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

Geschäftszeichen:
LVwG-302210/14/KL/CG

Datum:
Linz, 16. Mai 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde der F F, vertreten durch G, M, L, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 17. Dezember 2018, GZ: 0012739/2017, wegen einer Verwaltungsübertretung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) nach öffentlicher mündlicher Verhandlung am 27. Februar 2019

zu Recht:

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

II. Es entfallen Verfahrenskostenbeiträge.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 17.12.2018, GZ: 0012739/2017, wurde über die Beschwerdeführerin eine Geldstrafe von 500 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 16 Stunden, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz verhängt, weil sie als Mitglied des Vorstandes der Firma „X" X registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, A, L, welche für die Erfüllung der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes keinen Bevollmächtigten bestellt hat und somit als nach § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche, folgende Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten hat:

„Sie haben als Arbeitgeberin zu den angeführten Zeiten nachstehende Person, mit nicht österreichischer Staatsbürgerschaft beschäftigt, welche vom Unternehmen K B, E, W, im Zuge einer Arbeitskräfteüberlassung an die o.a. Firma überlassen wurde (Arbeitskräfteüberlassung iSd. § 3 AÜG), obwohl dem überlassenden Unternehmen für diesen Arbeitnehmer weder eine dafür gültige Beschäftigungsbewilligung oder eine Entsendebewilligung erteilt noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder der Ausländer weder eine für diese Beschäftigung gültige ‚Rot-Weiß-Rot – Karte', ‚Blaue Karte EU', ‚Aufenthaltsbewilligung – Künstler', noch eine ‚Rot-Weiß-Rot - Karte plus', ‚Aufenthaltsberechtigung plus', einen Befreiungsschein (§ 4c), oder einen Aufenthaltstitel ‚Familienangehöriger' oder ‚Daueraufenthalt – EU' besitzt.

Herr J M, geb. X, Staatsbürgerschaft Kosovo, wohnhaft: F, L, am 03.01.2017 von 12:30 bis 14:30 Uhr, 04.01.2017 von 09:00 bis 12:00 Uhr, 05.01.2017 von 03:00 bis 05:00 Uhr, 06.01.2017 von 04:00 bis 07:00 Uhr, 09.01.2017 von 02:00 bis 04:00 Uhr, 10.01.2017 von 01:00 bis 03:00 Uhr, 12.01.2017 von 04:00 bis 07:00 Uhr, 13.01.2017 von 03:00 bis 06:00 Uhr, 16.01.2017 von 12:00 bis 04:00 Uhr, 17.01.2017 von 04:00 bis 07:00 Uhr und am 19.01.2017 von 02:00 bis 05:00 Uhr, als Arbeiter im Winterdienst (Schneeräumungsarbeiten), gegen Entgelt (Anspruch iSd. § 29 AuslBG), beschäftigt.

Für den angeführten Zeitraum verfügte der angeführte Beschäftigte über keine für diese Tätigkeit gültige arbeitsmarktrechtliche Bewilligung und war somit iSd. angeführten gesetzl. Bestimmungen unberechtigt beschäftigt."

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und die ersatzlose Aufhebung des Straferkenntnisses und Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens, in eventu die angemessene Herabsetzung der Strafe beantragt.
Begründend wurde im Wesentlichen örtliche Unzuständigkeit der das Verwaltungsstrafverfahren durchführenden Behörde eingewendet, da als Tatort der Ort der Beschäftigung anzusehen sei von wo aus entsprechende Dispositionen

getroffen hätten werden müssen. Richtig sei, dass die Beschwerdeführerin Vorstandsmitglied der X – X reg.Gen.m.b.H. (kurz: X) sei, welche Dienstleistungen im Winterdienst sowohl für private als auch für gewerbliche Kunden, Wohnungsgenossenschaften etc. anbietet. Mit ihren Kunden schließe die X überwiegend Pauschalverträge für die Durchführung des Winterdienstes in einer Saison ab, wofür den Kunden der vereinbarte Pauschalpreis für die notwendigen Räumungs- und Streuarbeiten bei den vergebenen Objekten in der Zeit vom 1.11. bis 31.3. des Folgejahres in Rechnung gestellt wird. Die X trage daher in den meisten Fällen das wirtschaftliche Risiko eines strengen oder milden Winters. Sie übernimmt auch vereinbarungsgemäß die Haftung im Falle von Schäden nach Schadensfällen im Rahmen der gegebenen Vertragshaftung. Da die X nicht sämtliche zu betreuenden Objekte mit eigenen Mitarbeitern abdecken könne, arbeite sie auch mit selbständigen Subunternehmern zusammen. So sei mit dem Unternehmen K hinsichtlich der Winterdienstsaison 2016/2017 eine Vereinbarung getroffen worden, nach welcher eine Liste von exakt definierten Objekten zur eigenverantwortlichen selbständigen Ausführung erforderlicher Winterdienstarbeiten an die Fa. K vergeben wurde. Konkret habe die Zusammenarbeit die Kontaktstelle im X E und X W betroffen. Aus 2 Listen ergebe sich, welche Objekte die Fa. K im Detail zu betreuen habe. Zu keinem Zeitpunkt seien der X vom Unternehmen K Arbeitnehmer überlassen worden bzw. von X ein ausländischer Arbeitnehmer der Fa. K beschäftigt worden und sei zu keiner Zeit weder schriftlich noch mündlich eine Arbeitskräfteüberlassung vereinbart worden. X sei zu keinem Zeitpunkt informiert gewesen, welche Arbeitnehmer K für die tatsächliche Ausführung der Winterdienstarbeiten einsetzt. Ansprechpartner für X war ausschließlich Herr K. Mit diesem gebe es eine Pauschalentgeltvereinbarung im Betrag von 4.500 Euro netto monatlich sowohl für das Betreuungsgebiet X E als auch für das Betreuungsgebiet X W. Dieser Betrag ist monatlich im Zeitraum November 2016 bis März 2017 unabhängig vom tatsächlichen Arbeitsanfall vereinbart. Die Wahl der konkret eingesetzten Personen sei vollkommen der Fa. K überlassen. Dieser habe selbst seine Arbeit eingeteilt und seinen Arbeitnehmern mitgeteilt, wo sie fahren sollten. X hatte zu diesen Arbeitnehmern keinen Kontakt und war nicht weisungsbefugt. Witterungsbedingt sei von X ein Einsatzbefehl an K per SMS erfolgt und durch diesen bestätigt worden. Lediglich für das Betreuungsgebiet des X W seien von K für seine Mitarbeiter Stundenlisten zu führen gewesen, in welchem Rayon aber J M nicht tätig gewesen sei. Die Stundenlisten seien nicht für Abrechnungszwecke zwischen X und K von Bedeutung gewesen, da pauschal eine Abgeltung monatlich vereinbart worden sei, sondern nur für Haftungszwecke erforderlich.

Räum- und Streufahrzeuge sowie Jacken seien K zur Verfügung gestellt worden, wobei die erforderlichen Schlüssel sowohl für die Fahrzeuge als auch für die Garagenräume ausschließlich K übergeben worden seien. Es sei aber für die Frage, ob ein Werkvertrag oder Arbeitskräfteüberlassung vorliege, nicht entscheidend wer Eigentümer der Arbeitsmittel sei. Eine Festlegung der Einsatzorte sei lediglich zu Beginn der Wintersaison durch die Objektlisten als Vertragsgegenstand des

Werkvertrages erfolgt. X habe professionelle Informationen über die Witterungslage durch den Wetterdienst und somit darüber, wann Winterdiensteinsätze erforderlich wären. Diese Wetterinformationen seien an die Subunternehmer weitergegeben worden. In welcher Art, ob Räumung und Streuung oder nur Streuung und mit wie vielen Mitarbeitern sei aber nicht von X entschieden worden, sondern sei ausschließlich in der Verantwortung von K gelegen. Auch seien keine Kontrollen über die durchgeführten Arbeiten des K erfolgt, sondern seien lediglich Beanstandungen von Kunden der X an K weitergegeben worden, da dieser für die von ihm betreuten Objekte verantwortlich gewesen sei und auch Regressmöglichkeit der X im Fall der Inanspruchnahme von Kunden oder dritten Personen bei Schadensfällen im Bereich dieser Objekte gegeben gewesen sei.
Die Arbeitskräfte seien nicht im Betrieb der X beschäftigt gewesen. Es habe eindeutig abgrenzbare Objekte gemäß den Objektlisten gegeben. Die Mitarbeiter von K seien nicht weisungsgebunden gegenüber der X gewesen, sondern hätten gemäß den Anweisungen des K agiert.
Räum- und Streufahrzeuge seien im Eigentum von X gewesen, aber für die gesamte Saison zur ausschließlichen Benützung der Fa. K überlassen gewesen. Auch sei nicht ausgemacht gewesen, dass K diese Geräte nur für die im Rahmen des Werkvertrags mit X zu betreuenden Objekte einsetzen dürfe. Vielmehr hätte K die Gerätschaften zur ausschließlichen Benutzung erhalten, sodass X für die Dauer des Vertrages keine Verfügungsmöglichkeit über diese Gerätschaften gehabt habe.

Überdies wurde die Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 Abs. 4 VStG und die örtliche Unzuständigkeit der Behörde eingewendet. Schließlich wurde auch die mangelhafte Konkretisierung des Spruches des Straferkenntnisses gemäß § 44a VStG bemängelt.

3. Der Magistrat der Landeshauptstadt Linz hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme, insbesondere in den Strafantrag des Finanzamtes samt Niederschriften und Beilagen sowie durch Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 27. Februar 2019, zu welcher die Verfahrensparteien geladen wurden und ausgenommen der Beschwerdeführerin zur Verhandlung erschienen sind. Die Beschwerdeführerin hat durch ihren Rechtsvertreter an der Verhandlung teilgenommen. Weiters wurden die Zeugen J M-K, M J und R R geladen und einvernommen. Der weiters geladene Zeuge B K ist unentschuldigt zur Verhandlung nicht erschienen. Von einer weiteren Einvernahme

konnte im Grunde der Zeugenaussagen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung Abstand genommen werden.

4.1. Folgender Sachverhalt steht als erwiesen fest und wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Die X X-Service registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (kurz: X), ab 13.5.2017 X Service eGen. benannt, hat ihren Sitz in L, A. Zum Kontrollzeitpunkt 23.1.2017 sowie im Tatzeitraum Jänner 2017 verfügte sie über 12 zur Vertretung nach außen befugte Vorstandsmitglieder, zu welchen auch die Beschwerdeführerin zählt. Die X steht im Eigentum ihrer 45 Mitglieder (Genossenschafter). Die X ist in ganz Oberösterreich tätig, hat allerdings 23 Außenstellen, nämlich 23 X, welche selbständige Vereine sind und aufgrund eines Arbeitsübereinkommens mit der X für diese tätig sind. Diese 23 X tätigen das operative Geschäft, haben den direkten Kundenkontakt und rechnen auch die Dienstleistungen ab. Es tritt der jeweilige X (Verein; z.B. X E, X W usw.) im Namen der X auf, schließt namens der X einen Vertrag mit dem Kunden über die jeweilige Dienstleistung ab, legt Rechnung namens der X an die Kunden, führt die Gespräche mit den Arbeitskräften durch, verwaltet die Maschinen und Arbeitsmittel, die im Eigentum der X stehen. Die Kunden wenden sich direkt an den Verein X, z.B. X E. Dieser bietet Dienstleistungen in verschiedenen Bereichen an und sind daher die Mitarbeiter spezialisiert und wickeln dann je nach Spezialisierung die Kundenkontakte ab. Hinsichtlich Winterdienst werden dann die entsprechenden Objekte gewissen Regionen zugeteilt. Die Dienstleistungen an den Objekten werden teils von eigenen Mitarbeitern des X, teils von Subunternehmern erbracht. Sind nicht ausreichend eigene Arbeitnehmer vorhanden, sind neue Subunternehmer erforderlich. Die Mitarbeiter des X sind Arbeitnehmer der X in dem Sinn, dass der X die Auswahl trifft, das Arbeitsverhältnis namens der X abschließt, der Beschäftigte aber einen schriftlichen Arbeitsvertrag mit der X als benannten Arbeitgeber bekommt, aber konkret dem jeweiligen X (Verein) zur Verfügung steht und seitens des X direkt auf ihn zugegriffen werden kann und Anweisungen getroffen werden. In Oberösterreich werden durch den X 9.200 Objekte hinsichtlich Winterdienst betreut und sind diese in EDV-Listen aufgelistet. Sie werden bestimmten Regionen zugeordnet, wobei z.B. auch Gebiete von P und L zum X E zählen. Die X hat im Gebiet des X E ca. 140 eigene Arbeitskräfte für den Winterdienst zur Verfügung, für das Gebiet des X W ca. 130 eigene Arbeitskräfte. Da weit mehr Aufträge bestehen, werden dann Subunternehmer herangezogen, die auch genaue Objektlisten haben, wobei es sich dabei um andere Objekte handelt als jene, die vom X mit eigenen Arbeitskräften betreut werden. Eine solche Subfirma war die K R bzw. das Unternehmen des Herrn K. Dieser ist an den X W herangetreten. Es wurde daher auch K eine Objektliste ausgehändigt hinsichtlich bestimmter Gebiete des X E und, da er auch für den X W arbeitete, auch hinsichtlich des X W.

Da K an den X im Oktober 2016 herangetreten ist, gab es für die Wintersaison, nämlich 1. November 2016 bis 31. März 2017 eine Vereinbarung hinsichtlich Winterdienst, wofür ein Pauschalentgelt von 4.500 Euro monatlich pro Gebiet vereinbart wurde, unabhängig davon ob und wieviel an Dienstleistung anfällt. Es wurde ihm für jedes Gebiet eine Objektliste ausgehändigt.
Hinsichtlich Kundenreklamationen gibt es eine Hotline der X und werden Reklamationen bei Objekten, die von Subunternehmern betreut werden, an die Subunternehmer weitergegeben. Auch sind die Subunternehmer haftbar für Sachschäden oder Personenschäden. Im Haftungsfall wird vom Subunternehmer Regress gefordert. Konkret gibt es aber eine Betriebshaftpflichtversicherung der X auch für jene Fälle, in denen der Subunternehmer ausfällt.
Bei Vertragsabschluss mit dem Subunternehmer wird dieser auf gewisse Arbeitserfordernisse (nach den eigenen Erfahrungen) hingewiesen, also auch hinsichtlich der erforderlichen Zahl von Arbeitskräften. Wieviel Arbeitskräfte der Subunternehmer tatsächlich beschäftigt und im Gebiet einsetzt, ist der X bzw. dem X dann nicht bekannt. Auch Namen der Arbeitnehmer des Subunternehmers sind der X bzw. dem X nicht bekannt. Bei Beauftragung des Subunternehmers gibt es nur einen Ansprechpartner des Subunternehmens, mit dem die Vereinbarung abgeschlossen wird und dem Reklamationen weitergegeben werden. Es gibt keinen Kontakt zu Arbeitnehmern des Vertragspartners. Bei Unzufriedenheit eines Kunden wird vom Kunden beim Entgelt ein Abzug gemacht, welcher auch dem Subunternehmer entsprechend weitergegeben wird. Subunternehmer sind nicht verpflichtet, die Geräte des X zu verwenden, allerdings haben viele Subunternehmer keine eigenen Geräte zur Verfügung und werden daher die Geräte des X dem Subunternehmer, nicht jedoch einem jeweiligen Arbeitnehmer, zur Verfügung gestellt. Es wird daher in der Regel das Gerät vor dem 1. November abgeholt und dann am 31. März zurückgestellt. In diesem Zeitraum besteht keine Verfügungsmöglichkeit des X über das Gerät und auch keine Kenntnis über dessen Verwendung. Eine vertragliche Regelung über die Geräteverwendung gibt es nicht.
Mit dem Subunternehmen K wurde eine mündliche Vereinbarung getroffen. Einen schriftlichen Vertrag gibt es nicht. K bekam vom X E Geräte und Fahrzeuge zur Verfügung, nämlich 2 Renault Kangoo und einen Traktor für 3 Touren in E sowie vom X W 3 Traktoren und 1 Auto mit Schneepflug und Streugerät für 4 Touren in W. Seitens des X E wurden dann auch mit K die Objekte abgefahren und mit ihm besprochen, dass erfahrungsgemäß für dieses Gebiet 4 – 5 Mitarbeiter erforderlich seien.
Seitens K wurde dann der kosovarische Dienstnehmer J M, der schon 2016 für die Fa. K gearbeitet hat, dann im Jänner 2017 für Schneeräumung und Streuung eingesetzt, nämlich für die Gebiete L und P für 1 -2 Stunden. Es gab eine Liste der Objekte in L und P, die dem Arbeiter übergeben wurde. Die einzelnen Örtlichkeiten wurden zu Beginn der Tätigkeit im Jänner 2017 mit K abgefahren und von diesem gezeigt. Der Arbeiter hat seine geleisteten Stunden aufgezeichnet. Er arbeitete nicht regelmäßig, weil er auch Verpflichtungen auf der Universität hatte. In diesem Fall wurde jemand anderer eingesetzt. Am Ende des Monats wurden die

Stundenaufzeichnungen Herrn K übergeben und wurde der Arbeiter von ihm pro geleisteter Stunde bezahlt. Es gibt auch einen diesbezüglichen Lohnzettel. Der Arbeiter hat sich selbst zur Sozialversicherung angemeldet. Im Krankheitsfall hätte er Herrn K Bescheid gegeben. Der Arbeiter befand sich in Bereitschaft und wurde dann nachts von K zum Einsatz angerufen, wobei aufgrund der Liste feststand, für welche Örtlichkeiten er zuständig ist. Auch sagte K, dass bei nur wenig Schnee nur zu streuen sei, bei mehr Schnee ist zu räumen und zu streuen. Herr K hat je Einsatz gesagt was genau zu tun ist. Außer von K bekam der Arbeiter von keinen weiteren Personen Anweisungen und hat auch ausgenommen mit einem Freund, der ebenfalls bei K beschäftigt war, mit keiner anderen Person zusammengearbeitet.
Das zu verwendende Fahrzeug wurde von K an den Arbeiter zur Verfügung gestellt, welches in der Folge dann beim Arbeiter verblieb, da dieser nie wusste, ob er zum Einsatz komme. Er hatte immer dasselbe Fahrzeug in Einsatz. Der Dienstnehmer wusste, dass K für den X E arbeitet. Auch auf dem Fahrzeug stand X E. Die Betankung des Fahrzeuges erfolgte entweder durch den Dienstnehmer selbst, wobei er dann das Geld von K bekam, oder wurde das Geld von vornherein von K für die Betankung zur Verfügung gestellt. Eine Kontrolle erfolgte durch K, insbesondere wenn noch einmal eine Straße geräumt werden musste oder noch sauberer gemacht werden musste.
Das Streugut war ebenfalls vom X und wurde vom Dienstnehmer an einem bestimmten Platz in L abgeholt. Es stand auch dort der Name des X drauf und waren auch andere Fahrzeuge des X dort geparkt. Gerätschaften wie Schaufel und eine kleine Maschine zur Schneeräumung waren im Fahrzeug vorhanden.
Mit Beendigung der Tätigkeit Ende Jänner 2017 hat der Dienstnehmer das Fahrzeug und den Schlüssel für das Fahrzeug wieder Herrn K zurückgegeben.

Die X nimmt auch Dienste der ZAMG entgeltlich in Anspruch. Die entsprechenden Informationen werden zunächst den eigenen Dienstnehmern weitergeleitet, so z.B. ob Regen oder Schneefall zu erwarten ist. Dieser Service wird auch den Subunternehmern angeboten. Die Informationen beziehen sich auf Xgebiete bzw. mehrere Gemeinden. Die X hat Aufsichtspersonen, die sich erkundigen, wo genau ein Einsatz erforderlich ist, und werden dann entsprechend die eigenen Arbeitnehmer ausgeschickt. Hinsichtlich der Subunternehmer hat dann der jeweilige Subunternehmer zu entscheiden, ob und wie ein Einsatz erforderlich ist. So prüft auch K, wenn er einen Auftrag zur Ausfahrt per SMS bekommt, ob ausgefahren wird, schaut sich selbst die Verhältnisse an und teilt dann die Arbeiten ein und entscheidet, ob hinsichtlich der ihn betreffenden Objekte eine Räumung oder Räumung und Streuung erforderlich ist und gibt dann entsprechende Anweisung an den Dienstnehmer. Manchmal wird auch nicht ausgefahren.
Die Kontrolle der X betrifft die eigenen Arbeiternehmer; Reklamationen kommen aber meist direkt von den Kunden.
Die Rechnung legt der Subunternehmer bei einer zentralen Einlaufstelle bei der X; sie wird dort erfasst und dann aber von dem nach der Region zuständigen Verein vor Ort geprüft und freigegeben. Die Überweisung erfolgt durch die X.

Mit Bescheid des Arbeitsmarktservice W vom 13. Dezember 2016 wurde der Z A, L, als Arbeitgeberin die Beschäftigungsbewilligung für den kosovarischen Staatsangehörigen M J für die berufliche Tätigkeit als Reinigungskraft für die Zeit vom 13. Dezember 2016 bis 12. Dezember 2017 erteilt. K war bis 2.1.2017 Dienstnehmer bei A Z (seine Tochter), hat aber die Vereinbarungen hinsichtlich Winterdienst für W und E bereits abgeschlossen. Seit 23.12.2016 hat er das freie Gewerbe „Hausbetreuung, bestehend in der Durchführung einfacher Reinigungstätigkeit einschließlich objektbezogener einfacher Wartungstätigkeiten“ angemeldet und führt den Gewerbebetrieb seit 2.1.2017. Er hat den Betrieb von seiner Tochter übernommen und damit auch J von der Fa. A Z übernommen, wobei lt. AMS die Beschäftigungsbewilligung nun für seine Firma gilt.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich einwandfrei aus den im Akt aufliegenden Niederschriften und dem Bescheid des AMS sowie den Aussagen der in der mündlichen Verhandlung einvernommenen Zeugen. Es bestehen keine Anhaltspunkte, an der Glaubwürdigkeit der Zeugen zu zweifeln. Auch decken sich im Wesentlichen die Aussagen der einvernommenen Zeugen. Abgesehen davon, ob die Verständigung durch die X an K rückbestätigt werden musste und wurde oder nicht, wird auch vom einvernommenen Arbeiter J bestätigt, dass der Auftrag zur Ausfahrt und die genaueren Anweisungen, ob nur Räumung oder Schneeräumung und Streuung vorzunehmen ist, jeweils von K ergangen ist. Dies gibt auch K selbst bei seiner niederschriftlichen Einvernahme an. Diesbezüglich führt er auch aus, dass auch bei Rückmeldung über einen Einsatz er nicht jedes Mal ausfährt, sondern sich die Verhältnisse ansieht und dann entsprechend entscheidet. Auch wird von K ausgeführt, dass er die jeweiligen Räumungsgebiete den Arbeitnehmern zuteilt. Dies wird auch von J zeugenschaftlich bestätigt und auch von den weiteren Zeugen des X bestätigt, indem diese keine Kenntnis haben, welche Arbeiter konkret in welchem Gebiet tätig sind noch wie viele Arbeiter beim konkreten Einsatz tätig sind.
Auch wird vom Arbeiter J ausgeführt, dass er seine Anweisungen nur von K bekommt, keinen Kontakt zum X hat und auch nicht mit Personen des X zusammenarbeitet. Seine Anweisungen bekam er ausschließlich von K und hat er Abwesenheiten z.B. Krankheit diesem zu melden, sowie wenn er nicht Zeit für einen Einsatz hat.

Erwiesen durch die Zeugenaussagen ist aber auch, dass die zu betreuenden Objekte regional konkreten X zugeteilt waren und auch die zur Räumung erforderlichen Fahrzeuge und Streumittel vom jeweiligen für das Gebiet zuständigen X verwaltet werden und den Subunternehmern zur Verfügung gestellt werden, wobei eine Verwendung der Fahrzeuge und Geräte vom jeweiligen X nicht überwacht und überprüft wird. Auch die erforderliche Betankung der Fahrzeuge wird je X verschieden gehandhabt, seitens der Fahrzeuge des X E wird eine

Betankung durch den Subunternehmer vorgenommen, hinsichtlich X W wird die Betankung durch den X zur Verfügung gestellt.

Einhellig ist auch erwiesen, dass der Winterdienst nicht stundenweise oder einsatzweise abgerechnet wird, sondern in Pauschalbeträgen für ein Monat, wobei dabei die Zahl der eingesetzten Arbeiter nicht hervorgeht und auch das Risiko, ob und viele Einsätze oder keine Einsätze erfolgen, beim Subunternehmer liegt und jedenfalls die Pauschalabgeltung in Rechnung gestellt werden kann. Auch ist einhellig erwiesen, dass Mängel, die vom Kunden beim Entgelt in Abzug gebracht werden, jedenfalls an den Subunternehmer durch Abzug vom Entgelt weitergegeben werden.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Gemäß § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz 1975, BGBl. Nr. 218/1975 idgF. (zum Tatzeitpunkt geltende Fassung) 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 diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot – Karte“, „Blaue Karte EU“ oder „Aufenthaltsbewilligung – Künstler“ oder eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, eine „Aufenthaltsberechtigung plus“, einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt – EU“ besitzt.

Gemäß § 3 Abs. 3 AuslBG gilt bei Eintritt eines anderen Arbeitgebers in das Rechtsverhältnis nach § 2 Abs. 2 durch Übergang des Betriebes oder Änderung der Rechtsform bei sonst unverändertem Fortbestand der Voraussetzungen die Beschäftigungsbewilligung als dem neuen Arbeitgeber erteilt.

Gemäß § 2 Abs. 1 AuslBG gilt als Ausländer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt.

Gemäß § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG gilt als Beschäftigung die Verwendung überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 1 und 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988.

Gemäß § 2 Abs. 3 lit. c AuslBG sind den Arbeitgebern gleichzuhalten in den Fällen des Abs. 2 lit. e auch der Beschäftiger im Sinne des § 3 Abs. 3 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes.

Gemäß § 2 Abs. 4 AuslBG ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

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 eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, eine „Aufenthaltsberechtigung plus“, einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt – EU“ besitzt, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens 3 Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2.000 Euro bis 20.000 Euro.

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

Gemäß § 4 AÜG ist für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend (Abs. 1).
Arbeitskräfteüberlassung liegt insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber
1. kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder
2. die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder
3. organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder
4. der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet (Abs. 2).

5.2. Die Beschwerdeführerin bestreitet eine Beschäftigung des Ausländers, weil der Ausländer nicht überlassen wurde und die Beschwerdeführerin daher kein Beschäftiger im Sinn des AÜG bzw. AuslBG ist. Diesem Vorbringen kommt Berechtigung zu.

Tomandl führt im Leitfaden Arbeitskräfteüberlassung, 3. Auflage, Manz Verlag, Seite 19 ff. aus: „Die Bedeutung von § 4 Abs. 2 AÜG liegt darin, dass sowohl der OGH als auch der VwGH im Sinne der Gesetzesmaterialien grundsätzlich davon ausgehen, bei Vorliegen auch nur eines der dort genannten Merkmale liege kein Werkvertrag sondern Arbeitskräfteüberlassung vor. Der VwGH versteht dies allerdings differenzierter, wie zu § 4 Abs. 2 Z. 2 noch darzulegen ist. Zudem widerspricht diese Deutung dem Europarecht. Der EuGH hat vor allem in der Österreich betreffenden Entscheidung Martin Meat herausgearbeitet, dass Arbeitskräfteüberlassung dann vorliegt, wenn 3 Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: Es muss sich um eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung handeln, bei der der entsandte Arbeitnehmer im Dienst des Überlassers bleibt; der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat muss der eigentliche Gegenstand der erbrachten Dienstleistung des Überlassers sein; der Arbeitnehmer muss unter der Aufsicht und Leitung des Beschäftigers arbeiten. Diesem Verständnis widerspricht jedoch die Rechtsprechung, wenn sie davon ausgeht, dass schon dann, wenn nur eine Ziffer von § 4 Abs. 2 AÜG erfüllt ist, Arbeitskräfteüberlassung vorliegt. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH muss eine gemeinschaftswidrige nationale Bestimmung unter Heranziehung aller im nationalen Recht anerkannten Auslegungsmethoden richtlinienkonform ausgelegt werden. Die Annahme, dass schon bei Vorliegen eines einzigen der 4 Tatbestände des § 4 Abs. 2 AÜG Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, liegt zwar den Gesetzesmaterialien zu Grunde, ergibt sich jedoch nicht zwingend aus dem Gesetzestext. Die vorgenommene ‚oder-Verknüpfung' der einzelnen Tatbestände lässt sich durchaus als eine Aufzählung der bei einer Gesamtbewertung zu beachtenden Merkmale verstehen. Brodil/Dullinger schlagen daher, gestützt auf Schörghofer überzeugend vor, eine Gesamtbetrachtung der tatsächlichen Verhältnisse unter einer Schwerpunktsetzung auf die Z. 3 (Eingliederung in den Betrieb des Beschäftigers unter dessen Dienst- und Fachaufsicht) und 4 (keine Haftung des Arbeitenden für den Erfolg seiner Tätigkeit) vorzunehmen und verweisen darauf, dass dies auch der VwGH bereits vertreten hat (VwGH 21.6.2000, 99/09/0024).“...

„Ziel des Werkvertrages müsse die Herstellung eines bestimmten Arbeitserfolges als einer in sich geschlossenen Einheit sein. Der VwGH nimmt nur dann einen Werkvertrag an, wenn die Verpflichtung zur Erbringung einer geschlossenen Einheit bereits im Vertrag individualisiert und konkretisiert wurde….. Gegenstand eines Werkvertrages müsse folglich stets ein bestimmter abgrenzbarer und ‚gewährleistungstauglicher Erfolg' sein….. Der wesentliche Unterschied zwischen einem tatsächlichen Werkvertrag und einer Arbeitskräfteüberlassung besteht somit darin, dass der Werkunternehmer mit dem Einsatz von Hilfskräften jenen Erfolg herzustellen versucht, zu dem er sich selbst vertraglich verpflichtet hat. Bei Arbeitskräfteüberlassung wird demgegenüber dem Beschäftiger vom Überlasser die Arbeitsleistung einer Arbeitskraft zur Verfügung gestellt, die der Beschäftiger zur Bewältigung seiner eigenen Aufgaben einsetzt….. Da ein Werkunternehmer einen eigenständig

definierten Erfolg herbeizuführen hat, arbeiten die von ihm eingestellten Hilfskräfte unter seiner Leitung an der Erfüllung seiner im Werkvertrag übernommenen Aufgaben mit. Werden sie jedoch zur Bewältigung der Aufgaben des Beschäftigers eingesetzt, hat diese Tätigkeit nichts mehr mit einem Werkvertrag zu tun, sondern erfolgt im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung. Das Anliegen des Gesetzgebers bestand lediglich darin, die Einbindung der Arbeitskraft in die üblichen Arbeitsgänge des Bestellerbetriebes unter dem Deckmantel der Erfüllung eines Werkvertrages auszuschließen."

„Wenn der Gesetzgeber schließlich von ‚Werkverträgen' spricht, ….. dann hat er abermals Vertragsgestaltungen im Auge, bei denen die zentralen Elemente eines Werkvertrages im Sinne des AGBG fehlen. Denn jeder Werkunternehmer muss, wie wir gesehen haben, für die Qualität des Erfolges haften und kann daher das Weisungsrecht über seine Erfüllungsgehilfen nicht aufgeben oder delegieren. Auch die Gesetzesmaterialien betonen, dass die zur Erstellung des Werkes erforderlichen fachlichen, organisatorischen und zeitlichen Dispositionen beim Werkunternehmer bleiben müssen, weisen aber darauf hin, dass auch vom Besteller bestimmte Weisungen erteilt werden können, mit denen im Regelfall zu rechnen ist, wie etwa die Zuweisung eines Arbeitsraumes oder die Einschärfung besonderer Rücksichtnahme auf bestehende Einrichtungen."
Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. Erk. v. 16.5.2001, Zl. 98/09/0353) kann allein die inhaltliche Ausgestaltung der schriftlichen Vereinbarungen die Anwendung der Bestimmungen des AuslBG über das Vorliegen einer bewilligungspflichtigen Beschäftigung nicht beseitigen, vielmehr sind dafür die tatsächlichen Umstände maßgeblich, unter denen der Ausländer verwendet wird. Für das Vorliegen einer Beschäftigung iSd § 2 Abs. 2 AuslBG ist es hinreichend, dass der Ausländer im Sinne eines der in § 2 Abs. 2 lit. a bis lit. e AuslBG näher bezeichneten Tatbestände faktisch verwendet wird. Es ist daher unerheblich, ob bzw. allenfalls von wem ein formeller Arbeitsvertrag mit dem Ausländer geschlossen wurde bzw. welchen Inhalt eine allenfalls darüber ausgefertigte Vertragsurkunde hat (vgl. VwGH vom 14.11.2002, Zl. 2000/09/0174). Wie der VwGH in ständiger Rechtsprechung ausführt, ist der Begriff der Beschäftigung – soweit dies im Beschwerdefall in Betracht kommt – durch § 2 Abs. 2 AuslBG unter anderem in der Weise bestimmt, dass die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis bzw. die Verwendung überlassener Arbeitskräfte als Beschäftigung gilt. Maßgebend für diese Einordnung in den genannten Beschäftigungsbegriff ist, dass die festgestellte Tätigkeit in persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeübt wird. Das Tatbestandselement der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen. Liegt eine Verwendung in einem Abhängigkeitsverhältnis vor, das typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bildet, ist von einer der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterworfenen Beschäftigung auszugehen. Auf eine zivilrechtliche Betrachtung, ob überhaupt ein

Arbeitsvertrag zustande kam, ob diesem (etwa im Hinblick auf § 879 ABGB oder mangels einer rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung) Mängel anhaften, oder welche vertragliche Bezeichnung die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben haben, kommt es hingegen nicht an (vgl. VwGH-Erk. v.23.05.2002, Zl. 2000/09/0190). Bei der Beurteilung des konkret erhobenen Sachverhaltes geht es nicht darum, dass lückenlos alle rechtlichen und faktischen Merkmale festgestellt sind, sondern darum, die vorhandenen Merkmale zu gewichten und sodann das Gesamtbild daraufhin zu bewerten, ob wirtschaftliche Unselbständigkeit vorliegt oder nicht. Das totale Fehlen des einen oder anderen Merkmales muss dabei nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Die vorhandenen Merkmale werden in aller Regel unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Ihre Bewertung erfolgt nach einer Art beweglichem System, in dem das unterschiedliche Gewicht der Tatbestandsmerkmale zueinander derart in eine Beziehung zu setzen ist, dass man berücksichtigt, dass eine Art von wechselseitiger Kompensation der einzelnen Gewichte vorgenommen wird. Das bedeutet nichts anderes, als dass das Fehlen wie auch eine schwache Ausprägung des einen oder anderen Merkmales durch ein besonders stark ausgeprägtes Vorhandensein eines anderen oder mehrerer anderer Merkmale ausgeglichen bzw. überkompensiert werden kann (VwGH-Erk. v. 22.02.2006, Zl. 2002/09/0187).
In seinem Erkenntnis vom 2. Oktober 2003, Zl. 2001/09/0067, führt der VwGH aus: „Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG vorliegt, ist gemäß § 2 Abs. 4 AuslBG der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. In Anwendung dieser Bestimmung hat der Verwaltungsgerichtshof hinsichtlich der Frage, ob die Inanspruchnahme der Arbeitsleistungen eines Ausländers als Entgegennahme einer Leistung im Rahmen eines ‚echten' Werkvertrages oder als Verwendung im Rahmen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnis oder die Verwendung überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfte-überlassungsgesetzes anzusehen ist, ausgesprochen, dass es für die Qualifikation eines Arbeitsverhältnisses nicht entscheidend ist, in welche zivilrechtliche Form dieses gekleidet ist. Maßgeblich für diese Beurteilung sei vielmehr die Beurteilung sämtlicher für und wider ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis im konkreten Fall sprechender Umstände, die nicht isoliert voneinander gesehen werden dürfen, sondern in einer Gesamtbetrachtung nach Zahl, Stärke und Gewicht zu bewerten sind (vgl. zum Ganzen auch das hg. Erkenntnis vom 22.01.2002, Zl. 2000/09/0147). In diesem Sinne hat der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung dargelegt, dass das Vorliegen einzelner, auch für das Vorliegen eines Werkvertrages sprechender Sachverhaltselemente nicht ausreichend ist, wenn sich aus den Gesamtumständen unter Berücksichtigung der jeweiligen wirtschaftlichen Interessenslage Gegenteiliges ergibt. Von Bedeutung im vorliegenden Zusammenhang ist insbesondere, dass bei Fehlen wesentlicher Werkvertragsbestandteile und angesichts der rechtlichen Unmöglichkeit des Abschlusses eines Werkvertrages über einfache, bloß mengenmäßig bestimmte Arbeiten, die im unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf erbracht werden müssen,

die Beschäftigung überlassener Arbeitnehmer anzunehmen ist (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 07. 05.1996, Zl. 95/09/0191). Arbeitskräfteüberlassung liegt nämlich gemäß § 4 Abs. 2 AÜG auch dann vor, wenn Arbeitskräfte unter den in dieser Bestimmung genannten Bedingungen Arbeitsleistungen im Betrieb eines Werkbestellers in Erfüllung eines Werkvertrages erbringen (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 10.03.1999, Zl. 97/09/0209, und vom 07.07.1999, Zl. 97/09/0311).“
Zum Werkvertrag selbst führte der VwGH in jüngster Rechtsprechung vom 12.10.2016, Ra 2016/08/0095, aus, „dass ein Werkvertrag idR ein Zielschuldverhältnis begründet. Die Verpflichtung besteht darin, die genau umrissene Leistung – idR bis zu einem bestimmten Termin – zu erbringen. Mit der Erbringung der Leistung endet das Vertragsverhältnis. Das Interesse des Bestellers und die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind lediglich auf das Endprodukt als solches gerichtet.“

5.3. Im Grunde des festgestellten Sachverhalts war daher davon auszugehen, dass K an den X herangetreten ist und Dienstleistungen angeboten hat, gemäß der Vereinbarung im Vorhinein bestimmte konkretisierte Objekte, welche einer Region eines X zuzuordnen waren, gemäß einer im Vorhinein übergebenen Liste zu betreuen hatte, wobei die Betreuung auf Schneeräumung der Gehsteige und Streuung lautete, hiefür ein Pauschalentgelt - unabhängig von der Menge des zu erwartenden bzw. des tatsächlich eintretenden Einsatzes - pro Monat und pro Region von 4.500 Euro festgesetzt wurde, dass das Streugut und die Streufahrzeuge im Vorhinein vom X zur Verfügung gestellt wurden, die Zuordnung der Fahrzeuge, die konkrete Zuordnung eines Fahrzeugs an den Ausländer im Vorhinein von K durchgeführt wurde, eine konkrete Verwendungsbestimmung oder Verwendungsbeschränkung für die Gesamtdauer der Vereinbarung (1. November bis 31. März des Folgejahres) vom X nicht festgelegt wurde und nicht bestand, die Verwendung der Fahrzeuge auch nicht vom X kontrolliert wurde, die Betankung durch K erfolgte, der konkrete Einsatz von konkreten Arbeitnehmern durch K bestimmt wurde, die Anzahl der eingesetzten Arbeiter je Region zur Betreuung der listenmäßig festgelegten Objekte von K bestimmt wurde, auch trotz Aufruf zum Einsatz an K dieser die Situation besichtigte und beurteilte und den Einsatz selbst festlegte, sowie dass Mängelrügen der Kunden vom X an K weitergegeben wurden und auch konkrete Preisminderungen der Kunden im Regressweg an K weitergegeben wurden, sodass sowohl das wirtschaftliche Risiko als auch die Haftung, auch für eventuelle Schäden, bei K gelegen war.

Es wurde daher in Gesamtbetrachtung dieses Sachverhaltes die Arbeitsleistung durch den namentlich genannten kosovarischen Arbeiter nicht im Betrieb des Werkbestellers X in Erfüllung ihrer Aufgaben erbracht. Insbesondere wurde nach den Kriterien des § 4 Abs. 2 AÜG aufgrund der im Vorhinein bestimmten Objektlisten ein/e von den Produkten und Dienstleistungen des Werkbestellers unterscheidbare/s und K zurechenbare/s Werk/Dienstleistung erbracht. Bei der

Erbringung der Dienstleistung war die Arbeitskraft nicht organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers (X) eingegliedert und auch nicht ihrer Dienst- und Fachaufsicht unterworfen. Wenngleich auch als Werkbesteller eine Art Oberaufsicht und Kontrolle erfolgte, so kann dies nicht im Sinne der Judikatur als Dienst- und Fachaufsicht gewertet werden, sondern wurden die fachlichen Anordnungen, nämlich was konkret im Einsatzfall zu tun ist, nämlich Räumung, oder Räumung und Streuung, von K festgelegt. Auch wurde konkret zum jeweiligen Zeitpunkt von K bestimmt, ob ein Einsatz gefahren wird und wer diesen Einsatz fährt. Es hatte daher die X als Werkbestellerin auch keine Kenntnis von der eingesetzten Arbeitskraft. Schließlich haftete K für den Erfolg, nämlich die ordnungsgemäße Schneeräumung und Streuung. Wenn hingegen das Material, nämlich Streugut, und auch die Fahrzeuge und Geräte von der X bzw. vom X beigestellt wurden, so ist dem entgegenzuhalten, dass der Einsatz der zur Verfügung gestellten Fahrzeuge vom X nicht genau definiert wurde, sodass diese Geräte über den gesamten Vereinbarungszeitpunkt K zur Verfügung standen und auch anderweitig verwendet hätten werden können. Auch konnte K bestimmen, wer welches Fahrzeug verwendet. Die Fahrzeuge waren für den Bereich X E den gesamten Leistungszeitraum bei den Arbeitnehmern abgestellt. Es war daher das Kriterium des § 4 Abs. 2 Z. 2 AÜG nicht typischerweise wie es vom Gesetzgeber vorgesehen ist erfüllt. Es konnte daher unter Heranziehung der oben aufgezeigten Literatur unter Anführung der dortigen Judikaturnachweise daher davon ausgegangen werden, dass keine Arbeitskräfteüberlassung stattgefunden hat. In einer Gesamtbetrachtung, insbesondere unter Heranziehung des Umstandes, dass K das volle wirtschaftliche Risiko der tatsächlich zu leistenden Einsätze trug und auch zur vollen Haftung herangezogen wurde, ist daher eher auf eine selbständige Tätigkeit zu schließen. Die kosovarische Arbeitskraft war nicht in den Betrieb der X eingebunden, hatte keinerlei Kontakt zur X, bekam Einsatzbefehl und Anweisungen sowie auch Rügen ausschließlich von K, teilte auch allfällige Abwesenheiten oder das nicht Zurverfügungstehen allein K mit, welcher Ersatz suchen musste, und legte auch diesem seine Stundenaufzeichnungen vor.

Es war daher entgegen dem im angefochtenen Straferkenntnis vorgeworfenen Sachverhalt von keiner Verwendung einer überlassenen Arbeitskraft im Sinn des § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG auszugehen und daher die Beschuldigte nicht als Beschäftigerin gemäß § 2 Abs. 3 lit. c AuslBG heranzuziehen.

5.4. Gemäß § 2 Abs. 4 AuslBG ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Im Grunde des festgestellten Sachverhaltes scheint zwar auf den schriftlichen Vereinbarungen mit dem Kunden sowie auch auf der Rechnungslegung an den Kunden die X auf und legt K Rechnung an die X, führt aber K aus, „für den X E“ bzw. „für den X W“ zu arbeiten und führt auch der Ausländer an, dass auf dem

Fahrzeug eine Aufschrift „X“ gegeben war. Auch sind die Objekte gebietsweise nach der Gebietseinteilung der X festgelegt. Auch rekrutiert der jeweilige X seine Arbeitskräfte selbst, wenngleich im schriftlichen Arbeitsvertrag dann als Arbeitgeber die X aufscheint, und verfügt die Arbeitseinteilung und gibt die Arbeitsanweisungen. Der X tritt sowohl den Kunden gegenüber als solches auf, als auch gegenüber den Subunternehmern. Er bestimmt, ob mit eigenen Arbeitskräften des X das Auslangen gefunden wird oder Subunternehmer heranzuziehen sind. Schließlich führt auch er die Überprüfung der Rechnungen der Subunternehmer durch und gibt diese frei. Auch im Fall von Reklamationen der Kunden wird dies dem X bzw. dem jeweiligen Ansprechpartner des betreffenden X weitergegeben zur Bearbeitung.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. z.B. 2.10.2003, 2001/09/0067) macht es – um die Verwendung von ausländischen Arbeitskräften als Beschäftigung im Sinn des § 3 Abs. 1 AuslBG zu qualifizieren – keinen Unterschied, ob derjenige, der die Arbeitskräfte verwendet, selbst Arbeitgeber der Ausländer ist, oder ob im Sinn des § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG iVm dem AÜG die Verwendung überlassener Arbeitskräfte erfolgt. In beiden Fällen ist derjenige, der die Arbeitskräfte verwendet, ohne im Besitz einer Beschäftigungsbewilligung oder Anzeigebestätigung zu sein, und ohne dass der Ausländer eine Arbeitserlaubnis usw. besitzt, wegen Übertretung des § 3 Abs. 1 AuslBG gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG strafbar. Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG vorliegt, ist gemäß § 2 Abs. 4 AuslBG der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend. Ob die Inanspruchnahme der Arbeitsleistungen eines Ausländers als Entgegennahme einer Leistung im Rahmen eines „echten“ Werkvertrags oder als Verwendung im Rahmen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses oder die Verwendung überlassener Arbeitskräfte im Sinn des § 3 Abs. 4 des AÜG anzusehen ist, ist nicht entscheidend, in welche zivilrechtliche Form das Arbeitsverhältnis gekleidet ist.

Nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt des festgestellten Sachverhaltes ist daher die Beschäftigung bzw. Verwendung der ausländischen Arbeitskraft nicht der X, sondern – wenn überhaupt – nur dem X E zuzurechnen.
In Gesamtbetrachtung des festgestellten Sachverhaltes kann daher im konkreten Fall nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt – wenn überhaupt – nur der Verein X E als selbständige Rechtsperson als Beschäftiger angesehen werden.

5.5. Gemäß § 45 Abs. 1 Z. 2 Verwaltungsstrafgesetz – VStG, welcher gemäß § 38 VwGVG auch im verwaltungsgerichtlichen Strafverfahren Anwendung findet, ist von der Einleitung und 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.

Da die Beschwerdeführerin als nach außen vertretungsbefugtes Organ der X die Tat nicht begangen hat, war das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

5.6. Wenn hingegen die Beschwerdeführerin Unzuständigkeit der Behörde geltend macht, so ist ihr die ständige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, z.B. vom 10. September 2010, 2009/09/0261, 0263, vom 15.9.1994, 94/09/0061, entgegenzuhalten, wonach im Zusammenhang mit Verfahren nach dem AuslBG als Tatort im Zweifel der Unternehmenssitz anzunehmen ist. Unzweifelhaft ergibt sich der Unternehmenssitz der beschuldigten X in L. Es war daher die Zuständigkeit der belangten Behörde gegeben.

5.7. Im Grunde der Aufhebung des Straferkenntnisses war daher auf die weiteren Beschwerdepunkte nicht mehr einzugehen. Insbesondere war die von der Beschwerdeführerin vorgebrachte EuGH-Judikatur nicht einschlägig, zumal keine grenzüberschreitende Verwendung (Entsendung oder Überlassung) des Ausländers stattgefunden hat und daher kein unmittelbarer Auslandsbezug bestand.

6. Weil die Beschwerde Erfolg hatte, entfällt ein Verfahrenskostenbeitrag gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG.

7. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.
Die Entscheidung erfolgte im Grunde des im Ermittlungsverfahren erwiesenen Sachverhaltes. Es handelt sich um eine Entscheidung im Einzelfall. Es wurde von der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, die in der rechtlichen Beurteilung in Punkt 5. angeführt wurde, nicht abgewichen.

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

Gegen diese Entscheidung 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 Eingabengebühr 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

H i n w e i s

Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt