

TE Lvwg Erkenntnis 2019/9/18 LVwG-2019/27/0055-4

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 18.09.2019

Entscheidungsdatum

18.09.2019

Index

60/04 Arbeitsrecht allgemein

40/01 Verwaltungsverfahren

Norm

AuslBG §18 Abs12

VStG §45 Abs1 Z1

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Dr. Rosenkranz über die Beschwerde des Herrn Baumeister AA, vertreten durch BB Rechtsanwälte GmbH, Adresse 1, Z, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Y vom 12.10.2018, Zl ***, betreffend eine Übertretungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz, nach öffentlicher mündlicher Verhandlung,

zu Recht:

1. Der Beschwerde wird Folge gegeben, der angefochtene Bescheid hinsichtlich des Spruchpunktes 1. behoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG in diesem Umfang eingestellt.
2. Die ordentliche Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang:

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde dem Beschwerdeführer nachstehender Sachverhalt zur Last gelegt:

„Der Beschuldigte AA geb. am xx.xx.xxxx hat es als verantwortlicher Beauftragter der CC GmbH mit Sitz in X, Adresse 2 welche unbeschränkt haftende Gesellschafterin der DD GmbH & Co. KG und somit als verantwortlicher Beauftragter gemäß § 28a Abs.3 AuslBG der angeführten Gesellschaft und sohin nach§ 9 Abs. 2 VStG strafrechtlich Verantwortlicher für die vorangeführte Gesellschaft zu verantworten, nachstehende Arbeitnehmer die von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes - im gegenständlichen Fall die Firma EE GmbH, Adresse 3, I-*** W zur Arbeitsleistung nach Österreich entsandt bzw. überlassen und somit in Anspruch genommen, obwohl die Voraussetzungen des § 18 Abs. 12 Zif. 1 bzw. 2 nicht erfüllt waren. Es wurde festgestellt, dass nachstehende Personen beschäftigt wurden, obwohl die österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäß § 7b

Abs. 1 Zif.1 bis 3 und Abs.2 des Arbeitsvertragsrechts Anpassungsgesetz (AVRAG) sowie die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen nicht eingehalten wurden. Im Zuge der Kontrolle durch die Finanzpolizei wurde ermittelt, dass eine Unterentlohnung der unten angeführten Arbeitnehmer durch die Firma EE GmbH, Adresse 3, I-*** W stattgefunden hat. Arbeitnehmer:

1. FF, geb. xx.xx.xxxx, Sta. Mazedonien, Beschäftigungszeitraum: 05.07.2016 bis 30.09.2016 (lt. ZKÖ3 Meldung)

2. GG, geb. xx.xx.xxxx, Sta. Mazedonien, Beschäftigungszeitraum: 07.07.2016 bis 30.09.2016 (lt. ZKÖ3 Meldung)

Dies wurde von Kontrollorganen der Finanzpolizei festgestellt.

Der Beschuldigte hat dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 18 Abs. 12 iVm § 28 Abs. 1 Zif.4 lit. b Ausländerbeschäftigungsgesetz-AuslBG

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über ihn folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von Euro

1. 500,00

2. Einstellung

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von

17 Stunden

Freiheitsstrafe von

Gemäß

§ 28 Abs. 1 Zif. 4 AuslBG iVm § 20 VStG

§45 VStG

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

€ 50,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

€ 550,00"

Dagegen hat der Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde erhoben und darin im Wesentlichen ausgeführt, wie folgt:

B.

BESCHEIDBESCHWERDE

Das Straferkenntnis der belangten Behörde vom 12.10.2018, GZ ***, wurde dem Beschuldigten am 22.10.2018 zugestellt. Binnen offener Frist erhebt der Beschwerdeführer nachstehende

BESCHEIDBESCHWERDE

gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG an das Landesverwaltungsgericht Tirol:

Der Beschuldigte bekämpft das Straferkenntnis in vollem Umfang wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes. Im Einzelnen führt der Beschwerdeführer dazu aus:

1. Rechtswidrigkeit des Inhaltes

Die rechtlichen Erwägungen im bekämpften Straferkenntnis sind mehrfach unrichtig:

Ausdrücklich bestritten wird, der Beschuldigte habe es zu verantworten, dass entgegen § 18 Abs. 12 AuslBG die Arbeitsleistungen des Herrn FF - der von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedsstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes zur Arbeitsleistung nach Österreich entsandt bzw. überlassen worden sei - im Beschäftigungszeitraum 7.7.2016 bis 30.Ö.2016 auf der Baustelle „V“ in U in Anspruch genommen worden sei, obwohl die Voraussetzungen des § 18 Abs. 12 Z 1 oder 2 AuslBG nicht erfüllt gewesen seien.

Die Finanzpolizei geht offensichtlich davon aus, dass Herr FF von der EE GmbH als Unternehmer mit Betriebssitz in Italien der DD GmbH & Co. KG (kurz „DD“) überlassen worden sei. Diese Annahme der Finanzpolizei ist unrichtig.

Richtig vielmehr ist, dass der mazedonischen Staatsangehörige FF zum verfahrensgegenständlichen Zeitpunkt ein Arbeitnehmer der EE GmbH war. Zwischen DD und der EE GmbH wurde auf werkvertraglicher Basis zusammenarbeitet.

Herr FF ist nicht von DD beschäftigt worden. Die belangte Behörde behauptet daher unrichtig, Herr FF sei von DD beschäftigt worden, obwohl die österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäß § 7b Abs, 1 Z 1 bis 3 und Abs, 2 AVRAG sowie die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen nicht eingehalten worden wären.

Herr FF hatte laut Arbeitsvertrag vom 04.07.2016 Anspruch auf Grundlohn von EUR 4,89, Kontingenz von EUR 3,02 und territoriales Lohnelement von EUR 1,18, sodass sich ein Stundenlohn von EUR 9,09 errechnet. Die dem Beschuldigten vorliegenden Lohnunterlagen der EE GmbH weisen für die Monate Juli bis Dezember 2016 einen Stundensatz von EUR 9,09 aus. Nachdem sich herausgestellt hatte, dass Herr FF von seinem Arbeitgeber EE GmbH geringfügig unterentlohnt worden war, zahlte dieser den errechneten Betrag für die Monate Juli und August 2016 am 07.12.2016 nach.

Im Vorabentscheidungsverfahren EuGH 18.06.2015, C-586/13, Martin Meat, ARD 6454/7/2015, kam der Europäische Gerichtshof zu dem Ergebnis, „dass für die Feststellung, ob ein Vertragsverhältnis ... als Arbeitskräfteüberlassung iSv Art 1 Abs 3 Buchst c der RL 96fn/EWG einzustufen ist, jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen ist, ob der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat den eigentlichen Gegenstand der Dienstleistung, auf den sich dieses Vertragsverhältnis bezieht, darstellt oder nicht. Einen Hinweis darauf, dass ein solcher Wechsel nicht der eigentliche Gegenstand der betreffenden Dienstleistung ist, stellen grundsätzlich ua der Umstand dar, dass der Dienstleistungserbringer die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich vereinbarten Leistung trägt, sowie der Umstand, dass es dem Dienstleistungserbinger freisteht, die Zahl der Arbeitnehmer zu bestimmen, deren Entsendung in den Aufnahmemitgliedstaat er für sachgerecht hält. Hingegen erlaubt der Umstand, dass das Unternehmen, dem die betreffende Leistung zugutekommt, kontrolliert, ob diese vertragsgemäß ist, oder allgemeine Anweisungen an die Arbeitnehmer des Dienstleistungserbringens erteilen kann, als solcher nicht die Schlussfolgerung, dass eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt.“

Im Hinblick auf dieses Urteil verlangt der Verwaltungsgerichtshof daher nun auch für einen Fall wie hier (im Regelfall nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung) eindeutige Sachverhaltsfeststellungen dahin, ob und welche der für die Arbeitskräfteüberlassung ausschlaggebenden Kriterien verwirklicht sind, um im Rahmen einer rechtlichen Gesamtbeurteilung fallbezogen das Vorliegen von grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung bejahen oder verneinen zu können (VwGH 22.08.2017, Ra 2017/11/0068).

Derartige Feststellungen fehlen im bekämpften Straferkenntnis der belangten Behörde gänzlich.

Beweis

Arbeitsvertrag FF vom 04.07.2016 Beilage /***

Werkvertrag vom 20.06.2016, Beilage ./***

Lohnabrechnungen FF Juli bis Dezember 2016, Beilage /***

Korrespondenz Unterentlohnung FF. Beilage /***

Adresse 2, X als Zeuge

JJ, pA zuvor, als Zeuge;

weitere Beweise vorbehalten.

2. Beschuldigten trifft kein Verschulden

Den Beschuldigten trifft an den behaupteten Verwaltungsübertretungen keine Schuld. DD ist kein Beschäftiger iSd AuslBG - die dem Beschuldigten angelastete Rechtsvorschrift wurde nicht verletzt.

Wie bereits oben dargelegt, bestand zwischen DD und EE GmbH ein Werkvertrag. Der von EE GmbH auf der Baustelle „V“ in U eingesetzten Arbeiter, unter anderem auch Herr FF, waren DD namentlich nicht bekannt. Stundenaufzeichnungen, Arbeitsunterweisungen und/oder Arbeitsanweisungen gegenüber Herrn FF von DD wurden nicht erteilt bzw existieren nicht. In diesem Zusammenhang wird auf die Ausführungen in Punkt 1. Verwiesen.

Zusammengefasst liefern auch die Beweisergebnisse keinen Hinweis darauf, dass DD als Beschäftiger iSd AusIBG zu qualifizieren ist. Der verantwortliche Beauftragte hat die Rechtsvorschrift des § 18 Abs 2 AusIBG sohin nicht verletzt.

3. Begehren

Vor diesem Hintergrund stellt der Beschuldigte den

ANTRAG:

Das Landesverwaltungsgericht Tirol möge gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG in der Sache selbst Entscheidung und das Verwaltungsstrafverfahren der Bezirkshauptmannschaft Y *** gegenüber dem Beschuldigten einstellen

in eventu

Das Landesverwaltungsgericht Tirol möge gemäß § 28 Abs. 3 VwGVG das bekämpfte Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Y vom 12.10.2018 im Verwaltungsstrafverfahren *** aufheben und zur neuerlichen Entscheidung an die

belangte Behörde zurückverweisen.

C.

ANTRAG AUF MÜNDLICHE VERHANDLUNG

Der Beschuldigte stellt den

Antrag

auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung beim Landesverwaltungsgericht Tirol gemäß § 44 VwGVG zur Aufnahme der angebotenen Personalbeweise. Gründe dafür, von der Durchführung abzusehen, liegen aus Sicht des Beschuldigten nicht vor

Beweis wurde aufgenommen durch Einsichtnahme in den behördlichen Akt und den Akt des Landesverwaltungsgerichtes Tirol sowie durch Einsichtnahme in die Akten LVwG-2019/27/0055 und LVwG-2019/27/0452 sowie die Akten LVwG-2017/40/0862 und LVwG-2017/40/1402 sowie LVwG-2017/40/1486 und durch Einvernahme der Zeugen KK, Baumeister LL, JJ und MM.

Der Beschwerdeführer ist zur mündlichen Verhandlung nicht erschienen.

II. Sachverhalt:

Nachfolgender Sachverhalt steht aufgrund des durchgeföhrten Beweisverfahrens fest:

Die Firma CC GmbH mit Sitz in der Gemeinde X und der Geschäftsanschrift Adresse 2, X, ist unbeschränkt haftende Gesellschafterin der DD GmbH & Co. KG. Der Beschwerdeführer ist verwaltungsstrafrechtlich verantwortlicher Beauftragter nach § 9 VStG.

Das Unternehmen, die DD GmbH & Co. KG, hatte für die NN (OO) die Errichtung einer Wohnanlage in U, V, vorzunehmen.

Im Zuge einer Kontrolle der Finanzpolizei nach dem AVRAG am 23.09.2016 um 08.10 Uhr an der vorgenannten Baustelle wurde festgestellt, dass der Polier der Firma DD GmbH & Co. KG sowie ein Kranfahrer dieses Unternehmens vor Ort gearbeitet hatten. Weiters wurden 11 Arbeitnehmer angetroffen, die an der Baustelle Arbeitsleitungen (Schalungs- und Betonierarbeiten) erbrachten. Dabei handelte es sich bei diesen Arbeitnehmern um zwei Arbeitnehmer (mazedonische Staatsangehörige) der Firma EE GmbH (ein italienisches Unternehmen) bzw neun Arbeitnehmer (zwei bulgarische und sieben italienische Staatsangehörige) der Firma PP GmbH (ein slowakisches Unternehmen), die allerdings aufgrund eines Vertrages zwischen der Firma EE GmbH und der Firma PP GmbH tätig waren.

Die Eisenbiegerarbeiten an der Baustelle wurden von einem weiteren, hier nicht involvierten, Unternehmen durchgeführt.

Die Hebearbeiten an der Baustelle wurden durch den Kranfahrer der Firma DD GmbH & Co. KG durchgeführt. Er hat beispielsweise die Schalungsbauten gemacht und Betonkübel, Schaltafeln und Steher sowie sonstiges schweres Material mit dem Kran hin- und hergeführt. Der ebenfalls an der Baustelle arbeitende (Roh)Baupolier der Firma DD

GmbH & Co. KG, Herr KK, hat an der Baustelle den Arbeitern der Firmen EE GmbH und PP GmbH angeschafft, was zu tun ist und danach kontrolliert, ob alles in Ordnung ist. Die Unterweisung der Arbeiter auf der Baustelle erfolgte durch ihn. An der Baustelle hat er die ganzen Arbeiten koordiniert. Der Baupolier hat die Tagesberichte geschrieben, dies betreffend den Baufortschritt und bezogen auf die Tätigkeiten, die über den jeweiligen Tag erledigt wurden. Dies ist allerdings nicht auf einzelne Arbeiter bezogen gewesen, sondern auf die gesamte Tätigkeit. Der Baupolier, Herr KK, musste den an der Baustelle tätigen Arbeitern immer wieder Anweisungen geben, da diese nicht genau das gemacht hatten, was sie machen hätten sollen. Dabei hat er den Arbeitern die Arbeiten sodann vorgegeben und hat – auch aufgrund von Sprachproblemen – ein Vorarbeiter der Firma EE GmbH das weitere mit den Arbeitern „gemanagt“.

Der Baupolier musste immer wieder sagen, was zu machen sei und hat er danach kontrolliert und den Baufortschritt weiter vorangetrieben. Außerdem hat der Baupolier auch den Bauleiter, Herrn Baumeister LL, gesagt, wenn mehr Leute an der Baustelle benötigt worden sind und hat letzterer dies dann koordiniert.

Der Bauleiter hat gegenüber der Firma EE GmbH mitgeteilt, dass diese Personal aufstocken müsse, damit die Leistung passt. Dies ist dann auch erfolgt.

Das Arbeitsmaterial wurde von der Firma DD GmbH & Co. KG gestellt, ebenso wie Nägel, Kreissäge, und sämtliche Maschinen die benötigt wurden. Wie schon erwähnt, wurde auch der Kranfahrer, der die Hebearbeiten auf der Baustelle durchgeführt hatte, seitens der Firma DD GmbH & Co. KG tätig. Die Sicherheitsausrüstung, Hammer und weitere Nägel hatten die Arbeiter, die über die Firma EE GmbH gekommen waren, selbst mit.

Der Arbeitsbeginn ist von der Firma DD GmbH & Co. KG mit 07.00 Uhr vorgegeben worden.

Der Kranfahrer war von 07.00 Uhr bis 17.00 Uhr auf der Baustelle und hat das, was auf der Baustelle gebraucht wurde, mit dem Kran zugeliefert.

Wenn an der Baustelle nicht um 07.00 Uhr zu arbeiten begonnen wird, kann die nötige Leistung und der notwendige Arbeitsfortschritt nicht erbracht werden. Hätten die Arbeiter der Firma EE GmbH nicht um 07.00 Uhr zu arbeiten begonnen, hätte man seitens der Firma DD GmbH & Co. KG ein Gespräch gesucht, da dann am Tag (Arbeits)Stunden gefehlt hätten oder die Leistung nicht erbracht worden wäre.

Auf der Baustelle hat es keine Schäden gegeben; hätte es solche gegeben, dann hätte die Firma DD GmbH & Co. KG gegenüber der NN gehaftet, die Firma EE GmbH hätte ihrerseits gegenüber der Firma DD GmbH & Co. KG gehaftet.

Die Firma DD GmbH & Co. KG hat mit der Firma EE GmbH, Adresse 3, I*** W, sowie der Firma QQ GesmbH, Adresse 4, T einen Werkvertrag vom 20.06.2016 über die Ausführung von Baumeisterarbeiten bei der gegenständlichen Baustelle abgeschlossen. Der Werkvertrag, datiert vom 20.06.2016/20.07.2016. Grundlage für den Vertrag war unter anderem eine Ausschreibung samt Beilagen, welche jedoch weder während des behördlichen Verfahrens noch während des Verfahrens des Landesverwaltungsgerichtes Tirol vorgelegt wurde und sich nicht bei den Unterlagen befindet, welche seinerzeit von der Finanzpolizei an der Baustelle vorgefunden wurden. Tatsächlich wurden nur Arbeitnehmer der Firma EE GmbH tätig und hatten diese lediglich Schalungs- und Betonierarbeiten vorzunehmen.

Im Vertrag sind Regelungen über die Gewährleistung und über Bauschäden vorhanden. Zusätzlich ist vereinbart, dass es dem Auftragnehmer nicht erlaubt ist, die von ihm übernommenen Arbeiten, auch nur zum Teil, an einen anderen Subfirma weiter zu vergeben. Wenn dies vom Auftragnehmer gewünscht werde, müsse er umgehend den Auftraggeber schriftlich informieren und müsse dieser der Weitervergabe zustimmen. Seitens der Firmen EE GmbH und QQ GesmbH wurde mit der Firma PP GmbH, Adresse 5, SK-*** S, ein vom 05.07.2016/08.07.2016 datierender Werkvertrag betreffend Schalungs- und Maurerarbeiten an der gegenständlichen Baustelle abgeschlossen. Der seinerzeit als „Einkäufer“ tätige JJ wusste, dass auch Arbeiter der Firma PP GmbH an der Baustelle tätig sind, der Baupolier und der Bauleiter wussten dies nicht. Eine schriftliche Information im Sinne des oben zitierten Vertragspunktes ist nicht aktenkundig und nicht nachgewiesen.

Wenn die Firma DD GmbH & Co. KG Auftrags- bzw Leistungsspitzen nicht mit eigenem Personal oder eigenen Ressourcen abdecken kann, werden dann, wenn abgrenzbare Bereiche oder abgrenzbare Leistungen gegeben sind und man nicht einzelne Arbeitskräfte in Anspruch nehmen möchte, Subunternehmer eingesetzt.

Ansonsten, wenn an einer Baustelle zu wenig eigenes Personal ist, werden Arbeiter über andere Firmen (zB Leasingfirmen) beschäftigt.

Da seitens der Firma DD GmbH & Co. KG für die damalige Baustelle bis auf den Polier und den Kranfahrer kein eigenes Personal zur Verfügung stand, um den Rohbau zu errichten, da das eigene Personal des Unternehmens bereits bei anderen Baustellen eingesetzt gewesen ist und man ansonsten die gegenständliche Baustelle nicht hätte verwirklichen können, hat Herr JJ den Auftrag gehabt, ein Unternehmen zu suchen, dass an der Baustelle arbeiten kann. Da dieser die Firma EE GmbH bereits gekannt hat, ist er mit diesem Unternehmen in Kontakt getreten und hat angefragt, ob die Arbeiten gemacht werden können und wurde in weiterer Folge der Werkvertrag erstellt und unterzeichnet.

Anlässlich der Kontrolle der gegenständlichen Baustelle durch die Finanzpolizei am 23.09.2016 um 11.45 Uhr wurde sodann einerseits festgestellt, dass für nachfolgende Arbeitnehmer (gegenständlich nicht relevant) Lohnunterlagen nicht bzw nicht in deutscher Sprache bereitgehalten und vorgelegt wurden sowie (gegenständlich ebenfalls nicht relevant) ZKO4-Meldungen an der Baustelle nicht bereit gehalten wurden. Für die genannten Arbeiter wurde jeweils eine ZKO3-Meldung erstattet und sind diese Meldungen bei der Kontrolle auch vorgelegt worden:

Arbeitnehmer: RR, geb: xx.xx.xxxx

Staatsangehörigkeit: Bulgarien

Tätigkeit: angelernter Bauarbeiter

Arbeitnehmer: TT, geb. xx.xx.xxxx

Staatsangehörigkeit: Bulgarien

Tätigkeit: angelernter Bauarbeiter

Arbeitnehmer: UU, geb. xx.xx.xxxx

Staatsangehörigkeit: Italien

Tätigkeit: Maurer

Arbeitnehmer: VV, geb. xx.xx.xxxx

Staatsangehörigkeit: Italien

Tätigkeit: angelernter Bauarbeiter

Arbeitnehmer: FF, geb. xx.xx.xxxx

Staatsangehörigkeit: Mazedonien

Tätigkeit: Maurer

Beschäftigungszeitraum: 05.07.2016 bis 30.09.2016 (laut ZKO3-Meldung)

Arbeitnehmer: WW

Staatsangehörigkeit: Italien

Tätigkeit: angelernter Bauarbeiter

Arbeitnehmer: XX, geb. xx.xx.xxxx

Staatsangehörigkeit: Italien

Tätigkeit: angelernter Bauarbeiter

Arbeitnehmer: YY, geb. xx.xx.xxxx

Staatsangehörigkeit: Italien

Tätigkeit: Maurer

Arbeitnehmer: ZZ, geb. xx.xx.xxxx

Staatsangehörigkeit: Italien

Tätigkeit: angelernter Bauarbeiter

Arbeitnehmer: BA, geb. xx.xx.xxxx

Staatsangehörigkeit: Italien

Tätigkeit: angelernter Bauarbeiter

Arbeitnehmer: GG, geb. xx.xx.xxxx

Staatsangehörigkeit: Mazedonien

Tätigkeit: angelernter Bauarbeiter

Aufgrund der Kontrolle der Finanzpolizei am 23.09.2016 wurde der Arbeiter FF bei Schalungs- und Maurerarbeiten betreten und wurde daraufhin seitens der R Gebietskrankenkasse als Kompetenzzentrum LSDB eine Überprüfung wegen allfälliger Unterentlohnung durchgeführt. Dieser Arbeiter wurde seitens der R Gebietskrankenkasse als Kompetenzzentrum LSDB als angelernter Bauarbeiter (Schaler) hinsichtlich der Tätigkeit in den Kollektivvertrag eingestuft und wurde festgestellt, dass ab dem 01.05.2016 ein Bruttostundenlohn von Euro 13,02 vorgesehen ist. Das Kompetenzzentrum LSDB hat sodann eine Unterentlohnung Brutto im Ausmaß von 7,10 % (Euro 283,82) festgestellt.

Aufgrund dessen wurde der Firma EE GmbH mit Schreiben vom 25.11.2016, ***, mitgeteilt, dass ein Absehen von der Anzeige durch das Kompetenzzentrum LSDB möglich ist, wenn dem Arbeitnehmer FF der offene Entgeltanspruch nachgezahlt und die korrekte Nachzahlung bis spätestens 15.01.2017 nachgewiesen wird.

Seitens der Firma EE wurde in weiterer Folge mit E-Mail vom 12.12.2016 die Nachzahlung nachgewiesen und hat das Kompetenzzentrum LSDB mit E-Mail vom 05.04.2017 an die Firma EE GmbH mitgeteilt, dass der den Arbeitnehmer FF betreffende LSDB-Fall *** abgeschlossen und von einer Erstattung einer Strafanzeige wegen Unterentlohnung abgesehen wurde.

III. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Akt der belannten Behörde, insbesondere aus der Anzeige des Finanzamts Q, Finanzpolizei Team ***, vom 15.11.2016, ***, und dem Akt des Landesverwaltungsgerichtes.

Anlässlich der mündlichen Verhandlung vom 22.08.2019 vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol wurden auch die Akten LVwG-2019/27/0451 sowie LVwG-2019/27/0452 und LVwG-2017/40/0862 sowie LVwG-2017/40/1402 und LVwG-2017/40/1486 mit Einverständnis der Parteien verlesen. Im Verfahren LVwG-2019/27/0055 wurden die Zeugen KK, Baumeister LL, JJ und MM einvernommen. Auch dieses Protokoll ist für die Beweiswürdigung heranzuziehen. Aus den Angaben des Zeugen KK ergibt sich, dass dieser vor Ort als Baupolier (Rohbaupolier) anwesend war und ergeben sich aus seinen Aussagen insbesondere die Feststellungen über das Arbeitsmaterial, den Arbeitsbeginn und das Schreiben von Tagesberichten. Weiters hat er auch angegeben, dass er den Arbeitern der Firma EE GmbH immer wieder Anweisungen hat geben müssen, da dieser nicht genau das gemacht haben, was sie machen hätten sollen. Er habe den Arbeitern immer wieder sagen müssen, was zu machen ist und habe kontrolliert und den Baufortschritt fortgetrieben. Weiters habe er die Arbeiter eingewiesen und hat auch den Bauleiter informiert, wenn mehr Leute für die Baustelle benötigt wurden.

Auch die Tätigkeit des Kranfahrers hat der Zeuge bestätigt.

Aus den Angaben des Zeugen Baumeister LL ergibt sich ebenfalls, welche Tätigkeit der Kranfahrer durchgeführt hat. Der Zeuge hat auch ausgeführt, dass man der Firma EE GmbH mitgeteilt hat, dass diese Personal aufstocken müsse, damit die Leistung passe, da der Leistungsfortschritt zu wenig war.

Aus den Angaben des Zeugen JJ ergibt sich, dass dieser davon gewusst hat, dass auch Arbeiter von der Firma PP GmbH an der Baustelle sind. Die Zeugen Baumeister LL und JJ haben auch angegeben, dass dann auf andere Unternehmen zurückgegriffen wird, wenn aus dem eigenen Unternehmen für eine Baustelle keine eigenen Arbeiter in ausreichendem Maß zur Verfügung stehen. Auch der Zeuge MM hat ausgesagt, dass man auf andere Unternehmen zurückgreift, wenn Leistungsspitzen nicht mit eigenem Personal oder eigenen Ressourcen abgedeckt werden können. Aufgrund der Angaben von dem Zeugen Baumeister LL, JJ und MM ergibt sich überdies, dass eine Haftung der Firma DD GmbH & Co. KG gegenüber der NN besteht und die Firma BC (ohne nähere Einschränkung ob es sich um die Firma EE GmbH oder die Firma QQ GesmbH handelt) der Firma DD GmbH & Co. KG gegenüber haften würde.

Es kann nicht festgestellt werden, dass seitens der Firma QQ GesmbH in T Arbeiter an der gegenständlichen Baustelle gearbeitet hätten. Sämtliche Arbeiter sind über die Firma EE GmbH in I-*** W nach U gekommen.

IV. Rechtslage:

Die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes – AuslBG, BGBI Nr 218/1975 in der Fassung BGBI I Nr 113/2015, lauten:

„§ 18 Abs 12:

Für Ausländer, die von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedsstaat 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 oder Überlassung 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), BGBI Nr 459/1993, sowie die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden.

Die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und nach dem Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz 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:

Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen,

4. wer

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.“

V. Erwägungen:

Der EuGH hat mit Urteil vom 12.09.2019, verbundene Rechtssachen C-64/18, C-140/18, C-146/18 und C-148/18, Maksimovic und andere, zu den Bestimmungen des § 7d Abs 1 und 2 sowie des § 7i Abs 4 AVRAG ausgesprochen, dass Art 56a EU-VO dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, die für den Fall der Nichteinhaltung arbeitsrechtlicher Verpflichtungen in Bezug auf die Einholung verwaltungsbehördlicher Genehmigungen und auf die Bereithaltung von Lohnunterlagen die Verhängung von Geldstrafen vorsieht, die einen im Vorhinein festgelegten Betrag nicht unterschreiten dürfen, die für jeden betreffenden Arbeitnehmer kumulativ und ohne Beschränkung verhängt werden, zu denen im Fall der Abweisung einer gegen den Strafbescheid erhobenen Beschwerde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 20 % der verhängten Strafe hinzutritt und die im Fall der Uneinbringlichkeit in Ersatzfreiheitsstrafen umgewandelt werden.

Im gegenständlichen Fall ist jedoch nicht die Nichteinhaltung arbeitsrechtlicher Verpflichtungen in Bezug auf die Einholung verwaltungsbehördlicher Genehmigungen oder die Bereithaltung von Lohnunterlagen betroffen, sodass dieses Urteil des EuGH keine Anwendung findet.

Der Verwaltungsgerichtshof hat zur Frage der Arbeitskräfteüberlassung festgestellt, dass eine Gesamtbetrachtung des Sachverhalts vorzunehmen ist (VwGH 22.08.2017, Ra 2017/11/0068 und andere).

Im vorliegenden Fall ist deshalb von einer Überlassung der Arbeitskräfte auszugehen, obwohl ein schriftlicher Werkvertrag vorliegt, da von den wahren wirtschaftlichen Verhältnissen auszugehen ist.

Zunächst ist festzuhalten, dass laut dem vorliegenden schriftlichen Werkvertrag von der Firma EE GmbH „Baumeisterarbeiten“ zu erbringen waren, tatsächlich aber nur die Schalungs- und Betonarbeiten geleistet wurden. Der konkret vereinbarte Leistungsinhalt ergibt sich demnach nicht aus dem zugrundeliegenden schriftlichen Werkvertrag.

Ein Werkvertrag liegt nach § 4 AÜG vor, wenn die Arbeitskräfte ein von den Produkten und Dienstleistungen des Auftraggebers (inländischer Beschäftiger) abweichendes, unterscheidbares Werk herstellen, die Arbeit vorwiegend mit Material des Dienstleisters (ausländischer Arbeitgeber) leisten und nicht hier organisatorisch in den Betrieb des Auftraggebers eingegliedert sind und der Werkbesteller für den Erfolg haftet.

Im gegenständlichen Fall hat sich ergeben, dass die Arbeit vorwiegend mit Material der Firma DD GmbH & Co. KG durchgeführt wurde.

Eine organisatorische Eingliederung lässt sich schon daraus ersehen, dass seitens der Firma DD GmbH & Co. KG nicht nur der Baupolier vor Ort war, sondern auch die Arbeiter der Firma EE GmbH gemeinsam mit dem Kranfahrer der Firma DD GmbH & Co. KG gearbeitet haben. Dieser Kranfahrer hat sämtliches Material, das für die Arbeit gebraucht wurde, hin und her geführt. Der Baupolier hat nach den Feststellungen nicht nur die Arbeiten der Arbeiter der Firma EE GmbH überprüft, sondern hat diesen auch immer wieder Anweisungen gegeben, was sie zu tun hatten, da diese nicht genau gemacht haben, was sie machen hätten sollen und hat er immer wieder gesagt, was auf der Baustelle zu machen ist, hat dies dann kontrolliert und hat den Baufortschritt weiter vorangetrieben. Damit hat er auch auf die Qualität der Arbeiten Einfluss genommen.

Die weitere Eingliederung in den Betrieb ergibt sich auch daraus, dass seitens der Firma DD GmbH & Co. KG der Arbeitsbeginn mit 07.00 Uhr vorgegeben wurde. Ein späterer Arbeitsbeginn war den Arbeitern der Firma EE GmbH insofern nicht freigestellt, als man sodann seitens der Firma DD GmbH & Co. KG mit der Firma EE GmbH ein Gespräch gesucht hätte, weil die zu erbringende Leistung dann nicht erbracht worden wäre bzw Arbeitsstunden gefehlt hätten.

Ein von den Produkt- und Dienstleistungen der Firma DD GmbH & Co. KG unterscheidbares Werk wurde insofern nicht angefertigt, als zwar die Arbeiter der Firma EE GmbH die Schalungsarbeiten vornahmen, jedoch der Kranfahrer die Zulieferungen und Ablieferungen des Materials vornahm und somit ein gemeinsames Zusammenarbeiten erfolgte.

Überdies hat der Baupolier den Bauleiter der Firma DD GmbH & Co. KG darauf hingewiesen, dass mehr Leute auf der Baustelle benötigt werden und hat der Bauleiter sodann die Firma EE GmbH aufgefordert, Personal aufzustocken, da zu wenig Leistungsfortschritt gegeben war. Somit lag es auch nicht an der Firma EE GmbH, wie viele Arbeiter an der Baustelle eingesetzt werden, sondern hat dies die Firma DD GmbH & Co. KG insofern vorgegeben.

Aus den Feststellungen ergibt sich weiters, dass die Firma DD GmbH & Co. KG gegenüber der NN haftete, die Firma EE GmbH hingegen gegenüber der Firma DD GmbH & Co. KG.

Ebenso ergibt sich aus den Feststellungen, dass seitens der Firma EE GmbH lediglich zwei eigene Arbeitnehmer an der Baustelle arbeiteten und dieses Unternehmen auch auf Arbeiter der Firma PP GmbH zurückgreifen musste. Eine Leistungserbringung durch die Firma EE GmbH alleine war sohin nicht möglich. Bei der Firma DD GmbH & Co. KG wusste jedenfalls der für den „Einkauf“ zuständige Herr JJ davon und hat er dies auch akzeptiert. Auch die Arbeiter der Firma EE GmbH und der Firma PP GmbH haben keine jeweils unterscheidbaren Leistungen erbracht, sodass trotz des zwischen diesen beiden Unternehmen abgeschlossenen schriftlichen Werkvertrags auch hier keine eigenständig abgrenzbaren Leistungen vorliegen und somit auch von einer Arbeitskräfteüberlassung an die Firma EE GmbH ausgegangen werden muss.

In einer Gesamtbetrachtung ist sohin für die gegenständliche Baustelle und das vorliegende Verfahren davon auszugehen, dass eine Arbeitskräfteüberlassung vorlag, wofür insbesondere die Tatsache spricht, dass die Zahl der eingesetzten Arbeitnehmer letztlich von der Firma DD GmbH & Co. KG bestimmt wurde und die Arbeitnehmer die genauen und individuellen Anweisungen für die Ausführungen ihrer Tätigkeit vom Baupolier dieses Unternehmens erhielten, der somit auch auf die Qualität der erbrachten Arbeiten einwirkte, und ein gemeinsames

Zusammenarbeiten von Arbeitern der Firma EE GmbH sowie den Arbeitnehmern der Firma DD GmbH & Co. KG (Kranfahrer und Baupolier) und die Verwendung des Arbeitsmaterials der Firma DD GmbH & Co. KG erfolgte. Auch dass die Arbeiter der Firma EE GmbH alleine die Arbeiten nicht erbringen konnten, sondern man auf (wiederum überlassene) Arbeiter der Firma PP GmbH zurückgreifen musste, spricht für eine Arbeitskräfteüberlassung an die Firma DD GmbH & Co. KG.

Demgegenüber treten die Zuständigkeit für die Gewährung von Urlaub oder das Vorgehen bei Verletzungen in den Hintergrund.

Aus den Feststellungen ergibt sich somit, dass im vorliegenden Fall von einer Arbeitskräfteüberlassung auszugehen ist.

Da zum Tatzeitpunkt § 18 Abs 12 AuslBG in der Fassung BGBl I Nr 113/2015 allerdings nur auf Entsendungen, nicht auf Arbeitskräfteüberlassungen anwendbar war, war davon auszugehen, dass gegenständlich keine Strafbarkeit gegeben ist.

Der österreichische Gesetzgeber hat mit der Novelle zum AuslBGBGBI I Nr 66/2017 ausdrücklich die Arbeitskräfteüberlassung in § 18 Abs 12 sowie in § 28 Abs 1 Z 4 AuslBG eingefügt. In den parlamentarischen Materialien (1516 dB XXV.GP, 6) wird auch davon gesprochen, dass „nunmehr neben den Fällen der klassischen Betriebsentsendung aus Drittstaaten und aus anderen EU- bzw EWR-Staaten auch die grenzüberschreitende Überlassung von ordnungsgemäß in anderen EU- bzw EWR-Staaten beschäftigten Drittstaatsangehörigen geregelt“ werden soll.

Daraus ist der eindeutige Wille des Gesetzgebers zu entnehmen, dass mit dieser Novelle „nunmehr“ die grenzüberschreitende Überlassung geregelt werden sollte. Daraus ergibt sich jedoch in weiterer Folge, dass zuvor eine derartige Regelung nicht bestanden hat, sodass das dem Beschwerdeführer zur Last gelegte Verhalten nicht strafbar war.

Es war daher der Beschwerde Folge zu geben, der angefochtene Bescheid zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage iSd 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 des Verwaltungsgerichtshofes. 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.

Rechtsmittelbelehrung

Soweit die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof in Wien für zulässig erklärt worden ist, kann innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung dieser Entscheidung eine ordentliche Revision erhoben werden. Im Fall der Nichtzulassung der ordentlichen Revision kann innerhalb dieser Frist nur die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden.

Wenn allerdings in einer Verwaltungsstrafsache oder in einer Finanzstrafsache eine Geldstrafe von bis zu Euro 750,00 und keine Freiheitsstrafe verhängt werden durfte und im Erkenntnis eine Geldstrafe von bis zu Euro 400,00 verhängt wurde, ist eine (ordentliche oder außerordentliche) Revision an den Verwaltungsgerichtshof wegen Verletzung in Rechten nicht zulässig.

Jedenfalls kann gegen diese Entscheidung binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, erhoben werden.

Die genannten Rechtsmittel sind von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw einer bevollmächtigten Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen und es ist eine Eingabegebühr von Euro 240,00 zu entrichten. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die (ordentliche oder außerordentliche) Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Verwaltungsgericht einzubringen.

Es besteht die Möglichkeit, für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof und für das

Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof Verfahrenshilfe zu beantragen. Verfahrenshilfe ist zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten bzw wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von der Partei noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof ist der Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der oben angeführten Frist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der oben angeführten Frist im Fall der Zulassung der ordentlichen Revision beim Verwaltungsgericht einzubringen. Im Fall der Nichtzulassung der ordentlichen Revision ist der Antrag auf Verfahrenshilfe beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen; dabei ist im Antrag an den Verwaltungsgerichtshof, soweit dies dem Antragsteller zumutbar ist, kurz zu begründen, warum entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes die Revision für zulässig erachtet wird.

Zudem besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden können.

Hinweis:

Rechtskräftig verhängte Geldstrafen (sowie Verfahrenskostenbeiträge) sind bei der Behörde einzuzahlen (vgl§ 54b Abs 1 VStG).

Landesverwaltungsgericht Tirol

Dr. Rosenkranz

(Richter)

Schlagworte

Arbeitskräfteüberlassung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGTI:2019:LVwG.2019.27.0055.4

Zuletzt aktualisiert am

09.10.2019

Quelle: Landesverwaltungsgericht Tirol LVwg Tirol, <https://www.lvwg-tirol.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at