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-302305/12/Zo/Mu

Datum:
Linz, 12. September 2019

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seinen Richter Mag. Zöbl über die Beschwerde des F F, vertreten durch S & R Rechtsanwälte GmbH, L, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Landeshauptstadt Linz vom 14.3.2019, GZ: 0001598/2017, wegen einer Übertretung des AuslBG, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 26.6.2019 sowie am 11.7.2019

zu Recht e r k a n n t :

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

II. Gegen diese Entscheidung ist keine ordentliche Revision zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I.:

1. Der Bürgermeister der Landeshauptstadt Linz hat dem Beschwerdeführer im angefochtenen Straferkenntnis Folgendes vorgeworfen:

„I. Tatbeschreibung:
Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma “H M“ Ges.m.b.H., mit Sitz in L, G, welche für die Erfüllung der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes keinen Bevollmächtigten bestellt hat und somit als nach § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher, folgende Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten:
Sie haben als Arbeitgeber(Beschäftiger) zu den angeführten Zeiten nachstehende Personen mit nicht österreichischer Staatsbürgerschaft beschäftigt obwohl Ihnen für diese Arbeitnehmer weder eine Beschäftigungsbewilligung oder eine Entsendebewilligung erteilt, noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder die 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“ besitzen.
1. B V, geb. am x, Staatsbürgerschaft Bosnien und Herzegowina,: vom 14.11.2016 bis zum 17.11.2016 (Kontrollzeitpunkt), als Fassadenarbeiter, gegen monatliches Entgelt von € 2.311,98.
Für den Zeitraum vom 14.11.2016 bis 17.11.2016 verfügte der angeführte Beschäftigte über keine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung und war somit iSd. angeführten gesetzl. Bestimmungen unberechtigt beschäftigt.
2. D M, geb.am x Staatsbürgerschaft Bosnien Herzegowina, wohnhaft: R C, vom 14.11.2016 bis 17.11.2016 (Kontrollzeitpunkt), als Fassadenarbeiter, gegen monatliches Entgelt von € 2.311,98;
Für den Zeitraum von 14.11.2016 bis 17.11.2016 verfügte der angeführte Beschäftigte über keine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung und war somit iSd. angeführten gesetzl. Bestimmungen unberechtigt beschäftigt.
3. L D, geb.am x, Staatsbürgerschaft Bosnien Herzegowina wohnhaft: M C, vom 14.11.2016 bis 17.11.2016 (Kontrollzeitpunkt), als Fassadenarbeiter, gegen monatliches Entgelt von € 2.311,98;
Für den Zeitraum vom 14.11.2016 bis 17.11.2016 verfügte der angeführte Beschäftigte über keine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung und war somit iSd. angeführten gesetzl. Bestimmungen unberechtigt beschäftigt.
4. S M, geb.am x, Staatsbürgerschaft Bosnien Herzegowina wohnhaft: C vom 14.11.2016 bis 17.11.2016 (Kontrollzeitpunkt), als Fassadenarbeiter, gegen monatliches Entgelt von € 2.311,98;
Für den Zeitraum vom 14.11.2016 bis 17.11.2016 verfügte der angeführte Beschäftigte über keine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung und war somit iSd. angeführten gesetzl. Bestimmungen unberechtigt beschäftigt.
5. B H, geb. am x, Staatsbürgerschaft Bosnien und Herzegowina, vom 20.09.2016 bis zum 17.11.2016 (Kontrollzeitpunkt), als Fassadenarbeiter, gegen monatliches Entgelt von € 1.000,--. Für den Zeitraum vom 20.09.2016 bis 17.11.2016 verfügte der angeführte

Beschäftigte über keine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung und war somit iSd. angeführten gesetzl. Bestimmungen unberechtigt beschäftigt.
6. C D geb. x, kroatischer Staatsbürger, wohnhaft: F, vom 20.10.2016 bis 17.11.2016 (Kontrollzeitpunkt), als Fassadenarbeiter, gegen monatliches Entgelt von € 1.000,--;
Für den Zeitraum von 20.10.2016 bis 17.11.2016 verfügte der angeführte Beschäftigte über keine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung und war somit iSd. angeführten gesetzl. Bestimmungen unberechtigt beschäftigt.
7. M A, geb.am. x kroatischer Staatsbürger, wohnhaft: D, vom 20.09.2016 bis 17.11.2016 (Kontrollzeitpunkt), als Fassadenarbeiter, gegen monatliches Entgelt von € 1.000--;
Für den Zeitraum vom 20.09.2016 bis 17.11.2016 verfügte der angeführte Beschäftigte über keine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung und war somit iSd. angeführten gesetzl. Bestimmungen unberechtigt beschäftigt.

II. Verletzte Verwaltungsvorschrift(en) in der gültigen Fassung:
§ 3 Abs 1 iVm § 28 Abs 1 Z 1 lit a Ausländerbeschäftigungsgesetz

III. Strafausspruch:

Über den Beschuldigten wird (werden) folgende Geldstrafe(n) verhängt:
Ad.1. bis ad 7 je € 2.000,--
gesamt € 14.000,--

Im Falle der Uneinbringlichkeit wird (werden) folgende Ersatzfreiheitsstrafe(n) verhängt:
Ad 1. bis ad 7. je 64 Stunden
gesamt 448 Stunden

Rechtsgrundlage: § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG, §§ 9, 16, 19 und 22 VStG idgF

IV. Kostenentscheidung:
Als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens hat der Beschuldigte 10 % der verhängten Strafe, das sind € 1.400,-- zu leisten.

Rechtsgrundlage: §§ 64 Abs. 1 und 2 VStG idgF“

2. In der dagegen rechtzeitig eingebrachten Beschwerde machte der Beschwerdeführer zusammengefasst geltend, dass im vorliegenden Fall ein Werkvertragverhältnis vorliegen und keine Arbeitskräfteüberlassung, denn die M W GmbH habe an der gegenständlichen Baustelle als Bauunternehmen mitgewirkt und sich für die Fassaden – und Malerarbeiten der H M GmbH bedient. Im Werksvertrag vom 15.2.2016 sei festgehalten worden, dass sich die Vertragsparteien geeinigt haben, auch Subunternehmen zur Auftragserfüllung heranzuziehen. Infolgedessen habe sich die H M GmbH der B F GmbH bedient, welche daraufhin wiederum zwei weiteren Subunternehmen, nämlich die C B GmbH und die B G g, zur Leistungserbringung herangezogen habe. Die jeweilige Auftragnehmerin dieser (Werk-)Vertragsverhältnisse hätte sich zur Leistungserbringung gegenüber der jeweiligen Auftraggeberin verpflichtet. Im Gegenzug hätte das zustehende Entgelt der jeweiligen Auftragnehmer für die

Leistungserbringung gebührt. Gegenständliche sei das Vertragsverhältnis zwischen H M GmbH und der B F GmbH maßgeblich. Unter Punkt 2 des Werkvertrages vom 9.6.2016 sei einzig und allein die werkvertragliche Ausführung von Vollwärmeschutzarbeiten bis 26 cm samt den dafür erforderlichen Baunebentätigkeiten geregelt und nicht die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften. Zwischen den Vertragsparteien sei auch die Haftung für allfällige Mängel vertraglich konkretisiert worden, was ein wesentliches Merkmal für einen Werkvertrag sei. Außerdem sei auch in diesem Werkvertrag unter Punkt 7 vereinbart worden, dass die B F GmbH die sach- und fachgerechte sowie termingemäße Ausführung der beauftragten Leistung zu gewährleisten habe. Sie hätten somit nichts anderes geregelt, als das dispositive Recht ohnehin anordnen würde. Im gegenständlichen Fall hätte die B F GmbH die Haftung zu tragen, wie bei einem typischen Werkvertrag der Werkunternehmer. Unter Punkt 3. sei zudem ausdrücklich festgehalten worden, dass sich die B F GmbH für den Fall der nicht normgerechten Ausführung verpflichtet, je nach Verschulden einen entsprechenden Qualitätsabzug vom Preis zu veranlassen. Die H M GmbH habe stets die Absicht gehabt, mit der B F GmbH einen Vertrag abzuschließen, der dem Wesen eines Werkvertrages entspreche und der auch so gelebt worden sei.

Hinsichtlich der Ausführung der Bauarbeiten führte der Beschwerdeführer aus, dass die B F GmbH ihrer Verpflichtung im Herbst 2016 nachgekommen sei und dabei deren Arbeitskräfte ihr eigenes Werkzeug verwendet haben und auch dafür verantwortlich gewesen seien. Von der H M GmbH seien keine wie immer gearteten Werkzeuge zur Verfügung gestellt worden. Die zur Erfüllung des Werkvertrages tätigen Arbeitskräfte seien über die Ausführungen bereits vor den Bauarbeiten informiert gewesen, allerdings seien ihnen, wie auch sonst bei Bauarbeiten und Werkverträgen üblich sei, gelegentlich zusätzliche Anweisungen zu erteilen gewesen. Dies sei durch Herrn K geschehen, der sich hin und wieder über den Baufortschritt informiert und in diesem Zuge eine Qualitätsprüfung durchgeführt habe. Bei Herrn K habe es sich nicht um den Bauleiter, sondern um einen qualifizierten Mitarbeiter seines Unternehmens gehandelt, der für mehrere Baustellen gleichzeitig zuständig gewesen sei. Nach Ansicht des Beschwerdeführers liegen im gegenständlichen Fall keine Voraussetzungen einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung vor.

3. Die belangte Behörde hat die Beschwerde ohne Beschwerdevorentscheidung dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt. Damit ergab sich dessen Zuständigkeit, wobei es durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden hat (§ 2 VwGVG).

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 26.6.2019, welche gemeinsam mit den Verhandlungen betreffend Herrn F (H M GmbH) sowie Herrn D (C B GmbH)

durchgeführt wurde. An der Verhandlung haben Vertreter der belangten Behörde teilgenommen, das Finanzamt war entschuldigt. Es wurden der Finanzpolizist C E sowie die Zeugen B K und A S zum Sachverhalt befragt.
Am 11.7.2019 wurde die Entscheidung mündlich verkündet.

4.1. Daraus ergibt sich folgender für die Entscheidung wesentliche Sachverhalt:

Bei einer Kontrolle der Baustelle „W M“ am 17.11.2016 in L, wurden die sieben im Spruch des Straferkenntnisses angeführten Arbeitnehmer bei Fassadenarbeiten angetroffen. Bei den Personen L, D, B und S (Staatsangehörigkeit jeweils Bosnien und Herzegowina) handelte es sich um Arbeitnehmer der B G g, M und C (Staatsangehörigkeit jeweils Kroatien) sowie B (Staatsangehörigkeit Bosnien und Herzegowina) waren Arbeitnehmer des deutschen Unternehmens L B UG.

Insgesamt war beim gegenständlichen Bauvorhaben Vollwärmeschutz auf einer Fläche von zirka 12.000 m² bis 14.000 m² anzubringen. Die Vertragsverhältnisse stellen sich wie folgt dar:
Die M W GmbH & Co KG sowie die H M GmbH haben gemeinsam den Auftrag erhalten, die Arbeiten am Dach und bei der Fassade dieses Bauprojektes durchzuführen. Von der H M GesmbH wurden Teile dieses Auftrages mit Vertrag vom 9.6.2016 an die B F GmbH übergeben (insgesamt zirka 8.000 m²). Die Abgrenzung der von den Arbeitern der H M GesmbH selbst durchgeführten Teile des Vollwärmeschutzes von jenen Teilen, welche die B F GmbH herstellte, erfolgte dadurch, dass jeweils Arbeiten für einen bestimmten Teil des Projektes entsprechend der Leistungsbeschreibung im Werkvertrag vergeben wurden. Dazu legte Herr F in der Verhandlung eine Übersichtskizze vor, in welcher jene Bereiche, welche von der B F GmbH durchgeführt wurden, blau umrahmt sind. Zum Zeitpunkt der Kontrolle haben die Mitarbeiter der B F GmbH in dem als „F4“ gekennzeichneten Teil gearbeitet, während die Mitarbeiter der H M GesmbH Arbeiten auf dem Dach (im Plan als „S6“ gekennzeichnet) durchführten.

Die B F GmbH erledigte nicht alle ihr übertragenen Aufgaben selbst sondern schloss sowohl mit der B G g am 13.7.2016 sowie mit der C am 3.8.2016 Verträge über jeweils 1.500 m² Vollwärmeschutz ab. Die Festlegung jener Teile, welche von diesen Subunternehmen durchzuführen war, erfolgte durch Herrn A S direkt auf der Baustelle. Diese Einteilung erfolgte jeweils bis zu bestimmten festgelegten Dehnfugen innerhalb des Vollwärmeschutzes. Die C verfügte über keinen eigenen Mitarbeiter sondern gab den Auftrag am 3.8.2016 an die L B UG weiter, dieses Unternehmen wurde am 26.10.2016 von Amts wegen gelöscht.

Das gesamte Material für den Vollwärmeschutz beim gegenständlichen Bauvorhaben wurde von der H M GesmbH besorgt und zur Verfügung gestellt, die Mitarbeiter der Subunternehmen verwendeten ihr eigenes Werkzeug. Herr K, ein Arbeitnehmer der H M GesmbH war Projektleiter für die gegenständliche Baustelle,

musste aber auch mehrere andere Baustellen gleichzeitig betreuen. Er war in der Regel mindestens zwei Mal pro Woche auf dieser Baustelle wobei er das Personal der H M GesmbH einteilte und die Koordination mit den Arbeitern der B F GmbH durchführte, soweit dies notwendig war. Sein Ansprechpartner dafür war Herr A S. Zu den Aufgaben des Herrn K gehörte auch, die Einhaltung der Termine zu überwachen, dazu wurde jede Woche eine Baubesprechung mit allen auf der Baustelle anwesenden Firmen durchgeführt. Bezüglich der von der H M GesmbH ausgeführte Arbeiten machte Herr K auch die Qualitätskontrollen, hinsichtlich der von der B F GmbH bzw. deren Subunternehmen durchgeführten Arbeiten machte er eine Qualitätskontrolle insofern, als diese jeweils gemeinsam mit einem Mitarbeiter der Firma Delta (Baustellenkoordination) beim Abschluss von einzelnen Abschnitten erfolgte.

Bezüglich der Haftung für die jeweiligen Arbeiten ist in den im Akt befindlichen Werkverträgen auf die jeweils gesonderte Einzelvereinbarung samt Leistungsbeschreibung und Zeitplan verwiesen. Die Qualität der durchzuführenden Arbeiten ergibt sich aus dieser Leistungsbeschreibung. Aus den Angaben der in der Verhandlung befragten Personen ergibt sich, dass nach Abschluss einzelner Bauabschnitte bzw. dem Legen von Teilrechnungen die Qualität der durchgeführten Arbeiten von einem Vertreter der H M GesmbH sowie der Baustellenkoordination überprüft wurden, woraus zu schließen ist, dass die Subunternehmer tatsächlich für die Qualität dieser Arbeiten verantwortlich waren und nicht bloß Arbeitnehmer zur Verfügung gestellt haben.

Bezüglich des erforderlichen Personaleinsatzes bzw. der Anforderung von weiterem Personal bzw. Ersatz im Fall eines Krankenstandes gab Herr F vorerst an, dass dann, wenn Herr K bemerkt hat, dass ein Termin nicht eingehalten werden kann, dieser mit ihm Kontakt aufgenommen hat und sie gemeinsam entschieden haben, ob sie noch mehr eigenes Personal auf die Baustelle schicken können oder eine Arbeitspartie eines Subunternehmers herangezogen wird. Diese Aussage konkretisierte er dahingehend, dass vom Subunternehmer nicht eine konkrete Anzahl von Personen oder eine konkrete Arbeitspartie angefordert wurde sondern der Auftrag erteilt wurde, eine bestimmte Fläche Vollwärmeschutz innerhalb einer bestimmten Zeit zu erledigen. Auf die konkret von der B F GmbH bzw. deren Subunternehmen eingesetzten Arbeitnehmer hatte Herr F keinen Einfluss, Frau S hatte wiederrum keinen Einfluss auf die von ihren Subunternehmern (B G g sowie L B UG) konkret eingesetzten Arbeitnehmer.

Frau S gab an, dass sie bei Erkrankung eines Arbeiters Herrn F (H M GesmbH) bzw. den jeweiligen Subunternehmer angerufen habe und dann nach einer Lösung gesucht wurde. Sie schickte jedoch nicht einen eigenen Mitarbeiter in diese andere Partie, weil ein Durchmischen der Arbeitspartien mit fremden Personen nicht sinnvoll ist. Alle Beteiligten gaben im Wesentlichen übereinstimmend an, dass die jeweils von den Subunternehmen eingesetzten Arbeitspartien über einen

„Partieführer“ verfügten, welche jeweils Ansprechpartner für den jeweiligen Auftraggeber waren. Herr K wendete sich diesbezüglich an Herrn A S als Vertreter der B F GmbH, dieser wiederrum hatte sowohl bei der B G g als auch bei der C jeweils einen konkreten Ansprechpartner.

Herr K hat für die gegenständliche Baustelle Bautagesberichte geführt, die B F GmbH hat dies nicht gemacht, obwohl das in Punkt 9. des Werkvertrages vorgesehen war.

Bei der Kontrolle hatte Herr K sinngemäß zusammengefasst angegeben, dass er Bauleiter der H M GesmbH sei und die Fassadenarbeiten leite. Er mache die Materialbestellung und überprüfe die Ausführung der Arbeiten, es werde gemeinsam ein Wärmedämmverbundsystem an der Fassade angebracht. Er erteile Anweisungen hinsichtlich Arbeitsablauf und Arbeitsdurchführung sowohl den Arbeitern der H M GesmbH, der B G g und der L B UG und überprüfe die Qualität der erbrachten Arbeiten. Das Material für das Wärmedämmverbundsystem werde von der H M GesmbH bereitgestellt, die Werkzeuge hätten die Arbeiter der Firmen selber mit, das Gerüst habe die W M GesmbH & Co KG aufgestellt.

Zu diesen Aussagen ist festzuhalten, dass der Zeuge – wie sich in der Verhandlung herausgestellt hat – ausreichend Deutsch spricht, sodass keine wesentlichen Kommunikationsprobleme bei der Kontrolle angenommen werden können.

In der Verhandlung führte Herr K dazu aus, dass er bei der Kontrolle mit eigenen Leuten (der H M GesmbH) auf dem Dach gearbeitet habe. Es seien auch sechs oder sieben andere Personen von Subfirmen der B F GmbH. auf der Baustelle gewesen, um die einzelnen Arbeiter dieser Subfirmen habe er sich nicht gekümmert, das sei Aufgabe des Herrn S gewesen. Er habe das notwendige Material bestellt, die Aufteilung der Arbeiten, welches Unternehmen welchen Teil der Fassade macht, sei bereits im Vorhinein mit Herrn S besprochen worden, er habe nicht regelmäßig die Arbeiten eingeteilt. Er habe die Qualität der Arbeit der eigenen Leute kontrolliert, bezüglich der anderen Arbeiten habe Herr S die Qualität überprüft. Beim Abschluss von einzelnen Abschnitten habe er eine Qualitätskontrolle gemeinsam mit einem Mitarbeiter der Delta (Baustellenkoordination) durchgeführt. Er selbst sei zwei- bis dreimal pro Woche in der Regel etwa einen halben Tag auf der Baustelle gewesen, in der übrigen Zeit habe er sich um andere Baustellen kümmern müssen. Die Mitarbeiter der Subfirmen habe er nicht namentlich gekannt, sein Ansprechpartner sei Herr S gewesen. Den Arbeitern der Subfirmen habe er keine unmittelbaren Arbeits-aufträge erteilt, dies hätte auch nichts gebracht, weil er nicht deren Vorarbeiter gewesen sei.

Zu diesen teilweise widersprüchlichen Aussagen einerseits unmittelbar bei der Kontrolle, andererseits in der Verhandlung ist in freier Beweiswürdigung

anzuführen, dass Missverständnisse bei der Kontrolle sowie bei der Aufnahme der Niederschrift nicht ohne weiteres ausgeschlossen werden können. In der Verhandlung machte Herr K einen glaubwürdigen Eindruck. Aus den Aussagen kann insgesamt nicht abgeleitet werden, dass Herr K über die mit Subunternehmen erforderliche Koordination hinausgehend konkrete Aufträge an die Mitarbeiter der Subunternehmen erteilt hätte oder er diesen konkrete Arbeitsanweisungen erteilt hätte.

Bezüglich der Arbeitnehmer L, D, B und S wurden bei der Kontrolle Arbeitsverträge, A1-Bescheinigungen und Entsendebestätigungen (ZKO 3) vorgelegt, Lohnunterlagen fehlten hingegen. Für die Arbeitnehmer C, M und B (L B UG) wurden weder ZKO-Meldungen noch Versicherungsbescheinigungen oder Arbeitsverträge und Lohnunterlagen vorgelegt.

5. Diesen Sachverhalt hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich rechtlich wie folgt beurteilt:

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG 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 § 2 Abs. 2 AuslBG gilt als Beschäftigung die Verwendung

a) in einem Arbeitsverhältnis,
b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis,
c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs. 5,
d) nach den Bestimmungen des § 18 oder überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 1 und 4 des
e) Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988, und des § 5a Abs. 1 des Landarbeitsgesetzes 1984, BGBl. Nr. 287

Gemäß § 4 Abs. 2 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz 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.

Artikel 1 Abs. 3 der Richtlinie 91/71/EG lautet wie folgt:
„Diese Richtlinie findet Anwendung, soweit die in Abs. 1 genannten Unternehmen eine der folgenden länderübergreifenden Maßnahmen treffen:

a) einen Arbeitnehmer in ihren Namen und unter ihrer Leitung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats im Rahmen eines Vertrages entsenden, der zwischen dem entsendenden Unternehmen und den in diesem Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger geschlossen wurde, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht oder
b) einen Arbeitnehmer in einer Niederlassung oder ein der Unternehmensgruppe angehörendes Unternehmen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates entsenden, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht, oder
c) oder als Leiharbeitsunternehmen oder als einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellendes Unternehmen einen Arbeitnehmer in ein verwendendes Unternehmen entsenden, das seinen Sitz im Hoheitsgebiet einen Mitgliedstaates hat oder dort seine Tätigkeit ausübt, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitunternehmen oder dem einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht.“

5.1.1. Im gegenständlichen Fall wurde dem Beschwerdeführer eine Übertretung des § 3 Abs. 1 AuslBG vorgeworfen, welche er als inländische Beschäftiger der ihm überlassenen Arbeitskräfte zu verantworten habe. Dieser Tatvorwurf setzt voraus, dass eine Arbeitskräfteüberlassung an das von dem Beschwerdeführer vertretene Unternehmen, nämlich der H M GmbH durch die B G g bzw. durch die C (L B UG) hinsichtlich der sieben im Spruch angeführten Arbeitnehmer stattgefunden hat.

Da es sich sowohl bei der B G g als auch bei der L B UG um ausländische Unternehmen handelt, ist die Frage, ob Arbeitskräfteüberlassung oder Entsendung vorliegt, nicht anhand der nationalen Regelung des § 4 Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes zu beurteilen, sondern entsprechend der Richtlinie 96/71/EG und der dazu ergangenen Rechtsprechung des EUGH. Der EUGH hat im Urteil Vicoplus u.a. (C-307/09 – C-309/09) klargestellt, dass eine Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von Artikel 1 Abs. 3 Buchstabe c der Richtlinie 96/71 vorliegt, wenn folgende drei Voraussetzungen erfüllt sind:

1. Muss es sich bei der Überlassung von Arbeitskräften um eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung handeln, bei der entsandte Arbeitnehmer im Dienst des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens bleibt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit den verwendenden Unternehmen geschlossen wird;

2. 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;
3. muss der Arbeitnehmer im Rahmen einer solchen Überlassung seine Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnehmen.

Bezüglich der zweiten Voraussetzung ist jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen, ob der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat den Gegenstand der betreffenden Dienstleistung darstellt oder nicht.

Der Verwaltungsgerichtshof hat diese Rechtsprechung im Erkenntnis vom 22.8.2017, Ra 2017/11/0068, übernommen und im Wesentlichen ausgeführt, dass für die Beurteilung, ob eine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, aus unionsrechtlicher Sicht jeder Anhaltspunkt zu berücksichtigen ist. Insbesondere ist Folgendes zu prüfen:
Hängt das Entgelt von der Qualität der erbrachten Leistung ab, bzw. wer trägt die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung (wurde also der für einen Werkvertrag essentielle gewährleistungstaugliche Erfolg vereinbart);
wer bestimmt die Zahl der für die Herstellung des Werkes jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer und
von wem erhalten die Arbeitnehmer die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung ihrer Tätigkeiten?

5.1.2. Zwischen der H M GmbH und der B F GmbH erfolgte die Aufteilung der Fassadenarbeiten entsprechend der Leistungsbeschreibung im Werkvertrag, wobei Herr F in der Verhandlung diesbezüglich auch entsprechende Pläne vorlegte. Zwischen der B F GmbH und den von dieser eingesetzten Subunternehmen erfolgte die konkrete Aufteilung, wer in welchem Bereich den Vollwärmeschutz anzufertigen hatte, nach den diesbezüglich nicht widerlegbaren Angaben durch mündliche Festlegung direkt auf der Baustelle. Die Abgrenzung des Vollwärmeschutzes jeweils bis zu einer bestimmten Dehnfuge erscheint nachvollziehbar und es kann auf diese Weise ein jeweils abgrenzbares Werk bestimmt werden. Dass die jeweiligen Subunternehmen für die Qualität des von ihnen hergestellten Vollwärmeschutzes hafteten, ergibt sich nachvollziehbar daraus, dass nach der Fertigstellung jedes Abschnittes bzw. der Vorlage von Teilrechnungen jeweils eine Abnahmekontrolle durch Herrn K sowie die Baustellenkoordination erfolgte. Dies ist ein deutlicher Hinweis darauf, dass die jeweiligen Subunternehmen für die Qualität des von ihnen hergestellten Abschnittes des Vollwärmeschutzes verantwortlich waren und dafür hafteten.

Die Aussage des Herrn F in der Verhandlung, dass bei Terminschwierigkeiten entweder eine eigene weitere Partie eingesetzt oder ein Subunternehmer beauftragt wurde, eine entsprechende Arbeitspartie zu besorgen, könnte dahin verstanden werden, dass die H M GmbH einen wesentlichen Einfluss auf die Zahl

der jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer hatte. Herr F hat diese Aussage jedoch unmittelbar anschließend dahingehend relativiert, dass eine Arbeitspartie aus drei bis fünf Personen besteht und er keinen Einfluss darauf hat, welche Personen vom Subunternehmen konkret eingesetzt werden. Der Subunternehmer erhielt auch nicht den Auftrag, eine konkrete Anzahl von Personen oder eine konkrete Arbeitspartie einzusetzen, sondern eine bestimmte Fläche Vollwärmeschutz innerhalb einer bestimmten Zeit auszuführen.

Diese Aussagen sind nachvollziehbar, weil es für die H M GmbH als Hauptauftragnehmer nicht darauf ankommt, wie viele Personen konkret an der Herstellung des Vollwärmeschutzes arbeiteten sondern darauf, dass der gesamte Auftrag (bzw. konkret vereinbarte Zwischenziele) termingerecht erledigt wurden. Es ist daher glaubwürdig, dass nicht der Einsatz einer bestimmten Anzahl von Arbeitspartien vereinbart wurde sondern jeweils die Fertigstellung einer bestimmten Fläche innerhalb einer bestimmten Zeit. Das Gegenteil kann jedenfalls nicht bewiesen werden.

Herr K hat zwar bei der Kontrolle angegeben, dass er Anweisungen auch bezüglich der Arbeitsdurchführung und des Arbeitsablaufes auch an die Arbeitnehmer der B G g erteilt sowie die Ausführung der Arbeiten durch alle Arbeiter überprüft habe, konnte jedoch in der mündlichen Verhandlung glaubwürdig erklären, dass er sich nicht um die einzelnen Arbeiter der Subunternehmen gekümmert hat sondern sein Ansprechpartner diesbezüglich Herr S war. Die Aufteilung der Arbeiten dahingehend, welches Unternehmen welchen Teil der Fassade macht, war bereits im Vorhinein mit der B F GmbH besprochen, diesbezüglich erfolgte keine laufende Einteilung durch Herrn K. Er selbst war zwei- bis dreimal pro Woche jeweils ca. einen halben Tag auf der Baustelle, seine Qualitätskontrollen beschränken sich hinsichtlich der Subunternehmen darauf, dass die einzelnen Abschnitte beim Abschluss gemeinsam mit der Baustellenkoordination überprüft wurden. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass Herr K als Vertreter der H M GmbH die genauen und individuellen Arbeitsanweisungen an die Mitarbeiter der eingesetzten Subunternehmen erteilte. Dies gilt ebenso für Herrn S bzw. Herrn D hinsichtlich der von ihnen eingesetzten Subunternehmen.

Insgesamt kann bei einer Gesamtbeurteilung aller Anhaltspunkte nicht bewiesen werden, dass nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt bei den von der H M GmbH sowie von der B F GmbH mit deren jeweiligen Subunternehmen getroffenen Vereinbarungen die Überlassung einer bestimmten Anzahl von Arbeitnehmern für einen bestimmten Zeitraum im Vordergrund stand sondern es ist zumindest im Zweifel davon auszugehen, dass jeweils die Herstellung eines konkreten Werkes innerhalb einer bestimmten Zeit vereinbart war.

Es lag daher unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EUGH zur Richtlinie 96/71/EG sowie der entsprechenden neueren Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes keine Arbeitskräfteüberlassung vor. Dem Straferkenntnis sowie allen während der Verfolgungsverjährung gesetzten Verfolgungshandlungen liegt jedoch als Tatvorwurf zugrunde, dass die namentlich genannten sieben Arbeitnehmer an die H M GmbH als Beschäftigerin überlassen worden waren. Eine solche Arbeitskräfteüberlassung kann jedoch – wie oben dargestellt – nicht bewiesen werden. Das Verwaltungsstrafverfahren war daher einzustellen.

II. 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 dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Abgrenzung von Arbeitskräfteüberlassung und Entsendung ab, noch fehlt es an einer solchen. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Bei der Beweiswürdigung handelt es sich um eine Einzelfallentscheidung, welche nach Durchführung einer ausführlichen mündlichen Verhandlung getroffen wurde. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Zöbl

.