

TE Lvwg Erkenntnis 2017/7/28 LVwG 33.26-1158/2017

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 28.07.2017

Entscheidungsdatum

28.07.2017

Index

60/04 Arbeitsrecht allgemein

62 Arbeitsmarktverwaltung

Norm

AuslBG §28a Abs3

VStG §9 Abs2

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat durch die Richterin

Mag. Dr. Sprachmann über die Beschwerde des Herrn R V, R, P, Slowenien vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. G, Mag. V, Dr. S., Kstraße, K, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Leoben vom 06.03.2017, GZ: BHLN-15.1-3930/2016,

z u R e c h t e r k a n n t:

I. Gemäß den §§ 31 Abs 1 und 50 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (im Folgenden VwGVG) wird der Beschwerde

Folge gegeben,

das angefochtene Straferkenntnis

behoben

und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 2 1. Fall VStG

eingestellt.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz (im Folgenden VwGG) eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs 4 B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde dem Beschwerdeführer als Verantwortlichen der Firma R d.o.o. nachstehendes zur Last gelegt:

STRAFERKENNTNIS

Zeit: 09.03.2016 bis 07.04.2016

Ort: Gemeinde L, L, Vo GmbH

1. Übertretung

Sie haben als Verantwortlicher der Firma R d.o.o., in Vr, P, entgegen § 18 Abs. 12 als Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes einen Ausländer in Österreich beschäftigt, obwohl die Voraussetzungen des § 18 Abs. 12 Z 1 oder 2 nicht erfüllt waren. Es wurde festgestellt, dass nachfolgende Personen beschäftigt wurden, obwohl sie nicht ordnungsgemäß zu einer Beschäftigung im Staat des Betriebssitzes über die Dauer der Entsendung nach Österreich hinaus zugelassen und beim entsendenden Unternehmen nicht rechtmäßig beschäftigt waren. Name des Ausländers M S, geb. xx, Staatsangehörigkeit: KROATIEN Beschäftigungszeitraum von 09.03.2016 bis 31.05.2016, Beschäftigungsort in Österreich: Vo GmbH, L

Dadurch wurde(n) folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 28 Abs. 1 Z. 4 lit. a iVm § 18 Abs. 12 Ausländerbeschäftigungsgesetz

Geldstrafe: EUR 1.000,00

Gemäß: § 28 Abs. 1 Z 4 letzter Absatz Ausländerbeschäftigungsgesetz BGBl 218/75 i.d.g.F.

Ferner haben Sie als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d.s. 10% der verhängten Strafe, mindestens jedoch EUR 10,-- zu bezahlen.

Verfahrenskosten: EUR 100,00

Gemäß: § 64 Abs. 2 Verwaltungsstrafgesetz (VStG)

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe, Kosten, Barauslagen) beträgt daher:

EUR 1.100,00

In seiner rechtzeitig erhobenen Beschwerde führte der nunmehrige Beschwerdeführer im Wesentlichen aus, dass es sich um drei Verfahren handle mit dem gleichlagerten Sachverhalt, nämlich dem Vorwurf, dass M S, kroatischer Staatsbürger, während des Beschäftigungszeitraumes laut ZKO3-Meldung vom 09.03.2016 bis 31.05.2016 am Beschäftigungsort der Vo GmbH nicht die Voraussetzung des § 18 Abs 12 Z 1 oder 2 erfüllt habe. Im Sinne des Rechtes auf ein faires Verfahren sei nach Ansicht des Beschwerdeführers die gemeinsame Verfahrensführung zwingend. Im gegenständlichen Fall werde jeder der drei Geschäftsführer des Entsendedbetriebes R d.o.o. für die gleiche Übertretung bestraft. Der Verwaltungsgerichtshof habe ebenso ausgesprochen, das im Fall einer Aufteilung der Agenden zwischen mehreren Geschäftsführern im Regelfall, die mit einer gewissen Aufgabe nicht befassten Personen, zur Haftung daher nicht herangezogen werden können (VwGH GZ: 91/13/0037). Bei mehreren potentiell haftenden Geschäftsführern richte sich die haftungsrechtliche Verantwortung danach, wer mit der Besorgung der betreffenden Angelegenheiten betraut sei. Wie die Beschwerdeführer D V und R V bereits in der Rechtfertigung vorgebracht hätten, sei gemäß der Geschäftsverteilung des Unternehmens R d.o.o. der Geschäftsführer R V für Auslandsentsendungen zuständig. Artikel 2 des Arbeitsvertrages zwischen der R d.o.o. und Herrn R V lege die Aufgabenbereiche des Geschäftsführers Herrn R V, im Detail fest. Unter Artikel 2 Abs 2 9. Spiegelstrich sei festgelegt, dass Herr R V „über die Entsendungen von Arbeitnehmern ins Ausland entscheidet und dafür verantwortlich ist“.

Das diesbezügliche Vorbringen habe die belangte Behörde außer Acht gelassen, obwohl dies zur Einstellung des Verfahrens gegen die Beschwerdeführer D V und

D T hätte führen müssen.

Wie die Beschwerdeführer bereits in ihrer Rechtfertigung ausgeführt hätten, wurde Herr M S mit der ZKO3-Meldung für den Zeitraum 09.03.2016 bis 31.05.2016 für den Einsatzort Vo, L gemeldet. Da ihm aber die Entsendebestätigung vom zuständigen AMS L für den Einsatzort Vo GmbH, L, mit Datum 07.04.2016 – zugestellt am 12.04.2016 – abgelehnt wurde, sei ihm gleichzeitig aber schon am 04.03.2016 die Entsendung für den Einsatzort O S, für den Zeitraum 07.03.2016 bis 31.07.2016 bestätigt worden und sei M S am Einsatzort O S eingesetzt worden. Unabhängig davon können entsandte Arbeitnehmer, ab dem Zeitpunkt der Einbringung der ZKO-Meldung, die Beschäftigung aufnehmen (Art. 18 Abs 11 letzter Satz AuslBG). Davon das die EU-Entsendebestätigung abgelehnt werden würde, konnte nicht ausgegangen werden, zumal jene für das Projekt O S vom AMS S am 04.03.2016 ausgestellt worden sei. Da das AMS S

die EU-Entsendebestätigung für Herrn M S, für das Projekt O S, für den Zeitraum 07.03.2016 bis 31.07.2016, ausgestellt habe, hätte der Entsendebetrieb R d.o.o. ihn dann umdisponiert und gegen die Entscheidung des AMS L keine Beschwerde eingebracht, sondern Herrn M S zur Tätigkeit im Rahmen der Baustelle O S entsendet. Es werde der Antrag gestellt, der Beschwerde Folge zu geben, alle drei Straferkenntnisse aufzuheben und die Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Beim Landesverwaltungsgericht Steiermark sind des Weiteren die Beschwerden von Herrn D T, GZ: LVwG 33.26-1159/2017 und Herrn D V, GZ: LVwG 33.26-1160/2017 anhängig und wurden die Verfahren LVwG 33.26-1158/2017, LVwG 33.26-1159/2017 und GZ: LVwG 33.26-1160/2017 aufgrund des sachlichen Zusammenhangs aus Zweckmäßigkeitssgründen gemäß § 39 Abs 2 AVG iVm § 24 VStG und § 38 VwGVG zur gemeinsamen Verhandlung verbunden.

Am 06.07.2017 fand eine öffentliche, mündliche Verhandlung, zu welcher alle drei Beschwerdeführer Herr R V, Herr D T und Herr D V entschuldigt nicht erschienen, jedoch in Anwesenheit ihrer rechtsfreundlichen Vertretung statt. Die Zeugen M S,

M B, M M und B B, welche allesamt an einer ausländischen Adresse geladen wurden, nahmen entschuldigt an der Verhandlung nicht teil und erschien der ebenfalls an einer ausländischen Adresse geladene Zeuge T K unentschuldigt nicht zur Verhandlung. Die Personenblätter von Herrn M B, Herrn B B, Herrn T K und Herrn M M aufgenommen am 13.04.2016 wurden gemäß § 46 VwGVG mit Zustimmung der anwesenden Parteien verlesen und konnte nach Vorlage diverser Unterlagen und Einvernahme des Zeugen und Meldungslegers, Herrn S P, nachstehender Sachverhalt als erwiesen angenommen werden:

Herr R V, Herr D V und Herr D T sind Geschäftsführer der slowenischen Firma R d.o.o. mit Sitz in Vr, P. Laut Arbeitsvertrag von R V, welcher am 01.11.2014 unterzeichnet wurde, zählt zu seinen Verantwortungsbereich „Entscheidet und ist verantwortlich für die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland“. Des Weiteren besteht in der Firma eine Verordnung über die Organisation und die Systematisierung der Arbeitsplätze im Unternehmen R d.o.o. und ist darin einerseits die Vertretung der Gesellschaft durch die drei Geschäftsführer R V, D V und D T festgelegt und werden andererseits die Aufgabenbereiche der drei Geschäftsführer folgendermaßen festgelegt:

Der Geschäftsführer R V ist zuständig für folgende Aufgaben:

- ? Vertretung und Repräsentation des Unternehmens,
- ? Mitwirkung bei der Festlegung der langfristigen Strategien und Entwicklung des Unternehmens,
- ? Vorbereitung von Berichten und Analysen für Erfordernisse der lokalen Führung..., Verwaltung unterschiedlicher Datenbanken,
- ? Unterstützung bei der Vorbereitung des Jahresabschlusses,
- ? Leitung, Planung, Organisation, Koordinierung und Kontrolle der Geschäftstätigkeit, Leitung und Koordination von Marktstudien und Analysen,
- ? Überprüfung von Aufgaben und Beurteilung des Erfolges in der Gruppe und von einzelnen Mitarbeitern,
- ? „Entscheidet über und ist verantwortlich für die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland (Entsendungen)“
- ? Vertritt das Unternehmen und unterhält die erforderlichen Kontakte zur Öffentlichkeit und Fachwelt, den Institutionen und ausländischen Geschäftspartnern,
- ? Pflege von Geschäftskontakten und Vorbereitung von Angeboten,
- ? Leitung und Koordination aller Aktivitäten im Bereich der Werbung und Angebotserstellung,
- ? Leitung von Projekten und Mitarbeitern in Projektgruppen, Tätigkeiten und Aufgaben mit besonderen Vollmachten und Verantwortung.

Der Verantwortungsbereich vom Geschäftsführer D V umfasst die Vertretung und Repräsentation des Unternehmens.

Der Geschäftsführer D T ist zuständig für die Durchführung folgender Aufgaben:

- ? Vertritt und repräsentiert das Unternehmen,
- ? Ist verantwortlich für die gesetzmäßigen Tätigkeiten des Unternehmens,

- ? Vorbereitung von Entwürfen für die einzelnen Unternehmensgremien und Durchführung von deren Beschlüssen,
- ? Erstellung von Berichten über die Geschäftsführung bzw. die Geschäftstätigkeit,
- ? Beschluss gemäß dem Jahresabschluss über die Verwendung von Mitteln sowie den Erwerb und den Verkauf von Betriebsmitteln,
- ? Ergreifen von Maßnahmen im Fall von Betriebsunterbrechungen,
- ? Beschriften von Maßnahmen für die Vermeidung von Schäden,
- ? Beschriften über die Beschäftigung von Mitarbeitern,
- ? Beschriften über die Aufteilung der Arbeitsaufgaben an die einzelnen Arbeitnehmer,
- ? Im Rahmen seiner Zuständigkeiten erlässt er Weisungen.

Die Geschäftsverteilung wurde am 03.01.2012 unterzeichnet.

Die Bestellung von Herrn R V zum verantwortlichen Beauftragten für den Bereich der Entsendungen wurde nicht im Sinne des § 28a Abs 3 AuslBG der zuständigen Abgabenbehörde in Österreich schriftlich mitgeteilt.

Am 03.03.2016 wurde zwischen der österreichischen Firma Z A GmbH und der slowenischen Firma R d.o.o. ein Werkvertrag betreffend dem Projekt Erdgasringschlussleitung-Schiene-HO betreffend der Montage von Rohrleitungen an der Montageadresse Vo GmbH, Kestraße, L im Auftragswert von € 51.765,21 netto abgeschlossen. Die Abrechnung erfolgte in Regiestundensätzen und wurde durch den Auftraggeber für die Gesamtbauleitung, Strom, Wasser und sämtliche Bauteile (Rohrmaterial, Primärunterstützungen, Armaturen) zur Verfügung gestellt. Als Termine wurde im Werkvertrag die Baustelleneinrichtung/Mobilisierung mit 09.03.2016 und als Montageende der 14.05.2016 fixiert. Auf der gegenständlichen Baustelle wurden seitens der Firma R d.o.o. die Arbeiter M S, T K, M B, M M und B B eingesetzt. Der kroatische Arbeitnehmer M S arbeitete zumindest vom 09.03.2016 bis 07.04.2016 auf der spruchgegenständlichen Baustelle. Mit Bescheid des AMS S vom 04.03.2016 wurde Herr M S eine EU-Entsendebestätigung als Schweißer für das Projekt O S vom 07.03.2016 bis 31.07.2016 ausgestellt und wurde, durch einen Bescheid des AMS L vom 07.04.2016, die Entsendung von Herrn M S für die berufliche Tätigkeit als Schweißer für die Erdgasringschlussleitung-Schiene-HO gemäß § 18 Abs 12 AuslBG abgelehnt. In der Begründung des Bescheides wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass laut aktueller Weisung des BMASK eine weitere Entsendung für den selben Arbeitnehmer, desselben Unternehmens und desselben Mitgliedsstaates erst nach Ablauf von mindestens zwei Monaten nach Ende des vorangegangenen Entsendezeitraumes zugelassen werden könne. Die letztmalige Zulassung dieses genannten Arbeitnehmers für das Bauprojekt O S Ende am 31.07.2016. Es sei am 08.03.2016 eine neuerliche Zulassung für das Bauvorhaben L, Kestraße, mit 09.03.2016 zugestellt, beantragt worden. Die mindestforderliche Unterbrechung von zwei Monaten sei unterschritten und könne dieses neuerliche Entsendebegehren aus Sicht des AMS keineswegs als vorübergehende und gelegentliche Tätigkeit gewertet werden.

Die Firma Z A GmbH erhob gegen die Bescheide – darunter betreffend M S - des Arbeitsmarktservices L Beschwerde und wurde seitens des Bundesverwaltungsgerichtes zu den Geschäftszahlen: G304 2131064-1/19E, G304 2135300-1/7E, G304 2135301-1/7E, G304 2135302-1/7E und G304 2135303-1/7E rechtskräftig festgestellt, dass den Beschwerden stattgegeben werde und festgestellt werde, dass die Voraussetzungen für eine EU-Entsendung gegeben sind. Aufgrund dieser Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes erging ein neuerlicher Bescheid des AMS L, datiert mit 28.06.2017, wonach die EU-Entsendebestätigung für M S für die berufliche Tätigkeit als Erdgasringschlussleitung-Schiene-HO Schweißer, für die geplante Projektdauer 09.03.2016 bis 31.05.2016 am Standort L, Kestraße, ausgestellt wurde. Die Meldung einer Entsendung nach Österreich für Herrn M S an die zentrale Koordinationsstelle des Bundesministeriums für Finanzen, für die Kontrolle illegaler Beschäftigung für den Zeitraum 09.03.2016 bis 31.05.2016, langte am 08.03.2016 unter der Transaktionsnummer: ZKO3/2016-10946k ein. Ein A1-Formular für Herrn M S betreffend des Einsatzortes Vo D GmbH, Kestraße, L, wurde am 08.03.2016 seitens der slowenischen Behörde ausgestellt.

Am 10.04.2016 fand aufgrund einer Mitteilung des AMS, wonach keine gültige Entsendebestätigung für Herrn M S vorgelegen sein sollte, eine Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei statt und nahm Herr S P, als Meldungsleger, an dieser Kontrolle teil. Die Organe der Finanzpolizei haben die Arbeiter der Firma R d.o.o. nicht beim Arbeiten angetroffen, jedoch hat Herr M K – Vorarbeiter und Beschäftigter der Firma Z A GmbH – die Arbeiter der Firma R d.o.o.

zu den Organen der Finanzpolizei gebracht. Es waren seitens der Firma R d.o.o. vier Arbeiter, nämlich Herr T K, Herr M B, Herr M M und Herr B B anwesend, Herr M S war am Kontrolltag nicht anwesend, da er krankgemeldet war. Es wurden mit allen vier Personen Personenblätter in ihrer Muttersprache angefertigt und mit Herrn M K eine Niederschrift. Herr M M gab in seinem Personenblatt an, dass insgesamt sechs Arbeiter der Firma R d.o.o. vor Ort waren und Herr M S krank sei. Aus dem seitens der mitbeteiligten Partei vorgelegten Zutrittsreport von Herrn M S bei der Vo GmbH (Beilage ./D) ergibt sich, dass Herr M S vom 09.03.2016 bis 07.04.2016 die Vo GmbH betreten hatte und ergibt sich aus den seitens der Firma R d.o.o. vorgelegten Arbeitszeitaufzeichnungen für das Projekt Z L/D, dass Herr M S vom 09.03.2016 bis einschließlich 14.04.2016 bei dem Projekt in D gearbeitet hat.

Gesamt betrachtet ist daher davon auszugehen, dass Herr M S zum Zeitpunkt der vorgeworfenen Tat, nämlich zumindest vom 09.03.2016 bis 07.04.2016 in D/L bei dem Projekt tätig war.

Beweiswürdigung:

Die Feststellungen konnten im Wesentlichen aus dem vorliegenden Akt sowie den übermittelten und zum Akt genommenen Unterlagen, wie dem Arbeitsvertrag von Herrn R V zur Firma R d.o.o. vom 01.11.2014 (Beilage ./G), der Verordnung über die Organisation und die Systematisierung der Arbeitsplätze im Unternehmen R d.o.o. (Beilage ./H1), den Werkvertrag vom 03.03.2016 abgeschlossen zwischen der Firma Z A GmbH und der R d.o.o. (Beilage ./I), dem AMS-Bescheid des Arbeitsmarktservices L vom 07.04.2016 (Beilage ./F), dem AMS-Bescheid des Arbeitsmarktservices S vom 04.04.2016 (Beilage ./E), dem in der Verhandlung vorgelegten AMS-Bescheid des Arbeitsmarktservices L vom 28.06.2017 (Beilage ./A) und der seitens der Vertreterin der Beschwerdeführer in der Verhandlung vorgelegten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes vom 09.03.2017 betreffend M S (Beilage ./B) entnommen werden.

Die Feststellung, dass Herr M S im Zeitraum 09.03.2016 bis mindestens 07.04.2016 am Standort L, Vo GmbH beschäftigt war, ergibt sich einerseits aus den vorgelegten Arbeitszeitaufzeichnungen der Firma R V Holding für März und April 2016 (Beilage ./J) sowie aus den seitens der mitbeteiligten Partei in der Verhandlung vorgelegten Zutrittsreport für die Vo GmbH im Zeitraum 09.03.2016 bis 07.04.2016 und den Angaben im Personenblatt von Herrn M M (Beilage ./M), der ZKO-Meldung vom 08.03.2016 (Beilage ./K) und der A1-Bescheinigung vom 08.03.2016 betreffend M S (Beilage ./L).

Die Feststellungen betreffend des Unternehmens konnten aus dem AJPS-Auszug (slowenisches Firmenbuch, Beilage ./H) entnommen werden.

Im gesamten betrachtet hat das Beweisverfahren ergeben, dass Herr M S im Zeitraum 09.03.2016 bis 07.04.2016 am Standort der Vo GmbH in L seitens der Firma R d.o.o. entsandt und beschäftigt war. Zum Zeitpunkt der Kontrolle durch die Organe der Finanzpolizei am 10.04.2016, gab es für Herrn M S einen ablehnenden AMS-Bescheid betreffend seiner beruflichen Tätigkeit bei der Erdgasringschlussleitung-Schiene-HO als Schweißer. Aufgrund eines beim Bundesverwaltungsgericht anhängigen Beschwerdeverfahrens, welches rechtskräftig abgeschlossen wurde, wurde jedoch festgestellt, dass die Voraussetzungen für eine EU-Entsendung von Herrn M S gegeben sind und wurde aus diesem Grund am 28.06.2017, für den Zeitraum 09.03.2016 bis 31.05.2016, eine EU-Entsendebestätigung gemäß § 18 Abs 12 AusIBG für Herrn M S am Standort L, Kestraße, ausgestellt.

Rechtliche Beurteilung:

1. Zur Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers:

Die im Gegenstandsfall einschlägigen Bestimmungen des VStG und des AusIBG lauten in der zur Tatzeit geltenden Fassung wie folgt:

§ 9 VStG:

(1) Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

(2) Die zur Vertretung nach außen Berufenen sind berechtigt und, soweit es sich zur Sicherstellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit als erforderlich erweist, auf Verlangen der Behörde verpflichtet, aus ihrem Kreis eine oder mehrere Personen als verantwortliche Beauftragte zu bestellen, denen für das ganze Unternehmen oder für bestimmte

räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens die Verantwortung für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften obliegt. Für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens können aber auch andere Personen zu verantwortlichen Beauftragten bestellt werden.

(3) Eine natürliche Person, die Inhaber eines räumlich oder sachlich gegliederten Unternehmens ist, kann für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche ihres Unternehmens einen verantwortlichen Beauftragten bestellen.

(4) Verantwortlicher Beauftragter kann nur eine Person mit Hauptwohnsitz im Inland sein, die strafrechtlich verfolgt werden kann, ihrer Bestellung nachweislich zugestimmt hat und der für den ihrer Verantwortung unterliegenden klar abzugrenzenden Bereich eine entsprechende Anordnungsbefugnis zugewiesen ist. Das Erfordernis des Hauptwohnsitzes im Inland gilt nicht für Staatsangehörige von EWR-Vertragsstaaten, falls Zustellungen im Verwaltungsstrafverfahren durch Staatsverträge mit dem Vertragsstaat des Wohnsitzes des verantwortlichen Beauftragten oder auf andere Weise sichergestellt sind.

(5) Verletzt der verantwortliche Beauftragte auf Grund einer besonderen Weisung des Auftraggebers eine Verwaltungsvorschrift, so ist er dann nicht verantwortlich, wenn er glaubhaft zu machen vermag, daß ihm die Einhaltung dieser Verwaltungsvorschrift unzumutbar war.

(6) Die zur Vertretung nach außen berufenen Personen im Sinne des Abs. 1 sowie Personen im Sinne des Abs. 3 bleiben trotz Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten – unbeschadet der Fälle des § 7 – strafrechtlich verantwortlich, wenn sie die Tat vorsätzlich nicht verhindert haben.

(7) Juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften sowie die in Abs. 3 genannten natürlichen Personen haften für die über die zur Vertretung nach außen Berufenen oder über einen verantwortlichen Beauftragten verhängten Geldstrafen, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

§ 28a Abs 3 AuslBG:

(3) Die Bestellung von verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 Abs. 2 und 3 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG, BGBl. Nr. 52, in der jeweils geltenden Fassung, für die Einhaltung dieses Bundesgesetzes wird erst rechtswirksam, nachdem bei der zuständigen Abgabenbehörde eine schriftliche Mitteilung über die Bestellung samt einem Nachweis der Zustimmung des Bestellten eingelangt ist. Dies gilt nicht für die Bestellung von verantwortlichen Beauftragten auf Verlangen der Behörde gemäß § 9 Abs. 2 VStG.

Der Beschwerdeführer ist, laut slowenischem Firmenbuchauszug, Geschäftsführer der Firma R d.o.o. in Vr, P und zur Vertretung der Firma befugt. Zudem liegt dem Gericht ein Arbeitsvertrag vom 01.11.2014 vor, nachdem der Beschwerdeführer R V für den Bereich „Entscheidet und ist verantwortlich für die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland“ zuständig ist und zu seinem Aufgabenbereich gemäß Art. 8 der Verordnung über die Organisation und die Systematisierung der Arbeitsplätze im Unternehmen R d.o.o. angeführt ist „Entscheidet über und ist verantwortlich für die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland (Entsendungen)“. Diese Funktion wird weder von den beiden weiteren Geschäftsführern Herrn D T, noch von Herrn D V bestritten. Eine Meldung nach § 28a Abs 3 AuslBG an die zuständige Abgabenbehörde betreffend der Zuständigkeitsverteilung in der Firma R d.o.o. ist nicht ergangen.

Zu den seitens der mitbeteiligten Partei geäußerten Bedenken, hinsichtlich der Rechtswirksamkeit der gegenständlichen Verantwortungsübertragung, sei nachstehendes ausgeführt:

Der ob zitierte Arbeitsvertrag und die Verordnung über die Organisation und Systematisierung der Arbeitsplätze im Unternehmen R d.o.o. vom 03.01.2012, betreffend der Bestellung vom Geschäftsführer R V, zum Alleinzuständigen für den Bereich „Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland“ wurde unstrittig nicht der im Gegenstandsfall zuständigen Behörde übermittelt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 09.02.1999,

ZI.: 97/11/0044, klargestellt, dass Urkunden, welche eine Verantwortungsübertragung zwischen verantwortlichen Vertretungsorganen eines Unternehmens gemäß § 9 Abs 1 VStG vorsehen, zu ihrer Wirksamkeit nicht der vorherigen Mitteilung an das zuständige Arbeitsinspektorat gemäß § 23 ArblG bedürfen. Dies deshalb, da verantwortliche Vertretungsorgane ohnehin ex lege umfassend und kumulativ neben anderen Vertretungsorganen strafrechtlich verantwortlich sind. Eine allfällige Bestellung nach § 9 Abs 2 erster Satz VStG lässt daher die strafrechtliche Verantwortlichkeit als Vertretungsorgan unberührt, sie bewirkt nur (nach Maßgabe ihres Umfangs) den Entfall der

strafrechtlichen Verantwortlichkeit der übrigen Vertretungsorgane bzw. deren Einschränkung auf den Fall vorsätzlicher Nichtverhinderung (§ 9 Abs 6 VStG). Der Verwaltungsgerichtshof hat diese Rechtsauffassung im zitierten Erkenntnis unter anderem damit begründet, dass aus den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu § 23 ArbIG hervorgehe, dass diese Regelung von vornherein nicht für Vertretungsorgane im Sinne des § 9 Abs 1 VStG konzipiert gewesen sei.

Die Formulierung des Verwaltungsgerichtshofes in seiner Entscheidung vom 09.02.1999, Zl.:97/11/0044, wegen Übertretung von Arbeitnehmervorschriften lautet auszugsweise folgendermaßen:

„Verantwortliche Beauftragte im Sinne des § 9 Abs 2 letzter Satz VStG und verantwortlicher Beauftragter im Sinne des § 9 Abs 2 erster Satz VStG (verantwortliches Vertretungsorgan) unterscheiden sich wesentlich voneinander; Ersterer zählt nicht zum Kreis der Vertretungsorgane im Sinne des § 9 Abs 1 VStG, ihn trifft daher keine strafrechtliche Verantwortlichkeit kraft Gesetzes. Seine strafrechtliche Verantwortlichkeit entsteht erst mit seiner rechtswirksamen Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten durch ein Vertretungsorgan, sie kann immer nur Teilbereiche des Unternehmens umfassen und sie setzt im Anwendungsbereich des § 23 ArbIG überdies die vorgängige Mitteilung der Bestellung an das zuständige Arbeitsinspektorat voraus. Ein verantwortliches Vertretungsorgan im Sinne des § 9 Abs 2 erster Satz VStG ist hingegen als Vertretungsorgan ex lege, umfassend und kumulativ neben anderen Vertretungsorganen (also überlappend) strafrechtlich verantwortlich. Seine Bestellung lässt seine strafrechtliche Verantwortlichkeit als Vertretungsorgan im Sinne des § 9 Abs 1 VStG unberührt, sie bewirkt nur (nach Maßgabe ihres Umfangs) den Entfall der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der übrigen Vertretungsorgane bzw. deren Einschränkung auf den Fall vorsätzlicher Nichtverhinderung (§ 9 Abs 6 VStG), ihre Wirksamkeit hängt nicht von der Mitteilung an das zuständige Arbeitsinspektorat ab.“

Im vorliegenden Fall wäre zwar keine Meldung gemäß § 23 ArbIG, sondern eine solche nach § 28 a AuslBG zu erstatten gewesen. Die im BGBl. 1995/885 eingeführte Bestimmung des § 28 a Abs 3 AuslBG ist jedoch sinngemäß gleichlautend mit jener des § 23 ArbIG und verfolgt den erläuternden Bemerkungen zufolge auch den gleichen Schutzzweck (in den EBRV zu dieser Novelle wird dazu lediglich ausgeführt, dass diese Regelungen im Wesentlichen den bewährten Regelungen des Arbeitsinspektionsgesetzes 1993 nachgebildet sind). Hier wie dort soll durch die strengen Formerfordernissen in erster Linie Arbeitnehmer, denen bestimmte Aufgabenbereiche eigenverantwortlich übertragen werden, für welche sie zum Unterschied von den Vertretungsorganen gemäß § 9 Abs 1 VStG nicht ohnedies ex lege verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich sind, davor geschützt werden, dass ihnen Verantwortlichkeiten aufgebürdet werden, deren Tragweite ihnen nicht ausreichend bewusst ist und deren Einhaltung sie mangels ausreichender Anordnungsbefugnis nicht sicherstellen können. Somit kann das ob zitierte Erkenntnis vom 09.02.1999 sinngemäß jedenfalls auch auf § 28 a Abs 3 AuslBG angewendet werden.

Im Anlassfall wurde der Inhalt des Arbeitsvertrages von Herrn R V und die Verordnung über die Organisation und die Systematisierung der Arbeitsplätze im Unternehmen R d.o.o. nicht an die zuständige Abgabenbehörde übermittelt. Aus den obig angeführten rechtlichen Erläuterungen ist jedoch zu entnehmen, dass eine solche Übermittlung auch nicht notwendig gewesen wäre. Aufgrund der Formulierung im Arbeitsvertrag von Herrn R V einerseits und aufgrund von der Verordnung über die Organisation und die Systematisierung der Arbeitsplätze im Unternehmen R d.o.o., steht eindeutig fest, dass Herr R V der verantwortliche Geschäftsführer für die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland ist und nicht die beiden Geschäftsführer D V und D T.

Dass der somit zum verantwortlichen Beauftragten bestellte Herr R V der Bestellung zugestimmt hat, hat er durch die Unterfertigung des Geschäftsführervertrages bestätigt.

Zusammenfassend folgt daraus, dass sich die Einwendung der mitbeteiligten Partei als unberechtigt erwiesen hat. Da eine gültige Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten im Sinne des § 9 Abs 2 erster Satz VStG des Geschäftsführers, Herrn R V, unter anderem für die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland vorgelegen ist, liegt die strafrechtliche Verantwortung für Verwaltungsübertretungen, im Sinne des § 18 Abs 12 AuslBG die der Firma R d.o.o. zuzurechnen sind, bei diesem.

2. Zur EU-Entsendebestätigung:

§ 18 Abs 12 AuslBG:

(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.

§ 28 Abs 1 Z 4 AuslBG:

(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 Ausländer, 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;

Außer Streit steht, dass Herr M S im Zeitraum 09.03.2016 bis 07.04.2016 bei der slowenischen Firma R d.o.o. beschäftigt war und zur Beschäftigung nach Österreich entsandt wurde.

Unbestritten gab es zum Zeitpunkt der Kontrolle durch die Organe der Finanzpolizei einen ablehnenden Bescheid betreffend einer EU-Entsendung seitens des AMS L für Herrn M S. Aufgrund einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes wurde jedoch mit 28.06.2017 eine EU-Entsendebestätigung gemäß § 18 Abs 12 für Herrn M S, für den Standort L, Kestraße, vom 09.03.2016 bis 31.05.2016 ausgestellt.

Mit BGBl. I Nr. 78/2007 vom 13.11.2007 (Änderung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes und des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes) erfolgte aufgrund des EuGH - Urteils vom 21. September 2006, Rs. C-168/04, eine Neufassung des § 18 Abs 12 und des § 28 Abs 1 Z 5 (nunmehr Z 4) AuslBG. In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (215 der Beilagen XXIII. GP) wird unter anderem ausgeführt:

„ ... Die bestehenden Regelungen für die Entsendung ausländischer Arbeitskräfte durch Unternehmen aus EWR-Mitgliedstaaten werden nunmehr vollständig an diese gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben angepasst. Um parallele Prüfungen zu vermeiden, soll die verpflichtende Anzeige der Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitskräfte an das Arbeitsmarktservice entfallen und statt dessen die im § 7b AVRAG vorgesehene Meldung von Betriebsentsendungen an die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung im Bundesministerium für Finanzen

(KIAB) als Grundlage für die Prüfung der materiellen Voraussetzungen für die Betriebsentsendung herangezogen werden. Die Meldung ist im Falle der Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitskräfte von der KIAB umgehend an das Arbeitsmarktservice weiterzuleiten und soll um jene Daten erweitert werden, die für die Prüfung einer gemeinschaftsrechtskonformen Entsendung durch das Arbeitsmarktservice erforderlich sind. Dabei handelt es sich insbesondere um die Arbeitsgenehmigung und die Aufenthaltsgenehmigung, um prüfen zu können, ob die entsandten Arbeitskräfte tatsächlich ordnungsgemäß und dauerhaft im Sitzstaat des Arbeitgebers beschäftigt sind. Die Entsendung darf – unabhängig von der Erfüllung der Meldepflicht gemäß

§ 7b Abs. 3 und 4 AVRAG – bei Vorliegen der Voraussetzungen zunächst auch ohne EU-Entsendebestätigung begonnen werden. Auch die Strafbestimmungen werden an die geänderte Regelung angepasst und dahingehend abgeändert, dass sowohl der ausländische Arbeitgeber als auch der inländische Auftraggeber nur dann bestraft werden, wenn die gemeinschaftsrechtlich zulässigen Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Sofern die materiellen Voraussetzungen jedoch vorliegen, soll das bloße Nichtvorliegen der EU-Entsendebestätigung nicht mehr bestraft werden." (Hervorhebungen durch LVwG).

Im gegenständlichen Fall ist daher wesentlich, ob die Voraussetzungen des § 18

Abs 12 Z 1 und 2 AuslBG erfüllt waren. Im § 18 Abs 12 AuslBG geht man von einem Nichtvorhandensein einer Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung aus. Nur wenn keine Entsendebewilligung oder Beschäftigungsbewilligung vorliegt,

kann es zu einer Bestrafung gemäß dem Ausländerbeschäftigungsgesetz kommen. Da die Prüfung der materiellen Voraussetzungen dem Arbeitsmarktservice obliegt, kommt eine Bestrafung jedenfalls nicht mehr in Betracht, wenn das Arbeitsmarktservice die EU-Konformität der Entsendung bestätigt hat (vgl. LVwG Oberösterreich, LVwG-300680/6/GS/PP). Ein Verstoß gegen die rechtzeitige Übermittlung einer ZKO3-Meldung wird durch die Strafbestimmung im AuslBG nicht sanktioniert, da die entsprechende Strafsanktion für einen solchen Verstoß sich im AVRAG findet.

Mit der vorgelegten EU-Entsendebestätigung, betreffend Herrn M S vom 28.06.2017, für den Zeitraum 09.03.2016 bis 31.05.2016, am Standort L, Kestraße, wurde das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen der Entsendung gemäß § 18 Abs 12 AuslBG vom AMS bestätigt. Auch wenn diese EU-Entsendebestätigung aufgrund von anhängigen Beschwerdeverfahren gegen den ursprünglichen AMS-Bescheid erst am 28.06.2017 ergangen ist, hat das für das gegenständliche Verfahren keine Relevanz, zumal es bei den Landesverwaltungsgerichten laut Gesetzeslage kein Neuerungsverbot gibt und eine Vorfrage, nämlich das Bestehen einer EU-Entsendebestätigung aufgrund einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes durch die zuständige Behörde anders entschieden wurde.

Der Beschwerdeführer hat daher die ihm zur Last gelegte Tat nicht begangen und war der Beschwerde Folge zu geben, das Straferkenntnis aufzuheben und das Strafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 2 erster Fall VStG einzustellen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Bestellungsurkunde, Abgabenbehörde, Einlangen

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGST:2017:LVwG.33.26.1158.2017

Zuletzt aktualisiert am

18.12.2017

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at