

# TE Lvwg Erkenntnis 2018/10/12 LVwG-S-824/001-2018

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.10.2018

## Entscheidungsdatum

12.10.2018

## Norm

AVRAG 1993 §7d Abs2

AVRAG 1993 §7i Abs4 Z2

AÜG §4

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich erkennt durch Leisser als Einzelrichter über die Beschwerde des Herrn S, vertreten durch B, Rechtsanwälte in \*\*\*, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Hollabrunn vom 28.02.2018, Zl. \*\*\*, betreffend Strafverhängung nach dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), nach durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung, zu Recht:

1. Gemäß § 50 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.
2. Der Beschwerdeführer hat gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von € 1.600,- zu leisten.
3. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz (VwGG) eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe:

Die belangte Behörde hat dem Beschwerdeführer nachstehend angelastet:

„Sie haben folgende Verwaltungsübertretungen begangen:

Zeit:

zumindest am 07.03.2016

Ort:

Gemeindegebiet \*\*\*, \*\*\*

(Acker Riede "\*\*\*\*")

Tatbeschreibung:

1. Sie haben in Ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer der C s.r.o, die als unbeschränkt haftender Gesellschafter der D k. s. fungiert, und diese somit nach außen vertritt, und sohin als vertretungsbefugtes Organ des unbeschränkt haftenden Gesellschafter der D k. s. zur Vertretung nach außen Berufener (§ 9 Verwaltungsstrafgesetz 1991) der Firma D k.s. mit Sitz in \*\*\*, \*\*\* in der Slowakischen Republik als Überlasser zu verantworten, dass den Organen der Finanzpolizei bei den durchgeführten Erhebungen im Gemeindegebiet \*\*\*, \*\*\* am Acker Riede "\*\*\*\*" am 07.03.2016 um 09.55 Uhr nicht nachgewiesen werden konnte, dass die Unterlagen zur Überprüfung des den überlassenen Arbeitnehmern für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts dem Beschäftiger bereitgestellt wurden, da diese den Organen der Finanzpolizei nicht vorgelegt werden konnten. Wer als Überlasser im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich entgegen§ 7d Abs. 2 AVRAG die Lohnunterlagen dem Beschäftiger nicht nachweislich bereitstellt, begeht eine Verwaltungsübertretung. Die Unterlagen für den Arbeitnehmer E, geboren am \*\*\* (slowakischer Staatsbürger bei der Montage von Hagelschutzanlagen für den Obstbau) wurden dem Beschäftiger (Firma F GesmbH) nicht bereitgestellt.
2. Sie haben in Ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer der C s.r.o, die als unbeschränkt haftender Gesellschafter der D k. s. fungiert, und diese somit nach außen vertritt, und sohin als vertretungsbefugtes Organ des unbeschränkt haftenden Gesellschafter der D k. s. zur Vertretung nach außen Berufener (§ 9 Verwaltungsstrafgesetz 1991) der Firma D k.s. mit Sitz in \*\*\*, \*\*\* in der Slowakischen Republik als Überlasser zu verantworten, dass den Organen der Finanzpolizei bei den durchgeführten Erhebungen im Gemeindegebiet \*\*\*, \*\*\* am Acker Riede "\*\*\*\*" am 07.03.2016 um 09.55 Uhr nicht nachgewiesen werden konnte, dass die Unterlagen zur Überprüfung des den überlassenen Arbeitnehmern für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts dem Beschäftiger bereitgestellt wurden, da diese den Organen der Finanzpolizei nicht vorgelegt werden konnten. Wer als Überlasser im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich entgegen§ 7d Abs. 2 AVRAG die Lohnunterlagen dem Beschäftiger nicht nachweislich bereitstellt, begeht eine Verwaltungsübertretung. Die Unterlagen für den Arbeitnehmer G, geboren am \*\*\* (slowakischer Staatsbürger bei der Montage von Hagelschutzanlagen für den Obstbau) wurden dem Beschäftiger (Firma F GesmbH) nicht bereitgestellt.
3. Sie haben in Ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer der C s.r.o, die als unbeschränkt haftender Gesellschafter der D k. s. fungiert, und diese somit nach außen vertritt, und sohin als vertretungsbefugtes Organ des unbeschränkt haftenden Gesellschafter der D k. s. zur Vertretung nach außen Berufener (§ 9 Verwaltungsstrafgesetz 1991) der Firma D k.s. mit Sitz in \*\*\*, \*\*\* in der Slowakischen Republik als Überlasser zu verantworten, dass den Organen der Finanzpolizei bei den durchgeführten Erhebungen im Gemeindegebiet \*\*\*, \*\*\* am Acker Riede "\*\*\*\*" am 07.03.2016 um 09.55 Uhr nicht nachgewiesen werden konnte, dass die Unterlagen zur Überprüfung des den überlassenen Arbeitnehmern für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts dem Beschäftiger bereitgestellt wurden, da diese den Organen der Finanzpolizei nicht vorgelegt werden konnten. Wer als Überlasser im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich entgegen§ 7d Abs. 2 AVRAG die Lohnunterlagen dem Beschäftiger nicht nachweislich bereitstellt, begeht eine Verwaltungsübertretung. Die Unterlagen für den Arbeitnehmer H, geboren am \*\*\* (slowakischer Staatsbürger bei der Montage von Hagelschutzanlagen für den Obstbau) wurden dem Beschäftiger (Firma F GesmbH) nicht bereitgestellt.
4. Sie haben in Ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer der C s.r.o, die als unbeschränkt haftender Gesellschafter der D k. s. fungiert, und diese somit nach außen vertritt, und sohin als vertretungsbefugtes Organ des unbeschränkt haftenden Gesellschafter der D k. s. zur Vertretung nach außen Berufener (§ 9 Verwaltungsstrafgesetz 1991) der Firma D k.s. mit Sitz in \*\*\*, \*\*\* in der Slowakischen Republik als Überlasser zu verantworten, dass den Organen der Finanzpolizei bei den durchgeführten Erhebungen im Gemeindegebiet \*\*\*, \*\*\* am Acker Riede "\*\*\*\*" am 07.03.2016 um 09.55 Uhr nicht nachgewiesen werden konnte, dass die Unterlagen zur Überprüfung des den überlassenen Arbeitnehmern für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts dem Beschäftiger bereitgestellt wurden, da diese den Organen der Finanzpolizei nicht vorgelegt werden konnten. Wer als Überlasser im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich entgegen § 7d Abs. 2 AVRAG die Lohnunterlagen dem Beschäftiger nicht nachweislich bereitstellt, begeht eine Verwaltungsübertretung. Die Unterlagen für den Arbeitnehmer I, geboren am \*\*\* (slowakischer Staatsbürger bei der Montage von Hagelschutzanlagen für den Obstbau) wurden dem Beschäftiger (Firma F GesmbH) nicht bereitgestellt.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

zu 1. § 7i Abs. 4 Ziffer 2 i.V.m. § 7d Abs. 2 AVRAG

zu 2. § 7i Abs. 4 Ziffer 2 i.V.m. § 7d Abs. 2 AVRAG

zu 3. § 7i Abs. 4 Ziffer 2 i.V.m. § 7d Abs. 2 AVRAG

zu 4. § 7i Abs. 4 Ziffer 2 i.V.m. § 7d Abs. 2 AVRAG

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen werden über Sie folgende Strafen verhängt:

Geldstrafen von

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafen von

Gemäß

zu 1. € 2.000,00

34 Stunden

§ 7i Abs. 4 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG)

zu 2. € 2.000,00

34 Stunden

§ 7i Abs. 4 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG)

zu 3. € 2.000,00

34 Stunden

§ 7i Abs. 4 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG)

zu 4. € 2.000,00

34 Stunden

§ 7i Abs. 4 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG)

Vorgeschriebener Kostenbeitrag gemäß § 64 Abs.2 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), das sind 10% der Strafe, mindestens jedoch 10 Euro

€ 800,00

Gesamtbetrag:

€ 8.800,00

„

Begründet wurde diese Entscheidung nach Hinweis auf die von Organen der Finanzpolizei in der Sache gelegte Anzeige, Wiedergabe des Verwaltungsgeschehens und Zitat der rechtlich relevanten Bestimmungen des AVRAG damit, dass die Behörde auf Basis des durchgeführten Verfahrens davon ausgehe, dass die vier im Spruch des Straferkenntnisses genannten Personen betreffend der von ihnen durchgeführten Tätigkeit nicht als selbständige Einzelunternehmer aufgetreten sind, sondern von der D k.s, der F GmbH grenzüberschreitend überlassen wurden, weshalb die D k.s als Überlasser anzusehen sei und der Beschwerdeführer in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der C s.r.o., welche als unbeschränkt haftende Gesellschafter der D k.s fungiere, diese sohin nach außen vertrete und ihm sohin die Verantwortlichkeit nach § 9 VStG treffe, die Unterlagen für die genannten Arbeitnehmer nicht entsprechend den Vorschriften des AVRAG bereitgestellt habe.

Die Deliktsetzung durch den Beschuldigten sei sowohl hinsichtlich des Vorliegens der objektiven als auch der subjektiven Tatseite als erwiesen anzunehmen und habe die Behörde deshalb mit Strafverhängung vorzugehen

gehabt. Hinsichtlich der Höhe der verhängten Strafen habe mit der Verhängung der jeweils im Gesetz vorgesehenen Mindeststrafe das Auslangen gefunden werden können.

In dem vom Beschwerdeführer durch seine ausgewiesene Vertretung gegen diese Entscheidung erhobenen Rechtsmittel wird nach Wiedergabe des Tatvorwurfes und Ausführungen betreffend die Zulässigkeit und Rechtzeitigkeit der Beschwerde geltend gemacht, dass das Straferkenntnis seinem gesamten Inhalt nach aufgrund von Rechtswidrigkeit infolge der Verletzung von Verfahrensvorschriften und inhaltlicher Rechtswidrigkeit angefochten werde.

Konkret wird vorgebracht, die belangte Behörde habe weder den Beschwerdeführer selbst noch die vier im Spruch des Straferkenntnisses genannten Personen in der Sache befragt und sich auch nicht mit den vom Beschwerdeführer bzw. den vom weiteren Geschäftsführer und ebenfalls Beschwerdeführer J vorgelegten Urkunden auseinandergesetzt, aus welchen abzuleiten gewesen wäre, dass zwischen der F GmbH und der Firma C, sowie anschließend mit den vier Einzelunternehmern Werkverträge bzw. Subaufträge abgeschlossen worden wären. Die diesbezügliche Auftragskette, welche auch in der Begründung der angefochtenen Entscheidung angeführt sei, wäre vom Beschwerdeführer im Verfahren nicht bestritten worden. In weiterer Folge werden in der Beschwerde Ausführungen betreffend das Vorliegen der gegenständlichen Vertragsverhältnisse getätigt und richtet sich diese gegen die Begründung der angefochtenen Entscheidung dahingehend, als diese von einer Arbeitskräfteüberlassung der vier im Spruch des Straferkenntnisses genannten Personen von der D k.s zur F GmbH ausgeht, weshalb auch kein Sachverhalt, auf den die Bestimmungen des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes bzw. des Arbeitsvertragsrechtes Anwendung finden könnten, vorgelegen habe und das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung das angefochtene Straferkenntnis beheben und das Verfahren ersatzlos einstellen wolle, bzw. in eventu das Straferkenntnis beheben und die Angelegenheit zur Erlassung einer neuen Entscheidung an die belangte Behörde zurückverweisen wolle.

Nach Übermittlung des Rechtsmittels an die weitere Verfahrenspartei, führte diese zur Beschwerde aus, dass im Vorbringen dahingehend, es habe sich bei den angetroffenen Personen um keine Arbeitnehmer, sondern um selbständige Monteure gehandelt, sowie keinerlei Beweismittel für eine Dienstnehmereigenschaft der genannten Personen im Sinne des AVRAG bzw. des AÜG vorliegen würden, insofern entgegen getreten werde, als alle Arbeiter gemeinsam mit der Montage der Hagelschutznetze beschäftigt gewesen seien, ein dem Einzelnen zuordenbares und gewährleistungstaugliches Werk nicht erkennbar gewesen sei, sowie auch alle Arbeiter gemeinsam mit einem Firmenwagen der Firma C zum Arbeitsort gekommen seien. Ebenso werde in der Beschwerde weder vorgebracht, inwieweit abgrenzbare Werke vorgelegen wären, noch würden irgendwelche Beweismittel dazu angeboten, sodass im Sinne einer Betrachtung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes zweifellos davon auszugehen sei, dass es sich um unselbständige Arbeiter gehandelt habe. Betreffend des Vorbringens dahingehend, dass keine Arbeitskräfteüberlassung von der Firma C an die F GmbH vorgelegen habe, sondern ein Werkvertrag, sei ein solcher tatsächlich nicht ersichtlich.

Die F GmbH sei unstrittig Auftragnehmer zur Montage der Hagelschutznetze seitens des österreichischen Auftraggebers K, ebenso wie die erforderlichen Großgeräte, nämlich Bagger, Folienausleger, usw. aus der Sphäre der Firma F GmbH stammten, wie schon durch die im Akt befindlichen Abrechnungsunterlagen eindeutig belegt werde. Seitens der Firma F GmbH seien diese Großgeräte dem Auftragnehmer mit einer Gesamtsumme von € 5.455,- netto (aus der Gesamtsumme von € 22.205,-) verrechnet worden, wobei zwischen der F GmbH und der Firma C jedoch lediglich eine Pauschalsumme von € 13.000,- für die gesamte Montage abgerechnet worden wäre und keinerlei Maschinenkosten. Wenn nunmehr (ohne Beweisangebot) vorgebracht werde, dass die Großgeräte von der Firma C organisiert worden wären, so sei auf diese Abrechnungen hinzuweisen und auf die von der Firma C und der Firma F GmbH der Finanzpolizei übermittelten E-Mails. Darin gebe die Firma C an, dass von der abgerechneten Gesamtsumme, also € 13.000,- 20 % einbehalten und der Rest an die Monteure ausbezahlt würde. Wenn man nun von diesem Betrag von € 13.000,- die Großgeräte (Leih-)kosten in Höhe von € 5.455,- und diese 20 % der Rechnungssumme abziehen würde, bliebe lediglich ein Betrag von etwa € 6.000,-, der den Arbeitern zur Auszahlung gelangt wäre. Wie aus der Abrechnung der F GmbH mit dem Auftraggeber K hervorgehe, habe ein Montageaufwand von 670 Stunden vorgelegen, sodass für den letztendlich (wenn man dem Vorbringen Glauben schenke, dass der Aufwand für die Großgeräte von der Firma C getragen worden sei) verbliebenen Restabrechnungssumme nur mehr die oben angeführten € 6.000,- übrig blieben und damit ein Stundenlohn für die Arbeiter von etwa ziemlich genau € 9,-

brutto. In diesem Fall sei dann aber vom Vorliegen einer Unterentlohnung auszugehen, weil der Kollektivvertrag (Schlosser) für 2016 bereits einen Mindestlohn in der niedrigsten Qualifikation von etwa € 9,95 brutto, dies ohne irgendwelche Zulagen vorsehe. Auch sei es der Finanzpolizei nicht ersichtlich, dass bei einem Stundenbetrag von € 9,-- brutto eine kostendeckende „selbständige“ Werkerfüllung durch Werkunternehmer möglich wäre. Wenn in der Beschwerde auf die Aussage des Herrn K hingewiesen werde, dass die Firma C die Großgeräte organisiert hätte, sei dem zu entgegnen, dass Herr K in Betrachtung des gesamten Inhaltes der Niederschrift offensichtlich der Meinung gewesen sei, dass Herr A für die Firma C aufgetreten wäre und nicht für die Firma F GmbH. Im Lichte dieser Ausführungen sei auch erkennbar, dass entgegen dem Beschwerdevorbringen hier nicht der gesamte Auftrag von der Firma F GmbH an die Firma C weitergegeben worden sei, sondern ausschließlich die reinen manuellen Arbeiten, wie es sich auch aus den vorgelegten Abrechnungsunterlagen beider Betriebe ergebe, da ansonsten auch die Preisdifferenzen gar nicht plausibel wären. Aus Sicht der Finanzpolizei werde deshalb die Bestätigung des angefochtenen Straferkenntnisses und die Abweisung der Beschwerde beantragt.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat in der Sache in Entsprechung des § 44 VwGVG eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, anlässlich welcher die vier im Spruch des Straferkenntnisses genannten Personen ebenso als Zeugen einvernommen wurden, wie drei an der Erhebung beteiligte Bedienstete der Finanzpolizei. Der Beschwerdeführer wurde wie der weitere Beschwerdeführer in Parallelsachen J in der Sache als Partei befragt.

Auf Basis des durchgeführten Beweisverfahrens ist folgender Sachverhalt festzustellen:

Der inländische Auftraggeber K, auf dessen Feld die vier slowakischen Staatsangehörigen arbeitend angetroffen wurden, hat zunächst das ebenfalls vom Beschwerdeführer vertretene Unternehmen, die F GmbH mit der Errichtung eines Schutznetzes über den Wein-/Obstgarten beauftragt, woraufhin der Beschwerdeführer zunächst für die F GmbH die Anlage plante, notwendige statische Berechnungen durchführte und den Auftraggeber auch hinsichtlich der Anschaffung des für die Anlage notwendigen Materials beriet, sowie die F GmbH für die Verrichtung der Tätigkeiten vor Ort erforderliche Geräte und Maschinen, dies gegen Vereinbarung einer entsprechenden Gegenleistung, bereitstellte. Während der Durchführung der gesamten Tätigkeiten blieb der Beschwerdeführer der Ansprechpartner des Auftraggebers K, sowie er auch nach Abschluss der Tätigkeiten die Endabnahme des errichteten Werkes durchführte und die Abrechnung vornahm.

Die Ausführung der Montagearbeiten hat die F GmbH zunächst an die D k.s mit Sitz in der Slowakischen Republik weitergegeben, als dessen unbeschränkt haftende Gesellschafterin die C s.r.o. fungiert, diese nach außen vertritt und der Beschwerdeführer als vertretungsbefugtes Organ des unbeschränkt haftenden Gesellschafters der D k.s. sohin als zur Vertretung nach außen Berufener, dies neben einem weiteren Geschäftsführer, anzusehen ist, sowie diese Eigenschaft auch im durchgeführten Verfahren unstrittig blieb. Betreffend den weitergegebenen Auftrag verfügte die D k.s. aber ebenfalls nicht über das notwendige eigene Personal zur Verrichtung der Tätigkeiten, weshalb die vier im Spruch des Straferkenntnisses genannten Personen dazu herangezogen wurden, welche bereits mit der Errichtung von derartigen Hagel-/Regen/Vogelschutzanlagen betraut waren und ihre jeweils zu verrichtenden Tätigkeiten vor Ort gegenseitig koordinieren und abstimmen konnten, sowie sie auch notwendiges Kleinwerkzeug für die von ihnen zu verrichtenden Arbeiten selbst mitführten, sowie auch ihre Anreise vor Ort aus der Slowakei mit einem auf die D k.s. zugelassenen Fahrzeug erfolgte, welches ihnen während der Dauer der Verrichtung ihrer Tätigkeiten zur Verfügung gestellt wurde, sie aber für die Benützung dieses Fahrzeuges eine Gegenleistung in der Form zu erbringen hatten, als ihnen vom vereinbarten Entgelt jeweils ein bestimmter Betrag abgezogen wurde.

Betreffend der vor Ort zu verrichtenden Tätigkeiten blieb auch noch ein Spielraum dahingehend, dass der Auftraggeber K ebenfalls einige Maschinen, etwa einen Traktor mit Anhänger, zur Verfügung stellte, sowie auch direkt beim Auftraggeber beschäftigte Personen für die Durchführung von Hilfsarbeiten herangezogen wurden und diesen vom Auftraggeber beigestellten Personen im Zuge der Errichtung der Anlage auch die spätere Funktion derselben erklärt wurde. Betreffend der Arbeitszeiten der vier Personen ist davon auszugehen, dass diese ihre Tätigkeit zwangsläufig zeitlich aufeinander abstimmen mussten, sowie sie auch aus dem Quartier, welches ihnen der Auftraggeber K organisiert hatte, immer gemeinsam mit dem zur Verfügung gestellten Fahrzeug auf die Baustelle anreisten, sowie der für die Fertigstellung der Anlage vorgesehene Termin eher knapp war, sodass sie ihre Tätigkeiten innerhalb kurzer Zeit verrichten und die Anlage fertigstellen mussten. Hinsichtlich etwaiger Gewährleistungsansprüche betreffend der von den vier Personen durchgeführten Tätigkeiten, wobei festzustellen ist, dass die Anzahl der tätigen Personen von der

Größe des Auftrages abhängig war und deshalb vom Beschwerdeführer vorgegeben wurde, ist es zwar so, dass diese danach trachteten, ihre Arbeiten fehlerlos zu verrichten, sowie sie auch im Zuge der auf der Baustelle erfolgten Nachkontrolle eigene fehlerhafte Arbeiten sofort nach- bzw. ausbesserten, allerdings der weitere Beschwerdeführer und Geschäftsführer der C s.r.o., J, zunächst die von den vier Personen verrichteten Arbeiten überprüfte und abnahm, sowie der Auftraggeber K sich nach der Endabnahme der Arbeiten, durchgeführt vom Beschwerdeführer, als Auftragnehmer und Geschäftsführer der F GmbH, sich betreffend des Bestehens etwaiger Gewährleistungsansprüche an dieses Unternehmen zu wenden hatte.

Die vier vor Ort tätigen Personen waren zwar ausgehend von ihren eigenen Angaben in der Slowakei selbständig erwerbstätige Einzelunternehmer, übten ihre Tätigkeit aber ausschließlich für die D k.s aus, dies indem sie der weitere Beschwerdeführer und Geschäftsführer der C s.r.o., J, faktisch für die Durchführung der Tätigkeiten requirierte und sie damit beauftragte. Als Bezahlung für diese Tätigkeiten wurde mit den vier Personen jeweils eine Pauschalsumme vereinbart, ebenfalls durch den weiteren Geschäftsführer der D k.s, J. Diese Feststellungen sind unstrittig aus der durchgeführten mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht abzuleiten und ist für das vorliegende Verfahren ebenfalls die Rechtslage entscheidend, ob die vier im Straferkenntnis genannten Personen dem Vertragspartner des österreichischen Auftraggebers, der Firma F GmbH von der D k.s grenzüberschreitend zur Durchführung der Tätigkeiten überlassen wurden.

Die maßgeblichen Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) sowie des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG) in der maßgeblichen Fassung (BGBl. I Nr. 94/2014) lauten wie folgt:

§ 7d Abs. 1 und Abs. 2 AVRAG:

§ 7d. (1) Arbeitgeber/innen im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 haben während des Zeitraums der Entsendung insgesamt (§ 7b Abs. 4 Z 6) den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel (§ 7b Abs. 1 Z 4), Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des dem/der entsandten Arbeitnehmers/in für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten, auch wenn die Beschäftigung des/der einzelnen Arbeitnehmers/in in Österreich früher geendet hat. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die Lohnunterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten. Ist die Bereithaltung der Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort nicht zumutbar, sind die Unterlagen jedenfalls im Inland bereitzuhalten und der Abgabenbehörde auf Aufforderung nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.

(2) Bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung trifft die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen den/die inländische/n Beschäftiger/in. Der/Die Überlasser/in hat dem/der Beschäftiger/in die Unterlagen nachweislich bereitzustellen.

§ 7i Abs. 4 Z 2 AVRAG:

(4) Wer als Überlasser/in im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich entgegen § 7d Abs. 2 die Lohnunterlagen dem/der Beschäftiger/in nicht nachweislich bereitstellt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jede/n Arbeitnehmer/in mit einer Geldstrafe von 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Wiederholungsfall von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer/innen betroffen, für jede/n Arbeitnehmer/in von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Wiederholungsfall von 4 000 Euro bis 50 000 Euro zu bestrafen

§ 4 Abs. 1 und Abs. 2 AÜG:

§ 4. (1) Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

(2) Arbeitskräfteüberlassung liegt insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber

1. kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder
2. die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder
3. organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder
4. der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet.

Aus den Materialien zu § 4 AÜG ergibt sich hinsichtlich des Vorliegens einer Arbeitskräfteüberlassung (450 BlgNR XVII.GP, S 17f), dass grundsätzlich jene Fälle, in denen ein Werkunternehmer ausschließlich zur Herstellung eines Werkes, für dessen ordnungsgemäßes Zustandekommen er die Verantwortung trägt, Personen (Erfüllungsgehilfen) in den Betrieb des Werkbestellers sendet, nicht vom Regelungsbereich des Gesetzes umfasst sein soll.

Der Abschluss von Werkverträgen soll, soweit er nicht missbräuchlich zur Umgehung der Ziele der vorgesehenen Regelung dient, keineswegs erschwert oder verhindert werden. Die im Rahmen von Werkverträgen übliche Verwendung von Erfüllungsgehilfen stellt grundsätzlich keine Überlassung von Arbeitskräften dar. So wird etwa die Gestaltung von Werbe- und Infoständen oder von Auslagen in der Regel nicht als Überlassung zu werten sein, sondern als echter Werkvertrag. Allen Versuchen, durch den Abschluss eines Werkvertrages die für die Überlassung von Arbeitskräften geltenden gesetzlichen Schranken zu umgehen, soll allerdings vorgebeugt werden.

Die Bestimmung soll daher sicherstellen, dass durch die Erweckung des Anscheins, der nicht auf das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung schließen lässt, noch keinesfalls die Nichtanwendbarkeit der entsprechenden Gesetzesbestimmungen erreicht werden kann. Wegen niemals auszuschließender Umgehungsversuche soll die wirtschaftliche Funktion der in Frage stehenden Vertragsverhältnisse eingehend geprüft werden und für die Zuordnung zum Tatbestand der Arbeitskräfteüberlassung entscheidend sein.

§ 4 Abs. 2 AÜG befasst sich speziell mit dem Werkvertrag, welcher erfahrungsgemäß am häufigsten zur Umgehung der bei der Arbeitskräfteüberlassung zu beachtenden Regeln Verwendung findet. Sofern ein für den Werkvertrag typisches Merkmal nicht vorhanden ist (Z 1, 2 und 4) oder ein für den Werkvertrag völlig untypisches Merkmal (Z 3) gegeben ist, wird das Vorliegen des Tatbestandes der Arbeitskräfteüberlassung angenommen. Auch wenn für die Klassifizierung als Werkvertrag an sich bereits die Kombination einzelner für den Werkvertrag typischer Sachverhaltselemente ausreichend sein mag, muss zur Abgrenzung von der Arbeitskräfteüberlassung die Erfüllung sämtlicher im Regelfall zutreffender Merkmale (einschließlich des Fehlens bestimmter, auf eine Arbeitskräfteüberlassung hinweisender Sachverhaltselemente) verlangt werden, um der Annahme Rechnung zu tragen, dass häufig die Überlassung von Arbeitskräften den eigentlichen Zweck des Werkvertrages bildet.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seiner bisherigen ständigen Judikatur dargelegt hat, ist für die Abgrenzung zwischen Werkverträgen, deren Erfüllung im Wege einer Arbeitskräfteüberlassung im Sinn des AÜG stattfindet und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, zwar grundsätzlich eine Gesamtbetrachtung der Unterscheidungsmerkmale notwendig, jedoch liegt bereits bei Erfüllung nur eines der in § 4 Abs. 2 Z 1 bis 4 AÜG genannten Tatbestandsmerkmale dem wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitskräfteüberlassung vor, insbesondere kann eine Arbeitskräfteüberlassung auch dann vorliegen, wenn keine organisatorische Eingliederung der Arbeitskräfte in den Betrieb des Werkbestellers besteht, stellt doch dieses Tatbestandsmerkmal nur eines von vier möglichen der Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte dar. Selbst im Fall zivilrechtlich als Werkvertrag einzustufender Vereinbarungen zwischen Unternehmer und „Subunternehmer“ liegt eine Arbeitskräfteüberlassung vor, wenn eine der Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG anwendbar ist. Einer Gesamtbetrachtung des Sachverhaltes im Sinn des § 4 Abs. 1 AÜG bedarf es hingegen nur dann, wenn durch den Tatbestand keine der vier Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG zur Gänze erfüllt ist (VwGH 19.5.2014, Ro 2014/09/0026).

Selbst für den Fall des Vorliegens eines gültigen Werkvertrages zwischen dem Entsender und dem Beschäftiger kann daher dem wahren wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitskräfteüberlassung vorliegen, wenn es den Vertragspartnern nach der typischen Gestaltung des Vertragsinhaltes erkennbar, gerade auf die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften ankommt. Wann dies der Fall ist, legt § 4 Abs. 2 AÜG typisierend nach der Art einer unwiderleglichen Vermutung fest

(VwGH 21.9.1999, 97/08/0053). Entscheidend ist daher, ob einer der in § 4 Abs. 2 Z 1 bis 4 AÜG normierten Tatbestände erfüllt ist, weil in diesem Fall im Sinne der ob zitierten Judikatur jedenfalls dem wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitskräfteüberlassung vorliegt.

Unter Beachtung der zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hatte das Verwaltungsgericht bei der gegenständlichen Beurteilung, ob eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, allerdings nicht nur auf den § 4 AÜG und die erwähnte Judikatur Bedacht zu nehmen, nach welcher das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung bereits auf die Bestimmung des § 4 Abs. 2 Z 2 gestützt werden könnte, weil die Arbeiten nicht vorwiegend mit dem Material des Werkunternehmers – wie es selbst dem Beschwerdevorbringen entspricht – geleistet wurden. Es war vielmehr im Sinn einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung (VwGH 22.8.2017, Ra 2017/11/0068) die Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen bzw. die im Urteil des EuGH, C-586/13 genannten Kriterien betreffend der Beurteilung des Vorliegens einer Arbeitskräfteüberlassung heranzuziehen.

Aus dem zitierten Urteil des EuGH, C-586/13 ergibt sich, dass für die Beurteilung, ob ein Sachverhalt als grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung zu beurteilen ist, welche die in § 7d Abs. 1 AVRAG normierte Pflicht zur Bereithaltung der dort bezeichneten Unterlagen auslöst, aus unionsrechtlicher Sicht jeder Anhaltspunkt zu berücksichtigen und somit unter mehreren Gesichtspunkten (nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt) mit Bezugnahme auf das dem Urteil EuGH, C-586/13 vorausgegangene Urteil des EuGH, C-307/09 bis C-309/09 zu prüfen ist. Im Speziellen sind dabei entsprechend dem Urteil EuGH, C-586/13, die Fragen, ob die Vergütung/das Entgelt auch von der Qualität der erbrachten Leistung abhängt, bzw. wer die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich festgelegten Leistung trägt (Rn 35 ff des EuGH-Urteils), ob also der für einen Werkvertrag essentielle gewährleistungstaugliche Erfolg erfüllt wurde, wer die Zahl der für die Herstellung des Werkes jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer bestimmt (Rn 38) und von wem die Arbeitnehmer die genauen individuellen Weisungen für die Ausführungen der Tätigkeit erhalten (Rn 40) von entscheidender Bedeutung.

Auf Basis der obigen Sachverhaltsfeststellungen, dies im Zusammenhang damit, dass die Auftragnehmerin, sohin die F GmbH, ebenfalls vom nunmehrigen Beschwerdeführer als Geschäftsführer vertreten, zumal sie nicht selbst über die entsprechenden Arbeitskräfte zur Erfüllung des angenommenen Auftrages verfügte, diesen zunächst an die D k.s weitergab, welche auch nicht über die entsprechenden eigenen Arbeitskräfte verfügte, wobei für diese Gesellschaft wiederum der Beschwerdeführer gemeinsam mit einer weiteren Person Geschäftsführer dieser Gesellschaft mit Sitz in der Slowakei ist, zur Auftragserfüllung die im Spruch des Straferkenntnisses genannten Personen heranzog, welche von dem zweiten Geschäftsführer der D k.s requiriert wurden und zwar in der Slowakei als Einzelunternehmer auftreten, allerdings ihre Aufträge ausschließlich von der D k.s erhalten, die Anzahl der beauftragten Personen vom Umfang und der Größe des ursprünglichen Werkes abhängig war, die beauftragten Personen sich vor Ort gemeinsam zeitlich koordinieren mussten um entsprechend zusammenarbeiten zu können, sowie die jeweilige Tätigkeit der einzelnen Personen nicht als Werk angesehen werden kann, deutet dies insgesamt jedenfalls auf das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung hin. Dem steht nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich auch nicht entgegen, dass die arbeitenden slowakischen Staatsangehörigen mit der D k.s für die Durchführung der Tätigkeiten eine Pauschalsumme vereinbart hatten, sowie im Zuge ihrer Befragung auch angaben, für die von ihnen verrichteten Tätigkeiten bzw. die richtige und entsprechende Ausführung derselben verantwortlich zu sein, dies zumal dem österreichischen Auftraggeber nur gegenüber seiner Vertragspartnerin, sohin der F GmbH ein Gewährleistungsanspruch hinsichtlich etwaiger Mängel am Gesamtwerk zukam, sowie eventuell auftretende Mängel am errichteten Gesamtwerk, also dem Hagel-/Vogel-/Regenschutznetz, selbst wenn die vier eingesetzten Arbeiter immer nur bestimmte Tätigkeiten verrichteten, an diesem Gesamtwerk auftretende Mängel einer einzelnen Person nicht mehr konkret zugeordnet werden können. Ebenso spricht die Endabnahme der Tätigkeiten durch die F GmbH, sowie eine weitere begleitende Kontrolle der Tätigkeiten durch den weiteren Geschäftsführer der D k.s während ihrer Durchführung für das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung.

Die weiteren getroffenen Feststellungen, etwa die gemeinsame Anreise der vier die Arbeiten durchführenden Personen mit einem Fahrzeug der D k.s, der vereinbarten Mitarbeit von Arbeitnehmern des österreichischen Auftraggebers zwecks schnellerer Durchführung der Arbeiten, dies mit dem ursprünglichen Vertragspartner, also der F GmbH, welche auch die größeren Geräte und Maschinen zur Durchführung der Tätigkeiten vor Ort brachte und dem Auftraggeber in Rechnung stellte, deuten ebenso wie die bestehende Qualitätskontrolle der von den slowakischen



Arbeitnehmern verrichtenden Tätigkeiten, sowie auch die Endabnahme durch den Auftragnehmer, die F GmbH nicht auf das Vorliegen eines Werkvertrages sondern ebenfalls auf eine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung durch die D k.s an die F GmbH hin.

Da für die im Spruch des Straferkenntnisses genannten überlassenen Arbeitskräfte unstrittig keine Lohnunterlagen im Sinn des § 7d Abs. 1 AVRAG auf der Baustelle bereit gehalten wurden, liegt der gegenständlichenfalls angelastete Verstoß gegen das AVRAG vor, welchen der Beschwerdeführer als Geschäftsführer und zur Vertretung nach außen berufenes Organ der D k.s zu verantworten hat, weil diese nachweislich die Arbeitskräfte der F GmbH überlassen hat, weshalb der dem Beschwerdeführer zur Last gelegte Tatbestand in objektiver Hinsicht verwirklicht ist. Bei den dem Beschwerdeführer angelasteten Verwaltungsübertretungen handelt es sich um sogenannte Ungehorsamsdelikte und gilt gemäß § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG deshalb die gesetzliche Vermutung des Vorliegens der fahrlässigen Begehung der angelasteten Verwaltungsübertretung, wenn ein tatbildmäßiges Verhalten festgestellt und das mangelnde Verschulden durch den Beschwerdeführer nicht glaubhaft gemacht wird. Es war sohin Sache des Beschwerdeführers, initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht, etwa durch die Beibringung geeigneter Beweismittel oder die Stellung entsprechend konkreter Beweisanträge. Vom Beschwerdeführer konnte jedenfalls fehlendes Verschulden im gesamten Verfahren nicht glaubhaft gemacht werden, weil er faktisch nur das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung in Abrede gestellt hat. Vom Vorliegen der subjektiven Tatseite ist deshalb ebenfalls auszugehen.

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat. Überdies sind 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 Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Die gegenständlichen Verwaltungsübertretungen sind gemäß dem 3. Strafsatz des § 7i Abs. 2 AVRAG mit einer Geldstrafe von € 2.000,-- bis zu € 20.000,-- zu bestrafen. Der dritte Strafsatz kommt deshalb zur Anwendung, weil mehr als drei Arbeitnehmer betroffen sind und für den Beschwerdeführer keine zum Tatzeit rechtskräftige einschlägige verwaltungsstrafrechtliche Vormerkung nach dem AVRAG aufschiebt.

Der objektive Unrechtsgehalt der angelasteten Übertretungen kann nicht als gering gewertet werden, weil die Unterlassung der Bereithaltung der gegenständlichen Meldung die Kontrolltätigkeit der Finanzpolizei erheblich erschwert. Daher war der Unrechtsgehalt der Übertretung an sich selbst bei Fehlen sonstiger nachteiliger Folgen, nicht unbeträchtlich. Auch das Ausmaß des Verschuldens des Beschwerdeführers konnte vorliegendenfalls nicht als geringfügig angesehen werden, weil weder hervorgekommen ist, noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der Vorschriften des AVRAG eine besondere Aufmerksamkeit erfordert hätte oder die Verwirklichung der Tatbestände aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können. Die gesetzlichen Voraussetzungen für ein Absehen von der Fortführung des Strafverfahrens und eine Einstellung gemäß § 54 Abs. 1 Z 4 VStG bzw. eine Ermahnung gemäß § 45 Abs. 1 zweiter Satz VStG liegen sohin nicht vor.

Die Unbescholtenheit des Beschwerdeführers wurde bereits von der belangten Behörde dadurch berücksichtigt, dass diese die gesetzlich vorgesehenen Mindeststrafen verhängt hat.

Weitere Milderungs- oder Erschwerungsgründe sind im Verfahren nicht hervorgekommen, weshalb auch die Voraussetzungen für eine Unterschreitung der gesetzlichen Mindeststrafe nach § 20 VStG (außerordentliche Strafmilderung) nicht gegeben sind.

Den von der Erstbehörde festgestellten wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnissen ist der Beschwerdeführer im erhobenen Rechtsmittel nicht entgegen getreten und erscheint sohin die gegenständlichenfalls verhängte Strafe von € 2.000,-- für jeden in Betracht kommenden Arbeitnehmer als tat- und schuldangemessen. Ebenso war bei der Strafbemessung nicht nur auf spezial- sondern auch generalpräventive Aspekte Bedacht zu nehmen.

Der erhobenen Beschwerde war deshalb kein Erfolg beschieden, sohin spruchgemäß zu entscheiden und hat der Beschwerdeführer den Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) von € 10.400,-- gemäß § 52 Abs. 6 VwGVG i.V.m. § 54 b Abs. 1

VStG binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Erkenntnisses zu bezahlen.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, weil im gegenständlichen Verfahren keine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil die Entscheidung nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

**Schlagworte**

Arbeitsrecht; Lohn- und Sozialdumping; Verwaltungsstrafe; grenzüberschreitende Überlassung; Lohnunterlagen;

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGNI:2018:LVwG.S.824.001.2018

**Zuletzt aktualisiert am**

06.12.2018

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Niederösterreich LVwg Niederösterreich, <http://www.lwv.noe.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

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