

# TE Lvwg Erkenntnis 2017/3/8 VGW-041/002/10740/2015

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.03.2017

## Entscheidungsdatum

08.03.2017

## Index

60/02 Arbeitnehmerschutz

62 Arbeitsmarktverwaltung

## Norm

AÜG §4 Abs2

AÜG §17 Abs7

AÜG §22 Abs1

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Richter Dr. Fegerl über die Beschwerde des Herrn R. K. vom 9.9.2015 gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 7.8.2015, Zahl MBA ... - S 19602/15, wegen Übertretung des § 17 Abs. 7 AÜG, nach durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung am 21.11.2016 (Datum der mündlichen Verkündung des Erkenntnisses), zu Recht erkannt:

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

II. Der Beschwerdeführer hat gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

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

## Entscheidungsgründe:

1.1. Die belangte Behörde erkannte den Beschwerdeführer (im Folgenden auch: BF) mit Straferkenntnis vom 7.8.2015 schuldig, er habe als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen berufenes Organ der B. GmbH mit Sitz in Wien, B.-Straße, zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Beschäftigterin die Bestimmung des § 17 Abs. 7 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG), wonach der Beschäftigter für jede nicht in Österreich sozialversicherungspflichtige überlassene Arbeitskraft Unterlagen über die Anmeldung der

Arbeitskraft zur Sozialversicherung (A1-Meldungen) sowie die Meldung gemäß Abs. 2 und 3 am Arbeits(Einsatz)ort in geeigneter Form zur Überprüfung bereitzuhalten oder zugänglich zu machen habe, insofern nicht eingehalten habe, als am 19.2.2015 um 10.35 Uhr für folgende überlassene Arbeitnehmer der A. s.r.o. mit Sitz in C., Br., nämlich

- .) Herr PO. J., geb. ... 1987, slowakischer Staatsbürger,
- .) Herr CY. Pe., geb. ... 1981, slowakischer Staatsbürger,
- .) Herr L. Ma., geb. ... 1971, slowakischer Staatsbürger,
- .) Herr T. Ma., geb. ... 1978, slowakischer Staatsbürger,
- .) Herr D. Mi., geb. ... 1982, slowakischer Staatsbürger,
- .) Herr CO. Mn., geb. ... 1972, slowakischer Staatsbürger,
- .) Herr M. I., geb. ... 1978, slowakischer Staatsbürger,
- .) Herr O. Mi., geb. ... 1976, slowakischer Staatsbürger,
- .) Herr S. Bl., geb. ... 1966, slowakischer Staatsbürger,
- .) Herr H. V., geb. ... 1958, slowakischer Staatsbürger,
- .) Herr S. Mi., geb. ... 1991, slowakischer Staatsbürger,

welche in Österreich nicht sozialversicherungspflichtig seien, die gemäß § 17 Abs. 7 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) erforderlichen Unterlagen über die Anmeldung dieser Arbeitskräfte zur Sozialversicherung (A1Meldungen) am Arbeits(Einsatz)ort in Wien, V.-straße, zur Überprüfung durch die zur Überprüfung befugten Behörden weder bereitgehalten noch zugänglich gemacht worden seien.

Wegen Verletzung des § 17 Abs. 7 AÜG iZm§ 9 Abs. 1 VStG verhängte die belangte Behörde gemäß § 22 Abs. 1 Z 2 erster Strafsatz zweiter Fall AÜG über den BF eine Geldstrafe in der Höhe von € 2.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe: 2 Tage und 6 Stunden) und schrieb gemäß § 64 VStG einen Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von € 200,-- vor.

Die B. GmbH hafte gemäß § 9 Abs. 7 VStG zur ungeteilten Hand für die über den zur Vertretung nach außen Berufenen (BF) verhängte Geldstrafe und die angeführten Verfahrenskosten.

Dagegen richtet sich die vorliegende, rechtzeitig eingebrachte Beschwerde.

1.2. Das Verwaltungsgericht Wien holte Auskünfte aus dem Firmenbuch ein. Der Amtspartei (Finanzamt Wien für die Bezirke ...) wurde die Beschwerde zur Kenntnis gebracht und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, wovon diese mit Schreiben vom 18.5.2016 Gebrauch machte.

Am 21.11.2016 führte das Verwaltungsgericht Wien im Beisein des BF und seines Vertreters (BFV) sowie einer Vertreterin der Amtspartei (FV) eine öffentliche mündliche Verhandlung durch.

Der BFV verwies auf das bisherige Vorbringen und ergänzte, dass es wegen Leistungsmängeln auch noch einen Werklohninbehalt seitens der B. GmbH gegenüber der A. gebe. Dies zeige die volle Haftung des Subunternehmers für das beauftragte Werk. Die FV replizierte, dass dies aus den bisherigen Belegen bzw. Rechnungen nicht ersichtlich sei. Der BFV ergänzte weiter, dass das einzige Werkzeug, das auch von den Leuten der A. verwendet wurde und über die B. GmbH bereit gestellt wurde, ein sehr teures Presswerkzeug für die Verbindung von Rohren und Muffen gewesen sei.

Der BF gab als Partei einvernommen Folgendes an:

„Die B. GmbH hatte von der Firma P. den Auftrag, für die Herstellung von Heizung, Klima, Lüftung und Sanitär sowie MSR (Mess-, Steuer- und Regeltechnik) und Fertigteilsanitärrennwänden übernommen. An die slowakische A. wurde die Herstellung von Heizung, Klima und Lüftung weiter gegeben. Wir haben uns nur die Durchführung der Sanitärinstallation selbst behalten und ausgeführt. Dort liegt unsere Kernkompetenz und handelt es sich dabei um das schwierigste Gewerk. Auch die MSR wurde an einen Subunternehmer weiter gegeben, und zwar an ein österreichisches Unternehmen.

Jedes der genannten Gewerke ist einzeln vergebbar und an jeweils unterschiedliche Anforderungen gebunden. Jedes wird auch für sich getrennt in Betrieb gesetzt. Es gibt natürlich räumliche Schnittstellen zwischen den einzelnen Gewerken und es ist daher unvermeidbar, dass Leute, die an verschiedenen Gewerken arbeiten, auf engem Raum

nebeneinander tätig sind. Dies ändert aber nichts daran, dass sie nicht am selben Werk zusammen arbeiten. Es war seitens der A. praktisch immer einer der Geschäftsführer mit den eigenen Leuten auf der Baustelle. Dieser war dann der Ansprechpartner für unseren Baustellenleiter N.. Unser Baustellenleiter hätte sich mit den Arbeitnehmern der A. schon aus sprachlichen Gründen nicht verständigen können. Die Herren Pi. und Py. konnten soweit Deutsch, dass allgemein fachbezogene Gespräche in deutscher Sprache möglich waren und außerdem hatten die beiden ja genaue Kenntnisse des Leistungsumfanges und der Pläne. Die Leute der A. waren sicherlich mehr als vier Monate auf der Baustelle tätig. Ob die A. dort immer mit denselben Arbeitnehmern oder derselben Anzahl von Arbeitnehmern tätig war, entzieht sich meiner Kenntnis. Die Qualität der Arbeitsdurchführung wurde unsererseits natürlich kontrolliert.

Es bedarf unterschiedlicher und spezifischer Qualifikationen der ausführenden Arbeitskräfte, um das jeweilige Gewerk ordnungsgemäß auszuführen. Es ist also nicht auswechselbar, ob jemand Sanitärinstallateur oder Heizungsinstallateur ist. Hinsichtlich des Materials gibt es Unterschiede, aber auch Überschneidungen und wird das Material oft von den Bauherren vorgegeben.“

Der Zeuge Pi. sagte mit Dolmetscherin einvernommen Folgendes aus:

„Ich kann mich an die Kontrolle vom 19.2.2015 erinnern. Sowohl ich als auch mein Geschäftsführerkollege Py. waren auf der Baustelle und wir waren mit 11 unserer Beschäftigten tätig. Wir hatten die Montage der Leitungen für die Heizung, die Lüftung und die Kälte- bzw. Klimatechnik übernommen. Wenn ich über Vorhalt der Niederschrift (Bl. 75 MBA-Akt) gefragt werde, ob die Arbeiten gemischt bzw. in gemischten Teams durchgeführt worden seien, so gebe ich an, dass ich die damalige Frage missverstanden habe. Es war ja so, dass Arbeiter der Firma B. in denselben Räumen bzw. Geschoßen wie unsere Arbeiter gearbeitet haben. Trotz der räumlichen Nähe haben sie aber jeweils an getrennten Gewerken gearbeitet, also die Arbeiter der B. GmbH nur an der Sanitärinstallation und unsere Arbeiter nur an Heizung/Lüftung/Klima. Unsere Arbeiter mussten wir naturgemäß selbst, entweder ich oder Herr Py., anweisen, die verstehen ja nicht Deutsch. Ich hatte Pläne, auf Grund derer ich meine Arbeiter angewiesen habe. Die Baustelle wurde von Herrn N. koordiniert. Über die Anzahl der laut den Plänen in einem bestimmten Zeit- oder Leistungsabschnitt notwendigen Arbeitskräfte haben wir selbst entschieden. Das wurde nicht von der B. GmbH oder von Herrn N. vorgegeben. Die grundlegenden Informationen oder Änderungen oder z.B. vorübergehende Sperren einzelner Geschoße haben wir von der Firma B. erfahren. So habe ich auch die Frage bezüglich Arbeitsanweisungen bzw. Arbeitseinteilung verstanden. Glaublich waren wir von Februar bis Juli 2015 auf der Baustelle tätig. Es war unterschiedlich, welche und wie viele Arbeiter der A. auf der Baustelle tätig waren. Damals hatte die A. ungefähr 16 Arbeiter insgesamt. Wir haben die Arbeitsdurchführung durch unsere Leute selbst kontrolliert. Das hat nicht die Firma B. gemacht. Die Firma B. hat nach Fertigstellung bestimmter Abschnitte die Leistung kontrolliert und abgenommen. Das hat in der Regel Herr N. gemacht.

Mit dem Bauherren hatten wir keinen Kontakt, das war nicht unser Vertragspartner. Für allfällige Haftungen bzw. Gewährleistungen hatten wir eine Versicherung abgeschlossen. Es gab keine Beanstandungen bzw. Mängelrügen. Laut Vertrag gab es die Möglichkeit eines Einbehaltes von Teilen des Werklohnes. Ein solcher Einbehalt ist erfolgt. Es handelt sich um einen Haftrücklass für glaublich innerhalb der ersten zwei Jahre auftauchende Schäden. Wir haben unser eigenes Werkzeug verwendet. Spezialwerkzeug, wie spezielle Pressmaschinen, haben wir von der Firma B. zur Verfügung gestellt bekommen. Wir haben Stundenaufzeichnungen über die Arbeit unserer Leute geführt, und zwar für eigene Zwecke bzw. für Zwecke der Dokumentation und Entlohnung. Diese Stundenaufzeichnungen haben wir nicht der Firma B. gegeben.

Über Vorhalt der Stundenaufzeichnung für Jänner 2015 gebe ich an, dass das die Aufzeichnungen für die gesamte Firma sind. Ich weiß nicht, wer dort die Abkürzung „STUWO“ drauf geschrieben hat. Es waren damals wahrscheinlich fast alle Arbeiter unserer Firma auf der Baustelle tätig.

Herr Py. und ich wurden damals gemeinsam einvernommen und unsere Antworten waren praktisch ident. Es ist richtig, dass ich die Niederschrift unterfertigt habe. Dolmetscher war keiner dabei.

[Festgehalten wird, dass die Verständigung mit dem Zeugen auch bei der Einvernahme in der Verhandlung weitgehend ohne Dolmetscher möglich ist.]

Der Einbehalt von Deckungsrücklassen erfolgte monatlich.“

Der Zeuge Py. sagte mit Dolmetscherin einvernommen Folgendes aus:

„Ich kann mich an die Kontrolle vom 19.2.2015 auf der Baustelle in Wien, V.-straße, noch erinnern, auch an die Befragung durch die Finanzpolizei. Auf der ganzen Baustelle haben Arbeiter verschiedener Firmen miteinander gearbeitet, aber jede Firma hat trotzdem auf verschiedenen Werken gearbeitet. Unsere Arbeiter haben nur an dem von uns übernommenen Gewerk, Heizung/Lüftung/Klima, gearbeitet. Unsere Leute wurden für die Baustelle von uns selbst eingeteilt. Selbstverständlich müssen wir mit dem Vertragspartner kommunizieren und genauso wie der Vertragspartner mit dem Generalunternehmer bzw. Bauherren kommunizieren muss. Mit unseren Arbeitern haben ausschließlich wir kommuniziert, schließlich gab es auch eine sprachliche Barriere. Herr N. hat Informationen an uns weitergeleitet, wie z.B. dass auf bestimmten Geschoßen gerade betoniert würde und dass man deshalb gerade dort nicht arbeiten könne. Es gab akkordierte Terminpläne für Teilleistungen und natürlich gibt es freigegebene Planzeichnungen, nach denen wir uns richten mussten. Wir haben entschieden, wie viele Leute von uns wo eingesetzt werden. Ein- bis zweimal pro Woche gab es Besprechungen dahingehend, ob weiter nach Plan vorgegangen werde oder ob sich irgendwelche Änderungen ergeben hätten.

Ich war der Ansprechpartner für die Firma B. oder mein Geschäftsführerkollege, Herr Pi..

Die Niederschrift habe ich grundsätzlich schon verstanden, doch möchte ich sagen, dass die Fragestellung aus unserer Sicht zum Teil zweideutig war. Mit genügend Zeit und ohne Stress hätte ich das sicher korrigiert oder ergänzt. Die A1-Formulare hatten wir damals nur elektronisch. Wir haben der Finanzpolizei angeboten, ihnen die Formulare elektronisch zu zeigen, doch wurde uns gesagt, dass es ausreichen würde, wenn man diese binnen 24 Stunden in Papierform nachreichen würde. Wir haben sie auch nachgeschickt. Es hat die vom slowakischen Sozialversicherungsträger ausgestellten A1-Formulare in elektronischer Form schon gegeben, wir hatten sie nur noch nicht ausgedruckt.

Bei unserer Befragung durch die Kontrollorgane am 19.2.2015 war niemand von der Firma B. dabei.“

Der Zeuge Bu. sagte Folgendes aus:

„Ich war der Ansprechpartner bei der Firma B. für kaufmännische Angelegenheiten. Mit der Baustellenkoordination hatte ich nichts zu tun. Ich hatte keine Aufgaben wie Anweisungen oder Kontrollen auf der Baustelle. Ich weiß ungefähr, dass die Firma A. bis zu 16 Arbeiter von ihr auf der Baustelle eingesetzt hatte.

Am Abschluss des Werkvertrages mit der A. war ich beteiligt. Bereits im Oktober 2014 wurde mit der A. verhandelt und der A. das Langschriftleistungsverzeichnis sowie die Pläne zur Verfügung gestellt, ebenso das Kurzleistungsverzeichnis und die Terminpläne. Es gab dann Kontakte mit der Montageleitung der A. und eine Baustellenbegehung. Mitte Dezember 2014 kam es dann zum Vertragsabschluss.

Die Leute der Firma B. waren bei der Ausführung nur auf das Gewerk Sanitär spezialisiert. Es gab eine strikte Trennung zu den an die A. weiter gegebenen Gewerken.

Die A. musste praktisch täglich die Meldung der Anzahl und der Identität ihrer auf der Baustelle zum Einsatz kommenden Arbeiter erstatten. Dies insbesondere aus Sicherheitsgründen im Falle von Bränden und ähnlichen Vorfällen. Jeder bekam einen Baustellenausweis. Im Zuge der Schlussabrechnung kam es zu einem Bauschaden, der noch nicht abschließend geklärt ist. Es ist noch unklar, ob es ein Materialfehler oder ein Montagemangel war. Aus diesem Titel haben wir € 50.000,- vom Werklohn der A. einbehalten.“

Der Zeuge N. sagte Folgendes aus:

„Ich war nicht täglich auf der gegenständlichen Baustelle. Von der Kontrolle am 19.2.2015 war ich nicht unmittelbar informiert. Die Firma A. hatte einen Werkvertrag mit der Firma B. und war mit den Arbeiten zur Montage von Heizung/Lüftung/Kälte beauftragt. Das haben die Leute der A. auch dort gemacht. Wir haben die Informationen an Py. oder Pi. weiter gegeben und es gab Pläne über die Ausführung. Mit den Arbeitern der A. habe ich nicht direkt kommuniziert. Es gab Terminpläne und Ausführungspläne bzw. Leistungsverzeichnisse. Insofern wurde der jeweils anwesende Chef der A. instruiert. Mit der örtlichen Bauaufsicht der Firma P. wurde ca. einmal wöchentlich durchgegangen und die Qualität der Arbeit kontrolliert bzw. nach Mängel gesucht.

Es kann nicht sein, dass Arbeiter der Firma B. und Arbeiter der A. in gemischten Teams zusammen gearbeitet haben. Die Leute der Firma B. haben nur an der Sanitärmontage gearbeitet.

Ich habe von der A. keine Stundenaufzeichnungen über die Tätigkeit der Arbeiter der A. erhalten. Ich kann nicht mehr angeben, wann und wie ich über die Kontrolle erfahren habe. Wahrscheinlich bei einer Besprechung danach. Ich weiß nicht, dass seitens der Finanz damals mit irgendjemandem von der Firma B. gesprochen wurde.“

Der Zeuge Se. sagte Folgendes aus:

„Ich kann mich an die Kontrolle vom Vormittag des 19.2.2015 noch erinnern. Anhand der mit den Geschäftsführern der slowakischen A. aufgenommenen Niederschrift bzw. auf Grund deren Angaben ist der Verdacht entstanden, dass es sich um eine Arbeitskräfteüberlassung handelt und nicht um eine Entsendung im Rahmen eines Werkvertrages. Ich glaube schon, dass ein älterer Herr von der Firma B. auf der Baustelle war und auch den Kontakt mit den Geschäftsführern der A. hergestellt hat.

Ob Arbeiter der Firma B. auf der Baustelle tätig waren, kann ich nicht angeben. Wir haben nicht wahrgenommen, ob die Leute der Firma A. mit Arbeitern anderer Firmen zusammen gearbeitet haben. Wir haben uns die Leute der Firma A. ins Baubüro kommen lassen. Pi. und Py. konnten einigermaßen Deutsch.

Einen formellen Kontakt mit der Firma B. gab es weder im Rahmen der Kontrolle noch danach. Die A1-Meldungen sind spätestens am Tag nach der Kontrolle übermittelt worden. Wer sie übermittelt hat, kann ich nicht sagen.

Vor Ort wurden uns keine A1-Meldungen gezeigt, auch nicht in elektronischer Form. Es wurde gesagt, dass sie eingereicht worden seien und die Ausstellung länger dauern würde.“

Die Zeugin Ra. sagte Folgendes aus:

„Ich kann mich an die Kontrolle vom Vormittag des 19.2.2015 noch erinnern. Ich war nur im Baubüro und die Leute der A. sind dann zu uns gekommen. Beim Arbeiten habe ich sie nicht gesehen. Ich glaube schon, dass jemand von der Firma B. im Baubüro war, ein Bauleiter oder Polier. Der hat uns dann die Leute von der A. geschickt bzw. kommen lassen. Mit den beiden Geschäftsführern der A., Herrn Pi. und Herrn Py., haben wir eine Niederschrift aufgenommen. Über den Auftrag der A. oder woran deren Leute gearbeitet haben, kann ich jetzt keine Angaben machen.

Ich kann jetzt den Mann von der Firma B., der im Baubüro war, nicht näher beschreiben, außer, dass er eine Brille hatte. Einen formellen Kontakt mit der Firma B. gab es weder im Rahmen der Kontrolle noch danach.

Es kann sein, dass uns A1-Formulare in elektronischer Form gezeigt wurden. Ich weiß es aber nicht sicher.“

2.0. Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

2.1. Die §§ 3, 4 sowie 17 und 22 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz - AÜG in der zur Tatzeit geltenden Fassung (AÜG idF BGBl. I Nr. 94/2014) lauten wie folgt:

„Begriffsbestimmungen

§ 3. (1) Überlassung von Arbeitskräften ist die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte.

(2) Überlasser ist, wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet.

(3) Beschäftiger ist, wer Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt.

(4) Arbeitskräfte sind Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen. Arbeitnehmerähnlich sind Personen, die, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wirtschaftlich unselbständig sind.

Beurteilungsmaßstab

§ 4. (1) Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

(2) Arbeitskräfteüberlassung liegt insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber

1. kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder

2. die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder

3. organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder

4. der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet.

...

#### Meldepflichten

§ 17. (1) Der Überlasser, der gemäß § 135 Abs. 2 Z 1 der Gewerbeordnung 1994 (GewO) kein reglementiertes Gewerbe gemäß § 94 Z 72 GewO ausübt, hat die Überlassung von Arbeitskräften spätestens bis zum Ablauf des auf die erstmalige Überlassung folgenden Monats der zuständigen Gewerbebehörde zu melden.

(2) Der Überlasser hat bei bewilligungsfreier Überlassung von Arbeitskräften vom Ausland nach Österreich die grenzüberschreitende Überlassung der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung (nach dem AuslBG und dem AVRAG) des Bundesministeriums für Finanzen zu melden. Die Meldung ist jeweils spätestens eine Woche vor der Arbeitsaufnahme in Österreich zu erstatten; in Katastrophenfällen, bei unaufschiebbaren Arbeiten und bei kurzfristig zu erledigenden Aufträgen genügt die Meldung unverzüglich vor Arbeitsaufnahme. Änderungen der gemeldeten Daten sind unverzüglich zu erstatten. Die Übermittlung der Meldungen hat ausschließlich automationsunterstützt über die elektronischen Formulare des Bundesministeriums für Finanzen zu erfolgen.

(3) Die Meldung gemäß Abs. 2 hat folgende Daten zu enthalten:

1. Namen und Anschrift des Überlassers,
2. Namen und Anschrift der zur Vertretung nach außen Berufenen des Überlassers,
3. Namen und Anschrift des Beschäftigers sowie dessen Umsatzsteueridentifikationsnummer und dessen Gewerbebefugnis oder Unternehmensgegenstand,
4. Namen, Anschriften, Geburtsdaten, Sozialversicherungsnummern und Sozialversicherungsträger sowie Staatsangehörigkeit der überlassenen Arbeitskräfte,
5. Beginn und voraussichtliche Dauer der Beschäftigung der einzelnen überlassenen Arbeitskräfte beim Beschäftiger,
6. Orte der Beschäftigung, jeweils unter genauer Angabe der Anschrift, in Österreich,
7. Höhe des jeder einzelnen Arbeitskraft nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts,
8. Art der Tätigkeit und Verwendung der einzelnen Arbeitskräfte unter Berücksichtigung des maßgeblichen österreichischen Kollektivvertrages,
9. sofern für die Beschäftigung der überlassenen Arbeitskräfte im Sitzstaat des Überlassers eine behördliche Genehmigung erforderlich ist, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung,
10. sofern die überlassenen Arbeitskräfte im Sitzstaat des Überlassers eine Aufenthaltsgenehmigung benötigen, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung.

(4) Die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung hat die Meldungen gemäß Abs. 2 der zuständigen Gewerbebehörde zu übermitteln. Die Zentrale Koordinationsstelle hat die Meldungen an den zuständigen Krankenversicherungsträger (§§ 26 und 30 ASVG), an die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) und an den Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz zu übermitteln.

(5) Die gemäß Abs. 1 zuständige Behörde hat, sofern es sich um Bautätigkeiten handelt, die Meldungen der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse zu übermitteln.

(6) Die zu übermittelnden Meldungen sind elektronisch zur Verfügung zu stellen.

(7) Der Beschäftiger hat für jede nicht in Österreich sozialversicherungspflichtige überlassene Arbeitskraft Unterlagen über die Anmeldung der Arbeitskraft zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. Nr. L 166 vom 30.04.2004 S. 1, zuletzt

geändert durch die Verordnung (EU) Nr. 465/2012, ABl. Nr. L 149 vom 8.6.2012 S. 4) sowie die Meldung gemäß den Abs. 2 und 3 am Arbeits(Einsatz)Ort in geeigneter Form zur Überprüfung bereitzuhalten oder zugänglich zu machen.

...

#### Strafbestimmungen

§ 22. (1) Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen

1. mit Geldstrafe von 1 000 € bis zu 5 000 €, im Wiederholungsfall von 2 000 € bis zu 10 000 €, wer

a) als Überlasser oder Beschäftigter gesetzwidrige Vereinbarungen trifft (§§ 8 und 11 Abs. 2) und deren Einhaltung verlangt,

b) Arbeitskräfte in von Streik oder Aussperrung betroffene Betriebe überlässt (§ 9),

c) als Überlasser oder Beschäftigter an einer unzulässigen grenzüberschreitenden Überlassung (§ 16) beteiligt ist,

d) trotz Untersagung der Überlassungstätigkeit (§ 18) Arbeitskräfte überlässt;

2. mit Geldstrafe von 500 € bis zu 5 000 €, im Wiederholungsfall von 1 000 € bis zu 10 000 €, wer die Meldungen gemäß § 17 Abs. 2 nicht oder nicht rechtzeitig oder nicht vollständig oder wissentlich unrichtig erstattet oder die erforderlichen Unterlagen entgegen § 17 Abs. 7 nicht zur Überprüfung bereithält oder nicht zugänglich macht;

3. mit Geldstrafe bis zu 1 000 €, im Wiederholungsfall von 500 € bis zu 2 000 €, wer

a) eine Arbeitskraft ohne Ausstellung eines Dienstzettels, der den Vorschriften des § 11 entspricht, überlässt,

b) die Mitteilungspflichten (§ 12 Abs. 1 bis 5 und § 12a) nicht einhält, wenn dadurch die Gefahr eines Schadens für die Arbeitskraft besteht,

c) die gemäß § 13 zu führenden Aufzeichnungen oder die zu übermittelnden statistischen Daten nicht oder mangelhaft vorlegt,

d) die Erstattung der Meldung gemäß § 17 Abs. 1 unterlässt;

4. mit Geldstrafe bis zu 1 000 €, im Wiederholungsfall von 500 € bis zu 2 000 €, wer als Überlasser oder Beschäftigter den zur Überwachung berufenen Behörden und Trägern der Sozialversicherung auf deren Aufforderung

a) die für die Überprüfung der Einhaltung der Bestimmungen des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes erforderlichen Auskünfte nicht erteilt (§ 20 Abs. 2 Z 1),

b) die für diese Überprüfung benötigten Unterlagen nicht zur Einsicht vorlegt (§ 20 Abs. 2 Z 2),

c) die Anfertigung von Abschriften, Auszügen oder Ablichtungen dieser Unterlagen verwehrt (§ 20 Abs. 2 Z 3),

d) den Zutritt zum Betrieb oder die Einsicht in die die Arbeitskräfteüberlassung betreffenden Unterlagen verwehrt (§ 20 Abs. 3).

(2) Bei der Bemessung der Höhe der Geldstrafe nach Abs. 1 ist insbesondere auf den durch die Überlassung erzielten Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil Bedacht zu nehmen.

(3) Die Eingänge aus den gemäß Abs. 1 verhängten Geldstrafen fließen dem Arbeitsmarktservice zu.

(4) Bei grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung gilt die Verwaltungsübertretung als in jenem Sprengel der Bezirksverwaltungsbehörde begangen, in dem der Arbeits(Einsatz)ort der nach Österreich überlassenen Arbeitnehmer/innen liegt, bei wechselnden Arbeits(Einsatz)orten am Ort der Kontrolle.

(5) Die Abgabenbehörden und deren Prüforgane (Finanzpolizei) haben Parteistellung in Verwaltungsstrafverfahren nach Abs. 1.“

2.2. Im vorliegenden Fall ist strittig, ob es sich bei den im Straferkenntnis angeführten Arbeitnehmern der slowakischen Firma A. um Arbeitskräfte handelte, die der Fa. B. überlassen wurden (Arbeitskräfteüberlassung iSd §§ 3 und 4 AÜG), sodass die Fa. B. als Beschäftigter u.a. auch die Pflichten nach § 17 Abs. 7 AÜG treffen, oder ob es sich um eine Entsendung von Arbeitskräften durch die A. im Rahmen der Herstellung eines von der A. übernommenen Werkes handelte.

Das gegenständliche Strafverfahren geht auf eine Anzeige (Strafantrag) der Amtspartei vom 23.4.2015 zurück, wonach bei einer Kontrolle des Bauvorhabens in Wien, V.-straße, am 19.2.2015 festgestellt worden sei, dass die Fa. B. GmbH für Heizung, Klima, Lüftung und Sanitär beauftragt worden war und als Subfirma die Fa. A. s.r.o., Br., beschäftigte. Die 11 auf der Baustelle angetroffenen slowakischen Arbeitnehmer wurden näher angeführt; sie seien im 4. OG oder im Keller jeweils bei der Lüftungsmontage tätig gewesen; für diese (11) genannten Arbeiter hätten vor Ort keine A1 Meldungen vorgelegt werden können. Neben ZKO3-Meldungen, Personenblättern, nachgereichten A1-Sozialversicherungsbestätigungen und Lohnunterlagen sowie Auftragsschreiben und Leistungsverzeichnis sind der Anzeige auch gleichlautende Niederschriften vom 19.2.2015 mit den Zeugen Pi. und Py. (aufgenommen ohne Dolmetscher) beigelegt. Aus den dort festgehaltenen Antworten auf die Fragen, ob die Arbeiten von gemischten Teams durchgeführt würden und wer den Arbeitern die Arbeitsanweisungen erteile bzw. die Arbeitseinteilung durchführe, entstand offenbar der Verdacht, dass es sich um bloße Arbeitskräfteüberlassung (und keine echte Entsendung für die Herstellung eines echten Werkes) handle.

2.3. Aufgrund der Ergebnisse des Beweisverfahrens, insbesondere der vom Verwaltungsgericht durchgeführten Zeugeneinvernahmen iVm den aktenkundigen Unterlagen, wird folgender Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

Die B. GmbH (kurz: B.) war für die gegenständliche Baustelle ... mit der Herstellung von Heizung, Klima, Lüftung (H/K/L) sowie Sanitär (-installation) und Mess-, Steuer und Regeltechnik (MSR) und Fertigteilsanitärwänden beauftragt worden und hatte nach Verhandlungen mit Subunternehmen einen Teil der Montagearbeiten mit Auftragsschreiben vom 15.12.2014 samt Einkaufsbedingungen und Leistungsverzeichnis (LEISTUNGSUMFANG Montage STUWO H/K/L) an die slowakische Firma A. s.r.o. (kurz: A.) weitergegeben. Die an die A. beauftragten Leistungen, für die eine Pauschale von € 360.000,- vereinbart wurde, wurden im Rahmen der Verhandlungen, des Auftragsschreibens und Leistungsverzeichnisses hinreichend genau bestimmt und abgegrenzt. Diese umfassten die Montage des kompletten Gewerkes Heizung, Klima und Lüftung (H/K/L) einschließlich der Beistellung des für die Montage notwendigen Werkzeuges (ausgenommen spezielle Pressmaschinen). Das Material wurde im Wesentlichen von der Auftraggeberin (B.) zur Verfügung gestellt. Die B. hatte sich die Durchführung/Montage der Sanitärinstallation selbst behalten (MSR wurde an ein anderes Unternehmen) weiter gegeben.

Die verschiedenen Gewerke (H/K/L einerseits und Sanitär bzw. MSR andererseits) sind der Art nach und nach den Leistungsverzeichnissen sowie Montageplänen zueinander abgrenzbar, die Zuordnung der Montagetätigkeiten zu den unterschiedlichen Gewerken war somit eindeutig definiert. Die werkvertragsrechtlichen Unterlagen und Grundlagen (einschließlich Haftungsbestimmungen) sind unbedenklich. Eine davon abweichende tatsächliche Umsetzung, also dass die Umstände der Tätigkeit der slowakischen Arbeitnehmer der A. davon (nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt) abgewichen wären, hat das Beweisverfahren letztlich nicht ergeben.

Dass es bei der Montage der Sanitärinstallation einerseits und der Montage von Heizung/Klima/Lüftung immer wieder zu Schnittstellen und zu gleichzeitigem Arbeiten von Arbeitnehmern der B. und solchen der A. auf relativ engem Raum (im gleichen Geschoß/Zimmer) gekommen sein mag, ist nicht verwunderlich. Ein Zusammenarbeiten i.e.S. (am selben Gewerk) ist nach den Ergebnissen des Beweisverfahrens aber nicht erweisbar und es gab auch keinerlei diesbezügliche Wahrnehmungen der Kontrollorgane. In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu betonen, dass auch nicht hervorgekommen ist, dass zum Zeitpunkt der Kontrolle überhaupt Arbeiter der B. (bei Montage- bzw. Installationsarbeiten auf der Baustelle) tätig waren oder dass ein Verantwortlicher bzw. leitender Mitarbeiter der B. auf der Baustelle anwesend war. Hingegen waren auf der Baustelle beide Chefs (Geschäftsführer) der A. anwesend, die ihre Leute selbst einteilten und über deren Einsatz verfügten.

Zuzugestehen ist (der Amtspartei), dass die Angaben der beiden Geschäftsführer vor Ort (auf die Fragen der Kontrollorgane) den Verdacht einer bloßen Arbeitskräfteüberlassung genährt haben mögen, da u.a. angegeben wurde, dass die Arbeiten „gemischt“ durchgeführt würden und meistens jemand von der B. sage, was zu tun sei. Wenngleich die Zeugen Pi. und Py. halbwegs gut deutsch verstehen und sprechen, so darf doch nicht unberücksichtigt bleiben, dass einerseits zum Teil schon die (festgehaltenen) Fragestellungen eine gewisse Richtung vorgegeben haben und andererseits entscheidende Feinheiten (gemeinsam, zusammen, nebeneinander, am selben Gewerk) möglicherweise ohne Dolmetscher nicht eindeutig erfasst bzw. unterschieden worden sind. Auf die Frage nach der Haftung habe die beiden Geschäftsführer der A. auch schon in der Niederschrift von 19.2.2015 angegeben, dass die Gewerke getrennt seien und die A. etwa die Lüftung mache und ihr Auftraggeber (die B.) die Sanitärinstallation durchführe, was auch am Plan ersichtlich sei; die A. hafte für ihr Gewerk und habe diesbezüglich auch eine Versicherung in der Slowakei



abgeschlossen. Dazu ist anzumerken, dass (wie im Rahmen der Verhandlung glaubhaft dargelegt wurde) die vereinbarte Haftung der A. für das von ihr ausgeführte Werk im Rahmen der Deckungsrückklasse durch teilweisen Werklohnbehalt aus Anlass eines strittigen Bauschadens auch effektuiert wurde.

Das von der A. verwendete Material wurde im Wesentlichen von der B. zur Verfügung gestellt. Die A. bzw. deren Mitarbeiter hatten ihr eigenes Werkzeug mitgebracht und verwendeten dieses (lediglich spezielle Pressmaschinen für Rohrverbindungen wurden von der B. bereitgestellt). Seitens der B. und ihrer Bauleitung gab es weder tägliche Arbeitsanweisungen, noch engmaschige laufende Kontrollen gegenüber den Mitarbeitern der A.. Die B. hatte auch keinen Einfluss auf die Anzahl und Auswahl der Arbeitskräfte der A.. Die Koordination und Terminplanung mit der A. erfolgte durch gelegentliche Besprechungen mit einem der beiden Geschäftsführer der A., von denen zumeist zumindest einer (wenn nicht sogar - wie bei der Kontrolle - beide) auf der Baustelle anwesend war(en).

Nicht festgestellt werden kann, dass die B. über die Arbeitskräfte der A. wie über eigene Arbeitskräfte verfügt hätte. Dass die Arbeiter der A. faktisch der Dienst- und Fachaufsicht der B. unterstanden, dass also seitens der B. direkte Weisungen erteilt und laufende Aufsicht ausgeübt worden wäre(n), hat sich nicht ergeben. Weder konnte festgestellt werden, dass am Kontrolltag überhaupt jemand von der B. auf der Baustelle war, noch dass Arbeiter der B. und der A. gemeinsam und zusammen (am selben Gewerk) gearbeitet hätten, oder dass in der Regel jemand von der B. Arbeitsanweisungen an Arbeiter der A. erteilt hätte.

Diese Feststellungen gründen sich im Wesentlichen auf die glaubhafte, nachvollziehbare Darstellung des BF in der Verhandlung und die Angaben des Zeugen N., die ebenfalls plausibel und lebensnah wirkten. Auch die Zeugen Pi. und Py. hinterließen keinen unglaubwürdigen Eindruck. Demgegenüber konnten die einvernommenen Kontrollorgane ihren Verdacht, dass es sich um eine bloße Überlassung von Arbeitskräften der A. an die B. gehandelt hätte, nicht objektivierbar untermauern oder durch eigene Wahrnehmungen illustrieren.

2.4. Rechtlich ergibt sich daraus – im Hinblick auf § 17 Abs. 7 (iVm § 22 Abs. 1 Z 2) AÜG im Zusammenhalt mit § 4 AÜG – dass eine (grenzüberschreitende) Arbeitskräfteüberlassung im konkreten Fall nicht vorlag bzw. jedenfalls nicht eindeutig (mit der für das Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit) festgestellt werden kann.

Nach den dargestellten Ergebnissen des Beweisverfahrens war ein von den Leistungen der B. unterscheidbares, abgrenzbares und der A. zurechenbares Werk gegeben; eine organisatorische Eingliederung der Arbeitnehmer der A. und deren Unterordnung unter die Dienst- und Fachaufsicht der B. lag hingegen nicht vor bzw. ist solches zumindest nicht feststellbar. Auch die Preisvereinbarung und die Abrechnung geben keinen Hinweis auf das Vorliegen bloßer Arbeitskräfteüberlassung. Eine Gewährleistung und Haftung der A. gegenüber der B. war vereinbart und möglich; sie wurde zum Teil auch umgesetzt. Einzig die Bereitstellung des verarbeiteten (Installations-) Materials und einer Spezialpresse durch die B. blieb als Indiz für den Verdacht einer bloßen Arbeitskräfteüberlassung übrig. Diesbezüglich ist jedoch festzuhalten, dass die Stoffbereitstellung durch den Werkbesteller aus Qualitätssicherungsgründen verbreitet bzw. üblich ist und für sich genommen kein aussagekräftiges Indiz für das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung bildet. Nach der werkvertraglichen Normenlage und der einschlägigen Judikatur des VwGH (zu § 4 Abs. 2 AÜG) kommt der Materialbereitstellung (anders als beim Werkzeug) für sich allein gesehen keine allzu große Bedeutung zu; nur durch die Tatsache, dass die Werkbestellerin das Material zur Verfügung gestellt hat, ist das Tatbestandsmerkmal des § 4 Abs. 2 Z 2 AÜG noch nicht erfüllt (vgl. die Erkenntnisse des VwGH vom 22.10.1996, Zl. 94/08/0178, und vom 23.5.2002, Zl.2001/09/0073).-

2.5. Aus den dargelegten Erwägungen folgt, dass die Ergebnisse des Beweisverfahrens eher für die Darstellung des BF sprechen und das Vorliegen bloßer Arbeitskräfteüberlassung – aus der die Verpflichtung des inländischen Beschäftigers gemäß § 17 Abs. 7 AÜG zur Bereithaltung der Sozialversicherungsdokumente A1 folgen würde – nicht festgestellt werden kann. Es war daher spruchgemäß zugunsten des BF zu entscheiden.

### 3. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Bei der vorliegenden Entscheidung waren im Wesentlichen nur einzelfallbezogene Fragen der Beweiswürdigung und Sachverhaltsfeststellung zu beurteilen.

**Schlagworte**

Arbeitskräfteüberlassung, grenzüberschreitende; Werkvertrag; Werkunternehmer; unterscheidbares, abgrenzbares, zurechenbares Werk; Arbeitnehmer, organisatorische Eingliederung der; Preisvereinbarung; Typusbegriff; Gesamtbetrachtung

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGWI:2017:VGW.041.002.10740.2015

**Zuletzt aktualisiert am**

16.01.2018

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2025 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)