

# TE Lvwg Erkenntnis 2019/6/13 VGW- 041/078/7475/2018, VGW- 041/078/7477/2018

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 13.06.2019

## Entscheidungsdatum

13.06.2019

## Index

60/02 Arbeitnehmerschutz

62 Arbeitsmarktverwaltung

## Norm

AÜG §3 Abs1

AÜG §3 Abs2

AÜG §3 Abs3

AÜG §4 Abs1

AÜG §4 Abs2

AÜG §23a Abs2

AÜG §17 Abs2

AÜG §17 Abs3

AÜG §17 Abs7

AÜG §22 Abs1 Z2

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Marcus Osterauer über die Beschwerden des Herrn A. B., vertreten durch Rechtsanwalt, gegen 1. das Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien vom 24. April 2018, Zl. MBA - S 1 und 2. das Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien vom 23. April 2018, MBA - S 2, jeweils betreffend Verwaltungsübertretungen nach dem AÜG,

zu Recht e r k a n n t:

I.1. Der Beschwerde gegen das Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien vom 24. April 2018, Zl. MBA - S 1, wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Strafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 erster Fall VStG eingestellt.

II.1. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Beschwerdeführer keinen Beitrag zu den Kosten des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III.1. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

II.1. Der Beschwerde gegen das Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien vom 23. April 2018, ZI. MBA - S 2, wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Strafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 erster Fall VStG eingestellt.

II.2. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Beschwerdeführer keinen Beitrag zu den Kosten des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III.2. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

### 1. Bekämpfte Straferkenntnisse:

1.1. Mit dem gegen den Beschwerdeführer als Beschuldigten gerichteten Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien (in Folge: belangte Behörde) vom 24. April 2018, GZ MBA - S 1, wurden über den Beschwerdeführer wegen Übertretung des § 17 Abs. 2 und 7 AÜG gemäß § 22 Abs. 1 Z 2 5. und 6. Fall 2. Strafsatz AÜG 12 Geldstrafen zu je 2.000,00 Euro, im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafen 12 Ersatzfreiheitsstrafen von je 5 Tagen verhängt, da er es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen berufenes Organ der C. GmbH mit Sitz in D. zu verantworten habe, dass diese Gesellschaft als Beschäftigterin entgegen den Bestimmungen des § 17 Abs. 7 AÜG, wonach der Beschäftigte für jede nicht in Österreich sozialversicherungspflichtige überlassene Arbeitskraft Unterlagen über die Anmeldung der Arbeitskraft zur Sozialversicherung sowie die Meldung gemäß Abs. 2. und 3. am Arbeitsort in geeigneter Form zur Überprüfung bereitzuhalten bzw. zugänglich zu machen sind, insofern nicht eingehalten hat, als bei der Kontrolle am 9. Juli 2016 um 10:00 Uhr die gemäß § 17 Abs. 7 AÜG erforderlichen Unterlagen, die Meldung der grenzüberschreitenden Überlassung an die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung des Bundesministeriums für Finanzen (ZKO4-Meldung) für 12 im Spruch des Straferkenntnisses namentlich angeführte von der slowenischen Firma E. d.o.o. mit Sitz in Slowenien überlassene Arbeitnehmer am Arbeitsort auf der Baustelle Wien, G.-straße, zur Überprüfung befugten Behörden nicht bereitgehalten wurden oder zugänglich gemacht wurden. Weiters wurde dem Beschwerdeführer gemäß § 64 VStG ein Beitrag in der Höhe von 2.400,00 Euro zu den Kosten des Strafverfahrens auferlegt. Schließlich wurde noch ausgesprochen, dass die C. GmbH gemäß § 9 Abs. 7 VStG zur ungeteilten Hand für die über den Beschwerdeführer verhängten Geldstrafen und den Verfahrenskostenbeitrag haftet.

1.2. Mit dem gegen den Beschwerdeführer als Beschuldigten gerichteten Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien (in Folge: belangte Behörde) vom 23. April 2018, GZ MBA - S 2, wurden über den Beschwerdeführer wegen Übertretung des § 17 Abs. 2 und 7 AÜG gemäß § 22 Abs. 1 Z 2 5. und 6. Fall 2. Strafsatz AÜG 6 Geldstrafen zu je 1.000,00 Euro, im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafen 6 Ersatzfreiheitsstrafen von je 2 Tagen und 12 Stunden verhängt, da er es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen berufenes Organ der C. GmbH mit Sitz in D. zu verantworten habe, dass diese Gesellschaft als Beschäftigterin entgegen den Bestimmungen des § 17 Abs. 7 AÜG, wonach der Beschäftigte für jede nicht in Österreich sozialversicherungspflichtige überlassene Arbeitskraft Unterlagen über die Anmeldung der Arbeitskraft zur Sozialversicherung sowie die Meldung gemäß Abs. 2. und 3. am Arbeitsort in geeigneter Form zur Überprüfung bereitzuhalten bzw. zugänglich zu machen sind, insofern nicht eingehalten hat, als bei der Kontrolle am 9. Juli 2016 um 10:00 Uhr die gemäß § 17 Abs. 7 AÜG erforderlichen Unterlagen, nämlich die Anmeldung der Arbeitskraft zur Sozialversicherung (A1-Meldungen) für 6 im Spruch des Straferkenntnisses namentlich angeführte von der slowenischen Firma E. d.o.o. mit Sitz in Slowenien überlassene Arbeitnehmer am Arbeitsort auf der Baustelle Wien, G.-straße, zur Überprüfung befugten Behörden nicht bereitgehalten wurden oder zugänglich gemacht wurden. Weiters wurde dem Beschwerdeführer gemäß § 64 VStG ein Beitrag in der Höhe von 600,00 Euro zu den Kosten des Strafverfahrens auferlegt. Schließlich wurde noch ausgesprochen, dass die C. GmbH gemäß § 9 Abs. 7 VStG zur ungeteilten Hand für die über den Beschwerdeführer verhängten Geldstrafen und den Verfahrenskostenbeitrag haftet.

### 2. Beschwerde und Beschwerdeverfahren:

2.1. Gegen diese Straferkenntnisse erhob der rechtsanwaltlich vertretene Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerden an das Verwaltungsgericht Wien, in denen er (auf das Wesentlichste zusammengefasst) vorbringt, dass keine (grenzüberschreitende) Arbeitskräfteüberlassung vorliege.

2.2. Die belangte Behörde nahm von Beschwerdevorentscheidungen Abstand und legte die Beschwerden unter Anschluss der Verwaltungsakten dem Verwaltungsgericht Wien zur Entscheidung vor, wo die Beschwerde gegen das Straferkenntnis vom 24. April 2018, GZ MBA – S 1, zur GZ VGW-041/078/7475/2018 und die Beschwerde gegen das Straferkenntnis vom 23. April 2018, GZ MBA – S 2, zur GZ VGW-041/078/7477/2018 protokolliert wurden.

2.3. Das Verwaltungsgericht Wien führte in den zur gemeinsamen Verhandlung verbundenen Verfahren am 25. Februar 2019 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch. Beweis wurde insbesondere erhoben durch die Einvernahme des Beschwerdeführers sowie der Zeugen H. J., K. L., Ing. M. und N. P. sowie die Verlesung der Aussagen von R. S. in den Verhandlungen am 15. November 2017, GZ VGW-041/061/5787/2017 und vom 20. Oktober 2017, VGW-041/046/3522/2017.

3. Festgestellter Sachverhalt und Beweiswürdigung:

3.1. Folgender Sachverhalt wird festgestellt:

Der Beschwerdeführer ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der zu FN ... des Firmenbuches beim Landesgericht T. protokollierten C. GmbH (Firmenbuchauszug).

Bei der C. GmbH handelt es sich um eine Baufirma, die alle Arten von Baumeisterarbeiten erbringt. Im Sommer 2016 verfügte die C. GmbH über etwa 10 Dienstnehmer. Im Frühjahr 2016 wurde die C. GmbH von der U. AG zuerst mit Rohbauarbeiten und in weiterer Folge mit Innenausbauarbeiten betreffend ein Bauvorhaben in Wien, G.-straße, beauftragt (Aussage des Beschwerdeführers, Seite 3 des Verhandlungsprotokolls; Aussage des Zeugen K. L., Seite 7 des Verhandlungsprotokolls).

Da der Beschwerdeführer wusste, dass er nicht über das erforderliche Personal für den Auftrag verfügte, nahm er Kontakt mit dem ihm bereits bekannten R. S., dem Vorarbeiter der E. d.o.o. (in Folge: E.) mit Sitz in Slowenien auf. Nach einem Treffen des Beschwerdeführers mit R. S. und dem Geschäftsführer der E. beauftragte die C. GmbH die E. zunächst mit der Durchführung der Rohbauarbeiten für Keller und Erdgeschoß, wobei eine Auftragsverlängerung für den restlichen Bau vorbehalten wurde (Aussage des Beschwerdeführers, Seite 3 des Verhandlungsprotokolls; Auftragsverhandlungsprotokoll; Auftrag vom 18. Mai 2016).

Vereinbart wurde, dass die E. im Leistungsverzeichnis nach Art und Menge näher spezifizierte Rohbauarbeiten zu Einheitspreisen für eine Auftragssumme von insgesamt 37.800,00 Euro netto erbringt. Vereinbart war weiters ein Ausführungstermin vom 23. Mai 2016 (KW 20) bis KW 44 2016 mit einer Pönalvereinbarung von 0,5 % der Gesamtauftragssumme pro Kalendertag der Überschreitung, eine Abrechnung nach Fortschritt nach Leistungserbringung, eine Gewährleistungsfrist von drei Jahren, ein Hafrücklass in der Höhe von 3 % der Schlussrechnungssumme, und der Einbehalt eines Deckungsrücklasses von 10 % der Teilrechnungssumme. Schließlich war ausdrücklich vereinbart, dass Mängelbehebungen binnen zwei Wochen nach Abnahme der Leistungen zu erfolgen haben und der Auftraggeber, wenn der Auftragnehmer seiner Pflicht zur fristgerechten Mängelbehebung nicht nachkommt, unter Setzung einer Nachfrist von 14 Tagen berechtigt ist, diese Mängel nach erfolglosem Verstreichen der Nachfrist auf Kosten des Auftragnehmers durch eine Dritten seiner Wahl beheben zu lassen, ohne an die vereinbarten Preise für diese Leistungen gebunden zu sein und weiters zur Schadloshaltung des Auftraggebers zu diesem Zwecke ein Einbehalt in der Höhe von höchstens 10 % der Gesamtauftragssumme bei der Schlussrechnung in Abzug gebracht werden kann und dieser Betrag erst nach vollständiger Beseitigung der Mängel zur Auszahlung gelangt (Auftrag vom 18. Mai 2016).

In weiterer Folge kam es zu Auftragsverlängerungen mit weiteren Rohbauarbeiten und Innenausbauarbeiten zu identen Konditionen (Auftragsverlängerung vom 14. Juli 2016; Teilrechnungen 18/16, 19/16, 20/16, 22/16, 23/16, 24/16, 25/16, 26/16, 01/17, 03/17, 04/17, 05/1705/17, 08/17, 14/17, 24/17, 32/17, 45/17).

Die E. führte in weiterer Folge die beauftragten Arbeiten mit eigenen Arbeitnehmern durch und legte Teilrechnungen, wobei die Verrechnung nach Aufmaßen (Kilogramm, Quadratmeter, Kubikmeter, Meter, Stück) zu den vereinbarten Einheitspreisen erfolgte (Teilrechnungen 18/16, 19/16, 20/16, 22/16, 23/16, 24/16, 25/16, 26/16, 01/17, 03/17, 04/17, 05/1705/17, 08/17, 14/17, 24/17, 32/17, 45/17; Aussage des Zeugen Ing. M., AS 12 des Verhandlungsprotokolls). Die

Abrechnungen und Ausmaße wurden vom zuständigen Mitarbeiter der C. GmbH, Ing. M., geprüft und gegebenenfalls korrigiert und dienten auch als Basis für die Rechnungen der C. GmbH an die U. AG (Aussage des Beschwerdeführers; Rechnung 22/16 vom 5. September 2016; Aussage des Zeugen Ing. M., AS 12 des Verhandlungsprotokolls). Bei Beginn der Arbeiten durch die E. lagen bereits die Ausführungspläne vor (Aussage des Zeugen Ing. M., Seite 12 des Verhandlungsprotokolls; Aussage des Zeugen K. L., Seite 7 des Verhandlungsprotokolls).

K. L., der Bauleiter der U. AG für die Baustelle G.-straße, überprüfte gemeinsam mit Ing. M. die Leistungen der E. in quantitativer und qualitativer Hinsicht und rügte allfällige Mängel gegenüber der C. GmbH, die diese Mängel wiederum gegenüber der E. rügte. Die gerügten Mängel wurden daraufhin von der E. behoben (Aussage des Zeugen Ing. M., AS 12 des Verhandlungsprotokolls). Nachdem die U. GmbH mit Schreiben vom 7. Dezember 2016 an die C. GmbH Mängel hinsichtlich Trockenbauarbeiten und Spachtelungsarbeiten gerügt, den Einbehalt von Teilen des Werklohnes angekündigt und die C. GmbH zur Mängelbehebung bis spätestens 31. Dezember 2016 aufgefordert hatte, richtete die C. GmbH ein gleichlautendes Schreiben an die E.. In weitere Folge wurden die gerügten Mängel von der E. auf eigene Kosten behoben (Schreiben jeweils vom 7. Dezember 2016 der U. AG und der C. GmbH; Aussage des Zeugen Ing. M., Seite 12 des Verhandlungsprotokolls; Aussage des Zeugen K. L., Seite 9 des Verhandlungsprotokolls).

Es wurde nicht mit gemischten Teams aus Arbeitnehmern der C. GmbH und der E. gearbeitet (Aussage des Zeugen N. P., Seite 10 des Verhandlungsprotokolls; Aussage des Zeugen H. J., Seite 11 des Verhandlungsprotokolls; Aussage des Zeugen R. S. in der Verhandlung am 20. Oktober 2017 zur GZ VGW-041/046/3522/2017, Seite 6 des Verhandlungsprotokolls; Aussage des Zeugen R. S. in der Verhandlung am 15. November 2017 zur GZ VGW-041/061/5787/2017, Beiblatt A4 des Verhandlungsprotokolls). Die Arbeiter der C. GmbH haben auf der Baustelle lediglich Gerüste aufgebaut und kontrolliert, sich um die Sicherheit auf der Baustelle gekümmert und (im Zeitraum nach der Kontrolle) auch Stiegen versetzt (Aussage des Zeugen H. J., Seite 11 des Verhandlungsprotokolls; Aussage des Zeugen R. S. in der Verhandlung am 20. Oktober 2017 zur GZ VGW-041/046/3522/2017, Seite 6 des Verhandlungsprotokolls; Aussage des Zeugen R. S. in der Verhandlung am 15. November 2017 zur GZ VGW-041/061/5787/2017, Beiblatt A4 des Verhandlungsprotokolls). Weisungen durch Mitarbeiter der C. GmbH an Mitarbeiter der E. wurden nicht erteilt (Aussage des Zeugen Ing. M., Seite 14 des Verhandlungsprotokolls; Aussage des Zeugen H. J., Seite 11 des Verhandlungsprotokolls). Arbeitsanweisungen an die Arbeiter der E. wurden diesen von ihrem Vorarbeiter R. S. erteilt (Angaben in den Personenblättern von ...). Es stand der E. frei, welche und wie viele Arbeitnehmer sie auf der Baustelle einsetzt (Aussage des Zeugen Ing. M., Seite 13 des Verhandlungsprotokolls).

Die Arbeiter der Firma E. verfügten über einen eigenen Baucontainer. R. S. verfügte als Vorarbeiter der E. über einen eigenen Schrank für seine Unterlagen (Aussage des Zeugen K. L., Seite 8 des Verhandlungsprotokolls).

Das für die Arbeiten erforderliche Material wurde der E. komplett von der U. AG ohne gesonderte Vergütung und ohne Verrechnung zur Verfügung gestellt. Diverses für die von der E. durchzuführenden Bauarbeiten erforderliche Werkzeug wurde von der U. AG eingekauft und der C. GmbH ohne Aufschläge weiterverrechnet, die die Werkzeuge wiederum der E. ohne Aufschläge weiterverrechnet hat (Aussage des Beschwerdeführers, Seite 4 des Verhandlungsprotokolls; Rechnungen vom 31. Mai 2016; Rechnung vom 10. August 2016).

Die C. GmbH hat für die Unterbringung der Arbeiter der E. Wohnungen angemietet und die Kosten der E. in Rechnung gestellt. (Aussage des Beschwerdeführers, Seite 4 des Verhandlungsprotokolls).

### 3.2. Zur Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den jeweils in Klammer angeführten Beweismitteln. Die in der Niederschrift vom 9. Juli 2016 wiedergegebenen Aussagen von R. S., der im Übrigen gemäß der Niederschrift ohnedies angegeben hat, dass die Arbeiter der E. mit der C. GmbH nicht zu tun haben und keine Arbeitsanweisungen von einem Arbeiter der C. GmbH bekommen, und den in der Niederschrift wiedergegebenen Aussagen des Zeugen N. P. kommt nach Ansicht des erkennenden Gerichts keine ausschlaggebende Bedeutung zu, da der gemäß der Niederschrift als sprachkundige Person beigezogene N. P., nach seinen eigenen Angaben in der mündlichen Verhandlung (Seite 10 des Verhandlungsprotokolls), so gut wie kein Deutsch spricht und er daher als Dolmetscher völlig ungeeignet war. Auch R. S. gab bei seiner Einvernahme im Verfahren zur GZ VGW-041/046/3522/2017 an, dass die Niederschrift „nicht ganz“ seiner Aussage entspreche und er nie behauptet habe, mit den Arbeitern anderer Firmen zusammengearbeitet zu haben (Aussage des Zeugen R. S. in der Verhandlung am 20. Oktober 2017 zur GZ VGW-041/046/3522/2017, Seite 6 des Verhandlungsprotokolls). Das erkennende Gericht legt seinen Sachverhaltsfeststellungen daher die von den Zeugen N.

P. und R. S. unter Beiziehung eines Dolmetschers vor Gericht getätigten Aussagen zu Grunde. Das erkennende Gericht übersieht bei seiner Beweiswürdigung auch keineswegs, dass V. W. und X. Y. in ihren Personenblättern angegeben haben, dass die Arbeitsanweisungen von „N“ erhalten würden. Es entspricht jedoch der Lebenserfahrung und auch den Angaben aller anderen Arbeitnehmer der E. in den Personenblättern, dass sie Anweisungen von ihrem Vorarbeiter R. S. erhalten haben, zumal N. P. vor Gericht angegeben hat, dass er keine Anweisungen erteilt habe.

#### 4. Rechtliche Beurteilung:

4.1. Gemäß § 23a Abs. 2 AÜG treten § 17 Abs. 2 und 7 und § 22 Abs. 1 Z 2 in der Fassung vor dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 44/2016 mit Ablauf des 31. Dezember 2016 mit der Maßgabe außer Kraft, dass diese Bestimmungen auf Sachverhalte weiter Anwendung finden, die sich vor dem 1. Jänner 2017 ereignet haben. Soweit daher im Folgenden auf § 17 Abs. 2 bis 7 AÜG und § 22 Abs. 1 Z 2 AÜG Bezug genommen wird, ist die Fassung dieser Bestimmungen vor dem Bundesgesetz BGBl. Nr. 44/2016 gemeint. Gemäß § 17 Abs. 2 AÜG hat der Überlasser bei bewilligungsfreier Überlassung von Arbeitskräften 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. In § 17 Abs. 3 AÜG ist normiert, welche Daten die Meldung gemäß Abs. 2 zu enthalten hat. Gemäß § 17 Abs. 7 AÜG hat der Beschäftiger für jede nicht in Österreich sozialversicherungspflichtige überlassene Arbeitskraft Unterlagen über die Anmeldung der Arbeitskraft zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument A1 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. Gemäß § 22 Abs. 1 Z 2 AÜG begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit Geldstrafe von 500,00 Euro bis zu 5.000,00 Euro, im Wiederholungsfall von 1.000,00 Euro bis zu 10.000,00 Euro, zu bestrafen, wer die Meldungen gemäß § 17 Abs. 2 nicht oder nicht rechtzeitig oder nicht vollständig oder wissentlich unrichtig erstattet oder die erforderlichen Unterlagen gegen § 17 Abs. 7 nicht zur Überprüfung bereithält oder nicht zugänglich macht.

4.2. Mit den gegenständlichen Straferkenntnissen wird dem Beschwerdeführer vorgeworfen, dass er es als Geschäftsführer der C. GmbH zu verantworten habe, dass diese als Beschäftigerin die Meldungen gemäß § 17 Abs. 2 AÜG bzw. die Sozialversicherungsdokumente A 1 für von der E. als Überlasserin im Rahmen einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich überlassenen namentlich genannten Arbeitnehmer entgegen § 17 Abs. 7 AÜG am Arbeits(Einsatz)Ort nicht zur Überprüfung bereitgehalten oder zugänglich gemacht habe.

4.3. Entscheidungswesentlich ist daher, ob eine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, da nur für diesen Fall die C. GmbH gemäß § 17 Abs. 7 AÜG dazu verpflichtet war, die Meldungen gemäß § 17 Abs. 2 und 3 AÜG und die Sozialversicherungsdokumente A 1 am Arbeits(Einsatz)Ort zur Überprüfung bereitzuhalten oder zugänglich zu machen.

4.4.1. Gemäß § 3 Abs. 1 AÜG ist Überlassung von Arbeitskräften die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte. Gemäß § 3 Abs. 2 AÜG ist Überlasser, wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet. Gemäß § 3 Abs. 3 AÜG ist Beschäftiger, wer Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebs eigene Aufgaben einsetzt. Gemäß § 4 Abs. 1 AÜG ist für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Gemäß § 4 Abs. 2 AÜG liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber entweder 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.

4.4.2. Gemäß Art. 1 Abs. 1 und 3 lit. c der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (im Folgenden kurz: Richtlinie 96/71) findet die Richtlinie Anwendung soweit Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat als Leiharbeitsunternehmen oder als einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellendes Unternehmen einen Arbeitnehmer in ein verwendendes Unternehmen entsenden, das seinen Sitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates hat oder dort seine Tätigkeit ausübt, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitsunternehmen oder dem einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht.

4.4.3. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 22. August 2017, Ra 2017/11/0068) sind die Kriterien, die für die Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des Art. 1 Abs. 3 lit. c der Richtlinie 96/71 entscheidend sind, insofern auch maßgebend für die Beurteilung, ob (grenzüberschreitende) Arbeitskräfteüberlassung im Sinne der §§ 3 und 4 AÜG vorliegt, als nur bei Übereinstimmung mit den unionsrechtlichen Vorgaben eine uneingeschränkte Anwendung des AÜG in Betracht kommt.

4.4.4. Nach der Judikatur des EuGH (Urteil „Martin Meat“ vom 18. Juni 2015, C-586/13) liegt eine Arbeitskräfteüberlassung vor, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind. Erstens muss es sich bei Überlassung von Arbeitskräften um eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung handeln, bei der der entsandte Arbeitnehmer im Dienst des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens bleibt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem verwendenden Unternehmen geschlossen wird. Zweitens muss das wesentliche Merkmal dieser Überlassung darin bestehen, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens ist. Drittens muss der Arbeitnehmer im Rahmen einer solchen Überlassung seine Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnehmen. Was die zweite Voraussetzung betrifft, die eine Analyse des eigentlichen Gegenstands der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens erfordert, ist jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat den Gegenstand der betreffenden Dienstleistung darstellt oder nicht darstellt. Hierbei ist zu beachten, dass ein Dienstleistungserbringer grundsätzlich eine Leistung erbringen muss, die mit den Vorgaben des Vertrags übereinstimmt, sodass die Folgen der Erbringung einer nicht vertragsgemäßen Leistung von dem Dienstleistungserbringer getragen werden müssen. Demzufolge ist bei der Feststellung, ob der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung die Entsendung des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat ist, insbesondere jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen, dass der Dienstleistungserbringer nicht die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich festgelegten Leistung trägt. Ergibt sich daher aus dem Vertrag, dass der Dienstleistungserbringer verpflichtet ist, die vertraglich vereinbarte der Leistung ordnungsgemäß auszuführen, ist es grundsätzlich weniger wahrscheinlich, dass es sich um eine Arbeitskräfteüberlassung handelt, als wenn er die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung dieser Leistung nicht zu tragen hat. Was die dritte Voraussetzung angeht, so ist zwischen der Beaufsichtigung und Leitung der Arbeitnehmer selbst und der vom Kunden durchgeführten Überprüfung der ordnungsgemäßen Erfüllung eines Dienstleistungsvertrags zu unterscheiden. Bei der Erbringung von Dienstleistungen ist es nämlich üblich, dass der Kunde überprüft, ob die Dienstleistung vertragsgemäß erbracht wird. Zudem kann der Kunde bei der Erbringung von Dienstleistungen den Arbeitnehmern des Dienstleistungserbringers bestimmte allgemeine Anweisungen erteilen, ohne dass damit in Bezug auf diese Arbeitnehmer die Ausübung einer Leitungs- und Aufsichtsbefugnis im Sinne der dritten Voraussetzung verbunden ist, sofern der Dienstleistungserbringer seinen Arbeitnehmern die genauen und individuellen Weisungen erteilt, die er für die Ausführung der betreffenden Dienstleistungen für erforderlich hält.

4.5.1. Zu prüfen ist daher, ob die Voraussetzungen für eine Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von Art. 1 Abs. 3 lit. c der Richtlinie 96/71 gemäß der Judikatur des EuGH vorliegen.

4.5.2. Die erste Voraussetzung ist gegeben, da die E. ihre Dienstleistungen gegen Entgelt erbracht hat und die entsandten Arbeitnehmer im Dienst der E. geblieben sind, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit der C. GmbH geschlossen wurde.

4.5.3. Hinsichtlich der zweiten Voraussetzung, dass nämlich der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens ist, ist davon auszugehen, dass gemäß dem Vertrag zwischen der C. GmbH und der E. Bauarbeiten zu erbringen waren. Von einem Wechsel der Arbeitnehmer der E. nach Österreich ist im Vertrag nicht die Rede. Im Vertrag ist auch die Anzahl der von der E. zu verwendenden Arbeitnehmer nicht festgelegt. Dies spricht dafür, dass der Gegenstand des Vertrages nicht

der Wechsel der Arbeitnehmer in den Aufnahmemitgliedstaat war, sondern dieser Wechsel lediglich mit der Erfüllung der vertraglich vereinbarten Bauleistungen einhergegangen ist. Auch die Abrechnung erfolgte nicht nach der Anzahl der mit der Dienstleistung beschäftigten Arbeitnehmer oder nach von diesen geleisteten Stunden, sondern gemäß dem genau erfassten Ausmaß bzw. der genau erfassten Menge der erbrachten Leistungen zu den vereinbarten Einheitspreisen. Es waren auch die von der E. erbrachten Bauarbeiten klar von den Arbeiten der C. GmbH abgrenzbar.

Im Vertrag zwischen der C. GmbH und der E. war auch ausdrücklich vereinbart, dass die E. die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung zu tragen hat. Nach den Sachverhaltsfeststellungen waren die durch die E. durchgeführten Arbeiten auf Grund der sachlichen Trennung der Arbeitsbereiche und da nicht in gemischten Teams gearbeitet wurde, der E. auch jeweils eindeutig zuordenbar, sodass die C. GmbH in der Lage war, die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung (Mängelbehebung) gegenüber der E. geltend zu machen. Mängelbehebungen wurden nach entsprechender Mängelrüge auch von den Arbeitnehmern der E. durchgeführt, soweit sie deren Lesitungen betrafen. Schließlich spricht auch der Umstand, dass ein Deckungsrücklass und ein Haftrücklass vereinbart waren, dafür, dass die E. die Folgen einer nicht vertragskonformen Leistungserbringung zu tragen hatte.

Zwar erfolgten die Bauarbeiten mit dem von der U. AG zur Verfügung gestellten Material. Dass das Material auch im Rahmen eines Werkvertrages vom Werkbesteller zur Verfügung gestellt wird, ist jedoch nicht unüblich und spricht nicht für das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung, weil nach der werkvertraglichen Normenlage des ABGB der Materialbeistellung für sich allein gesehen keine allzu große Bedeutung zukommt, da die Vertragsparteien die Stoffbeistellung vertraglich beliebig regeln können und ohne vertragliche Regelung nach herrschender Meinung der Werkbesteller für die Stoffbeistellung zu sorgen hat (VwGH 20. November 2003, 2000/09/0173). Dass Werkzeug von der U. AG eingekauft und der C. GmbH weiterverrechnet und von dieser wiederum der E. weiterverrechnet wurde, spricht auch nicht für das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung, da die Werkzeuge lediglich auf Grund der besseren Einkaufskonditionen von der U. AG eingekauft und der E. nicht unentgeltlich zur Verfügung gestellt wurde sondern die E. entgeltlich Eigentum an den Werkzeugen erworben hat. Die E. hat die Leistungen daher mit eigenem Werkzeug erbracht. Auch der Umstand, dass die C. GmbH Wohnungen für die Unterbringung der Arbeiter der E. angemietet hat, spricht nicht für das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung, da auch diese Kosten der E. in Rechnung gestellt wurden.

Unter Berücksichtigung aller Anhaltspunkte ist daher davon auszugehen, dass nicht der Wechsel der Arbeitnehmer in den Aufnahmemitgliedstaat den Gegenstand der Dienstleistungen der E. dargestellt hat, sondern vielmehr die Erbringung von Bauarbeiten.

Die für die Annahme einer Arbeitskräfteüberlassung nach der Judikatur des EuGH erforderliche zweite Voraussetzung, dass nämlich der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens ist, liegt daher nicht vor.

4.5.4. Der Vollständigkeit halber ist noch zu prüfen, ob die Arbeitnehmer der E. ihre Aufgaben unter der Aufsicht und der Leitung der C. GmbH wahrgenommen haben. Nach den Sachverhaltsfeststellungen erhielten die Arbeitnehmer der E. ihre detaillierten und individuellen Arbeitsanweisungen jeweils von R. S., dem Vorarbeiter der E.. Nach den Sachverhaltsfeststellungen prüfte die C. GmbH nur die ordnungsgemäße Erbringung der Leistungen durch die E.. Die Erteilung fachlicher Anordnungen spricht im Übrigen nicht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages, da der Werkbesteller auch im Rahmen eines Werkvertrages jedenfalls gemäß § 1168a ABGB befugt ist, dem Werkunternehmer Anweisungen zu erteilen und der Werkunternehmer verpflichtet ist, diese zu befolgen. Damit übte die C. GmbH insgesamt daher keine Leitungs- und Aufsichtsbefugnis über die Arbeitnehmer der E. aus, die die Annahme rechtfertigen könnten, dass eine Arbeitskräfteüberlassung im Sinne der Judikatur des EuGH vorliegt. Auch eine Eingliederung in den Betrieb der C. GmbH lag nach den Sachverhaltsfeststellungen nicht vor.

4.6. Insgesamt liegt somit keine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung im Sinne der Judikatur des EuGH und im Sinne des AÜG vor, sodass die C. GmbH auch nicht gemäß § 17 Abs. 7 AÜG als Beschäftigerin verpflichtet war, die Meldungen gemäß § 17 Abs. 2 und 3 AÜG und die Sozialversicherungsdokumente A 1 für die Arbeitnehmer der E. am Arbeits(Einsatz)Ort bereitzuhalten.

4.7. Die bekämpften Straferkenntnisse waren daher spruchgemäß aufzuheben und die Verwaltungsstrafverfahren spruchgemäß gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 erster Fall VStG einzustellen.

4.8. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG war weiters auszusprechen, dass der Beschwerdeführer keinen Beitrag zu den Kosten der verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren zu leisten hat.

Zum Ausspruch über die Nichtzulässigkeit der Revision

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Im gegenständlichen Fall war auszusprechen, dass die ordentliche Revision nicht zulässig ist, 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 des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

**Schlagworte**

Grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung; Überlassung von Arbeitskräften; Entsenderichtlinie 96/71/EG

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGW:2019:VGW.041.078.7475.2018

**Zuletzt aktualisiert am**

02.09.2019

**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)