

# TE Lvwg Erkenntnis 2023/1/30 LVwG-S-2770/001-2022

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.01.2023

## Entscheidungsdatum

30.01.2023

## Norm

AuslBG §3

AuslBG §28 Abs1 Z1

1. AuslBG § 3 heute
  2. AuslBG § 3 gültig ab 01.10.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 106/2022
  3. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2020 bis 30.09.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2019
  4. AuslBG § 3 gültig von 01.09.2018 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
  5. AuslBG § 3 gültig von 01.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
  6. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
  7. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
  8. AuslBG § 3 gültig von 27.06.2006 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2006
  9. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2006 bis 26.06.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
  10. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2003 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
  11. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2002 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2002
  12. AuslBG § 3 gültig von 24.08.2001 bis 30.06.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 115/2001
  13. AuslBG § 3 gültig von 01.01.1998 bis 23.08.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
  14. AuslBG § 3 gültig von 02.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 201/1996
  15. AuslBG § 3 gültig von 01.06.1996 bis 01.06.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
  16. AuslBG § 3 gültig von 01.07.1994 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
  17. AuslBG § 3 gültig von 01.01.1994 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 475/1992
1. AuslBG § 28 heute
  2. AuslBG § 28 gültig ab 01.07.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2020
  3. AuslBG § 28 gültig von 01.10.2017 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
  4. AuslBG § 28 gültig von 14.08.2015 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 113/2015
  5. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 13.08.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
  6. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
  7. AuslBG § 28 gültig von 01.09.2009 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 91/2009
  8. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2008 bis 31.08.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007
  9. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 103/2005
  10. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005

11. AuslBG § 28 gültig von 01.05.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 28/2004
12. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2003 bis 30.04.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 160/2002
13. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2003 bis 02.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
14. AuslBG § 28 gültig von 03.12.2002 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 160/2002
15. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2002 bis 02.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2002
16. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2002 bis 30.06.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 136/2001
17. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/1999
18. AuslBG § 28 gültig von 25.11.1999 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 199/1999
19. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1998 bis 24.11.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
20. AuslBG § 28 gültig von 01.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
21. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1996 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
22. AuslBG § 28 gültig von 01.07.1994 bis 31.12.1995 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
23. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 19/1993

## **Text**

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich erkennt durch Mag. Dr. Grünstäudl als Einzelrichter über die Beschwerde des A, in \*\*\*, \*\*\*, vertreten durch C Rechtsanwälte GmbH in \*\*\*, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft St. Pölten vom 24. August 2022, Zl. \*\*\*, betreffend Bestrafungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung zu Recht:

1. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.
2. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 1.200 Euro zu leisten.
3. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision nicht zulässig.

Rechtsgrundlagen:

§§ 50 und 52 Abs. 1 und 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG

§ 19 Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG

§ 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 – VwGG

Zahlungshinweis:

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt 7.800 Euro und ist gemäß § 52 Abs. 6 VwGVG iVm § 54b Abs. 1 VStG binnen zwei Wochen einzuzahlen.

Entscheidungsgründe:

1. Zum verwaltungsbehördlichen Verfahren:

1.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft St. Pölten (in Folge: belangte Behörde) vom 24. August 2022, Zl. \*\*\*, wurde Herr A (in Folge: Beschwerdeführer) wegen Übertretungen des § 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 2 Abs. 2 lit. e und § 2 Abs. 3 lit. c in weiterer Verbindung mit § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) und § 3 Abs. 3 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) in sechs Fällen mit Geldstrafen von jeweils 1.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafen: je 33 Stunden) bestraft und ein Kostenbeitrag in Höhe von insgesamt 600 Euro vorgeschrieben.

1.2. Dem Beschwerdeführer wurde zur Last gelegt, er habe an näher angeführten Tagen im März, April, Mai und Juni 2020 in seiner Funktion als verantwortlich Beauftragter für die Filiale \*\*\*, in \*\*\*, \*\*\*, des Unternehmens B Aktiengesellschaft (in Folge: B AG) und somit für dieses Unternehmen als Arbeitgeber zu verantworten, dass sechs näher genannte afghanische Staatsbürger als Regalbetreuer zu einem Lohn in unbekannter Höhe in dieser Filiale entgegen § 3 AuslBG beschäftigt wurden. Diese Arbeitnehmer seien vom österreichischen Unternehmen D eU, mit Sitz in \*\*\*, \*\*\*, für Arbeitsleistungen an die B AG vertraglich überlassen worden, wobei die Arbeitnehmer im jeweiligen Tatzeitraum organisatorisch in den Betrieb der Filiale \*\*\* der B AG eingegliedert gewesen seien. Gemäß § 2 Abs. 3 lit. c AuslBG seien Arbeitgeber Beschäftigter im Sinne des § 3 Abs. 3 des AÜG gleichzuhalten.

## 2. Zum Beschwerdevorbringen:

Der Beschwerdeführer erhob fristgerecht Beschwerde gegen das Straferkenntnis und führte im Wesentlichen aus: Die Arbeitnehmer seinen im gegenständlichen Zeitraum arbeitsvertraglich und sozialversicherungsrechtlich Arbeitnehmer der D eU gewesen. Es handle sich nicht um eine Arbeitskräfteüberlassung zwischen der B AG und der D eU. Die D eU erfülle durch den Einsatz von ausländischen Arbeitnehmern lediglich die zwischen der B AG und der D eU vereinbarten Dienstleistungen. Diese seien darin gelegen, dass kurzfristig Leistungen zur Regalbetreuung und -bestückung abgerufen worden seien. Es sei ein Werkvertrag zwischen der B AG und der D eU vorgelegen und der Beschwerdeführer bzw. die B AG sei als Auftraggeberin nicht für die Einhaltung der Bestimmungen des AuslBG verantwortlich. Die ausländischen Arbeitskräfte seien bei Erbringung der Leistungen weder in die betriebliche Organisation der B AG eingegliedert gewesen, noch seien sie den Weisungen oder der Kontrolle des Beschwerdeführers unterlegen. Ein Schichtleiter der D eU habe die Arbeitsvorgänge und die erbrachten Leistungen der ausländischen Arbeitskräfte kontrolliert und Weisungen erteilt. Die ausländischen Arbeitskräfte hätten weder Betriebsmittel noch Arbeitskleidung der B AG bzw. des Beschwerdeführers erhalten. Die B AG bzw. der Beschwerdeführer habe weder wiederholt konkretisierend in die Aufgabenerfüllung durch die D eU eingegriffen noch sie häufig geändert. Darüber hinaus mangle es am Verschulden des Beschwerdeführers.

Die B AG habe die D eU während der COVID-19-Pandemie im „Frühjahr“ 2020 bzw. in den darauffolgenden „ersten Lockdowns“ herangezogen, da es kurzfristig erforderlich gewesen wäre, das Personal massiv aufzustocken, andernfalls der Versorgungsauftrag nur eingeschränkt hätte erfüllt werden können.

Die B AG habe in dieser Notlage die D eU mit Unterstützungsleistungen beauftragt. Diese „Ausnahmesituation“ und die damit verbundene verbotene Ausländerbeschäftigung stelle – sofern überhaupt eine Arbeitskräfteüberlassung und damit eine Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers anzunehmen sei – jedenfalls einen „Fehler“ dar, der keinesfalls als typisch und vermeidbar qualifiziert werden könne. Der Beschwerdeführer sei als Marktleiter aufgrund den der COVID-19-Pandemie einhergehenden personellen Einschränkungen und den Quarantänefällen zeitlich vollkommen ausgelastet gewesen. Die Behörde habe darüber hinaus den Sachverhalt (insbesondere hinsichtlich des Kontrollsystems) nicht von Amts wegen ermittelt, gegen das Gebot der Erforschung der materiellen Wahrheit verstoßen und mangelhaft begründet. Das Straferkenntnis sei daher aufzuheben, in eventu eine Ermahnung auszusprechen, in eventu die Strafe herabzusetzen.

## 3. Zum durchgeführten Ermittlungsverfahren:

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich führte am 22. Dezember 2022 zu den unter den Zahlen LVwG-S-2769/001-2022 und LVwG-S-2770/001-2022 protokollierten Verfahren eine gemeinsame öffentliche mündliche Verhandlung durch, wobei der Beschwerdeführer auf die mündliche Verkündung der Entscheidung verzichtete. In der Verhandlung wurde Beweis erhoben, durch die Befragung des Beschwerdeführers als Filialleiter der Filiale \*\*\* sowie der F als Filialleiterin der Filiale \*\*\* (Beschwerdeführerin im Verfahren LVwG-S-2769/001-2022), in der ebenso die D eU herangezogen wurde. Das Landesverwaltungsgericht schaffte im Beschwerdeverfahren folgende Schriftstücke bei:

- Verhandlungsprotokoll des VwG Wien vom 10. November 2022, Zl. \*\*\*, betreffend das gegen E (D eU) geführte Strafverfahren nach dem AuslBG;
- Niederschrift über die Amtshandlung der Finanzpolizei vom 5. August 2020, Zl. \*\*\*, in der B-Zweigniederlassung \*\*\*;
- „Besuchsberichte“ der D eU aus den Monaten März bis Juni 2020 betreffend die B-Filiale \*\*\*;
- Rechnungen der D eU, adressiert an die B AG, betreffend Verrechnung der Mitarbeiter und Anfahrten für Einsätze in den Monaten März bis Juni 2020 in der B-Filiale \*\*\*;
- B interne Excel-Liste zur Personalanforderung.

## 4. Feststellungen:

4.1. Die B AG betreibt in \*\*\*, \*\*\*, eine Filiale für Lebensmittelhandel (B-Filiale \*\*\*). Der Beschwerdeführer ist Filialleiter der B-Filiale \*\*\* und für diese Filiale verantwortlicher Beauftragter für Verstöße nach dem AuslBG.

4.2. Die D eU (Firma der Einzelunternehmerin E), mit Sitz in \*\*\*, \*\*\*, überließ folgende sechs afghanischen Staatsbürger an die B AG für Arbeitsleistungen der Regalbetreuung in der B-Filiale \*\*\*:

- Herr G, geb. \*\*\*, wurde am 17.3.2020 (Arbeitsausmaß: 10 Stunden), 1.4.2020 (9 Stunden), 2.4.2020 (9 Stunden), 3.4.2020 (9 Stunden), 26.5.2020 (9 Stunden), 3.6.2020 (9,5 Stunden), 4.6.2020 (6,5 Stunden) und 5.6.2020 (9 Stunden) in der B-Filiale \*\*\* eingesetzt;
- Herr H, geb. \*\*\*, wurde am 2.4.2020 (Arbeitsausmaß: 9 Stunden), 3.4.2020 (9 Stunden), 26.5.2020 (9 Stunden) und 3.6.2020 (9,5 Stunden) in der B-Filiale \*\*\* eingesetzt;
- Herr I, geb. \*\*\*, wurde am 31.3.2020 (Arbeitsausmaß: 9 Stunden), 6.4.2020 (9 Stunden), 7.4.2020 (9 Stunden), 8.4.2020 (9 Stunden), 9.4.2020 (9 Stunden) und 25.5.2020 (8,5 Stunden) in der B-Filiale \*\*\* eingesetzt;
- Herr J, geb. \*\*\*, wurde am 2.5.2020 (Arbeitsausmaß: 3,5 Stunden), 4.5.2020 (8 Stunden), 5.5.2020 (8 Stunden), 6.5.2020 (3,25 Stunden), 7.5.2020 (8,25 Stunden), 12.5.2020 (9,5 Stunden) und 14.5.2020 (6,5 Stunden) in der B-Filiale \*\*\* eingesetzt;
- Herr K, geb. \*\*\*, wurde am 11.4.2020 (Arbeitsausmaß: 8,75 Stunden), 20.4.2020 (4 Stunden), 21.4.2020 (4,75 Stunden), 22.4.2020 (8 Stunden), 23.4.2020 (6 Stunden), 24.4.2020 (4 Stunden) und 28.4.2020 (9 Stunden) in der B-Filiale \*\*\* eingesetzt;
- Herr L, geb. \*\*\*, wurde am 22.4.2020 (Arbeitsausmaß: 8 Stunden) in der B-Filiale \*\*\* eingesetzt.

4.3. Für keinen der genannten sechs ausländischen Arbeitskräfte wurde eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt und keiner der Ausländer hat eine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot – Karte“, „Blaue Karte EU“, Aufenthaltserlaubnis als unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer („ICT“), Aufenthaltserlaubnis als mobiler unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer („mobile ICT“), Aufenthaltserlaubnis „Familiengemeinschaft“ mit Zugang zum Arbeitsmarkt (§ 20f Abs. 4) oder „Niederlassungsbewilligung – Künstler“ oder eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, eine „Aufenthaltsberechtigung plus“, einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt – EU“ besessen.

#### 4.4. Zur Einbindung des Personals der D eU in den Betriebsablauf:

Die genannten sechs ausländischen Arbeitskräfte hatten die Aufgabe, in der B-Filiale \*\*\* die angelieferten Waren in die Regale im Verkaufsraum einzuschichten. Die Waren wurden auf Rollcontainern der B AG bereitgestellt. Während das Eigenpersonal der B AG das gesamte Sortiment einsortieren durfte, nämlich das Trockensortiment (d.h. alle Produkte, die abgepackt und nicht unmittelbar verderblich sind) und Frischwaren sowie in der Feinkost eingesetzt werden konnte, wurden die sechs ausländischen Arbeitskräfte nur für die Einsortierung des Trockensortiments eingesetzt.

Die sechs ausländischen Arbeitskräfte trugen keine Arbeitskleidung, sondern Privatkleidung. Stanleymesser und Handschuhe wurden ihnen von der D eU bereitgestellt. Die sechs ausländischen Arbeitskräfte bekamen von der B AG – im Gegensatz zu deren Eigenpersonal – keine Einschulung und kein E-Learning. Sie trugen kein Namensschild und hatten keinen Zugang zum Inventarsystem.

Dennoch hatten sie beim täglichen Antritt des Dienstes die Möglichkeit ihre Wertsachen in einem Spind in der B Filiale zu verstauen oder im Büro der Filiale zu hinterlegen. Gab es Fragen, etwa weil das zur Ware passende Regal nicht gefunden wurde, stand ihnen der Beschwerdeführer zur Verfügung.

#### 4.5. Zur Kontrolle der Arbeitsleistung des Personals der D eU:

Der Beschwerdeführer kontrollierte, ob die genannten ausländischen Arbeitskräfte ihre Arbeit richtig erledigten. Bei Problemen mit der Arbeitsleistung einer Person, wäre dies vom Beschwerdeführer an den B-Gebietsleiter gemeldet worden und die entsprechende ausländische Arbeitskraft hätte „abbestellt“ werden können.

Die ausländischen Arbeitskräfte füllten für jeden Tag an dem sie Leistungen in der B-Filiale \*\*\* erbrachten, sogenannte „Besuchsberichte“ aus. Diese beinhalteten eine Aufzeichnung über die an einem bestimmten Tag eingesetzten Personen, deren geleistete Stunden sowie deren Pausen. Der Besuchsbericht wurde vom Beschwerdeführer gegengezeichnet und abgestempelt.

#### 4.6. Zur Anforderung des Personals durch die B AG:

Der Filialleiter trat nicht selbst, sondern über den B-Gebietsleiter mit der D eU in Kontakt. Die Personalwünsche der Filialen wurden zentral durch die Zweigniederlassung gesammelt und in eine interne Excel-Liste der B AG eingetragen.

Auf diese Excel-Liste wurde je Tag und je B-Filiale die angeforderte Personenzahl notiert und diese Daten im Anschluss der D eU übermittelt.

4.7. Zum Vertragsverhältnis und den Abrechnungsmodalitäten:

Das Vertragsverhältnis zwischen den B AG und der D eU bestand seit 2013 und wurde zwischen März 2020 bis Juni 2020 intensiviert. Die B AG war der einzige Kunde der D eU. Die Abrechnung des eingesetzten Personals erfolgte in periodischen Abständen, wobei die Rechnungen das eingesetzte Personal, die Stundenzahl und deren Stundensätze sowie eine Fahrtkostenvergütung je Einsatztag aufwiesen. Von März 2020 bis August 2020 schickte die D eU der B AG 326 Rechnungen. Die Bezahlung erfolgte in periodischen Abständen auf ein Bankkonto. Die D eU wurde in der B AG intern umgangssprachlich als „Leihfirma“ bezeichnet.

5. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich im Wesentlichen aus der glaubwürdigen Aussage der F, sowie des Beschwerdeführers, der angab, dass in seiner Filiale die Heranziehung der D eU nach dem gleichen Muster erfolgte. Die Feststellungen zum Vertragsverhältnis, zu den Abrechnungsmodalitäten und zur Anforderung des Personals lassen sich zweifelsfrei aufgrund der Niederschrift über die Amtshandlung der Finanzpolizei vom 5. August 2020, Zl. \*\*\*, in der B-Zweigniederlassung \*\*\* treffen, bei welcher leitende Mitarbeiter der B AG der Finanzpolizei Auskunft gaben. Sie sind durch die ebenso vorliegenden Rechnungen und Besuchsberichte sowie das B AG interne Excel Dokument bestätigt, schlüssig und stimmen mit den Angaben der E, die diese am 10. November 2022 vor dem Verwaltungsgericht Wien machte, überein. Im Übrigen ergibt sich der Sachverhalt aus dem vorliegenden Akteninhalt und ist unbestritten.

6. Rechtslage:

6.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des AuslBG lauten auszugsweise:

§ 2

[...] (2) Als Beschäftigung gilt die Verwendung

- a) in einem Arbeitsverhältnis,
- b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis,
- c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs 5,
- d) nach den Bestimmungen des § 18 oder
- e) überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs 1 und 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988, und des § 5a Abs 1 des Landarbeitsgesetzes 1984, BGBl. Nr. 287.

(3) Den Arbeitgebern gleichzuhalten sind

- a) in den Fällen eines arbeitnehmerähnlichen Beschäftigungsverhältnisses (Abs 2 lit b) der Vertragspartner,
- b) in den Fällen des Abs 2 lit c und d der Inhaber des Betriebes, in dem der Ausländer beschäftigt wird, sofern nicht lit d gilt, oder der Veranstalter,
- c) in den Fällen des Abs 2 lit e auch der Beschäftiger im Sinne des § 3 Abs 3 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes und des § 5a Abs 3 des Landarbeitsgesetzes 1984

[...]

§ 3

(1) Ein Arbeitgeber darf, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine 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 eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, eine „Aufenthaltsberechtigung plus“, einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt – EU“ besitzt.

[...]

6.2. Die maßgeblichen Bestimmungen des AÜG lauten 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.

6.3. Die maßgeblichen Bestimmungen des Allgemeines bürgerliches Gesetzbuchs lauten auszugsweise:

§ 1151

(1) Wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet, so entsteht ein Dienstvertrag; wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt, ein Werkvertrag.

6.4. Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 lauten auszugsweise:

§ 6

Eine Tat ist nicht strafbar, wenn sie durch Notstand entschuldigt oder, obgleich sie dem Tatbestand einer Verwaltungsübertretung entspricht, vom Gesetz geboten oder erlaubt ist.

§ 9

[...]

(2) Die zur Vertretung nach außen Berufenen sind berechtigt und, soweit es sich zur Sicherstellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit als erforderlich erweist, auf Verlangen der Behörde verpflichtet, aus ihrem Kreis eine oder mehrere Personen als verantwortliche Beauftragte zu bestellen, denen für das ganze Unternehmen oder für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens die Verantwortung für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften obliegt. Für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens können aber auch andere Personen zu verantwortlichen Beauftragten bestellt werden. [...]

7. Erwägungen:

7.1. Im verfahrensgegenständlichen Fall stellt sich die zentrale Frage, ob eine Arbeitskräfteüberlassung oder ein Werkvertrag vorliegt.

Ein Werkvertrag liegt vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Die Verpflichtung aus einem Werkvertrag besteht darin, die genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essentiell ist ein „gewährleistungstauglicher“ Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden können. Mit der Erbringung der Leistung endet das Werkvertragsverhältnis. Eine zwar leistungsbezogene, nicht aber erfolgsbezogene Entlohnung spricht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten „Ziels“ auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag (Hinweise E 5.6.2002, 2001/08/0107, E 24.1.2006, 2004/08/0101, und E 25.4.2007, 2005/08/0082, jeweils mwN).

7.2. Das Vorliegen einzelner für einen Werkvertrag sprechenden Sachverhaltselemente ist nicht ausreichend, wenn sich aus den Gesamtumständen unter Berücksichtigung des wahren wirtschaftlichen Gehalts Gegenteiliges ergibt. Vor diesem rechtlichen Hintergrund gelingt es dem Beschwerdeführer nicht, die Beurteilung der belangten Behörde, als rechtswidrig erscheinen zu lassen:

- Das Vertragsverhältnis wurde nicht nach einem Auftrag beendet, sondern bestand über längere Zeit (2013 bis 2020) hinweg. Die Arbeitnehmer waren über mehrere Monate hinweg beschäftigt. Die B AG war der einzige Kunde des D eU.
- Die Verrechnung erfolgte nicht für die Erbringung des Werkes, sondern je ausländischer Arbeitskraft nach Stunden.

- Ein abgeschlossenes Werk als solches – wie beispielsweise welche Warengruppen oder Regalnummern selbstständig betreut worden wären – wird weder in den Besuchsberichten noch in den Abrechnungen bezeichnet.
- Die Abrechnung und Bezahlung erfolgte in regelmäßigen Abständen durch Überweisung auf Bankkonten, es wurden zwischen März 2020 und August 2020 326 Rechnungen von der D eU an die B AG gelegt.
- Die Aufnahme und das Ende der täglichen Tätigkeit (inkl. der Pausen) wird durch die ausländischen Arbeitskräfte in einem „Besuchsbericht“ vermerkt und diese täglich vom Filialleiter gegengezeichnet.
- Beim Einschichten der Regale üben die ausländischen Arbeitskräfte bloße einfache manuelle Tätigkeiten bzw. Hilfstätigkeiten aus, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und auf die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum der ausländischen Arbeitskraft erlauben.
- Die lediglich manipulativen Tätigkeiten der von der D eU zur Verfügung gestellten ausländischen Arbeitskräfte wurden in den Betriebsräumlichkeiten der B Filiale \*\*\* geleistet.
- Die Arbeitnehmer der D eU waren in den Gesamtarbeitsprozess derart eingegliedert, dass die Arbeitnehmer beider Unternehmen in ihrer Tätigkeit – abgesehen von der Einschulung, dem auf das Trockensortiment beschränkten Einsatz sowie der fehlenden Arbeitskleidung – ununterscheidbar in den Arbeitsprozess eingebunden waren. Auch die Excel-Anforderungsliste, welche den Personalbedarf erhob, spricht für eine Arbeitskräfteüberlassung.

7.3. Bei der Frage, ob ein „Werkvertrag“ zwischen der B AG und der D eU vorgelegen hat, handelt es sich um eine auf Grund des Vorliegens eines bestimmten Sachverhaltes zu lösende Rechtsfrage, jedoch nicht um ein Sachverhaltsvorbringen (vgl. E 20. November 2008, 2008/09/0281).

Nach § 4 Abs 1 AÜG ist für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Für das erkennende Gericht ergibt sich aus einem Gesamtbild, dass die D eU lediglich ihre Mitarbeiter, somit die sechs ausländischen Arbeitskräfte, der B AG zur Verfügung stellte, ohne ein Werk zu erbringen. Die D eU ist folglich als Überlasser und die B AG als Beschäftiger im Sinne des § 3 AÜG zu qualifizieren.

7.4. Zum Beschwerdevorbringen, wonach der Beschwerdeführer durch die aufgrund der COVID-19 hervorgerufenen Umstände von seinem strafbaren Verhalten entschuldigt sei, ist Folgendes auszuführen: Unter einem entschuldbaren Notstand ist eine Pflichten(Interessen)kollision zu verstehen, in dem jemand sich oder einen anderen aus schwerer unmittelbarer Gefahr nur dadurch retten kann, dass er eine sonst allgemein strafbare Handlung begeht (vgl. VwGH 12. Juli 2021, Zl. Ra 2021/09/0161). Weiters ist ein Notstand dann nicht gegeben, wenn damit nur eine wirtschaftliche Not oder die Möglichkeit einer wirtschaftlichen Schädigung abgewendet werden soll (VwGH 24. November 1964, Zl. 0619/64). Wirtschaftliche Nachteile können nur dann einen Notstand iSd § 6 VStG begründen, wenn durch sie die Lebensverhältnisse selbst unmittelbar bedroht sind (VwGH 22. März 1991, Zl. 88/18/0049).

Ein Notstand iSd § 6 VStG liegt daher nicht vor.

8. Zur Strafhöhe:

8.1. Die Bestimmung des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG sieht für derartige Verwaltungsübertretungen bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer eine Geldstrafe von 1.000 Euro bis 10.000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2.000 Euro bis 20.000 Euro vor.

8.2. Die Strafhöhe und damit auch die Mindeststrafe richtet sich nach der Anzahl der ungenehmigt beschäftigten ausländischen Arbeitskräfte. Der Auffassung der belangten Behörde, dass der qualifizierte Strafsatz nach § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG erst dann zur Anwendung gelangen könne, wenn mehr als drei Ausländer zur gleichen Zeit beschäftigt würden, kann schon im Hinblick auf den Gesetzestext, der nicht verlangt, dass die Beschäftigung mehrerer Ausländer gleichzeitig erfolgen muss, nicht gefolgt werden (VwGH 30. Juni 1994, Zl. 93/09/0474; VwGH 23. April 1992, Zl. 91/09/0199). Die Mindeststrafe beträgt in diesem Verfahren daher 2.000 Euro pro Arbeitnehmer.

8.3. Die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts ist als hoch anzusehen. Der Schutzzweck des AuslBG besteht einerseits darin inländische Arbeitsuchende vor einem ungehemmten, wettbewerbsverzerrenden Einströmen ausländischer Arbeitskräfte zu schützen, andererseits den Interessen der heimischen Wirtschaft dadurch Rechnung zu tragen, dass unter Vorgabe von Kontingentierungen und staatlichen Kontrollen eine Deckung des Arbeitskräftebedarfs

sichergestellt wird (vgl. VwGH 21. Februar 2019, Zl. Ra 2018/09/0132). Die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts kommt auch durch die in § 28 Abs. 1 erster Strafsatz AuslBG vorgesehenen – hohen – Strafrahmen zum Ausdruck.

8.4. Mildernd ist die Unbescholtenheit des Beschwerdeführers zu berücksichtigen; Erschwerungsgründe liegen keine vor.

8.5. Eine Anwendung des § 45 Abs.1 Z 4 VStG bzw. die Erteilung einer Ermahnung kommt im vorliegenden Fall nicht in Betracht, da weder die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts, noch die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Taten des Beschwerdeführers gering war (vgl. VwGH 19. Juni 2018, Zl. Ra 2017/02/0102). Die Voraussetzungen für eine außerordentliche Strafmilderung liegen mangels Überwiegen von Milderungsgründen nicht vor (vgl. etwa VwSlg. 16.357 A/2004).

8.6. Die belangte Behörde hat die Strafe bereits unterhalb der Mindeststrafe bemessen, weshalb eine Herabsetzung der Strafe nicht möglich war. Eine Erhöhung der Strafe durch das Verwaltungsgericht war aufgrund § 42 VwGVG (Verbot der reformatio in peius) nicht möglich.

9. Zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens:

Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG ist in jedem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat; dieser Beitrag ist für das Beschwerdeverfahren mit 20% der verhängten Geldstrafe, mindestens jedoch mit zehn Euro zu bemessen.

Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von 20 % der verhängten Strafe zu leisten, weil die Beschwerde nicht erfolgreich war.

10. Zur Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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

Die Entscheidung weicht nicht von der zitierten und einheitlichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab und kann sich auf den eindeutigen und klaren Gesetzeswortlaut stützen (vgl. aus der stRsp zur Unzulässigkeit der Revision in derartigen Fällen zB VwGH 15. Dezember 2016, Zl. Ra 2016/18/0343; 5. Mai 2019, Zl. Ro 2019/01/0006).

### **Schlagworte**

Arbeitsrecht; Ausländerbeschäftigung; Verwaltungsstrafe; Arbeitskräfteüberlassung; Werkvertrag;

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

ECLI:AT:LVWGN:2023:LVwG.S.2770.001.2022

### **Zuletzt aktualisiert am**

09.02.2023

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Niederösterreich LVwg Niederösterreich, <http://www.lvwg.noel.gv.at>

© 2025 JUSLINE

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

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