OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-301399/12/Py/TK

Datum:
Linz, 18. April 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde des Herrn V M, vertreten durch Z & M Rechtsanwälte KG, G x, x L, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 21. Oktober 2016, GZ: BZ-Pol-76054-2015, wegen Verwaltungsübertretungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 15.3.2017

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Es entfällt die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. 1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels (in der Folge: belangte Behörde) vom 21.10.2016, GZ: BZ-Pol-76054-2015, wurden über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), BGBl. 218/1975 idgF acht Geldstrafen in Höhe von je 10.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen in Höhe von je 67 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 8.000 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als iSd § 9 Abs 1 VStG zur Vertretung nach außen Berufener der Firma x B, G. x, x W, zu verantworten, dass zumindest am 19.11.2014 auf der Baustelle A in x S, S. x, nachfolgende kroatische Arbeiter
1. B M, geb. x
2. B D, geb. x
3. K D, geb. x
4. K D, geb. x
5. M Z, geb. x
6. S N, geb. x
7. S P, geb. x
8. Z I, geb. x
(überlassen von der Firma x S j.d.o.o. mit Sitz in x V, M x, K) mit dem Verputzen der Außenfassade beschäftigt wurden, obwohl für diese Ausländer weder eine Beschäftigungsbewilligung (§§4 und 4c) erteilt noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde, oder diese keine für diese Beschäftigung gültige Rot-Weiß-Rot-Karte, „Blaue Karte EU" oder Aufenthaltsbewilligung Künstler oder keine Rot-Weiß-Rot - Karte Plus, keine Aufenthaltsgenehmigung-Plus, keinen Befreiungsschein (§4c) oder keinen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger" oder Daueraufenthalt - EU besitzen

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

§ 28 Abs 1 Z 1 lit a iVm § 3 Abs 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), BGBl 218/1975 idgF

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von	Falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß
€ 8 x € 10.000 Gesamt: € 80.000	8 x 67 Stunden Gesamt: 536 Stunden		§ 28 Abs 1 2 1 lit a AuslBG idgF

Fernerhaben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG zu zahlen: 8000 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe,

mindestens jedoch 10 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro). Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher Euro 88.000,--."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

In der Begründung führt die belangte Behörde unter Wiedergabe des Verfahrensganges und der Rechtsgrundlagen zusammengefasst aus, dass die objektive Tatseite der im Spruch beschriebenen Verwaltungsübertretung aufgrund der Angaben in der Anzeige der Finanzpolizei Salzburg-Land samt Beilagen als erwiesen anzusehen ist. Der Beschuldigte habe die Pflicht, sich mit den auf dem Gebiet seines Berufes erlassenen Vorschriften – bei der Beschäftigung von Ausländern über die Bestimmung des AuslBG – laufend vertraut zu machen.

Abschließend legt die belangte Behörde ihre für die Strafzumessung herangezogenen Gründe dar.

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig vom Bf im Wege seiner rechtsfreundlichen Vertretung eingebrachte Beschwerde vom 21.11.2016. Darin bringt der Bf zusammengefasst vor, dass auf der gegenständlichen Baustelle jedes von der Firma x beauftragte Unternehmen einen abgrenzbaren Bereich über hatte. Der vorliegende Vertrag beinhaltete eine deutlich konkretisierte und individualisierte Leistung, nämlich die Arbeiten am Vollwärmeschutz. Die x war daran nicht beteiligt und hatte auf der Baustelle keine ausführenden, sondern lediglich leitende Tätigkeiten über. Der Umstand, dass die x zur Schadens-begrenzung dieses Gewerk selbst fertigstellen musste, führt nicht dazu, dass kein unterscheidbares Werk vorgelegen wäre.

Das benötigte Material wurde, da zwischen x und x S nichts Spezielles vereinbart war, von x als Werkbestellerin beigestellt. Das zur Versenkung der Dübel erforderliche Setzwerkzeug wird von der Firma R kostenlos geliefert und somit ebenfalls nicht von der x beigestellt. Die von der Firma x S selbst beigestellten Styroporschneidegeräte für Wärmedämmverbundsysteme sind sehr teure Geräte und haben erhebliches Gewicht.

x war laut Werkvertrag mit der B B GesmbH auf der gegenständlichen Baustelle mit der Bauleitung betreffend die Gewerke Innenputz, Estrich und Vollwärmeschutz beauftragt. Es war sohin die Aufgabe von M A einmal pro Woche auf der Baustelle vorbeizuschauen und die Verarbeitung zu kontrollieren bzw. das Material zu bestellen, eine Weisungsberechtigung gegenüber den Arbeitern der x S ist daraus nicht abzuleiten und lag keine Dienst- und Fachaufsicht im Sinn des AÜG vor. Diese wurde von Herrn P P bzw. P I durchgeführt. Die Mitarbeiter der x S konnten zudem selbst über ihre Arbeitszeiten entscheiden und waren diesbezüglich an keine Vorgaben der x gebunden.

Gegenüber Mitarbeitern der Baustelle trat Herr A in seiner Funktion als Bauleiter als respekteinflößende Person auf, dessen Anweisungen unbedingt zu beachten sind, was die Funktion als Bauleiter mit sich bringe.

Für Werkmängel haftete letztlich die x S, was im Werkvertrag unter Punkt 9 Gewährleistung klar und deutlich geregelt wurde. Absolut nachvollziehbar ist, dass x der x S nach der Finanzpolizeikontrolle jede weitere Tätigkeit auf der Baustelle untersagte, schließlich hatte diese deren Vertrauen erheblich missbraucht, da nicht - wie vertraglich vereinbart - auf die Einhaltung der Normen des AuslBG geachtet wurde. Der Umstand, dass im Anschluss das Gewerk im Sinn einer Ersatzvornahme von der Firma x selbst fertiggestellt wurde, ist durch § 932 ABGB gedeckt, nachdem x gegenüber der B B GesmbH zur Vertragserfüllung und Gewährleistung verpflichtet war. Die von x S erbrachten Leistungen wurden – wie vertraglich vereinbart – mit Teilrechnungen in Form einer Pauschale abgerechnet, eine mengen- oder zeitmäßige Bezahlung habe nicht stattgefunden.

Aus der Gesamtbeurteilung der Baustellensituation sowie des vorliegenden Vertragswerks ist daher abzuleiten, dass eine völlig eigenständige Tätigkeit von x S als Subunternehmer entfaltet wurde.

Aus den Angaben der Arbeiter im „Personenblatt“ lässt sich nichts gewinnen, was den Tatvorwurf erhärtet, dafür hätte es einer förmlichen Vernehmung sämtlicher auf der Baustelle angetroffenen Mitarbeiter als Zeugen bedurft.

3. Mit Schreiben vom 5.12.2016 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor, das gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen ist.

4. Das Landesverwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht und Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 15.3.2017. An dieser haben der Bf mit seiner Rechtsvertreterin, eine Vertreterin der belangten Behörde sowie ein Vertreter des Finanzamtes Salzburg-Land als am Verfahren beteiligte Organpartei teilgenommen. Als Zeugen wurden Herr M A und Herr H K einvernommen. Herr P P konnte an der im Akt einliegenden Firmenadresse der Firma x S nicht geladen werden.

4.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem Sachverhalt aus:

Der Bf ist zur Vertretung nach außen Berufener der Firma x B GesmbH mit Sitz in x W, G x (in der Folge: Firma x).

Im Sommer 2014 wurde die Firma x von der Firma B B GesmbH, T x, x B I (in der Folge: Firma B) mit der Ausführung des Innenputzes, Estrichs und Vollwärmeschutzes für das Bauvorhaben „A“ in S beauftragt. Da das Personal der Firma x zum Ausführungszeitpunkt mit Arbeiten auf anderen Baustellen beschäftigt war, wurde der Bauauftrag, der die Ausführung der Arbeiten in den Baukörpern „G“ und „T“ umfasste, an Subunternehmer weitergegeben. So wurde die Firma x mit der Ausführung des Innenputz im Bauteil „T“ und die Firma P mit der Ausführung des Innenputz im Bauteil „G“ beauftragt, die Verlegung des Estrichs wurde in beiden Bauteilen an die Firma M B übergeben. Für die Ausführung der Fassade inkl. Simsgestaltung nahm der für die Auftragsabwicklung zuständige Bauleiter der Firma x, Herr M A, Kontakt mit der Firma x S j.d.o.o. M x, x V, K, auf. Deren Direktor, Herr P P, hatte sich bei Herrn A für die Durchführung von Bauarbeiten angeboten und mitgeteilt, dass er die dafür erforderlichen Voraussetzungen erfülle. Diesen Angaben wurde vom Bauleiter der Firma x Glaube geschenkt, nähere Kontrollen darüber führte er nicht durch und wurde er dazu vom Bf auch nicht angewiesen.

Die Firma x S führte die Arbeiten mit dem von der Firma x beigestellten Material sowie dem von der Materiallieferfirma zur Verfügung gestellten Setzwerkzeug, eigenen Schneidemaschinen und eigenem Kleinwerkzeug durch. Herr A hielt den Kontakt zur Firma B als Auftraggeber, besuchte die Baustelle im Abstand von 7 – 10 Tagen für die Durchführung von Qualitätskontrollen und zur Weitergabe der vom Bauherrn gewünschten Ausführungsvorgaben sowie für Materialbestellungen.

Zwischen der Firma x und der Firma x S war ein Pauschalentgelt für die Bauausführung vereinbart. Die Arbeiter der Firma x S waren in von der Firma x S zur Verfügung gestellten Quartieren untergebracht und reisten von dort zur Baustelle an.

Arbeiter der Firma x wurden erst, nachdem die Firma x S nach der Kontrolle die Arbeiten nicht mehr aufnahm, auf der Baustelle tätig, um die mit der Firma B vereinbarten Fertigstellungstermine einzuhalten.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 15.3.2017.

Beweiswürdigend ist zunächst festzuhalten, dass es sich als durchaus nachvollziehbar und schlüssig erweist, dass die Organe der Finanzpolizei bei ihrer Kontrolle am 19.11.2014 auf der Baustelle den Eindruck gewinnen mussten, dass es sich bei den gegenständlichen Arbeitern um von der Firma x S an die Firma x überlassene Arbeitskräfte handelt. Dies insbesondere aufgrund des Umstandes, dass die Arbeiter in den mit ihnen aufgenommenen Personenblättern Herrn M A von der Firma x ausdrücklich als jene Person bezeichneten, die ihnen die Arbeitsanweisungen erteilt. Ebenso aus der Aussage des Herrn M A gegenüber den

Kontrollbeamten, wonach von der Firma x „Arbeitsleistungen“ gekauft wurden. Aus den im Verfahren vorgelegten Urkunden und Unterlagen sowie der Aussage des Herrn A in der mündlichen Verhandlung vom 15.3.2017 geht jedoch hervor, dass die Firma x S ein klar umgrenztes Werk zu verrichten hatte und eine laufende Dienst- und Fachaufsicht über die Arbeiter seitens der Firma x nicht vorlag. Auch war aus der Aussage des Zeugen erkennbar, dass er den Begriff „Arbeitsleistung“ auch hinsichtlich der Erbringung von rechtlich zu beurteilenden Werkleistungen verwendet. Das in der mündlichen Verhandlung einvernommene Kontrollorgan gab zur Kontrollsituation an, dass die Arbeiter beim Ausfüllen der Personenblätter untereinander in Kontakt standen, woraus sich erklären lässt, dass sie übereinstimmend Herr A als jene Person angeführt wurde, die „Arbeitsanweisungen“ erteile. Was konkret die Arbeiter unter diesem Begriff verstanden haben, ist jedoch nicht zweifelsfrei erkennbar, zumal auch der Zeuge A in der mündlichen Verhandlung ersuchte, ihm die Bedeutung dieses Begriffes, wie sie der Fragende sieht, zu erklären. Unstrittig blieb zudem, dass sich weder Herr A (zur Erteilung von Arbeitsanweisungen) noch ein anderer Vertreter der Firma x laufend auf der Baustelle aufgehalten haben. Schon bei seiner Erstbefragung anlässlich der Kontrolle gab der Zeuge A an, dass er nur in größeren zeitlichen Abständen auf der Baustelle anwesend war, dass von ihm nur Qualitätskontrollen durchgeführt wurden und er nicht in die laufenden Bauausführungen weisungsgebend eingegriffen hat wurde von ihm in der mündlichen Verhandlung nochmals ausdrücklich bestätigt.

Im Ergebnis gelangt das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich daher aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens, insbesondere der sehr glaubwürdigen Schilderungen des Zeugen A, die in den wesentlichen Punkten mit seinem bereits anlässlich der Kontrolle gemachten Angaben übereinstimmen, zur Überzeugung, dass die kroatischen Arbeiter auf der gegenständlichen Baustelle nicht von der Firma x beschäftigt wurden, sondern ihre Arbeit in Erbringung einer von der Firma x S der Firma x geschuldeten Werkvertragsleistung verrichteten.

Für diese Annahme spricht im Übrigen auch das von der Vertreterin der belangten Behörde in ihrer Abschlussäußerung angesprochene, vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich im Beschwerdeverfahren bestätigte Straferkenntnis gegen das vom Bf vertretene Unternehmen vom 21.8.2015, GZ. BZ-Pol-76005-2015. Auch in diesem Straferkenntnis, das teilweise auch die gegenständlichen Arbeiter der Firma x S betroffen hat, wurde dem Bf die Inanspruchnahme der Arbeitsleistungen der kroatischen Staatsangehörigen aufgrund eines von der Firma x mit der Firma x S abgeschlossenen Werkvertrages entgegen der Bestimmungen des AuslBG angelastet und nicht – wie im gegenständlichen Fall – die Beschäftigung der im Spruch angeführten Arbeiter durch die Firma x selbst.

5. Das Landesverwaltungsgericht hat in rechtlicher Hinsicht erwogen:

5.1. Gemäß § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl. I Nr. 72/2013 darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für die Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot-Karte“, „Blaue Karte EU“ oder „Aufenthaltsbewilligung Künstler“ oder eine „Rot-Weiß-Rot-Karte plus“, eine „Aufenthaltsberechtigung plus“, einen Befreiungsschrein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt – EU“ besitzt.

Gemäß § 18 Abs. 1 AuslBG bedürfen Ausländer, die von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland beschäftigt werden, soweit im Folgenden nicht anderes bestimmt ist, einer Beschäftigungsbewilligung. Dauern diese Arbeiten nicht länger als 6 Monate, bedürfen Ausländer einer Entsendebewilligung, welche längstens für die Dauer von 4 Monaten erteilt werden darf.

Gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet (§ 28c) eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder der keine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot-Karte“, „Blaue Karte EU“ oder „Aufenthaltsbewilligung-Künstler“ oder keine „Rot-Weiß-Rot-Karte plus“, keine „Aufenthaltsberechtigung plus“, keinen Befreiungsschein (§ 4c) oder keinen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt-EU“ besitzt.

Gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. b AuslBG begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet (§ 28c) eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen § 18 die Arbeitsleistungen eines Ausländers, der von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland beschäftigt wird, in Anspruch nimmt, ohne dass für den Ausländer eine Beschäftigungsbewilligung oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde.

Gemäß § 4 Abs. 1 AÜG ist für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Gemäß § 4 Abs. 2 AÜG liegt Arbeitskräfteüberlassung 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 Zwischenergebnisses des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zuzurechnendes 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.

5.2. Dem Bf wird im gegenständlichen Straferkenntnis die Beschäftigung von acht von der Firma x S überlassenen kroatischen Staatsangehörigen entgegen der Bestimmungen des § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 AuslBG zur Last gelegt. Der Bf begründet seine Beschwerde damit, dass das von ihm vertretene Unternehmen nicht Beschäftiger der angeführten ausländischen Staatsangehörigen gewesen ist, sondern diese im Rahmen eines durch die Firma x S erbrachten Werkvertrages tätig wurden. Diesem Vorbringen des Bf ist zuzustimmen.

Ein Werkvertrag liegt nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Die Verpflichtung aus einem Werkvertrag besteht darin, die genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden können. Mit der Erbringung der Leistung endet das Werkvertragsverhältnis. Eine zwar leistungsbezogene, nicht aber erfolgsbezogene Entlohnung spricht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten "Ziels" auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag (vgl. z.B. VwGH vom 23.5.2007, Zl. 2005/08/0003, mwN).

Als (der Bewilligungspflicht unterworfenes Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 2 Abs. 2 AuslBG gilt u.a. auch die Verwendung überlassener Arbeitskräfte. Das Tatbestandsmerkmal der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen (vgl. § 4 Abs. 1 AÜG). Nach

Maßgabe des festgestellten Sachverhalts trat hervor, dass die verfahrensgegenständlichen ausländischen Staatsangehörigen auf der Baustelle „A“ in Erbringung einer von der Firma x an die Firma x S übertragenen Werkvertragsleistung tätig wurden. Es handelte sich um eine abgegrenzte Bauleistung, die ausschließlich mit Personal der Firma x S durchgeführt wurde. Deren Arbeitnehmer unterlagen nicht der Dienst- und Fachaufsicht des vom Bf für die gegenständliche Baustelle eingeteilten Bauleiters, sondern führte dieser lediglich Qualitätskontrollen durch, wie sie für die Abwicklung derartiger Bauleistungen üblich sind. Eine organisatorische Eingliederung der kroatischen Staatsangehörigen in das vom Bf vertretene Unternehmen fand nicht statt, so waren diese weder an vom Bf vorgegebenen Arbeitszeiten gebunden noch wurde deren Arbeitszeit vom Unternehmen des Bf kontrolliert. Zwar wurde das verwendete Material vom Bf beigestellt, es kann jedoch nicht festgestellt werden, dass die Firma x S ausschließlich mit Kleinwerkzeug tätig wurde. Auch der Umstand, dass das vom Bf vertretene Unternehmen die Baustelle selbst fertigstellte (bzw. fertigstellen musste, um keine Pönalzahlungen leisten zu müssen) vermag nichts am Umstand zu ändern, dass die Firma s S auf der gegenständlichen Baustelle mit der Erbringung eines selbständigen, gewährleistungstauglichen Werks beauftragt war, dessen Leistungsumfang im Vorhinein festgesetzt wurde und für das zwischen den Unternehmen eine pauschale Entgeltvereinbarung bestand. Weder wurde von der Firma x vorgegeben, welche Anzahl an Arbeitern zur Abwicklung des Bauauftrages von der Firma x S einzusetzen sind, noch fand seitens der Firma x eine begleitende Kontrolle der Arbeiten statt. Dass die Firma x in Form des Bauleiters A mit dem Vertreter der auftraggebenden Firma B laufend in Kontakt stand, steht dem nicht entgegen, zumal die Bauleistungen, mit denen die Firma x beim gegenständlichen Bauvorhaben beauftragt wurde, umfangreich waren und dafür mehrere Subunternehmer eingesetzt wurden, was – gerade wenn die Firma x nicht auch selbst vor Ort tätig ist – mit einem entsprechenden Koordinationsaufwand verbunden ist. Im Erkenntnis vom 9.11.2009, 2009/09/0201 hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass eine begleitende Fachaufsicht über ausländische Arbeiter über die bloße (abschließende) Kontrolle eines „Werks“ auf dessen fachgerechte Erfüllung bzw. bloße „Koordinationsaufgaben“ hinausgeht. Das Vorliegen einer solchen begleitenden Fachaufsicht ist lediglich aufgrund der Angaben der Ausländer in den mit ihnen aufgenommenen Personenblätter indiziert, konnte im Rahmen des vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich durchgeführten Beweisverfahrens jedoch nicht erwiesen werden (vgl. oben 4.).

Dem Bf wäre daher nicht die Beschäftigung von überlassenen kroatischen Staatsangehörigen entgegen den Bestimmungen des § 28 Abs. 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 AuslBG zur Last zu legen gewesen, sondern die in Inanspruchnahme deren Arbeitsleistungen entgegen § 28 Abs. 1 Z 1 lit. b iVm § 18 Abs. 1 iVm § 32a Abs. 6 und Abs. 11 AuslBG, zumal die dafür erforderlichen arbeitsmarktbehördlichen Dokumente unbestritten nicht vorlagen. Nach ständiger Rechtsprechung des

Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich dabei jedoch um einen anderen Tatvorwurf und wurde dieses Verhalten dem Bf jedoch nicht innerhalb der Verfolgungsfrist zur Last gelegt, weshalb es dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich verwehrt ist, den Spruch der belangten Behörde entsprechend abzuändern (vgl. dazu VwGH v. 23.5.2002, Zl. 2001/09/0231 ua).

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG, der gemäß § 38 VwGVG auch im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich Anwendung findet, hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

II. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die gegenständliche Entscheidung weicht nicht von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. etwa VwGH v. 16.9.2010, 2010/09/0155, vom 23.5.2013, 2013/09/0025) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung und ist diese auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Sonstige Hinweise auf einer grundsätzlichen Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage liegen ebenfalls nicht vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Panny