jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Lvwg Erkenntnis 2020/6/25 VGW-041/066/5882/2016

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 25.06.2020

Entscheidungsdatum

25.06.2020

Index

60/02 Arbeitnehmerschutz
62 Arbeitsmarktverwaltung

Norm

AÜG §3 Abs
AÜG §4 Abs1
AÜG §4 Abs2
AÜG §17 Abs2
AÜG §17 Abs3
AÜG §17 Abs7
AÜG §22 Abs1 Z2

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag Fischer über die Beschwerde des Herrn Mag A. B., vertreten durch RAe OG, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 01.04.2016, MBA..., wegen Übertretung des § 17 Abs 7 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG), nach öffentlicher Verhandlung am 16.06.2017 und 11.07.2017 zu Recht erkannt:

I. Der Beschwerde wird insoweit Folge gegeben, als der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses wie folgt abgeändert wird:

Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als gemäß § 9 Abs 1 VStG zur Vertretung nach außen befugtes Organ der C. GmbH mit Sitz in Wien, D.-gasse, zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Beschäftigerin die Verpflichtung gemäß § 17 Abs 7 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG), wonach der Beschäftiger für jede nicht in Österreich sozialversicherungspflichtige überlassene Arbeitskraft Unterlagen über die Anmeldung der Arbeitskraft zur Sozialversicherung (A1-Meldungen) sowie die Meldung gemäß § 17 Abs 2 und 3 AÜG am Arbeits(Einsatz)Ort in geeigneter Form zur Überprüfung bereitzuhalten oder zugänglich zu machen hat, insofern nicht eingehalten hat, als sie für die zumindest bis 08.09.2015 überlassenen Arbeitnehmer der E. z.o.o. mit Sitz in ..., F., Polen

1. G. H., geb 1994, überlassen seit 19.08.2015,

2. I. J., geb 1992, überlassen seit 19.08.2015,

3. I. K., geb 1991, überlassen seit 19.08.2015,

die in Österreich nicht sozialversicherungspflichtig sind, die Meldungen der grenzüberschreitenden Überlassung aus der Slowakischen Republik nach Österreich an die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung (nach dem AuslBG und dem AVRAG) des Bundesministeriums für Finanzen, die folgende Daten zu enthalten hat:

? Namen und Anschrift des Überlassers,

? Namen und Anschrift der zur Vertretung nach außen Berufenen des Überlassers,

? Namen und Anschrift des Beschäftigers sowie dessen Umsatzsteueridentifikationsnummer und dessen Gewerbebefugnis oder Unternehmensgegenstand,

? Namen, Anschriften, Geburtsdaten, Sozialversicherungsnummern und Sozialversicherungsträger sowie Staatsangehörigkeit der überlassenen Arbeitskräfte,

? Beginn und voraussichtliche Dauer der Beschäftigung der einzelnen überlassenen Arbeitskräfte beim Beschäftiger,

? Orte der Beschäftigung, jeweils unter genauer Angabe der Anschrift, in Österreich,

? Höhe des jeder einzelnen Arbeitskraft nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts,

? Art der Tätigkeit und Verwendung der einzelnen Arbeitskräfte unter Berücksichtigung des maßgeblichen österreichischen Kollektivvertrages,

? sofern für die Beschäftigung der überlassenen Arbeitskräfte im Sitzstaat des Überlassers eine behördliche Genehmigung erforderlich ist, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung,

? sofern die überlassenen Arbeitskräfte im Sitzstaat des Überlassers eine Aufenthaltsgenehmigung benötigen, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung,

von 19.08.2015 bis 08.09.2015 am Arbeits(Einsatz)Ort in Wien, L.-straße („M.“) nicht zur Überprüfung bereitgehalten oder zugänglich gemacht hat.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 17 Abs 7 AÜG BGBl 196/1988 idF BGBl I 94/2014 in Zusammenhalt mit § 9 Abs 1 VStG.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von € 650,--, falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tagen 18 Stunden

gemäß § 22 Abs 1 Z 2 erster Strafsatz AÜG BGBl 196/1988 idF BGBl I 94/2014.

Ferner haben Sie gemäß § 64 VStG zu zahlen:

€ 65,-- als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Geldstrafe (mindestens jedoch € 10,-- je Übertretung).

Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen.

Die C. GmbH haftet für die mit diesem Straferkenntnis über den zur Vertretung nach außen Berufenen, Hr Mag A. B., verhängte Geldstrafe von € 650,-- und die Verfahrenskosten von € 65,-- sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gemäß § 9 Abs 7 VStG zur ungeteilten Hand.

II. Der Beschwerdeführer hat nach § 52 Abs 8 VwGVG keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu bezahlen.

III. Die Revision ist nach Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahren und Vorbringen

1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde der Beschwerdeführer (BF) schuldig erkannt, er habe als gemäß § 9

Abs 1 VStG zur Vertretung nach außen befugtes Organ der C. GmbH (C.) mit Sitz in Wien, D.-gasse, zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Beschäftigerin § 17 Abs 7 AÜG nicht eingehalten habe, indem sie für die jeweils von 01.06.2015 bis zumindest 08.09.2015 überlassenen Arbeitnehmer der E. zoo (E.) mit Sitz in Polen,

? G. H., geb 1994,

? I. J., geb 1992, und

? I. K., geb 1991,

die in Österreich sozialversicherungspflichtig waren, die Meldungen der grenzüberschreitenden Überlassung aus Polen nach Österreich an die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung des Bundesministeriums für Finanzen, die den im angefochtenen Straferkenntnis umschriebenen Inhalt haben soll, von 01.06.2015 bis 08.09.2015 nicht am Arbeitsort/Einsatzort in Wien, L.-straße („M.“) zur Überprüfung bereitgehalten oder zugänglich gemacht habe. Dadurch habe der BF § 17 Abs 7 AÜG iZm § 9 Abs 1 VStG verletzt. Wegen dieser Übertretung wurde über den BF nach § 22 Abs 2 AÜG eine Geldstrafe von € 1 000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 2 Tage 12 Stunden) verhängt. Zugleich wurden nach § 64 VStG € 100,-- als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens festgesetzt und die Haftung der C. nach § 9 Abs 7 VStG ausgesprochen (VGW-041/066/5882/2016, ON0-1).

2. Gegen dieses Straferkenntnis brachte der BF frist- und formgerecht Beschwerde ein, beantragte insbesondere, den angefochtenen Bescheid ersatzlos zu beheben, in eventu aufzuheben und zurückzuverweisen. Dazu brachte er insbesondere vor, bei dem betroffenen Bauvorhaben seien von C. zwei Subunternehmer im Rahmen von Werkverträgen über klar abgegrenzte Arbeitsbereiche eingesetzt worden. Außerdem seien die ZKO-Meldungen und A1-Formulare für alle Arbeiter der E. vorgelegen, diese seien im Baubüro auf der Baustelle aufbewahrt worden (VGW-041/066/5882/2016,ON0-2). Mit Nachricht vom 30.05.2017 legte der BF nach entsprechender Aufforderung durch das Gericht (VGW-041/066/5881/2016-6) den Werkvertrag Nr ... mit E. samt Beilagen vor (VGW-041/066/5881/2016-22).

3. Mit Stellungnahme vom 13.06.2017 brachte die Finanzpolizei insbesondere vor, die grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung ergebe sich vor allem aus der vertraglichen Ausgestaltung zwischen C. und E.; eine detaillierte Leistungsbeschreibung habe gefehlt und sei auch in den Rechnungen nicht gemacht worden. Haft- oder Deckungsrücklass seien nicht vereinbart und/oder einbehalten worden. Die Subfirmen hätten ohne Einteilung nicht gewusst, welche Bereiche sie zu erledigen hatten (VGW-041/066/5882/2016-3).

4. Am 16.06.2017, fortgesetzt am 11.07.2017 führte das Verwaltungsgericht eine öffentliche Verhandlung durch, an der der BF mit seinem Vertreter (BFV), die Abgabenbehörde und die belangte Behörde (letztere nur an der Fortsetzung am 11.07.2017) teilnahmen (VGW-041/066/5881/2016-14 und -31). Als Zeugen wurden N. O. (VGW-041/066/5881/2016-32) und P. Q. (VGW-041/066/5881/2016-15), zwei Mitarbeiter der C., sowie R. S. (VGW-041/066/5881/2016-18) und T. U. (VGW-041/066/5881/2016-17), zwei Mitarbeiter der Finanzpolizei, befragt (VGW-041/066/5881/2016-14 und -31).

Der BF brachte insbesondere vor, Inhalt des Werkvertrags sei eben nicht die Errichtung von Decken und Wänden gewesen, sondern die Montage zur Verfügung gestellter Gipskartonplatten samt Unterkonstruktion; dies jedoch auf Werkvertragsbasis und eigenverantwortlich unter Abrechnung von Einheitspreisen. Die vorgelegten Werkverträge seien eigentlich „Rahmenwerkverträge“, weil sich auf der gegebenen Großbaustelle (Einkaufszentrum mit etwa 100 Shops) jeweils erst nach dem Baufortschritt ergeben habe, wo weitergearbeitet werden konnte. Deshalb habe der Bauleiter/Projektleiter N. O. bei Freigabe für einen weiteren Bauabschnitt jeweils einen neuen Werkvertrag über einen abgegrenzten Bereich abgeschlossen; der neue Werkvertrag sei durch Vereinbarung auf der Baustelle zustande gekommen. Bei dem vorliegenden Bauprojekt habe nicht im Vorhinein bestimmt werden können, welche Shops in welchem Zeitraum errichtet werden; darauf beziehe sich das Vorbringen zum Rahmenwerkvertrag und den jeweils abgeschlossenen Werkverträgen. Deshalb habe es auch mehrere Subunternehmer gegeben, weil es vorkommen habe können, dass ein Subunternehmer zu dem Zeitpunkt, in dem ein bestimmter Shop zu bauen gewesen wäre, verhindert war, weil er gerade auf einer anderen Baustelle arbeitete. In diesem Fall sei ein anderer Subunternehmer eingesprungen. C. und deren Auftraggeberin V. hätten ein Leistungsverzeichnis mit Mengen gehabt. Den Vereinbarungen mit E. und dem weiteren Subunternehmer W. sro seien Leistungsverzeichnisse mit Einheitspreisen zugrunde gelegen. Es gebe keine Rechtsvorschrift, die Unternehmen dazu verpflichte, Werkverträge schriftlich abzuschließen und für Dritte nachvollziehbar die Abwicklung eines Werkvertrags zu dokumentieren. Keine einzige Ziffer des § 4 Abs 2 AÜG sei zur Gänze erfüllt, deshalb sei durch Gesamtbetrachtung zu beurteilen, ob Arbeitskräfteüberlassung vorliege; auch die Gesamtbetrachtung zeige, dass keine Arbeitskräfteüberlassung vorlag.

Darüber hinaus liege ein nicht vorwerfbarer Rechtsirrtum vor, weil vorab niemand klären hätte können, ob die konkrete Vorgangsweise als Arbeitskräfteüberlassung zu betrachten sei oder nicht (VGW-041/066/5881/2016-14, 2f und -31, 3 und 4f).

II. Feststellungen

5. Am 30.06.2015 richtete C. ein im Betreff als „Werkvertrag Nr. …“ bezeichnetes Auftragsschreiben über Arbeiten auf der Baustelle M., Wien, L.-straße, an E.. Das Auftragsschreiben wurde in der Folge von E. unterzeichnet. Im Auftragsschreiben wurde auf ein beiliegendes Leistungsverzeichnis mit Einheitspreisen verwiesen und festgehalten (VGW-041/066/5881/2016-22):

„Die Massenangaben im beiliegenden Leistungsverzeichnis entsprechen nicht den tatsächlich auszuführenden Mengen, sondern werden vor Ort zugewiesen.

Die Gesamtsumme im Leistungsverzeichnis ist somit nicht als beauftragter und abzurechnender Betrag zu verstehen.

Die Abrechnung erfolgt nach tatsächlichem Ausmaß.

[…]

Werkzeuge und Gerüstung werden nicht von uns bereitgestellt, die Beibringung der notwendigen Arbeitsgeräte liegt in Ihrer ausschließlichen Verantwortlichkeit.

Soweit wir Material frei Baustelle zur Verfügung stellen, ist dieses von Ihnen gegen Bestätigung auf Lieferschein bei unserem Bauleiter zu beheben. Das Vertragen zur Verwendungsstelle obliegt Ihnen.

Die Ausführungen der einzelnen Bauabschnitte ist mit unserem zuständigen Projektleiter abzustimmen. Sollten die festgelegten Termine von Ihnen nicht eingehalten werden, so werden wir je Arbeitstag Terminüberschreitung Pönale in Höhe unserer vertraglichen Verpflichtungen in Abzug zu bringen.

[…]

Auf allen Rechnungen ist unsere jeweilige M-Nr. anzuführen. Die Legung von 1 Teilrechnung pro Monat ist möglich. Teilrechnungen müssen kumuliert aufgestellt werden. In den Rechnungen sind die Leistungen detailliert anzuführen.

Die Anweisung erfolgt nach Rechnungseingang innerhalb von 14 Tagen mit 4 % Skonto oder 30 Tage netto Kassa, unter Abzug von 10 % Deckungsrücklass.

[…]

Im Falle von allgemeinen Abzügen (Bauschaden, Strom, Wasser, Sanitär, Lastenaufzug etc) seitens unseres Auftraggebers, behalten wir uns das Recht vor, Sie mit diesen anteilsmäßig zu belasten.

[…]

Wir behalten uns das Recht vor, von der Schlussrechnung 5 % Haftrücklass auf die Dauer der Gewährleistungsfrist einzubehalten – ablösbar gegen Vorlage eines Garantiebriefes eines österreichischen Bankinstitutes.

Im Falle von Schäden und Mängel, welche innerhalb der Gewährleistungsfrist festgestellt werden, wird Ihrer Firma nach Möglichkeit eingeräumt, diese für uns kostenlos zu beheben, andernfalls wird eine Ersatzmaßnahme auf Ihre Kosten durchgeführt.

Die Durchführung der Arbeiten hat unbedingt unserem Namen zu erfolgen!

[…]

Zusätzliche objektbezogene Leistungen

Die Ausführung der beauftragten Leistungen hinsichtlich Termin, Qualität und Ausführungsort liegt in ihrem Verantwortungsbereich.

[…]“

Ein gleichlautendes, ebenfalls im Betreff als „Werkvertrag Nr. …“ bezeichnetes Auftragsschreiben samt gleichlautendem Leistungsverzeichnis über Arbeiten auf derselben Baustelle wurde am 15.07.2015 an W. gerichtet und in der Folge von dieser unterzeichnet (VGW-041/066/5881/2016-14, ./B).

6. Das zugehörige Leistungsverzeichnis bestand aus einer Auflistung zahlreicher Bauleistungen/Baustoffe jeweils samt Stückzahl bzw Längen- oder Flächenangabe und einer Position „Regiestunde Facharbeiter“ samt Stundenzahl. Für all diese Positionen wurde als Quantität „1,00“ angegeben; als Auftragssumme wurde „775,90“ angegeben (VGW-041/066/5881/2016-22).

7. Das für die Arbeiten erforderliche Material wurde von C. berechnet, eingekauft und zur Verfügung gestellt, weil diese aufgrund des Umsatzvolumens günstigere Preise erzielen konnte (VGW-041/066/5881/2016-32, 2 und 5; VGW-041/066/5881/2016-15, 2; VGW-041/066/5881/2016-31, 3; MBA.../15, AS37R).

8. Von Juli bis Dezember 2015 legte E. Rechnungen an C.. Verrechnet wurden jeweils Positionen des Leistungsverzeichnisses zu den dort angeführten Einheitspreisen. In den korrespondierenden Abrechnungsblättern der C. ist teilweise das Einbehalten eines Deckungsrücklasses, teilweise das Einbehalten eines Haftrücklasses dokumentiert (VGW-041/066/5881/2016-22). Im Verfahren kam nicht hervor, dass eine Haftung für von W. durchgeführte Arbeiten schlagend geworden wäre.

Angefallene Regiestunden wurden von C. an deren Auftraggeber weiterverrechnet (ON32, 6).

9. Am 08.09.2015, 9.25 Uhr führte die Finanzpolizei eine Kontrolle auf der Baustelle in Wien, L.-straße, durch (MBA..., AS1ff). Dabei wurden die im Spruch genannten 3 Arbeitnehmer der E. (und 13 Arbeitnehmer der W.) auf der Baustelle angetroffen. Die Arbeitnehmer führten (ab dem jeweils im Spruch bezeichneten Datum; vgl VGW-041/066/5881/2016-31, 2) Trockenbauarbeiten aus (MBA..., AS1ff und AS11R ff).

10. Zu den von den Arbeitnehmern der E. bzw der W. ausgeführten Arbeiten ist festzuhalten:

? Zeitgleich mit den Arbeitern der E. waren auch Arbeiter der W. auf der Baustelle, die Arbeiten aufgrund eines gleichlautenden Werkvertrags erbrachten, weil weder E. noch W. ausreichend groß waren, um die von C. übernommenen Trockenbauarbeiten alleine erledigen zu können (VGW-041/066/5881/2016-32, 1; VGW-041/066/5881/2016-15, 1).

? Auch Personal der C. führte auf dieser Baustelle Trockenbauarbeiten aus, jedoch nicht im August und September 2015 (VGW-041/066/5881/2016-32, 2 und 5; VGW-041/066/5881/2016-15, 1). Ua stellte C. Rumänien einen Teil einer Rauchschürze her, deren anderer Teil von E. hergestellt worden war (VGW-041/066/5881/2016-15, 4).

? Welche Leistungen konkret von den Arbeitern der E. bzw der W. zu erbringen waren (dh welche Shops von wem auszubauen waren), wurde erst vor Ort von Mitarbeitern der C. (Q. oder O.) zugeteilt (VGW-041/066/5881/2016-32, 2; VGW-041/066/5881/2016-15, 2; MBA.../15, AS37R). Ein Shop wurde grundsätzlich jeweils nur von einem Unternehmen ausgebaut, gewünschte Umbauten wurden aber gelegentlich als Regieleistung von einem anderen Unternehmen durchgeführt (VGW-041/066/5881/2016-32, 5); außerdem durfte W. nach der Kontrolle nicht weiterarbeiten, sodass von W. begonnene Leistungen von E. fertiggestellt wurden (VGW-041/066/5881/2016-15, 4). Bei Vertragsabschluss stand noch nicht fest, was genau gebaut werden musste. Aus dem Werkvertrag ergab sich auch nicht, welche Leistung der Auftragnehmer zu welchem Zeitpunkt abgeschlossen haben musste. Tatsächlich wurden die Termine der C. vorgegeben und von dieser an E. bzw W. weitergegeben. Konnte ein Termin nicht eingehalten werden, so wurde der konkret auszubauende Shop dem Unternehmen gar nicht zugewiesen. Es konnte auch vorkommen, dass alle Unternehmen so ausgelastet waren, dass ein neues Unternehmen beauftragt werden musste (VGW-041/066/5881/2016-32, 3f; VGW-041/066/5881/2016-15, 3).

? Das für die jeweilige Leistung (den jeweiligen Shop) erforderliche Material errechnete Q.; das Material wurde dann bestellt und von C. bezahlt; dabei wurde der Bedarf von verschiedenen Shops in einer Bestellung zusammengefasst (VGW-041/066/5881/2016-32, 2 und 5; VGW-041/066/5881/2016-15, 2; MBA.../15, AS37R).

? Das für die Arbeiten erforderliche Gerüst stellte C. zur Verfügung (VGW-041/066/5881/2016-15, 3). Im Verfahren kam nicht hervor, dass E. oder W. für die Benützung des von C. bereitgestellten Gerüsts etwas bezahlt hätten (vgl VGW-041/066/5881/2016-14,./B; VGW-041/066/5881/2016-22). Die darüber hinaus für Trockenbauarbeiten erforderlichen kleineren Werkzeuge (Blechschere, Bauschrauber, Bohrmaschine, Winkelschleifer, Spachtelzeug, Leiter) brachten die Arbeiter der E. bzw W. selbst mit (VGW-041/066/5881/2016-15, 3; MBA.../15, AS37R).

? Sowohl E. als auch W. hatten die Preise laut Leistungsverzeichnis zum Auftragsschreiben „Werkvertrag Nr. ...“ akzeptiert (VGW-041/066/5881/2016-32, 4f).

? Q. kontrollierte am Anfang zwei Mal wöchentlich den Baufortschritt, die Qualität kontrollierte er erst bei Abnahme (VGW-041/066/5881/2016-15, 2; MBA.../15, AS37R). War ein Termin in Gefahr, so kontaktierte Q. O.; in der Folge bekam Q. entweder Personal von der jeweiligen Firma oder es wurde länger gearbeitet (VGW-041/066/5881/2016-15, 3; MBA.../15, AS37R).

? E. und W. nahmen nicht an Baubesprechungen teil; deren Ergebnisse wurden ihnen im Nachhinein von Q. mitgeteilt (VGW-041/066/5881/2016-15, 2f).

11. Meldungen nach § 17 Abs 2 und Abs 3 AÜG (ZKO4-Meldungen) für die betroffenen Arbeiter wurden nicht bereitgehalten oder sonst zugänglich gemacht; der BF war nicht vom Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung ausgegangen (MBA..., AS3; unbestritten). Im Verfahren kam kein Hinweis darauf hervor, dass der BF zur rechtlichen Qualifikation der gewählten Vorgehensweise (Arbeitskräfteüberlassung oder nicht) Auskünfte eingeholt hätte; es wurde kein entsprechendes Vorbringen gemacht.

12. Im angelasteten Tatzeitraum lagen zum BF keine rechtskräftigen verwaltungsstrafrechtlichen Vormerkungen vor (VGW-041/066/5882/2016, ON0-3; VGW-041/066/5881/2016-20; VGW-041/066/5881/2016-19).

III. Beweiswürdigung

13. Die Feststellungen ergeben sich aus den jeweils in Klammer angeführten Beweismitteln, die sowohl für sich genommen als auch in ihrem Zusammenhang schlüssig und widerspruchsfrei sind. Darüber hinaus sind zu einzelnen Beweisthemen folgende Erwägungen festzuhalten:

14. Die Feststellungen zur Kontrolle der Finanzpolizei und den dabei angetroffenen Beschäftigten ergeben sich aus der diesbezüglichen Dokumentation in den Akten der belangten Behörde, die schlüssig und widerspruchsfrei erschien und jedenfalls hinsichtlich der angetroffenen Beschäftigten unbestritten blieb.

15. Die Feststellungen zu den von den Arbeitnehmern der E. bzw der W. ausgeführten Arbeiten ergeben sich aus den Aussagen O.s und Q.s, bei denen keine Unschlüssigkeiten oder Widersprüche offenbar wurden. Die Aussagen stehen auch nicht im Widerspruch zu den jeweils als „Werkvertrag Nr. ..." bezeichneten Auftragsschreiben an E. bzw W..

16. Die Feststellung, es seien Meldungen nach § 17 Abs 2 und Abs 3 AÜG (ZKO4-Meldungen) für die betroffenen Arbeiter nicht bereitgehalten oder sonst zugänglich gemacht worden, ergibt sich aus der in den Akten der belangten Behörde befindlichen Dokumentation der finanzpolizeilichen Kontrolle. Dieses Ergebnis ist auch insofern schlüssig, als der BF nicht vom Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung ausgegangen war. Dementsprechend wurde im Verfahren auch nicht vorgebracht, die Meldungen seien vorgelegen.

IV. Rechtliche Beurteilung

17. § 3 AÜG lautet in der zur Tatzeit gültigen FassungBGBl I 196/1988, (auszugsweise):

„§ 3. (1) Überlassung von Arbeitskräften ist die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte.

(2) Überlasser ist, wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet.

(3) Beschäftiger ist, wer Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt.

[...]"

18. § 4 AÜG lautet in der zur Tatzeit gültigen FassungBGBl I 196/1988, (auszugsweise):

„§ 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.

[…]“

19. § 17 AÜG lautet in der zur Tatzeit gültigen Fassung BGBl I 94/2014, (auszugsweise):

„§ 17. (1) […]

(2) Der Überlasser hat bei bewilligungsfreier Überlassung von Arbeitskräften vom Ausland nach Österreich die grenzüberschreitende Überlassung der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung (nach dem AuslBG und dem AVRAG) des Bundesministeriums für Finanzen zu melden. Die Meldung ist jeweils spätestens eine Woche vor der Arbeitsaufnahme in Österreich zu erstatten; in Katastrophenfällen, bei unaufschiebbaren Arbeiten und bei kurzfristig zu erledigenden Aufträgen genügt die Meldung unverzüglich vor Arbeitsaufnahme. Änderungen der gemeldeten Daten sind unverzüglich zu erstatten. Die Übermittlung der Meldungen hat ausschließlich automationsunterstützt über die elektronischen Formulare des Bundesministeriums für Finanzen zu erfolgen.

(3) Die Meldung gemäß Abs. 2 hat folgende Daten zu enthalten:

1. Namen und Anschrift des Überlassers,

2. Namen und Anschrift der zur Vertretung nach außen Berufenen des Überlassers,

3. Namen und Anschrift des Beschäftigers sowie dessen Umsatzsteueridentifikationsnummer und dessen Gewerbebefugnis oder Unternehmensgegenstand,

4. Namen, Anschriften, Geburtsdaten, Sozialversicherungsnummern und Sozialversicherungsträger sowie Staatsangehörigkeit der überlassenen Arbeitskräfte,

5. Beginn und voraussichtliche Dauer der Beschäftigung der einzelnen überlassenen Arbeitskräfte beim Beschäftiger,

6. Orte der Beschäftigung, jeweils unter genauer Angabe der Anschrift, in Österreich,

7. Höhe des jeder einzelnen Arbeitskraft nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts,

8. Art der Tätigkeit und Verwendung der einzelnen Arbeitskräfte unter Berücksichtigung des maßgeblichen österreichischen Kollektivvertrages,

9. sofern für die Beschäftigung der überlassenen Arbeitskräfte im Sitzstaat des Überlassers eine behördliche Genehmigung erforderlich ist, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung,

10. sofern die überlassenen Arbeitskräfte im Sitzstaat des Überlassers eine Aufenthaltsgenehmigung benötigen, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung.

[…]

(7) Der Beschäftiger hat für jede nicht in Österreich sozialversicherungspflichtige überlassene Arbeitskraft Unterlagen über die Anmeldung der Arbeitskraft zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. Nr. L 166 vom 30.04.2004 S. 1, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) Nr. 465/2012, ABl. Nr. L 149 vom 8.6.2012 S. 4) sowie die Meldung gemäß den Abs. 2 und 3 am Arbeits(Einsatz)Ort in geeigneter Form zur Überprüfung bereitzuhalten oder zugänglich zu machen.

[…]“

20. § 22 AÜG lautet in der zur Tatzeit gültigen Fassung BGBl I 94/2014, (auszugsweise):

„§ 22. (1) 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

[…]

2. mit Geldstrafe von 500 € bis zu 5 000 €, im Wiederholungsfall von 1 000 € bis zu 10 000 €, wer die Meldungen gemäß § 17 Abs. 2 nicht oder nicht rechtzeitig oder nicht vollständig oder wissentlich unrichtig erstattet oder die erforderlichen Unterlagen entgegen § 17 Abs. 7 nicht zur Überprüfung bereithält oder nicht zugänglich macht;

[…]“

21. Die maßgeblichen Bestimmungen der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (RL 96/71) lauten (auszugsweise):

„Artikel 1

Anwendungsbereich

(1) Diese Richtlinie gilt für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer gemäß Absatz 3 in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden.

[…]

(3) Diese Richtlinie findet Anwendung, soweit die in Absatz 1 genannten Unternehmen eine der folgenden länderübergreifenden Maßnahmen treffen:

a) einen Arbeitnehmer in ihrem Namen und unter ihrer Leitung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats im Rahmen eines Vertrags entsenden, der zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem in diesem Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger geschlossen wurde, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht, oder

b) einen Arbeitnehmer in eine Niederlassung oder ein der Unternehmensgruppe angehörendes Unternehmen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht, oder

c) als Leiharbeitsunternehmen oder als einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellendes Unternehmen einen Arbeitnehmer in ein verwendendes Unternehmen entsenden, das seinen Sitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat oder dort seine Tätigkeit ausübt, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitunternehmen oder dem einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht.

[…]“

22. Zur Frage, ob ein „echter“ Werkvertrag vorliegt, oder der wahre Vertragsgegenstand die grenzüberschreitende Überlassung von Arbeitnehmern ist, ist festzuhalten:

23. Wird diese Rechtsfrage ausschließlich nach dem innerstaatlichen Recht beurteilt, so ist nach § 4 Abs 1 AÜG der „wahre wirtschaftliche Gehalt“ und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgeblich; für diese Beurteilung führt § 4 Abs 2 AÜG konkrete Kriterien an. Demnach kann dem wahren wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitnehmerüberlassung dann vorliegen, wenn es den Vertragspartnern nach der atypischen Gestaltung des Vertragsinhalts erkennbar gerade auf das Zurverfügungstellen von Arbeitskräften ankommt. Wann dies der Fall ist, legt § 4 Abs 2 AÜG typisierend fest (unwiderlegliche Vermutungen). Bei Erfüllung eines dieser Tatbestandsmerkmale (und zwar jedes einzelnen: arg „oder“) liegt jedenfalls dem wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitskräfteüberlassung iSd § 3 Abs 1 AÜG vor (zB VwGH 22.10.1996, 94/08/0178). Eine Gesamtbeurteilung des Sachverhalts iSd § 4 Abs 1 AÜG ist nur erforderlich, wenn keine der vier Ziffern des § 4 Abs 2 AÜG zur Gänze erfüllt ist (VwGH 19.05.2014, Ro 2014/09/0026).

24. Die Rechtsfrage ist allerdings nicht ausschließlich nach innerstaatlichem Recht zu beantworten; vielmehr sind die Kriterien, die für die Arbeitskräfteüberlassung iSd Art 1 Abs 3 lit c RL 96/71/EG entscheidend sind, auch für die Beurteilung des Vorliegens (grenzüberschreitender) Arbeitskräfteüberlassung iSd §§ 3 und 4 AÜG maßgeblich, weil deren uneingeschränkte Anwendung nur bei Übereinstimmung mit den unionsrechtlichen Vorgaben in Betracht kommt. Arbeitskräfteüberlassung iSd Art 1 Abs 3 lit c RL 96/71/EG liegt vor, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind (EuGH 18.06.2015, C-586/13 – Martin Meat): Die Überlassung muss eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung sein, bei der der entsandte Arbeitnehmer im Dienst des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens bleibt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem verwendenden Unternehmen geschlossen wird. Wesentliches Merkmal

dieser Überlassung muss sein, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens ist (für die in diesem Zusammenhang erforderliche Analyse ist jeder Anhaltspunkt zu berücksichtigen; der Dienstleistungserbringer muss eine Leistung erbringen, die mit den Vorgaben des Vertrags übereinstimmt, die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Leistung müssen vom Dienstleistungserbringer getragen werden). Der Arbeitnehmer muss seine Aufgaben unter Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnehmen (dabei ist zwischen Beaufsichtigung und Leitung der Arbeitnehmer und Überprüfung der ordnungsgemäßen Vertragserfüllung zu unterscheiden).

25. Die Gesamtbetrachtung aller in diesem Zusammenhang maßgeblichen sich aus dem Beweisverfahren ergebenden Sachverhaltselemente spricht dafür, dass im konkreten Fall nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht die Herstellung eines bestimmten Werks im Vordergrund stand, sondern es den Parteien gerade auf das Bereitstellen von Arbeitskräften ankam, die C. zur Erfüllung ihres Auftrags benötigte. Zu diesem Ergebnis führten insbesondere folgende Überlegungen:

? In dem im Betreff als „Werkvertrag Nr. …“ bezeichneten Auftragsschreiben samt Leistungsverzeichnis waren zwar Leistungen, die erbracht werden sollten, ihrer Art nach bezeichnet. Der Umfang der zu erbringenden Leistungen konnte aber nicht einmal näherungsweise bestimmt werden, weil für sämtliche Positionen die Quantität „1,00“ angegeben war. Ein gewährleistungsfähiges Werk liegt aber nur dann vor, wenn die zu erbringende Leistung der Art und (zumindest größenordnungsmäßig) auch dem Umfang nach bestimmt ist. Das ergibt sich schon aus dem Umstand, dass der Werkvertragsnehmer nicht nur für die geschuldete Qualität Gewähr zu leisten, sondern die geschuldete Qualität auch in der geschuldeten Quantität zu erbringen hat. Im konkreten Fall war somit der Leistungsgegenstand nicht ausreichend konkretisiert, daher war kein gewährleistungsfähiger Erfolg vereinbart.

Darüber hinaus ist festzuhalten: Ist eine vereinbarte Leistung zwar der Art/Qualität nach, nicht jedoch der Quantität nach ausreichend bestimmt, so ist es dem Vertragspartner ua nicht möglich, in seiner Kalkulation Skaleneffekte und/oder Gemeinkosten in sachgerechter Weise zu berücksichtigen. So kann zB nicht kalkuliert werden, in welchem Ausmaß die Arbeitskraft der die Leistung erbringenden Arbeitnehmer ausgelastet sein wird und ob deren Arbeitskraft (teilweise) für andere Leistungen zur Verfügung stehen wird bzw ob zur betriebswirtschaftlich notwendigen Auslastung der betroffenen Arbeitnehmer weitere Aufträge erforderlich sein werden (ggf in welchem – allenfalls reduzierten – Ausmaß die Arbeitnehmer beschäftigt werden können), welche Weg- und Rüstzeiten wegfallen oder eben durch die allenfalls erforderlichen weiteren Aufträge verursacht werden, ob zusätzliches Gerät erforderlich sein wird etc. Diese Elemente sind aber für eine betriebswirtschaftlich sinnvolle Kalkulation offensichtlich relevant. Ihre Bedeutung tritt nur dann in den Hintergrund, wenn die zu erbringende Leistung eben nicht in der Herstellung eines Werkes, sondern im Überlassen einer Arbeitskraft liegt.

? Die konkret zu erbringenden Leistungen wurden erst vor Ort und von Mitarbeitern der C. zugeteilt. Der BF brachte dazu vor, es seien für jeden auszubauenden Shop jeweils vor Ort auf Grundlage des Auftragsschreibens, der ein Rahmenwerkvertrag sei, einzelne Werkverträge mit Fertigstellungsterminen abgeschlossen worden – C. sei nicht verpflichtet, Werkverträge schriftlich abzuschließen und für Dritte nachvollziehbar deren Abwicklung zu dokumentieren. In diesem Zusammenhang kam im Ermittlungsverfahren hervor, dass die an C. gerichteten Terminvorgaben von dieser an die Arbeiter der E. und der W. weitergegeben wurden; konnte ein Termin nicht eingehalten werden, so wurde der konkret auszubauende Shop dem Unternehmen gar nicht zugewiesen, gegebenenfalls wurde ein neues (weiteres) Unternehmen beauftragt.

In der festgestellten Vorgehensweise ist nicht das Abschließen aufeinanderfolgender, jeweils auf den Ausbau einzelner Shops bezogener Werkverträge zu erkennen, sondern die bloße Allokation der C. zur Verfügung stehenden Ressourcen, nämlich der Arbeitskraft der Mitarbeiter der E. und der W. sowie gegebenenfalls weiterer Unternehmen und der C. selbst, die auf der Baustelle ebenso wie E. und W. Trockenbauarbeiten ausführten (wenn auch nicht zur angelasteten Zeit). Ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nach bestand die Leistung der E. und der W. im Bereitstellen dieser Ressource. Wenn ein auszubauender Shop einem Unternehmen gar nicht erst zugewiesen wurde, weil der entsprechende Termin nicht eingehalten werden hätte können, so ist darin nicht das Ablehnen eines angebotenen Werkvertrags zu erkennen, sondern die – nach Prüfung der C. zur Verfügung stehenden Ressourcen getroffene – Entscheidung, zum Ausbau des konkreten Shops andere Ressourcen (dh die Arbeitnehmer eines anderen Unternehmens oder allenfalls der C.) einzusetzen.

26. Auch die weiteren im Verfahren hervorgekommenen Sachverhaltselemente stützen das Ergebnis, dass nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt Gegenstand der von E. und W. erbrachten Leistung das Bereitstellen von Arbeitskräften war:

? Q. prüfte regelmäßig den Fortschritt, waren Terminprobleme erkennbar, so wurde von C. (O.) veranlasst, dass zusätzliche Arbeitnehmer kamen oder länger gearbeitet wurde.

? E. und W. nahmen nicht an Baubesprechungen teil; deren Ergebnisse wurden ihnen lediglich im Nachhinein von Q. mitgeteilt.

? C. schloss für die Herstellung des von ihr geschuldeten Werks nicht miteinem Subunternehmer einen Werkvertrag, sondern mit mehreren Unternehmen wurden idente Verträge geschlossen. In den für E. und W. relevanten Leistungsverzeichnissen waren auch idente Einheitspreise und Quantitäten („1,00“) festgeschrieben. Dementsprechend waren die zu erbringenden Leistungen zwar der Art nach, jedoch in keiner Weise der Menge nach bestimmt.

? Allfällige Fehlkalkulationen hätten zu Stehzeiten der Arbeiter und/oder zur Nichteinhaltung vorgegebener Termine führen können. Diese Risiken waren für die die Arbeiter zur Verfügung stellenden Unternehmen E. und W. nur dann nicht relevant, wenn der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung eben das Bereitstellen von Arbeitskräften und nicht das (termingerechte) Herstellen eines Werkes ist. Dass mit der Berechnung des erforderlichen Materials durch C. W. und E. die Kontrolle über diesen für die Kalkulation der Herstellung der im Leistungsverzeichnis angeführten Leistungen relevanten Faktor entzogen wurde, deutet daher darauf hin, dass der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung eben das Bereitstellen von Arbeitskräften war.

In diesem Zusammenhang ist auch festzuhalten, dass sich aus dem Auftragsschreiben (Werkvertrag) nicht ableiten lässt, wer das Material bereitstellen sollte. Die Vertragspartner konnten daher in ihrer Kalkulation bloß jene Kosten berücksichtigen, die sich aus dem Bereitstellen der Arbeitskräfte und des von diesen mitgeführten Kleinwerkzeugs ergaben.

? Die Tatsache, dass C. auch die über Kleinwerkzeug hinausgehenden Arbeitsmittel, nämlich das erforderliche Gerüst, bereitstellte und die Arbeiter der W. und der E. ihre Pausen in C. zuzurechnenden Containern verbrachten, ist zwar nur von geringerer Relevanz, unterstreicht jedoch das Bereitstellen von Arbeitskräften als den eigentlichen Gegenstand der Dienstleistung.

27. Aus der Gesamtbetrachtung aller festgestellten Sachverhaltsmerkmale ergibt sich somit, dass im konkreten Fall nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht die Herstellung eines bestimmten Werks im Vordergrund stand, sondern das Bereitstellen von Arbeitskräften, die C. zur Erfüllung ihres Auftrags benötigte. Eine – in relevantem Ausmaß – über das Bereitstellen von Personal zur Durchführung von Trockenbauarbeiten (Montage bereitgestellter Gipskartonplatten samt Unterkonstruktion; vgl VGW-041/066/5881/2016-14, 3) hinausgehende Leistung der E. und der W. ist nicht erkennbar. Dementsprechend lag Arbeitskräfteüberlassung iSd AÜG vor.

28. Weil grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung vorlag, traf den BF als Geschäftsführer der C. die in § 17 Abs 7 AÜG vorgesehene Verpflichtung, für die angelasteten nicht in Österreich sozialversicherungspflichtigen überlassenen Arbeitskräfte die Meldung gemäß den § 17 Abs 2 und Abs 3 AÜG am Arbeits(Einsatz)Ort in geeigneter Form zur Überprüfung bereitzuhalten oder zugänglich zu machen.

29. Die Meldungen gemäß den § 17 Abs 2 und Abs 3 AÜG wurden nicht am Arbeits(Einsatz)Ort in geeigneter Form zur Überprüfung bereitgehalten oder zugänglich gemacht; damit war das objektive Tatbild des § 17 Abs 7 AÜG iVm § 22 Abs 1 Z 2 AÜG erfüllt. Die im Spruch ersichtliche Einschränkung des Tatzeitraums ergab sich aus den von den betroffenen Arbeitskräften in den Personenblättern gemachten Angaben. Die ebenfalls im Akt befindlichen Arbeitszeitaufzeichnungen, die auf eine Tätigkeit der Arbeitskräfte schon ab 03.08.2015 auf der Baustelle hinweisen, konnten entsprechende Feststellungen nicht tragen, weil dieses Beweisergebnis nicht mit den Angaben der Arbeitskräfte in schlüssige Übereinstimmung gebracht werden konnte und sich somit maßgebliche Zweifel an der diesbezüglichen Richtigkeit der Arbeitszeitaufzeichnungen ergaben, die im Beweisverfahren nicht ausgeräumt werden konnten.

30. Auch der subjektive Tatbestand war erfüllt. Dem Vorbringen, es liege ein nicht vorwerfbarer Rechtsirrtum und somit kein Verschulden vor (vgl VGW-041/066/5881/2016-31, 5), konnte nicht gefolgt werden, denn: Nach der

Rechtsprechung des VwGH entschuldigt gemäß § 5 Abs 2 VStG die Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte. Die Unkenntnis des Gesetzes, wie auch eine irrige Gesetzesauslegung, müssen somit unverschuldet sein (VwGH 27.06.2007, 2002/03/0275; VwGH 31.07.2009, 2008/09/0086; VwGH 27.01.2011, 2010/03/0179; VwGH 06.03.2014, 2013/11/0110; VwGH 12.08.2014, 2013/10/0203). Es bedarf bei der Einhaltung der einem am Wirtschaftsleben Teilnehmenden obliegenden Sorgfaltspflicht im Zweifelsfall einer Objektivierung durch geeignete Erkundigungen (zuletzt VwGH 24.10.2016, Ro 2016/17/0002 mwN). Wer dies verabsäumt, trägt das Risiko des Rechtsirrtums. Die bloße Argumentation mit einer – allenfalls sogar plausiblen – Rechtsauffassung allein vermag ein Verschulden am objektiv unterlaufenen Rechtsirrtum nicht auszuschließen (VwGH 12.08.2014, 2013/10/0203; VwGH 06.03.2014, 2013/11/0110; VwGH 18.03.2015, 2013/10/0141). Der bloße Umstand, dass in einer bestimmten Rechtsfrage Rechtsunsicherheit herrscht, berechtigt nicht dazu, sich ohne weitere Nachforschungen für die günstigste Variante zu entscheiden und damit gegebenenfalls ungerechtfertigte Rechtsvorteile in Anspruch zu nehmen (VwGH 15.12.1994, 94/09/0085). Die entsprechenden Erkundigungen können nicht nur bei den Behörden, sondern auch bei einer zur berufsmäßigen Parteienvertretung berechtigten Person eingeholt werden (VwGH 30.11.1981, 81/17/0126; VwGH 27.01.2014, 2011/17/0073; VwGH 29.05.2015, 2012/17/0524). Hat die Partei (zB von einem Rechtsanwalt) eine falsche Auskunft erhalten, so liegt ein schuldausschließender Irrtum jedoch dann nicht vor, wenn sie Zweifel an der Richtigkeit der Auskunft hätte haben müssen (VwGH 29.05.2015, 2012/17/0524). Im Zweifelsfall haben Erkundigungen, ob die vom Beschuldigten vertretene Rechtsansicht zutrifft, bei der zur Entscheidung zuständigen Stelle zu erfolgen (VwGH 07.10.2013, 2013/17/0592). Es liegt grundsätzlich an der Partei, das Vorliegen von Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründen durch ein konkretes Vorbringen zu behaupten und der Behörde die für die Beurteilung erforderlichen Informationen an die Hand zu geben (VwGH 25.09.2014, 2012/07/0214). Der BF behauptete nicht, er habe Erkundigungen eingeholt, sondern brachte lediglich vor, niemand hätte klären können, ob die konkrete Vorgehensweise als Arbeitskräfteüberlassung zu betrachten sei oder nicht (VGW-041/066/5881/2016-31, 5).

Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass dem BF, der beruflich im Baubereich tätig war und in diesem Zusammenhang regelmäßig Leistungen ausländischer Unternehmen und ausländischer Arbeiter nachfragte, bewusst sein musste, dass die Tätigkeit ausländischer Arbeiter häufig besonderen Vorschriften unterliegt. Außerdem ist nach der Rechtsprechung des VwGH gerade dann, wenn bewusst eine Konstruktion gewählt wird, mit der die rechtlichen Möglichkeiten ausgereizt werden sollen, eine besondere Sorgfalt hinsichtlich der Erkundigung über die Rechtslage an den Tag zu legen (VwGH 14.12.2011, 2011/17/0124). Dies trifft auch für die gewählte Konstruktion im Baubereich zu. Weil der BF dennoch keine Auskunft bei der zuständigen Behörde einholte, liegt ein die Schuld ausschließender Verbotsirrtum nicht vor.

31. Dementsprechend kann auch das Verschulden nicht als bloß geringfügig bezeichnet werden. Weil das tatbildmäßige Verhalten des BF hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt nicht erheblich zurückblieb, war die Anwendung des § 45 Abs 1 Z 4 VStG, nämlich das Absehen von der Strafe allenfalls unter Ausspruch einer Ermahnung, nicht möglich (VwGH 29.11.2007, 2007/09/0229 zur Vorgängerbestimmung § 21 Abs 1 VStG).

32. Weil es sich um die erste Übertretung der hier maßgeblichen Bestimmungen durch den BF handelte, war der erste Strafsatz des § 22 Abs 1 Z 2 AÜG maßgeblich, der Strafrahmen reicht daher von € 500,-- bis € 5 000,--.

33. Innerhalb des anwendbaren Strafrahmens war zu berücksichtigen, für wie viele Arbeitskräfte (3) wie viele Dokumente (nur ZKO4) nicht bereitgehalten wurden. Bei der Bemessung wurden (mangels anderer Beweisergebnisse) durchschnittliche wirtschaftliche Verhältnisse des BF und allfällige Sorgepflichten angenommen, die Unbescholtenheit des Beschwerdeführers im Tatzeitraum war mildernd zu berücksichtigen. Außerdem ergab sich im Beweisverfahren insgesamt der Eindruck, dass der BF sich in seinem Unternehmen um rechtskonforme Vorgehensweisen bemüht. Dass offensichtlich nicht die Absicht bestand, Arbeitsverhältnisse vor den zuständigen Behörden geheim zu halten, und somit durch das Verhalten des BF der Normzweck der übertretenen Bestimmung (Kontrolle durch die zuständigen Behörden) letztlich nicht beeinträchtigt wurde, war ebenfalls zu berücksichtigen. Erschwerend war zu berücksichtigen, dass drei Arbeitskräfte betroffen waren und die Tat im Rahmen der Ausübung eines Gewerbes begangen wurde (der letzte Erschwerungsgrund fällt im konkreten Zusammenhang kaum ins Gewicht, weil die angelastete Tat typisch im

Rahmen der Ausübung eines Gewerbes begangen wird). Aus diesen Gründen und im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit zur im parallel geführten Verfahren VGW-041/066/5881/2016 verhängten Strafe konnte auch mit der spruchgemäß herabgesetzten Strafe das Auslangen gefunden werden.

Zur Kostenentscheidung

34. Da die Beschwerde zumindest teilweise erfolgreich war, hat der BF keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten (§ 52 Abs 8 VwGVG); der Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde war entsprechend herabzusetzen (§ 64 VStG).

Zur Revision

35. Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, weil keine Rechtsfrage iSd Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Zunächst waren Fragen der Beweiswürdigung und der sich daraus ergebenden Feststellungen maßgeblich, zu deren Überprüfung der VwGH im Allgemeinen nicht berufen ist (VwGH 24.03.2014, Ro 2014/01/0011). Zu den sich aus den Feststellungen ergebenden Rechtsfragen liegt höchstgerichtliche Rechtsprechung vor, die nicht als uneinheitlich zu betrachten ist und von der in diesem Erkenntnis nicht abgewichen wird. Die hier maßgebliche Rechtsfrage, ob in einem konkreten Sachverhalt Arbeitskräfteüberlassung vorliegt oder nicht, hat keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung und ist daher nicht revisibel, weil durch entsprechende einzelfallbezogene Abwägung aller Sachverhaltselemente das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung zu beurteilen war und einzelfallbezogene Beurteilungen im Allgemeinen nicht revisibel sind (VwGH 24.02.2015, Ro 2014/05/0097). Es kamen auch sonst keine Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage hervor.

Schlagworte

Grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung; Überlassung von Arbeitskräften; Werkvertrag; wahrer wirtschaftlicher Gehalt; Meldeverpflichtung; Entsenderichtlinie 96/71/EG

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWI:2020:VGW.041.066.5882.2016

Zuletzt aktualisiert am

11.12.2020

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at