



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38690
Telefax: (43 01) 4000 99 38690
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-041/028/13288/2018-4
A. B.

Wien, 11. Oktober 2019
De

Geschäftsabteilung: VGW-L

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Zotter nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung über die Beschwerde der Frau A. B., vertreten durch Rechtsanwälte, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt ..., vom 30.08.2018, Zl. ..., wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes, zu Recht erkannt:

I.

Der Beschwerde wird insoweit Folge gegeben als die Geldstrafe auf 500 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf einen Tag herabgesetzt wird. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass die verletzte Verwaltungsvorschrift richtig zu lauten hat „§ 26 Abs. 1 Z. 1 iVm § 19 Abs. 1 und 4 LSD-BG“

II.

Der Beitrag zu den Kosten des verwaltungsbehördlichen Strafverfahrens verringert sich demgemäß auf 50 Euro, das sind 10% der verbliebenen Geldstrafe.

III.

Die Beschwerdeführerin hat gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

IV.

Die C. B. d.o.o. haftet für die nunmehr über die Beschwerdeführerin verhängte Geldstrafe sowie sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen zur ungeteilten Hand.

V.

Gegen diese Entscheidung ist die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Der Magistrat der Stadt Wien erließ gegen die nunmehrige Beschwerdeführerin ein Straferkenntnis mit folgendem Spruch:

„Sie haben als Verantwortliche der Firma C. B. d.o.o. in ..., Slowenien, diese ist Überlasserin, zu verantworten, dass folgender Arbeitnehmer beschäftigt wurde und die Meldung der Überlassung über die Arbeitsaufnahme dieser Person vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle (ZKO) nicht erstattet wurde, obwohl eine Verwaltungsübertretung begeht, wer als Arbeitgeber oder Überlasser im Sinne des § 19 Abs. 1 die Meldung entgegen § 19 LSD-BG nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erstattet. Sie haben die Meldung der Überlassung für folgenden Arbeitnehmer nicht erstattet, obwohl eine Arbeitskräfteüberlassung an die D. Ges.m. b.H. mit Sitz in Österreich vorgelegen ist.

Arbeitnehmer: E. F., geb.: 1989
Staatsangehörigkeit: Slowenien
Tätigkeit: Fassadenmonteur
Arbeits(Einsatz)ort: Wien, G.-Straße
Arbeitsantritt: 16.04.2018
Kontrollzeit: 19.04.2018 um ca. 09:15 Uhr

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 21 Abs. 1 Z 1 iVm § 19 Abs. 1 und 4 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz - LSD-BG, BGBl. I Nr. 44/2016 in der geltenden Fassung, in Zusammenhalt mit § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 - VStG, BGBl. Nr. 52/1991 in der geltenden Fassung

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt: Geldstrafe von € 1.000,00, falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen und 12 Stunden gemäß § 26 Abs. 1 Z 1 erster Strafsatz LSD-BG.

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen: € 100,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d.s. 10% der Strafe (mindestens jedoch € 10,00 je Übertretung).

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher € .100,00. Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen.

Die C. B. d.o.o. haftet für die mit diesem Bescheid über die zur Vertretung nach außen Berufene, Frau A. B., verhängte Geldstrafe von € 1.000,00 und die Verfahrenskosten in der Höhe von € 100,00 sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gemäß § 9 Abs.7 VStG zur ungeteilten Hand.

Die angeführte Firma haftet für die über die zur Vertretung nach außen Berufenen oder über einen verantwortlichen Beauftragten verhängte Geldstrafe, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten im angeführten Ausmaß zur ungeteilten Hand.“

Dagegen wurde rechtzeitig Beschwerde erhoben. Vorgebracht wird im Wesentlichen, dass die Annahme der Behörde, es handle sich hier um Überlassung von Arbeitskräften unrichtig sei. Die von der Beschwerdeführerin vertretene Gesellschaft habe mit der Firma D. einen Werkvertrag geschlossen. Der Ausländer habe seine Arbeit für die C. B. d.o.o. in Durchführung dieses Werkvertrages verrichtet. Er habe lediglich im Team mit den Arbeitnehmern von D. gearbeitet, weil die Montage von Blech- und Glasteilen nicht von einer einzigen Person durchgeführt werden könne. Die Arbeiter von der Firma D. hätten aber keinerlei Arbeitsanweisungen an den gegenständlichen Ausländer erteilt. Die Arbeiter von D. seien ihm auch nicht übergeordnet gewesen. Der Vorgesetzte des Ausländers sei Herr H. J., der Bauleiter der C. B. d.o.o. gewesen. Dieser habe die Arbeitsanweisungen erteilt. Da die Arbeit schon kurz vor dem Ende gestanden sei, sei nur ein Arbeitnehmer der C. B. d.o.o anwesend gewesen. Dies sei bei Abschlussarbeiten nichts Ungewöhnliches.

Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren hat die belangte Behörde die Verwaltungsakten vorgelegt und wurde eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt. Die Beschwerdeführerin hat durch ihren Vertreter auf die mündliche Verhandlung ausdrücklich verzichtet. Die im Ausland geladenen Zeugen F. E. und K. L. sind zum Verhandlungstermin nicht erschienen.

Das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren wurde aufgrund eines Strafantrages der Abgabenbehörde eingeleitet. Dieser stützt sich auf eine Erhebung am 19.04.2018 in Wien, G.-Straße (Errichtung eines Gebäudes samt Nebengebäude). Laut Sachverhaltsdarstellung im Strafantrag sei Herr F. E. als Dienstnehmer der C. B. d.o.o. mit Sitz in Slowenien arbeitend angetroffen

worden. Der Generalunternehmer auf der Baustelle sei die M. GmbH, welche die D. GmbH mit Sitz in Oberösterreich mit der Herstellung der Fassade beauftragt habe. Diese wiederum habe die C. B. d.o.o. mit Sitz in Slowenien mit der Montage der Fassade beauftragt. Dazu wurde die entsprechende, als Werkvertrag bezeichnete Vereinbarung vorgelegt. Da Herr F. E. auf dem von ihm ausgefüllten Personenblatt angegeben habe, die Arbeitsanweisungen auf der Baustelle von Herr N. P. (von der Firma D.) zu bekommen, sei er dazu genauer befragt worden. Er habe erklärt, gemeinsam mit R. S. von der Firma D. Blech- und Glasteile an der Fassade zu montieren. Da kein eigenständiges Gewerk der C. B. d.o.o. feststellbar gewesen sei, handle es sich hier um Arbeitskräfteüberlassung.

Auf dem angeschlossenen Personenblatt gab der in Rede stehende Ausländer an, die Arbeitsanweisungen von der Firma D. von Herrn N. P. zu erhalten. Von diesem würden auch die Arbeitsaufzeichnungen geführt.

Laut dem beiliegenden Auftragschreiben übernahm die C. B. d.o.o. von der D. GmbH die Ausführung der Montage der P/R Fassaden im Ausmaß von ca. 500 m² mit einer Auftragssumme von 25.000 Euro. Als integrierender Bestandteil des Auftrages wird ein Verhandlungsprotokoll vom 14.12.2017 angeführt. Darin wird als Gewerk „Pfofen-Riegel, Portale, Alufenster“ auf der gegenständlichen Baustelle angeführt. Der Angebotspreis wird mit 25.000 Euro angegeben und die Abrechnung soll nach tatsächlichem Aufmaß erfolgen.

Bemerkt wird, dass im Zuge der gegenständliche Erhebung auch ein Arbeitnehmer der T. GmbH mit Sitz in Deutschland angetroffen wurde. Auch dieser gab an, mit einem Arbeiter der Firma D. gemeinsam idente Montagearbeiten durchzuführen. Auch in diesem Fall wurde eine Vereinbarung gleichen Inhalts über die Montagetätigkeiten mit der D. Bau vorgelegt samt dem identen Verhandlungsprotokoll vom 14.12.2017.

Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren hat die Beschwerdeführerin in einem Schriftsatz ergänzend vorgebracht, dass die Strafen ausschließlich deshalb verhängt worden seien, weil nach Meinung der Behörde eine Meldung als Arbeitskräfteüberlassung mit Formular ZKO-4 zu erstatten wäre, während tatsächlich eine Meldung als Entsendung zur Durchführung eines Werkvertrages

mit Formular ZKO-3 erstattet worden sei. Die Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung sei schwierig und diffizil, insbesondere wenn man die Rechtsprechung des EuGH berücksichtige, die darauf abstelle, dass Arbeitskräfteüberlassung nur dann vorliege, wenn der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedsstaat den eigentlichen Gegenstand der Dienstleistung bilde. Der VwGH sei demnach mittlerweile von seiner früheren Rechtsprechung, wonach Arbeitskräfteüberlassung schon dann vorliege, wenn nur eines der Merkmale des § 4 Abs. 2 Z 2 AÜG vorliege, abgegangen. Es sei daher nach Auffassung der Beschwerdeführerin unerheblich, dass jeweils nur ein Arbeitnehmer anlässlich der Kontrolle anwesend gewesen sei und Arbeiten gemeinsam mit einer weiteren Person der Firma D. GmbH durchgeführt worden seien. Es seien nur mehr Abschlussarbeiten durchzuführen gewesen und sei deshalb nur mehr jeweils ein Arbeitnehmer anwesend gewesen. Es habe jedoch ein Werkvertrag vorgelegen. Eine Bestrafung alleine deshalb, weil anstatt einer Arbeitskräfteüberlassung eine Entsendung gemeldet worden sei, sei weder notwendig noch gerechtfertigt noch verhältnismäßig. Damit würde in die Dienstleitungsfreiheit im Sinne des Art. 56 AEUV eingegriffen. Die ZKO-Meldung sei ja erstattet worden und liege der Sinn der Meldung allein darin, Kontrollen zu ermöglichen, ob die entsprechende Entlohnung der Arbeitnehmer statfinde, damit Lohn- und Sozialdumping verhindert werde. Es sei nicht nachvollziehbar, welchen zusätzlichen Nutzen die Behörde dadurch haben sollte, dass der entsendende Betrieb zwischen Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung unterscheide, es seien in beiden Fällen die gleichen Verpflichtungen zu beachten. Außerdem habe der Europäische Gerichtshof nunmehr festgestellt, dass die Sanktionsbestimmungen im LSD-BG mit dem Unionsrecht nicht vereinbar seien, insbesondere seien die Mindeststrafen wie vorgesehen nicht mit Art. 56 AEUV vereinbar. Ebenso sei ein 20%iger Kostenbeitrag unvereinbar. Es bliebe bei allfälliger Annahme eines schuldhaften und tatbestandgemäßen Verhaltens lediglich die Anwendung der Strafnorm des § 10 Abs. 2 VStG.

Zu diesem Vorbringen erstattete der Vertreter der Abgabenbehörde in der vor dem Verwaltungsgericht Wien durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung folgende Stellungnahme:

„In beiden Fällen wurde eine ZKO3 Meldung über eine Entsendung erstattet. Da bei der Kontrolle festgestellt wurde, dass eine Überlassung vorliegt ist die ggst. Anzeige erstattet worden.

Der Unterschied zwischen der Meldung einer Entsendung und einer Überlassung

liegt darin, dass im Fall einer Überlassung das Beschäftigerunternehmen für die aushaftenden Löhne und auch bei Unterentlohnung der ausländischen Dienstnehmer haftet und daher eine 25 prozentige Abzugssteuer in Österreich fällig ist.

Der Beschäftiger muss also bei einer Überlassung die 25 prozentige Abzugssteuer bei dem für ihn zuständigen Finanzamt erklären und abführen. Wenn nun eine Entsendung gemeldet wird, wird dieser Vorgang umgangen und erhält der ausländische Auftraggeber 100% des Werklohnes während im Falle einer Überlassung nur 75% an ihn bezahlt werden.

Im gegenständlichen Fall war es darüber hinaus so, dass vom AMS betreffend drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer der beiden hier in Rede stehenden Gesellschaften, die unter anderem auch auf dieser Baustelle tätig waren, die Entsendung untersagt wurde. Aufgrund dieser Untersagungsbescheide haben wir die ggst. Kontrolle am 19.04.2018 durchgeführt. Die Ablehnung des AMS gründete sich auf den Umstand, dass die erforderlichen Unterlagen über die hier tätigen Arbeiter nicht vorgelegt wurden.

Im gegenständlichen Fall haben die Überlasser jeweils nur drei Arbeitnehmer entsandt und das auf insgesamt vier Baustellen, sodass sich die Frage stellt wie mit dieser geringen Anzahl von Arbeitnehmern das angeblich übernommene Werk erfüllt hätte werden können.“

In der mündlichen Verhandlung sind N. P. und U. V. als Zeugen einvernommen worden. Sie machten folgende Angaben:

N. P.:

„Ich war zuletzt von Februar 2017 bis September 2018 bei der Firma D. als Monteur beschäftigt. Die Firma D. montiert Aluglasfassaden und Alutüren. Ich war auch auf der Baustelle in der G.-Straße beschäftigt. Die mir genannt ausländischen Arbeiter sind mir den Namen nach bekannt. Diese Arbeiter waren uns zugeteilt. Sie haben uns geholfen. Wir haben dort Einglasungsarbeiten durchgeführt und Innenportale montiert. Wie viele Arbeiter von uns dort tätig waren, weiß ich jetzt nicht mehr. Im Juli 2018 ist diese Baustelle fertig geworden, im April 2018 waren wir also Richtung Endstadion unterwegs. Die beiden genannten Arbeiter haben uns bei dieser Arbeit geholfen. Es waren auch größere Platten zu montieren und mussten die Dichtungen eingezogen werden. Es gab für mehrere Baustellen eine Hauptverantwortlichen von der Firma D., der die Arbeitsanweisungen erteilt hat. Er kam vielleicht einmal in der Woche vorbei. Wenn er nicht da war habe ich die Arbeitsanweisungen erteilt und damit auch an diese beiden Helfer. Von welcher Firma die beiden waren, weiß ich nicht. Ich hatte eine Liste mit den Arbeitern und habe ich sie bei der Bauleitung angemeldet und wenn die Papiere in Ordnung waren durften sie mit uns arbeiten. Wie lange wir dort gemeinsam gearbeitet haben, weiß ich jetzt nicht mehr. Ich erhielt einen Arbeitsschein, auf dem war z.B. festgehalten, dass zu einer bestimmten Zeit etwa im dritten Stock die angeführten Fenster einzubauen sind. Es war dort auch vermerkt wann die entsprechenden Lieferungen kommen, damit wir Platz machen usw. Nach diesem Arbeitsblatt haben wir dann gemeinsam die Arbeiten durchgeführt. Ich bin aus eigenem Wunsch von der Firma D. ausgeschieden, da ich wieder mehr zuhause und nicht mehr auf Montage sein wollte.“

Das gesamte Material wurde von der Firma D. bestellt und beigelegt. Wer die Montagemaschinen beigelegt hat, weiß ich nicht.“

U. V.:

„Ich habe auf dieser Baustelle die Kontrolle durchgeführt. Die Arbeiter haben Personenblätter ausgefüllt. Sie haben angegeben, dass ein Herr N. P. von der Beschäftigerfirma ihr Vorarbeiter ist. Auf Nachfrage wurde uns mitgeteilt, dass die ausländischen Arbeiter gemeinsam mit den Arbeitern der D. Profile montieren.“

Ich verweise auf die bei der Kontrolle durchgeführten Erhebungen. Beide gaben an, jeweils mit einem Arbeiter der Firma D. zusammengearbeitet zu haben. Das Auftragsschreiben betreffend die Subunternehmer wurde entweder nachgereicht oder war schon auf der Baustelle.“

Aufgrund der aufgenommenen Beweise steht nachfolgender Sachverhalt fest:

In den Jahren 2017/2018 wurde in Wien, G.-Straße ... errichtet.

Generalunternehmerin war die M. GmbH. Die D. GmbH mit Sitz in ... war von dieser beauftragt, die Aluglasfassade herzustellen und die Alutüren zu montieren.

F. E., ein Mitarbeiter der C. B. d.o.o. mit Sitz in Slowenien, deren

Geschäftsführerin die nunmehrige Beschwerdeführerin ist, hat im Zeitraum

16.04.2018 bis 19.04.2018 Hilfstätigkeiten gegenüber den Mitarbeitern der

D. GmbH, namentlich des Herrn N. P. geleistet. Die Arbeitnehmer der D. GmbH

haben die laut Auftrag von ihrem Arbeitgeber übernommenen Montagearbeiten durchgeführt und wurden dabei vom gegenständlichen Ausländer unterstützt.

Der Ausländer erhielt die Arbeitsanweisungen entweder vom Bauverantwortlichen der D. GmbH, der circa einmal wöchentlich auf der Baustelle anwesend war, und ansonsten von Herrn N. P..

Diese Feststellungen stützen sich auf die bei der behördlichen Kontrolle durchgeführten Erhebungen, insbesondere auf die Angaben des Ausländers im Personenblatt, wonach er die Arbeitsanweisungen von Herrn N. P. erhält. Dazu hat er bei der Kontrolle angegeben, mit R. S. von der D. GmbH gemeinsam die Montagearbeiten durchzuführen. N. P. hat bei seiner Einvernahme vor dem Verwaltungsgericht Wien bestätigt, dass er mit zwei weiteren Mitarbeitern die Montagearbeiten für die Firma D. durchgeführt hat und dabei vom gegenständlichen Ausländer unterstützt wurde. Ebenso hat er bestätigt, dass er

oder der circa einmal pro Woche anwesende Bauleiter der Firma D. dem Ausländer die Arbeitsanweisungen erteilt hat.

Rechtlich ergibt sich Folgendes:

Die maßgeblichen Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumpingbekämpfungsgesetzes (LSD-BG) lauten:

„§ 19. (1) Arbeitgeber und Überlasser mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft haben die Beschäftigung von nach Österreich entsandten Arbeitnehmern und nach Österreich überlassenen Arbeitskräften zu melden. Die Meldung hat für jede Entsendung oder Überlassung gesondert zu erfolgen. Nachträgliche Änderungen bei den Angaben gemäß Abs. 3 oder Abs. 4 sind unverzüglich zu melden. Ein Beschäftiger, der einen Arbeitnehmer zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsendet, gilt in Bezug auf die Meldepflichten nach diesem Absatz und den Abs. 2 und 3 als Arbeitgeber.

(2) Die Entsendung oder Überlassung im Sinne des Abs. 1 ist vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle zu melden. Im Fall von mobilen Arbeitnehmern im Transportbereich ist die Meldung vor der Einreise in das Bundesgebiet zu erstatten. Die Meldung hat ausschließlich automationsunterstützt über die elektronischen Formulare des Bundesministeriums für Finanzen zu erfolgen. Arbeitgeber haben im Fall einer Entsendung der Ansprechperson nach § 23 oder, sofern nur ein Arbeitnehmer entsandt wird, diesem die Meldung in Abschrift auszuhändigen oder in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen.

(4) Die Meldung nach Abs. 1 hat für jede Überlassung gesondert zu erfolgen und hat folgende Angaben zu enthalten; nachträgliche Änderungen bei den Angaben sind unverzüglich zu melden:

1. Name und Anschrift des Überlassers,
2. Name und Anschrift des zur Vertretung nach außen Berufenen des Überlassers,
3. Name und Anschrift des Beschäftigers sowie dessen Umsatzsteueridentifikationsnummer und dessen Gewerbebefugnis oder Unternehmensgegenstand,
4. Name, Anschriften, Geburtsdaten, Sozialversicherungsnummern und Sozialversicherungsträger sowie Staatsangehörigkeit der überlassenen Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlichen Personen,
5. Beginn und voraussichtliche Dauer der Beschäftigung der einzelnen überlassenen Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Personen beim Beschäftiger,
6. Orte der Beschäftigung, jeweils unter genauer Angabe der Anschrift, in Österreich,
7. in den Fällen des § 21 Abs. 3 Angabe der Person (genaue Anschrift) oder der Zweigniederlassung (genaue Anschrift), bei der die Meldeunterlagen und Lohnunterlagen bereitgehalten werden,

8. Höhe des jedem einzelnen Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlichen Person nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts,
9. Art der Tätigkeit und Verwendung der einzelnen Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlichen Personen unter Berücksichtigung des maßgeblichen österreichischen Kollektivvertrages,
10. sofern für die Beschäftigung der überlassenen Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlichen Personen 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,
11. sofern die überlassenen Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlichen Personen im Sitzstaat des Überlassers eine Aufenthaltsgenehmigung benötigen, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung.

§ 26. (1) Wer als Arbeitgeber oder Überlasser im Sinne des § 19 Abs. 1

1. die Meldung oder die Meldung über nachträgliche Änderungen bei den Angaben (Änderungsmeldung) entgegen § 19 nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erstattet oder
2. in der Meldung oder Änderungsmeldung vorsätzlich unrichtige Angaben erstattet oder
3. die erforderlichen Unterlagen entgegen § 21 Abs. 1 oder Abs. 2 nicht bereithält oder den Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vor Ort nicht unmittelbar in elektronischer Form zugänglich macht, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jeden Arbeitnehmer mit Geldstrafe von 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Wiederholungsfall von 2.000 Euro bis 20.000 Euro zu bestrafen.

Die maßgeblichen Bestimmungen des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG) lauten:

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz gilt für die Beschäftigung von Arbeitskräften, die zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen werden.

...

§ 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.

§ 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.“

Der EuGH hat im Urteil Martin Meat vom 18.06.2015, C-586/13 folgendes ausgeführt:

„Insoweit ergibt sich aus dem Urteil Vicoplus u. a. (C- 307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 51), dass eine Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 vorliegt, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind. Erstens muss es sich bei der Überlassung von Arbeitskräften um eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung handeln, bei der der entsandte Arbeitnehmer im Dienst des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens bleibt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem verwendenden Unternehmen geschlossen wird. Zweitens muss das wesentliche Merkmal dieser Überlassung darin bestehen, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens ist. Drittens muss der Arbeitnehmer im Rahmen einer solchen Überlassung seine Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnehmen.

Was zunächst die zweite Voraussetzung betrifft, die eine Analyse des eigentlichen Gegenstands der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens erfordert, ist jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat den Gegenstand der betreffenden Dienstleistung darstellt oder nicht darstellt.

Hierbei ist zu beachten, dass ein Dienstleistungserbringer grundsätzlich eine Leistung erbringen muss, die mit den Vorgaben des Vertrags übereinstimmt, so dass die Folgen der Erbringung einer nicht vertragsgemäßen Leistung von dem Dienstleistungserbringer getragen werden müssen. Demzufolge ist bei der Feststellung, ob der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung die Entsendung des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat ist, insbesondere jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen, dass der Dienstleistungserbringer nicht die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich festgelegten Leistung trägt. Ergibt sich daher aus dem Vertrag, dass der Dienstleistungserbringer verpflichtet ist, die vertraglich vereinbarte Leistung ordnungsgemäß auszuführen, ist es grundsätzlich weniger wahrscheinlich, dass es sich um eine Arbeitskräfteüberlassung handelt, als wenn er die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung dieser Leistung nicht zu tragen hat.

Im vorliegenden Fall ist es Sache des nationalen Gerichts, den Umfang der jeweiligen Pflichten der Vertragsparteien zu prüfen, um festzustellen, welche Partei die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung dieser Leistung zu tragen hat, wobei der Umstand, dass die Vergütung des Dienstleistungserbringers nicht nur von der Menge des verarbeiteten Fleisches, sondern auch von dessen Qualität abhängt, darauf hindeutet, dass der

Dienstleistungserbringer zur ordnungsgemäßen Ausführung dieser Leistung verpflichtet ist.

Zudem kann der Umstand, dass es dem Dienstleistungserbringer freisteht, die Zahl der Arbeitnehmer zu bestimmen, deren Entsendung in den Aufnahmemitgliedstaat er für sachgerecht hält - was nach den Bemerkungen, die die Beklagten des Ausgangsverfahrens in der mündlichen Verhandlung gemacht haben, im Ausgangsverfahren der Fall zu sein scheint -, dafür sprechen, dass der Gegenstand der betreffenden Leistung nicht der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat ist, sondern dieser Wechsel mit der Erfüllung der in dem in Rede stehenden Vertrag vereinbarten Leistung einhergeht, und dass es sich somit um eine Entsendung von Arbeitnehmern im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 96/71 handelt.

Was sodann die dritte Voraussetzung angeht, die der Gerichtshof im Urteil *Vicoplus u. a.* (C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 51) aufgestellt hat, so ist, wie die Generalanwältin in Nr. 55 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, zwischen der Beaufsichtigung und Leitung der Arbeitnehmer selbst und der vom Kunden durchgeführten Überprüfung der ordnungsgemäßen Erfüllung eines Dienstleistungsvertrags zu unterscheiden. Bei der Erbringung von Dienstleistungen ist es nämlich üblich, dass der Kunde überprüft, ob die Dienstleistung vertragsgemäß erbracht wird. Zudem kann der Kunde bei der Erbringung von Dienstleistungen den Arbeitnehmern des Dienstleistungserbringers bestimmte allgemeine Anweisungen erteilen, ohne dass damit in Bezug auf diese Arbeitnehmer die Ausübung einer Leitungs- und Aufsichtsbefugnis im Sinne der dritten im Urteil *Vicoplus u. a.* (C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 51) genannten Voraussetzung verbunden ist, sofern der Dienstleistungserbringer seinen Arbeitnehmern die genauen und individuellen Weisungen erteilt, die er für die Ausführung der betreffenden Dienstleistungen für erforderlich hält.“

Daraus hat der Verwaltungsgerichtshof für die Beurteilung einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung folgendes abgeleitet (Erkenntnis vom 22.8.2017, Ra 2017/11/0068):

„Im Speziellen sind dabei entsprechend dem Urteil ‚Martin Meat‘ die Fragen, ob die Vergütung/das Entgelt auch von der Qualität der erbrachten Leistung abhängt bzw. wer die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich festgelegten Leistung trägt (Rn 35 ff des EuGH-Urteils), ob also der für einen Werkvertrag essenzielle ‚gewährleistungstaugliche‘ Erfolg vereinbart wurde (vgl. abermals das zitierte hg. Erkenntnis ZI. 2012/09/0130, mwN), wer die Zahl der für die Herstellung des Werkes jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer bestimmt (Rn 38) und von wem die Arbeitnehmer die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung ihrer Tätigkeiten erhalten (Rn 40 des EuGH-Urteils), von entscheidender Bedeutung.“

Für den Beschwerdefall bedeutet dies folgendes:

Die als Werkvertrag betitelte Vereinbarung, auf die sich die Beschwerdeführerin beruft und im Zusammenhang mit dem Verhandlungsprotokoll vom 17.12.2017

als Grundlage für die Behauptung heranzieht, dass der verfahrensgegenständliche Ausländer in Erfüllung eines zwischen der D. GmbH und der C. B. d.o.o. abgeschlossenen Werkvertrages tätig war, enthält kein klar umgrenztes und gewährleistungstaugliches Werk. Dazu kommt, dass eine idente Vereinbarung mit einem weiteren Unternehmen mit Sitz in Deutschland vorgelegt wurde. Welches der beiden Subunternehmern für welchen gewährleistungstauglichen Erfolg haften sollte ist nicht erkennbar. Aus der Vereinbarung ist auch nicht ersichtlich, inwieweit die vereinbarte Vergütung von der Qualität der erbrachten Leistung abhängen soll. Weiters kann auf Grundlage der Vereinbarung auch nicht festgestellt werden, ob oder in welchem Umfang der Auftragnehmer die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich festgelegten Leistung tragen soll. Ungeachtet dessen ist bei der Beurteilung des gegenständlichen Sachverhaltes nicht die vertragliche Vereinbarung sondern das tatsächlich gelebte Geschehen maßgeblich. Dies gestaltete sich derart, dass der in Rede stehende Ausländer gemeinsam mit den Arbeitnehmern der D. GmbH und damit der vermeintlichen Werkvertragspartnerin die Montage von Fassadenteilen und Aluprofilen vorgenommen hat, wobei diese Arbeiten in der Unterstützung der Arbeitnehmer der D. GmbH bestanden hat. Es kann also keine Rede davon sein, dass der Ausländer tatsächlich in Erfüllung eines von der T. GmbH übernommenen Werkvertrages tätig geworden ist. Nach dem tatsächlichen Geschehen ist vielmehr davon auszugehen, dass Gegenstand der Vereinbarung die Bereitstellung der Arbeitskraft des Ausländers an den inländischen Vertragspartner war. Dieser hat demgemäß auch unter der Aufsicht von Abreitnehmern der Auftraggeberin gearbeitet und die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführungen seiner Tätigkeiten von diesen erhalten. Es liegen sohin die Voraussetzungen für die Annahme einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung im Sinne der Bestimmungen des AÜG und des Urteils des EuGH vom 18.06.2015, C-586/13 vor.

Wenn die Beschwerdeführerin vermeint, indem eine Entsendung des Arbeitnehmers den österreichischen Behörde angezeigt wurde und deshalb eine Bestrafung wegen der nicht gemeldeten Überlassung nicht erforderlich sei, wird auf die Ausführungen des Vertreters der Abgabenbehörde in der mündlichen Verhandlung verwiesen. Danach macht es einen maßgeblichen Unterschied, ob eine Entsendung oder eine Überlassung angezeigt wird.

Nach dem Gesagten ist der objektive Tatbestand der angelasteten Verwaltungsübertretung verwirklicht.

Bei dieser Verwaltungsübertretung handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt, weil weder der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr vorausgesetzt, noch über das Verschulden etwas bestimmt wird. Bei solchen Delikten obliegt es gemäß § 5 Abs. 1 VStG dem Beschuldigten, glaubhaft zu machen, dass ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschrift ohne sein Verschulden unmöglich war. Das bedeutet, dass der Beschuldigte initiativ alles darzulegen hat, was für seine Entlastung spricht, z.B. durch die Beibringung von Beweismitteln bzw. die Stellung entsprechender Beweisanträge.

Zum Verschulden hat die Beschwerdeführerin vorgebracht, die Unterscheidung zwischen Überlassung von Arbeitskräften und Entsendung sei diffizil, insbesondere wenn man die Abgrenzungskriterien nach der jüngsten Rechtsprechung des EuGH berücksichtigt. Damit ist der Beschwerdeführerin nicht gelungen mangelndes Verschuldens glaubhaft zu machen. Ein Unternehmer, auch mit Sitz im Ausland hat nämlich die Verpflichtung, wenn er eine wirtschaftliche Tätigkeit in Österreich entfaltet, sich mit den hier geltenden Rechtsvorschriften vertraut zu machen. Bei Zweifeln über deren Inhalt oder Gültigkeit ist er verpflichtet, bei den in Österreich dafür zuständigen Behörden anzufragen. Dass die Beschwerdeführerin diesbezügliche Erkundigungen eingezogen hat ist nicht vorgebracht worden und auch nicht anzunehmen. Schon deshalb kann sie sich auf mangelndes Verschulden im Sinne eines entschuldbaren Rechtsirrtumes nicht berufen. Es trifft sie daher der Vorwurf fahrlässigen Verhaltens.

Zur Strafbarkeit:

In seinem Urteil vom 12.09.2019 in den Rechtsachen Zoran Maksimovic C-64/18 u.a. hat der Europäische Gerichtshof erkannt, dass Art. 56 AEUV dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren fraglichen entgegen steht, die für den Fall der Nichteinhaltung arbeitsrechtlicher Verpflichtungen in Bezug auf die Einholung verwaltungsbehördlicher Genehmigungen und auf die Bereithaltung von Lohnunterlagen die Verhängung von Geldstrafen vorsieht, die einen im Vorhinein

festgelegten Betrag nicht unterschreiten dürfen, die für jeden betroffenen Arbeitnehmer kumulativ und ohne Beschränkung verhängt werden, zu denen im Fall der Abweisung einer gegen den Strafbescheid erhobenen Beschwerde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 20 % der verhängten Strafe hinzutritt und die im Fall der Uneinbringlichkeit in Ersatzfreiheitsstrafen umgewandelt werden.

Zur Strafermessung bestimmt § 19 VStG folgendes:

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG ist die Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß Abs. 2 leg.cit. sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40-46 VStG) überdies 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 Verwaltungsstrafrechts sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Gemäß § 20 VStG kann die gesetzliche Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen.

Im Beschwerdefall ist eine gesetzliche Mindeststrafe von 1.000 Euro vorgesehen. Zum Verschulden wurde bereits ausgeführt, dass aufgrund der gemachten Ausführungen von einem mangelnden Verschulden der Beschwerdeführerin nicht auszugehen ist. Allerdings ist der Beschwerdeführerin zugute zu halten, dass sie die in Österreich entfaltete Tätigkeit des Ausländers gegenüber den österreichischen Behörden angezeigt hat. In Ansehung der vom EuGH festgelegten Abgrenzungskriterien zwischen der Entsendung von Arbeitskräften nach Österreich und grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung ist zu Gunsten der Beschwerdeführerin anzunehmen, dass sie in einem die Schuld nicht ausschließenden Rechtsirrtum gehandelt hat. Diese Umstände sind gewichtige

Milderungsgründe, denen keine Erschwerungsgründe gegenüber stehen. Es liegen daher die Voraussetzungen des § 20 VStG für eine Unterschreitung des gesetzlichen Mindeststrafrahmens vor.

Damit werden im Beschwerdefall auch die Kriterien des EuGH, die in den dortigen Ausgangsverfahren wegen Nichtbereithaltung von Lohnunterlagen und Genehmigungen nach dem AuslBG aufgestellt wurden, eingehalten. Eine Verletzung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit liegt nicht vor, da die im Gesetz vorgesehene Mindeststrafe unterschritten wurde, eine Kumulation von mehreren Strafen nicht Platz greift und kein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 20% vorzuschreiben ist. Insoweit ist die gegenständliche Entscheidung mit der Rechtsprechung des EuGH vereinbar.

Im Hinblick auf die sonstigen Strafzumessungskriterien ergab sich kein Anlass, im Beschwerdefall nicht die nunmehr unter Berücksichtigung der außerordentlichen Strafmilderung anzunehmende Mindeststrafe von 500 Euro zu verhängen.

Die ordentliche Revision gegen diese Entscheidung 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. Vielmehr fanden die zitierten Entscheidungen des VwGH und EuGH Anwendung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen und liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim

Verfassungsgerichtshof und die Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Verfahrenshilfe ist einer natürlichen Person soweit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen als sie außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint. Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr (ihm) noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof, für ein außerordentliches Revisionsverfahren unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.