder Beschäftigungsbewilligungen zu erwirken. Im gegenständlichen Fall sei die B.-ges.m.b.H. in der Auftragskette als erster inländischer Inanspruchnehmer der Arbeitsleistung von N. A. aufgeschienen. Die nach außen zur Vertretung berufenen Personen seien daher für die unerlaubte Beschäftigung verantwortlich. Beantragt wird, den angefochtenen Bescheid aufzuheben und den Vertreter der B.-gesellschaft m.b.H., wie im Strafantrag angeführt, zu bestrafen.

3. Herr Dipl.-Ing. W. G. (in der Folge Mitbeteiligter) erstattete zur Beschwerde eine schriftliche Stellungnahme. Er bestreitet die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes. Zwischen Be. und der B.-ges.m.b.H. habe keine Vertragsbeziehung bestanden. Die Inanspruchnahme eines Ausländers durch ein inländisches Unternehmen liege nur dann vor, wenn ein inländischer Vertragspartner eines ausländischen Unternehmens die Arbeitsleistungen des entsandten Arbeitnehmers in Anspruch nehme. Es komme jedenfalls auf das Bestehen eines Vertragsverhältnisses zwischen dem inländischen Auftraggeber und dem ausländischen Auftragnehmer an. Ein derartiges Vertragsverhältnis zwischen der B.-ges.m.b.H. und dem Arbeitgeber von N. A. habe zu keinem Zeitpunkt bestanden. Die B.-ges.m.b.H. habe die D. s.r.l. mit Sitz in Italien mit der Verrichtung von Fliesenlegerarbeiten beauftragt. Be., der Arbeitgeber des auf der Baustelle tätigen Ausländers, sei von der D. als Subunternehmer beauftragt worden und habe kein Vertragsverhältnis des Arbeitgebers des Ausländers mit der B.-ges.m.b.H. bestanden. Unter Hinweis auf § 26 Abs. 6 AuslBG sei das von der Abgabenbehörde in der Beschwerde herangezogene Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes auf den gegenständlichen Fall nicht anwendbar. Diese Bestimmung sei in Umsetzung der EU-Sanktionsrichtlinie so auszulegen, dass der Unterauftraggeber und alle Subauftragnehmer, die einen Auftrag weitergeben, haften würden, nicht aber jenes Unternehmen, das unmittelbar als Bauherr, wie im gegenständlichen Fall die B.-ges.m.b.H. als Auftraggeber, auftreten würde. Die Bestimmung des § 28 Abs. 1 Z 4 lit. b in Verbindung mit § 18 Abs. 12 AuslBG betreffe nicht jene Unternehmen, die aufgrund einer Vertragsbeziehung mit einem Unternehmen mit Betriebssitz im Inland, die Arbeitsleistung eines Ausländers in Anspruch nehmen.

Zum Verschulden wird in der Stellungnahme vorgebracht, dass der B.-gesellschaft nicht zur Kenntnis gelangt sei, dass die beauftragte D. s.r.l. ein Subunternehmen beauftragt habe und dies, obwohl für eine solche Auftragsweitergabe die Zustimmung der B.-ges.m.b.H. erforderlich gewesen wäre. Eine Inanspruchnahme im Sinne von § 28 Abs. 1 Z 4 lit. b in Verbindung mit § 18 Abs. 12 AuslBG könne nicht vorliegen, wenn zwischen der vom Mitbeteiligten vertretenen B.-ges.m.b.H. und dem Arbeitgeber von N. A., Be., nicht einmal ein Vertragsverhältnis bestanden habe. Schon in Ansehung der Entfernung der B.-ges.m.b.H. vom tätig gewordenen Ausländer sei von einem Verschulden des Mitbeteiligten nicht auszugehen. Von der B.-ges.m.b.H. sei alles Zumutbare unternommen worden, um eine unrechtmäßige Ausländerbeschäftigung durch von ihr beauftragte Unternehmen zu verhindern. Die B.-ges.m.b.H. befinde sich zu 100 Prozent im Eigentum der Republik Österreich und sei damit als öffentliche Auftraggeberin bei der Beschaffung von Leistungen an die Durchführung eines Vergabeverfahrens gemäß dem Bundesvergabegesetz gebunden. In diesen Verfahren sei immer der Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit des Bieters oder Bewerbers zu führen. Im gegenständlichen Fall seien die Fliesenlegerarbeiten im Rahmen des Vergabeverfahrens vergeben worden und sei damit ein externer, geeigneter und befugter Ziviltechniker betraut worden, um sicherzugehen, dass dieses Vergabeverfahren im rechtlichen Rahmen des Bundesvergabegesetzes durchgeführt werde. In diesem Verfahren sei eine Eignungsprüfung der D. s.r.l. erfolgt und positiv abgeschlossen worden. Die B.-ges.m.b.H. habe sich daher darauf verlassen können, dass die D. s.r.l. den Auftrag vereinbarungsgemäß und gesetzeskonform ausführen würde und alle Ausländer auf der Baustelle gesetzeskonform beschäftigt würden. Im Übrigen habe der Mitbeteiligte als Verantwortlicher gemäß § 9 VStG alle Maßnahmen getroffen, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen mit Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften haben erwarten lassen. So habe die B.-ges.m.b.H. regelmäßig über den gesamten Zeitraum der Bauarbeiten auf der gegenständlichen Baustelle Kontrollen der Beschäftigungsbewilligungen der dort beschäftigten Arbeitnehmer durch die örtliche Bauaufsicht vornehmen lassen. Am 16. Juli 2013 sei etwa eine Aufforderung der örtlichen Bauaufsicht an die D. s.r.l. ergangen, gültige Arbeitsbewilligungen für die auf der Baustelle tätigen Arbeitnehmer umgehend zu übermitteln. Daraufhin seien Sozialversicherungsdokumente in Form von A1-Bescheinigungen für die auf der Baustelle tätigen Arbeiter vorgelegt worden. Diese Bescheinigungen würden dazu dienen überprüfen zu können, ob ein entsandter Arbeitnehmer über die Dauer der Entsendung hinaus beim entsendenden Unternehmen beschäftigt sei. Die B.-ges.m.b.H. habe sich auch auf die Einhaltung der österreichischen Lohnbedingungen verlassen können, zumal im Angebotschreiben der D. s.r.l. zur Ausführung des Auftrages ein Bruttomindestlohn von 14,57 Euro pro Stunde angegeben worden sei. Dieser übersteige den zum

verfahrensgegenständlichen Zeitpunkt gültigen kollektivvertraglichen Mindestlohn erheblich. Eine Notwendigkeit der B.-ges.m.b.H., das Vorliegen von Entsende- oder Arbeitsbewilligungen zu kontrollieren, habe nicht bestanden, da die B.-ges.m.b.H. davon ausgehen habe können, dass die Bedingungen des § 18 Abs. 12 Z 1 und 2 AuslBG erfüllt gewesen seien und deshalb keine Beschäftigungs- und Entsendebewilligungen erforderlich gewesen seien.

Am 14. April 2014 sei der Bescheid des AMS, mit dem die Entsendung von N. A. abgelehnt worden sei, bei der B.-gesellschaft eingelangt. Noch am selben Tag sei dagegen Beschwerde erhoben worden. Am 8. April 2014 sei die örtliche Bauaufsicht ein weiteres Mal aufgefordert worden, die Einhaltung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes auf der gegenständlichen Baustelle zu kontrollieren. Die örtliche Bauaufsicht habe sich im Vertrag mit der B.-gesellschaft ausdrücklich dazu verpflichtet, eine stichprobenartige Kontrolle der Arbeitsberechtigungen von ausländischen Arbeitskräften vorzunehmen. Es seien daher alle zumutbaren Maßnahmen getroffen worden, um eine Einhaltung der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes durch die B.-gesellschaft sicherzustellen. Den Mitbeteiligten treffe daher an der gegenständlichen Übertretung kein Verschulden. Beantragt wird, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

4. Das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren wurde aufgrund eines Strafantrages der Abgabenbehörde, Finanzamt K., eingeleitet. Danach habe am 12.2.2014 in S., N.-weg, eine Kontrolle durch Organe der Abgabenbehörde stattgefunden (Bauvorhaben BORG, S.). Dabei sei unter anderem der kosovarische Staatsangehörige N. A. bei Fliesenlegerarbeiten angetroffen worden. Sein Arbeitgeber Be. habe angegeben, den Auftrag von der D. s.r.l. mit Sitz in T. in Italien erhalten zu haben. Diese wiederum arbeite im Auftrag der B.-ges.m.b.H. mit Sitz in Wien. Zum Zeitpunkt der Kontrolle hätten die erforderlichen Unterlagen nicht vorgelegen. Die Lohnunterlagen, Formulare A1, ZK03-Meldung seien vom Betriebsinhaber Be. verspätet nachgereicht worden. Mit Bescheid vom 3.4.2014 habe das AMS K. die Entsendung von Herrn N. A. abgelehnt, da die für die Dauer der Entsendung vereinbarte Entlohnung nicht den österreichischen Vorschriften entsprochen habe. Der handelsrechtliche Geschäftsführer der B.-ges.m.b.H. mit Sitz in Wien habe zu verantworten, dass entgegen § 18 Abs. 12 AuslBG die Arbeitsleistungen eines Ausländers, der von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedsstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes zur Arbeitsleistung nach Österreich entsandt worden sei, in Anspruch genommen worden seien, obwohl die Voraussetzungen des § 18 Abs. 12 Z 1 und 2 nicht erfüllt gewesen seien und auch keine EU-Entsendebestätigung ausgestellt worden sei. Beantragt wird die Verhängung einer Strafe von 1.000,00 Euro.

Dem Strafantrag sind unter anderem die von Be. erstattete Meldung einer Entsendung nach Österreich gemäß § 7b Abs. 3 und 4 AVRAG sowie der Bescheid des AMS vom 3. April 2014 angeschlossen. Eine Ausfertigung dieses Bescheides ist der B.-ges.m.b.H. übermittelt worden. Daraus geht hervor, dass der Antrag des Be. vom 17. Februar 2014 auf Bestätigung der EU-Entsendung für N. A. gemäß § 18 Abs. 12 Z 2 AuslBG abgelehnt und die Entsendung untersagt wurde. Für die Dauer der Entsendung hätten die vereinbarten Lohn- und Arbeitsbedingungen nicht den in Österreich geltenden Rechtsvorschriften entsprochen, da 9 Euro brutto pro Stunde für einen Fliesenleger vereinbart gewesen seien und dies nicht den Bestimmungen des österreichischen Kollektivvertrages entspreche.

5. Mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 20.5.2014 hat der Magistrat der Stadt Wien dem Mitbeteiligten Dipl.-Ing. W. G. Folgendes angelastet:

„Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der B.-gesellschaft m.b.H. mit Sitz in Wien, H.-straße, FN ... , zu verantworten, dass diese Gesellschaft als auftragerteilende Arbeitgeberin in der Zeit von 10.02.2014 bis zumindest 12.02.2014 in S., N.-weg, die Arbeitsleistungen des Ausländers (dieser wurde bei Fliesenlegerarbeiten angetroffen), A. N., geb. 1981, Staatsangehörigkeit: Kosovo, der von dem Unternehmer mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedsstaat des Europäischen Wirtschaftsraum nach Österreich entsandt wurde, nämlich von der D. s.r.l. mit Sitz in T., Zona R., Italien, in Anspruch genommen hat, obwohl keine EU-Entsendebewilligung ausgestellt bzw. die Voraussetzungen des § 18 Abs. 12 Z. 1 oder 2 Ausländerbeschäftigungsgesetz nicht erfüllt waren.

Verwaltungsübertretungen nach:

§ 28 Abs. 1 Z. 4 lit. b AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 in der Fassung BGBl. I Nr. 72/2013 iVm § 18 Abs. 12 AuslBG iVm § 9 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG 1991), BGBl. Nr. 52/1991“.

Der Mitbeteiligte rechtfertigte sich im verwaltungsbehördlichen Strafverfahren wie in der im verwaltungsgerichtlichen Verfahren erstatteten Stellungnahme. Daraufhin erließ die belangte Behörde den nunmehr angefochtenen Bescheid.

6. Das Verwaltungsgericht Wien hat in der Angelegenheit eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt. Der Vertreter der Beschwerdeführerin verwies auf die schriftliche Beschwerde.

Der Vertreter des Mitbeteiligten brachte vor, dass das der Beschwerde zugrunde gelegte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes für den gegenständlichen Fall nicht von Relevanz sei. Das Erkenntnis beziehe sich auf die Bestimmung des § 18 Abs. 1 AuslBG. Dort sei die direkte Beschäftigung von Ausländern geregelt, während im § 18 Abs. 12 AuslBG die Entsendung von Arbeitskräften Gegenstand sei. In § 18 Abs. 12 AuslBG werde die zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle illegaler Beschäftigung angesprochen. Für diese Bestimmung sei daher von Relevanz, was man aus vorhandenen Evidenzen für die Rechtmäßigkeit eines Verhaltens ableiten könne. Genau dies sei im gegenständlichen Fall im Rahmen des Vergabeverfahrens erfolgt bzw. geprüft worden. Die Weitergabe des Auftrages durch den im Vergabeverfahren durch seine Unbescholtenheit geprüften Vertragspartner sei gerade in Verletzung dieser vergaberechtlichen Vorgaben erfolgt. Im Hinblick auf § 26 Abs. 6 AuslBG komme es darauf an, dass das Gesetz Fälle regeln wolle, in denen Leistungen der gegenständlichen Art durch den Generalunternehmer bezogen würden. Die B. sei aber nicht Generalunternehmer, sondern selbst Bauherr und Vertragspartner des Generalunternehmers. Es sei daher zwischen § 18 Abs. 1 und Abs. 12 AuslBG zu unterscheiden, selbst wenn es irrelevant gewesen sei, dass die B. nicht Vertragspartner des Arbeitgebers des Ausländers gewesen sei. Nach dem Wortlaut des § 28 Abs. 1 Z 4 AuslBG komme es auf die Inanspruchnahme von Arbeitsleistungen an. Die B.-gesellschaft habe niemals Arbeitsleistungen in Anspruch genommen, sondern ein Werk beim Generalunternehmer bezogen und keine Arbeitsleistungen. Würde man die Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin zu Ende denken, würde zwingend auch jeder Einkauf von Waren dazu führen, dass eine Strafbarkeit vorliege, wenn an der Produktion der Ware in irgendeiner Kette eine unzulässige Beschäftigung vorgelegen hätte. Selbst wenn ungeachtet all dieser Umstände das objektive Tatbild gegeben wäre, könne in einem solchen Falle niemals die subjektive Tatseite verwirklicht sein. Dem Vertragspartner der B.-gesellschaft sei ausdrücklich untersagt worden, Teile der Leistung an Subunternehmer weiterzugeben. Die Inanspruchnahme der vom Ausländer erbrachten Leistung sei deshalb nicht von der B.-gesellschaft erfolgt, weil der Ausländer nicht vom Vertragspartner mit Sitz in Italien beschäftigt und nach Österreich entsandt worden sei. Nur in diesem Fall wäre das Tatbild verwirklicht. Es habe der Vertragspartner in Italien die Arbeitsleistung eines Ausländers in Anspruch genommen. Es sei auch vom Wortsinn der Wortfolge „in Anspruch nehmen“ nicht möglich, einerseits etwas zu verbieten und gleichzeitig das Verbotene auch in Anspruch zu nehmen.

Der Vertreter der Beschwerdeführerin brachte in der Verhandlung vor, der Sachverhalt, wonach die B. an den aktenkundigen Vertragspartner mit Sitz in Italien Fliesenlegerarbeiten vergeben habe und dieser diese Arbeiten an den aktenkundigen Subunternehmer weitergegeben habe, bei dem der verfahrensgegenständliche Ausländer beschäftigt gewesen sei, und dieser Ausländer diese Arbeiten an der Baustelle in Österreich verrichtet habe, sei unbestritten. Es seien schon Fälle ähnlicher Konstellation zugunsten der Abgabenbehörde entschieden worden. Im Hinblick auf das zum Verschulden Vorgebrachte könne allenfalls von einem geringfügigen Verschulden im Sinne des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG ausgegangen werden.

Zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Mitbeteiligten wurden keine Angaben gemacht.

7. Aufgrund der aufgenommenen Beweise steht nachfolgender Sachverhalt fest:

Der Mitbeteiligte ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der B.-ges.m.b.H mit Sitz in Wien, H.-straße. Diese Gesellschaft beauftragte im Jahr 2014 die D. s.r.l. mit Sitz in T. mit Fliesenlegerarbeiten auf einem Bauvorhaben in S., N.-weg. Die Auftragnehmerin hat den Auftrag teilweise an das Einzelunternehmen Be. mit Sitz in C., Italien, weitergegeben. Der kosovarische Staatsangehörige N. A. hat von 10.02.2014 bis 12.02.2014 als Arbeitnehmer des Be. in Erfüllung dieses Auftrages auf der Baustelle in S. Fliesenlegerarbeiten verrichtet. Er erhielt einen vereinbarten Stundenlohn von 9 Euro brutto. Den Antrag seines Arbeitgebers Be. vom 17. Februar 2014 auf Bestätigung der EU-Entsendung hat das AMS K. mit Bescheid vom 3. April 2014 abgelehnt und die Entsendung untersagt. Diese Entscheidung gründet sich auf die Tatsache, dass die an den genannten Ausländer bezahlten 9 Euro Stundenlohn nicht den Bestimmungen des österreichischen Kollektivvertrages entsprochen haben.

Dieser Sachverhalt folgt aus den im Verfahren vorgelegten Unterlagen (schriftliche Verträge zwischen B.-ges.m.b.H. und D. s.r.l. sowie schriftliche Vereinbarung zwischen D. s.r.l. und Be., Bescheid des AMS) und dem Vorbringen der Parteien im Verfahren. Er blieb im Ergebnis unbestritten.

8. Rechtlich ergibt sich Folgendes:

8.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) in der zur Tatzeit geltenden Fassung lauten:

§ 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.

.....

(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.

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.

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 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.

§ 26. (6) Ein Unternehmen, welches die Erbringung einer Leistung an ein anderes Unternehmen ganz oder teilweise weitergibt, hat das beauftragte Unternehmen vor Beginn der Beschäftigung aufzufordern, binnen einer Woche die nach diesem Bundesgesetz erforderlichen Berechtigungen für die beschäftigten Ausländer nachzuweisen. Kommt das beauftragte Unternehmen dieser Aufforderung nicht fristgerecht nach, hat das Auftrag gebende Unternehmen umgehend die Zentrale Koordinationsstelle für die illegale Beschäftigung des Bundesministeriums für Finanzen zu verständigen.

§ 28. (1) 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,

4.

Wer

a)

entgegen § 18 Abs. 12 als Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes einen Ausländer im Inland beschäftigt oder

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,

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 Geldstrafe von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4 000 Euro bis 50 000 Euro;

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.

(6) Ein Unternehmen, welches die Erbringung einer Leistung an ein anderes Unternehmen ganz oder teilweise weitergibt, ist neben dem beauftragten Unternehmen gemäß Abs. 1 Z 1 zu bestrafen, wenn es

1.

die Übertretung des von ihm unmittelbar beauftragten oder – im Fall der Auftragsweitergabe – jedes weiteren beauftragten Unternehmens bei der Auftragserfüllung wissentlich geduldet hat, oder

2.

seiner Verpflichtung gemäß § 26 Abs. 6 nicht nachgekommen ist.

8.2. Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung dargetan hat (vgl. etwa die Erkenntnisse vom 30. Oktober 1991, Zl. 91/09/0111, vom 16. Mai 2001, Zl.99/09/0185, und vom 22. Jänner 2002, Zl.2000/09/0088, und die jeweils darin angegebene Judikatur) ist charakteristisch für die (Sonderform einer) Beschäftigung „betriebsentsandter

Ausländer“ im Sinne des § 18 AuslBG, dass es sich um Ausländer handelt, deren Arbeitgeber im Bundesgebiet keinen Betriebssitz hat 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. Der Unterschied zwischen den Strafdrohungen nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a und lit. b AuslBG liegt darin, dass gemäß lit. a das „Beschäftigen“ von Ausländern, in lit. b hingegen das bloße „in Anspruch nehmen“ von Arbeitsleistungen betriebsentsandter Ausländer ohne ein zwischen einem inländischen Unternehmen und den Ausländern bestehendes Beschäftigungsverhältnis unter Strafe gestellt wird. Derjenige nimmt die Arbeitsleistung eines „betriebsentsandten Ausländers“ in diesem Sinne „in Anspruch“, zur Erfüllung dessen Werkes oder Auftrages die Arbeitsleistungen der vom ausländischen Arbeitgeber beschäftigten Ausländer dienen. Dies ist dann der Fall, wenn der Einsatz „betriebsentsandter Ausländer“ als Erfüllungsgehilfen ihres ausländischen Arbeitgebers erfolgt, um dessen Verpflichtung aus einem Werkvertrag gegenüber dem inländischen Besteller zu erfüllen.

§ 18 AuslBG regelt die Beschäftigung von betriebsentsandten Ausländern, wobei die Absätze 1 bis 11 leg. cit. die Entsendung aus Unternehmen, denen das Recht auf Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 EGV nicht zukommt, betreffen, während die Entsendung von Dienstnehmern von Unternehmen, denen nach Art. 49 EGV das Recht auf Dienstleistungsfreiheit zusteht, in § 18 Abs. 12 AuslBG geregelt wird. Als betriebsentsandte Ausländer gelten in diesem Zusammenhang solche Ausländer, die von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland – zur Erfüllung einer von ihrem ausländischen Arbeitgeber gegenüber dem inländischen Besteller übernommenen Verpflichtung (vgl. VwGH vom 21. Jänner 2004, 2001/09/0230) – beschäftigt werden. Stellt sich die Beschäftigung im Inland als Arbeitskräfteüberlassung an einen Arbeitgeber mit Sitz im Inland heraus, ist § 18 nicht anwendbar. In diesem Fall liegt eine als Beschäftigung geltende Verwendung überlassener Arbeitskräfte iSd § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG vor (vgl. E 15. Februar 2013, 2012/09/0046).

Voraussetzung für die Erlangung einer EU-Entsendebestätigung ist, dass die Ausländer zur Erbringung einer vorübergehenden Arbeitsleistung in Erfüllung eines dem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des EWR erteilten Auftrages entsandt werden. Dies entspricht der Entsendung iSd Art. 1 Abs. 3 Buchst. a 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, ABl. 1997, L 18, S 1.

In seinem Erkenntnis vom 19.10.2005, 2004/09/006, hat der Verwaltungsgerichtshof einen Fall entschieden, der in sachverhältnismäßiger Hinsicht dem gegenständlichen Beschwerdefall gleichkommt. Der Verwaltungsgerichtshof führt darin unter anderem Folgendes aus:

„Bedient sich ein ausländischer Arbeitgeber für die Erfüllung eines mit einem inländischen Werkbesteller abgeschlossenen Werkvertrages ausländischer Arbeitskräfte, macht es grundsätzlich keinen Unterschied, ob dies eigene Arbeitskräfte des ausländischen Werkunternehmers oder diesem lediglich überlassene Arbeitskräfte sind. Entscheidend ist nur, dass gemäß § 18 Abs. 1 AuslBG für diese zur Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung entsendeten ausländischen Arbeitnehmer im Inland Entsendebestätigungen bzw. Beschäftigungsbewilligungen auszustellen sind, sofern nicht die Ausnahmetatbestände der Ziffern 2 bis 7 vorliegen. 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 falle 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 Erläuterungen zur Regierungsvorlage vom arbeitsmarktpolitischen Standpunkt unumgänglich, damit einerseits ein unkontrolliertes Einstromen 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. Erkenntnis vom 16. Mai 2001, 99/09/0185). Für die Beurteilung der Inanspruchnahme der Arbeitsleistungen der betretenen Ausländer ist das Bestehen eines unmittelbaren Vertragsverhältnisses zwischen dem inländischen Unternehmen und dem Arbeitgeber der ausländischen Arbeitskräfte nicht erforderlich.“



8.3. Im Beschwerdefall war vorweg zu prüfen, ob der Mitbeteiligte den objektiven Tatbestand des im hier maßgeblichen Zeitraum in Geltung gestandenen § 28 Abs. 1 Z. 4 lit. b in Verbindung mit § 18 Abs. 12 AuslBG verwirklicht hat. Auf Grundlage des festgestellten Sachverhaltes ist dies zu bejahen. Es ist nämlich erwiesen, dass die vom Mitbeteiligten vertretene B.-ges.m.b.H. die Arbeitsleistungen des Ausländers, der zur Erfüllung der vom Vertragspartner der B.-ges.m.b.H. D. s.r.l. übernommenen Verpflichtung (Fliesenlegerarbeiten) auf die Baustelle entsandt wurde, in Anspruch genommen hat. Der Ausländer hat dort diese Fliesenlegerarbeiten verrichtet. Auf Grundlage des zitierten Erkenntnisses des VwGH wird der Rechtsmeinung des Mitbeteiligten, wonach eine Inanspruchnahme von Arbeitsleistungen nur dann in Betracht kommt, wenn der ausländische Vertragspartner eigene Arbeitnehmer zur Erfüllung der von ihm übernommenen Verpflichtung entsendet, nicht geteilt, ist doch – so der VwGH – für die Beurteilung der Inanspruchnahme der Arbeitsleistungen der betretenen Ausländer das Bestehen eines unmittelbaren Vertragsverhältnisses zwischen dem inländischen Unternehmen und dem Arbeitgeber der ausländischen Arbeitskräfte nicht erforderlich.

Der Auffassung des Mitbeteiligten, das zitierte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes sei zur Bestimmung des § 18 Abs. 1 AuslBG und nicht zur Bestimmung des § 18 Abs. 12 AuslBG ergangen und deshalb auf den gegenständlichen Beschwerdefall nicht anzuwenden, wird ebenfalls nicht gefolgt. § 18 AuslBG regelt insgesamt die Entsendung ausländischer Arbeitskräfte, die von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz, in Österreich beschäftigt werden. § 18 Abs. 12 AuslBG enthält diesbezüglich nur Sondervorschriften für Vertragspartner mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedsstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes. Auf die Auslegung der Begriffe „Inanspruchnahme von Arbeitsleistungen“ in § 28 Abs. 1 Z. 4 AuslBG selbst hat dies keine Auswirkungen und sind die Aussagen des VwGH im zitierten Erkenntnis im Beschwerdefall heranzuziehen.

Unstrittig blieb im Verfahren, dass die Voraussetzungen des § 18 Abs. 12 Z. 1 oder 2 AuslBG nicht erfüllt waren und auch keine EU-Entsendebestätigung ausgestellt wurde.

Da die vom Mitbeteiligten vertretene Gesellschaft sohin die Arbeitsleistungen des von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedsstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes entsandten Arbeitnehmers in Anspruch genommen hat, wurde der objektive Tatbestand des § 28 Abs. 1 Z. 4 AuslBG verwirklicht.

Der Mitbeteiligte ist als handelsrechtlicher Geschäftsführer der B.-ges.m.b.H zur Vertretung dieser Gesellschaft nach außen berufen und gemäß § 9 Abs. 1 VStG für diese Übertretung strafrechtlich verantwortlich.

#### 8.4. Zur subjektiven Tatseite:

Bei dieser Verwaltungsübertretung handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt, weil weder der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr vorausgesetzt, noch über das Verschulden etwas bestimmt wird. Bei solchen Delikten obliegt es gemäß § 5 Abs. 1 VStG dem Beschuldigten, glaubhaft zu machen, dass ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschrift ohne sein Verschulden unmöglich war. Das bedeutet, dass der Beschuldigte initiativ alles darzulegen hat, was für seine Entlastung spricht, z.B. durch die Beibringung von Beweismitteln bzw. die Stellung entsprechender Beweisanträge.

Der Mitbeteiligte beruft sich auf den Umstand, dass zwischen der von ihm vertretenen Gesellschaft und dem Arbeitgeber des Ausländers kein Vertragsverhältnis bestanden hat. Außerdem sei die Entfernung der B.-gesellschaft zum tätig gewesenen Ausländer zu berücksichtigen. Dazu ist wiederum auf das bereits zitierte Erkenntnis vom 19.10.2005, 2004/09/0064, zu verweisen, in dem der Verwaltungsgerichtshof ausführt, dass unabhängig davon, ob der Vertreter des inländischen Auftraggebers wusste, dass die entsendeten Ausländer Arbeitnehmer eines Subunternehmers eines ausländischen Vertragspartners waren oder im Glauben war, es handle sich um Arbeitnehmer der von ihm mit der Durchführung der Arbeiten beauftragten ausländischen Vertragspartnerin, ihn als Empfänger der Arbeitsleistungen die Verpflichtung getroffen hat, um Entsendebewilligungen anzusuchen. Für den gegenständlichen Fall bedeutet das, dass den Mitbeteiligten als Vertreter jenes Unternehmers, das die Arbeitsleistungen des Ausländers in Anspruch genommen hat, die Verpflichtung traf, die Entsendebestätigung zu erwirken bzw. das Vorliegen der Voraussetzungen des § 18 Abs. 12 Z 1 und 2 AuslBG zu prüfen. Eine Haftung für fremdes Verschulden kann darin nicht erblickt werden und liegt auch kein Fall vor, in dem ein Einfluss des Mitbeteiligten auf die Personalverwaltung des Auftragnehmers oder des Arbeitgebers des Ausländers erforderlich gewesen wäre. Ein mangelndes Verschulden aus diesem Grund hat der Mitbeteiligte damit nicht glaubhaft gemacht.

Der Mitbeteiligte beruft sich weiterhin auf das geschützte Vertrauen aufgrund der Eignungsprüfung im Rahmen des Bundesvergabegesetzes. Indem dem ausländischen Vertragspartner der Zuschlag im Rahmen eines nach dem

Bundesvergabegesetz abgewickelten Vergabeverfahrens erteilt wurde, geht der Mitbeteiligte davon aus, dass ihn an allfälligen Übertretungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes kein Verschulden trifft. Dem ist jedoch insoweit nicht zu folgen, als damit nur ein allfälliges Auswahlverschulden zu verneinen wäre. Der Ausschluss eines Überwachungsverschuldens kann daraus jedoch nicht abgeleitet werden. Den Mitbeteiligten trifft als Adressaten der Bestimmung des § 28 Abs. 1 Z 4 AuslBG ungeachtet eines abgeführten Vergabeverfahrens die Verpflichtung, die Einhaltung der in Rede stehenden gesetzlichen Vorgaben sicherzustellen. Seine Täterschaft gründet sich nicht auf ein Fehlverhalten des ausländischen Vertragspartners, sondern auf die Verletzung von ihm treffenden Pflichten.

Der Mitbeteiligte weist weiterhin auf das Bestehen eines wirksamen Kontrollsystems hin. Die B.-ges.m.b.H. habe demnach regelmäßig über den gesamten Zeitraum der Bauarbeiten Kontrollen der Beschäftigungsbewilligungen der dort beschäftigten Arbeitnehmer durch die örtliche Bauaufsicht vornehmen lassen. So sei etwa am 16. Juli 2013 eine Aufforderung der örtlichen Bauaufsicht an die D. s.r.l. ergangen, gültige Arbeitsbewilligungen für die auf der Baustelle tätigen Arbeitnehmer umgehend zu übermitteln. Diese habe daraufhin Sozialversicherungsdokumente in Form von A1-Bescheinigungen für die auf der Baustelle tätigen Arbeiter vorgelegt. Diese Bescheinigungen dienten dazu, überprüfen zu können, ob ein entsandter Arbeitnehmer über die Dauer der Entsendung hinaus beim entsendenden Unternehmen beschäftigt sei. Die B.-ges.m.b.H. habe sich daher darauf verlassen können, dass die Arbeiter auf der Baustelle rechtmäßig durch die D. s.r.l. beschäftigt worden seien. Da im Angebotsschreiben der D. s.r.l. zur Ausführung des Auftrages ein Bruttomindestlohn von 14,57 Euro pro Stunde angegeben worden sei, habe sich die B.-ges.m.b.H. auf das Bestehen einer rechtmäßigen Beschäftigung der Arbeitnehmer verlassen können. Weitere Kontrollen seien daher nicht erforderlich gewesen. Auch damit ist dem Mitbeteiligten nicht gelungen, ein mangelndes Verschulden glaubhaft zu machen. Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung zu einem wirksamen Kontrollsystem festgestellt hat, ist ein ausreichend dichtes Netz an Kontrollen und Kontrollmaßnahmen notwendig, um Verwaltungsübertretungen möglichst hintanzuhalten. Erst bei Nachweis einer entsprechenden Dichte von Kontrollen und Maßnahmen, die mit guten Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben erwarten lassen, kann im Einzelfall von einem mangelnden Verschulden ausgegangen werden. Die geltend gemachte, einmalige Aufforderung an die örtliche Bauaufsicht vom Juli 2013, arbeitsmarktbehördliche Bewilligungen vorzulegen, ist nicht geeignet, von der Einrichtung eines im Sinne der Rechtsprechung effektiven Kontrollsystems auszugehen, das geeignet war, die gegenständliche Verwaltungsübertretung, die im Februar 2014 stattgefunden hat, hintanzuhalten. Auch die in der vertraglichen Vereinbarung angegebenen Lohnhöhen haben den Mitbeteiligten nicht von der Verpflichtung entbunden, in der Folge Überprüfungen dahingehend anzustellen, ob diese auch tatsächlich gezahlt wurden. Maßnahmen, die nach Einlangen des Bescheides des AMS, wonach eine Entsendebestätigung nicht ausgestellt wurde, gesetzt wurden, vermögen auf das Verschulden des Mitbeteiligten in Ansehung des Tatzeitpunktes Februar 2014 keinen Einfluss mehr zu haben.

Da dem Mitbeteiligten sohin nicht gelungen ist, mangelndes Verschulden glaubhaft zu machen, hat er auch die subjektive Tatseite verwirklicht.

#### 9. Zur Strafbemessung:

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG ist die Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß Abs. 2 leg.cit. sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40-46 VStG) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Bei der innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens vorzunehmenden Strafzumessung ist grundsätzlich festzuhalten, dass jede Verletzung der zwingenden Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes in erheblichem Ausmaß staatliche und privatwirtschaftliche Interessen schädigt, da solche Übertretungen eine Verzerrung des Wettbewerbes und des Arbeitsmarktes hinsichtlich des Arbeitskräfteangebotes bewirken und den primären Zugang inländischer Arbeitskräfte und eine geregelte Eingliederung ausländischer Arbeitnehmer in den Arbeitsmarkt verhindern.

Der objektive Unrechtsgehalt der angelasteten Tat kann nicht als unbedeutend gewertet werden, weil die illegale

Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften auf gesamtwirtschaftlicher Ebene zu volkswirtschaftlichen Schäden führt (vgl. Erkenntnis des VfGH vom 30.8.1991, Zl. 91/09/0022 und Zl. 91/09/0134), so auch in diesem Fall. Ausgehend von der Berücksichtigung des wirtschaftlichen Vorteiles aus der ungenehmigten Beschäftigung von Ausländern ist auch die Dauer des strafbaren Verhaltens von Bedeutung. Die Beschäftigungsdauer ist im vorliegenden Fall als kurz zu bezeichnen. Der Unrechtsgehalt stellt sich somit als unterdurchschnittlich dar.

Beim Ausmaß des Verschuldens ist auf die bloß fahrlässige Begehung Bedacht zu nehmen.

Mildernd wirkt die nach der Aktenlage anzunehmende verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit und die längere Verfahrensdauer, Erschwerungsgründe sind nicht hervorgekommen. Es war daher die im Gesetz vorgesehene Mindeststrafe zu verhängen.

Ein Unterschreiten dieser Mindeststrafe käme nur bei Vorliegen der in § 20 VStG normierten Voraussetzungen in Betracht, wonach die im Gesetz vorgesehene Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden kann, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen. Die hier zu berücksichtigende verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit und die längere Verfahrensdauer haben kein derartiges Gewicht, dass trotz Fehlens von Erschwerungsgründen die Mindeststrafe zu unterschreiten war.

Aufgrund des zum Verschulden Gesagten ist auch nicht von einem geringen Verschulden im Sinn von § 45 Abs. 1 Z 4 VStG auszugehen und kam daher eine Einstellung des Verfahrens aufgrund dieser Bestimmung nicht in Betracht.

10. Die ordentliche Revision gegen diese Entscheidung ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die gegenständliche Entscheidung orientiert sich an der im Rahmen der rechtlichen Beurteilung zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Damit wird weder von der bisherigen Rechtsprechung abgewichen noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls sind im Verfahren sonstige Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage hervorgekommen.

#### **Schlagworte**

Amtsbeschwerde, Amtspartei, Legalpartei, Formalpartei, Beschwerde gegen Einstellung des Strafverfahrens, Erstmalige Bestrafung durch das Verwaltungsgericht, kein Verbot der reformatio in peius, Ausländerbeschäftigung, EU-Entsendebestätigung, Entsendung ausländischer Arbeitskräfte, Subunternehmer, Inanspruchnahme von Arbeitsleistungen, unmittelbares Vertragsverhältnis

#### **Anmerkung**

VfGH v. 24.11.2017, E 685-686/2016, Ablehnung

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGWI:2016:VGW.041.028.34177.2014

#### **Zuletzt aktualisiert am**

05.12.2017

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)