jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Lvwg Erkenntnis 2017/12/14 LVwG-2017/18/1055-4

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 14.12.2017

Entscheidungsdatum

14.12.2017

Index

62 Arbeitsmarktverwaltung;

Norm

AÜG §17 Abs7

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat durch seinen Richter Dr. Alois Huber über die Beschwerde des AA, Z, vertreten durch RA Dr. BB, 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 CC GmbH mit Sitz der Unternehmensleitung in PLZ W, Adresse 1.

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

1) Herrn EE, geb. xx.xx.xxxx (v-ischer Staatsangehöriger),

2) Herrn FF, geb. xx.xx.xxxx (v-ischer Staatsangehöriger),

3) Herrn GG, geb. xx.xx.xxxx (v-ischer Staatsangehöriger),

4) Herrn KK, geb. xx.xx.xxxx (v-ischer Staatsangehöriger) und

5) Herrn JJ, geb. xx.xx.xxxx (v-ischer Staatsangehöriger)

am 15.10.2015 am Arbeits(einsatz)ort in PLZ X, Adresse 3, 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 PLZ X, Adresse 3, 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 Tirol und Vorarlberg bestimmt waren, angetroffen worden, ohne, dass die CC 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 PLZ X, Adresse 3, 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 CC GmbH als Beschäftigerin der fünf zuvor angeführten bewilligungsfrei, grenzüberschreitend aus Deutschland 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 PLZ X, Adresse 3, 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 DD, 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 PLZ X, Adresse 3, 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 CC 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, RA 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 DD Transporte (in der Folge: DD) 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 CC GmbH (in der Folge: CC) und von DD „im selben Raum" arbeiteten.

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

Die Mitarbeiter von DD arbeiteten keinesfalls mit denen von CC „unter einem Dach", schon gar nicht „im selben Raum". Die Ladezone ist für die Unternehmer, welche CC beschäftigt, durch die Ladeluken frei zugänglich, wenn sie ihre Fahrzeuge beladen. Wie die Behörde richtig feststellte, wurden die Waren dort durch die Mitarbeiter von CC bereits am Vortag bereit gestellt. Die Mitarbeiter von CC und DD 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 DD hatten genauso wie jene von CC die Aufgabe, bereitgestellte Waren an Endkunden abzuliefern.

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

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

Die Eigenfahrzeuge der CC erfüllen gänzlich andere Aufgaben. Diese sind ausnahmslos an Frachtführer vermietet. CC hat keine eigenen Fahrer und keine Fahrzeuge welche von CC 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 CC einerseits und DD 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 CC und des DD kurz zusammengefasst dargestellt:

DD ist ein Frachtführer, als solcher führt er die Güterbeförderungen aus (§§ 425 ff UGB), CC 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. CC hat selbst keinerlei Güterbeförderungen ausgeführt, CC organisiert ausschließlich Güterbeförderungen.

Die Tätigkeit, welche CC 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:

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

CC ist Spediteur und organisiert nur Frachten durch Frachtführer. CC beauftragt dazu Frachtführer, wie DD. CC betreibt keine eigenen Fahrzeuge und hat auch keine eigenen Fahrer. CC liefert keine Waren an Kunden, CC besorgt nur deren Beförderung für ihre Auftraggeber. Dazu schließt CC für ihre Auftraggeber im eigenen Namen und auf deren Rechnung Frachtverträge mit Frachtführern. Die Aufgaben, welche CC und DD 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 CC 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 DD nur weitergegeben bzw. verständlich gemacht. EE wäre keine originäre Entscheidungsgewalt zugekommen.

Welche Anweisungen für die Mitarbeiter des DD 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:

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

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

Aktenwidrig und grob überschießend sind nahstehende Feststellungen:

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

Der Beschuldigte hat in seiner Eingabe vom 12.10.2016 ausdrücklich vorgebracht, dass DD 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. Doe 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 CC und DD so gehandhabt und auch tatsächlich gelebt, dass DD 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 DD 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 CC und DD 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 DD und CC 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 CC und eine organisatorische Eingliederung der Mitarbeiter des DD 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 DD 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 DD 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 CC doch bestimmt, dass auf DD's Fahrzeuge das CC 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 DD 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 Vorteilgezogen 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 wurden die Zeugen LL und MM einvernommen. Überdies wurde der erstinstanzliche Akt verlesen.

Der Beschwerde kam aus nachstehenden Gründen im Ergebnis Berechtigung zu:

Das gegenständliche Straferkenntnis gründet auf den Strafantrag des MM, Finanzpolizei Team 60, vom 19.01.2016 zu FA-GZ: ***. MM, der diesen Strafantrag abgefasst hat, wurde anlässlich der öffentlichen mündlichen Beschwerdeverhandlung zeugenschaftlich im Detail dazu einvernommen. Dabei führte er aus, dass er am 15.10.2015 in X, Adresse 3, im Betriebsgelände der Firma CC 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 v-ischer Arbeitnehmer einer deutschen Firma Zustellungen für die Firma CC 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 V-en 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 CC 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 DD, 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 V-en, einen Anruf getätigt. Etwa eine ¾-Stunde später seien sodann EE und DD in das Firmengelände gekommen. Es sei dann so gewesen, dass sowohl EE als auch DD zum Sachverhalt befragt worden seien. Die Einvernahme des DD sei so erfolgt, dass EE als Dolmetsch fungiert habe, zumal Herr DD praktisch nicht Deutsch gekonnt habe. Der Zeuge habe die Einvernahme des Herrn DD durchgeführt. Seinem Wissen nach habe Herr DD bei dieser Einvernahme angegeben, dass er seine Arbeitnehmer von Deutschland in das Firmengelände nach X geschickt habe zum Arbeiten. Hinsichtlich dieser

v-ischen Arbeitskräfte seien keinerlei Unterlagen vor Ort, insbesondere keine ZKO-Meldungen und auch keine A1-Bestätigungen aufgelegen. Im weiteren Verfahren habe sich herausgestellt, dass die V-en in Deutschland sozialversichert gewesen seien. Herr DD sei anlässlich der Einvernahme angewiesen worden, entsprechende Unterlagen zu übermitteln. In der Folge seien sodann insbesondere Dienstverträge mit den v-ischen 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 DD 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 DD hinsichtlich seiner Arbeitnehmer angegeben habe. Zudem wisse er natürlich auch nicht, ob Herr EE dies bei der Einvernahme dem Herrn DD richtig übersetzt habe. Es sei so gewesen, dass er Herrn EE eine Frage gestellt habe, die dieser dem Herrn DD ins V-ische übersetzt habe und sodann Herr DD auf V-isch dem Herrn EE geantwortet habe. Diese Antwort auf V-isch 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 nicht rechtlich einordnen hätte können, wobei jedoch im erst Monate später verfassten Strafantrag vom 19.01.2016 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 führte aus, dass im vorliegenden Fall eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob es sich bei der im einzelnen angeführten Vereinbarung zwischen der Firma CC GmbH und der Firma DD 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 worden ist. 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 worden ist.

Weiters wurde ausgeführt, dass der Umstand, dass weitere Mitarbeiter der CC GmbH Waren bereitgestellt hätten und im gesamten Arbeitsprozess damit auch noch andere Tätigkeiten als die Mitarbeiter der Firma DD 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 DD Transporte in den Betrieb der CC GmbH sowie eine Unterstellung unter deren Dienst- und Fachaufsicht im Sinne des § 4 Abs 2 Z 3 AÜG vor. Die Mitarbeiter der DD Transporte hätten mit Mitarbeitern der CC 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 DD 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 DD Transporte hätten weiße Transport-LKW's zu fahren gehabt. Ein Firmenlogo der DD Transporte sei nach Vertragslage nicht gestattet gewesen und sei von den Mitarbeitern der DD Transporte auch nicht verwendet worden. Dies sei im Sinne des von der CC 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 er jedoch diametral mit dem Erkenntnis vom 22.08.2017, Zl Ra 2017/11/0068-5, abgegangen. Mit diesem Erkenntnis wurde ein erstinstanzliches Straferkenntnis betreffend Übertretung des AÜG, welches mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Tirol inhaltlich bestätigt worden ist, 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 worden ist. 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 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 „Vico+" 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,

- 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 angesprochenen Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes erfolgte die Einvernahme des Zeugen LL, des damaligen Disponenten der Firma CC 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 V-en 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 DD Transporte, welchen Auftrag durchführe. Dazu habe er keinen Einfluss genommen. Er gehe davon aus, dass die beiden Klein-LKW, die die Firma DD verwendet habe, im Eigentum des Herrn DD gestanden seien (dies ist auch zutreffend). Sie seien jedenfalls mit Sicherheit nicht im Eigentum der Firma CC 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 CC 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 DD habe es vielleicht noch zwei bis drei weitere Frachtführer gegeben, die für die Firma CC Zustellungen durchgeführt hätten. Das Gebäude in X sei von der Firma CC GmbH angemietet gewesen. Die Tätigkeiten der Arbeitnehmer der Firma DD im Gebäude hätten sich darauf beschränkt, die zuzustellenden Waren in die Klein-LKW einzuladen. Die Waren dazu seien von Arbeitnehmern der Firma CC GmbH am Vortag bereitgestellt worden. Es sei so, dass diese Waren eben in die Klein-LKW der Firma DD eingeladen worden seien. Aus seiner Sicht habe er keine Dienstaufsicht über die Arbeitnehmer der Firma DD gehabt. Es habe auch keine andere Person der Firma CC GmbH Anweisungen an die V-en erteilt.

Die unterschriebenen Lieferscheine seien von den Arbeitnehmern der Firma DD wieder durch Herrn EE an ihn ausgehändigt worden.

Auf Frage des Vertreters der Finanzpolizei gab der Zeuge an, dass schon richtig sei, dass er hin und wieder bei der Beladung der Klein-LKW der Firma DD 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 DD 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 DD mitgeholfen habe, es sich dabei um eine reine Gefälligkeit gehandelt habe, wobei er vertraglich dazu nicht verpflichtet gewesen sei. Er habe Herrn DD 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 DD Transporte nicht angekommen wäre oder die Ware auf dem Transport beschädigt worden wäre, die Versicherung der DD 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 DD Transporte keine Tätigkeiten verrichtet hätten. Im Grunde genommen hätte die CC diverses Ladegut über die Frächter von A nach B gebracht, wobei in der Lagerhalle die CC die Ware nur bereitgestellt hätte. Aus seiner Sicht wäre es nicht so gewesen, dass die Arbeiter der DD Transporte in den Betrieb der CC 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 CC 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 DD der Firma CC 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 v-ischen Arbeitnehmer der deutschen Firma DD in den Betrieb der Firma CC tatsächlich eingegliedert gewesen seien. Überdies konnte auch nicht mehr verfiziert werden, dass Mitarbeiter der Firma CC, insbesondere der Disponent LL, konkret Anweisungen an die einzelnen V-en erteilt hätte, bzw dass diese unter seiner Beaufsichtigung gestanden wären. Vielmehr hat sich die Tätigkeit des Zeugen LL darauf beschränkt, die Auftragsliste einem der V-en, 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 CC GmbH verifizierbar keine Übertretung nach dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz zur Last zu legen.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist im gegenständlichen Fall nicht zulässig, zumal es zur Frage, ob Arbeitskräfteüberlassung vorliegt oder nicht, einschlägige Judikatur in der Form des Erkenntnisses vom 22.08.2017 zu Zahl 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 in dem 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 bedurft habe.

Landesverwaltungsgericht Tirol

Dr. Alois Huber

(Richter)

Schlagworte

Abgrenzung Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung; Gesamtbetrachtung;

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGTI:2017:LVwG.2017.18.1055.4

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