jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Lvwg Erkenntnis 2017/12/15 LVwG-2017/41/1058-4

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 15.12.2017

Entscheidungsdatum

15.12.2017

Index

62 Arbeitsmarktverwaltung

Norm

AÜG §22 Abs1 Z2
AÜG §17 Abs7

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat durch seinen Richter Dr. Hermann Riedler über die Beschwerde des AA, Z, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. BB, Adresse 1, Y, gegen das Straferkenntnis der Bürgermeisterin der Stadt X vom 27.03.2017, Zl ****, nach durchgeführter öffentlicher mündlicher Beschwerdeverhandlung,

zu Recht erkannt:

1. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG eingestellt.

2. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG unzulässig.

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

Soweit die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof in Wien für zulässig erklärt worden ist, kann innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung dieser Entscheidung eine ordentliche Revision erhoben werden. Im Fall der Nichtzulassung der ordentlichen Revision kann innerhalb dieser Frist nur die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden.

Wenn allerdings in einer Verwaltungsstrafsache oder in einer Finanzstrafsache eine Geldstrafe von bis zu Euro 750,00 und keine Freiheitsstrafe verhängt werden durfte und im Erkenntnis eine Geldstrafe von bis zu Euro 400,00 verhängt wurde, ist eine (ordentliche oder außerordentliche) Revision an den Verwaltungsgerichthof wegen Verletzung in Rechten nicht zulässig.

Jedenfalls kann gegen diese Entscheidung binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, erhoben werden.

Die genannten Rechtsmittel sind von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw einer bevollmächtigten Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen, und es ist eine Eingabegebühr von Euro 240,00 zu entrichten. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die (ordentliche oder außerordentliche) Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen.

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 können.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Mit Straferkenntnis der Bürgermeisterin der Stadt X vom 27.03.2017 zu Zahl **** wurde dem Beschuldigten spruchgemäß nachstehender Sachverhalt zur Last gelegt:

„Sehr geehrter Herr AA,

Sie sind handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit satzungsgemäß zur Vertretung nach außen berufenes Organ der DD GmbH mit Sitz der Unternehmensleitung in W, Adresse 2.

In dieser Eigenschaften haben Sie es zu verantworten, dass die DD GmbH als Beschäftigerin (§ 3 Abs. 3 AÜG idF vom 15.10.2015) fünf bewilligungsfrei, grenzüberschreitend aus dem Ausland, nämlich aus V (Überlasser nach § 3 Abs. 2 AÜG idF vom 15.10.2015 war Herr CC, geb. am xx.xx.xxxx, als Einzelunternehmer mit Betriebssitz in V, nämlich in U, Adresse 3) nach Österreich überlassene, nicht in Österreich sozialversicherungspflichtige Arbeitskräfte, und zwar

1) Herrn EE, geb. xx.xx.xxxx (Qischer Staatsangehöriger),

2) Herrn FF, geb. xx.xx.xxxx (Qischer Staatsangehöriger),

3) Herrn GG, geb. xx.xx.xxxx (Qischer Staatsangehöriger),

4) Herrn JJ, geb. xx.xx.xxxx (Qischer Staatsangehöriger) und

5) Herrn KK, geb. xx.xx.xxxx (Qischer Staatsangehöriger)

am 15.10.2015 am Arbeits(einsatz)ort in X, Adresse 4, bzw. von diesem Arbeits(einsatz)ort aus für betriebseigene Aufgaben, nämlich als Paketzusteller eingesetzt hat. Anlässlich der durch die Abgabenbehörde (Finanzpolizei) am 15.10.2015 zwischen ca. 07:10 Uhr und ca. 08:00 Uhr in der Lagerhalle in X, Adresse 4, durchgeführten Kontrolle sind dort die unter den Positionen 2), 3), 4) und 5) angeführten überlassenen Arbeitskräfte beim Beladen zweier Lastkraftwagen mit Paketen, welche für die Auslieferung an Kunden in T und R bestimmt waren, angetroffen worden, ohne, dass die DD GmbH als Beschäftigerin am 15.10.2015 in der Zeit von ca. 07:10 Uhr bis ca. 08:00 Uhr, dem Zeitraum der damaligen Kontrolle der Abgabenbehörde, für jede der zuvor angeführten fünf nicht in Österreich sozialversicherungspflichtigen überlassenen Arbeitskräfte Unterlagen über die Anmeldung dieser Arbeitskräfte zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument A1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit) am damaligen Arbeits(einsatz)ort in X, Adresse 4, zur Überprüfung (durch die Finanzpolizei) bereitgehalten hat. Es war damals dort für keine der zuvor angeführten fünf überlassenen Arbeitskräfte das Sozialversicherungsdokument A1 vorhanden

und außerdem

ohne, dass die DD GmbH als Beschäftigerin der fünf zuvor angeführten bewilligungsfrei, grenzüberschreitend aus V nach Österreich überlassenen Arbeitskräfte am 15.10.2015 in der Zeit von ca. 07:10 Uhr bis ca. 08:00 Uhr (dem Zeitraum der damaligen Kontrolle durch die Abgabenbehörde) für diese fünf überlassenen Arbeitskräfte am Arbeits(einsatz)ort derselben in X, Adresse 4, Abschriften der über deren (Arbeitskräfte)überlassung nach Österreich gern. § 17 Abs. 2 und 3 AÜG idF vom 15.10.2015 im Wege des ZKO-4-Formulares seitens des Überlassers, Herrn CC, an die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung (nach dem AuslBG und dem AVRAG) des Bundesministeriums für Finanzen erstatteten Meldungen am Arbeits(einsatz)ort in X, Adresse 4, zur Überprüfung (durch die Finanzpolizei).bereitgehalten hat. Es waren nämlich damals hinsichtlich keiner der fünf überlassenen Arbeitskräfte Abschriften der zuletzt beschriebenen Dokumente am zuletzt angeführten Arbeits(einsatz)ort vorhanden.“

Dem Beschuldigten wurde als handelsrechtlichem Geschäftsführer der Firma DD GmbH, welche im gegenständlichen Fall Beschäftigerin gewesen sei, eine Übertretung nach § 22 Abs 1 Z 2 fünfter Fall AÜG idF vom 15.10.2015 iVm § 17 Abs 7 AÜG idF vom 15.10.2015 iVm § 23a Abs 2 AÜG idgF iVm § 9 Abs 2 VStG zur Last gelegt.

Über ihn wurde eine Geldstrafe in der Höhe von Euro 1.000,00, im Uneinbringlichkeitsfalle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen, verhängt.

Gegen dieses Straferkenntnis hat der Beschuldigte durch seinen Rechtsvertreter, Rechtsanwalt Dr. BB, mit Schriftsatz vom 21.04.2017 rechtzeitig Beschwerde erhoben. In dieser Beschwerde wurde wie folgt ausgeführt:

„In umseits bezeichneter Verwaltungsstrafsache erhebt der Beschuldigte innerhalb offener Frist gegen das Straferkenntnis vom 27.3.2017 nachstehende

BESCHWERDE

an das Landesverwaltungsgericht Tirol.

Das angeführte Straferkenntnis wird seinem gesamten Inhalt nach angefochten.

Als Beschwerdegründe werden die inhaltliche Rechtswidrigkeit des angefochtenen Straferkenntnisses und des Verfahrens infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften, unrichtige und aktenwidrige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes, unrichtige Beweiswürdigung, unrichtige rechtliche Beurteilung des Sachverhaltes und fehlerhafte Anwendung von Gesetzen, sowie Begründungsmängel geltend gemacht. Bei gesetzmäßiger Entscheidung wäre die Behörde zu einem anderen Erkenntnis gelangt.

Sämtliche Mängel des angefochtene Straferkenntnisses und des Verfahrens, welches zu diesem geführt hat, sind relevant.

Es wird insbesondere auf das bisherige Vorbringen in den Eingaben verwiesen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes liegt eine Aktenwidrigkeit dann vor, wenn sich die Behörde oder das Gericht bei der Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes mit dem Akteninhalt hinsichtlich der dort festgehaltenen Tatsachen in Widerspruch setzt, wenn also der Akteninhalt unrichtig wiedergegeben wurde, nicht aber, wenn Feststellungen getroffen wurden, die aufgrund der Beweiswürdigung mit den Behauptungen einer Partei nicht übereinstimmen (vgl. etwa den Beschluss vom 25. Februar 2016, Ra 2016/16/0006, mwN). Bei den aktenwidrigen Feststellungen der Behörde handelt es sich um die unrichtige Wiedergabe von Akteninhalten, nicht um Ergebnisse der Beweiswürdigung.

Die Feststellungen der Behörde sind größtenteils unrichtig, diese Feststellungsmängel basieren auch auf einer unrichtigen Rechtsansicht (sekundäre Feststellungsmängel).

Siehe dazu im Einzelnen nachstehend.

1. Die Behörde vermeint zwar, dass im vorliegenden Fall eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob es sich bei der Vereinbarung um einen Werkvertrag handelt, überflüssig wäre, darin unterliegt die Behörde jedoch einem gravierenden Irrtum.

Die Behörde verkennt nämlich, dass bei Vorliegen eines der Tatbestandsmerkmale gemäß § 4 AÜG nur dann eine Arbeitskräfteüberlassung anzunehmen ist, wenn die Arbeitskräfte im Betrieb des Werkbestellers erbringen. Ob diese Voraussetzung gegeben ist, hat die Behörde nicht geprüft. Dies wäre zwingend jedoch als Vorfrage zu beurteilen gewesen. Denn, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistungen nicht im Betrieb des Werkbestellers Erbringen, kann keine Arbeitskräfteüberlassung vorliegen.

Der wesentliche Unterschied zwischen Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung besteht darin, dass beim Werkvertrag der Werkunternehmer mit dem Einsatz von Hilfskräften jenen Erfolg herzustellen versucht, zu dem er sich selbst vertraglich verpflichtet hat. Die Mitarbeiter des Werkvertragsunternehmers erbringen damit ihre Leistungen in dessen Betrieb und nicht im Betrieb des Auftraggebers.

Im gegenständlichen Fall ist von einem echten Werkvertragsverhältnis auszugehen. Die Arbeitskräfte waren für CC Transporte (in der Folge: CC) in dessen Betrieb tätig und haben ihre Leistungen für diesen erbracht. Die Voraussetzungen für die Anwendung des § 4 AÜG sind schon deshalb nicht gegeben. Feststellungen dazu hat die Behörde rechtirrig unterlassen.

Das angefochtene Straferkenntnis leidet damit an einem essentiellen Mangel.

2. Feststellungsmängel, Aktenwidrigkeiten, überschießende Feststellungen:

2.1. Die Behörde stellt fest, dass die Mitarbeiter der DD GmbH (in der Folge: DD) und von CC „im selben Raum" arbeiteten.

Dies wertet die Behörde, allerdings zu Unrecht, als Nachweis für die organisatorische Eingliederung der Mitarbeiter von CC. Abgesehen davon irrt die Behörde auch in der Sachverhaltsfeststellung.

Die Mitarbeiter von CC arbeiteten keinesfalls mit denen von DD „unter einem Dach", schon gar nicht „im selben Raum". Die Ladezone ist für die Unternehmer, welche DD beschäftigt, durch die Ladeluken frei zugänglich, wenn sie ihre Fahrzeuge beladen. Wie die Behörde richtig feststellte, wurden die Waren dort durch die Mitarbeiter von DD bereits am Vortag bereit gestellt. Die Mitarbeiter von DD und CC hatten damit in der Regel überhaupt nichts miteinander zu tun und gab es in der Regel keinerlei Begegnungen. Vorstehende Feststellungen der Behörde sind unrichtig und im höchsten Maße überschießend.

2.2. Zu Unrecht stellt die Behörde folgendes fest:

• Die Fahrerteams von CC hatten genauso wie jene von DD die Aufgabe, bereitgestellte Waren an Endkunden abzuliefern.

• CC und DD arbeiteten am selben Ziel, nämlich der Ablieferung von Waren an Endkunden.

Dies ist zum einen aktenwidrig, überdies tatsachenwidrig und gibt es für diese Feststellungen keine Beweisergebnisse, zudem ist dies grob rechtsirrig.

Erstens hat DD keine Fahrerteams, es lässt sich nicht erkennen, wie die Behörde diese tatsachen- und aktenwidrige Feststellung treffen kann, damit kann DD schon nicht dieselben Aufgaben wie CC erfüllen.

Zweitens arbeiteten CC und DD nicht am selben Ziel, nämlich der Ablieferung von Waren an Endkunden. Der Zeuge LL hat dazu klar ausgesagt: Im Grunde genommen hat die DD diverses Ladegut über die Frächter von A nach B gebracht.

Die Eigenfahrzeuge der DD erfüllen gänzlich andere Aufgaben. Diese sind ausnahmslos an Frachtführer vermietet. DD hat keine eigenen Fahrer und keine Fahrzeuge welche von DD betrieben werden. Die Behörde kann nicht so mir nichts dir nichts einfach etwas feststellen, nur weil es gerade gut zum Sachverhalt passen würde.

Von besonderer Relevanz in diesem Zusammenhang ist, dass die Behörde, offensichtlich rechtsirrig, die Tätigkeitsbereiche von DD einerseits und CC andererseits nicht differenziert, obwohl dazu umfassend vorgebracht worden war (siehe Rechtfertigung vom 12.10.2016). Mit diesem Vorbringen hat sich die Behörde überhaupt nicht auseinander gesetzt. Dies stellt einen wesentlichen Begründungs- und Feststellungsmangel dar.

Der Beschuldigte kann sich des Anscheins nicht erwehren, dass die für ihn sprechenden Umstände nicht in gleicher Weise berücksichtigt wurden. Es ist von keinem fairen Verfahren auszugehen.

Nochmals wird deshalb an dieser Stelle der Unterschied der Tätigkeiten von DD und des CC kurz zusammengefasst dargestellt:

CC ist ein Frachtführer, als solcher führt er die Güterbeförderungen aus (§§ 425 ff UGB), DD ist Spediteur, dessen ausschließliche Aufgabe es ist, Güterbeförderungen zu organisieren (§ 407 ff UGB). Dazu schließt der Spediteur mit dem Fachtführer Frachtverträge im Namen und auf Rechnung des Absenders ab. Die Tätigkeit des Frachtführers endet mit der Ablieferung des Gutes beim Empfänger, damit entsteht gem. § 1170 ABGB auch erst sein Entgeltsanspruch (Frachtlohn), die des Spediteurs endet bereits mit der Übergabe des Gutes an den Frachtführer (§ 409 UGB).

Der Frachtvertrag ist ein Werkvertrag, der Speditionsvertrag ein Geschäftsbesorgungs-vertrag. Der Logistikvertrag ist ein typengemischter Vertrag.

Auch der selbsteintretende Spediteur gemäß § 412 UGB hat die Rechte eines Spediteurs. DD hat selbst keinerlei Güterbeförderungen ausgeführt, DD organisiert ausschließlich Güterbeförderungen.

Die Tätigkeit, welche DD an dem Standort verrichtet, ist ausschließlich die eines Lagerhalters (§§ 416 ff UGB).

Vergleiche Schütz in Straube §§ 407 ff UGB und zahlreiche Judikatur des OGH.

Fazit:

CC hat ebensowenig Tätigkeiten von DD ausgeführt, wie DD Tätigkeiten von CC. DD hat für ihre Kunden organisiert und für die Frachtführer im Rahmen der Lagerhaltung die Güter zusammengestellt, CC hat die Frachten ausgeführt. Worin besteht die Übereinstimmung dieser Tätigkeiten? Wo sind die Beweisergebnisse, dass DD jemals selbst ebensolche Paketbeförderungen oder ähnliche Transport- und sonstige Leistungen (Montagearbeiten etc.) wie CC ausgeführt hat? Wie kann die Behörde dies einfach so behaupten?

Die Behörde trifft dazu entscheidende aktenwidrige Feststellungen, geht von gänzlich unrichtigen Voraussetzungen aus und hat aufgrund dessen diesen Sachverhalt falsch festgestellt und rechtlich beurteilt.

Richtigerweise hätte die Behörde aufgrund der Beweisergebnisse feststellen müssen:

DD ist Spediteur und organisiert nur Frachten durch Frachtführer. DD beauftragt dazu Frachtführer, wie CC. DD betreibt keine eigenen Fahrzeuge und hat auch keine eigenen Fahrer. DD liefert keine Waren an Kunden, DD besorgt nur deren Beförderung für ihre Auftraggeber. Dazu schließt DD für ihre Auftraggeber im eigenen Namen und auf deren Rechnung Frachtverträge mit Frachtführern. Die Aufgaben, welche DD und CC erfüllten waren verschieden, es gab keine Gemeinsamkeiten.

2.3. Grob aktenwidrig sind auch die Feststellungen, LL habe „Lieferscheine verteilt und Anweisungen gegeben", sowie, „mit den Fahrerteams der DD GmbH trat LL diesbezüglich selbst in Kontakt".

Diese Feststellungen sind aktenwidrig. Wo und wann hat LL dies ausgesagt?

Diese akten- und beweiswidrigen Feststellungen sind zudem schon aufgrund der Wortwahl in höchstem Maße überschießend und sollen offensichtlich die Grundlage für die Annahme einer organisatorischen Eingliederung liefern. Welche Relevanz allerdings die zweite Feststellung haben soll, ist nicht ergründbar.

Vorstehendes gilt auch für die Feststellungen EE habe die Anweisungen des LL an die Mitarbeiter des CC nur weitergegeben bzw. verständlich gemacht. EE wäre keine originäre Entscheidungsgewalt zugekommen.

Welche Anweisungen für die Mitarbeiter des CC hat LL konkret erteilt, und wann soll dies gewesen sein?

Auch diese Feststellungen sind aktenwidrig. Aus welchen Beweisergebnissen ergibt sich dies? Weshalb wird nicht bloß der Sachverhalt festgestellt, sondern schon bei den Sachverhaltsfeststellungen eine rechtliche Beurteilung (...originäre Entscheidungsgewalt...) vorgenommen?

Richtigerweise hätte die Behörde aufgrund der Beweisergebnisse feststellen müssen:

DD und LL haben den Mitarbeiter des CC keine Anweisungen erteilt, weber unmittelbar, noch über EE.

2.4. Diese Mängel der Behörde führen auch zur Fehleinschätzung der Behörde, die Mitarbeiter von Balci hätten kein Werk hergestellt, welches von dem der DD unterscheidbar gewesen wäre.

Aktenwidrig und grob überschießend sind nahstehende Feststellungen:

Gegenständlich haben die Mitarbeiter der CC Transporte kein von den Dienstleistungen und Zwischenergebnissen der DD GmbH abweichendes, unterscheidbares und der CC Transporte zurechenbares Werk oder an dessen Herstellung mitgewirkt. Die aus zwei Mann bestehenden Fahrerteams der DD GmbH und der CC Transporte haben nach Erhalt der Lieferscheine Waren an Endkunden abgeliefert und die ausgefüllten Lieferscheine wiederum dem Disponenten der DD GmbH retourniert, somit ein und dieselben Tätigkeiten durchgeführt.

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Ausführungen zu 2.2. verwiesen.

Richtigerweise hätte die Behörde aufgrund der Beweisergebnisse feststellen müssen:

Siehe dazu oben zu 2.2.

2.5. Aufgrund der aktenwidrigen und überschießenden Feststellungen sowie der Beweiswürdigung erkennbar nur zum Nachteil des Beschuldigten ergeben sich erhebliche Zweifel an der Objektivität der Sachbearbeiterin der Behörde und erscheinen die Grundsätze eines fairen Verfahrens massiv verletzt.

3. Unrichtige rechtliche Beurteilung

3.1. Zu allererst wird die Unterlassung der Prüfung der Vorfrage gemäß 1. gerügt. § 4 AÜG ist aufgrund dessen nicht anzuwenden.

Entgegen der Rechtsmeinung der Behörde ist eine wirtschaftliche Unselbständigkeit des CC nicht gegeben.

Echte Werkverträge, aufgrund welcher ein Werkunternehmer ausschließlich zur Herstellung eines vertraglich vereinbarten Werkes seine Hilfspersonen (Erfüllungsgehilfen) im Betrieb des Werkbestellers einsetzt, unterliegen nicht dem AÜG.

Das Vertragsverhältnis zwischen DD und CC war ein echter Werkvertrag.

Der Beschuldigte hat in seiner Eingabe vom 12.10.2016 ausdrücklich vorgebracht, dass CC sich persönlich vertreten lassen und Aufträge ablehnen konnte. Die persönliche Arbeitspflicht ist ein ganz wesentliches Kriterium für die Annahme persönlicher Abhängigkeit und damit eines unselbständigen Beschäftigungsverhältnisses. Die persönliche Arbeitspflicht fehlt nach der Judikatur dann, wenn dem zur Leistung Verpflichteten ein generelles Vertretungsrecht zukommt (VwGH vom 1.10.2015, 2015/08/0020 u.a.).

Weichen die „wahren Verhältnisse" vom Vertrag ab, dann ist nicht primär der Vertrag maßgebend, sondern ist entscheidend, ob bei der tatsächlichen und nicht bloß vereinbarten Art der Beschäftigung die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen (VwGH vom 18.8.2015, 1013/08/0121 u.a.).

Diese Prüfung der „wahren Verhältnisse" kann nicht nur dazu führen, dass ein als Werkvertrag bezeichnetes Vertragsverhältnis tatsächlich als unselbständiges Beschäftigungsverhältnis qualifiziert wird, sondern es ist auch in die Gegenrichtung möglich, dass Vertragsbestimmungen, welche an sich ein Indiz für Unselbständigkeit wären, „tatsächlich nicht gelebt werden" und tatsächlich ein Werkvertrag ohne jede Unselbständigkeit des Werkunternehmers vorliegt.

Siehe dazu nachstehende Ausführungen.

3.2. Begründungsmangel /Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften

Abweichend vom schriftlichen Vertrag wurde das Vertragsverhältnis zwischen DD und CC so gehandhabt und auch tatsächlich gelebt, dass CC ein unbeschränktes Vertretungsrecht hatte, Aufträge konsequenzlos ablehnen konnte und auch über den Einsatz der Mitarbeiter frei entschied. So wurde es in der Eingabe vom 12.10.2016 ausdrücklich vorgebracht.

Zum Beweis dafür und für weitere rechtserhebliche Tatsachen wurde die Einvernahme des CC sowohl in der Eingabe vom 12.10.2106, als auch in der weiteren Eingabe vom 1.2.2107 beantragt

Die Behörde hat diesen Beweisantrag nicht erledigt, und dies im Straferkenntnis überhaupt nicht begründet. Dadurch leidet das Verfahren an einem erheblichen Mangel (Begründungs- und Verfahrensmangel).

Wird ein vom Beschuldigten genannter Zeuge nicht vernommen und die Nichtaufnahme dieses Beweises im Strafbescheid nicht erwähnt und nicht begründet, so hindert dieser Begründungsmangel die Berufungsbehörde an der Wahrnehmung ihrer Kontrollaufgaben. Mangels einer diesbezüglichen Begründung ist es der Rechtsmittelbehörde verwehrt, von vornherein davon auszugehen, dass die Einvernahme des Zeugen ein untaugliches Beweismittel gebildet hätte (VwGH vom 26.05.1995, 94/17/0433 u.a.).

Die Rechte des Beschuldigten, insbesondere das auf das Parteiengehör, wurden dadurch erheblich eingeschränkt, sein Recht auf ein faires Verfahren damit gravierend verletzt.

Nach der auch nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, BGBl. I Nr. 51, aufrecht erhaltenen hg. Rechtsprechung führt ein Begründungsmangel zur Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften und in weiterer Folge zur Aufhebung durch den VwGH, wenn er entweder die Parteien des Verwaltungsverfahrens und des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens an der Verfolgung ihrer Rechte oder den VwGH an der Überprüfung der angefochtenen Entscheidung auf deren inhaltliche Rechtmäßigkeit hindert (vgl. B 14. September 2015, Ra 2014/17/0009). Dies ist gegenständlich eindeutig der Fall.

3.3. Die Frage, ob das Vertragsverhältnis zwischen DD und CC als Werkvertrag zu qualifizieren ist, spielt dann eine entscheidende Rolle, wenn die Rechtsmittelinstanz zu der Rechtsüberzeugung gelangt, dass die Tatbestandsmerkmale des § 4 AÜG nicht vorliegen.

3.4. Die Behörde musste aufgrund der Feststellungsmängel, Aktenwidrigkeiten und überschießenden Feststellungen zu einem unrichtigen rechtlichen Ergebnis kommen.

Dazu wird auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen.

Keiner der angenommenen Tatbestände der §§ 4 Abs. 2 Z. 1 und Z 3 AÜG liegt vor. Die Leistungen von CC und DD sind schon aufgrund der unterschiedlichen Rechtsgrundlagen, aber auch tatsächlich nicht vergleichbar, siehe dazu oben zu 2.2. und 2.4.

Worin eine Unterstellung unter die Dienst- und Fachaufsicht der DD und eine organisatorische Eingliederung der Mitarbeiter des CC zu erblicken sein soll, dazu lässt das Straferkenntnis jede Begründung vermissen. Die vorgetragenen Argumente sind ausschließlich Scheinbegründungen und basieren diese auf größtenteils aktenwidrigen Feststellungen, siehe oben zu 2.2. bis 2.4.

EE hat ganz alleine über die Ausführung der Aufträge entschieden und diese frei disponiert. Er alleine entschied über Route, Reihenfolge der Zustellungen, Zeitpunkt deren Ausführung, welche Mitarbeiter welche Tour fahren, die Ruhezeiten der Fahrer etc. und nur er alleine konnte dies entscheiden. Denn die Mitarbeiter des CC waren ausschließlich seiner Aufsicht und Weisungsbefugnis (hinsichtlich sachlichen und persönlichen Weisungen) unterstellt. Wo sind die Beweisergebnisse, die dies belegen? Wie kann die Behörde bei alledem feststellen, EE habe keine originäre Entscheidungsgewalt gehabt!

Die Mitarbeiter des CC sprachen nicht Deutsch. Die Rechtsmeinung der Behörde, LL habe diesen Anweisungen erteilt, ist schon aus diesem Grund irrig.

Dass das Fahrzeug des Werkunternehmers neutral zu halten ist, spricht doch gerade gegen eine unternehmerische Eingliederung. Wäre eine Eingliederung gewünscht gewesen und diese tatsächlich erfolgt, hätte DD doch bestimmt, dass auf CC's Fahrzeuge das DD Logo anzubringen ist. Die diesbezüglichen Feststellungen der Behörde sind absolut und in sich grob widersprüchlich.

3.5. Verletzung von Verfahrensvorschriften / Begründungsmangel / Rechtswidrigkeit

Dazu wird auf Punkt 3.2. verwiesen. Die Nichtaufnahme des beantragten Zeugenbeweises und das Unterlassen einer Begründung dafür im Straferkenntnis stellen einen erheblichen Begründungsmangel dar, dieser bewirkt die inhaltliche Rechtswidrigkeit des Straferkenntnisses infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften und führt zu dessen Aufhebung. Dieser Begründungsmangel hindert sowohl den Beschuldigten an der Verfolgung seiner Rechte, als auch die Berufungsbehörden an der Überprüfung der angefochtenen Entscheidung auf deren inhaltliche Rechtmäßigkeit (vgl. B 14. September 2015, Ra 2014/17/0009). Dies ist gegenständlich eindeutig der Fall.

Ein Begründungsmangel führt dann zu einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften, wenn er eine Überprüfung des angefallenen Bescheides hindert (Hinweis auf E vom 16.5.1977, 2293/76), insbesondere wenn dadurch die Partei des Verwaltungsverfahrens über die von der Behörde angestellten Erwägungen nicht unterrichtet und an der Verfolgung ihres Rechtsanspruches gehindert worden ist. (Hinweis auf E vom 12.1.1952, 195/51, VwSlg 2407 A/1951).

4. Zur Strafe:

In der Strafbemessung hat die Behörde als erschwerend die Beschäftigung von fünf überlassenen Arbeitskräften und den damit erzielten wirtschaftlichen Vorteil gewertet.

Als strafmildernd wurde nur die bisherige Unbescholtenheit gewertet. Da es sich bei dem Vorwurf um ein Ungehorsamsdelikt mit vermutetem Verschulden handelt, wäre als strafmildernd festzustellen gewesen, dass kein Verschulden des Beschuldigten feststellbar war. Der Beschuldigte wusste ja gar nicht, welche Mitarbeiter CC einsetzt.

Bei der Bemessung der Höhe der Geldstrafe nach Abs. 1 ist zwar gemäß § 22 Abs. 2 AÜG auf den durch die Überlassung erzielten Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil Bedacht zu nehmen, dabei handelt es sich entgegen der Rechtsmeinung der Behörde um keinen Strafbemessungstatbestand, im Sinne eines Straferschwerungsgrundes, und kann sich dies insofern nicht auf die Höhe der Geldstrafe auswirken.

Dass der Beschuldigte durch die Beschäftigung einen wirtschaftlichen Vorteil gezogen hätte, hat die Behörde nicht festgestellt, es kann deshalb gemäß § 22 Abs. 2 AÜG dies nicht in die Höhe der Geldstrafe einfließen.

Auch die Beschäftigung von fünf überlassenen Arbeitskräften stellt keinen Erschwerungsgrund dar, da es sich ja um ein Ungehorsamsdelikt mit vermutetem Verschulden handelt.

Die Strafbemessung der Behörde ist damit nicht gesetzmäßig und außerhalb des Ermessensrahmens. Die angeführten Begründungen sind Scheinbegründungen.

§ 20 VStG bestimmt, dass die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden kann, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen.

Unter Berücksichtigung der Milderungsgründe erscheint es auch aus general- und spezialpräventiven Gründen vertretbar, in diesem besonderen Fall das volle Maß der Strafmilderung auszuschöpfen und demgemäß die Strafe auf die Hälfte der gesetzlich vorgesehen Mindeststrafe herabzusetzen.

In diesem Umfang wird auch der Ausspruch über die Strafe als mangelhaft angefochten.

Der Beschuldigte stellt deshalb nachstehende

BESCHWERDEANTRÄGE

1. In Stattgebung dieser Beschwerde das angefochtene Straferkenntnis und das diesem zugrundeliegende Verfahren als rechtswidrig aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren gegen den Beschuldigten einzustellen;

2. in eventu das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und die Rechtssache zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an die Behörde erster Instanz zurückzuverweisen.

3. Den im angefochtenen Straferkenntnis enthaltenen Ausspruch über die Strafe dahin gehend abzuändern, dass die verhängte Strafe entsprechend herabgesetzt wird.

AA“

Bei der öffentlichen mündlichen Beschwerdeverhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht am 21.11.2017 wurden die Zeugen LL und MM einvernommen. Überdies wurde der Akt der belangten Behörde verlesen.

Der Beschwerde kam aus nachstehenden Gründen im Ergebnis Berechtigung zu:

Das gegenständliche Straferkenntnis gründet auf den Strafantrag des MM, Finanzpolizei Team 60, vom 14.01.2016. zu FA-GZ: ****. MM wurde anlässlich der öffentlichen mündlichen Beschwerdeverhandlung zeugenschaftlich im Detail dazu einvernommen. Dabei führte er aus, dass er am 15.10.2015 in X, Adresse 4, im Betriebsgelände der Firma DD GmbH eine Kontrolle durchgeführt habe. Es sei so, dass schon am 15.09.2015 versucht worden sei, dort eine Kontrolle vorzunehmen. Dabei sei jedoch festgestellt worden, dass das Betriebsgelände dunkel gewesen sei und keine Lieferfahrzeuge vorzufinden gewesen seien.

Hintergrund sei gewesen, dass es eine Anzeige gegeben habe, wonach ein Qischer Arbeitnehmer einer deutschen Firma Zustellungen für die Firma DD GmbH vorgenommen habe. Aufgrund dieses Umstandes sei er auch schon am 10.10.2015 im Firmengelände bei Herrn LL gewesen, wobei beabsichtigt gewesen sei, den Sachverhalt abzuklären. Man habe wissen wollen, ob tatsächlich Rumänen tätig seien. Herr LL (der Disponent, der auch im Beschwerdeverfahren einvernommen worden ist), habe dazu angegeben, dass es schon zutreffen würde, dass eine deutsche Firma vor Ort sei. Befragt danach, ob ein Vertrag zwischen der Firma DD und dieser deutschen Firma bestehe, habe dies Herr LL bejaht. Dabei habe er aber ausgeführt, dass er derzeit nicht über diesen verfügen würde. Dem Wissen des Zeugen MM nach sei dieser Vertrag aber sodann von Herrn LL am 13.10.2015 übermittelt worden. Schließlich sei es eben zu der besagten Kontrolle am 15.10.2015 in der Früh gekommen. Bei dieser Kontrolle hätten zwei Klein-LKW der deutschen Firma, nämlich CC, wahrgenommen werden können. Auch bei dieser Kontrolle habe man sich wieder an Herrn LL gewandt. Dieser sei sodann mit den Kontrollorganen in das Lager hinausgegangen. Dort seien sodann vier Personen beim Beladen von zwei Klein-LKW wahrgenommen worden. Eine Verständigung mit diesen vier Personen sei überhaupt nicht möglich gewesen, da sie nicht Deutsch gekonnt hätten. Herr LL habe sodann bei Herrn EE, einem Rumänen, einen Anruf getätigt. Etwa eine ¾-Stunde später seien sodann EE und CC auf das Firmengelände gekommen. Es sei dann so gewesen, dass sowohl EE als auch CC zum Sachverhalt befragt worden seien. Die Einvernahme des CC sei so erfolgt, dass EE als Dolmetsch fungiert habe, zumal Herr CC praktisch nicht Deutsch gekonnt habe. Der Zeuge habe die Einvernahme des Herrn CC durchgeführt. Seinem Wissen nach habe Herr CC bei dieser Einvernahme angegeben, dass er seine Arbeitnehmer von V in das Firmengelände nach X zum Arbeiten

geschickt habe. Hinsichtlich dieser Qischen Arbeitskräfte seien keinerlei Unterlagen vor Ort, insbesondere keine ZKO-Meldungen und auch keine A1-Bestätigungen, aufgelegen. Im weiteren Verfahren habe sich herausgestellt, dass die Rumänen in V sozialversichert gewesen seien. Herr CC sei anlässlich seiner Einvernahme angewiesen worden, entsprechende Unterlagen zu übermitteln. In der Folge seien sodann insbesondere Dienstverträge mit den Qischen Arbeitskräften vorgelegt worden.

Zum Zeitpunkt der Kontrollen, insbesondere auch noch am 15.10.2015, sei für ihn die Angelegenheit rechtlich überhaupt nicht einzuordnen gewesen. Die Kontrollorgane hätten nicht gewusst, ob eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt oder nicht. Es sei einfach beabsichtigt gewesen, die erforderlichen Unterlagen von der Firma CC zu bekommen. Der Zeuge MM sagte weiters aus, dass er sich aufgrund des Umstandes, dass die Einvernahme schon am 15.10.2015 erfolgt sei, naturgemäß an die Einzelheiten nicht mehr erinnern könne. Dies gelte auch dafür, was konkret Herr CC hinsichtlich seiner Arbeitnehmer angegeben habe. Zudem wisse er natürlich auch nicht, ob Herr EE dies bei der Einvernahme dem Herrn CC richtig übersetzt habe. Es sei so gewesen, dass er Herrn EE eine Frage gestellt habe, die dieser dem Herrn CC ins Qische übersetzt und sodann Herr CC auf Qisch dem Herrn EE geantwortet habe. Diese Antwort auf Qisch sei von Herrn EE sodann wieder ins Deutsche übersetzt worden.

Es ergibt sich kein Hinweis dafür, dass diese Angaben des Zeugen nicht der Richtigkeit entsprechen könnten.

Auffällig dabei ist allerdings, dass der Zeuge bei seiner Einvernahme angegeben hat, dass er die gegenständliche Angelegenheit zum Zeitpunkt der Kontrollen rechtlich nicht einordnen hätte können, wobei jedoch im erst Monate später verfassten Strafantrag vom 14.01.2016 von einer Arbeitskräfteüberlassung ausgegangen wird. Dabei wurde insbesondere auf die ständige Rechtsprechung des VwGH verwiesen (zuletzt Ro 2014/09/0026), derzufolge schon bei Erfüllung auch nur eines der in § 4 Abs 2 Z 1 bis 4 AÜG genannten Tatbestandsmerkmale jedenfalls dem wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des § 3 Abs 1 AÜG durch den Werkunternehmer als Überlasser im Sinne des § 3 Abs 2 AÜG (der insofern die überlassenen Arbeitskräfte mittelbar zur Arbeitsleistung an den Beschäftiger verpflichtet) an den Werkbesteller als Beschäftiger im Sinn des § 3 Abs 3 AÜG vorliege.

Auch die Bürgermeisterin der Stadt X hat sich in der rechtlichen Würdigung auf diese Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes gestützt und ausgeführt, dass im vorliegenden Fall eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob es sich bei der im einzelnen angeführten Vereinbarung zwischen der Firma DD GmbH und der Firma CC um einen Werkvertrag handle, überflüssig sei. Arbeitskräfteüberlassung liege gemäß § 4 Abs 2 AÜG idF vom 15.10.2015 insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers 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 oder
- die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder
- organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder
- der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet.

Weiters wurde ausgeführt, dass bei Erfüllung auch nur eines der in § 4 Abs 2 Z 1 bis 4 AÜG genannten Tatbestandsmerkmale jedenfalls dem wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitskräfteüberlassung vorliege, wobei insbesondere auf die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 23.05.2012, 2009/11/0250, und vom 15.02.2013, 2012/09/0046, verwiesen wurde. Einer Gesamtbeurteilung des Sachverhaltes im Sinne des § 4 Abs 1 AÜG würde es nur dann bedürfen, wenn durch den Sachverhalt keine der vier Ziffern des § 4 Abs 2 AÜG zur Gänze erfüllt seien, wobei auf das Erkenntnis vom 19.05.2014 zu Zahl 2014/09/0026 verwiesen wurde.

Weiters wurde ausgeführt, dass der Umstand, dass weitere Mitarbeiter der DD GmbH Waren bereitgestellt und im gesamten Arbeitsprozess damit auch noch andere Tätigkeiten als die Mitarbeiter der Firma CC durchgeführt hätten, nichts an der teilweisen Kongruenz der Tätigkeiten ändern würde. Völlige Kongruenz des Umfanges der vom Werkbesteller und Werkunternehmer angebotenen Produkte, Dienstleistungen oder Zwischenergebnisse werde auch

vom Gesetz nicht gefordert. Zur Ununterscheidbarkeit der angebotenen Produkte, Dienstleistungen oder Zwischenergebnisse im Sinne des § 4 Abs 2 Z 1 AÜG genüge vielmehr eine solche auch bloß in einem Teilbereich des Betriebsgegenstandes (VwGH 28.10.2004, 2003/09/0047).

Im gegenständlichen Fall liege außerdem eine organisatorische Eingliederung der Mitarbeiter der CC Transporte in den Betrieb der DD GmbH sowie eine Unterstellung unter deren Dienst- und Fachaufsicht im Sinne des § 4 Abs 2 Z 3 AÜG vor. Die Mitarbeiter der CC Transporte hätten mit Mitarbeitern der DD GmbH nicht nur unter einem Dach, sondern auch am selben Ziel, nämlich der Ablieferung von Waren an Endkunden, gearbeitet. Damit liege eine Zusammenarbeit vor, wobei es nicht schade, dass einzelne Arbeitsschritte getrennt voneinander erfolgt seien.

Überdies wären die Mitarbeiter der CC Transporte den Anweisungen des LL unterlegen. Der Umstand, dass die Anweisungen von EE (unverändert) weitergegeben bzw übersetzt worden seien, vermöge daran nichts zu ändern. Die Mitarbeiter der CC Transporte hätten weiße Transport-LKW's zu fahren gehabt. Ein Firmenlogo der CC Transporte sei nach Vertragslage nicht gestattet gewesen und sei von den Mitarbeitern der CC Transporte auch nicht verwendet worden. Dies sei im Sinne des von der DD GmbH vorgegebenen Corporate Design erfolgt.

Da im gegenständlichen Fall die Tatbestände von § 4 Abs 2 Z 1 und Z 3 AÜG unzweifelhaft erfüllt seien, liege Arbeitskräfteüberlassung vor und sei eine Gesamtbeurteilung des Sachverhaltes im Sinn des § 4 Abs 1 AÜG nicht notwendig.

Sowohl der Finanzpolizei X als auch der Bürgermeisterin der Stadt X ist darin zuzustimmen, dass der Verwaltungsgerichtshof bis dato eine derartige Rechtsansicht vertreten hat.

Von dieser Rechtsanschauung ist der Verwaltungsgerichtshof jedoch diametral mit dem Erkenntnis vom 22.08.2017, Zl Ra 2017/11/0068-5, abgegangen. Mit diesem Erkenntnis wurde ein Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes, mit welchem ein Straferkenntnis betreffend einer Übertretung nach dem AÜG bestätigt worden war, wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben. Dabei wurde bemerkt, dass die bisherige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes davon ausgegangen ist, dass eine Gesamtbeurteilung des Sachverhaltes im Sinne des § 4 Abs 1 AÜG nur dann erforderlich sei, wenn durch den Tatbestand keine der vier Ziffern des § 4 Abs 2 AÜG zur Gänze erfüllt sei, wobei insbesondere auf das Erkenntnis zu Zahl Ro 2014/09/0026 verwiesen wurde. Weiters führte der Verwaltungsgerichtshof jedoch aus, dass in der Revision zutreffend ausgeführt werde, dass die Rechtsfrage, ob es sich bei dem Vertragsverhältnis um einen echten Werkvertrag oder um einen Vertrag betreffend grenzüberschreitende Arbeitskräfte-überlassung handle, nicht ausschließlich nach innerstaatlichem Recht zu beantworten sei. Die in Rede stehenden Bestimmungen des AÜG würden auch der Umsetzung von Unionsrecht dienen, sodass dessen Vorgaben bei der Vollziehung dieser Gesetzesbestimmungen zu berücksichtigen seien. Von der Richtlinie 96/71/EG seien sowohl (Art 1 Abs 3 lit a) die grenzüberschreitende Entsendung eines Arbeitnehmers durch ein Unternehmen, um einen von diesem Unternehmen eingegangenen Werkvertrag zu erfüllen, als auch (Art 1 Abs 3 lit c) – insoweit im Einklang mit dem AÜG (Tomandl, AÜG, 3. Auflage, 2017, Seite 37) – die grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung, nämlich die grenzüberschreitende Entsendung eines Arbeitnehmers durch ein Unternehmen zum Zweck (lediglich) der Überlassung an ein anderes (den Arbeitnehmer verwendetes) Unternehmen, erfasst.

Vor diesem rechtlichen Hintergrund seien die Kriterien, die für die Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des Art 1 Abs 3 lit c der Richtlinie 96/71 entscheidend seien, insofern auch maßgebend für die Beurteilung, ob (grenzüberschreitende) Arbeitskräfteüberlassung im Sinne der §§ 3 und 4 AÜG vorliege, also nur bei Übereinstimmung mit den unionsrechtlichen Vorgaben eine uneingeschränkte Anwendung des AÜG in Betracht käme.

Im vorliegenden Fall habe sich das Verwaltungsgericht Tirol bei der Beurteilung, ob Arbeitskräfteüberlassung vorliege, zwar auf die zitierte verwaltungsgerichtliche Judikatur zu § 4 AÜG bezogen und seine Ansicht, dass gegenständlich Arbeitskräfteüberlassung vorliege, ausschließlich auf die Erfüllung des § 4 Abs 2 Z 2 AÜG gestützt. Der Einwand des Revisionswerbers, dass das in der letztgenannten Bestimmung genannte Kriterium – aus unionsrechtlicher Sicht – nach aktueller Judikatur des EuGH im Urteil vom 18.06.2015 „Martin Meat" (C-586/13) kein ausreichendes Abgrenzungskriterium darstelle und weitere Kriterien als entscheidend zu berücksichtigen seien, sei vom Verwaltungsgericht keiner inhaltlichen Überprüfung unterzogen worden. Dabei wurde auch auf das Urteil „Vicoplus" u.a. (C-307/09 bis C-309/09) verwiesen. In diesem Urteil sei ausgesprochen worden, dass eine Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von Art 1 Abs 3c der Richtlinie 96/71 vorliege, wenn drei Voraussetzungen erfüllt seien:

1. müsse 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 bleibe, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem verwendenden Unternehmen geschlossen werde;

2. müsse das wesentliche Merkmal dieser Überlassung darin bestehen, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedsstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens sei;

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

Weiters wurde in diesem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes ausgesprochen, dass in Entsprechung mit dieser Judikatur des EuGH die Fragen, ob die Vergütung auch von der Qualität der erbrachten Leistung abhänge, und wer die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich festgelegten Leistung trage, ob also der für einen Werkvertrag essentielle (gewährleistungstaugliche) Erfolg vereinbart worden sei, wer die Zahl der für die Herstellung des Werkes jeweils konkret eingesetztem Arbeitnehmer bestimme und von wem die Arbeitnehmer die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung ihrer Tätigkeiten erhalten würden, von entscheidender Bedeutung seien.

In Berücksichtigung dieser aufgeworfenen Fragen im zit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes erfolgte die Einvernahme des Zeugen LL, des damaligen Disponenten der Firma DD GmbH.

Dabei bestätigte dieser Zeuge eingangs seiner Einvernahme seine Angaben bei der Erstbehörde vom 21.03.2017, die ihm vollinhaltlich vorgehalten worden sind.

Weiters gab er an, dass als einziger von den Rumänen EE Deutsch gesprochen habe. Diesem habe er auch täglich in der Früh die Auftragsliste übergeben. Es sei dem Herrn EE überlassen gewesen, welches Team der CC Transporte, welchen Auftrag durchführe. Darauf habe er keinen Einfluss genommen. Er gehe davon aus, dass die beiden Klein-LKW, die die Firma CC verwendet habe, im Eigentum des Herrn CC gestanden seien (dies ist auch zutreffend). Sie seien jedenfalls mit Sicherheit nicht im Eigentum der Firma DD GmbH gestanden. Diese Fahrzeuge wären in „reinweiß“ gehalten gewesen, wobei sich darauf keinerlei Firmenaufschrift befunden habe.

Zum Kontrollzeitpunkt am 15.10.2015 habe die Firma DD GmbH schon ein Team gehabt, nämlich mit einem Klein-LKW, mit dem diese Firma selbst Zustellungen durchgeführt habe. Er wisse aber, dass nach seinem Ausscheiden aus der Firma diese keinerlei Zustelltätigkeiten mehr selbst durchgeführt habe. Neben der Firma CC habe es vielleicht noch zwei bis drei weitere Frachtführer gegeben, die für die Firma DD Zustellungen durchgeführt hätten. Das Gebäude in X sei von der Firma DD GmbH angemietet gewesen. Die Tätigkeiten der Arbeitnehmer der Firma CC im Gebäude hätten sich darauf beschränkt, die zuzustellenden Waren in die Klein-LKW einzuladen. Die Waren dazu seien von Arbeitnehmern der Firma DD GmbH am Vortag bereitgestellt worden. Es sei so, dass diese Waren eben in die Klein-LKW der Firma CC eingeladen worden seien. Aus seiner Sicht habe er keine Dienstaufsicht über die Arbeitnehmer der Firma CC gehabt. Es habe auch keine andere Person der Firma DD GmbH Anweisungen an die Rumänen erteilt. Die unterschriebenen Lieferscheine seien von den Arbeitnehmern der Firma CC wieder durch Herrn EE an ihn ausgehändigt worden.

Auf Frage des Vertreters der Finanzpolizei gab der Zeuge an, dass es schon richtig sei, dass er hin und wieder bei der Beladung der Klein-LKW der Firma CC auch mitgeholfen habe. Dies dann, wenn er gesehen habe, dass es „zu stocken“ begonnen habe. Dies sei aber eine Ausnahme gewesen. Er habe keinesfalls jeden Tag bei der Beladung dieser Klein-LKW geholfen. Herr CC sei nur gelegentlich im Betrieb gewesen, wobei der Ansprechpartner, wie schon gesagt, Herr EE gewesen sei. Auf Frage des Rechtsvertreters gab der Zeuge an, dass, wenn er ausgesagt habe, dass er gelegentlich beim Beladen der Fahrzeuge der Firma CC mitgeholfen habe, es sich dabei um eine reine Gefälligkeit gehandelt habe, wobei er vertraglich dazu nicht verpflichtet gewesen sei. Er habe Herrn CC nie dabei gesehen, dass er allenfalls selbst eine Zustellung vorgenommen hätte. Dies hätten lediglich seine Mitarbeiter getan. Er habe ihn auch nie bei einer Verladetätigkeit gesehen.

Ergänzend dazu ist auszuführen, dass der Zeuge in entscheidungswesentlicher Hinsicht bei seiner Einvernahme bei der Erstbehörde am 21.03.2017 angegeben hat, dass, wenn ein Transport der CC Transporte nicht angekommen wäre oder die Ware auf dem Transport beschädigt worden wäre, die Versicherung der CC Transporte den Schaden ersetzt hätte. Bei dieser Einvernahme fertigte er auch eine Skizze des Betriebsgebäudes an und gab insbesondere an, dass in der auf der Skizze ersichtlichen Lagerhalle die Fahrer der Firma CC Transporte keine Tätigkeiten verrichtet hätten. Im

Grunde genommen hätte die DD diverses Ladegut über die Frächter von A nach B gebracht, wobei in der Lagerhalle die DD die Ware nur bereitgestellt hätte. Aus seiner Sicht wäre es nicht so gewesen, dass die Arbeiter der CC Transporte in den Betrieb der DD eingegliedert gewesen seien.

Diese Angaben vor der Erstbehörde wurden vom Zeugen auch bei seiner Einvernahme im Beschwerdeverfahren, wie schon dargetan, vollinhaltlich bestätigt. Insbesondere aufgrund des Umstandes, dass dieser Zeuge schon seit gut einem Jahr nicht mehr bei der Firma DD beschäftigt ist, bestehen auch aus dieser Sicht keinerlei Bedenken gegen die Richtigkeit der Aussagen des LL. Dieser machte einen sicheren und vertrauenswürdigen Eindruck, es ergibt sich kein Hinweis für eine falsche Zeugenaussage.

Aufgrund des sich darstellenden Sachverhaltes ist daher davon auszugehen, dass die Firma CC der Firma DD gegenüber für die Qualität der erbrachten Leistung, mithin für die ordnungsgemäße Ablieferung der Ware an den Endkunden, gehaftet hat und diesbezüglich auch gewährleistungspflichtig gewesen ist. Zudem konnte nicht festgestellt werden, dass die Qischen Arbeitnehmer der deutschen Firma CC in den Betrieb der Firma DD tatsächlich eingegliedert waren. Überdies konnte auch nicht mehr verifiziert werden, dass Mitarbeiter der Firma DD, insbesondere der Disponent LL, konkret Anweisungen an die einzelnen Rumänen erteilt hätten, bzw dass diese unter seiner Beaufsichtigung gestanden wären. Vielmehr hat sich die Tätigkeit des Zeugen LL darauf beschränkt, die Auftragsliste einem der Rumänen, nämlich Herrn EE, der Deutsch sprach, zu übergeben.

Insgesamt gesehen konnte damit nicht erhärtet werden, dass nach der geänderten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes tatsächlich im gegenständlichen Fall eine Arbeitskräfte-überlassung vorgelegen wäre.

Aufgrund dieser Umstände war dem Beschuldigten als einem handelsrechtlichen Geschäftsführer der Firma DD GmbH verifizierbar keine Übertretung nach dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz zur Last zu legen, weshalb in Anwendung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen war.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist im gegenständlichen Fall nicht zulässig, zumal zur Frage, ob Arbeitskräfteüberlassung vorliegt oder nicht, einschlägige Judikatur in der Form des VwGH- Erkenntnisses vom 22.08.2017 zu Zl Ra 2017/11/0068 vorliegt, wobei darauf zu verweisen ist, dass der Verwaltungsgerichtshof in diesem Erkenntnis ausgesprochen hat, dass mit diesem der Rechtsanschauung des EuGH im erwähnten Urteil vom 18.06.2015, C-586/13, und damit seiner Verpflichtung zur Durchsetzung des Unionsrechts Rechnung getragen wurde, sodass es keiner Befassung eines verstärkten Senates infolge des Abgehens von einer früheren Rechtsprechung bedurfte.

Landesverwaltungsgericht Tirol

Dr. Hermann Riedler

(Richter)

Schlagworte

keine Arbeitskräfteüberlassung; in dubio pro reo;

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGTI:2017:LVwG.2017.41.1058.4

Zuletzt aktualisiert am

27.12.2017

Quelle: Landesverwaltungsgericht Tirol LVwg Tirol, https://www.lvwg-tirol.gv.at

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at