

# TE Lvwg Erkenntnis 2021/8/30 LVwG 30.17-2347/2020

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.08.2021

## Entscheidungsdatum

30.08.2021

## Index

Arbeits- und Sozialversicherungsrecht

## Norm

AuslBG §26 Abs6

AuslBG §28 Abs6 Z2

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat durch die Richterin Mag. Jöbstl-Findeis über die Beschwerde des Herrn AB, geb. am xx, vertreten durch CD Rechtsanwälte OG, Pgasse, G, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld vom 24.08.2020, GZ: BHHF/622200011363/2020,

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

I. Gemäß § 50 Abs 1 iVm § 28 Abs 1 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (im Folgenden VwGVG) wird die Beschwerde dem Grunde nach mit der Maßgabe als unbegründet

abgewiesen,

dass die Spruchpunkte 1. bis 6. des angefochtenen Straferkenntnisses zu einem Delikt zusammengefasst werden, gemäß § 19 VStG iVm § 38 VwGVG eine Gesamtstrafe gemäß § 28 Abs 1 Z 1 lit b dritter Strafsatz Ausländerbeschäftigungsgesetz, BGBl. Nr. 218/1975 idF BGBl. I Nr. 98/2020 (AuslBG) in der Höhe von € 2.000,00 neu festgesetzt wird und die Verhängung einer Ersatzfreiheitsstrafe entfällt.

II. Dadurch vermindert sich der Kostenbeitrag für das Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde auf den Betrag von € 200,00. Dieser Kostenbeitrag sowie die neu festgesetzte Geldstrafe sind binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstigen Zwangsfolgen zu leisten.

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

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

Zum angefochtenen Bescheid:

Mit dem eingangs näherbezeichneten Straferkenntnis vom 26.08.2020 wurde dem nunmehrigen Beschwerdeführer vorgeworfen, er habe es als vor Ort anwesender handelsrechtlicher Geschäftsführer und nach außen berufene Person iSd § 9 Abs 1 VStG und als am 05.08.2018 [gemeint: 05.02.2018] bestellter verantwortlich Beauftragter der Auftraggeber-Firma (E & F) unterlassen, der Zentralen Koordinationsstelle zu melden, dass das beauftragte Subunternehmen mit Sitz in der Slowakei – nach der nach eigenen Angaben (glaubhaft) erfolgten telefonischen Aufforderung – die nach diesem Bundesgesetz erforderlichen Berechtigungen für die Beschäftigung der näherbezeichneten Ausländer nicht binnen einer Woche nachgewiesen hat, obwohl das auftraggebende Unternehmen umgehend die Zentrale Koordinationsstelle zu verständigen hat, wenn das beauftragte Unternehmen der Aufforderung eines Unternehmens, welches die Erbringung einer Leistung an ein anderes Unternehmen ganz oder teilweise weitergibt, vor Beginn der Beschäftigung binnen einer Woche die nach diesem Bundesgesetz erforderlichen Berechtigungen für die beschäftigten Ausländer nachzuweisen, nicht fristgerecht nachkommen. Es wurde vorsätzlich keinerlei Meldung an die Zentrale Koordinationsstelle erstattet, obwohl dem auftraggebenden Unternehmen nach erfolgter Aufforderung vom Subunternehmen binnen Frist keinerlei Nachweise über die entsandten Arbeitnehmer erbracht wurden. Es wurden 6 näher bezeichnete ukrainische Staatsangehörige ohne Wohnsitz in der EU, ohne arbeitsrechtliche oder organisatorische Bindung zum Entsendestaat Slowakei vom Sub-Subunternehmer gegen eine ausgelobte Barzahlung von monatlich € 1.200,00 in Österreich illegal beschäftigt.

Dadurch habe der Beschwerdeführer gegen § 9 Abs 1 iVm Abs 2 VStG iVm § 28 Abs 1 Z 1 iVm § 28 Abs 6 Z 2 iVm § 26 Abs 6 AuslBG idGF verstoßen und wurden über ihn sechs Geldstrafen iHv je € 2.000,00 (im Uneinbringlichkeitsfall jeweils eine Ersatzstrafe von 2 Tagen und 18 Stunden) verhängt.

Begründend führt die belangte Behörde aus, dass aufgrund der Anzeigen der Finanzpolizei Team 09 für das Finanzamt Wien 2/20/21/22, FA-GZ-012/11064/0919 AuslBG festgestellt wurde, dass am 17.10.2019 um 9:00 Uhr die Baustelle eines Hotelneubaus in W, Nstraße, Bauteil 1, 5. Stock von der Finanzpolizei Team 09 nach den gesetzlichen Bestimmungen des aus AuslBG, ASVG, LSD-BG und AÜG überprüft worden sei. Die Kontrolle wurde im Baubüro der Projektleiterin des Teil-Generalunternehmers angemeldet. Im Zuge der Kontrolle konnte ein Auftragsverhältnis für Trockenbauarbeiten zwischen dem kontrollierten Teil-Generalunternehmen und der Firma des Beschwerdeführers als Sub-Unternehmer (E & F) festgestellt werden. Diese hat wiederum das slowakische Sub-Subunternehmen (G) mit der Montage von Gipskartondecken und -wänden (Trockenbauarbeiten) beauftragt. Bei der Kontrolle wurden der Bauleiter und der Vorarbeiter des österreichischen Subunternehmens (E & F) angetroffen – weitere Dienstnehmer dieser Firma wurden nicht angetroffen, allerdings 8 Arbeiter des slowakischen Sub-Subunternehmens (G), deren Identität vor Ort festgestellt wurde. Bei diesen 8 Arbeitern handelte es sich einerseits um 2 slowakische Staatsbürger und die näherbezeichneten 6 ukrainische Staatsbürger (Drittstaatenangehörige). Die angetroffenen Arbeitnehmer wurden aufgefordert, je ein Personenblatt in ihrer Landessprache auszufüllen. Dieser Aufforderung sind sie freiwillig unselbständig nachgekommen. Da die Angaben der ukrainische Staatsbürger teilweise in kyrillischer Schrift erfolgten, wurde eine sprachkundige Person telefonisch hinzugezogen, welche die Angaben sinngemäß dahingehend übersetzte: Sämtliche 6 Ukrainer wohnen in verschiedenen „Oblasten“ (Bundesländer in der Ukraine), haben kein Wohnsitz in der EU und arbeiten für die slowakische Firma. Arbeitsanweisungen erhalten Sie von einem „H“. Sie arbeiten als Hilfsarbeiter, wobei ihnen € 1.200,00 von einem „I“, zahlbar am 30. jedes Monats, versprochen wurden. Sie haben ihr Geld in bar erhalten. Sie haben noch keinen Gehaltszettel, Dienstzettel, Arbeitsvertrag oder sonstige schriftliche Vereinbarungen erhalten oder unterschrieben. Laut eigenen Angaben befinden sie sich seit 16.09.2019 (zugleich Tatzeit) auf dem Bauvorhaben. Sie gaben diesen Tag als ersten Arbeitstag bei der Firma G an.

Obwohl die angetroffenen Arbeitnehmer laut eigenen Angaben seit 16.09.2019 auf dem Bauvorhaben tätig sind, wurden

- ? Meldungen an die ZKO im Sinne des § 19 LSD-BG nicht durchgeführt,
- ? die erforderlichen Unterlagen im Sinne des § 21 LSD-BG nicht bereitgestellt,
- ? vermeintliche A1-Sozialversicherungsdokumente vorgelegt,
- ? Lohnunterlagen im Sinne des § 22 LSD-BG nicht vorgelegt.

Für die sechs ukrainischen Staatsbürger waren arbeitsmarktrechtliche Bewilligungen nicht vorhanden. Für die belangte Behörde stand außer Frage, dass das Subunternehmen G der Firma E & F nicht mitgeteilt hat, keine ausländischen Arbeitnehmer zu beschäftigen, keine Listen der ausländischen Arbeitnehmer übermittelt hat und die Firma E & F keine

Meldung im Sinne des § 26 Abs 6 AuslBG erstattet hat. Da die Firma G nicht mitgeteilt habe, welche Dienstnehmer tatsächlich eingesetzt werden, hätte der Auftraggeber genau aus diesem Grund umgehend die ZKO informieren müssen.

Die belangte Behörde stellte fest, dass die Firma E & F Innenausbau GmbH mit Vereinbarung vom 05.02.2018 den Geschäftsführer AB ausdrücklich zum verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 Abs 2 VStG nachweislich bestellt hat; dies mit sachlicher Zuständigkeit in den Bereichen: Abfall, baurechtliche Vorschriften, gesamter Fuhrpark, Einhaltung der Verpflichtungen gemäß § 103 Abs 2 und 103a Abs 2 KFG 1967, Einhaltung des ArbLG, Einhaltung sämtlicher Arbeitnehmerschutzvorschriften und sonstiger arbeitsrechtlicher Normen, Verbraucherschutzvorschriften einschließlich normierter Pflichten, insbesondere der Arbeitszeiten nach AZG, ASVH, Einhaltung des AuslBG 1975 etc. Der Bestellung wurde von Herrn AB am 05.02.2018 zugestimmt.

Die Verantwortlichkeit des nunmehrigen Beschwerdeführers wurde mit § 9 Abs 1 iVm § 9 Abs 2 VStG begründet.

Bei der Strafbemessung wertete die belangte Behörde als mildernd die bisherige Unbescholtenheit, als erschwerend die Anzahl der Beschäftigten, „da die einschlägige bestrafte wiederholte Tatbegehung ex lege bereits im gesetzlich vorgegebenen erhöhten Strafraumen berücksichtigt“ wären und verwies dabei auf Vor-Verfahren, die beim LVwG Steiermark anhängig seien.

Das Straferkenntnis wurde dem ausgewiesenen Vertreter des Beschwerdeführers am 26.08.2020 nachweislich zugestellt.

Zur Beschwerde:

In seiner am 21.09.2020 rechtzeitig eingebrachten und formal zulässigen Beschwerde brachte der Beschwerdeführer durch seinen ausgewiesenen Vertreter im Wesentlichen vor, dass § 26 Abs 6 AuslBG keine Meldung verlange, dass lediglich Ausländer beschäftigt werden, die keine Berechtigung nach dem AuslBG benötigen. Es seien Kontrollmaßnahmen dahingehend gesetzt worden, dass der von der Firma des Beschwerdeführers errichtete Werkvertrag für das beauftragte Subunternehmen explizit die Verpflichtung vorsah, für die Ausführung der beauftragten Arbeiten die dafür notwendigen Berechtigungen zu besitzen und dass sämtliches vom Subunternehmen eingesetztes Personal angemeldet und versichert sein müsse. Das beauftragte Subunternehmen habe somit schriftlich zugesichert (und sich dazu verpflichtet), sämtliche Bestimmungen nach dem AuslBG einzuhalten und zu erfüllen. § 26 Abs 6 AuslBG verpflichte lediglich, vor Beginn der Beschäftigung das beauftragte Unternehmen aufzufordern, binnen einer Woche die nach diesem Bundesgesetz erforderlichen Berechtigungen für die beschäftigten Ausländer nachzuweisen. Dieser Verpflichtung sei E & F ordnungsgemäß nachgekommen. Wenn das beauftragte Subunternehmen schriftlich zugesichert hat, für die Ausführung der beauftragten Arbeiten alle dafür notwendigen Berechtigungen zu besitzen und sämtliches von ihr eingesetztes Personal angemeldet und versichert zu haben, konnten E & F als Auftraggeber keine Ahnung haben, dass das Gesetz darüberhinausgehend noch mehr verlange. Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass der Auftraggeber sich eine namentliche Nennung bzw. Auflistung der Arbeitnehmer samt sämtlicher rechtlich vorgeschriebener Unterlagen verlangt und streng kontrolliert, so hätte man das Gesetz entsprechend formulieren müssen. Sollte sich herausstellen, dass E & F der auferlegten Verpflichtung nicht nachgekommen ist, sei dies jedenfalls völlig unverschuldet. Eine irreführende Formulierung des Gesetzeswortlautes könne nicht zulasten des Beschwerdeführers gehen und dürfte die Sorgfaltspflicht der Unternehmer im Zusammenhang mit der Nachforschung der Auslegung einzelner Rechtsvorschriften nicht überspannt werden.

Hinsichtlich des Verschuldens wurde ausgeführt, dass dieses für den Beschwerdeführer nicht erkennbar sei, zumal alle möglichen und zumutbaren Vorkehrungen getroffen und Sorgfaltspflichten eingehalten wurden. Sein Verhalten sei nicht einmal als fahrlässig zu werten. Ein allfälliges Verschulden wäre aber jedenfalls als geringfügig anzusehen. Wie bereits in der Stellungnahme vom 10.06.2020 ausgeführt, hätte für den Beschwerdeführer eine etwaige Verwirklichung relevante Tatbestände nicht vermieden werden können, weshalb das tatbildmäßige Verhalten jedenfalls hinter dem typisierten Schuld- und Unrechtsgehalt der vorgeworfenen Strafdrohung zurückbliebe. Darüber hinaus sei der Beschwerdeführer vollkommen unbescholten, weshalb keine spezialpräventive Begründung für eine Bestrafung vorliege.

Der Beschwerdeführer beantragte, eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen, das Verfahren einzustellen, in eventu gemäß § 45 Abs 1 Z 4 VStG eine Ermahnung zu erteilen, andernfalls § 20 VStG zur

Strafbemessung heranzuziehen. Die Erstbehörde habe bei der Strafbemessung die bisherige Unbescholtenheit als Milderungsgrund herangezogen und lediglich die Anzahl der im Spruch genannten Personen als erschwerend erachtet. Es sei offensichtlich, dass der Milderungsgrund der vollkommenen Unbescholtenheit weit höher und überwiegender zu werten sei als der Erschwerungsgrund, der lediglich auf die unverschuldete Unkenntnis der höchstgerichtlichen Auslegung der Rechtsnorm beruhe. Gegebenenfalls könnte auch der Milderungsgrund der Unbesonnenheit oder des die Schuld nicht ausschließenden Rechtsirrtums für die Nichterkundigung der Rechtsauslegung in Betracht kommen. Zur Höhe der verhängten Strafe sei zu berücksichtigen, dass nach dem Doppelverwertungsverbot Umstände, die für den Tatbestand oder den Strafsatz relevant sind, nicht auch noch zusätzlich als Strafbemessungsgründe berücksichtigt werden dürfen. Da somit die Anzahl der unberechtigt beschäftigten Arbeitnehmer für den anzuwendenden strafsatzrelevant ist, dürfe die Anzahl nicht auch noch als Strafzumessung bzw. Erschwerungsgrund berücksichtigt werden. Ein Erschwerungsgrund sei daher überhaupt nicht gegeben, weshalb im gegenständlichen Fall ein klares Überwiegen der Milderungsgründe vorliege. Zudem liege im gegenständlichen Fall kein reiner Inlandssachverhalt, sondern ein grenzüberschreitender Sachverhalt mit Unionsrechtsbezug vor, da es sich bei dem von E & F beauftragten Subunternehmen um ein slowakisches Unternehmen handle und daher der freie Dienstleistungsverkehr nach Art. 56 AEUV zum Tragen käme. Es müsse daher im gegenständlichen Fall - ausgehend vom Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 12.09.2019, Maksimovic, C-64/18 - zu einer Verdrängung nationalen Rechts kommen, weshalb auch bei mehreren Übertretungen nach § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG nur eine Strafe zu verhängen sei und die Wortfolge „für jeden Arbeitnehmer“ bei der Anwendung des § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG vor allem (nicht wie in der Entscheidung des VwGH vom 02.07.2020, Ra 2020/09/0025) wie hier im zweiten Strafsatz bei der Verhängung einer Strafe nicht beachtet werden.

Die belangte Behörde sah von der Erlassung einer Beschwerdeentscheidung ab und legte dem Landesverwaltungsgericht Steiermark die Beschwerde unter Anschluss des Verwaltungsakts vor. In dem Begleitschreiben zur Beschwerdevorlage wurde kein Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gestellt.

Zum landesverwaltungsgerichtlichen Verfahren:

Mit Schreiben vom 07.10.2020 wurde der Anzeigenlegerin die Beschwerde übermittelt und die Möglichkeit eingeräumt, sich dazu zu äußern. Die Stellungnahme der Finanzpolizei vom 12.10.2020 wurde dem Beschwerdeführer zur Kenntnis gebracht. Am 24.03.2021 wurde eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, in der die Verfahren zu LVwG 33.17-2347/2020 und LVwG 30.17-2348/2020 aufgrund des sachlichen Zusammenhanges aus Zweckmäßigkeitsgründen gemäß § 39 Abs 2 AVG iVm § 24 VStG und § 38 VwGVG zur gemeinsamen Verhandlung verbunden wurden. Bei der Verhandlung waren die Beschwerdeführer beider Verfahren, deren ausgewiesener Vertreter sowie die mitbeteiligte Partei anwesend. In der mündlichen Verhandlung erging der Auftrag an den Beschwerdeführer, dem Gericht binnen 14 Tagen schriftlich den Werkvertrag sowie den E-Mail-Verkehr mit der Firma G (Übermittlung der angeforderten Nachweise) zu übermitteln. Dies erfolgte durch Urkundenvorlage per E-Mail am 07.04.2021, welche der mitbeteiligten Partei zur Kenntnis gebracht und dazu die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt wurde. Die Stellungnahme durch die Finanzpolizei (Team 09) erfolgte am 09.04.2021.

## II. Sachverhalt

1. Der Beschwerdeführer ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma E & F Innenausbau GmbH mit Sitz in SJ, Firmenbuchnummer xx.
2. Der Beschwerdeführer ist seit 05.02.2018 gemäß § 9 Abs 2 VStG als verantwortlicher Beauftragter der Firma E & F Innenausbau GmbH mit Sitz in SJ, u.a. für den Bereich Ausländerbeschäftigungsgesetz bestellt. Dieser Bestellung hat der Beschwerdeführer am 05.02.2018 zugestimmt.
3. Mit Werkvertrag vom 02.04.2019 beauftragte die Firma E & F Innenausbau GmbH die Firma J, Slowakei, als Subunternehmen im Zeitraum KW 14 bis KW 52 2019 beim Bauprojekt Nstraße, W, Montagearbeiten (Trockenausbau laut Leistungsverzeichnis) auszuführen. Über die von der Firma G eingesetzten Arbeitskräfte gab es keine konkreten Absprachen, lediglich die vertragliche Vereinbarung, dass ausschließlich Personal eingesetzt werde, das angemeldet und versichert ist und sämtliche Bestimmungen (aufgelistet u.a.) des AuslBG eingehalten werden. Die Abrechnung erfolgte über Teilrechnungen, wobei die Schlussrechnung von E & F korrigiert wurde.
4. Nach mündlicher Aufforderung durch die Firma E & F Innenausbau GmbH (als Auftraggeber), die erforderlichen Unterlagen zu übermitteln, folgte von der Firma J (als Auftragnehmer) binnen einer Woche weder eine Erklärung, dass

sie ausschließlich Arbeitskräfte einsetzen werde, die keine Beschäftigungsbewilligung benötigen; noch wurden Beschäftigungsbewilligungen übermittelt. Von der E & F Innenausbau GmbH erfolgte über diese Nichtmeldung keine Verständigung an die Zentrale Koordinationsstelle.

5. Von der Firma G wurden fünf A1-Formulare an die Firma E & F übermittelt. Das konkrete Datum, ab wann diese für E & F verfügbar waren, konnte im Beweisverfahren nicht festgestellt werden. Die darin angeführten Arbeitskräfte sind alle slowakische Staatsbürger, wobei jeweils als beabsichtigter Beschäftigungszeitraum 16.09.2019 bis 16.06.2020, als Arbeitgeber die Firma G, auf der Baustelle Nordbahnstraße Wien mit dem Auftraggeber E & F, angeführt wurde.

6. Bei der Kontrolle am 17.10.2019 wurden 8 Arbeiter des slowakischen Sub-Subunternehmens (G) auf der Baustelle angetroffen, deren Identität vor Ort festgestellt wurde. Bei diesen 8 Arbeitern handelte es sich einerseits um 2 slowakische Staatsbürger und die im Straferkenntnis näherbezeichneten 6 ukrainische Staatsbürger (Drittstaatenangehörige), die über keine arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen verfügten.

### III. Beweiswürdigung

7. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem von der belangten Behörde vorgelegten Akt, den Angaben und Urkundenvorlagen der Parteien des Beschwerdeverfahrens sowie den Ergebnissen der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Steiermark am 24.03.2021.

8. Dass mit der Firma G ein Werkvertrag über einen Teil der Trockenausbau-Arbeiten vereinbart wurde, ergibt sich aus den vorgelegten Dokumenten (eine unterschriebene Fassung des Werkvertrages vom 02.04.2019 wurde mit Urkundenvorlage durch den Beschwerdeführervertreter auftragsgemäß am 09.04.2021 nachgereicht) und den Aussagen des Beschwerdeführers sowie jenes des zeugenschaftlich einvernommenen Baustellenleiters K.

9. Dass die im Straferkenntnis näher bezeichneten sechs ukrainischen Staatsbürger als Beschäftigte der Firma G angetroffen wurden, wobei diese über keine Beschäftigungsbewilligung verfügten, ergibt sich aus dem Akteninhalt und wurde im Übrigen zu keinem Zeitpunkt vom Beschwerdeführer bestritten.

### IV. Rechtsgrundlagen

Ausländerbeschäftigungsgesetz, BGBl. Nr. 218/1975 idF BGBl. I Nr. 98/2020 (AuslBG):

§ 26 Überwachung, Auskunfts- und Meldepflicht

[...]

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

§ 28 Strafbestimmungen

(1) Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet (§ 28c), begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen,

1. wer

a) entgegen § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder der keine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot – Karte“, „Blaue Karte EU, Aufenthaltsbewilligung als unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer („ICT“), Aufenthaltsbewilligung als mobiler unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer („mobile ICT“), Aufenthaltsbewilligung „Familiengemeinschaft“ mit Zugang zum Arbeitsmarkt (§ 20f Abs. 4)“ oder „Niederlassungsbewilligung – Künstler“ oder keine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, keine „Aufenthaltsberechtigung plus“, keinen Befreiungsschein (§ 4c) oder keinen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt – EU“ besitzt, oder

b) entgegen § 18 die Arbeitsleistungen eines Ausländers, der von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland beschäftigt wird, in Anspruch nimmt, ohne dass für den Ausländer eine Beschäftigungsbewilligung oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde,

(Anm.: lit. c aufgehoben durch Art. 1 Z 2, BGBl. I Nr. 98/2020)

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;

[...]

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

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

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

[...]

#### V. Rechtliche Beurteilung

10. Im Sinne des § 28 Abs 1 Z 1 lit b AuslBG nimmt derjenige die Arbeitsleistung eines "betriebsentsandten Ausländers" in Anspruch, dem sie der ausländische Arbeitgeber zur Erfüllung einer ihn gegenüber dem inländischen Nutznießer treffenden rechtlichen Verpflichtung zur Verfügung stellt. Dies ist dann der Fall, wenn - wie im Beschwerdefall - der Einsatz "betriebsentsandter Ausländer" als Erfüllungsgehilfen ihres ausländischen Arbeitgebers erfolgt, um dessen Verpflichtung aus einem Werkvertrag gegenüber dem inländischen Besteller zu erfüllen. Aufgrund des Werkvertrages vom 02.04.2019 vereinbarte der inländische Auftraggeber E & F mit dem slowakischen Sub-Auftragnehmer G einen konkret bezeichneten Teil der Trockenausbau-Arbeiten auf der näher bezeichneten Baustelle in W, Nstraße, zu erbringen und entsandte Letzterer die im angefochtenen Straferkenntnis näher bezeichneten ukrainischen Bauarbeiter zur Leistungserbringung.

11. Indem der Beschwerdeführer trotz mündlicher Aufforderung an den slowakischen Sub-Unternehmer, die rechtlich erforderlichen Unterlagen zu übermitteln, binnen einer Woche keine Nachweise über das Vorliegen von Beschäftigungsverhältnissen erhielt und dies nicht der Zentralen Koordinationsstelle meldete, hat er als Geschäftsführer gemäß § 9 Abs 1 VStG und als verantwortlich Beauftragter gemäß § 9 Abs 2 VStG zumindest fahrlässig gegen die Meldepflicht nach § 26 Abs 6 AuslBG verstoßen.

12. Dem Beschwerdevorbringen, wonach der Beschwerdeführer diese Verwaltungsübertretung nicht zu verantworten habe, da sich der Auftraggeber E & F im Werkvertrag von der Firma G vertraglich zusichern ließ, dass ausschließlich Personal eingesetzt werde, das angemeldet und versichert sei und sämtliche aufgelistete Bestimmungen (u.a. AuslBG) eingehalten werden, kann nicht gefolgt werden, zumal es sich dabei lediglich um einen Vertragsbestandteil handelt, der nicht geeignet ist, verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeiten auf privatrechtlicher Basis (hier zudem en bloque) zu delegieren. Schlichtes Vertrauen auf eine schriftliche Zusicherung ersetzt weder die konkrete Meldepflicht des § 26 Abs 6 AuslBG, noch schließt sie die Verschuldensform der Fahrlässigkeit aus.

13. Die Firma des Beschwerdeführers verfügt über keinerlei Kontrollsystem, das derartige Verstöße verhindern könnte. Schon der Umstand, dass nach Beginn der Arbeiten auf der Baustelle offenbar zu keiner Zeit von der auftraggebenden Firma E & F bewusst Nachschau gehalten wurde, welche Arbeiter vom slowakischen Sub-Unternehmer tatsächlich eingesetzt werden, verdeutlicht das mangelnde Verständnis über die verwaltungsrechtlichen Verantwortlichkeiten eines Geschäftsführers, der zudem als verantwortlich Beauftragter für diesen Bereich bestellt wurde. Mit dem bloßen Hinweis auf ein eingerichtetes Kontrollsystem ohne nähere Ausführungen zu dessen Handhabung wird die Relevanz nicht aufgezeigt (vgl. VwGH 25.4.2018, Ra 2018/09/0025). Eine bloße vertragliche Zusicherung – sei diese auch unter Pönale gestellt – erfüllt nicht die Voraussetzungen, die an ein funktionierendes Kontrollsystem gestellt werden.

14. Ebensowenig überzeugt der Einwand des Beschwerdeführers, wonach er nicht ahnen hätte können, dass der Sub-Auftragnehmer die letztlich eingesetzten Bauarbeiter (entgegen den in den A1-Formularen angeführten slowakischen Beschäftigten) ausgetauscht hat. Zum einen ist der nachträgliche Austausch von ursprünglich

angegebenen Arbeitern gerade auf einer Großbaustelle keineswegs unüblich, zum anderen sieht ein geeignetes Kontrollsystem für solche Fälle Mechanismen und Maßnahmen vor, um eine Projektdurchführung in Übereinstimmung mit den rechtlichen Vorgaben zu gewährleisten.

15. Sohin wurde der objektive Tatbestand erfüllt und ist dieser auch dem Beschwerdeführer in seiner Verantwortung auch subjektiv zuzurechnen. Auch der Einwand des Beschwerdeführers, dass seine unverschuldete Unkenntnis der höchstgerichtlichen Auslegung der Rechtsnorm einem die Schuld nicht ausschließenden Rechtsirrtum gleichkomme, vermag an der Fahrlässigkeit als Verschuldensform nichts zu ändern. Beim konkreten Sachverhalt hat der österreichische Auftraggeber die slowakische Baufirma aufzufordern gehabt, binnen einer Woche die erforderlichen Berechtigungen für die beschäftigten Ausländer nachzuweisen. Indem die slowakische Baufirma dazu offenbar keinerlei Antwort gegeben hatte, wäre es – auch ohne Rechtsauslegung – naheliegend, entweder beim Sub-Unternehmer ob der offenen Antwort nachzufragen oder einfach gleich die Zentrale Koordinationsstelle zur verständigen (zumal dies lediglich eine formale Verständigung über das schlichte Faktum darstellt, dass dem Auftraggeber keine Bewilligungen übermittelt wurden).

#### Strafbemessung

16. Gemäß § 19 Abs 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) 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- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

17. Gemäß § 45 Abs 1 Z 4 VStG kann die Behörde, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind, dem Beschuldigten unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten. Der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zufolge kann von einem geringen Verschulden im Sinne dieser Bestimmung nur dann gesprochen werden kann, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt. Anhaltspunkte dafür hat das Verfahren jedoch nicht ergeben. Wie bereits in der rechtlichen Beurteilung ausgeführt, ist jedenfalls von Fahrlässigkeit auszugehen und liegen bereits damit die kumulativ erforderlichen Voraussetzungen des § 45 Abs 1 Z 4 VStG im vorliegenden Fall nicht vor, womit auch die Anwendung einer Ermahnung ausscheidet. Ebenso rechtfertigt der Umstand, dass ein Milderungsgrund (Unbescholtenheit) und kein Erschwerungsgrund vorliegt, noch nicht die Anwendung des § 20 VStG. Eine außerordentliche Milderung der Strafe verlangt ein beträchtliches Überwiegen der Milderungsgründe. Entsprechend der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes bedeutet der einzige zu berücksichtigende Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit auch bei Fehlen von Erschwerungsgründen noch kein beträchtliches Überwiegen der Milderungsgründe über die Erschwerungsgründe im Sinne des § 20 VStG (VwGH vom 20.09.2000, 2000/03/0046).

18. Dem Beschwerdevorbringen, wonach es im gegenständlichen Fall - ausgehend vom Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 12.09.2019, Maksimovic, C-64/18 u.a. - zu einer Verdrängung nationalen Rechts komme, weshalb auch bei mehreren Übertretungen nach § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG nur eine Strafe zu verhängen sei, ist unter Heranziehung der jüngsten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs beizupflichten. In seiner Normanfechtung der (auch diesem Beschwerdeverfahren zugrundeliegenden) Strafbestimmung des § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG vertritt der Verwaltungsgerichtshof in A 2021/0001-1 (Ra 2020/09/0077) vom 11.03.2021 die Auffassung, dass bei Vorliegen eines Sachverhalts, der jenem gleicht, den der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 12.09.2019, Makismovic, C-64/18 u.a. zu entscheiden hatte, die Wortfolge „für jede/n Arbeitnehmer/in“ auch in der Strafbestimmung des AuslBG zu unterbleiben habe. Der Verwaltungsgerichtshof führt in seinem diesbezüglichen Antrag an den Verfassungsgerichtshof - zur Verdeutlichung der Schlechterstellung österreichischer Staatsbürger im Verhältnis zu Ausländern („Inländerdiskriminierung“) - in Rz 16 aus: „Mit anderen Worten: Wären die Arbeitnehmer der vom Mitbeteiligten vertretenen Gesellschaft von einem Unternehmen in einem anderen Mitgliedsstaat überlassen worden, käme eines nach der dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu vergleichbaren Bestimmungen zu einer Verdrängung der nationalen Regelung des § 28 Abs 1 Z 1 dritter Strafsatz AuslBG, dass für jeden Ausländer eine

Strafe zu verhängen ist.“

19. Im vorliegenden Fall wurden vom Beschwerdeführer lediglich Meldepflichten verletzt. Es wurde ihm seitens der belangten Behörde auch ausschließlich die unterbliebene Verständigungspflicht vorgeworfen, weshalb der Sachverhalt (reines Formalvergehen) mit jenem des Maksimovic-Urteils durchaus vergleichbar ist. Indem die Strafbestimmung zur übertretenen Verwaltungsnorm § 26 Abs 6 AuslBG als Strafsanktion in § 28 Abs 6 Z 2 AuslBG vorsieht, dass – neben dem beauftragten (slowakischen) Unternehmen – für den Meldepflichtverletzer § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG zur Anwendung komme, verhängte die belangte Behörde für jeden der sechs ausländischen Beschäftigten eine gesonderte Strafe und begründete dies offenbar damit, dass hier nur ein Inlandsbezug (Firmensitz des Auftraggebers im Inland gelegen) vorläge.

20. Da dem gegenständlichen Tatvorwurf nicht eine Beschäftigung von Ausländern durch ein inländisches Unternehmen zugrunde gelegt wurde, sondern lediglich der Verstoß der Meldepflicht durch den inländischen Auftraggeber im Zusammenhang mit einem Auftrag an ein slowakisches Unternehmen - sohin also die unterbliebene Verständigung an die Zentrale Koordinationsstelle, dass der slowakische Sub-Auftragnehmer trotz mündlicher Aufforderung nicht (fristgerecht) die erforderlichen Berechtigungen nachgewiesen hatte -, liegt ein grenzüberschreitender Sachverhalt mit Unionsrechtsbezug vor und kommt die oben angeführte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Anwendung.

21. Die Formulierung der Strafsanktionsnorm des § 28 Abs 6 Z 2 AuslBG fingiert keineswegs, dass der Auftraggeber anstelle des Arbeitgebers trete, sondern wird die Strafbarkeit des (hier: inländischen) auftraggebenden Unternehmens *expressis verbis* „neben dem beauftragten (hier: slowakischen) Unternehmer“ bestimmt, weshalb der Unionsrechtsbezug dem vorgeworfenen Sachverhalt immanent ist.

22. Bei der Strafbemessung wertete die belangte Behörde als mildernd die bisherige Unbescholtenheit, als erschwerend die Anzahl der Beschäftigten, „da die einschlägige bestrafte wiederholte Tatbegehung *ex lege* bereits im gesetzlich vorgegebenen erhöhten Strafraumen berücksichtigt“ wären und verwies dabei auf Vor-Verfahren, die beim LVwG Steiermark anhängig seien. Dazu ist anzumerken, dass Unbescholtenheit und zugleich eine einschlägige wiederholte Tatbegehung nicht möglich ist. Der Hinweis auf anhängige Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Steiermark impliziert noch keine wiederholte Tatbegehung, da die vorgeworfenen Verwaltungsübertretungen (noch) nicht rechtskräftig sind. Zum Tatzeitpunkt lagen jedenfalls keine rechtskräftigen Vorstrafen vor, weshalb die belangte Behörde zurecht als Milderungsgrund die Unbescholtenheit des Beschwerdeführers gewertet hat. In ihrer Argumentation ging die belangte Behörde vom vierten Strafsatz (wiederholte Tatbegehungen, mehr als drei Arbeitnehmer) aus; dies steht allerdings im Widerspruch zur verhängten Strafe, zumal beim vierten Strafsatz die Mindeststrafe € 4.000,00 beträgt, im Straferkenntnis jedoch € 2.000,00 je Arbeitnehmer verhängt wurden.

23. Da im Anwendungsfall die Anzahl der Arbeitnehmer strafsatzbestimmend ist (mehr als drei Arbeitnehmer), steht das Doppelverwertungsverbot einer Berücksichtigung der Anzahl der Arbeitnehmer als Erschwerungsgrund entgegen. Der Verwaltungsgerichtshof vertritt in ständiger Judikatur die Auffassung, dass ein strafsatzqualifizierendes Tatbestandsmerkmal (wie etwa im Sinne des § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG) nicht ein weiteres Mal als Erschwerungsgrund herangezogen werden darf. Dieser Erschwerungsgrund liegt somit nicht vor. Sohin ist bei der Strafzumessung lediglich als Milderungsgrund die bisherige (bis zum Tatzeitpunkt gegebene) Unbescholtenheit des Beschwerdeführers zu werten.

24. Für das erkennende Landesverwaltungsgericht steht unzweifelhaft fest, dass der Beschwerdeführer die vorgeworfene Verwaltungsübertretung des § 26 Abs 6 AuslBG begangen hat und dies in fahrlässiger Weise zu verantworten hat. Da es sich um ein reines Formaldelikt handelt, das sechs ausländische Arbeitnehmer betrifft, kommt gemäß § 28 Abs 6 Z 2 AuslBG die Strafnorm § 28 Abs 1 Z 1 lit b dritter Strafsatz zu Anwendung. Entsprechend dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts hat die Wortfolge „für jede/n Arbeitnehmer/in“ unangewendet zu bleiben hat, weshalb nur eine Strafe verhängt werden darf. Demnach darf nunmehr pro Deliktstatbestand – auch wenn davon mehrere Arbeitnehmer betroffen sind – nur mehr eine einzige Geldstrafe bis zum gesetzlich vorgesehen Höchstmaß des jeweils anzuwendenden Strafsatzes verhängt werden, ohne dass es dabei eine Mindeststrafe gibt. Die Verhängung einer Ersatzfreiheitsstrafe hat zu entfallen.

25. Aufgrund der bisherigen Unbescholtenheit des Beschwerdeführers erscheint die Strafe in Höhe von € 2.000,00 bei den Einkommens- und Vermögensverhältnissen, die der Beschwerdeführer in der mündlichen Verhandlung mit



monatlich etwa € 1.500,00 (bei Sorgepflichten für ein Kind) angegeben hat, ausreichend und geeignet, den verantwortlich Beauftragten künftig von Übertretungen dieser Art abzuhalten.

#### VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung 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.

#### **Schlagworte**

Meldepflicht, Ausländerbeschäftigungsgesetz, Formalvergehen, Maksimovic, Unionrecht, Verständigungspflicht, Auslandsbezug, Nachweis der Berechtigungen, grenzüberschreitender Sachverhalt, Sanktionsnorm, Bestrafung des inländischen Auftraggebers, Bestrafung des Arbeitgebers, Wortlaut des Gesetzes, Unionsrechtsbezug

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

ECLI:AT:LVWGST:2021:LVwG.30.17.2347.2020

#### **Zuletzt aktualisiert am**

25.11.2021

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Steiermark LVwg Steiermark, <http://www.lwvg-stmk.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

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