



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38680
Telefax: (+43 1) 4000 99 38680
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-041/046/9698/2023
A. B.

Wien, 17.10.2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien erkennt durch seinen Richter Mag. Schmied über die Beschwerde des Herrn A. B., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien vom 21.6.2023, Zl. ..., wegen Übertretung des § 22 Abs. 1 Z 1 lit. c iVm § 16 Abs. 1 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) iVm § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), nach Durchführung einer öffentlichen, mündlichen Verhandlung am 22.9.2023

zu Recht:

I. Gemäß § 50 Abs. 1 VwGVG wird die Beschwerde in der Schuldfrage abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis diesbezüglich bestätigt. Der Schuldspruch wird insofern präzisiert, als dessen zweiter Absatz zu lauten hat:

„Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen Berufener der Firma C. GmbH mit Sitz in Wien, D.-Straße, zu verantworten, dass diese Gesellschaft, welche zur Ausübung des Gewerbes "Überlassung von Arbeitskräften" berechtigt ist, in ihrer Eigenschaft als Überlasserin gemäß § 3 Abs. 2 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) im Zeitraum 01.07.2021 bis 05.04.2023 (= Datum der Anzeige) die in der angehängten Liste gelb markierten Arbeitskräfte unterschiedlichen ausländischen Firmen (siehe beiliegende Liste, welche einen integrierenden Bestandteil dieses Straferkenntnisses bildet) mit Sitz in Staaten außerhalb der EU überlassen hat, ohne dass eine ausnahmsweise Bewilligung gemäß § 16 Abs. 2 AÜG erteilt wurde, wobei auch keine Verordnung gem. § 15 Abs. 1 Z 3 AÜG besteht. Es liegt sohin in diesem Zeitraum in insgesamt 44 Fällen eine unzulässige, grenzüberschreitende Überlassung (§ 16 AÜG) von Arbeitskräften vor, obwohl gemäß § 16 Abs. 1 AÜG das Überlassen von Arbeitskräften von Österreich in das Ausland nur zulässig ist, wenn eine Verordnung gemäß § 15 Abs. 1 Z 3 AÜG besteht oder ausnahmsweise eine Bewilligung gemäß Abs. 2 erteilt wurde. Beide Voraussetzungen lagen nicht vor.“

II. In der Straffrage wird der Beschwerde insofern Folge gegeben als die Geldstrafe von € 4.000,00 auf € 2.200,00, die Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen auf 2 Tage, herabgesetzt wird.

III. Der Beitrag zu den Kosten des behördlichen Verfahrens reduziert sich auf € 220,00, das sind 10% der herabgesetzten Geldstrafe.

IV. Der Haftungsausspruch gemäß § 9 Abs. 7 VStG wird insofern abgeändert, als er sich auf die herabgesetzte Geldstrafe und den reduzierten Verfahrenskostenbeitrag erstreckt.

V. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Gang des Verfahrens:

Der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses lautet:

„Datum: 01.07.2021 bis 05.04.2023

Ort: Wien, D.-Straße, (Firmensitz)

Beschuldigter: A. B.

Firma: C. GmbH mit Sitz in Wien, D.-Straße.

Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen Berufener der Firma C. GmbH mit Sitz in Wien, D.-Straße, zu verantworten, dass diese Gesellschaft, welche zur Ausübung des Gewerbes "Überlassung von Arbeitskräften" berechtigt ist, in ihrer Eigenschaft als Überlasserin gemäß § 3 Abs. 2 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) von Arbeitskräften daran beteiligt war, dass im Zeitraum 01.07.2021 bis 05.04.2023 (= Datum der Anzeige) die in der angehängten Liste gelb markierten Arbeitskräfte bei unterschiedlichen ausländischen Firmen (siehe beiliegende Liste, welche einen integrierenden Bestandteil dieses Straferkenntnisses bildet) überlassen wurden, ohne das eine ausnahmsweise Bewilligung gemäß § 16 Abs. 2 AÜG erteilt wurde und auch keine Verordnung gem. § 15 Abs. 1 Z 3 AÜG besteht, und die C. GmbH sohin in diesem Zeitraum in insgesamt 44 Fällen an einer an einer unzulässigen grenzüberschreitenden Überlassung (§ 16 AÜG) beteiligt war, obwohl gemäß § 16 Abs. 1 AÜG das Überlassen von Arbeitskräften von Österreich in das Ausland nur zulässig ist, wenn eine Verordnung gem. § 15 Abs. 1 Z 3 AÜG besteht oder ausnahmsweise eine Bewilligung gemäß Abs. 2 erteilt wurde. Beide Voraussetzungen lagen nicht vor.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:

§ 22 Abs. 1 Z 1 lit. c i.V.m. § 16 Abs. 1 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG), BGBl. Nr. 196/1988 in der geltenden Fassung i.V.m. § 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 € 4.000,00, falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen, gemäß § 22 Abs. 1 Z 1 lit. c erster Strafsatz Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG), BGBl. Nr. 196/1988 in der geltenden Fassung

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:

€ 400,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens € 10 für jedes Delikt.

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

€ 4.400,00

Die C. GmbH. haftet für die mit diesem Bescheid über den zur Vertretung nach außen Berufenen, A. B. verhängte Geldstrafe in der Höhe von € 4.000,00 und die Verfahrenskosten in der Höhe von € 400,00 sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gemäß § 9 Abs.7 VStG zur ungeteilten Hand."

Dem Straferkenntnis ist als Beilage die einen integralen Bestandteil des Straferkenntnisses bildende Liste, in welcher die betreffenden Arbeitskräfte und ihre ausländischen Beschäftiger durch gelbe Markierungen hervorgehoben sind, angeschlossen.

In der gegen das Straferkenntnis fristgerecht erhobenen Beschwerde brachte der Beschuldigte zusammengefasst vor, die C. GmbH sei eine im Firmenbuch des HG Wien eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die Teil einer weltweit tätigen Unternehmensgruppe sei und hochqualifizierte Arbeitskräfte weltweit an diverse Beschäftiger überlasse. Die C. GmbH übernehme dabei hinsichtlich der in Österreich angestellten und hier tatsächlich tätigen Mitarbeiter, die sohin ihren gewöhnlichen Arbeitsort in Österreich hätten, die Gehaltsabrechnung, die Abfuhr von Sozialversicherungsbeiträgen und Steuern sowie die Einhaltung aller sonstigen lokalen arbeitsrechtlichen und sonstigen rechtlichen Bestimmungen. Die beschäftigten Arbeitskräfte würden nicht physisch an den Beschäftiger überlassen, sondern blieben am Arbeitsort in Österreich tätig und arbeiteten ausschließlich remote für den jeweiligen Beschäftiger.

Am 15.3.2023 habe die C. GmbH im Zuge eines Audits dem Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 63, eine Mitteilung gemäß § 13 AÜG erstattet. Bereits zuvor habe die rechtsfreundliche Vertreterin mit der MA 63 Rücksprache hinsichtlich § 16 AÜG gehalten. Diesbezüglich sei die rechtsfreundliche Vertreterin der Empfehlung der MA 63 gefolgt und habe eine Auskunft des

Bundesministeriums für Arbeit und Wirtschaft eingeholt. Am 24.3.2023 habe die C. GmbH durch ihre Rechtsvertreterin Anträge nach § 16 Abs. 2 AÜG gestellt, dies auch für jene Mitarbeiter, die nicht mehr an Beschäftigter außerhalb des EWR-Raumes überlassen waren, um den gesamten Sachverhalt gegenüber der MA 63 offenzulegen.

Die belangte Behörde gehe rechtsirrig davon aus, dass aus dem Wortlaut der Bestimmung des AÜG nicht zwingend ein physischer Ortswechsel des Arbeitnehmers bzw. eine Verlagerung des Arbeitsortes ins Ausland verlangt werde. Diese schließe daraus rechtlich verfehlt, im Anwendungsbereich des AÜG sei keine physische Verlagerung des Arbeitsortes für eine grenzüberschreitende Überlassung iSd § 16 AÜG und die dort vorgesehene Bewilligung erforderlich. Die belangte Behörde verkenne in diesem Zusammenhang, dass die Zielsetzung des LSD-BG sehr wohl mit jener des AÜG gleichgelagert sei und es in punkto Rechtsschutz und anwendbares Recht während der Überlassung einen ganz wesentlichen Unterschied mache, ob es zu einer Änderung des gewöhnlichen Arbeitsortes komme oder nicht. Diesbezüglich habe die belangte Behörde die eindeutigen Lehrmeinungen und die EU-Entsende-Richtlinie in Bezug auf virtuelle Entsendung nicht berücksichtigt. Verfahrensgegenständlich sei auf die bloß virtuell und nicht physisch überlassenen Arbeitskräfte weiterhin das österreichische Arbeitsrecht mit all seinen Schutzbestimmungen und seinen hohen Standards anwendbar. Auch sprächen keine arbeitsmarktrechtlichen oder volkswirtschaftlichen Gründe gegen eine Überlassung. Sohin sei § 16 Abs. 2 AÜG bei richtiger rechtlicher Beurteilung auf bloß virtuell Überlassene nicht anwendbar. Des Weiteren treffe den Beschwerdeführer bei richtiger rechtlicher Beurteilung kein Verschulden an der ihm vorgeworfenen Verwaltungsübertretung und sei das Verwaltungsstrafverfahren jedenfalls wegen mangelndem Verschulden einzustellen.

Die belangte Behörde traf keine Beschwerdevorentscheidung und legte die Beschwerde dem Verwaltungsgericht Wien samt den Akten des Verwaltungsverfahrens mit Einlaufdatum vom 24.7.2023 vor.

Aufgrund der gegen das Straferkenntnis form- und fristgerecht erhobenen, gegen Schuld und Strafe gerichteten Beschwerde hat das Verwaltungsgericht Wien am 22.9.2023 eine öffentliche, mündliche Verhandlung durchgeführt. In dieser

brachte die rechtsfreundliche Vertreterin des Beschwerdeführers ergänzend vor, was den Sachverhalt betreffe, sei unstrittig, dass die im Spruch genannten Arbeitnehmer allesamt ihren Arbeitsplatz in Österreich gehabt hätten, hier sozialversicherungsrechtlich angemeldet und abgesichert gewesen, aber an einen Beschäftiger mit Sitz im EU Ausland überlassen worden wären. Es habe sich durchwegs um gut ausgebildete Arbeitskräfte im Angestelltenbereich gehandelt. Da die Arbeitnehmer physisch in Österreich geblieben und ihre Tätigkeit von einem Bildschirmarbeitsplatz in Österreich oder vom Homeoffice aus ausgeübt hätten, sei die Einholung einer Bewilligung nach § 16 Abs. 2 AÜG nicht erforderlich gewesen. Es liege zwar die Überlassung an ein ausländisches Unternehmen, nicht aber eine Überlassung von Österreich in das Ausland vor, weil dies den physischen Grenzübertritt des Arbeitnehmers erfordere.

Außerdem sei auf Grund der europarechtlichen Judikatur zur Entsenderichtlinie, die in der Beschwerde zitiert sei, klargestellt worden, dass eine Überlassung oder Entsendung im Sinne der Richtlinie nur dann vorliege, wenn der Arbeitnehmer tatsächlich ins Ausland reise, um dort zu arbeiten. Die C. GmbH sei auf Grund der Parallelität von LSD-BG und AÜG davon ausgegangen, dass ohne physischen Ortswechsel des Arbeitnehmers keine Bewilligung nach § 16 Abs. 2 AÜG einzuholen sei.

Nach Kenntnis vom gegenständlichen Verfahren sei von der anwaltlichen Vertretung des Unternehmens und des Beschwerdeführers über Anraten der Bewilligungsbehörde eine Rechtsauskunft des BMAW eingeholt worden.

Zur Strafhöhe wurde beantragt, im Fall der Bestätigung des Schuldspruchs die Strafe unter Anwendung des § 20 VStG auf die halbe Mindeststrafe herabzusetzen.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Sachverhalt:

Aufgrund der unstrittigen Aktenlage und der diese Aktenlage bestätigenden Ausführungen der anwaltlichen Vertretung des Beschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung wird folgender Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

Die C. GmbH hat im Zeitraum 1.7.2021 bis 5.4.2023 die in der Beilage zum Spruch des in Beschwerde gezogenen Straferkenntnisses angeführten, gelb markierten Arbeitskräfte an Unternehmen, die ihren Sitz außerhalb der EU haben, überlassen. Eine Bewilligung gemäß § 16 Abs. 2 AÜG lag dafür nicht vor und es war auch keine Verordnung gemäß § 15 Abs. 1 Z 3 AÜG erlassen worden. Die C. GmbH hat somit im oben genannten Zeitraum in insgesamt 44 Fällen Arbeitskräfte an Unternehmen mit Sitz außerhalb der EU überlassen. Die Arbeitskräfte haben ihre Tätigkeit für die jeweiligen ausländischen Beschäftiger allerdings ausschließlich remote erbracht, wobei die überlassenen Arbeitskräfte physisch in Österreich verblieben sind und hier zur Sozialversicherung angemeldet waren.

Der Beschwerdeführer war zur Tatzeit und ist nach wie vor handelsrechtlicher Geschäftsführer der C. GmbH mit Sitz in Wien, D.-Straße.

Am 6.2.2023 hat die rechtsfreundliche Vertreterin des Beschwerdeführers auf Anraten der belangten Behörde beim Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft angefragt, ob eine Bewilligung nach § 16 Abs. 2 AÜG auch für Arbeitnehmer eines österreichischen Arbeitgebers benötigt wird, wenn diese zwar an einen außerhalb des EWR-Raumes ansässigen Beschäftiger überlassen werden, die Arbeitnehmer aber weiterhin in Österreich im Homeoffice arbeiten.

Mit Antwortschreiben vom 1.3.2023 wurde der rechtsfreundlichen Vertretung mitgeteilt, dass nach Ansicht des Bundesministeriums für Arbeit und Wirtschaft bei Vorliegen des dargelegten Sachverhalts eine Bewilligung gemäß § 16 Abs. 2 AÜG erforderlich ist.

Am 8.3.2023 wurde die C. GmbH von der belangten Behörde aufgefordert, die Aufzeichnung gemäß § 13 AÜG für alle Arbeitnehmer der C. GmbH binnen einer Woche zu übermitteln.

Diesem Auftrag kam das Unternehmen fristgerecht nach und übermittelte am 15.3.2023 die verlangten Aufzeichnungen gemäß § 13 AÜG. Zugleich wurde für neun namentlich genannte Arbeitnehmer die Erteilung einer Bewilligung gemäß § 16 Abs. 2 AÜG beantragt. Bis Ende März stellte die C. GmbH Anträge auf

Bewilligungserteilung gemäß § 16 Abs. 2 AÜG für die übrigen an Unternehmen mit Sitz außerhalb der EU überlassenen Arbeitnehmer. Eine Entscheidung über diese Anträge stand am 22.9.2023 (Tag der mündlichen Verhandlung) noch aus.

Beweiswürdigung:

Die oben getroffenen Feststellungen ergeben sich aus der unstrittigen Aktenlage, die im Zuge der mündlichen Verhandlung von der anwaltlichen Vertretung des Beschwerdeführers ausdrücklich außer Streit gestellt wurde.

Rechtliche Beurteilung:

§ 3 AÜG, BGBl. Nr. 196/1988, lautet:

„Begriffsbestimmungen

§ 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) Arbeitskräfte sind Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen. Arbeitnehmerähnlich sind Personen, die, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wirtschaftlich unselbständig sind.“

§ 4 AÜG, BGBl. Nr. 196/1988, lautet:

„Beurteilungsmaßstab

§ 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."

§ 16 AÜG, BGBl. Nr. 196/1988, lautet:

„Grenzüberschreitende Überlassung

§ 16.

(1) Die Überlassung von Arbeitskräften von Österreich in das Ausland ist nur zulässig, wenn eine Verordnung gemäß § 15 Abs. 1 Z 3 besteht oder ausnahmsweise eine Bewilligung gemäß Abs. 2 erteilt wurde.

(2) Die Bewilligung der Überlassung von Arbeitskräften von Österreich in das Ausland kann auf Antrag des Überlassers erteilt werden, wenn keine arbeitsmarktlichen oder volkswirtschaftlichen Gründe dagegen sprechen und der Schutz der Arbeitskräfte nicht gefährdet ist.

(3) Die Überlassung von Arbeitskräften vom Ausland nach Österreich ist nur zulässig, wenn ausnahmsweise eine Bewilligung gemäß Abs. 4 erteilt wurde.

(4) Die Bewilligung der Überlassung von Arbeitskräften vom Ausland nach Österreich kann auf Antrag des Beschäftigers erteilt werden, wenn

1. die Beschäftigung besonders qualifizierter Fachkräfte aus arbeitsmarktlichen und volkswirtschaftlichen Gründen unumgänglich notwendig ist,
2. diese Arbeitskräfte ausschließlich im Wege der Überlassung aus dem Ausland verfügbar sind und
3. deren Beschäftigung keine Gefährdung der Lohn- und Arbeitsbedingungen inländischer Arbeitnehmer bewirkt.

(5) Die Bewilligung nach Abs. 4 darf nicht erteilt werden, wenn der Beschäftiger

1. gegen die Vorschriften des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes verstoßen hat oder
2. unzulässige Arbeitsvermittlung betrieben hat oder
3. Verpflichtungen eines Arbeitgebers, die sich aus dem Arbeitsrecht einschließlich des Arbeitnehmerschutzes oder dem Sozialversicherungsrecht ergeben, erheblich verletzt hat.

(6) Die Bewilligung nach Abs. 4 ist jeweils nur für eine bestimmte Anzahl von Arbeitskräften und nur für einen bestimmten Zeitraum zu erteilen.

(7) Die Bewilligung nach Abs. 4 ist zu widerrufen, wenn die für die Erteilung wesentlichen Voraussetzungen nicht mehr vorliegen."

§ 16a AÜG, BGBl. Nr. 196/1988 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2019, lautet:

„Grenzüberschreitende Überlassung im Europäischen Wirtschaftsraum“

Auf Überlassungen innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR) ist § 16 nicht anzuwenden.“

§ 22 AÜG, BGBl. Nr. 196/1988 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2019, lautet:

„Strafbestimmungen

§ 22.

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

1. mit Geldstrafe von 1 000 € bis zu 5 000 €, im Wiederholungsfall von 2 000 € bis zu 10 000 €, wer

- a) als Überlasser oder Beschäftiger gesetzwidrige Vereinbarungen trifft (§§ 8 und 11 Abs. 2) und deren Einhaltung verlangt,
- b) Arbeitskräfte in von Streik oder Aussperrung betroffene Betriebe überlässt (§ 9),
- c) als Überlasser oder Beschäftiger an einer unzulässigen grenzüberschreitenden Überlassung (§ 16) beteiligt ist,
- d) trotz Untersagung der Überlassungstätigkeit (§ 18) Arbeitskräfte überlässt;
(Anm.: Z 2 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 44/2016)
3. mit Geldstrafe bis zu 1 000 €, im Wiederholungsfall von 500 € bis zu 2 000 €, wer
- a) eine Arbeitskraft ohne Ausstellung eines Dienstzettels, der den Vorschriften des § 11 entspricht, überlässt,
- b) die Mitteilungspflichten (§ 12 Abs. 1 bis 5 und § 12a) nicht einhält, wenn dadurch die Gefahr eines Schadens für die Arbeitskraft besteht,
- c) die gemäß § 13 zu führenden Aufzeichnungen oder die zu übermittelnden statistischen Daten nicht oder mangelhaft vorlegt,
- d) die Erstattung der Meldung gemäß § 17 Abs. 1 unterlässt;
4. mit Geldstrafe bis zu 1 000 €, im Wiederholungsfall von 500 € bis zu 2 000 €, wer als Überlasser oder Beschäftiger den zur Überwachung berufenen Behörden und Trägern der Sozialversicherung auf deren Aufforderung
- a) die für die Überprüfung der Einhaltung der Bestimmungen des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes erforderlichen Auskünfte nicht erteilt (§ 20 Abs. 2 Z 1),
- b) die für diese Überprüfung benötigten Unterlagen nicht zur Einsicht vorlegt (§ 20 Abs. 2 Z 2),
- c) die Anfertigung von Abschriften, Auszügen oder Ablichtungen dieser Unterlagen verwehrt (§ 20 Abs. 2 Z 3),
- d) den Zutritt zum Betrieb oder die Einsicht in die die Arbeitskräfteüberlassung betreffenden Unterlagen verwehrt (§ 20 Abs. 3).
- (2) Bei der Bemessung der Höhe der Geldstrafe nach Abs. 1 ist insbesondere auf den durch die Überlassung erzielten Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil Bedacht zu nehmen.
- (3) Die Eingänge aus den gemäß Abs. 1 verhängten Geldstrafen fließen dem Arbeitsmarktservice zu.
- (4) Bei grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung gilt die Verwaltungsübertretung als in jenem Sprengel der Bezirksverwaltungsbehörde begangen, in dem der Arbeits(Einsatz)ort der nach Österreich überlassenen Arbeitnehmer/innen liegt, bei wechselnden Arbeits(Einsatz)orten am Ort der Kontrolle.
- (5) Das Amt für Betrugsbekämpfung und dessen Organe haben Parteistellung in Verwaltungsstrafverfahren nach Abs. 1 und können gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde Beschwerde beim Verwaltungsgericht und gegen das Erkenntnis oder den Beschluss eines Verwaltungsgerichts Revision beim Verwaltungsgerichtshof erheben.“

Gemäß § 3 Abs. 1 AÜG ist das wesentliche Kriterium für eine Überlassung die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte. Feststellungsgemäß hat die C. GmbH im Zeitraum 1.7.2021 bis 5.4.2023 die im Spruch des in Beschwerde gezogenen Straferkenntnisses angeführten Arbeitskräfte den angeführten ausländischen Firmen zur Verfügung gestellt, wobei die Arbeitskräfte ihre Tätigkeit für die Beschäftiger, deren Sitz außerhalb des EWR-Raumes liegt, ausschließlich remote erbracht haben, sie sohin physisch in Österreich geblieben sind. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass auch bei einer Remotetätigkeit – wie sie gegenständlich vorliegt - der Arbeitnehmer in den Betrieb des ausländischen Beschäftigers eingegliedert ist und dessen Dienst- und Fachaufsicht untersteht (§ 4 Abs. 2 Z 3 AÜG). Konkret wurden von der C.

GmbH im Tatzeitraum in 44 Fällen Arbeitnehmer an Unternehmen mit Sitz in Staaten außerhalb der EU überlassen und wurde dafür weder eine Bewilligung gemäß § 16 Abs. 2 AÜG erteilt noch bestand eine Verordnung gemäß § 15 Abs. 1 Z 3 AÜG. Der objektive Tatbestand der dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Verwaltungsübertretung wurde somit verwirklicht.

Dass die Arbeitnehmer nicht physisch an die Beschäftiger überlassen wurden, ändert nichts am Erfordernis einer behördlichen Bewilligung gemäß § 16 Abs. 2 AÜG. Soweit der Beschwerdeführer diesbezüglich ins Treffen führt, dass der Schutz der Arbeitnehmer durch ihre Überlassung an Arbeitgeber außerhalb der EU nicht gefährdet sei, da sie Österreich physisch nicht verlassen würden und hier arbeitsrechtlich entsprechend abgesichert seien, wird übersehen, dass der Schutz der überlassenen Arbeitskräfte nur eines der in § 16 Abs. 2 AÜG normierten Kriterien ist, die bei der Bewilligungserteilung von der Behörde zu prüfen sind. In gleicher Weise ist nämlich zu prüfen, ob nicht arbeitsmarktliche oder volkswirtschaftliche Gründe der Überlassung entgegenstehen. Dies kann sehr wohl auch dann der Fall sein, wenn der betreffende Arbeitnehmer lediglich seine Arbeitsleistung für seinen ausländischen Arbeitgeber erbringt, physisch aber im Bundesgebiet verbleibt und hier an einem Bildschirmarbeitsplatz für einen ausländischen Beschäftiger tätig ist. Beispielsweise könnte es im Hinblick auf die von der EU verhängten Sanktionen volkswirtschaftlich erheblich sein, ob ein Informatiker an ein Unternehmen in Russland überlassen wird; dies selbst für den Fall, dass der betreffende Arbeitnehmer seine Dienstleistungen für den russischen Beschäftiger an einem Bildschirmarbeitsplatz in Österreich erbringt.

Dass der Überlassungsbegriff des AÜG zwingend einen physischen Ortswechsel des Arbeitnehmers bzw eine physische Verlagerung des Arbeitsortes verlangt, ist somit weder dem Wortlaut der einschlägigen Rechtsvorschriften des AÜG noch deren Telos zu entnehmen.

Sofern der Beschwerdeführer die Entsenderichtlinie der EU samt der dazu ergangenen Judikatur, wonach die Entsendung bzw. Überlassung eines Arbeitnehmers zwingend (auch) die physische Grenzüberschreitung durch den Arbeitnehmer erfordert, ins Treffen führt, ist festzuhalten, dass gegenständlich gerade keine Überlassungen in Mitgliedstaaten der EU zu prüfen sind, sondern alle

Arbeitgeber, an die seitens der C. GmbH Arbeitnehmer überlassen wurden, ihren Sitz außerhalb der EU haben. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass gemäß § 16a AÜG die Bewilligungspflicht gemäß § 16 Abs. 2 leg.cit. nicht anzuwenden ist, woraus sich im Umkehrschluss ergibt, dass Überlassungen an Beschäftigter, die ihren Sitz außerhalb der EU haben, sehr wohl in vollem Umfang der Bewilligungspflicht unterliegen.

Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, ihn treffe kein Verschulden, da er nicht einmal fahrlässig gehandelt habe, zumal die Rechtslage unklar gewesen sei und es erst einer Klärung durch das zuständige Ministerium bedurft habe, um in Erfahrung zu bringen, wie bei bloß remote überlassenen Arbeitskräften vorzugehen sei, ist auszuführen, dass ihm sehr wohl zugemutet werden kann, sich bereits vor der Überlassung an die zuständige Behörde im Auskunftswege zu wenden. Indem der Beschwerdeführer nicht bereits im Vorfeld der Überlassungen rechtliche Erkundigungen bei den zuständigen Behörden angestellt hat, sondern in dieser Hinsicht erst aktiv wurde, nachdem er die im Spruch genannten Arbeitnehmer bereits an Arbeitgeber mit Sitz außerhalb der EU überlassen gehabt hatte, kann nicht von einem entschuldigenden oder verschuldens-mindernden Rechtsirrtum ausgegangen werden. Da es somit dem Beschwerdeführer nicht gelungen ist, fehlendes Verschulden glaubhaft darzulegen, war in Ansehung des Umstandes, dass es sich bei der gegenständlichen Verwaltungsübertretung um ein sog. Ungehorsamsdelikt handelt, entsprechend der gesetzlichen Vermutung des § 5 Abs. 1 VStG von fahrlässigem und somit schuldhaftem Verhalten auszugehen.

Die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers nach § 9 Abs. 1 VStG blieb im gesamten Verfahren unstrittig.

Der Schuldspruch der belangten Behörde wurde durch das Verwaltungsgericht präzisiert, um klarzustellen, dass der Beschwerdeführer als unmittelbarer Täter bestraft wird.

Strafbemessung:

Gemäß § 22 Abs. 1 lit. c AÜG begeht eine Verwaltungsübertretung, wer als Überlasser oder Beschäftigter an einer unzulässigen grenzüberschreitenden

Überlassung (§ 16) beteiligt ist und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit Geldstrafe von € 1 000,00 bis zu € 5 000,00, im Wiederholungsfall von € 2 000,00 bis zu € 10 000,00 zu bestrafen, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet.

Gemäß § 19 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Überdies sind 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 der Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Das erkennende Gericht billigt dem Beschwerdeführer zu, nicht vorsätzlich gehandelt sowie – wenn auch verspätet – die entsprechenden Rechtsauskünfte eingeholt und nachträglich um Bewilligung angesucht zu haben. Außerdem wurde berücksichtigt, dass der Schutzzweck hinsichtlich des Schutzes der Arbeitskräfte nicht gefährdet wurde, da diese in Österreich zur Sozialversicherung angemeldet waren. In Anerkennung dieser Umstände sowie unter Berücksichtigung des Milderungsgrundes der bisherigen verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit wurde die Strafe deutlich herabgesetzt. Im nunmehr herabgesetzten Ausmaß entspricht die Strafhöhe dem objektiven Unrechts- und Schuldgehalt der Tat und dem Verschulden des Beschwerdeführers. Mangels Angaben hinsichtlich der Einkommens- und Vermögensverhältnissen ist das erkennende Gericht bei der Strafbemessung von durchschnittlichen Einkommensverhältnissen ausgegangen. Eine noch weiterreichende Strafmilderung kam im Hinblick auf die Vielzahl vorschriftswidrig überlassener Arbeitnehmer nicht in Betracht. Die außerordentliche Strafmilderung kam gegenständlich nicht zur Anwendung, zumal als besonderer Milderungsgrund bloß die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Beschwerdeführers hervorgekommen ist und dieser Milderungsgrund für sich allein nicht schwer genug wiegt, um eine außerordentliche Strafmilderung unter Anwendung der Rechtsvorschrift des § 20

VStG zu rechtfertigen. Es kam somit dwer erste Strafsatz des § § 22 Abs. 1 lit. c ÄUG zur Anwendung, der einen Strafraumen von 1.000,-- Euro bis 5.000,-- vorsieht.

Revision:

Die ordentliche Revision ist zulässig, da im gegenständlichen Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil eine höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage, ob es für die Anwendbarkeit des § 16 Abs. 2 AÜG einen physischen Ortswechsel des Arbeitnehmers bzw eine physische Verlagerung des Arbeitsortes braucht, fehlt.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen. Verfahrenshilfe ist einer Partei 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. Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für ein ordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. 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.

Verwaltungsgericht Wien

M a g. S c h m i e d