

TE Lvwg Erkenntnis 2021/2/22 VGW-041/008/3980/2019

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.02.2021

Entscheidungsdatum

22.02.2021

Index

60/04 Arbeitsrecht allgemein

62 Arbeitsmarktverwaltung

Norm

AuslBG §18 Abs12

1. AuslBG § 18 heute
2. AuslBG § 18 gültig ab 01.10.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 106/2022
3. AuslBG § 18 gültig von 01.07.2020 bis 30.09.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2019
4. AuslBG § 18 gültig von 01.10.2017 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
5. AuslBG § 18 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
6. AuslBG § 18 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007
7. AuslBG § 18 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
8. AuslBG § 18 gültig von 01.01.2005 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 136/2004
9. AuslBG § 18 gültig von 01.05.2004 bis 31.12.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 28/2004
10. AuslBG § 18 gültig von 01.01.2003 bis 30.04.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
11. AuslBG § 18 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/1999
12. AuslBG § 18 gültig von 01.01.1998 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
13. AuslBG § 18 gültig von 02.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 201/1996
14. AuslBG § 18 gültig von 01.06.1996 bis 01.06.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
15. AuslBG § 18 gültig von 01.07.1994 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 450/1994
16. AuslBG § 18 gültig von 01.07.1994 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
17. AuslBG § 18 gültig von 01.10.1990 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 450/1990

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Mag. Burda über die Beschwerde des Herrn A. B. vom 12.3.2019 gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 6.2.2019, Zl. ..., betreffend Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 14.01.2020 und am 03.03.2020

zu Recht erkannt:

Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das Straferkenntnis aufgehoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG eingestellt. Gemäß Paragraph 50, VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das Straferkenntnis aufgehoben und das Verfahren gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 2, VStG eingestellt.

Der Beschwerdeführer hat gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Der Beschwerdeführer hat gemäß Paragraph 52, Absatz 8, VwGVG keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Abs. 1 VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang:

1. Mit dem bekämpften Straferkenntnis wurde dem Beschuldigten als Inhaber des Einzelunternehmens C. mit Sitz in Deutschland zur Last gelegt, dass er als Überlasser näher bezeichneter Arbeitskräfte an die D. GmbH mit Sitz in E. als Beschäftigterin entgegen den Bestimmungen der §§ 18 Abs. 12 iVm 28 Abs. 1 Z 4 lit. a AuslBG in den angelasteten Tatzeiträumen zu verantworten habe, dass diese mit Kabelverlegung beschäftigt waren, obwohl die Voraussetzungen gemäß § 18 Abs. 12 AuslBG nicht vorgelegen hätten. Es wurden über ihn 8 Geldstrafen in Höhe von jeweils 3.000,-- Euro, bei deren Uneinbringlichkeit jeweils eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen verhängt und ihm ein Verfahrenskostenbeitrag gemäß § 64 VStG auferlegt. 1. Mit dem bekämpften Straferkenntnis wurde dem Beschuldigten als Inhaber des Einzelunternehmens C. mit Sitz in Deutschland zur Last gelegt, dass er als Überlasser näher bezeichneter Arbeitskräfte an die D. GmbH mit Sitz in E. als Beschäftigterin entgegen den Bestimmungen der Paragraphen 18, Absatz 12, in Verbindung mit 28 Absatz eins, Ziffer 4, Litera , AuslBG in den angelasteten Tatzeiträumen zu verantworten habe, dass diese mit Kabelverlegung beschäftigt waren, obwohl die Voraussetzungen gemäß Paragraph 18, Absatz 12, AuslBG nicht vorgelegen hätten. Es wurden über ihn 8 Geldstrafen in Höhe von jeweils 3.000,-- Euro, bei deren Uneinbringlichkeit jeweils eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen verhängt und ihm ein Verfahrenskostenbeitrag gemäß Paragraph 64, VStG auferlegt.

2. Dagegen richtet sich die form- und fristgerechte Beschwerde, in welcher der Beschwerdeführer durch seine rechtsfreundliche Vertretung zusammengefasst unrichtige bzw. unvollständige Sachverhaltsfeststellungen, Willkür und eine unrichtige rechtliche Beurteilung geltend macht. Es liege im gegenständlichen Fall keine Arbeitskräfteüberlassung und kein Verschulden des Beschwerdeführers vor.

3. Am 14.1.2020 sowie am 03.03.2020 fand eine öffentlich mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien statt. Gemäß § 38 VwGVG iVm § 24 VStG iVm § 39 Abs. 2 AVG wurden die Beschwerden des DI F. (handelsrechtlicher Geschäftsführer der D. GmbH) mit den Beschwerden des Beschuldigten aufgrund des sachlichen Zusammenhangs zur gemeinsamen Verhandlung verbunden. 3. Am 14.1.2020 sowie am 03.03.2020 fand eine öffentlich mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien statt. Gemäß Paragraph 38, VwGVG in Verbindung mit Paragraph 24, VStG in Verbindung mit Paragraph 39, Absatz 2, AVG wurden die Beschwerden des DI F. (handelsrechtlicher Geschäftsführer der D. GmbH) mit den Beschwerden des Beschuldigten aufgrund des sachlichen Zusammenhangs zur gemeinsamen Verhandlung verbunden.

4. Das Verhandlungsprotokoll lautet auszugsweise:

„Die BFV des Beschwerdeführers A. B. gibt zu Protokoll:

Für gleichgelagerte Sachverhalte werden von den Behörden (AMS G.) regelmäßig EU-Entsendebestätigungen ausgestellt. Zum Beweis dafür legt sie auch eine Sendebestätigung des AMS G. vom November 2019 vor, welche in Kopie als Beilage ./A1 bis ./A2 zum Akt genommen werden. Eine Kopie wird dem Vertreter der Amtspartei ausgehändigt.

Zur hg. Zahl VGW-041/008/3980/2019 bringt sie ergänzend vor:

Für alle am 19.12.17, 20.12.17 und 6.2.18 auf der Baustelle beschäftigten Arbeitnehmer die Voraussetzungen für eine Entsendung vorlagen, dieses bestätigt durch das vorgelegte Urteil des BVwG, die als Arbeitnehmer 2 und 7

angeführten Arbeitnehmer, Herr H. I. und Herr J. K., waren zu den im SE angeführten Kontrollzeitpunkten nicht mehr auf der Baustelle beschäftigt. Ihre Beschäftigung endete am 30.11.2017. Für alle am 19.12.17, 20.12.17 und 6.2.18 auf der Baustelle beschäftigten Arbeitnehmer die Voraussetzungen für eine Entsendung vorlagen, dieses bestätigt durch das vorgelegte Urteil des BVwG, die als Arbeitnehmer 2 und 7 angeführten Arbeitnehmer, Herr H. römisch eins. und Herr J. K., waren zu den im SE angeführten Kontrollzeitpunkten nicht mehr auf der Baustelle beschäftigt. Ihre Beschäftigung endete am 30.11.2017.

Der Vertreter der Amtspartei gibt informativ bekannt, dass die Entsendung des Herrn H. mit Bescheid vom 27.11.17 und die des Herrn J. mit Bescheid vom 28.11.17 des AMS Wien untersagt wurden.

Die BFV bringt vor, dass die Untersagungsbescheide bis auf die beiden der genannten Syrer mit der Entscheidung des BVwG mit 19.11.2018 behoben worden sind. Diese Rechtsmittelentscheidung wurde im Dezember 2018 zugestellt. Einen genauen Zeitpunkt kann sie nicht nennen. Auch der Beschuldigte kann das nicht.

Über Vorhalt, wieso ein neuer Antrag gestellt wurde, etwa in Bezug auf den Herrn L.M., wenn keine Kenntnis des Untersagungsbescheides von Ende November 2017 bestanden hat:

Der BF A. B. gibt über Befragung an, dass eine neue Antragstellung in dem Moment erfolgt ist, wo der Untersagungsbescheid zugestellt worden ist.

Wenn ich etwa in Bezug auf Herrn L.M. am 5.12.17 einen neuen Antrag gestellt habe, dann liegt das daran, dass mir davor der Untersagungsbescheid vom 27.11.2017 zugestellt wurde.

Über Vorhalt, dass demnach aber zu den im SE angeführten Kontrollzeitpunkten 19.12.17 und 20.12.17 entgegen dem Beschwerdevorbringen gesicherte Kenntnis in Bezug auf die Untersagungsbescheide beim BF A. B. vorgelegen hat:

Die BFV bringt dazu vor: Die Untersagungen wurden mit fehlenden Unterlagen begründet. Aus diesem Grunde erfolgte ein neuer Antrag mit den vollständigen Unterlagen. Dass die Voraussetzungen für die Erteilung für Entsendungen haben, ergibt sich jedoch aus der diesbezüglichen Entscheidung des BVwG vom 19.11.18.

Dazu bringt der Vertreter der Amtspartei vor:

Es waren keine unwesentlichen Antragsunterlagen, die gefehlt haben, sondern Versicherungsunterlagen A1 für den kompletten Entsendezeitraum, die Arbeitsbewilligung sowie der Arbeitsvertrag für sich.

A. B. gibt über Befragen durch Frau Mag. Burda an:

Ich war vor der Kontrolle und nach der Kontrolle auf der Baustelle. Bei den konkreten Kontrolltagen war ich jedoch nicht auf der Baustelle anwesend.

Im gegenständlichen Fall wurden die Kabel von D. beigelegt. Wir bekommen keine Kabelverlegungspläne, sondern Kabelziehkarten, auf welchen steht, dass die Kabel von Punkt a zu Punkt b zu verlegen sind. Diese Punkte sind im Gelände auf der Baustelle beschriftet, noch bevor das eigentliche Bauvorhaben beginnt.

Mein Vorarbeiter M. L. hatte die Aufgabe, mit dem Vorarbeiter von D. die Geländepunkte abzugehen, damit er eine Orientierung im Gelände bekommt.

Die D. hat ja selbst Ingenieure und hat zu diesem Zeitpunkt auch die notwendige Kabelmenge, die auch von meinem Unternehmen verlegt wird, bestellt. Das vermute ich zumindest.

Es gibt einen Kabelverlegungsplan und es gibt Kabelziehkarten, auf denen die Kabelnummer im Sinne des Kabeltyps draufsteht. Die Kabelziehkarten bekommen wir ausgehändigt, nicht die Kabelverlegungspläne. Die Kabelziehkarten werden von D. erstellt.

D. erstellt den Kabelverlegungsplan und legt mit der Kabelziehkarte fest, welcher Kabeltyp von welchem Geländetyp zu welchem Geländepunkt auf der Baustelle zu verlegen ist.

Von meinen Mitarbeitern wird dann jener Kabeltyp, der sich aus der Kabelziehkarte ergibt, verlegt.

Wir bringen Kabelböcke und Kabelverlegerollen auf die Baustelle, ebenso Kabeltrommeltransportmittel. Auf dieser Baustelle hatten wir einen Lastwagen mit siebeneinhalb Tonnen (Unimog).

Die Art, wie das Kabel zwischen den Geländepunkten gezogen wird, wird von meinem Unternehmen festgelegt, ebenso auf welcher Ebene das Kabel gelegt wird. Die Gewährleistung für die Art der gewählten Verlegung trifft mein Unternehmen.

Der BFV des BF DI F. bringt vor:

Da die Art und Dimension der Kabel nicht mit gleicher Kraft gezogen werden können, braucht es das fachspezifische Wissen der C., dies zu entscheiden. Dieses Kenntnis (Knowhow) fehlt der auf Seiten der D., weshalb diese auch gezwungen ist, den Auftrag entsprechend an ein anderes Unternehmen zu vergeben, hier C..

Außerdem sind Kabel ja nicht gerade zwischen den Geländepunkten, sondern in Radien zu verlegen. Welcher Radius hier der Norm entsprechend ist, weiß ebenfalls C.. Das diesbezügliche Wissen fehlt bei D.. Ebenso fehlt die Kenntnis dazu, wie die Kabelzugmaschinen zu bedienen sind. Aus diesem Grunde wären die Mitarbeiter der D. auch nicht in der Lage, die Mitarbeiter der C. fachlich anzuweisen.

Der BF DI F. gibt dazu an:

Den Kabeltypen kann D. auf Grund einer technischen Berechnung festlegen und auf Grund der zukünftigen Leistung Dicke und Querschnitt des notwendigen Kabels errechnet wird. Über die Art, wie diese Kabel dann zu verlegen ist, besteht jedoch keine Kenntnis.

Wir verfügen über keine Kabelzugmaschinen und auch nicht über spezielle Kabelverlegerollen. Wir erhalten die Kabeltypen auf Holz- oder Metalltrommeln geliefert. Für die konkrete Verlegung ist es jedoch wichtig, dass die Kabel über spezielle Kabelverlegerollen, die entlang des Verlegeweges installiert werden, verlegt werden können.

Wir sehen die Kabelverlegung daher als Teilgewerk an, welches wir wieder im Zug in Kabelverlegefirmen, wie die C., weitervergeben.

Der BF A. B. bestätigt die diesbezüglichen Angaben des BF DI F..

Ergänzend gibt der BF A. B. über Befragen an:

Die C. ist nicht exklusiv für D. tätig, sondern auch für andere Unternehmen in Österreich.

Herr A. B. gibt über Befragung von Mag. Prasch an:

Gefragt, ob er die Untersagung durch das AMS und die Neuantragstellung damals an die DI F. mitgeteilt hat:

Ich glaube nicht.

DI F. gibt dazu an:

Ich habe von den Untersagungsbescheiden vom November 2017 nichts erfahren, erst bei der Kontrolle vom Februar 2018 gab es Bescheide, von denen ich Kenntnis erlangt habe.

Der BFV des BF DI F. gibt an:

Zur hg. 3984/2019 betreffend das AusIBG wird ergänzend vorgebracht, dass soweit der D. bzw. den Beschuldigten Untersagungsbescheide übermittelt wurden, die betreffenden Mitarbeiter unverzüglich der Baustelle verwiesen wurden und dementsprechend der Tatbestand des § 18 Abs. 12 AusIBG nicht erfüllt ist und mangels Verschulden keine Strafbarkeit im Sinne des § 28 Abs. 1 Z 4 AusIBG vorliegt. Hinsichtlich der genauen Zustelldaten müsste dies nochmals im Detail eruiert werden, zumal unserer Kenntnis nach alle AMS-Bescheide Inhalt des Aktes sind. Zur hg. 3984/2019 betreffend das AusIBG wird ergänzend vorgebracht, dass soweit der D. bzw. den Beschuldigten Untersagungsbescheide übermittelt wurden, die betreffenden Mitarbeiter unverzüglich der Baustelle verwiesen wurden und dementsprechend der Tatbestand des Paragraph 18, Absatz 12, AusIBG nicht erfüllt ist und mangels Verschulden keine Strafbarkeit im Sinne des Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer 4, AusIBG vorliegt. Hinsichtlich der genauen Zustelldaten müsste dies nochmals im Detail eruiert werden, zumal unserer Kenntnis nach alle AMS-Bescheide Inhalt des Aktes sind.

DI F. gibt über Befragen durch Mag. Prasch an:

Gefragt, wer die Trassen für die Kabelverlegung anlegt:

Im N.-tunnel war es so, dass es bereits Bestand gab und durch neue Trassen ergänzt oder ausgetauscht wurden. Es gibt eigene Firmen für die Trassenanlegung, im konkreten Fall hat dies weder die Firma D. noch C. gemacht.

Wenn verschiedene Kabel nicht ausreichend lang sind, wird in Überlänge verlegt. Die Kabelenden werden dann angeschlossen, im konkreten Fall hat dies die Firma D. gemacht. In der Regel wird das von uns selbst gemacht, für den N.-tunnel kann ich nicht sagen, ob teilweise auch dies ein Subunternehmen gemacht hat. Wie viel Überlänge zu bleiben hat, entscheidet die Kabelverlegungsfirma auf Grund ihres Knowhows.

Gefragt, ob von der Firma D. niemand kontrolliert, wie die Kabel verlegt werden:

Es gibt Sichtkontrollen. Es wird darauf geschaut, ob die Termine eingehalten werden, wie der Zeitablauf ist, geschaut wird auf augenscheinliche Fehler in der Kabelverlegung. Im konkreten Fall hat dies Herr O. für die Firma D. gemacht. Ich sehe das als Warnpflicht gegenüber dem Kabelverleger.

Herr A. B. gibt dazu an, dass am Ende eines Arbeitstages immer die Kabelziehkarten mit der Angabe über die gezogenen Kabel vom Vorarbeiter der C. an Herrn O. von der D. weitergegeben werden, dies zu dem Zweck, damit die Elektriker wissen, welche Kabel bereits verlegt sind und wo die Elektriker etwas anschließen können.

DI F. gibt dazu an, dass die vorgelegten Kabelziehkarten auch darüber Auskunft geben, welche Menge tatsächlich verlegt worden ist, danach wird auch abgerechnet. Wenn Kabel mit zu hohem Zug verlegt werden, kann es auch zu Schäden kommen (Reißen des Kabels etc.).

Herr A. B. gibt dazu an, dass es eigene Zugprotokolle gibt. Im konkreten Fall gab es diese bei den Funktionserhaltungskabeln. Wenn es zu einer falschen Verlegung gekommen ist, würde das eine Isolationsmessung ausweisen. Diese Isolationsmessung würde D. machen und nicht C..

Über Befragen an die Amtspartei an Herrn A.B.:

Unser Spezialwissen der C. liegt darin, wie die Maschinen zu bedienen sind, ebenso wie die Kabeleckverlegerollen. Auch der Kabelweg wird durch die C. festgelegt.

Befragt, ob dies nicht schon durch die Schächte im Tunnel vorgegeben ist:

Selbst wenn diese Schächte vorhanden sind, so befinden sich in diesen Schächten verschiedene Kabelpitschen und ist es unsere Aufgabe, das richtige Kabel auf der richtigen Kabelbahn zu verlegen.

Der BF DI F. gibt an:

Ich bestelle immer die Maximallänge an Kabelmaterial.

BF A. B. gibt weiter an:

Die C. verlegt auch Kabellängen in Abweichung zu den Kabelziehkarten. Es gab Beanstandungen durch D. in Bezug darauf, dass die Kabel optisch nicht ansprechend verlegt waren und mussten wir hier nachbessern, und zwar auf eigene Kosten. Dafür sind uns Gelder gekürzt worden und gibt es auch diesbezüglichen Schriftverkehr.

Gefragt durch den Vertreter der Amtspartei an BF A.B.:

Befragt, ob es sich bei den offenbar sehr kurzfristig eingestellten Arbeitnehmern der C. sämtlich um Spezialisten handelt: In P. gibt es 70 Gewerbe, die auf Kabelverlegung spezialisiert ist, das bei einer Einwohnerzahl von 200.000. De facto handelt es sich bei P. um eine Hochburg von Kabelverlegern. Das heißt, man hat hier sehr rasch jemanden an der Hand, der über das nötige Wissen verfügt.

Ich darf mit meinem Unternehmen Kabelverlegungen ohne Anschluss laut meiner deutschen Gewerbeberechtigung durchführen.

Herr DI F. gibt über Befragung durch den Vertreter der Amtspartei an:

Gefragt, ob es Vorgaben bezüglich Kilometerleistung gab:

Es gab eine Terminvorgabe, daraus hat sich vielleicht eine Kilometerleistung ergeben. Das ist reine rechnerische Ermittlung, das dient dazu, zu überprüfen, ob ich im Zeitplan bin oder nicht.

Gefragt, warum eine Kilometerleistung von 20 km/ Woche im Vertrag aufscheint:

Das ergibt sich aus der Gesamtkabellänge und dem einzuhaltenden Zeitplan.

Gefragt, was bei Nichteinhalten des Termins passiert und ob D. Einfluss darauf nehmen kann, dass C. das Personal aufstockt:

Wir könnten das nur empfehlen. Es gibt bei Nichttermineinhaltung eine Pönale, allenfalls Schadenersatz. Ich kann der C. aber nicht sagen, dass sie mehr Personal einsetzen müssen.

Über Vorhalt von Punkt 12.2 des Vertrages zwischen D. und der C.:

Es sollen keine Scheinselbständigen beschäftigt werden. Wir können die Anzahl der Mitarbeiter auf Seiten der C. nicht bestimmen.

Es ist auf Baustellen dieser Art absolut verpönt, Kabel zu stückeln.

Es entscheidet die C., ob etwa auf 70 m noch Kabel auf Kabel von 60 m auf einer Rolle verlegt werden. Wenn sich daraus ein Fehler ergibt, haftet die C..

Über Befragung durch die BFV gibt Herr A.B. an:

Befragt, wer und wie entschieden wird, welche Zusatzmaterialien auf der Baustelle verwendet werden:

Das mache ich. Ich schaue mir die Baustelle vor Ort an. Ich sage dem Vorarbeiter, was an Ausrüstung mitzubringen ist. Dementsprechend werden die Transporter in Deutschland bestückt. Ich und der Vorarbeiter bestimmen, wie viele Arbeiter auf der konkreten Baustelle eingesetzt werden.

Ich kann mich nicht mehr daran erinnern, ob wir terminlich beim gegenständlichen Projekt in Rückstand gekommen sind.

D. hat nicht das Knowhow, Anweisungen dazu zu erteilen, wie die Kabel zu verlegen sind.

Befragt durch Mag. Burda gibt BF A.B. an:

Wir besorgen und bezahlen die Unterkünfte für unsere Arbeitnehmer. Dieser Aufwand wird auch nicht gegenüber D. übernommen. Das ist auch in den Einheitspreisen von unserer Seite mit einkalkuliert.

Über Befragung durch den BFV des DI F. an Herrn A.B.:

Unsere Mitarbeiter werden nach SCC17 und SCC18 geschult, das betrifft arbeitnehmerschutzrechtliche Belange.

Die Verhandlung wird um 12:47 Uhr bis 13:10 Uhr unterbrochen.

Schriftführerwechsel um 13:10 Uhr auf Q..

Der BFV des Herrn DI F. befragt diesen:

Wir haben kein ausgebildetes Personal dazu, das Personal von C. anzuweisen bzw. deren Maschinen zu bedienen.

Die Beschwerden werden nach ausführlicher Erörterung der Sach- und Rechtslage auf die Bekämpfung der Strafhöhe eingeschränkt.

Der Vertreter des Finanzamtes setzt an einer allfälligen Herabsetzung nichts entgegen.

Zeuge: R. S.

fremd, gibt nach Wahrheitserinnerung und nach Belehrung über die Entschlagungsmöglichkeit an: Ich möchte aussagen.

Der Zeuge gibt über Befragen durch Frau Mag. Burda an:

Ich bin kaufmännischer Angestellter der C.. Ich überwache Finanz- und Lohnbuchhaltung. Ich mache auch die gesamte Vertragsgestaltung sowie Auftragsaquisition. Darüber hinaus bin ich zuständig für das Personalwesen. Ich führe auch das Projektmanagement und wickle die Projekte kaufmännisch ab.

Ich mache gemeinsam mit Herrn B. die Einsatzplanung für die konkreten Baustellen. Wir überlegen gemeinsam, welche Arbeiter auf welche Baustellen geschickt werden. Herr B. sieht sich vor Auftragsannahme immer die Baustellen vor Ort an. Wir entscheiden dann, welches Team unter welchem Leiter mit welchem Equipment zu dieser Baustelle geschickt wird.

Es liegt in unserem Ermessen, wie viele Mitarbeiter wir einsetzen. Sollten wir in Verzug geraten, dann kann sich der Auftraggeber allenfalls von uns wünschen, dass wir mehr Mitarbeiter für sein Projekt abstellen. Die Entscheidung dafür liegt aber bei uns.

Bei Großprojekten wie dem N.-tunnel braucht es Spezialmaschinen, die von darauf angelernten Personen bedient werden müssen. Kabelverlegen hört sich einfach an, ist es aber bei solchen Großprojekten nicht. Es bedarf speziell angelernter Mitarbeiter, die wissen, wie die Kabel zu verlegen sind. Man kann nicht einfach nur eine Gerade von Punkt A nach Punkt B verlegen.

Über Vorhalt der Namen der Beschäftigten: Einige der verlesenen Personen kenne ich schon Jahre lang. Diese haben mehr als 10-jährige einschlägige Erfahrung in der Branche. Der Stadtteil, wo wir unsere Niederlassung haben, hat besonders viele Betriebe, die auf Kabelverlegung spezialisiert sind. Ich sage immer, dass P. das Mekka der Kabelverleger ist. Ich selbst komme aus dem Kraftbergbau.

Über Befragung durch die BFV des Herrn B.:

Es kam im Verhältnis zu D. zu Leistungskürzungen von D. uns gegenüber, dies deshalb, weil wir einmal einen falschen Kabeltyp verlegt haben und ein bis zwei Kabel beschädigt waren. Es mussten dafür auf Seiten von D. neue Kabel bestellt werden. Diese Kabel wurden dann von einer anderen Firma verlegt, weil D. diese aufgrund der negativen Bescheide des AMS Wien nicht mehr von uns verlegen ließ.

Meines Wissens gab es keine Anweisungen von Seiten eines Mitarbeiters der D. gegenüber unseren Mitarbeitern. Ich denke auch, dass die Bauleiter von D. nicht diesbezügliche Erfahrungen gehabt hätten.

Über Befragung durch den BFV des Herrn DI F.:

Wenn wir branchenfremde Mitarbeiter aufnehmen, dann werden diese in erfahrene Teams geschickt. Es findet dann ein Learning by Doing statt und ist dann ein ungelernter Mitarbeiter frühestens ab sechs Monaten über eine Hilfskraft hinaus einsetzbar. Wir haben ja auch zum Teil gefährliche Arbeiten, welche nicht nur im Kabelverlegen, sondern auch in der Demontage von Kabelbestand, der zum Teil noch unter Strom steht, bestehen.

Es sind Entscheidungen zu treffen, etwa wo sind die Maschinen, die Kabelrollen etc. aufzustellen und von wo nach wohin wird wie das Kabel gezogen. Es muss ja auch so gezogen werden, dass auch noch weitere Kabel in derselben Bahn verlegt werden können. Das machen wir als Firma und das war auch im gegenständlichen Fall so.

Über Befragen durch Herrn Mag. Prasch:

Ich bin seit Jänner 2018 bei der C.. Davor war ich 14 Jahre alt Projektleiter im Kraftwerksanlagebau.

Über Befragen durch Frau Mag. Burda:

Arbeitsaufzeichnungen wurden von unserem Vorarbeiter L. direkt nach Deutschland geschickt und nicht der D. vorher zur Einsicht gegeben. Krankheitsfälle waren in unserem Büro in Deutschland zu melden. Die Unterbringung der Mitarbeiter in Österreich wurde von Seiten der C. zur Verfügung gestellt. Wir haben auch die Unterkunft ausfindig gemacht. Der Lohn wurde durch Kontoüberweisung ausgezahlt. Die Mitarbeiter, die für das Projekt N.-tunnel eingesetzt waren, wurden weiter von der C. beschäftigt, nach dem keine Tätigkeit der C. mehr für die D. erfolgte.

Über Befragung durch den BFV des Herrn DI F.:

Nach dem N.-tunnel haben wir etwa das Projekt im T.-tunnel abgewickelt. Es folgten etliche weitere Projekte in Österreich, wo wir die Kabelverlegung durchgeführt haben und es war im T.-tunnel die exakt gleiche Tätigkeit wie im N.-tunnel. Wir haben gegenüber den steirischen Behörde die ZKO3-Meldungen gemacht, welche entsprechend bestätigt worden sind.

Über Befragung durch die BFV des Herrn B.:

Herrn B. kenne ich schon vor meiner Tätigkeitsaufnahme bei der C. im Jänner 2018, dies deshalb, weil unsere Frauen schon jahrelang befreundet sind. Bevor ich in sein Unternehmen gewechselt habe, habe ich mir dieses genau angesehen.

Über Befragung durch den Vertreter der Amtspartei:

Bis September 2017 war ein anderer Mitarbeiter meines Wissens mit meinen Aufgaben betraut, danach ein Unternehmensberater; ab Jänner 2018 dann ich.

Die Schlussrechnung für den N.-tunnel habe ich schon geschrieben.

Stunden haben wir nur dann verrechnet, wenn für unser Unternehmen Wartezeiten entstanden sind. Für den T.-tunnel haben wir aufgrund der ZKO3-Meldung die entsprechenden EU-Entsendemeldungen für unsere Mitarbeiter erhalten.

Von den Parteienvertretern werden keine Fragen gestellt.

Der Zeuge macht Zeugengebühren geltend. Das entsprechende Formular samt Merkblatt wird ihm ausgehändigt.

Der Zeuge wird um 13:55 Uhr entlassen.

Zeuge: Ing. U. O.

fremd, gibt nach Wahrheitserinnerung und nach Belehrung über die Entschlagungsmöglichkeit an: Ich möchte aussagen.

Der Zeuge gibt über Befragen durch Frau Mag. Burda an:

Ich bin in der Firma D. für das Projekt N.-tunnel für das Gewerk Nr. ... zuständig gewesen, also für Kabel und Leitungen. Ich habe nur die Kabellisten und das Material beschafft. Für die Verlegung war die Firma C. zuständig. D. verfügt weder über das Equipment noch über das notwendige Wissen die Kabel zu verlegen.

Befragt, nach welchen Kriterien er die Kabel bestellt und wie sich der Umfang des bestellten Kabelmaterials ergibt: Dies ergibt sich aus dem Kabellageplan, welcher ebenfalls von D. erstellt wird. D. braucht dazu sehr wohl Kenntnis.

Ich kalkuliere so, dass zwischen den Punkten A und B im Gelände eine Gerade liegt.

Sollte das so kalkulierte Material nicht ausreichen, was sich erst im Zuge der Verlegung durch C. ergibt, wird Material nachbestellt. Die Art der Verlegung, nämlich ob tatsächlich als Gerade oder als Radius zwischen zwei Punkten verlegt wird, bestimmt hingegen C..

Wir bekommen nur vorgegeben, dass ein Kabel eines bestimmten Typs von einem Betriebsmittel zu einem anderen zu ziehen ist. Wie das dann konkret geschieht, bestimmt C.. Ich war vor Ort auf der Baustelle im N.-tunnel. Ich war dort vorwiegend im Baubüro.

Ich habe den Mitarbeitern von C. vor Ort keine Anweisungen erteilt. Der Bauleiter der Firma C. hat diesen Mitarbeitern Anweisungen erteilt. Er selbst hat von mir die benötigten Unterlagen, wie etwa Kabellisten, das ist dasselbe wie die Kabelziehkarte, erhalten und habe ich ihm das bestellte Material zugänglich gemacht, damit er weiß, wo es liegt.

Die Firma D. konnte nicht bestimmen, dass C. sein Personal aufstockt.

Wir hatten eine geschätzte Menge an Kabellänge, die pro Woche zu verlegen war. Die Mitarbeiter der C. meldeten Krankheitsfälle und Urlaub immer der C..

Ich habe keine Kenntnis darüber, ob die Firma D. schon vor dem N.-tunnel mit der Firma C. gearbeitet hat. Die C. hätte für Beschädigungen am Kabelmaterial eintreten müssen, für den Verzugsfall wäre eine Pönale zu zahlen gewesen. Hätte unser Auftragnehmer Beanstandungen gehabt, hätte die Mängelbehebung ebenfalls durch C. erfolgen müssen. Im Zuge des Baugeschehens kam es zu einem Gewährleistungsfall, nämlich das von C. beschädigte Kabel ausgetauscht werden mussten. Ansonsten kann ich mich darüber hinaus über keinen Gewährleistungsfall erinnern.

Über Befragen durch den Herrn Mag. Prasch:

Ich war auch für die Abrechnung zuständig und ich habe von der Firma C. einen Kabelaufwand bekommen, das war ca. 1 bis 2-mal in der Woche, je nach Bauvorschrift. Ich habe den Kabelaufwand in eine Excel-Liste eingetragen und der örtlichen Bauaufsicht der AL. abgegeben. Herrn S. habe ich heute das erste Mal gesehen. Ich hatte das kaufmännische nicht über, sondern Frau V.. Ob Herr S. die Schlussrechnung gemacht hat, kann ich nicht angeben. Ich habe die Kabelverlegung stichprobenartig kontrolliert, es wurde von mir auf die optische Verlegung kontrolliert. Beschädigungen wurden von mir keine festgestellt, es wurde jedoch darauf geschaut ob Kabel an Metallteile anstehen und es so später zu Beschädigungen kommen kann. Im Zuge der Anschlussarbeiten durch Monteure der Firma D. wurde bemerkt, dass ein falsches Kabel durch C. verlegt worden ist. Herrn B. habe ich auf der Baustelle das erste Mal

kennengelernt. Ich war auch für die Abrechnung zuständig und ich habe von der Firma C. einen Kabelaufwand bekommen, das war ca. 1 bis 2-mal in der Woche, je nach Bauvorschrift. Ich habe den Kabelaufwand in eine Excel-Liste eingetragen und der örtlichen Bauaufsicht der AL. abgegeben. Herrn S. habe ich heute das erste Mal gesehen. Ich hatte das kaufmännische nicht über, sondern Frau römisch fünf.. Ob Herr S. die Schlussrechnung gemacht hat, kann ich nicht angeben. Ich habe die Kabelverlegung stichprobenartig kontrolliert, es wurde von mir auf die optische Verlegung kontrolliert. Beschädigungen wurden von mir keine festgestellt, es wurde jedoch darauf geschaut ob Kabel an Metallteile anstehen und es so später zu Beschädigungen kommen kann. Im Zuge der Anschlussarbeiten durch Monteure der Firma D. wurde bemerkt, dass ein falsches Kabel durch C. verlegt worden ist. Herrn B. habe ich auf der Baustelle das erste Mal kennengelernt.

Über Befragen durch den BFV des Herrn DI F.:

Ich habe die Kabel selbst bestellt, das war aufgrund einer Schätzung, die sich aus dem Lageplan ergeben hat. Es wurden von mir 10% Reserve hinzugerechnet. Insgesamt wurden 600 km Kabel verlegt, diese wurden in 55 Bestellvorgängen abgerufen. Die eigentliche Länge der verlegten Kabel wurde dann von C. gemeldet.

Über Vorhalt der Niederschrift bei der FinPol, vom 06.02.2018, auf Seite 4, als zweite Frage angeführt ist, dass die Arbeiter der C. die individuellen Weisungen von mir bekommen haben: Ich habe dies so gemeint, dass der Bauleiter der C. von mir die Kabellage und die Kabelliste bekommt, weiters habe ich ihm gesagt, wo das Materiallager ist. Wie viel Personal eingesetzt wird, hat die C. selbst entschieden.

Nach Vorhalt der Niederschrift vom 06.02.2018, Seite 3, die letzte Frage: Es war so, dass ich der Hinweispflicht nachgekommen bin, damit die C. nicht in die Pönale kommt. Wie viel Personal für die C. da war, hat die C. entschieden.

Über Befragen durch den Vertreter der FinPol, ob der C. ein eigenständiges und selbstständiges Arbeiten ohne die Kabellisten möglich gewesen wäre:

Anfangs- und Endpunkt der Kabelverlegung wurde von D. vorgegeben, insoweit war C. auf die Kabellisten angewiesen.

Ich sehe das ähnlich wie bei einem Haus, wo ja auch nach Bauplan vorgegangen wird.

Die Kabelliste wurde etappenweise an die C. weitergegeben.

Über Befragen durch den BFV des Herrn DI F.:

Die C. hat selbst über Verlege, Radien und Zugkraft bei der Kabelverlegung entschieden. Diese Kriterien waren nicht in den Kabellisten festgeschrieben.

Über Befragen durch den Herrn Mag. Prasch:

Ich habe keine Zugprotokolle von der Firma C. verlangt, ob diese solche geführt hat, weiß ich nicht.

Befragt vom Vertreter der Amtspartei, wie eine Kabelliste aussieht: Laufende Nr. vom Kabel, Ausgangspunkt Örtlichkeit, Zeichnung Betriebsmittel vom Ausgangsort, Endpunkt Örtlichkeit, Zeichnung des Betriebsmittels vom Zielort, Kabeltype.

Während des Verlegevorganges wird in die Kabellisten von der C. eingetragen: Anfangsmetrierung und Endmetrierung des konkret verwendeten Kabels, Gesamtlänge und die Aufteilung der Gesamtlänge, in welchen Bereichen das Kabel verlegt wurde, nämlich ob es im Kollektor, in den Betriebsräumen oder im Tunnel zu verlegen ist.

Die konkreten Kabeltassen werden in den Kabellisten nicht von D. vorgegeben. In den Kabellisten ist auch die Trommelnummer vermerkt. Dies geschieht durch die C. nach der Verlegung.

Die Verhandlung wird um 14:47 unterbrochen und um 14:51 Uhr fortgesetzt.

Zeugin: W. V. Zeugin: W. römisch fünf.

fremd, gibt nach Wahrheitserinnerung und nach Belehrung über die Entschlagungsmöglichkeit an: Ich möchte aussagen.

Die Zeugin gibt über Befragen durch Frau Mag. Burda an:

Ich war im Herbst 2017, Jahresbeginn 2018, als Abteilungsleiterin für Verkehrs- und Beleuchtungstechnik tätig. In der Arge X. hatte ich die kaufmännische Leitung über. Ich war im Herbst 2017, Jahresbeginn 2018, als Abteilungsleiterin für Verkehrs- und Beleuchtungstechnik tätig. In der Arge römisch zeh. hatte ich die kaufmännische Leitung über.

Ich war auch vor Ort auf der Baustelle im N.-tunnel. Ich verfüge auch über technisches Wissen. In Bezug auf Kabelverlegung verfüge ich über kein technisches Wissen. In meiner Abteilung bei der Firma D. verfügt niemand über technisches Wissen im Bereich der Kabelverlegung. Das Besondere ist, dass so ein Kabelzug über hunderte Kilometer verläuft. Dafür braucht man Spezialwissen und Spezialgeräte. Kabelzugarbeiten kann in unserer Branche keine Firma selbst üblicherweise durchführen, weshalb wir bereits bei Angebotsabgabe gegenüber der AL. angegeben haben, dass wir dieses Gewerk in sub vergeben müssen. Da wir bei Projekten wie diesem nur eine kurze Dauer Kabelzugarbeiten haben, vergeben wir diese Tätigkeiten in sub. Ansonsten müssten wir Spezialequipment anschaffen und Leute mit entsprechendem Spezialwissen einstellen.

Eine österreichische Firma sagte uns in Bezug auf die Kabelzugarbeiten wegen zu knapper Ressourcen ab. Wir haben dann einen Tipp bekommen, dass die C. schon öfters in Österreich Kabel gezogen hat und haben uns dann an diese gewandt. Ich habe niemals konkrete Arbeitsanweisungen an die Mitarbeiter der Firma C. erteilt. Soweit ich weiß, hat niemand von der Firma D. solche Arbeitsanweisung an C.-Mitarbeiter erteilt. Urlaube und Krankheitsfälle der C.-Mitarbeiter wurden meines Wissens dem Bauleiter der C. gemeldet.

Der Baustellenleiter von C. hat mir keine Stundenaufzeichnungen der C.-Mitarbeiter vorgelegt. Wir müssen gemäß ÖNORM den Vertragspartner darauf hinweisen, wenn dieser in Verzug gerät, weil wir ja einen Fertigstellungstermin haben. Ich kann aber den Vertragspartner nicht zwingen für den Verzugsfall mehr Personal abzustellen.

Mir sind Mängel vor der Übernahme bekannt, vor allem beschädigte Kabel oder falsch gezogene Kabel. Das bedeutet, dass entweder der falsche Kabeltyp verwendet oder das Kabel an einer falschen Stelle gezogen wurde, damit meine ich die Örtlichkeit.

Diese Mängel sind aufgetreten, nach dem die C. nicht mehr auf der Baustelle war. Für die Schlussrechnung haben wir uns auf einen Abzug für all diese Mängel geeinigt, dieser betrug schätzungsweise zwischen 15.000 und 22.000 Euro.

Über Befragen durch den Herrn Mag. Prasch:

Ich habe die Schlussabrechnung der C. geprüft, nämlich mit den zuständigen Technikern der D. vor Ort auf der Baustelle. Das war Herr O..

Über Befragen durch den BFV des Herrn DI F.:

Ich kann mich daran erinnern, dass schon im Dezember 2017 Negativbescheide für die Arbeiten der C. gekommen sind. Es wurden dann von mir die Mitarbeiter der Firma C. von der Baustelle N.-tunnel verwiesen.

Über Befragen durch den Herrn Mag. Prasch:

Ich habe von den Untersagungsbescheiden insofern Kenntnis erlangt, als von Herrn Y. von der Rechtsabteilung der D. mir dies mitgeteilt wurde. Eingegangen sein müsste der Bescheid in der Niederlassung Wien oder in E.. Ich habe dann Kontakt mit Herrn B. oder dem damaligen Bauleiter Herrn L. Kontakt aufgenommen und ihnen gesagt, dass sie bis zur Neuantragsstellung nicht mehr arbeiten dürfen. Soweit ich geschult worden bin, reicht es aus, dass ein ZKO3-Antrag eingereicht wird, es kann dann zu arbeiten begonnen werden.

Die BFV des Herrn B. bringt ergänzend vor:

Zum Vorwurf der nicht rechtzeitigen Übermittlung von Lohnunterlagen: Aus den Unterlagen der Finanzpolizei ergibt sich, dass zahlreiche Lohnunterlagen rechtzeitig übermittelt wurden. Weder in der Aufforderung zur Rechtfertigung noch im Straferkenntnis wird konkret angeführt, welche Lohnunterlagen nicht rechtzeitig übermittelt wurden. Das ist daher kein ausreichender Vorhalt bzw. entspricht dieser nicht dem Konkretisierungsgebot des § 44a VStG und ich verweise auf das Erkenntnis des VwGH, Ra2018/11/0217 zur Bereithaltung von Lohnunterlagen. Zum Vorwurf der nicht rechtzeitigen Übermittlung von Lohnunterlagen: Aus den Unterlagen der Finanzpolizei ergibt sich, dass zahlreiche Lohnunterlagen rechtzeitig übermittelt wurden. Weder in der Aufforderung zur Rechtfertigung noch im Straferkenntnis wird konkret angeführt, welche Lohnunterlagen nicht rechtzeitig übermittelt wurden. Das ist daher kein ausreichender Vorhalt bzw. entspricht dieser nicht dem Konkretisierungsgebot des Paragraph 44 a, VStG und ich verweise auf das Erkenntnis des VwGH, Ra2018/11/0217 zur Bereithaltung von Lohnunterlagen.

Der BFV des DI F. schließt sich dieser Argumentation an.

Der Vertreter der Amtspartei bringt vor:

Mit 20.12.2017 wurde eine Aufforderung zur Übermittlung von Lohnunterlagen an den Bauleiter der Firma C., Herrn L. M., übergeben, auf welchen die einzelnen fehlenden Positionen markiert sind (nach § 21 und § 22 LSD-BG). Aus diesem Grund wurde seitens der Amtspartei mit 01.03.2018 ein Strafantrag gelegt, und zwar betreffend die fehlenden A1 Unterlagen sowie die Lohnunterlagen für 12 Dienstnehmer. Mit 20.12.2017 wurde eine Aufforderung zur Übermittlung von Lohnunterlagen an den Bauleiter der Firma C., Herrn L. M., übergeben, auf welchen die einzelnen fehlenden Positionen markiert sind (nach Paragraph 21 und Paragraph 22, LSD-BG). Aus diesem Grund wurde seitens der Amtspartei mit 01.03.2018 ein Strafantrag gelegt, und zwar betreffend die fehlenden A1 Unterlagen sowie die Lohnunterlagen für 12 Dienstnehmer.

Den BFV wird aufgetragen:

Vorlage und Nachweis der Zustelldaten der Untersagungsbescheide durch das AMS Wien in Bezug auf die verfahrensgegenständlichen C.-Mitarbeiter, den E-Mail-Verkehr betreffend die Schlussabrechnung zwischen C. und D. in Bezug auf die von D. einbehaltene Summe.

Für die Vorlage dieser Unterlagen wird eine Frist von drei Wochen gewährt.

Am 5.2.2020 kam der Beschwerdeführer der aufgetragenen Urkundenvorlage nach und übermittelte dem Verwaltungsgericht nachstehende Dokumentation:

- Scan- Dokumentation der AMS-Bescheide vom 27.11.2017 und 28.11.2017, mit denen die Endsendungen der betroffenen Arbeitnehmer untersagt wurden
- Nachweis der internen Kommunikation bzw. E-Mails an die C.B. Kabelverlegung (in Folge: C.)
- Scan- Dokumentation der AMS-Bescheide vom 29.1.2018 mit dem über den Antrag auf Bestätigung der EU-Entsendung abgesprochen wurde
- Rechnungskonvolut und E-Mail Verkehr der D. GmbH (in Folge: D.) bzw. der C.
- Unterlagen der Bürgschaft der D. gegenüber der C..

Im Weiteren wurden vom rechtsvertretenen Beschwerdeführer Ausführungen zur Zustellung der Bescheide vom AMS 27.11.2017 und 28.11.2017 sowie zur Gewährleistung von der C. gegenüber D. getroffen.

Am 17.1.2020 langte eine Protokollrüge ein.

Dieser folgend war deshalb das Protokoll zu berichtigen wie beantragt.

Am 3.3.2020 fand eine fortgesetzte öffentlich mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien statt. Das Verhandlungsprotokoll lautet auszugsweise:

„Der Beschwerdeführervertreter des Herrn Dipl.-Ing. Z. F. gibt an:

Vorgebracht wird ergänzend, dass der gegenständliche Werkvertrag die nach der Rechtsprechung die erforderlichen Merkmale erfüllt hat bzw. erfüllt und diese von den Juristen bzw. der Rechtsabteilung der D. erstellt wurden und damit eine Qualifikation über Arbeitskräfteüberlassung für den Beklagten im Hinblick auf die Rechtsprechung nicht vorhersehbar war und dieser auch die erforderliche Sorgfalt eingehalten hat.

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