



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38620
Telefax: (+43 1) 4000 99 38620
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-041/008/3980/2019-2
A. B.

Wien, 22.02.2021

Geschäftsabteilung: VGW-D

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Mag. Burda über die Beschwerde des Herrn A. B. vom 12.3.2019 gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 6.2.2019, Zl. ..., betreffend Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 14.01.2020 und am 03.03.2020

zu Recht erkannt:

Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das Straferkenntnis aufgehoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG eingestellt.

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

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Abs. 1 VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang:

1. Mit dem bekämpften Straferkenntnis wurde dem Beschuldigten als Inhaber des Einzelunternehmens C. mit Sitz in Deutschland zur Last gelegt, dass er als Überlasser näher bezeichneter Arbeitskräfte an die D. GmbH mit Sitz in E. als Beschäftigterin entgegen den Bestimmungen der §§ 18 Abs. 12 iVm 28 Abs. 1 Z 4 lit.a AuslBG in den angelasteten Tatzeiträumen zu verantworten habe, dass diese mit Kabelverlegung beschäftigt waren, obwohl die Voraussetzungen gemäß § 18 Abs. 12 AuslBG nicht vorgelegen hätten. Es wurden über ihn 8 Geldstrafen in Höhe von jeweils 3.000,-- Euro, bei deren Uneinbringlichkeit jeweils eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen verhängt und ihm ein Verfahrenskostenbeitrag gemäß § 64 VStG auferlegt.

2. Dagegen richtet sich die form- und fristgerechte Beschwerde, in welcher der Beschwerdeführer durch seine rechtsfreundliche Vertretung zusammengefasst unrichtige bzw. unvollständige Sachverhaltsfeststellungen, Willkür und eine unrichtige rechtliche Beurteilung geltend macht. Es liege im gegenständlichen Fall keine Arbeitskräfteüberlassung und kein Verschulden des Beschwerdeführers vor.

3. Am 14.1.2020 sowie am 03.03.2020 fand eine öffentlich mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien statt. Gemäß § 38 VwGVG iVm § 24 VStG iVm § 39 Abs. 2 AVG wurden die Beschwerden des DI F. (handelsrechtlicher Geschäftsführer der D. GmbH) mit den Beschwerden des Beschuldigten aufgrund des sachlichen Zusammenhangs zur gemeinsamen Verhandlung verbunden.

4. Das Verhandlungsprotokoll lautet auszugsweise:

„Die BFV des Beschwerdeführers A. B. gibt zu Protokoll:

Für gleichgelagerte Sachverhalte werden von den Behörden (AMS G.) regelmäßig EU-Entsendebestätigungen ausgestellt. Zum Beweis dafür legt sie auch eine Sendebestätigung des AMS G. vom November 2019 vor, welche in Kopie als Beilage ./A1 bis ./A2 zum Akt genommen werden. Eine Kopie wird dem Vertreter der Amtspartei ausgehändigt.

Zur hg. Zahl VGW-041/008/3980/2019 bringt sie ergänzend vor:

Für alle am 19.12.17, 20.12.17 und 6.2.18 auf der Baustelle beschäftigten Arbeitnehmer die Voraussetzungen für eine Entsendung vorlagen, dieses bestätigt durch das vorgelegte Urteil des BVwG, die als Arbeitnehmer 2 und 7 angeführten Arbeitnehmer, Herr H. I. und Herr J. K., waren zu den im SE angeführten Kontrollzeitpunkten nicht mehr auf der Baustelle beschäftigt. Ihre Beschäftigung endete am 30.11.2017.

Der Vertreter der Amtspartei gibt informativ bekannt, dass die Entsendung des Herrn H. mit Bescheid vom 27.11.17 und die des Herrn J. mit Bescheid vom 28.11.17 des AMS Wien untersagt wurden.

Die BFV bringt vor, dass die Untersagungsbescheide bis auf die beiden der genannten Syrer mit der Entscheidung des BVwG mit 19.11.2018 behoben worden sind. Diese Rechtsmittelentscheidung wurde im Dezember 2018 zugestellt. Einen genauen Zeitpunkt kann sie nicht nennen. Auch der Beschuldigte kann das nicht.

Über Vorhalt, wieso ein neuer Antrag gestellt wurde, etwa in Bezug auf den Herrn L. M., wenn keine Kenntnis des Untersagungsbescheides von Ende November 2017 bestanden hat:

Der BF A. B. gibt über Befragung an, dass eine neue Antragstellung in dem Moment erfolgt ist, wo der Untersagungsbescheid zugestellt worden ist.

Wenn ich etwa in Bezug auf Herrn L. M. am 5.12.17 einen neuen Antrag gestellt habe, dann liegt das daran, dass mir davor der Untersagungsbescheid vom 27.11.2017 zugestellt wurde.

Über Vorhalt, dass demnach aber zu den im SE angeführten Kontrollzeitpunkten 19.12.17 und 20.12.17 entgegen dem Beschwerdevorbringen gesicherte Kenntnis in Bezug auf die Untersagungsbescheide beim BF A. B. vorgelegen hat:

Die BFV bringt dazu vor: Die Untersagungen wurden mit fehlenden Unterlagen begründet. Aus diesem Grunde erfolgte ein neuer Antrag mit den vollständigen Unterlagen. Dass die Voraussetzungen für die Erteilung für Entsendungen haben, ergibt sich jedoch aus der diesbezüglichen Entscheidung des BVwG vom 19.11.18.

Dazu bringt der Vertreter der Amtspartei vor:

Es waren keine unwesentlichen Antragsunterlagen, die gefehlt haben, sondern Versicherungsunterlagen A1 für den kompletten Entsendezeitraum, die Arbeitsbewilligung sowie der Arbeitsvertrag für sich.

A. B. gibt über Befragen durch Frau Mag. Burda an:

Ich war vor der Kontrolle und nach der Kontrolle auf der Baustelle. Bei den konkreten Kontrolltagen war ich jedoch nicht auf der Baustelle anwesend.

Im gegenständlichen Fall wurden die Kabel von D. beigestellt. Wir bekommen keine Kabelverlegungspläne, sondern Kabelziehkarten, auf welchen steht, dass die Kabel von Punkt a zu Punkt b zu verlegen sind. Diese Punkte sind im Gelände auf der Baustelle beschriftet, noch bevor das eigentliche Bauvorhaben beginnt.

Mein Vorarbeiter M. L. hatte die Aufgabe, mit dem Vorarbeiter von D. die Geländepunkte abzugehen, damit er eine Orientierung im Gelände bekommt.

Die D. hat ja selbst Ingenieure und hat zu diesem Zeitpunkt auch die notwendige Kabelmenge, die auch von meinem Unternehmen verlegt wird, bestellt. Das vermute ich zumindest.

Es gibt einen Kabelverlegungsplan und es gibt Kabelziehkarten, auf denen die Kabelnummer im Sinne des Kabeltyps draufsteht. Die Kabelziehkarten bekommen wir ausgehändigt, nicht die Kabelverlegungspläne. Die Kabelziehkarten werden von D. erstellt.

D. erstellt den Kabelverlegungsplan und legt mit der Kabelziehkarte fest, welcher Kabeltyp von welchem Geländetyp zu welchem Geländepunkt auf der Baustelle zu verlegen ist.

Von meinen Mitarbeitern wird dann jener Kabeltyp, der sich aus der Kabelziehkarte ergibt, verlegt.

Wir bringen Kabelböcke und Kabelverlegerollen auf die Baustelle, ebenso Kabeltrommeltransportmittel. Auf dieser Baustelle hatten wir einen Lastwagen mit siebeneinhalb Tonnen (Unimog).

Die Art, wie das Kabel zwischen den Geländepunkten gezogen wird, wird von meinem Unternehmen festgelegt, ebenso auf welcher Ebene das Kabel gelegt wird. Die Gewährleistung für die Art der gewählten Verlegung trifft mein Unternehmen.

Der BFV des BF DI F. bringt vor:

Da die Art und Dimension der Kabel nicht mit gleicher Kraft gezogen werden können, braucht es das fachspezifische Wissen der C., dies zu entscheiden. Diese Kenntnis (Knowhow) fehlt der auf Seiten der D., weshalb diese auch gezwungen ist, den Auftrag entsprechend an ein anderes Unternehmen zu vergeben, hier C..

Außerdem sind Kabel ja nicht gerade zwischen den Geländepunkten, sondern in Radien zu verlegen. Welcher Radius hier der Norm entsprechend ist, weiß ebenfalls C.. Das diesbezügliche Wissen fehlt bei D.. Ebenso fehlt die Kenntnis dazu, wie die Kabelzugmaschinen zu bedienen sind. Aus diesem Grunde wären die Mitarbeiter der D. auch nicht in der Lage, die Mitarbeiter der C. fachlich anzuweisen.

Der BF DI F. gibt dazu an:

Den Kabeltypen kann D. auf Grund einer technischen Berechnung festlegen und auf Grund der zukünftigen Leistung Dicke und Querschnitt des notwendigen Kabels errechnet wird. Über die Art, wie diese Kabel dann zu verlegen ist, besteht jedoch keine Kenntnis.

Wir verfügen über keine Kabelzugmaschinen und auch nicht über spezielle Kabelverlegerollen. Wir erhalten die Kabeltypen auf Holz- oder Metalltrommeln geliefert. Für die konkrete Verlegung ist es jedoch wichtig, dass die Kabel über spezielle Kabelverlegerollen, die entlang des Verlegeweges installiert werden, verlegt werden können.

Wir sehen die Kabelverlegung daher als Teilgewerk an, welches wir wieder im Zug in Kabelverlegefirmen, wie die C., weitervergeben.

Der BF A. B. bestätigt die diesbezüglichen Angaben des BF DI F..

Ergänzend gibt der BF A. B. über Befragen an:

Die C. ist nicht exklusiv für D. tätig, sondern auch für andere Unternehmen in Österreich.

Herr A. B. gibt über Befragung von Mag. Prasch an:

Gefragt, ob er die Untersagung durch das AMS und die Neuantragstellung damals an die DI F. mitgeteilt hat:

Ich glaube nicht.

DI F. gibt dazu an:

Ich habe von den Untersagungsbescheiden vom November 2017 nichts erfahren, erst bei der Kontrolle vom Februar 2018 gab es Bescheide, von denen ich Kenntnis erlangt habe.

Der BFV des BF DI F. gibt an:

Zur hg. 3984/2019 betreffend das AusIBG wird ergänzend vorgebracht, dass soweit der D. bzw. den Beschuldigten Untersagungsbescheide übermittelt wurden, die betreffenden Mitarbeiter unverzüglich der Baustelle verwiesen wurden und dementsprechend der Tatbestand des § 18 Abs. 12 AusIBG nicht erfüllt ist und mangels Verschulden keine Strafbarkeit im Sinne des § 28 Abs. 1 Z 4 AusIBG vorliegt. Hinsichtlich der genauen Zustelldaten müsste dies nochmals im Detail eruiert werden, zumal unserer Kenntnis nach alle AMS-Bescheide Inhalt des Aktes sind.

DI F. gibt über Befragen durch Mag. Prasch an:

Gefragt, wer die Trassen für die Kabelverlegung anlegt:

Im N.-tunnel war es so, dass es bereits Bestand gab und durch neue Trassen ergänzt oder ausgetauscht wurden. Es gibt eigene Firmen für die Trassenanlegung, im konkreten Fall hat dies weder die Firma D. noch C. gemacht.

Wenn verschiedene Kabel nicht ausreichend lang sind, wird in Überlänge verlegt. Die Kabelenden werden dann angeschlossen, im konkreten Fall hat dies die Firma D. gemacht. In der Regel wird das von uns selbst gemacht, für den N.-tunnel kann ich nicht sagen, ob teilweise auch dies ein Subunternehmen gemacht hat. Wie viel Überlänge zu bleiben hat, entscheidet die Kabelverlegungsfirma auf Grund ihres Knowhows.

Gefragt, ob von der Firma D. niemand kontrolliert, wie die Kabel verlegt werden:

Es gibt Sichtkontrollen. Es wird darauf geschaut, ob die Termine eingehalten werden, wie der Zeitablauf ist, geschaut wird auf augenscheinliche Fehler in der Kabelverlegung. Im konkreten Fall hat dies Herr O. für die Firma D. gemacht. Ich sehe das als Warnpflicht gegenüber dem Kabelverleger.

Herr A. B. gibt dazu an, dass am Ende eines Arbeitstages immer die Kabelziehkarten mit der Angabe über die gezogenen Kabel vom Vorarbeiter der C. an Herrn O. von der D. weitergegeben werden, dies zu dem Zweck, damit die Elektriker wissen, welche Kabel bereits verlegt sind und wo die Elektriker etwas anschließen können.

DI F. gibt dazu an, dass die vorgelegten Kabelziehkarten auch darüber Auskunft geben, welche Menge tatsächlich verlegt worden ist, danach wird auch abgerechnet. Wenn Kabel mit zu hohem Zug verlegt werden, kann es auch zu Schäden kommen (Reißen des Kabels etc.).

Herr A. B. gibt dazu an, dass es eigene Zugprotokolle gibt. Im konkreten Fall gab es diese bei den Funktionserhaltkabeln. Wenn es zu einer falschen Verlegung gekommen ist, würde das eine Isolationsmessung ausweisen. Diese Isolationsmessung würde D. machen und nicht C..

Über Befragen an die Amtspartei an Herrn A. B.:

Unser Spezialwissen der C. liegt darin, wie die Maschinen zu bedienen sind, ebenso wie die Kabeleckverlegerollen. Auch der Kabelweg wird durch die C. festgelegt.

Befragt, ob dies nicht schon durch die Schächte im Tunnel vorgegeben ist:

Selbst wenn diese Schächte vorhanden sind, so befinden sich in diesen Schächten verschiedene Kabelpools und ist es unsere Aufgabe, das richtige Kabel auf der richtigen Kabelbahn zu verlegen. Der BF DI F. gibt an:

Ich bestelle immer die Maximallänge an Kabelmaterial.

BF A. B. gibt weiter an:

Die C. verlegt auch Kabellängen in Abweichung zu den Kabelziehkarten. Es gab Beanstandungen durch D. in Bezug darauf, dass die Kabel optisch nicht ansprechend verlegt waren und mussten wir hier nachbessern, und zwar auf eigene Kosten. Dafür sind uns Gelder gekürzt worden und gibt es auch diesbezüglichen Schriftverkehr.

Gefragt durch den Vertreter der Amtspartei an BF A. B.:

Befragt, ob es sich bei den offenbar sehr kurzfristig eingestellten Arbeitnehmern der C. sämtlich um Spezialisten handelt: In P. gibt es 70 Gewerbe, die auf Kabelverlegung spezialisiert ist, das bei einer Einwohnerzahl von 200.000. De facto handelt es sich bei P. um eine Hochburg von Kabelverlegern. Das heißt, man hat hier sehr rasch jemanden an der Hand, der über das nötige Wissen verfügt.

Ich darf mit meinem Unternehmen Kabelverlegungen ohne Anschluss laut meiner deutschen Gewerbeberechtigung durchführen.

Herr DI F. gibt über Befragung durch den Vertreter der Amtspartei an:

Gefragt, ob es Vorgaben bezüglich Kilometerleistung gab:

Es gab eine Terminvorgabe, daraus hat sich vielleicht eine Kilometerleistung ergeben. Das ist reine rechnerische Ermittlung, das dient dazu, zu überprüfen, ob ich im Zeitplan bin oder nicht.

Gefragt, warum eine Kilometerleistung von 20 km/ Woche im Vertrag aufscheint:

Das ergibt sich aus der Gesamtkabellänge und dem einzuhaltenden Zeitplan.

Gefragt, was bei Nichteinhalten des Termins passiert und ob D. Einfluss darauf nehmen kann, dass C. das Personal aufstockt:

Wir könnten das nur empfehlen. Es gibt bei Nichttermineinhaltung eine Pönale, allenfalls Schadenersatz. Ich kann der C. aber nicht sagen, dass sie mehr Personal einsetzen müssen.

Über Vorhalt von Punkt 12.2 des Vertrages zwischen D. und der C.:

Es sollen keine Scheinselbständigen beschäftigt werden. Wir können die Anzahl der Mitarbeiter auf Seiten der C. nicht bestimmen.

Es ist auf Baustellen dieser Art absolut verpönt, Kabel zu stückeln.

Es entscheidet die C., ob etwa auf 70 m noch Kabel auf Kabel von 60 m auf einer Rolle verlegt werden. Wenn sich daraus ein Fehler ergibt, haftet die C..

Über Befragung durch die BFV gibt Herr A. B. an:

Befragt, wer und wie entschieden wird, welche Zusatzmaterialien auf der Baustelle verwendet werden:

Das mache ich. Ich schaue mir die Baustelle vor Ort an. Ich sage dem Vorarbeiter, was an Ausrüstung mitzubringen ist. Dementsprechend werden die Transporter in Deutschland bestückt. Ich und der Vorarbeiter bestimmen, wie viele Arbeiter auf der konkreten Baustelle eingesetzt werden.

Ich kann mich nicht mehr daran erinnern, ob wir terminlich beim gegenständlichen Projekt in Rückstand gekommen sind.

D. hat nicht das Knowhow, Anweisungen dazu zu erteilen, wie die Kabel zu verlegen sind.

Befragt durch Mag. Burda gibt BF A. B. an:

Wir besorgen und bezahlen die Unterkünfte für unsere Arbeitnehmer. Dieser Aufwand wird auch nicht gegenüber D. übernommen. Das ist auch in den Einheitspreisen von unserer Seite mit einkalkuliert.

Über Befragung durch den BFV des DI F. an Herrn A. B.:

Unsere Mitarbeiter werden nach SCC17 und SCC18 geschult, das betrifft arbeitnehmerschutzrechtliche Belange.

Die Verhandlung wird um 12:47 Uhr bis 13:10 Uhr unterbrochen.

Schriftführerwechsel um 13:10 Uhr auf Q..

Der BFV des Herrn DI F. befragt diesen:

Wir haben kein ausgebildetes Personal dazu, das Personal von C. anzuweisen bzw. deren Maschinen zu bedienen.

Die Beschwerden werden nach ausführlicher Erörterung der Sach- und Rechtslage auf die Bekämpfung der Strafhöhe eingeschränkt.

Der Vertreter des Finanzamtes setzt an einer allfälligen Herabsetzung nichts entgegen.

Zeuge: R. S.

fremd, gibt nach Wahrheitserinnerung und nach Belehrung über die Entschlagungsmöglichkeit an: Ich möchte aussagen.

Der Zeuge gibt über Befragen durch Frau Mag. Burda an:

Ich bin kaufmännischer Angestellter der C.. Ich überwache Finanz- und Lohnbuchhaltung. Ich mache auch die gesamte Vertragsgestaltung sowie Auftragsaquisition. Darüber hinaus bin ich zuständig für das Personalwesen. Ich führe auch das Projektmanagement und wickle die Projekte kaufmännisch ab.

Ich mache gemeinsam mit Herrn B. die Einsatzplanung für die konkreten Baustellen. Wir überlegen gemeinsam, welche Arbeiter auf welche Baustellen geschickt werden. Herr B. sieht sich vor Auftragsannahme immer die Baustellen vor Ort an. Wir entscheiden dann, welches Team unter welchem Leiter mit welchem Equipment zu dieser Baustelle geschickt wird.

Es liegt in unserem Ermessen, wie viele Mitarbeiter wir einsetzen. Sollten wir in Verzug geraten, dann kann sich der Auftraggeber allenfalls von uns wünschen, dass wir mehr Mitarbeiter für sein Projekt abstellen. Die Entscheidung dafür liegt aber bei uns.

Bei Großprojekten wie dem N.-tunnel braucht es Spezialmaschinen, die von darauf angelernten Personen bedient werden müssen. Kabelverlegen hört sich einfach an, ist es aber bei solchen Großprojekten nicht. Es bedarf speziell angelernter Mitarbeiter, die wissen, wie die Kabel zu verlegen sind. Man kann nicht einfach nur eine Gerade von Punkt A nach Punkt B verlegen.

Über Vorhalt der Namen der Beschäftigten: Einige der verlesenen Personen kenne ich schon Jahre lang. Diese haben mehr als 10-jährige einschlägige Erfahrung in der Branche. Der Stadtteil, wo wir unsere Niederlassung haben, hat besonders viele Betriebe, die auf Kabelverlegung spezialisiert sind. Ich sage immer, dass P. das Mekka der Kabelverleger ist. Ich selbst komme aus dem Kraftbergbau.

Über Befragung durch die BFV des Herrn B.:

Es kam im Verhältnis zu D. zu Leistungskürzungen von D. uns gegenüber, dies deshalb, weil wir einmal einen falschen Kabeltyp verlegt haben und ein bis zwei Kabel beschädigt waren. Es mussten dafür auf Seiten von D. neue Kabel bestellt werden. Diese Kabel wurden dann von einer anderen Firma verlegt, weil D. diese aufgrund der negativen Bescheide des AMS Wien nicht mehr von uns verlegen ließ.

Meines Wissens gab es keine Anweisungen von Seiten eines Mitarbeiters der D. gegenüber unseren Mitarbeitern. Ich denke auch, dass die Bauleiter von D. nicht diesbezügliche Erfahrungen gehabt hätten.

Über Befragung durch den BFV des Herrn DI F.:

Wenn wir branchenfremde Mitarbeiter aufnehmen, dann werden diese in erfahrene Teams geschickt. Es findet dann ein Learning by Doing statt und ist dann ein ungelernter Mitarbeiter frühestens ab sechs Monaten über eine Hilfskraft hinaus einsetzbar. Wir haben ja auch zum Teil gefährliche Arbeiten, welche nicht nur im Kabelverlegen, sondern auch in der Demontage von Kabelbestand, der zum Teil noch unter Strom steht, bestehen.

Es sind Entscheidungen zu treffen, etwa wo sind die Maschinen, die Kabelrollen etc. aufzustellen und von wo nach wohin wird wie das Kabel gezogen. Es muss ja auch so gezogen werden, dass auch noch weitere Kabel in derselben Bahn verlegt werden können. Das machen wir als Firma und das war auch im gegenständlichen Fall so.

Über Befragen durch Herrn Mag. Prasch:

Ich bin seit Jänner 2018 bei der C.. Davor war ich 14 Jahre alt Projektleiter im Kraftwerksanlegebau.

Über Befragen durch Frau Mag. Burda:

Arbeitsaufzeichnungen wurden von unserem Vorarbeiter L. direkt nach Deutschland geschickt und nicht der D. vorher zur Einsicht gegeben. Krankheitsfälle waren in unserem Büro in Deutschland zu melden. Die Unterbringung der Mitarbeiter in Österreich wurde von Seiten der C. zur Verfügung gestellt. Wir haben auch die Unterkunft ausfindig gemacht. Der Lohn wurde durch Kontoüberweisung ausbezahlt. Die Mitarbeiter, die für das Projekt N.-tunnel eingesetzt waren, wurden weiter von der C. beschäftigt, nach dem keine Tätigkeit der C. mehr für die D. erfolgte.

Über Befragung durch den BFV des Herrn DI F.:

Nach dem N.-tunnel haben wir etwa das Projekt im T.-tunnel abgewickelt. Es folgten etliche weitere Projekte in Österreich, wo wir die Kabelverlegung durchgeführt haben und es war im T.-tunnel die exakt gleiche Tätigkeit wie im N.-tunnel. Wir haben gegenüber den steirischen Behörde die ZKO3-Meldungen gemacht, welche entsprechend bestätigt worden sind.

Über Befragung durch die BFV des Herrn B.:

Herrn B. kenne ich schon vor meiner Tätigkeitsaufnahme bei der C. im Jänner 2018, dies deshalb, weil unsere Frauen schon jahrelang befreundet sind. Bevor ich in sein Unternehmen gewechselt habe, habe ich mir dieses genau angesehen.

Über Befragung durch den Vertreter der Amtspartei:

Bis September 2017 war ein anderer Mitarbeiter meines Wissens mit meinen Aufgaben betraut, danach ein Unternehmensberater; ab Jänner 2018 dann ich.

Die Schlussrechnung für den N.-tunnel habe ich schon geschrieben.

Stunden haben wir nur dann verrechnet, wenn für unser Unternehmen Wartezeiten entstanden sind. Für den T.-tunnel haben wir aufgrund der ZKO3-Meldung die entsprechenden EU-Entsendemeldungen für unsere Mitarbeiter erhalten.

Von den Parteienvertretern werden keine Fragen gestellt.

Der Zeuge macht Zeugengebühren geltend. Das entsprechende Formular samt Merkblatt wird ihm ausgehändigt.

Der Zeuge wird um 13:55 Uhr entlassen.

Zeuge: Ing. U. O.

fremd, gibt nach Wahrheitserinnerung und nach Belehrung über die Entschlagungsmöglichkeit an: Ich möchte aussagen.

Der Zeuge gibt über Befragen durch Frau Mag. Burda an:

Ich bin in der Firma D. für das Projekt N.-tunnel für das Gewerk Nr. ... zuständig gewesen, also für Kabel und Leitungen. Ich habe nur die Kabellisten und das Material beschafft. Für die Verlegung war die Firma C. zuständig. D. verfügt weder über das Equipment noch über das notwendige Wissen die Kabel zu verlegen.

Befragt, nach welchen Kriterien er die Kabel bestellt und wie sich der Umfang des bestellten Kabelmaterials ergibt: Dies ergibt sich aus dem Kabellageplan, welcher ebenfalls von D. erstellt wird. D. braucht dazu sehr wohl Kenntnis.

Ich kalkuliere so, dass zwischen den Punkten A und B im Gelände eine Gerade liegt.

Sollte das so kalkulierte Material nicht ausreichen, was sich erst im Zuge der Verlegung durch C. ergibt, wird Material nachbestellt. Die Art der Verlegung, nämlich ob tatsächlich als Gerade oder als Radius zwischen zwei Punkten verlegt wird, bestimmt hingegen C..

Wir bekommen nur vorgegeben, dass ein Kabel eines bestimmten Typs von einem Betriebsmittel zu einem anderen zu ziehen ist. Wie das dann konkret geschieht, bestimmt C.. Ich war vor Ort auf der Baustelle im N.-tunnel. Ich war dort vorwiegend im Baubüro.

Ich habe den Mitarbeitern von C. vor Ort keine Anweisungen erteilt. Der Bauleiter der Firma C. hat diesen Mitarbeitern Anweisungen erteilt. Er selbst hat von mir die benötigten Unterlagen, wie etwa Kabellisten, das ist dasselbe wie die Kabelziehkarte, erhalten und habe ich ihm das bestellte Material zugänglich gemacht, damit er weiß, wo es liegt.

Die Firma D. konnte nicht bestimmen, dass C. sein Personal aufstockt.

Wir hatten eine geschätzte Menge an Kabellänge, die pro Woche zu verlegen war. Die Mitarbeiter der C. meldeten Krankheitsfälle und Urlaub immer der C..

Ich habe keine Kenntnis darüber, ob die Firma D. schon vor dem N.-tunnel mit der Firma C. gearbeitet hat. Die C. hätte für Beschädigungen am Kabelmaterial eintreten müssen, für den Verzugsfall wäre

eine Pönale zu zahlen gewesen. Hätte unser Auftragnehmer Beanstandungen gehabt, hätte die Mängelbehebung ebenfalls durch C. erfolgen müssen. Im Zuge des Baugeschehens kam es zu einem Gewährleistungsfall, nämlich das von C. beschädigte Kabel ausgetauscht werden mussten. Ansonsten kann ich mich darüber hinaus über keinen Gewährleistungsfall erinnern.

Über Befragen durch den Herrn Mag. Prasch:

Ich war auch für die Abrechnung zuständig und ich habe von der Firma C. einen Kabelaufwand bekommen, das war ca. 1 bis 2-mal in der Woche, je nach Bauvorschrift. Ich habe den Kabelaufwand in eine Excel-Liste eingetragen und der örtlichen Bauaufsicht der AL. abgegeben. Herrn S. habe ich heute das erste Mal gesehen. Ich hatte das kaufmännische nicht über, sondern Frau V.. Ob Herr S. die Schlussrechnung gemacht hat, kann ich nicht angeben. Ich habe die Kabelverlegung stichprobenartig kontrolliert, es wurde von mir auf die optische Verlegung kontrolliert. Beschädigungen wurden von mir keine festgestellt, es wurde jedoch darauf geschaut ob Kabel an Metallteile anstehen und es so später zu Beschädigungen kommen kann. Im Zuge der Anschlussarbeiten durch Monteure der Firma D. wurde bemerkt, dass ein falsches Kabel durch C. verlegt worden ist. Herrn B. habe ich auf der Baustelle das erste Mal kennengelernt.

Über Befragen durch den BFV des Herrn DI F.:

Ich habe die Kabel selbst bestellt, das war aufgrund einer Schätzung, die sich aus dem Lageplan ergeben hat. Es wurden von mir 10% Reserve hinzugerechnet. Insgesamt wurden 600 km Kabel verlegt, diese wurden in 55 Bestellvorgängen abgerufen. Die eigentliche Länge der verlegten Kabel wurde dann von C. gemeldet.

Über Vorhalt der Niederschrift bei der FinPol, vom 06.02.2018, auf Seite 4, als zweite Frage angeführt ist, dass die Arbeiter der C. die individuellen Weisungen von mir bekommen haben: Ich habe dies so gemeint, dass der Bauleiter der C. von mir die Kabellage und die Kabelliste bekommt, weiters habe ich ihm gesagt, wo das Materiallager ist. Wie viel Personal eingesetzt wird, hat die C. selbst entschieden.

Nach Vorhalt der Niederschrift vom 06.02.2018, Seite 3, die letzte Frage: Es war so, dass ich der Hinweispflicht nachgekommen bin, damit die C. nicht in die Pönale kommt. Wie viel Personal für die C. da war, hat die C. entschieden.

Über Befragen durch den Vertreter der FinPol, ob der C. ein eigenständiges und selbstständiges Arbeiten ohne die Kabellisten möglich gewesen wäre:

Anfangs- und Endpunkt der Kabelverlegung wurde von D. vorgegeben, insoweit war C. auf die Kabellisten angewiesen.

Ich sehe das ähnlich wie bei einem Haus, wo ja auch nach Bauplan vorgegangen wird.

Die Kabelliste wurde etappenweise an die C. weitergegeben.

Über Befragen durch den BFV des Herrn DI F.:

Die C. hat selbst über Verlege, Radian und Zugkraft bei der Kabelverlegung entschieden. Diese Kriterien waren nicht in den Kabellisten festgeschrieben.

Über Befragen durch den Herrn Mag. Prasch:

Ich habe keine Zugprotokolle von der Firma C. verlangt, ob diese solche geführt hat, weiß ich nicht.

Befragt vom Vertreter der Amtspartei, wie eine Kabelliste aussieht: Laufende Nr. vom Kabel, Ausgangspunkt Örtlichkeit, Zeichnung Betriebsmittel vom Ausgangsort, Endpunkt Örtlichkeit, Zeichnung des Betriebsmittels vom Zielort, Kabeltype.

Während des Verlegevorganges wird in die Kabellisten von der C. eingetragen: Anfangsmetrierung und Endmetrierung des konkret verwendeten Kabels, Gesamtlänge und die Aufteilung der Gesamtlänge, in welchen Bereichen das Kabel verlegt wurde, nämlich ob es im Kollektor, in den Betriebsräumen oder im Tunnel zu verlegen ist.

Die konkreten Kabeltassen werden in den Kabellisten nicht von D. vorgegeben. In den Kabellisten ist auch die Trommelnummer vermerkt. Dies geschieht durch die C. nach der Verlegung.

Die Verhandlung wird um 14:47 unterbrochen und um 14:51 Uhr fortgesetzt.

Zeugin: W. V.

fremd, gibt nach Wahrheitserinnerung und nach Belehrung über die Entschlagungsmöglichkeit an: Ich möchte aussagen.

Die Zeugin gibt über Befragen durch Frau Mag. Burda an:

Ich war im Herbst 2017, Jahresbeginn 2018, als Abteilungsleiterin für Verkehrs- und Beleuchtungstechnik tätig. In der Arge X. hatte ich die kaufmännische Leitung über.

Ich war auch vor Ort auf der Baustelle im N.-tunnel. Ich verfüge auch über technisches Wissen. In Bezug auf Kabelverlegung verfüge ich über kein technisches Wissen. In meiner Abteilung bei der Firma D. verfügt niemand über technisches Wissen im Bereich der Kabelverlegung. Das Besondere ist, dass so ein Kabelzug über hunderte Kilometer verläuft. Dafür braucht man Spezialwissen und Spezialgeräte. Kabelzugarbeiten kann in unserer Branche keine Firma selbst üblicherweise durchführen, weshalb wir bereits bei Angebotsabgabe gegenüber der AL. angegeben haben, dass wir dieses Gewerk in sub vergeben müssen. Da wir bei Projekten wie diesem nur eine kurze Dauer

Kabelzugarbeiten haben, vergeben wir diese Tätigkeiten in sub. Ansonsten müssten wir Spezialequipment anschaffen und Leute mit entsprechendem Spezialwissen einstellen.

Eine österreichische Firma sagte uns in Bezug auf die Kabelzugarbeiten wegen zu knapper Ressourcen ab. Wir haben dann einen Tipp bekommen, dass die C. schon öfters in Österreich Kabel gezogen hat und haben uns dann an diese gewandt. Ich habe niemals konkrete Arbeitsanweisungen an die Mitarbeiter der Firma C. erteilt. Soweit ich weiß, hat niemand von der Firma D. solche Arbeitsanweisung an C.-Mitarbeiter erteilt. Urlaube und Krankheitsfälle der C.-Mitarbeiter wurden meines Wissens dem Bauleiter der C. gemeldet.

Der Baustellenleiter von C. hat mir keine Stundenaufzeichnungen der C.-Mitarbeiter vorgelegt. Wir müssen gemäß ÖNORM den Vertragspartner darauf hinweisen, wenn dieser in Verzug gerät, weil wir ja einen Fertigstellungstermin haben. Ich kann aber den Vertragspartner nicht zwingen für den Verzugsfall mehr Personal abzustellen.

Mir sind Mängel vor der Übernahme bekannt, vor allem beschädigte Kabel oder falsch gezogene Kabel. Das bedeutet, dass entweder der falsche Kabeltyp verwendet oder das Kabel an einer falschen Stelle gezogen wurde, damit meine ich die Örtlichkeit.

Diese Mängel sind aufgetreten, nach dem die C. nicht mehr auf der Baustelle war. Für die Schlussrechnung haben wir uns auf einen Abzug für all diese Mängel geeinigt, dieser betrug schätzungsweise zwischen 15.000 und 22.000 Euro.

Über Befragen durch den Herrn Mag. Prasch:

Ich habe die Schlussabrechnung der C. geprüft, nämlich mit den zuständigen Technikern der D. vor Ort auf der Baustelle. Das war Herr O..

Über Befragen durch den BFV des Herrn DI F.:

Ich kann mich daran erinnern, dass schon im Dezember 2017 Negativbescheide für die Arbeiten der C. gekommen sind. Es wurden dann von mir die Mitarbeiter der Firma C. von der Baustelle N.-tunnel verwiesen.

Über Befragen durch den Herrn Mag. Prasch:

Ich habe von den Untersagungsbescheiden insofern Kenntnis erlangt, als von Herrn Y. von der Rechtsabteilung der D. mir dies mitgeteilt wurde. Eingegangen sein müsste der Bescheid in der Niederlassung Wien oder in E.. Ich habe dann Kontakt mit Herrn B. oder dem damaligen Bauleiter Herrn L. Kontakt aufgenommen und ihnen gesagt, dass sie bis zur Neuantragsstellung nicht mehr arbeiten dürfen. Soweit ich geschult worden bin, reicht es aus, dass ein ZKO3-Antrag eingereicht wird, es kann dann zu arbeiten begonnen werden.

Die BFV des Herrn B. bringt ergänzend vor:

Zum Vorwurf der nicht rechtzeitigen Übermittlung von Lohnunterlagen: Aus den Unterlagen der Finanzpolizei ergibt sich, dass zahlreiche Lohnunterlagen rechtzeitig übermittelt wurden. Weder in der Aufforderung zur Rechtfertigung noch im Straferkenntnis wird konkret angeführt, welche Lohnunterlagen nicht rechtzeitig übermittelt wurden. Das ist daher kein ausreichender Vorhalt bzw. entspricht dieser nicht dem Konkretisierungsgebot des § 44a VStG und ich verweise auf das Erkenntnis des VwGH, Ra2018/11/0217 zur Bereithaltung von Lohnunterlagen.

Der BFV des DI F. schließt sich dieser Argumentation an.

Der Vertreter der Amtspartei bringt vor:

Mit 20.12.2017 wurde eine Aufforderung zur Übermittlung von Lohnunterlagen an den Bauleiter der Firma C., Herrn L. M., übergeben, auf welchen die einzelnen fehlenden Positionen markiert sind (nach § 21 und § 22 LSD-BG). Aus diesem Grund wurde seitens der Amtspartei mit 01.03.2018 ein Strafantrag gelegt, und zwar betreffend die fehlenden A1 Unterlagen sowie die Lohnunterlagen für 12 Dienstnehmer.

Den BFV wird aufgetragen:

Vorlage und Nachweis der Zustelldaten der Untersagungsbescheide durch das AMS Wien in Bezug auf die verfahrensgegenständlichen C.-Mitarbeiter, den E-Mail-Verkehr betreffend die Schlussabrechnung zwischen C. und D. in Bezug auf die von D. einbehaltene Summe.

Für die Vorlage dieser Unterlagen wird eine Frist von drei Wochen gewährt.

Am 5.2.2020 kam der Beschwerdeführer der aufgetragenen Urkundenvorlage nach und übermittelte dem Verwaltungsgericht nachstehende Dokumentation:

- *Scan- Dokumentation der AMS-Bescheide vom 27.11.2017 und 28.11.2017, mit denen die Entsendungen der betroffenen Arbeitnehmer untersagt wurden*
- *Nachweis der internen Kommunikation bzw. E-Mails an die C. B. Kabelverlegung (in Folge: C.)*
- *Scan- Dokumentation der AMS-Bescheide vom 29.1.2018 mit dem über den Antrag auf Bestätigung der EU-Entsendung abgesprochen wurde*
- *Rechnungskonvolut und E-Mail Verkehr der D. GmbH (in Folge: D.) bzw. der C.*
- *Unterlagen der Bürgschaft der D. gegenüber der C..*

Im Weiteren wurden vom rechtsvertretenen Beschwerdeführer Ausführungen zur Zustellung der Bescheide vom AMS 27.11.2017 und 28.11.2017 sowie zur Gewährleistung von der C. gegenüber D. getroffen.

Am 17.1.2020 langte eine Protokollrüge ein.
Dieser folgend war deshalb das Protokoll zu berichtigen wie beantragt.

Am 3.3.2020 fand eine fortgesetzte öffentlich mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien statt. Das Verhandlungsprotokoll lautet auszugsweise:

„Der Beschwerdeführervertreter des Herrn Dipl.-Ing. Z. F. gibt an:

Vorgebracht wird ergänzend, dass der gegenständliche Werkvertrag die nach der Rechtsprechung die erforderlichen Merkmale erfüllt hat bzw. erfüllt und diese von den Juristen bzw. der Rechtsabteilung der D. erstellt wurden und damit eine Qualifikation über Arbeitskräfteüberlassung für den Beklagten im Hinblick auf die Rechtsprechung nicht vorhersehbar war und dieser auch die erforderliche Sorgfalt eingehalten hat.

Der BFV des Herrn A. B. gibt zu Protokoll:

Ich schließe mich diesem Vorbringen an und bestreite das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung. Im Übrigen verweise ich auf die Urkundenvorlage, wo auch die in der letzten Verhandlung thematisierten Kabellisten angeführt sind.

In Erwidierung auf das Vorbringen der Finanzpolizei wird vorgebracht, dass der Straftatbestand des § 28 Abs. 1 Z 4 lit. a AuslBG voraussetzt, dass die Beschäftigung im Inland ohne die Erfüllung der Voraussetzung des § 18 Abs. 12 AuslBG erfolgt. Der Straftatbestand ist nicht bereits dann erfüllt, wenn die Entsendung untersagt wurde (Kind, Kommentar zum AuslBG), sondern dann, wenn die inhaltlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Entsendebewilligung nicht vorliegen.

Dazu lege ich die Arbeitsverträge und Lohnunterlagen betreffend den Herrn AA. AB., den Herrn I. H. und den Herrn K. J. vor: Diese drei sind vom Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 30.1.2019 nicht erfasst, weil diese im Dezember 2017 nicht mehr von Seiten der C. antragsgegenständlich beim AMS waren. Die arbeitsrechtliche Situation der drei genannten Beschäftigten war inhaltlich gleichgestaltet jener der beim AMS antragsgegenständlichen Beschäftigten.

Die Vertreterin der Amtspartei führt dazu aus:

Die Krankenkasse hat unter der Annahme der Arbeitskräfteüberlassung eine Unterentlohnung bei den Beschäftigten festgestellt, gemeint sind damit bei den von der C. der D. überlassenen Arbeitskräften. Einen Bescheid gibt es diesbezüglich noch nicht.

Auf die Einvernahme des Zeugen M. L. wird im allseitigen Einvernehmen verzichtet und auf die niederschriftlichen Angaben im Zuge der Kontrolle verwiesen. Diese niederschriftlichen Angaben werden mit Zustimmung aller Parteienvertreter verlesen.“

5. In Folge wurden die Erkenntnisse mit den wesentlichen Entscheidungsgründen zu den verfahrensgegenständlichen Geschäftszahlen mündlich verkündet. Am 10.3.2020 stellte die Finanzpolizei einen Antrag auf schriftliche Ausfertigung der Entscheidungen.

II. Das Verwaltungsgericht Wien hat dazu erwogen:

1. Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in den verwaltungsbehördlichen Akt, des Internetauftritts der C. und den Ergebnissen des vor dem vor Verwaltungsgericht Wien durchgeführten Ermittlungsverfahren, insbesondere die Einvernahmen der Zeugen und dem Beschwerdeführer in der Verhandlung vom 14.1.2020 und am 3.3.2020.

2. Nachstehender Sachverhalt wird festgestellt und als erwiesen angenommen:

2.1. Unstrittig ist, dass die im Straferkenntnis bezeichneten Personen zu den angegebenen Zeiten an der gegenständlichen Baustelle anwesend waren. Ihre Beschäftigung ist auch laut Arbeitsaufzeichnungen zu den angegebenen Beschäftigungszeiten erwiesen. In Bezug auf die beiden bei der Kontrolle der Finanzpolizei am 19.12.2017 und 20.12.2017 nicht anwesenden Personen geht aus den Arbeitsaufzeichnungen hervor, wann sie auf der Baustelle gearbeitet haben und ist deren Beschäftigung zu den genannten Arbeitszeiten für das erkennende Gericht ebenfalls als erwiesen anzusehen. Weiters ist unbestritten, dass für diesen Personenkreis keines der in § 18 Abs. 12 AuslBG genannten arbeitsmarktbehördlichen Dokumente vorgelegt wurden.

2.2. Unstrittig ist weiters, dass die Inanspruchnahme der Arbeitnehmer der C. zu den angeführten Zeiträumen erfolgte, obwohl das Arbeitsmarktservice Wien-... mit den folgenden Bescheiden jeweils die Entsendung der ausländischen Arbeitskraft (Arbeitgeber C.) nach Österreich zum inländischen Unternehmen (D.) gemäß § 18 Abs. 12 AuslBG untersagt hat:

AC. AD., Bescheid vom 29.01.2018, GZ: .../GF: ...

AC. AD., Bescheid vom 27.11.2017, GZ: .../GF: ...

H. I., Bescheid vom 27.11.2017, GZ: .../GF: ...

J. K., Bescheid vom 28.11.2017 GZ: .../GF: ...

AE. AF., Bescheid vom 29.01.2018, GZ: .../GF: ...
AE. AF., Bescheid vom 28.11.2017, GZ: .../GF: ...
L. M., Bescheid vom 29.01.2018, GZ: .../GF: ...
L. M., Bescheid vom 27.11.2017, GZ: .../GF: ...
AB. AA., Bescheid vom 29.01.2018, GZ: .../GF: ...
AK. AH., Bescheid vom 29.01.2018, GZ: .../GF: ...
AK. AH., Bescheid vom 28.11.2017, GZ: .../GF: ...
AI. AJ., Bescheid vom 29.01.2018, GZ: .../GF: ...

Die erlassenen Untersagungsbescheide des AMS vom 19.03.2018 sowie vom 29.01.2018 wurden jedoch mit den Erkenntnissen des Bundesverwaltungsgerichtes vom 19.11.2018 und vom 30.01.2019 zu den Geschäftszahlen W1782201238-1/4E, W1782201244-1/4E, W1782201245-1/4E, W1782201246-1/4E, W1782201247-1/4E, W1782201248- 1/4E, W1782201249-1/4E, W1782201250-1/4E, W1782201252-1/4E, W156 2201112-1/7E, W156 2201113-1/7E, W156 2201114-1/7E, W156 2201115-1/7E, W156 2201117-1/8E aufgehoben, weil es sich nicht um eine Arbeitskräfteüberlassung, sondern um eine Entsendung handle. Die jeweiligen Geschäftszahlen beziehen sich unter anderem auch auf jene C.-Mitarbeiter, die auch im gegenständlichen Verfahren kontrolliert wurden und Anlass des Verfahrens gegen den Beschwerdeführer und den handelsrechtlichen Geschäftsführer der D. sind. Auch die Zeiträume stimmen weitestgehend mit jenen des gegenständlichen Verfahrens überein.

2.3. Die C. ist ein spezialisiertes Unternehmen für Kabelverlegung. Auf der Homepage <https://www.C.-kabelverlegung.de/leistungen> (Auszug) heißt es:

"Als Unternehmen für Kabelverlegung sind wir für unsere Kunden aus Industrie & Gewerbe deutschlandweit und bei Bedarf auch europaweit im Einsatz. Wir ziehen bauseits bereitgestellte Kabel jeglicher Art auf unterschiedlichen Arten wie z.B. Kabelbahn, Steigetrasse, Rohr, Gräben und weiteren Verlegearten.

Qualifizierte Mitarbeiter

Unsere Mitarbeiter sind nach SCC 016/ 017 /18 zertifiziert und nach G25 und G41 untersucht. In jedem unserer eingespielten Einsatzteams haben wir mindestens einen Ersthelfer. Unser Kooperationspartner für Arbeitssicherheit (Arbeitssicherheitsfachkraft) steht uns mit Sicherheitsschulungen sowie beratend zur Seite.

Technische Ausrüstung

Neben dem Standardequipment für Kabelverlegung investieren wir stetig in neue Ausrüstungen. Zu unseren Spezialausrüstungen gehören u. a.[...]"

2.4. Zwischen der C. und der D. als Dienstleistungsempfängerin wurde eine Rahmenbestellung für die Lieferung und Montage von Kabeln im N.-tunnel laut Verhandlungsprotokoll vom 02.10.2017 vereinbart. Im genannten Verhandlungsprotokoll ist Auftragnehmerin (AN) die C., Auftraggeberin die D. (AG), Kunde der Auftraggeberin ist die AL.-AG, kurz AL., in Wien. Im

Verhandlungsprotokoll wird der Leistungsumfang, der im Wesentlichen die Montage der Kabelzüge (Pkt.1) beinhaltet, genau definiert.

Es war ein Gesamtpreis vereinbart (Festpreis), vgl. Punkt 3, erster Absatz des Protokolls. Die Gewährleistung für die sach- und fachgerechte Ausführung und insbesondere dafür, dass diese Leistungen den vertraglich bedungenen Eigenschaften, dem Stand der Technik und der anzuwendenden Normen entsprechen, lag bei der C.. Die förmliche Übernahme erfolgte durch die AG nach Fertigstellung der Gesamtleistung und Übermittlung der Dokumentation. Mit der förmlichen Übernahme ging die Gefahr und das Eigentum auf die AG über, vgl. Punkt 7 des zitierten Protokolls.

Es wurde ein Fertigstellungstermin vereinbart, dessen Nichterreichen Pönalzahlungen nach sich gezogen hätten, vgl. Punkt 5.1.

Die Beschäftigten der C. arbeiteten demnach unter deren Weisungsbefugnis. Sie unterlagen der Fachaufsicht durch die C.. Im Vertrag wurden u.a. die Einhaltung der einschlägigen Lohn- und sozialrechtlichen Bestimmungen festgelegt.

Unter Punkt 13 des Protokolls wurde festgehalten, dass die Kabel von der Auftraggeberin zur Verfügung gestellt werden, nur für dieses Material liegt die Gewährleistung bei der AG. Die C. stellte alle erforderlichen Werkzeuge und (Spezial)-maschinen für die Ausführung der Arbeitsleistung zur Verfügung.

2.5. Die eingesetzten Beschäftigten (die entsandten Dienstnehmer) waren zum Teil türkische, zum Teil syrische Staatsangehörige (Drittstaatsangehörige). Sie waren am Betriebssitz der C. in Deutschland ordnungsgemäß zur Sozialversicherung gemeldet und verfügen dort über eine Beschäftigungsbewilligung.

2.6. Zwar stellte die D. verfahrensgegenständlich das Material in Form der im N.-tunnel zu verlegenden Kabel zur Verfügung, sonstige wesentliche Betriebsmittel für die Kabelverlegung inkl. Spezialmaschinen dafür wurden jedoch vom Einzelunternehmen des Beschwerdeführers, der C., zur Verfügung gestellt. Diese brachte Kabelböcke und Kabelverlegerollen sowie Kabeltrommeltransportmittel

und Kabelzugmaschinen auf die gegenständliche Baustelle. Seitens C. waren auch die notwendigen Spezial- und Kleinwerkzeuge bereitzustellen. Seitens der gebildeten ARGE oder D. wurde den Arbeitnehmern von C. kein Werkzeug zur Verfügung gestellt.

2.7. Urlaube und Abwesenheiten der die Kabel verlegenden Mitarbeiter wurden der C. und nicht der D. gemeldet. Die Arbeitnehmer von C. arbeiteten nicht mit den Arbeitnehmern von ARGE bzw. D. zusammen. Es gab daher zu keinem Zeitpunkt ein organisatorisches oder arbeitsteiliges Zusammenwirken mit Mitarbeitern von ARGE oder von D.. Das Gewerbe Kabelzug, das an C. vergeben wurde, bildete eine eigene Leistungsgruppe und daher auch ein eigenes abgrenzbares Werk. Es lag auch im eigenen Verantwortungsbereich von C., ihren Arbeitern entsprechende Arbeitsanweisungen zu erteilen und den Arbeitsbeginn und das Arbeitsende ebenso wie die Pausen festzulegen. Es erfolgte keine Meldung über Krankheit, Urlaub etc der Mitarbeiter von C. gegenüber D.. Die Mitarbeiter von C. waren daher in keiner Weise in den Betrieb des Auftraggebers D. eingegliedert. Die Arbeitnehmer von C. arbeiteten selbstständig, Arbeitszeiten und -pausen wurden seitens C. vorgegeben.

2.8. Die Art, wie das von der D. beschaffte Kabel zwischen den Geländepunkten gezogen werden sollte bzw. auf welcher Ebene das Kabel verlegt werden sollte, wurde von der C. festgelegt. Über das fachspezifische Wissen, mit welcher Kraft die Kabel zu ziehen sind, verfügten die Mitarbeiter der D. nämlich nicht. Diesen fehlte auch das Know-How, in welchen Radien die Kabel zu verlegen sind, ebenso hinsichtlich der Bedienung der Kabelzugmaschinen. Aus diesem Grunde wurde bereits bei Vertragsabschluss mit der AL. von der D. dieser gegenüber angegeben, dass das Gewerk der Kabelzugarbeiten in sub vergeben werden müssen.

Auf Grund des spezifisch notwendigen Know-Hows für die Arbeiten und die fehlende Kenntnis dazu auf Seiten der D., wie die Kabelzugmaschinen zu bedienen sind, waren die Mitarbeiter der D. auch nicht in der Lage, die Mitarbeiter der C. fachlich anzuweisen. Konkrete Arbeitsanweisungen für die Kabelverlegung, insbesondere, ob diese in Geraden oder in Radien zu erfolgen hat, traf die C. und nicht die D.. Tatsächlich arbeiteten die Mitarbeiter von C. unter Weisung der Führungskraft von C., Herrn M. L..

Im Übrigen handelt es sich bei der geschuldeten Leistung um Tätigkeiten, die nicht lediglich einfache, manuelle Arbeiten bzw. Hilfstätigkeiten für das Entstehen eines Teilgewerkes umfasst. Hinsichtlich der Kabelverlegerarbeiten kamen spezielle Hilfsgeräte zum Einsatz, für deren Bedienung speziell geschultes Personal erforderlich war. Hierzu kamen weitere Aspekte der konkreten Arbeiten, die diese erschwerten, wofür ebenfalls eine spezielle fachliche Kompetenz, etwa hinsichtlich der Befestigung der Kabel, notwendig war. D. selbst war weder technisch noch hinsichtlich der notwendigen Fachkenntnisse in der Lage gewesen, dieses von der AL. beauftragte Gewerk selbst auszuführen.

2.9. Über die Anzahl der eingesetzten Arbeitskräfte bestimmte die C.. Diese Arbeitskräfte unterlagen wie bereits vorhin festgestellt der Beaufsichtigung und Leitung der Beschäftigten und der Weisungsbefugnis des Vorarbeiters der C., welcher auch Stundenaufzeichnungen über deren Anwesenheiten führte, welche er jedoch nicht der D. übermitteln musste. Die Unterkünfte der Arbeitnehmer in Österreich wurden von der C. besorgt und bezahlt. Seitens C. wurde auch selbst entschieden, wie viele Arbeiter sie auf der Baustelle beschäftigt und zu welchen Zeiten diese ihre Arbeiten verrichten. Dies war grundsätzlich von den Fortschritten im Bereich Kabelzug abhängig. Lediglich im Fall eines Leistungsrückstandes verlangte D., dass das Personal von C. aufgestockt wurde. Folglich bestimmte die C. konkret selbst, wie viele Arbeitnehmer und wann sie diese auf der Baustelle beschäftigt wurden.

2.10. Die Vergütung hing von der sachgerechten Ausführung der Arbeiten ab, die Gewährleistung für das Gesamtwerk traf die C., nur für das von D. zur Verfügung gestellte Material (Kabel) hatte die D. auch die Gewährleistung zu tragen. Darüber hinaus traf die C. die Gewährleistung für ihr Teilgewerk und wurde eine solche Gewährleistung auch tatsächlich schlagend.

2.11. Für die Einhaltung bestimmter Termine wurde eine Vertragsstrafe vereinbart. Die Vertragsstrafe erstreckte sich auch auf die seitens C. durchzuführende Unterweisung der von ihr eingesetzten Arbeitnehmer. Weiters wurde ein Haftrücklass in Höhe von EUR 50.000,00 durch Erfüllungsbürgschaft vereinbart.

3. Beweiswürdigung:

Auf Grund der Angaben der Finanzpolizei steht insgesamt fest, dass die im Spruch des gegenständlichen Straferkenntnisses angeführten Arbeitnehmer auf der verfahrensgegenständlichen Baustelle gearbeitet haben, ohne dass diese in diesen Zeiträumen über eine arbeitsmarktbehördliche Bewilligung verfügten.

Die weiteren Feststellungen gründen sich auf das durchgeführte Ermittlungsverfahren, insbesondere die Einvernahmen der Zeugen und der beiden Beschwerdeführer in der Verhandlung vom 14.1.2020, die von den Beschwerdeführern vorgelegten Unterlagenkonvolute (sofern darauf bei den Feststellungen näher Bezug genommen wird), Einsicht in die Homepage des Einzelunternehmens des Beschwerdeführers (C.) sowie auf die vom Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 30.1.2019 zur Zahl W156 2201112-1/7E ff getroffenen Sachverhaltsfeststellungen (das Verfahren zu § 18 AuslBG ist gegenständlich als Vorfrage zu sehen), wonach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt entsprechend zwischen der D. und der C. tatsächlich ein Werkvertrag und eine Entsendung, jedoch keine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt.

Es haben sich zudem keine Anhaltspunkte ergeben, inwiefern die Arbeitnehmer von C. in die Organisation von D. eingegliedert gewesen sein sollten.

Dass die C. die Gewährleistung für ihr Teilgewerk traf und eine solche Gewährleistung auch tatsächlich schlagend wurde, ergibt sich aus der diesbezüglichen Urkundenvorlage.

4. Rechtliche Beurteilung:

4.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, BGBl. Nr. 196/1988 (AÜG) 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.“

4.2. § 2 AusIBG BGBl. Nr. 218/1975 IdF. BGBl. I Nr. 56/2018 lautet

auszugsweise wie folgt:

„Begriffsbestimmungen

§ 2. (1) Als Ausländer im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt, wer nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt.

(2) Als Beschäftigung gilt die Verwendung

[...]

d) nach den Bestimmungen des § 18 oder

e) überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 1 und 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988, und des § 5a Abs. 1 des Landarbeitsgesetzes 1984, BGBl. Nr. 287.

(3) Den Arbeitgebern gleichzuhalten sind

[...]

b) in den Fällen des Abs. 2 lit. c und d der Inhaber des Betriebes, in dem der Ausländer beschäftigt wird, sofern nicht lit. d gilt, oder der Veranstalter,

c) in den Fällen des Abs. 2 lit. e auch der Beschäftiger im Sinne des § 3 Abs. 3 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes und des § 5a Abs. 3 des Landarbeitsgesetzes 1984,

d) der ausländische Dienstleistungserbringer, dem eine EU-Entsendebestätigung nach Maßgabe des § 18 Abs. 12 auszustellen ist und

e) der Inhaber der Niederlassung, die einen unternehmensintern transferierten Arbeitnehmer (§ 2 Abs. 13) beschäftigt.

(4) Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. [...]"

4.3. § 18 AusIBG idF. BGBl. Nr. 218/1975 idF. BGBl. I Nr. 66/2017 lautet

auszugsweise wie folgt:

„§ 18.

(1) Ausländer, die von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland beschäftigt werden, bedürfen, soweit im folgenden nicht anderes bestimmt ist, einer Beschäftigungsbewilligung. Dauern diese Arbeiten nicht länger als sechs Monate, bedürfen Ausländer einer Entsendebewilligung, welche längstens für die Dauer von vier Monaten erteilt werden darf.

[...]

(12) Für Ausländer, die von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes zur Erbringung einer vorübergehenden Arbeitsleistung nach Österreich entsandt oder überlassen werden, ist keine Beschäftigungsbewilligung oder

Entsendebewilligung erforderlich, wenn

1. sie ordnungsgemäß zu einer Beschäftigung im Staat des Betriebssitzes über die Dauer der Entsendung oder Überlassung nach Österreich hinaus zugelassen und beim entsendenden Unternehmen rechtmäßig beschäftigt sind,

2. die österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäß § 3 Abs. 3 bis 6, § 4 Abs. 2 bis 5 und § 5 des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG), BGBl. Nr. 44/2016, im Fall der Überlassung gemäß § 10 AÜG, § 3 Abs. 4, § 4 Abs. 2 und 5 und § 6 LSD-BG sowie die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden und

3. im Fall der Überlassung kein Untersagungsgrund gemäß § 18 Abs. 1 AÜG vorliegt.

Die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen (Zentrale Koordinationsstelle) hat die Meldung über die Beschäftigung betriebsentsandter oder überlassener Ausländer gemäß § 19 Abs. 2 bis 4 LSD-BG unverzüglich der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice zu übermitteln. Die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice hat binnen zwei Wochen ab Einlangen der Meldung dem Unternehmen und dem Auftraggeber oder Beschäftigter, der die Arbeitsleistungen in Anspruch nimmt, das Vorliegen der Voraussetzungen zu bestätigen (EU-Entsendebestätigung bzw. EU-Überlassungsbestätigung) oder bei Nichtvorliegen die Entsendung oder Überlassung zu untersagen. Unbeschadet der Meldepflicht gemäß § 19 Abs. 2 bis 4 LSD-BG sowie sonstiger Pflichten nach dem AÜG, darf die Beschäftigung bei Vorliegen der Voraussetzungen auch ohne EU-Entsendebestätigung bzw. EU-Überlassungsbestätigung begonnen werden.
[...]"

4.4. § 28 AuslBG idF. BGBl. Nr. 218/1975 idF. BGBl. I Nr. 66/2017 lautet auszugsweise wie folgt:

„Strafbestimmungen

§ 28.

(1) Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet (§ 28c), begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen,

1.-3. [...]

4. wer

a) [...]

b) entgegen § 18 Abs. 12 oder 13 die Arbeitsleistungen eines Ausländers, der von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes zur Arbeitsleistung nach Österreich entsandt, überlassen oder im Rahmen eines unternehmensinternen Transfers vorübergehend abgestellt wird, in Anspruch nimmt, obwohl § 18 Abs. 12 Z 1 oder 2, im Fall der Überlassung zusätzlich Z 3, nicht erfüllt ist und – im Fall der lit. b – auch keine EU-Entsendebestätigung oder EU-Überlassungsbestätigung ausgestellt wurde, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4 000 Euro bis 50 000 Euro;“

4.5. Nach § 18 Abs. 12 AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 idF BGBl. I Nr. 78/2007, ist für Ausländer, die von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR) zur Erbringung einer vorübergehenden Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, unter näher genannten Umständen keine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung

erforderlich. Gemäß § 18 Abs. 12 letzter Satz AuslBG darf nur bei Vorliegen der Voraussetzungen auch ohne EU-Entsendebestätigung begonnen werden. Die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice hat binnen zwei Wochen ab Einlangen der Meldung dem Unternehmen und dem Auftraggeber, der die Arbeitsleistungen in Anspruch nimmt, das Vorliegen der Voraussetzungen zu bestätigen (EU-Entsendebestätigung) oder bei Nichtvorliegen die Entsendung zu untersagen.

4.6. Voraussetzung für die Erlangung einer EU-Entsendebestätigung ist demnach in einem Ersten, dass die Ausländer zur Erbringung einer vorübergehenden Arbeitsleistung in Erfüllung eines dem Unternehmen mit Betriebsitz in einem anderen Mitgliedstaat des EWR erteilten Auftrages entsandt werden. Dies entspricht der Entsendung im Sinne des Art. 1 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997, L 18, S 1 (in der Folge: Richtlinie 96/71).

4.7. Die grenzüberschreitende Überlassung von Arbeitskräften fällt zwar unter den Begriff Entsendung im Sinne des Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71, nicht aber unter den Begriff Entsendung im Sinne des AuslBG (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 31. Juli 2009, ZI. 2008/09/0261, und vom 30. Mai 2011, ZI. 2011/09/0082). Die Unterscheidung des AuslBG geht aber inhaltlich mit dem Unionsrecht konform, denn eine "Entsendung im Sinne des Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71", also eine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung, darf von der Einholung einer Beschäftigungsbewilligung abhängig gemacht werden (vgl. das Urteil des EuGH vom 10. Februar 2011, C-307/09 bis C- 309/09, Vicoplus u.a., Randnr. 41).

Sowohl die D. als auch die C. (das entsendende und die in diesem Mitgliedstaat tätige Dienstleistungsempfängerin) haben ihren Sitz in einem Mitgliedsstaat der EU. Die Richtlinie ist auch auf Drittstaatsangehörige wie die hier entsandten syrischen und türkischen Beschäftigten anzuwenden.

Eine Untersagung der Entsendung kommt dann in Betracht, wenn die angezeigte Beschäftigung der Sache nach sich gar nicht als Entsendung (iS des Art. 1 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 96/71 und § 18 Abs. 12 AuslBG), sondern als eine andere Form der Beschäftigung erweist (vgl. VwGH 31. Juli 2009, 2008/09/0261).

Der Beschwerdeführer hätte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nur im Falle einer Arbeitskräfteüberlassung durch seine Einzelfirma C. an D. als Beschäftigterin iSd § 3 Abs. 3 AÜG begangen.

Die Voraussetzung, dass für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen der C. und dem jeweiligen Arbeitnehmer besteht, ist im vorliegenden Fall unstrittig gegeben.

Eine Entsendung liegt grundsätzlich vor, wenn Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer für eine befristete Dauer in einem anderen Staat Arbeitsleistungen für ihren Arbeitgeber erbringen.

4.8. Für die Beurteilung, ob ein Sachverhalt als grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung oder Entsendung zu beurteilen ist, ist aus unionsrechtlicher Sicht „jeder Anhaltspunkt“ zu berücksichtigen und somit unter mehreren Gesichtspunkten („nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt“) zu prüfen. Im speziellen sind dabei (vgl. Ra 2017/11/0068, Rn 33) entsprechend dem Urteil „Martin Meat“ (EuGH 18.06.2015, C-586/13) von entscheidender Bedeutung die Fragen

- 1) ob die Vergütung/das Entgelt auch von der Qualität der erbrachten Leistung abhängt bzw. wer die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich festgelegten Leistung abhängt, ob also der für einen Werkvertrag essenzielle „gewährleistungstaugliche Erfolg“ vereinbart wurde
- 2) wer die Zahl der für die Herstellung des Werkes jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer bestimmt
- 3) und von wem die Arbeitnehmer die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung ihrer Tätigkeiten erhalten.

4.9. In der Entscheidung VwGH 22.08.2017, Ra 2017/11/0068, verwies der VwGH auf die Entscheidung EuGH 18.06.2015, C-586/13 („Martin Meat“). Demnach sind für die Beurteilung einer Arbeitskräfteüberlassung im speziellen auch die weiteren drei Aspekte von entscheidender Bedeutung:

- Es muss sich bei der Überlassung von Arbeitskräften um eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung handeln, bei der der überlassene Arbeitnehmer im

Dienst des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens bleibt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem verwendenden Unternehmen geschlossen wird.

- Das wesentliche Merkmal der Überlassung muss darin bestehen, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedsstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung ist.
- Der Arbeitnehmer muss im Rahmen einer solchen Überlassung seine Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnehmen.

4.10. Unter Anwendung der Kriterien ergibt sich im gegenständlichen Fall aus nachstehenden Erwägungen bei der Beurteilung des festgestellten Sachverhaltes, dass zwischen der D. und der C. tatsächlich eine Entsendung im Rahmen eines Werkvertrags, jedoch keine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt (wovon auch das Bundesverwaltungsgericht in der hier zitierten Entscheidung ausgeht):

Ein Werkvertrag liegt nach ständiger hg. Rechtsprechung vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Die Verpflichtung aus einem Werkvertrag besteht darin, die im Vorhinein genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden können. Mit der Erbringung der Leistung endet das Werkvertragsverhältnis. Eine zwar leistungsbezogene, nicht aber erfolgsbezogene Entlohnung spricht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten "Ziels" auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2007, ZI. 2005/08/0003, mwN).

Für die weitere Abgrenzung zwischen Werkverträgen, deren Erfüllung im Wege einer Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des AÜG stattfindet, und solchen, bei denen das nicht der Fall ist, ist unter Bedachtnahme auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt grundsätzlich eine Gesamtbetrachtung der

Unterscheidungsmerkmale nach § 4 Abs 2 AÜG notwendig (Lindmayr, Handbuch zur Ausländerbeschäftigung¹¹ (2012) Rz 516).

Zwar stellt die D. nach den getroffenen Feststellungen verfahrensgegenständlich das Material in Form der im N.-tunnel zu verlegenden Kabel zur Verfügung, sonstige wesentliche Betriebsmittel für die Kabelverlegung inkl. Spezialmaschinen dafür werden jedoch von der C. zur Verfügung gestellt. Diese brachte nach den Feststellungen Kabelböcke und Kabelverlegerollen sowie Kabeltrommeltransportmittel und Kabelzugmaschinen auf die gegenständliche Baustelle. Seitens C. waren die notwendigen Spezial- und Kleinwerkzeuge bereitzustellen. Seitens der gebildeten ARGE oder D. wurde den Arbeitnehmern von C. kein Werkzeug zur Verfügung gestellt. Im Übrigen ist festzuhalten, dass nach der Judikatur in „Martin Meat“ die Frage der Betriebsmittel keine zentrale bei der Beurteilung, ob Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, ist. Demnach ist es unschädlich, dass ein Teil des Materials von D. zur Verfügung gestellt wurde und D. die Gewährleistung für die Kabel trifft. Die sonstigen wesentlichen Betriebsmittel für die Kabelverlegung wurden ja von der C. bereitgestellt, es sollte somit also im Wesentlichen mit den Betriebsmitteln der C. gearbeitet werden.

Entsprechend dem Urteil "Martin Meat" sind die Fragen, ob die Vergütung bzw. das Entgelt auch von der Qualität der erbrachten Leistung abhängt bzw. wer die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich festgelegten Leistung trägt, ob also der für einen Werkvertrag essenzielle "gewährleistungstaugliche" Erfolg vereinbart wurde, wer die Zahl der für die Herstellung des Werkes jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer bestimmt und von wem die Arbeitnehmer die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung ihrer Tätigkeiten erhalten, von entscheidender Bedeutung.

Über die Anzahl der eingesetzten Arbeitskräfte bestimmte festgestellter Maßen die C.. Diese Arbeitskräfte unterlagen der Beaufsichtigung und Leitung der Beschäftigten und der Weisungsbefugnis des Vorarbeiters der C., welcher auch Stundenaufzeichnungen über deren Anwesenheiten führte, welche er jedoch nicht der D. übermitteln musste. Die Unterkünfte der Arbeitnehmer in Österreich wurden von der C. besorgt und bezahlt. Seitens C. wurde auch selbst entschieden, wie viele Arbeiter sie auf der Baustelle beschäftigt und zu welchen Zeiten diese ihre

Arbeiten verrichten. Dies war grundsätzlich von den Fortschritten im Bereich Kabelzug abhängig. Lediglich im Fall eines Leistungsrückstandes verlangte D., dass das Personal von C. aufgestockt wurde. Folglich bestimmte die C. konkret selbst, wie viele Arbeitnehmer und wann sie diese auf der Baustelle beschäftigt wurden.

Die Vergütung hängt von der sachgerechten Ausführung der Arbeiten ab, die Gewährleistung für das Gesamtwerk trifft die C., nur für das von D. zur Verfügung gestellte Material (Kabel) hat die D. auch die Gewährleistung zu tragen. Darüber hinaus trifft die C. die Gewährleistung für ihr Teilgewerk und wurde eine solche Gewährleistung auch tatsächlich schlagend, wie sich aus den Urkundenvorlagen ergibt. Die von D. zu tragende Gewährleistung für das Kabelmaterial ist für die Qualifikation als gewährleistungstaugliches Werk nicht schädlich. Vielmehr stellt die Zurverfügungstellung des zu verarbeitenden Materials den Regelfall des Werkvertrages dar (Vermutung des §1166 ABGB).

Wenn die belangte Behörde davon ausgeht, dass es sich bei der gegenständlich geschuldeten Leistung nicht um ein gewährleistungsfähiges Werk handle, dann ist dem entgegenzuhalten, dass die C. verpflichtete sich im Rahmen des Vertrages für die vorgenommenen Arbeiten Gewähr zu leisten. Die C. trug die Folgen, wenn die von ihr durchgeführten Leistungen nicht ordnungsgemäß bzw. nicht vertragsgemäß ausgeführt wurden.

4.11. In Hinblick auf die vom Gericht getroffenen Feststellungen ergibt sich in einer Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung der Entscheidung „Martin Meat“ sohin, dass verfahrensgegenständlich nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt keine Arbeitskräfteüberlassung, sondern ein Werkvertrag und eine Endsendung von Arbeitern vorgelegen haben. In Hinblick auf diese Feststellungen ergibt sich unter Berücksichtigung der Entscheidung „Martin Meat“ keine Arbeitskräfteüberlassung von der C. an die D., der Beschwerdeführer ist bei einer Gesamtbeurteilung des vom Gericht festgestellten Sachverhalts nicht als Überlasser im Sinne des zitierten AÜG zu sehen, sodass er die ihm zur Last gelegte Tat nicht begangen hat. Deshalb war das Straferkenntnis spruchgemäß aufzuheben und das gegenständliche Strafverfahren einzustellen.

5. Zum Revisionsausspruch:

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 des Verwaltungsgerichtshofes, wie die Judikaturzitate belegen. 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.

Belehrung

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Verfahrenshilfe ist einer Partei so weit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen als sie außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist

der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Verwaltungsgericht Wien
Mag. Burda, Richterin