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-301472/18/GS/PP

Datum:
Linz, 24. Mai 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Saxinger über die Beschwerde vom 13. Februar 2017 des C W, handelsrechtlicher Geschäftsführer der X GmbH, X, X, vertreten durch X Rechtsanwälte GmbH, X, X, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 16. Jänner 2017, GZ: Ge-629/16, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 20. April 2017

zu Recht:

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

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde noch zum Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu bezahlen.

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 vom 16.01.2017, GZ: Ge-629/16, hat die belangte Behörde wie folgt entschieden:

„Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma X GmbH, in X, X, verwaltungsstrafrechtlich zu vertreten, dass durch oa. Firma als Beschäftigerin

1. der Arbeitnehmer der Firma X s.p., X, X, S, Hr. D P, geb. am X am 18.4.2016 auf dem Arbeits(Einsatz)ort der Firma X GmbH, (mit Sitz in X, X) in X, X (Bauvorhaben X), mit Wärme- und Kältedämmarbeiten beschäftigt wurde. Es wurden am oa. Arbeits(Einsatz)ort für oa. Arbeitnehmer der Firma X s.p., X, X, S, der zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wurde, keinerlei Lohnunterlagen (Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise, Lohnaufzeichnungen etc.) in deutscher Sprache bereitgehalten. Da Beschäftiger Lohnunterlagen in deutscher Sprache bereitzuhalten haben stellt obiger Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.
2. der Arbeitnehmer der Firma X s.p., X, X, S, Hr. J R, geb. am X am 18.4.2016 auf dem Arbeits(Einsatz)ort der Firma X GmbH, (mit Sitz in X, X) in X, X (Bauvorhaben X), mit Wärme- und Kältedämmarbeiten beschäftigt wurde. Es wurden am oa. Arbeits(Einsatz)ort für oa. Arbeitnehmer der Firma X s.p., X, X, S, der zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wurde, keinerlei Lohnunterlagen (Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise, Lohnaufzeichnungen etc.) in deutscher Sprache bereitgehalten. Da Beschäftiger Lohnunterlagen in deutscher Sprache bereitzuhalten haben stellt obiger Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.
3. der Arbeitnehmer der Firma X s.p., X, X, S, Hr. H S, geb. am X am 18.4.2016 auf dem Arbeits(Einsatz)ort der Firma X GmbH, (mit Sitz in X, X) in X, X (Bauvorhaben X), mit Wärme- und Kältedämmarbeiten beschäftigt wurde. Es wurden am oa. Arbeits(Einsatz)ort für oa. Arbeitnehmer der Firma X s.p., X, X, S, der zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wurde, keinerlei Lohnunterlagen (Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise, Lohnaufzeichnungen etc.) in deutscher Sprache bereitgehalten. Da Beschäftiger Lohnunterlagen in deutscher Sprache bereitzuhalten haben stellt obiger Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.
4. der Arbeitnehmer der Firma X s.p., X, X, S, Hr. D S, geb. am X am 18.4.2016 auf dem Arbeits(Einsatz)ort der Firma X GmbH, (mit Sitz in X, X) in X, X (Bauvorhaben X), mit Wärme- und Kältedämmarbeiten beschäftigt wurde. Es wurden am oa. Arbeits(Einsatz)ort für oa. Arbeitnehmer der Firma X s.p., X, X, S, der zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wurde, keinerlei Lohnunterlagen (Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise, Lohnaufzeichnungen etc.) in deutscher Sprache bereitgehalten. Da Beschäftiger Lohnunterlagen in deutscher Sprache bereitzuhalten haben stellt obiger Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.
5. der Arbeitnehmer der Firma X s.p., X, X, S, Hr. B T, geb. am X am 18.4.2016 auf dem Arbeits(Einsatz)ort der Firma X GmbH, (mit Sitz in X, X) in X, X (Bauvorhaben X), mit Wärme- und Kältedämmarbeiten beschäftigt wurde. Es wurden am oa. Arbeits(Einsatz)ort für oa. Arbeitnehmer der Firma X s.p., X, X, S, der zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wurde, keinerlei Lohnunterlagen (Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise, Lohnaufzeichnungen etc.) in

deutscher Sprache bereitgehalten. Da Beschäftiger Lohnunterlagen in deutscher Sprache bereitzuhalten haben stellt obiger Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.

6. der Arbeitnehmer der Firma X s.p., X, X, S, Hr. S T, geb. am X am 18.4.2016 auf dem Arbeits(Einsatz)ort der Firma X GmbH, (mit Sitz in X, X) in X, X (Bauvorhaben X), mit Wärme- und Kältedämmarbeiten beschäftigt wurde. Es wurden am oa. Arbeits(Einsatz)ort für oa. Arbeitnehmer der Firma X s.p., X, X, S, der zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wurde, keinerlei Lohnunterlagen (Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise, Lohnaufzeichnungen etc.) in deutscher Sprache bereitgehalten. Da Beschäftiger Lohnunterlagen in deutscher Sprache bereitzuhalten haben stellt obiger Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

ad 1. bis ad 6.
§ 7d (2) i.V.m. §§ 7i (4) Ziff. 3 und 7i (9) Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, BGBl. 459/1993 i.d.g.F.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von EURO		falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheisstrafe von	Freiheitsstrafe von	gemäß
ad 1.	€ 2.000,--	96 Stunden	---	§ 7i (4) Ziff. 3 leg.cit.
ad 2.	€ 2.000,--	96 Stunden	---	§ 7i (4) Ziff. 3 leg.cit.
ad 3.	€ 2.000,--	96 Stunden	---	§ 7i (4) Ziff. 3 leg.cit.
ad 4.	€ 2.000,--	96 Stunden	---	§ 7i (4) Ziff. 3 leg.cit.
ad 5.	€ 2.000,--	96 Stunden	---	§ 7i (4) Ziff. 3 leg.cit.
ad 6.	€ 2.000,--	96 Stunden	---	§ 7i (4) Ziff. 3 leg.cit.
	€ 12.000,--	576 Stunden	---	§ 7i (4) Ziff. 3 leg.cit.

Weitere Verfügungen (z.B. Anrechnung von Vorhaft, Verfallsausspruch):

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:
EURO 1.200,-- als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe.
--,-- als Ersatz der Barauslagen für ---

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher
EUR 13.200,-- Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen (§ 54 d VStG)."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass aufgrund einer Anzeige der Finanzpolizei X gegen den Beschuldigten mit ha. Aufforderung zur Rechtfertigung wegen des im Spruch angeführten Tatbestandes ein Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet worden wäre. Von Herrn C W wäre als Rechtfertigung angegeben worden, dass seine Firma nicht Beschäftigerin ggst. Arbeitnehmer gewesen sei. Die erkennende Behörde habe von folgendem Tatbestand auszugehen: Von der Finanzpolizei, X, wäre gegenständlicher Sachverhalt erhoben und der

erkennenden Behörde angezeigt worden. Die Übertretung der Bestimmungen des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes wäre aufgrund der Anzeige der Finanzpolizei X sowie aufgrund des ha. durchgeführten Ermittlungsverfahrens als erwiesen anzusehen. Als strafmildernd wäre die völlige verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit von Herrn C W gewertet worden. Weitere mildernde oder erschwerende Umstände wären nicht bekannt.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die Beschwerde vom 13.02.2017, in der beantragt wurde, eine mündliche Verhandlung durchzuführen und das angefochtene Erkenntnis ersatzlos aufzuheben sowie das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen, in eventu das angefochtene Erkenntnis aufzuheben und die Sache zur Verfahrensergänzung an die Behörde zurückzuverweisen. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass abgesehen davon, dass die belangte Behörde Tatbestand und Sachverhalt vermengt habe, dem angefochtenen Erkenntnis nicht zu entnehmen sei, von welchem gegenständlichen Sachverhalt die Behörde ausgegangen sei und aufgrund welcher Beweiswürdigung die belangte Behörde zu diesem gegenständlichen Sachverhalt gelangt sei. Außerdem sei das angefochtene Erkenntnis allein wegen Unzuständigkeit der belangten Behörde zu beheben. Die Bezirksverwaltung ist in den Statutarstädten ein Teil des übertragenen Wirkungsbereichs, der gemäß Art. 119 Abs. 2 B-VG vom Bürgermeister wahrzunehmen sei. Das angefochtene Erkenntnis wäre demgegenüber laut Briefkopf vom Magistrat erlassen worden. Klarzustellen sei, dass die Unterfertigungsklausel zwar „Für den Bürgermeister“ laute. Das bedeute aber noch keineswegs, dass das Erkenntnis dem Bürgermeister zuzuordnen wäre. Das angefochtene Erkenntnis sei im Übrigen unabhängig davon rechtswidrig, welcher Behörde es konkret zuzuordnen sei. Das angefochtene Erkenntnis enthalte bloß einen Spruch und eine rechtliche Beurteilung. Es würden völlig die den Spruch tragenden Feststellungen fehlen. Grundvoraussetzung einer Bestrafung nach § 7 i Abs. 4 Z. 3 AVRAG idF BGBl I Nr. 152/2015 sei eine (grenzüberschreitende) Arbeitskräfteüberlassung. Anzumerken sei, dass laut Spruch des angefochtenen Erkenntnisses die jeweiligen Mitarbeiter „nach Österreich entsandt“ worden seien. Wenn man dem Spruch des angefochtenen Erkenntnisses den Charakter einer Feststellung zubilligen wollte, hätte die belangte Behörde damit das Vorliegen einer Entsendung statt Arbeitskräfteüberlassung festgestellt, wodurch dem Spruch noch viel mehr die rechtliche Grundlage entzogen sei. Außerdem würden fehlende Beweiswürdigung und mangelhaftes Ermittlungsverfahren eingewendet. Selbst wenn man diesen Text als Beweiswürdigung ansehen wollte, wäre sie völlig unzureichend. Dies insbesondere deshalb, weil der Bf im Rahmen seiner Rechtfertigung vom 23.05.2016 und einer weiteren Stellungnahme vom 08.07.2016 ausführlich dargelegt habe, dass keines der Kriterien nach § 4 Abs. 2 AÜG erfüllt sei. Zum Beweis dieses Vorbringens habe der Bf darüber hinaus verschiedene Urkunden vorgelegt (Bestellung, Aufmaßblätter, Teilrechnungen) und die Einvernahme mehrerer Zeugen beantragt. Umso mehr erstaunlich sei es,

dass sich die belangte Behörde mit dieser Rechtfertigung inhaltlich mit keinem einzigen Wort auseinandersetzt habe, die als Beweismittel vorgelegten Urkunden völlig ignoriert habe und auch keinen einzigen beantragten Zeugen selbst einvernommen habe. Richtigerweise hätte die belangte Behörde bereits bei Berücksichtigung der vorgelegten Urkunden, spätestens jedoch nach Durchführung der beantragten Zeugeneinvernahmen Feststellungen dahingehend zu treffen gehabt, dass keines der Kriterien nach § 4 Abs. 2 AÜG erfüllt sei, deshalb in rechtlicher Hinsicht keine Arbeitskräfteüberlassung (sondern Entsendung bzw. Werkvertrag) vorliege, sodass das Strafverfahren einzustellen gewesen wäre. Zusammengefasst habe der Bf bereits gegenüber der belangten Behörde umfassend dargelegt und unter Beweis gestellt, dass das vom Subunternehmer und Arbeitgeber (X X s.p.) der im Straferkenntnis genannten Personen geschuldete Werk, nämlich die Herstellung einer Dämmung, diesem Subunternehmer eindeutig zuordenbar und von den eigenen Leistungen der X GmbH unterscheidbar sei, nämlich sowohl nach dem Inhalt, als auch nach dem genauen Ort, weiters das gesamte mitunter kostspielige Werkzeug ausschließlich vom Arbeitgeber (X X s.p.) beigestellt worden sei, weiters die betroffenen Mitarbeiter vertraglich keiner Dienst- oder Fachaufsicht der X GmbH unterstanden wären, sich auch faktisch die X GmbH nicht in die fachliche bzw. dienstliche Anleitung oder Überwachung dieser Mitarbeiter eingemengt habe und diese Mitarbeiter schließlich auch sonst in keiner Weise in den Betrieb der X GmbH eingegliedert gewesen wären und schlussendlich die X X s.p. (Arbeitgeber) für den Erfolg der Werkleistung, nämlich die sach- und fachgerechte Ausführung der Dämmung, insbesondere gewährleistungs- und schadenersatzrechtlich hafte, wobei diese Haftung nicht nur vertraglich ausdrücklich geregelt, sondern auch vertraglich insbesondere durch eine Sicherstellung in Form eines Haftrücklasses abgesichert gewesen wäre. Anzumerken sei, dass der Bf auch zu den diesbezüglichen Vorhalten der Finanzpolizei umfangreich Stellung genommen und diese ebenfalls mittels entsprechender Beweisanbote entkräftet habe. Zur Vermeidung von Wiederholungen werde auf die Rechtfertigung des Bf vom 23.05.2016 und dessen weitere Stellungnahme vom 08.07.2016 verwiesen. Ergänzend dazu werde außerdem angemerkt, dass eine mit der Arbeitskräfteüberlassung verbundene Strafbarkeit nach den einschlägigen Gesetzen (z.B. AuslBG, AVRAG, LSD-BG, AÜG) laut jüngerer Rechtsprechung nur dann gegeben sei, wenn auch aus europarechtlicher Sicht eine Arbeitskräfteüberlassung vorliege.

Als Beweis wurde angeführt:

- Bestellung 09.12.2015
  (der belangten Behörde bereits vorgelegt als Beilage ./1)
- Teilrechnungen 1. und 2.
  (der belangten Behörde bereits vorgelegt als Beilage ./2)
- Aufmaßblätter (der belangten Behörde bereits vorgelegt als Beilage ./3)
- Einvernahme Zeuge I M, p.A. X GmbH
- Einvernahme Zeuge F W

• Einvernahme Zeugen J R, D P, S T, H S, D S, B T, alle p.A. X X s.p., S.

I.3. Die gegenständliche Beschwerde wurde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich am 20. Februar 2017 zur Entscheidung übermittelt.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 20. April 2017. An dieser Verhandlung nahm der Rechtsvertreter des Bf sowie I M, Arbeiter der Firma X GmbH als Zeuge teil. Die belangte Behörde, die Organpartei und der geladene Zeuge F W blieben der Verhandlung entschuldigt fern. Die Ladung an den X Arbeiter J R konnte nicht zugestellt werden.

II. Nachfolgender Sachverhalt steht fest:

Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma „X“ GmbH mit Sitz in X, X.

Anlässlich einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei am 18.04.2016 um 10:00 Uhr in X, X (Bauvorhaben X), wurden folgende Personen bei Dämmarbeiten angetroffen:
J R, X Staatsbürger, geb. X,
D P, X Staatsbürger, geb. X,
S T, X Staatsbürger, geb. X,
H S, X Staatsbürger, geb. X,
D S, X Staatsbürger, geb. X und
B T, X Staatsbürger, geb. X.

Die Dämmarbeiten erfolgten an haustechnischen Anlagen (hauptsächlich Luft- und Wasserleitungen), welche im Wesentlichen zum Zweck der Energie-einsparung gedämmt werden.

Die X GmbH war auf der Baustelle X X mit der Erbringung von Brandschutz- und Dämmarbeiten beauftragt. Dieser Auftrag umfasste im Wesentlichen die Herstellung von Brandschotten und die Dämmung verschiedener haustechnischer Anlagen (hauptsächlich wasser- und luftführende Leitungen). Die Herstellung von Brandschotten wurde ausschließlich von der Firma X GmbH ausgeführt. Unter Brandschotten versteht man Wand- und Deckdurchbrüche für haustechnische Installationsleitungen (Rohrdurchführungen, Rohrdurchleitungen, Elektroinstallationen), welche derart abzuschotten sind (Verschließung mit feuerfesten Materialien), dass es zu keiner Ausbreitung des Feuers in benachbarte Brandabschnitte kommt.

Die Dämmarbeiten, die im Wesentlichen an Luft- und Wasserleitungen durchgeführt wurden, wurden beim genannten Bauvorhaben X ausschließlich von der X Firma X X s.p. als Subunternehmer der Firma des Bf ausgeführt.

Diesbezüglich wurde zwischen der X Firma X X s.p. als Auftragnehmer und der Firma X GmbH als Auftraggeber am 09.12.2015 folgender Vertrag geschlossen:

„Wir beauftragen sie mit der Durchführung von Isolier- und Brandschutzarbeiten an der in der Versandanschrift angeführten Baustelle. Die Beschreibung der zu erbringenden Leistung, die Mengen und die einzelnen Einheitspreise je zu erbringender Leistung, sind in dem, in der Anlage beigefügten Leistungsverzeichnis festgehalten.

Versandanschrift:
X X, X, X
Leistungszeitraum/Liefertermin:
Nach Rücksprache mit Herrn F W – bzw. nach Bauzeitplan
...
Preise: Festpreise bis Gesamtfertigstellung
...
Die Arbeiten werden von ihnen in Eigenverantwortlichkeit durchgeführt. Sie disponieren über ihr Personal bzw. überwachen dieses.
...
Zahlungsbedingungen: 10 Tage abzüglich 5 % Skonto oder 90 Tage netto. Sämtliche Zahlungen erfolgen bargeldlos an dem auf das Fälligkeitsdatum folgenden Montag.
10 % Deckungsrücklass bis Übernahme durch den Bauherrn.
5 % Haftrücklass ab Übernahme durch den Bauherrn, ablösbar durch Bankgarantie.
Gewährleistung: 3 Jahre ab Übernahme durch die Bauherrschaft.
...
An uns gestellte Schadenersatzforderungen, welche sich aus ihrer Tätigkeit ergeben, werden von ihnen in vollem Umfang übernommen.
...
Haftung:
...
Der Auftragnehmer ist auch für das Gelingen des Gesamtwerkes verantwortlich. Der Auftragnehmer hat sich daher bei Bedarf mit den übrigen Auftragnehmern abzustimmen.
Eine Schlussfeststellung ist durchzuführen.
Der Auftragnehmer haftet X GmbH gegenüber in vollem Umfang für die sach- und fachgerechte Ausführung gemäß den gültigen Regeln der Technik und den einschlägigen Normen und Vorschriften.

Der Auftragnehmer haftet X GmbH gegenüber in vollem Umfang für sämtliche Schäden und Nachteile, welche durch nicht sorgfältige Vertragserfüllung bzw. Nichteinhaltung vereinbarter Termine die der X GmbH entstehen.
...
Anlage: Leistungsverzeichnis – 209 Seiten“

Das dem Auftrag beigefügte Leistungsverzeichnis enthält lediglich Positionen, die Dämmarbeiten betreffen.

Auch die vorgelegten entsprechenden Rechnungen und Aufmaßblätter beziehen sich ausschließlich auf Dämmarbeiten.

Die Firma X arbeitete auf der Baustelle mit eigenem Werkzeug. Das notwendige Material wurde von der Firma des Bf beigestellt. Die Arbeiter der X Firma trugen neutrale Arbeitskleidung.

Der Obermonteur der Firma X, I M, teilte dem Obermonteur der Firma X X bei Baubesprechungen in der Früh jeweils mit, welche örtlichen Bereiche zur Bearbeitung vom Bauherrn bzw. der Planungsfirma freigegeben worden sind bzw. bis zu welchem Zeitpunkt die Dämmung in diesen Bereichen fertiggestellt sein muss. Es wurden weder fachliche noch dienstliche Anweisungen von Herrn I V an die X und serbischen Arbeiter der X Firma X X s.p. erteilt.

III. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorgelegten Akteninhalt und aus der mündlichen Verhandlung am 20. April 2017.

Aus dem vorgelegten Vertrag zwischen der Firma X GmbH und der Firma X X s.p. vom 09.12.2015 ergibt sich für die erkennende Richterin in Zusammenschau mit dem Vertrag beigefügten Leistungsverzeichnis, dass der Auftrag an die X Firma von vornherein nur Dämmarbeiten umfassen sollte. Auch die korrespondierenden Aufmaßblätter und Rechnungen weisen nur Positionen hinsichtlich Dämmarbeiten aus. Das umfangreiche Leistungsverzeichnis wurde in der mündlichen Verhandlung vom Rechtsvertreter des Bf auszugsweise dargelegt.

Dass in der Bestellung/Order Nr. X keine sprachliche Differenzierung zwischen Brandschotte und Dämmung vorgenommen wurde, ist für die erkennende Richterin lebensnah und schlüssig mit der Rechtfertigung des Bf zu erklären, dass bei dieser Bestellung eine vorgefertigte Drucksorte der Firma X GmbH verwendet wurde und darin im Wesentlichen nur mehr die Texte aus dem vom Bf übernommenen Auftrag ohne entsprechende Anpassung übernommen wurden.

Auch in den mit den Arbeitern aufgenommenen Personenblättern ist als ausgeübte Tätigkeit jeweils „Wärme- und Kältedämmung“ vermerkt.

Hinsichtlich der Nichterteilung von fachlichen und dienstlichen Weisungen durch den Obermonteur der Firma X GmbH, I V, an die X und serbischen Arbeiter der X Firma wird auf die glaubwürdige Aussage des in der Verhandlung zeugenschaftlich einvernommenen I V verwiesen.

Außerdem geht aus den mit den ausländischen Arbeitern aufgenommenen Personenblättern nicht hervor, was konkret der Inhalt dieser „Arbeitsanweisungen“ gewesen sein soll. Vielmehr schilderte der in der Verhandlung einvernommene Zeuge nachvollziehbar und glaubwürdig, dass er bei den jeweiligen Baubesprechungen in der Früh vor Ort dem X Obermonteur mitgeteilt hat, wann welcher Bauabschnitt für die Bearbeitung durch die X Firma freigegeben wird.

Der Aktenvermerk der Finanzpolizei vom 18.04.2016, wonach unter anderem Herr F W, Bauleiter der Firma X GmbH, angegeben habe, dass die Mitarbeiter der X Firma X s.p. kein eigenes Gewerk errichten und sie die Aufträge vom Mitarbeiter der X GmbH, Herrn I V, bekommen würden, wird von der erkennenden Richterin folgendermaßen beurteilt:
Ob ein eigenes Gewerk errichtet wird oder nicht, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung. Der angeblichen Auftragserteilung des Herrn M an die ausländischen Arbeiter ist entgegenzuhalten, dass Herr M aufgrund seiner Stellung in der Firma des Bf (keine Vertretungsbefugnis) zu keiner Auftragserteilung ermächtigt war. Ein Indiz für das Vorliegen von dienstlichen und fachlichen Anweisungen des Herrn M an die ausländischen Arbeiter ist in den Anmerkungen des Aktenvermerks nicht zu sehen.

IV. Rechtliche Erwägungen:

IV.1. Formale Einwände:

Zum Einwand, dass der angefochtene Bescheid von der unzuständigen Behörde erlassen worden wäre, wird ausgeführt:

Dem Bf ist beizupflichten, dass die Bezirksverwaltungsbehörde zuständige Behörde ist und die Bezirksverwaltung in der Statutarstadt Steyr vom Bürgermeister im übertragenen Wirkungsbereich wahrzunehmen ist.

Das angefochtene Straferkenntnis nennt im Briefkopf den Magistrat Steyr, die Fertigungsklausel lautet jedoch „Für den Bürgermeister“.

Gemäß § 18 Abs. 4 iVm § 58 Abs. 3 AVG hat jede schriftliche Ausfertigung, insbesondere auch jeder Bescheid, die Bezeichnung der Behörde, das Datum der Genehmigung und den Namen des Genehmigenden zu enthalten. Ausfertigungen in Form von elektronischen Dokumenten müssen mit einer Amtssignatur versehen sein; Ausfertigungen in Form von Ausdrucken von mit einer Amtssignatur versehenen elektronischen Dokumenten oder von Kopien solcher Ausdrucke brauchen keine weiteren Voraussetzungen zu erfüllen. Sonstige Ausfertigungen haben die Unterschrift des Genehmigenden zu enthalten; an die Stelle dieser Unterschrift kann die Beglaubigung der Kanzlei treten, dass die Ausfertigung mit der Erledigung übereinstimmt und die Erledigung gemäß § 18 Abs. 3 AVG genehmigt worden ist.

Nach dem Gesetz hat jede schriftliche Erledigung zunächst u.a. die Behörde zu bezeichnen, von welcher die Genehmigung stammt. Ob die Erledigung einer bestimmten Behörde bzw. welcher Behörde sie zuzurechnen ist, ist nach zutreffender Auffassung der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts anhand des äußeren Erscheinungsbildes, also insb. anhand des Kopfs, des Spruchs, der Begründung, der Fertigungsklausel und der Rechtsmittelbelehrung nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen. Es ist demnach nicht von Bedeutung, an welcher Stelle der Erledigung die Behörde genannt ist, sie muss also nicht im Spruch oder in der Unterschriftsklausel aufscheinen, allerdings doch aus der Erledigung selbst hervorgehen (Hengstschläger/Leeb, AVG² § 18, Rz 15 – Stand 1.1.2014, rdb.at).

Da, wie bereits ausgeführt, die Fertigungsklausel „Für den Bürgermeister“ lautet, ist aus dem Straferkenntnis anhand des äußeren Erscheinungsbildes die zuständige Behörde erkennbar.

Zum Einwand der fehlenden Bescheidbegründung:

Im Gegensatz zum Spruch stellt die Begründung des Bescheides kein wesentliches Bescheidmerkmal dar, sodass auch ihr vollständiges Fehlen die Bescheidqualität einer Erledigung nicht beeinträchtigt (Hengstschläger/Leeb, AVG² § 60, Rz 2 – Stand 1.7.2005, rdb.at). Somit ist dieser formale Einwand im Hinblick auf das Vorliegen einer rechtswirksamen Entscheidung unbeachtlich. Angemerkt werden darf jedoch, dass die Begründung eines Bescheides sich grundsätzlich nach den Vorgaben des § 60 AVG zu richten hat.

Aus den angeführten Gründen liegt daher ein rechtmäßiger Bescheid (Straferkenntnis) vor.

IV.2. Das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), StF: BGBL Nr. 459/1993, in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl I Nr. 152/2015 lautet:

Gemäß § 7i Abs. 4 AVRAG begeht, wer als

1. Arbeitgeber/In im Sinne der §§ 7, 7a, Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 entgegen § 7d die Lohnunterlagen nicht bereithält, oder
2. Überlasser/in im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich entgegen § 7d Abs. 2 die Lohnunterlagen dem/der Beschäftiger/in nicht nachweislich bereitstellt, oder
3. Beschäftiger/in im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung entgegen § 7d Abs. 2 die Lohnunterlagen nicht bereithält,

eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jede/n Arbeitnehmer/in mit einer Geldstrafe von 1.000 bis 10.000 Euro, im Wiederholungsfall von 2.000 bis 20.000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer/innen betroffen, für jede/n Arbeitnehmer/in von 2.000 bis 20.000 Euro, im Wiederholungsfall von 4.000 bis 50.000 Euro zu bestrafen.

Gemäß § 7 d Abs. 2 leg. cit. trifft bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen den/die inländische/n Beschäftiger/in. Der/Die Überlasser/in hat dem/der Beschäftiger/in die Unterlagen nachweislich bereitzustellen.

Gemäß § 3 Abs. 1 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) ist Überlassung von Arbeitskräften die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte.
Nach Abs. 2 ist Überlasser, wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet.
Beschäftiger ist gemäß Abs. 3, wer Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt.
Abs. 4 zufolge sind Arbeitskräfte 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.

Der Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung ist in § 4 AÜG geregelt. 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 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.

IV.3. Der Verwaltungsgerichtshof hat sich anhand dieser gesetzlichen Bestimmung bereits mehrfach mit der Frage des Vorliegens einer Arbeitskräfte-überlassung auseinandergesetzt:

Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist zufolge § 4 Abs. 1 AÜG der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.
Nach Abs. 2 dieser Gesetzesstelle 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 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.
Wie der VwGH wiederholt dargelegt hat (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 17.11.1994, Zl. 94/09/0223, und vom 21.3.1995, Zl. 94/09/0097) ist für die Abgrenzung zwischen Werkverträgen, deren Erfüllung im Wege einer Arbeitskräfteüberlassung iSd AÜG stattfindet, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, grundsätzlich eine Gesamtbetrachtung der Unterscheidungsmerkmale notwendig. Das Vorliegen einzelner, auch für das Vorliegen eines Werkvertrages entsprechender Sachverhaltselemente ist in diesem Sinne nicht ausreichend, wenn sich aus den Gesamtumständen unter Berücksichtigung der jeweiligen wirtschaftlichen Interessenlage Gegenteiliges ergibt (vgl. das hg. Erkenntnis v. 19.09.1998, Zl. 97/09/0150). Es kann Arbeitskräfteüberlassung iSd § 4 Abs. 2 AÜG aber auch vorliegen, wenn keine organisatorische Eingliederung der Arbeitskräfte in den Betrieb des Werkbestellers besteht, stellt doch dieses Tatbestandsmerkmal (iSd Z 3 leg.cit.) nur eines von vier möglichen Merkmalen der Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte dar (vgl. hiezu die hg. Erkenntnisse v. 17.07.1997, Zl. 95/09/0218, v. 18.03.1998, Zl. 96/09/0131, und vom 22.10.1996, Zl. 94/08/0178) [VwGH 18.11.1998, 96/09/0281].

Ist der Tatbestand auch nur einer der vier Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG erfüllt, liegt eine Arbeitskräfteüberlassung iSd AÜG vor, selbst wenn die zugrunde liegende Vereinbarung zivilrechtlich als Werkvertrag einzustufen wäre (ständige Judikatur; vgl. jüngst den hg. Beschluss v. 21.07.2016, Zl. Ra 2016/11/0090, mit Verweisen auf die hg. Erkenntnisse v. 10.03.1998, Zl. 95/08/0345, v. 18.04.2002, Zl. 2002/09/0063, und vom 19.05.2014, Zl. Ro 2014/09/0026) [VwGH 06.09.2016, Ra 2016/11/0110].

IV.4. Auch der Europäische Gerichtshof hat Grundsätze für die Unterscheidung zwischen Entsendungen und Arbeitskräfteüberlassungen gebildet:

Unter diesen Umständen ist die erste Frage so zu verstehen, dass das vorlegende Gericht wissen möchte, auf welche Gesichtspunkte bei einem Vertragsverhältnis wie dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden abzustellen ist für die Feststellung, ob dieses Vertragsverhältnis als Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 einzustufen ist.

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

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

Hierbei ist zu beachten, dass ein Dienstleistungserbringer grundsätzlich eine Leistung erbringen muss, die mit den Vorgaben des Vertrags übereinstimmt, sodass die Folgen der Erbringung einer nicht vertragsgemäßen Leistung von dem Dienstleistungserbringer getragen werden müssen. Dem zufolge ist bei der Feststellung, ob der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung die Entsendung des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat ist, insbesondere jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen, dass der Dienstleistungserbringer nicht die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich festgelegten Leistung trägt.

Ergibt sich daher aus dem Vertrag, dass der Dienstleistungserbringer verpflichtet ist, die vertraglich vereinbarte Leistung ordnungsgemäß auszuführen, ist es grundsätzlich weniger wahrscheinlich, dass es sich um eine Arbeitskräfteüberlassung handelt, als wenn er die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung dieser Leistung nicht zu tragen hat.

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

Zudem kann der Umstand, dass es dem Dienstleistungserbringer frei steht, die Zahl der Arbeitnehmer zu bestimmen, deren Entsendung in den Aufnahmemitgliedstaat er für sachgerecht hält – was nach den Bemerkungen, die die Beklagten des Ausgangsverfahrens in der mündlichen Verhandlung gemacht haben, im Ausgangsverfahren der Fall zu sein scheint -, dafür sprechen, dass der Gegenstand der betreffenden Leistung nicht der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat ist, sondern dieser Wechsel mit der Erfüllung der in dem in Rede stehenden Vertrag vereinbarten Leistung einhergeht, und dass es sich somit um eine

Entsendung von Arbeitnehmern im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 96/71 handelt.
Hingegen liefen im Ausgangsverfahren weder der Umstand, dass der Dienstleistungserbringer nur einen einzigen Kunden im Aufnahmemitgliedstaat hat, noch die Tatsache, dass er die Räumlichkeiten, in denen die Dienstleistung erbracht wird, und die Maschinen mietet, einen sachgerechten Hinweis für die Beantwortung der Frage, ob der tatsächliche Gegenstand der in Rede stehenden Erbringung von Dienstleistungen der Wechsel von Arbeitnehmern in diesem Mitgliedstaat ist.
Was sodann die dritte Voraussetzung angeht, die der Gerichtshof im Urteil X u.a. (C-307/09 – C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 51), aufgestellt hat, so ist, wie die Generalanwältin in Nr. 55 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, zwischen der Beaufsichtigung und Leitung der Arbeitnehmer selbst und der vom Kunden durchgeführten Überprüfung der ordnungsgemäßen Erfüllung eines Dienstleistungsvertrages zu unterscheiden. Bei der Erbringung von Dienstleistungen ist es nämlich üblich, dass der Kunde überprüft, ob die Dienstleistung vertragsgemäß erbracht wird. Zudem kann der Kunde bei der Erbringung von Dienstleistungen den Arbeitnehmern des Dienstleistungserbringers bestimmte allgemeine Anweisungen erteilen, ohne dass damit in Bezug auf diese Arbeitnehmer die Ausübung einer Leitungs- und Aufsichtsbefugnis im Sinne der dritten im Urteil X u.a. (C-307/09 – C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 51) genannten Voraussetzung verbunden ist, sofern der Dienstleistungserbringer seinen Arbeitnehmern die genauen und individuellen Anweisungen erteilt, die er für die Ausführung der betreffenden Dienstleistungen für erforderlich hält (EuGH 18.06.2015, C-586/13, Martin Meat Kft; vgl. auch X, C-307/09, C-308/09, C-309/09 v. 10.02.2011).

IV.5. Während also der VwGH davon ausgeht, dass eine Arbeitskräfteüberlassung iSd AÜG vorliegt, wenn der Tatbestand auch nur einer der vier Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG erfüllt ist, selbst wenn die zugrundeliegende Vereinbarung zivilrechtlich als Werkvertrag einzustufen wäre, geht der Europäische Gerichtshof davon aus, dass die Überlassung eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung ist, bei der der entsandte Arbeitnehmer im Dienst des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens bleibt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem verwendenden Unternehmen geschlossen würde; ihr wesentliches Merkmal besteht darin, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens ist und dass der Arbeitnehmer seine Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnimmt [siehe dazu Rebhahn/Schörghofer, Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung im Lichte des Urteils X, wbl 2012, 373ff; Krömer, Entsendung oder grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung? Die Gretchenfrage des LSD-BG, ecolex 2016, 660ff].

Die Generalanwältin E S führte in ihren Schlussanträgen vom 15.1.2015 in der Rechtssache C-586/13, M M zu diesen unterschiedlichen Auslegungsansätzen aus, dass der VwGH vermutlich davon ausgegangen sei, dass die Rechtslage nach dem Unionsrecht als „acte clair“ zu betrachten sei (Schlussanträge vom 15.1.2015, Rs C-586/13, Martin Meat, Rz 59-60).

IV.6. Im Hinblick auf die Auslegung von § 4 Abs. 2 AÜG ergibt sich somit nachfolgendes Bild:

IV.6.1. Nach § 4 Abs. 2 Z 1 AÜG stellt sich zunächst die Frage, ob die Arbeitskräfte des X Unternehmens ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers, also des Bf, in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen, oder an dessen Herstellung mitwirken.

Im vorliegenden Fall hat sich ergeben, dass die Firma X sämtliche Dämmarbeiten beim Bauvorhaben X verrichtet hat. Im Gegensatz dazu hat die Firma des Bf auf der genannten Baustelle sämtliche Brandschutzarbeiten (Herstellung von Brandschotten) ausgeführt. Dass die Firma X nur für die Dämmarbeiten beauftragt war, ergibt sich aus dem vorgelegten Auftrag in Zusammenschau mit dem beiliegenden Leistungsverzeichnis, den korrespondierenden Rechnungen und Aufmaßblättern.

Zusammengefasst hat das X Unternehmen jeweils ein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk hergestellt, sodass (selbst) nach der Bestimmung der § 4 Abs. 2 Z 1 AÜG von einem Werkvertrag und nicht von Arbeitskräfteüberlassung der ausländischen Arbeiter auszugehen ist.

IV.6.2. § 4 Abs. 2 Z 2 AÜG regelt, dass Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch dann vorliegt, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten.

Zur Bereitstellung des Materials hat sich ergeben, dass dieses vom Unternehmen des Bf beigestellt wurde. Dadurch ist die Bedingung des § 4 Abs. 2 Z 2 AÜG auch nur zum Teil erfüllt (vgl. VwGH 22.02.2006, Zl. 2002/09/0163).

IV.6.3. Gemäß § 4 Abs. 2 Z 3 AÜG liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen.

Die ausländischen Arbeiter des X Unternehmens waren organisatorisch nicht in das Unternehmen des Bf eingegliedert. Das Beweisverfahren hat ergeben, dass die ausländischen Arbeiter nicht der Fachaufsicht des Bf bzw. eines seiner Mitarbeiter unterstanden sind. Der Vorarbeiter der Firma des Bf I V teilte dem

Vorarbeiter der X Firma bei den Baubesprechungen lediglich mit, wann welcher Bauabschnitt zur weiteren Bearbeitung freigegeben wird. Dadurch wurden von I V jedoch keine fachbezogenen oder dienstlichen Anweisungen an die ausländischen Arbeiter des X Unternehmens erteilt.

Zusammengefasst waren die X Arbeitnehmer somit nicht organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert und unterstanden auch nicht dessen Dienst- und Fachaufsicht, sodass Arbeitskräfteüberlassung iSd § 4 Abs. 2 Z 3 AÜG nicht gegeben ist.

IV.6.4. Gemäß § 4 Abs. 2 Z 4 AÜG liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet.

Gegenständlich wurden im Vertrag mit dem X Unternehmen Gewährleistungs-, Haftungs- und Schadenersatzvereinbarungen abgeschlossen.

Zur Sicherstellung der Gewährleistung wurde ausdrücklich ein 5%iger Haftrücklass geregelt.

Zusammengefasst haftet das X Unternehmen für den Erfolg der Werkleistung, sodass Arbeitskräfteüberlassung iSd § 4 Abs. 2 Z 4 AÜG ausscheidet.

IV.6.5. 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 (Gesamtbetrachtung; vgl. VwGH 21.3.1995, 94/09/0097).

Das Vorliegen einzelner, auch für das Vorliegen eines Werkvertrages sprechende Sachverhaltselemente ist in diesem Sinne nicht ausreichend, wenn sich aus den Gesamtumständen unter Berücksichtigung der jeweiligen wirtschaftlichen Interessenlagen Gegenteiliges ergibt (VwGH 16.9.1998, 97/09/0150).

Im vorliegenden Fall spricht nicht nur das äußere Erscheinungsbild für einen Werkvertrag. Nicht nur die einzelnen Vertragsbestimmungen (Gewährleistung, Haftung, etc.) führen zur Qualifikation als „echter Werkvertrag“. Auch die tatsächliche Ausführung und die gelebte Praxis auf der Baustelle zeigen, dass ein Werkvertrag nicht nur beabsichtigt war, sondern auch die Ausführung erfolgte im Wege eines Werkvertrages.

Das durchgeführte Beweisverfahren hat ergeben, dass sowohl durch die Beschreibung des Auftragsgegenstandes als auch die Abrechnung nach Festpreisen und nicht nach geleisteten Arbeitsstunden, die Gewährleistungs- und

Haftungsfragen, die Nichteinbindung der ausländischen Arbeiter in die Betriebsorganisation des Bf, die Haftung des X Unternehmens gegenüber der Firma des Bf sprechen für das Vorliegen eines Werkvertrages.

Insgesamt führt daher auch eine Abwägung im Sinne einer Gesamtbetrachtung zum Vorliegen eines Werkvertrages und damit zu einer Entsendung der ausländischen Arbeiter.

IV.6.6. Im Ergebnis hat sich ein Verstoß gegen die Bestimmungen das AÜG nicht erwiesen und ist vom Vorliegen einer Entsendung auszugehen. Als Konsequenz liegt auch kein Verstoß gem. § 7i Abs.4 Z. 3 AVRAG vor, da von keiner grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung auszugehen ist. Im Lichte der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes war der Beschwerde Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Strafverfahren einzustellen. Es erübrigen sich daher Ausführungen über den widersprüchlich abgefassten Spruch (sh. Beschwerde) des angefochtenen Straferkenntnisses.

IV.6.7. Nach der Rechtsprechung des EuGH ergibt sich, dass eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind. Erstens muss es sich bei der Überlassung von Arbeitskräften um eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung handeln, bei der der entsandte Arbeitnehmer im Dienst des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens bleibt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem verwendenden Unternehmen geschlossen wird. Zweitens muss das wesentliche Merkmal dieser Überlassung darin bestehen, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens ist. Drittens muss der Arbeitnehmer im Rahmen einer solchen Überlassung seine Aufgabe unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnehmen.

Gegenständlich sind zwar erstens die ausländischen Arbeitnehmer im Dienst des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens geblieben und wurde ein Arbeitsvertrag mit dem Unternehmen des Bf nicht geschlossen, allerdings war zweitens der Wechsel der Arbeitnehmer in den Aufnahmemitgliedstaat nicht der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens, sondern die Verrichtung von sämtlichen Dämmarbeiten auf der Baustelle X und mussten drittens die Arbeiter ihre Aufgabe nicht unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnehmen, sondern blieb unter der Aufsicht des entsendenden Unternehmens.

Die vom EuGH entwickelten Kriterien müssen kumulativ erfüllt sein und genügt es anders als nach § 4 Abs. 2 AÜG nicht, wenn nur eines der Kriterien erfüllt ist Im vorliegenden Fall ist nur das erste Kriterium erfüllt, während das zweite und das dritte Kriterium ausscheiden.

Im Ergebnis liegt daher aus europarechtlicher Sicht jedenfalls Entsendung und keine Arbeitskräfteüberlassung vor, sodass der Beschwerde Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Strafverfahren einzustellen war.

IV.6.8. Somit ergibt sich zusammengefasst, dass unabhängig davon, welcher Rechtsauffassung man folgt – der des VwGH oder jener des EuGH – von einer Entsendung der ausländischen Arbeitnehmer auszugehen ist.

IV.6.9. Im Ergebnis war somit spruchgemäß zu entscheiden, der Beschwerde Folge zu geben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen. Der Bf hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde noch zum Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

V.1. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

V.2. Darüber hinaus steht die vorliegende Entscheidung sowohl im Einklang mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (siehe V.3.) als auch mit jener des EuGH (V.4.).

V.3. Die vorliegende Entscheidung beruht außerdem auf einem konkreten und für den Einzelfall festgestellten Sachverhalt, der das Ergebnis einer individuellen Beweiswürdigung (Vertragsunterlagen, Zeugenaussagen) ist. Die konkrete Vertragsauslegung ist stets einzelfallbezogen und einer Revision nicht zugänglich (vgl. OGH RS0042769, RS0042936, RS0044298, RS0044358). Auch aus diesem Grund war die ordentliche Revision für unzulässig zu erklären.

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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Saxinger