OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-301095/36/KLi/PP

Datum:
Linz, 30. November 2016

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde vom 6. Mai 2016 des J.N., geb. x, x, A., vertreten durch Prof. H. Rechtsanwälte, x, x, L., gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 12. April 2016, GZ: BZ-Pol-78026-2015, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 19. September 2016

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde noch zum Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 12. April 2016, GZ: BZ-Pol-78026-2015, wurde dem Beschwerdeführer (Bf) vorgeworfen, er habe es als Geschäftsführer und damit gemäß § 9 VStG zur Vertretung nach außen berufenes und verwaltungsstrafrechtlich verantwortliches Organ der Firma N. GmbH, FN x, mit Sitz in W., x, zu verantworten, dass durch diese Firma als inländische Beschäftigerin die durch die Firma L. d.o.o. mit Sitz in S., M., x, als Überlasserin die nach Österreich überlassenen Arbeitskräfte (Arbeitnehmer)

1. D.M., geb. x,
2. L.F., geb. x,
3. M.B., geb. x,
4. M.J., geb. x,

alle s. Staatsbürger, bei einer Kontrolle durch Organe des Finanzamtes Grieskirchen Wels - Finanzpolizei am 10. Jänner 2015, ab 15:56 Uhr, entgegen §7d Abs. 2 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz – AVRAG die zur Überprüfung des den überlassenen Arbeitnehmern für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts erforderlichen Lohnunterlagen nach § 7d Abs. 1 AVRAG (Arbeitsvertrag oder Dienstzettel; Lohnzettel; Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege; Lohnaufzeichnungen; Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung) nicht in deutscher Sprache am Arbeitsort (Einsatzort) in W., X, Bauvorhaben S. Hochregallager, bereitgehalten worden seien. Der Bf habe § 7d Abs. 2 iVm § 7i Abs. 4 Z 3 AVRAG verletzt.

Über ihn werde eine Geldstrafe von 8.000 Euro, falls diese Uneinbringlich sei eine Ersatzfreiheitsstrafe von zwei Wochen gemäß § 7i Abs. 4 Z 3 AVRAG verhängt. Ferner habe er einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens von 800 Euro zu bezahlen.

Begründend führte die belangte Behörde aus, der im Spruch angeführte Sachverhalt sei mit Schreiben der Finanzpolizei 15.05.2015 angezeigt worden.

Aus der mit Herrn P., Mitarbeiter der N. GmbH, als Auskunftsperson am 10. Jänner 2015 durch die Finanzpolizei aufgenommenen Niederschrift, der Fotodokumentation durch die Finanzpolizei sowie aus dem korrespondierenden Strafantrag der Finanzpolizei vom 15. Mai 2015 würden nachfolgende Tatumstände hervorgehen:

1. Die im Spruch angeführten Arbeitnehmer seien am Arbeitsort für Montagearbeiten eingesetzt worden. Außer den im Spruch angeführten Arbeitnehmern seien vier Arbeiter der s. Firma L., M., für Montagearbeiten

eingesetzt worden. Seitens der Firma N. GmbH seien die Auskunftsperson sowie ein weiterer Arbeitnehmer bei Montagearbeiten angetroffen worden.

2. Die Firma N. GmbH habe den Montageauftrag von der Firma W. aus D. erhalten, die das zu verarbeitende Material zur Verfügung gestellt habe.
3. Bereits im Jahr 2014 seien Container und Werkzeug durch Mitarbeiter der Firma N. GmbH auf die Baustelle gebracht worden.
4. Die Firma N. habe das Werkzeug zur Verfügung gestellt und die Montagearbeiten verrichtet.
5. Herr C.P. sei Bauleiter der Firma N., habe die Montagearbeiten überwacht und auch selbst in allen Bereichen mitgearbeitet.
6. Die Arbeiten hätten den Aufbau der Behälter, der Fördertechnik und der Querverschiebewägen umfasst.
7. Die kontrollierten Arbeiter hätten Arbeitskleidung der Firma N. getragen. Damit habe ein einheitliches Auftreten sichergestellt werden sollen. Die Arbeiter der Firma N., der Firma L. d.o.o. und der Firma H. d.o.o. seien durchwegs gleich bekleidet gewesen, und zwar mit dunkler Arbeitskleidung (Firma N.), gelber Schutzweste und blauem Schutzhelm (Firma N.).
8. Die Montagepläne und Terminpläne seien durch C.P. koordiniert worden. Er habe die Arbeiter eingeteilt und auch den Arbeitsablauf überprüft. Täglich habe es einen einheitlichen Arbeitsbeginn gegeben und habe sich C.P. von der Vollzähligkeit der Arbeiter überzeugt. Dabei habe er mitgeteilt, welche Arbeiten an diesem Tag zu erledigen gewesen seien, ob Arbeiten fertigzustellen gewesen wären oder Arbeiten neu begonnen werden hätten sollten. C.P. habe die Pläne gehabt und habe anhand der Pläne mit den Arbeitern die auszuführenden Arbeiten besprochen.
9. Jeder der ausländischen Monteure habe von der Firma N. gegen Bestätigung eine Werkzeugkiste erhalten. Diese habe er zurückgeben müssen, wenn nicht mehr für die Firma N. gearbeitet worden sei. Keiner der Arbeiter der s. Subunternehmer habe eigenes Werkzeug mitgebracht. Diese seien nur mit Firmenwägen angereist. Die Firma N. habe auch das schwere Gerät (Stapler) zur Verfügung gestellt.
10. C.P. habe als Bauleiter fungiert und die Fachaufsicht gestellt, er habe auch selbst mitgearbeitete und die Arbeitszeiten vorgegeben. Er sei auch für Fragen und Probleme zuständig gewesen.
11. Die Entlohnung der Arbeiter sei nach Stunden erfolgt, welche von C.P. aufgeschrieben worden seien.

Mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 15. Juli 2015 sei gegen den Beschuldigten wegen der im Spruch festgestellten Verwaltungsübertretung ein ordentliches Strafverfahren eingeleitet worden. In seinen Stellungnahmen vom 23. Juli 2015 und vom 18. August 2015 habe der Beschuldigte ausgeführt, dass es sich in diesem Fall um keine Personalbereitstellung, sondern um Subvergaben gehandelt habe. Bei dem fraglichen Projekt seien an die Firmen L. d.o.o. und H. d.o.o. Aufträge zu Pauschalpreisen vergeben worden. Die angeführten Personen

seien Mitarbeiter dieser Firmen und würden in keinem Dienstverhältnis zur Firma N. stehen. Weiters habe der Beschuldigte in Kopie die Verträge zwischen der Firma N. und den Firmen L. d.o.o. sowie H. d.o.o. über die Bestellung von Werkleistungen, datierend jeweils vom 1. Oktober 2014 übermittelt.

Diese würden auszugsweise wie folgt lauten:

„a. „Der Auftragnehmer übernimmt als Werkunternehmer in eigener Regie und Verantwortung mit eigenem Personal, Werkzeug, Maschinen, Geräten sowie sonstigen erforderlichen Hilfsmitteln die fach- und termingerechte Ausführung des N.-Auftrages [...]. Dem AN obliegt als Fachfirma die volle Verantwortung für die sach-, fach- und termingerechte Ausführung. Der AN bestätigt mit der Annahme des Auftrages, dass er über die zur ordnungsgemäßen Durchführung verbundenen, notwendigen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen sowie erforderlichen speziellen Kenntnisse, Fertigkeiten und Werkzeuge verfügt." (Vertrag Pkt. 1.1).

b. „Angeführte Preise beinhalten: [...] Quartier (Zimmer wird von AN organisiert und bezahlt); [...] Werkzeug, P. (Sicherheitsschuhe, Warnweste, Schutzbrille, etc.); [...]Sämtliche Hilfsmittel und Hilfsstoffe sowie Ausbesserungsanstriche [...]; [...] Das Führen eines Bautagebuches sowie das Auflisten der täglich montierten Positionen mit Pos. Nr. ist zwingend vorgeschrieben und ist Voraussetzung für etwaige Zahlungsansprüche [...]."(Vertrag Pkt. 1.6.)

c. „Bauseitige Leistungen: Sozial- und Sanitäranlagen [...]; Anlagenteile und Montagematerialien; Bei Bedarf Beistellung von Hebeequipment wie Hallenkran, Stapler, ohne Bedienpersonal; Handwerkzeugkiste, Schlagschrauber, Bohrmaschine, Flex und Verlängerungskabel. Sollten am Ende der Baustelle von N. beigestellte Werkzeuge abgängig sein, werden die Kosten auf alle Subunternehmer weitergeleitet und von den Rechnungen in Abzug gebracht." (Vertrag 1.8.)“

Bis zum Entscheidungszeitpunkt habe der Beschuldigte hinsichtlich der im Spruch angeführten Arbeitnehmer keine Lohnunterlagen gemäß § 7d Abs. 1 AVRAG in deutscher Sprache vorgelegt.

Mit E-Mail-Nachricht vom 19. Jänner 2015 zur „Richtigstellung der Niederschrift vom 10. Jänner 2015" habe der Beschuldigte ausweislich der Strafanzeige ferner ausgeführt, die Obermonteure seien grundsätzlich für den Leistungsumfang verantwortlich, auch für die Qualitäts- und Terminüberwachung von Subvergaben. Sie würden auch die Einhaltung der Arbeitssicherheit der eigenen Mitarbeiter sowie der Sublieferanten überwachen. Die Obermonteure seien gegenüber den Sublieferanten jedoch nicht weisungsberechtigt und dürften Personal nur bei einem Verstoß gegen Sicherheitsvorschriften von der Baustelle weisen. Die zur Verfügung gestellte Ausrüstung sei nicht kostenlos und würde die Firma N. bei der Quartiersuche für die Arbeiter der Lieferanten lediglich behilflich sein und diese nicht kostenlos zur Verfügung stellen.

In Ansehung der Weisungsbefugnis und Fachaufsicht des Obermonteurs, C.P., lege die erkennende Behörde ihrer Entscheidung die lebensnahen und

nachvollziehbaren Schilderungen des Obermonteurs zugrunde, wie sie in der Niederschrift zum Ausdruck kommen würden. Es sei kein Anhaltspunkt ersichtlich, dass der Obermonteur auf der Baustelle eigenmächtig und einseitig gegenüber den im Spruch bezeichneten Arbeitnehmern Kompetenzen in Anspruch genommen habe, die ihm nicht zustehen würden. Wenn C.P., wie niederschriftlich angegeben, über die Baupläne verfügt habe, was, soweit ersichtlich, auch nicht in Abrede gestellt würde - und, wie der Beschuldigte selbst angebe, die Termin- und Qualitätskontrolle durchführt habe, sei davon auszugehen, dass er den im Spruch angeführten Arbeitnehmern auch fachliche Weisungen erteilt habe und ihre Arbeitskraft entsprechend den Terminplänen einteilt habe. Im Übrigen habe der Beschuldigte kein Vorbringen erstattet, das geeignet gewesen wäre, den im Spruch sowie vorstehend festgestellten Sachverhalt in Zweifel zu ziehen.

Für die erkennende Behörde sei der im Spruch dargestellte Sachverhalt − vorbehaltlich der rechtlichen Qualifikation, ob Arbeitskräfteüberlassung vorliege − aufgrund der Aktenlage und der Ergebnisse des durchgeführten Ermittlungsverfahrens erwiesen. In rechtlicher Würdigung sei unter Wiedergabe der gesetzlichen Bestimmungen, ob Arbeitskräfteüberlassung gemäß § 7d Abs. 2 iVm § 7i Abs. 4 Z 3 AVRAG vorliege, der Sachverhalt anhand der einschlägigen Bestimmungen des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG) zu beurteilen.

Der Verwaltungsgerichtshof entscheide in ständiger Rechtsprechung, dass bei Erfüllung der Tatbestandsmerkmale auch nur einer der vier Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG jedenfalls Arbeitskräfteüberlassung vorliege. Sei keiner der Tatbestände (auch nur) einer dieser vier Ziffern gänzlich erfüllt, seien aber dennoch einige der in diesen vier Ziffern genannten oder ihnen gleichwertige Tatbestandselemente gegeben, so sei im Einzelfall im Rahmen einer Gesamtbeurteilung zu entscheiden, ob dem wirtschaftlichen Gehalt nach dennoch die Überlassung von Arbeitskräften im Vordergrund stehe. Wer fremdes Material und fremdes Werkzeug einsetze (§ 4 Abs. 2 Z 2 AÜG), sei typischerweise nicht selbst Unternehmer. Dabei komme der Verwendung des Werkzeugs die entscheidende Bedeutung zu.

Im vorliegenden Fall stelle die Firma N. den im Spruch genannten Arbeitskräften das Werkzeug und auch das schwere Gerät (Stapler) zur Verfügung. Jeder der ausländischen Monteure habe gegen Bestätigung eine Werkzeugkiste erhalten. Diese habe zurückgegeben werden müssen, wenn nicht mehr für die Firma N. gearbeitet worden sei. Keiner der Arbeiter der s. Subunternehmer habe eigenes Werkzeug mitgebracht. Diese seien nur mit Firmenwägen angereist. Die Zurverfügungstellung von Werkzeug und Gerät durch den Werkbesteller an den Werkunternehmer sei zudem auch im Werkvertrag vereinbart worden. Auch hätten die im Spruch angeführten Arbeitnehmer fremdes Material und nicht jenes des Werkunternehmers verarbeitet.

§ 4 Abs. 2 Z 2 AÜG sei daher erfüllt und schon aus diesem Grund Arbeitskräfteüberlassung gemäß § 7d Abs. 2 iVm § 7i Abs. 4 Z 3 AVRAG anzunehmen.

An die Intensität der Eingliederung der Arbeitskräfte in den Betrieb des Beschäftigers (§ 4 Abs. 2 Z 3 AÜG) seien keine allzu hohen Ansprüche zu stellen, weil bei der Überlassung von Arbeitskräften eine typischerweise nur kurze Zeit dauernde und daher oft weniger intensive Eingliederung erfolge. Es komme vorwiegend darauf an, ob die Arbeitskraft in den vorgegebenen Arbeitsablauf des Werkbestellers/Beschäftigers eingereiht worden sei oder unabhängig von diesem Arbeitsablauf ihre Tätigkeit frei gestalten könne. Dabei sei aber kein allgemeiner Maßstab entscheidend, sondern der Vergleich mit Stamm-Arbeitnehmern des Kunden, die vergleichbare Tätigkeiten ausüben würden. Nur wenn im Vergleich zu diesen eine wesentlich geringere Eingliederung bestehe, sei der Tatbestand nicht erfüllt.

Konkret müsse die Arbeitskraft zumindest einer eingeschränkten Dienst- und Fachaufsicht des Beschäftigers unterstehen, um die Tatbestandsvoraussetzungen der Ziffer 3 zu erfüllen. Die Dienstaufsicht werde sich auf die Kontrolle der Arbeitszeit, der Arbeitspausen und eventuell die Entgegennahme der Meldung von Dienstverhinderungen beziehen. Fachaufsicht bedeutet das Recht zur Erteilung fachlicher, also arbeitsbezogener Weisungen. Auch hier sei der Vergleich mit der Situation der Stamm-Arbeitnehmer entscheidend. Bei relativ einfachen Arbeiten würden schon eine Kontrolle einmal pro Woche und Anweisungen zur ordnungsgemäßen Ausführung der laufenden Arbeiten sowie der Einhaltung von Terminvorgaben genügen.

Im vorliegenden Fall seien die Montagepläne und Terminpläne durch C.P. von der Firma N. koordiniert worden. Er habe die Arbeiter eingeteilt und auch den Arbeitsablauf überprüft. Täglich habe es einen einheitlichen Arbeitsbeginn gegeben und habe sich C.P. von der Vollzähligkeit der Arbeiter überzeugt. Dabei habe er mitgeteilt, welche Arbeiten an diesem Tag zu erledigen seien, ob Arbeiten fertigzustellen seien oder Arbeiten neu begonnen werden sollten. C.P. habe die Pläne gehabt und habe anhand der Pläne mit den Arbeitern die auszuführenden Arbeiten besprochen. Die kontrollierten Arbeiter hätten außerdem Arbeitskleidung der Firma N. getragen. C.P. sei Bauleiter der Firma N. gewesen, er habe die Montagearbeiten überwacht und auch selbst in allen Bereichen mitgearbeitet. Wesentliche Unterschiede hinsichtlich der betrieblichen Eingliederung seien zwischen den im Spruch angeführten Arbeitnehmern und Stamm-Arbeitnehmern des Beschäftigers (Werkbestellers) nicht ersichtlich.

§ 4 Abs. 2 Z 3 AÜG sei daher erfüllt und sei auch aus diesem Grund Arbeitskräfteüberlassung gemäß § 7d Abs. 2 iVm § 7i Abs. 4 Z 3 AVRAG anzunehmen.

Die Überprüfung weiterer Tatbestandsmerkmale gemäß § 4 Abs. 2 AÜG erübrige sich folglich. Lediglich der Vollständigkeit halber sei anzumerken, dass Arbeitskräfteüberlassung auch bei Außerachtlassung der Spezialtatbestände des § 4 Abs. 2 AÜG aufgrund einer materiellen Gesamtbetrachtung aller Umstände der vorliegenden Arbeits- und Beschäftigungssituation am Einsatzort zu bejahen wäre. Da nach § 4 Abs. 1 AÜG der wahre wirtschaftliche Gehalt des Sachverhaltes ausschlaggebend für die Beurteilung sei, ob Arbeitskräfteüberlassung vorliege oder nicht, habe sich die erkennende Behörde zuvorderst auf die Sachverhaltsfeststellungen hinsichtlich der tatsächlichen Arbeitsumstände zu stützen. Es schade daher nicht, wenn die zugrundeliegende Vereinbarung als Werkvertrag konzipiert und festgelegt worden sei, dass der Auftragnehmer als Werkunternehmer in eigener Regie und Verantwortung mit eigenem Personal, Werkzeug, Maschinen, Geräten sowie sonstigen erforderlichen Hilfsmitteln die fach- und termingerechte Ausführung zu verantworten habe, wenn die tatsächlichen Arbeitsumstände - wie im vorliegenden Fall - im Lichte des § 4 AÜG für eine Arbeitskräfteüberlassung sprechen würden.

Es sei somit der Tatbestand der dem Beschuldigten angelasteten Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht erfüllt.

Zur Schuldfrage sei auszuführen, dass das AVRAG keine eigenen Regelungen hinsichtlich des Verschuldens vorsehe. Es komme daher § 5 Abs. 1 VStG zum Tragen, wonach zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genüge. Fahrlässigkeit sei nach § 5 Abs. 1 VStG immer dann anzunehmen, wenn einem Verbot zuwidergehandelt oder ein Gebot nicht befolgt werde und zum Tatbestand der Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehöre (sogenanntes Ungehorsamsdelikt) und der Täter nicht glaubhaft mache, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden treffe.

Die Rechtfertigung des Beschuldigten reiche nicht aus für die Annahme, dass der Beschuldigte alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen und Vorkehrungen getroffen habe, die mit gutem Grund die Einhaltung der übertretenen Verwaltungsvorschrift erwarten hätten lassen. Der Schuldentlastungsbeweis im Sinne der vorstehenden Gesetzesbestimmung habe vom Beschuldigten folglich nicht erbracht werden können. Die gegenständliche Verwaltungsübertretung sei daher auch schuldhaft begangen worden.

Zur Strafhöhe habe die erkennende Behörde aufgrund des § 19 VStG ihre Wertung innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens darzutun. Eine Strafbemessung innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens sei eine Ermessensentscheidung, die nach den in § 19 VStG festgelegten Kriterien vorzunehmen sei.

Dass im Verwaltungsstrafregister der Wiener Gebietskrankenkasse keine einschlägigen Vormerkungen registriert seien, sei jedenfalls als strafmildernd zu

werten. Bei Berücksichtigung sämtlicher gemäß § 19 VStG maßgebenden Umstände erscheine daher die verhängte Strafe dem Unrechtsgehalt der Tat sowie dem Verschulden des Beschuldigten angemessen und habe mit der gesetzlichen Mindeststrafe das Auslangen gefunden werden können.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die Beschwerde vom 6. Mai 2016 mit welcher das Straferkenntnis sowohl im Hinblick auf den Schuldspruch als auch auf die Strafhöhe bekämpft wird.

Begründend führt der Bf aus, dass ihm vorgeworfen werde, er habe als Geschäftsführer der Firma N. GmbH als inländischer Beschäftigter die durch die Firma L. d.o.o mit Sitz in S. überlassenen Arbeitskräfte beschäftigt und die Bestimmungen der §§ 7 d Abs. 2 iVm § 7i Abs. 4 Z 3 AVRAG verletzt.

Dieser Vorwurf beruhe ausschließlich auf einer Niederschrift der Finanzpolizei vom 15. Mai 2015, wobei diese Aussagen und Anmerkungen offensichtlich ohne Prüfung und Würdigung des tatsächlichen Sachverhaltes als gegeben angenommen worden seien.

Der Großteil der unter der Begründung angeführten Feststellungen würde nicht den Tatsachen entsprechen und hätten zwischenzeitig auch im Zuge einer durchgeführten UVA-Prüfung die Falschaussagen des Mitarbeiters C.P. belegmäßig nachgewiesen werden können.

Tatsache sei, dass der Vorwurf, die Bestimmungen des AVRAG verletzt zu haben, zurückzuweisen sei. Diese im Straferkenntnis angeführten, nicht vorgelegten Unterlagen (Arbeitsvertrag, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise, Lohnaufzeichnungen etc.) hätten seitens des Bf nicht vorgelegt werden können, da hier weder ein Arbeitsverhältnis bestanden habe noch Arbeitskräfteüberlassung vorgelegen sei.

Bei diesem übernommen Auftrag der Firma L. d.o.o. mit Sitz in S., handle es sich um einen eigeständigen Werkvertrag, aufgrund dessen dieses Unternehmen die Fertigung eines Werkes (hier: Errichtung von Fördertechnikkomponenten für Querschiebewagenanlage) auf eigene Rechnung und Gefahr übernommen habe. Sämtliche im Straferkenntnis angeführten Personen seien der L. d.o.o. zuzurechnen. Diese Personen seien auch von der L. d.o.o. im Rahmen der ZKO-Meldung laut Mitteilung der Gesellschaft als beschäftigte Dienstnehmer für diesen Auftrag ordnungsgemäß gemeldet worden.

In diesem Zusammenhang sei auch auf die Eingabe vom 17. August 2015 zu verwiesen, in der auch belegmäßig die unrichtigen Aussagen des Mitarbeiters C.P. nachgewiesen worden seien. So sei der Nachweis erbracht worden, dass die Leistung der L. d.o.o nicht nach Stunden abgerechnet werde. Auch sei

nachgewiesen, dass das notwendige Werkzeug sowie die Arbeitskleidung und die Quartierkosten, wenn derartiges angefallen sei, ordnungsgemäß weiterverrechnet worden sei. So habe auch belegt werden können, dass Kosten die der Auftraggeber zu verantworten habe, vom Auftragnehmer entsprechend des Werkvertrages dem Auftraggeber angelastet worden seien.

Diese Unterlagen sowie auch der abgeschlossene Werkvertrag würden deutlich aufzeigen, dass bei Beurteilung des tatsächlichen wirtschaftlichen Gehalts der gegebene Sachverhalt als Werkvertrag einzustufen sei.

Zudem sei festzuhalten, dass auch die übrigen Kriterien eines Dienstverhältnisses bzw. einer Arbeitskräfteüberlassung nicht vorliegen würden. So müsse nochmals darauf hingewiesen werden, dass die N. GmbH nicht bestimmen habe können und auch kein Mitspracherecht gehabt habe, wer, wann und vor allem auch wie viele Personen von L. d.o.o zur Abwicklung dieses Auftrages eingesetzt würden.

Würde es sich hierbei tatsächlich um Dienstnehmer oder um überlassene Arbeitskräfte handeln, dann würden diese Agenden selbstverständlich Aufgabe der N.- A. GmbH sein. Auch hätten dem Auftragnehmer keine Weisungen in Bezug auf den Ablauf erteilt werden können.

Es sei daher unverständlich, dass die Behörde dennoch davon ausgehe, dass hier ein Dienstverhältnis bzw. eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegen würde. Trotz Nachweis der tatsächlichen Gegebenheiten, werde dennoch versucht eine Begründung zu liefern, um den Intentionen der Finanzverwaltung Rechnung zu tragen.

Auch der Hinweis auf die Feststellung Nr. 5., 8. und 10. könne die Aussage der Behörde, dass in diesem Fall §§ 7 ff AVRAG hier anzuwenden wären, nicht begründen. Der Ordnung halber sei auch nochmals erwähnt, dass auch die Feststellungen Nr. 4., 9, und 11., nachweislich nicht mit dem tatsächlichen Sachverhalt übereinstimmen würden. Obwohl dies in den Eingaben aufgezeigt worden sei, würden auch diese nicht berechtigten Vorwürfe im Raum stehen bleiben und würden letztlich auch noch zu Lasten des Bf ausgelegt (Werkzeugkosten).

Wie bereits mit Eingabe vom 17. August 2015 ausgeführt, spreche die Aussage von C.P., dass er die Montagearbeiten überwache und auch selbst in den Bereichen mitarbeite, nicht gegen den Werkvertrag, da er als Obermonteur im Rahmen des Generalunternehmens die ordnungsgemäße Ausführung für N. GmbH zu kontrollieren habe und in diesem Zusammenhang auch mit den Vorarbeitern bzw. Bauleitern der Subauftragnehmer den Baufortschritt zu überwachen habe. Die Einteilung der Arbeiter werde dann selbstverständlich von

den Bauleitern der jeweiligen Subfirma vorgenommen. Dies wäre C.P. auch nicht möglich gewesen, da er weder slowenisch spreche noch die Baustelle durchgehend betreue.

Wenn C.P. in der Niederschrift angebe, dass er ebenfalls mitarbeite, so sei dies richtig, da er als technischer Unterstützer für derartige Fragen Ansprechperson sei und in diesem Sinne auch mitarbeite. Auch habe er die Anlieferung des notwendigen Materials zu koordinieren gehabt. Auch sei die N. GmbH als Generalunternehmer für die Einhaltung der Sicherheitsvorschriften zuständig, sodass dies durch Mitarbeiter des Bf zu prüfen und zu kontrollieren sei. Dafür seien auch die notwendigen Aufzeichnungen (Arbeitsbeginn / Arbeitsende / Name des Arbeiters) unbedingt notwendig. Diese Aufzeichnungen müssten aus sicherheitstechnischen Gründen zwingend geführt werden, um bei einem Einsatzfall (z.B. Brand) umgehend mitteilen zu können, wer sich noch im Gebäude aufhalte. Dafür sei, wie bereits erwähnt, das Unternehmen des Bf zuständig und verantwortlich.

Auch würden die festgelegte Arbeitszeiten nicht für die Eingliederung in den Betrieb des Bf sprechen, da diese Arbeitszeiten auch wieder ausschließlich aus sicherheitstechnischen Gründen mit dem Auftragnehmer (nicht mit dem Personal des Auftragnehmers) entsprechend vereinbart werden hätten müssen, um hier Sicherheit zu haben, dass der Obermonteur auch stets anwesend sei.

Für die Einteilung der Arbeitnehmer, für die Reihenfolge des Arbeitsablaufes, für die Kontrolle des Arbeitseinsatzes dieser Arbeitnehmer sowie für alle übrigen personellen Aufgaben, sei ausschließlich der Subunternehmer zuständig und verantwortlich. Dieses Unternehmen habe auch die Haftung in Bezug auf die erbrachte Leistung. Die Subfirmen hätten zudem sämtliche mit dem Auftrag anfallenden Kosten zu tragen und würden letztlich auch das gesamte Unternehmerrisiko tragen. C.P. sei lediglich für die sicherheitstechnischen und für die fachlichen Belange gegenüber den Subfirmen zuständig und müsse als Obermonteur, wenn Mängel bzw. sonstige Montagefehler sichtbar würden, diese gegenüber dem Werkvertragsnehmer aufzeigen.

Es sei aber auch darauf hinzuweisen, dass C.P. selbst festhalte, dass die Querverschiebwägen von der L. und die Behälterfördertechnik von der H. gefertigt würden, wodurch offensichtlich auch ihm bekannt gewesen sei, wer hier welche Werke zu erbringen habe. Diese Aussage verdeutliche auch, dass das Unternehmen des Bf für die Fertigung dieser Werke nicht zuständig gewesen sei.

Da es sich hier um einen Großauftrag gehandelt habe, sei es notwendig, dass Mitarbeiter sämtlicher Auftraggeber laufend für Anfragen der Werkvertrags-nehmer und für laufende Kontrollen vor Ort anwesend seien. So sei auch festzuhalten, dass im Rahmen dieses Auftrages auch Dienstnehmer der Firma W.

(für S.) stets vor Ort gewesen seien, um zu kontrollieren, Auskünfte zu geben und mögliche Mängel und Fehler aufzuzeigen. Genauso wie die Firma W. Anweisungen und Feststellungen - um letztlich eine ordnungsmäße Leistung übertragen zu erhalten - getroffen habe, seien auch Mitteilungen des Bf an den Werkvertragsnehmer weitergegeben worden, um soweit als möglich im Vorhinein Leistungsmängel hintanhalten zu können. Ohne diese Kontrollen der Auftraggeber und ohne den laufenden Hinweise an die jeweiligen Arbeitnehmer wäre die Abwicklung eines derartigen Auftrages ohne gröbere Mängel nicht möglich.

Wesentlich sei aber, dass keiner der Auftraggeber gegenüber den Auftragnehmern Weisungen treffen habe können, die bestimmt hätten, welcher Dienstnehmer, wie viele Dienstnehmer, wann und wie der Auftragnehmer diese getroffenen Feststellungen abzuarbeiten habe. Unter diesem Gesichtspunkt seien Aussagen von Dienstnehmern zu sehen, die mitteilt hätten, C.P. wäre verantwortlich gewesen.

Dass in diesem Zusammenhang tatsächlich die Geschäftsführung bzw. der Bauleiter des Auftragnehmers die Entscheidung getroffen habe – insbesondere die Umsetzung und Beseitigung von angefallenen Mängeln – könne sicherlich auch vom Auftragnehmer bestätigt werden. Nachdem auch diese Auftragnehmer das Erfüllungs- und Gewährleistungsrisiko übernommen hätten (Werkvertrag), könne man davon ausgehen, dass sich dieser Auftragnehmer nicht wirklich den Ablauf vorschreiben lasse.

Der Obermonteur des Bf sei lediglich zuständig für die Erteilung fachlicher Informationen bei Anfragen. Er kontrolliere im Rahmen des Dienstvertrages mit der N. GmbH – wie auch der Endabnehmer selbst – die sachgemäße Montage und rüge, wenn Fehler sichtbar seien. Er habe aber nicht die Befähigung Dienstnehmer der jeweiligen Auftragnehmer anzuweisen, welche Arbeiten wer und wo und wie auszuführen habe.

Der Obermonteur habe auch nur die Befähigung, Personen vom Arbeitsort zu verweisen, wenn dies aus sicherheitstechnischen Gründen notwendig werden sollte. Dies deshalb, da hier der Generalunternehmer die Verantwortung zu tragen habe. Und nur aus diesen Gründen müsse der Obermonteur diese Arbeitsaufzeichnungen mitführen.

Von einer organisatorischen Eingliederung der angeführten Personen in den Betrieb des Bf könne aufgrund der vorhin angeführten Punkte, nicht gesprochen werden. Derartige Agenden (Kontrolle / Aufzeigen von Fehlern und Mängel an Dienstnehmer etc.) seien bei derartigen Großaufträgen für den Generalunternehmer zwingend notwendig und würden der Erfahrung des täglichen Lebens entsprechen, um letztlich ein Produkt mit größtmöglicher Genauigkeit und geringsten Nachbearbeitungen und Beanstandungen abliefern zu können.

Aufgrund des Werkvertrages und den tatsächlichen Gegebenheiten, sei festzuhalten, dass die Verantwortung in Bezug auf das Personal und den übernommen Auftrag ausschließlich der Auftragnehmer wahrzunehmen und dafür auch eine entsprechende Schadenersatzpflicht übernommen habe, sollte der Auftrag nicht ordnungsgemäß ausgeführt werden.

Sämtliche Chancen und Risiken trage der Werkvertragsnehmer. Dies in besonderer Weise in Bezug auf das dafür eingesetzte Personal, da die Leistungen der Dienstnehmer letztlich für den Auftragnehmer entscheidend für die wirtschaftliche Endabrechnung des Auftrages seien. In diesem Falle von einem Dienstverhältnis oder von einer Arbeitskräfteüberlassung zu sprechen, widerspreche der vertraglichen Gestaltung und dem tatsächlichen wirtschaftlichen Sachverhalt.

Bei Beurteilung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes könne keinesfalls von einer Arbeitskräfteüberlassung gesprochen werden, sodass auch der Vorwurf, dass die Bestimmungen des § 7d Abs. 2 AVRAG verletzt worden seien, nicht haltbar sei. Die Firma L. d.o.o. erbringe und übergebe letztlich ein eigenständiges Werk. Die Dienstnehmer der Firma L. d.o.o seien nicht in den Betrieb eingegliedert und auch nicht unter der Aufsicht des Obermonteurs. Der Werkvertragsnehmer sei für die Übergabe des Werkes verantwortlich und habe daher sämtliche Chancen und Risiken zu tragen. Der Werkvertragsnehmer habe sämtliche Kosten (Werkzeug / Arbeitskleidung / Quartier) selbst zu tragen.

Die bisherige Begründung gehe offensichtlich von nachweislich falschen Sachverhalten und Tatsachen aus. Auch der Vorwurf, dass hier Fahrlässigkeit vorliegen würde, sei zurückzuweisen. Der Bf habe in diesem Zusammenhang alle Vorkehrungen getätigt, um den Werkvertrag reibungslos abwickeln zu können. Der Geschäftsführer habe auch die Nachweise eingeholt, dass die von der L. d.o.o. entsendeten Dienstnehmer per ZKO-Meldung ordnungsgemäß gemeldet gewesen seien. Der Bf habe davon ausgehen können, dass er als Geschäftsführer sämtliche notwendige Tätigkeiten vorgenommen habe. Dass es sich hierbei um einen Werkvertrag handle, sei für beiden Seiten von Beginn an vereinbart worden und sei auch entsprechend geleistet und verrechnet worden, sodass eine andere Auslegungsmöglichkeit nicht im Raum stehe. Von einer Fahrlässigkeit kann daher nicht gesprochen werden.

Es werde daher beantragt, eine mündliche Verhandlung abzuhalten und das Straferkenntnis aufzuheben.

I.3. Mit Eingabe vom 14. September 2016 brachte der Bf ergänzend vor, das Unternehmen des Bf sei aufgrund des Werkvertrages vom 23. Oktober 2014 von der W. L. GmbH mit der Mechanik-Montage der von W. gelieferten Behälter- und Palettenfördertechnik sowie von acht Stück Case-Order-Maschineries (COMS) bei

dem Projekt „S., A." der S. AG an ihrem Standort in W. beauftragt worden. In diesem Werkvertrag sei die Errichtung (Montage) einer Fördertechnikanlage zu einem Pauschalpreis vergeben worden. Es handle sich hierbei um einen klassischen Werkvertrag von W. an N. W. habe das gesamte Material zur Verfügung gestellt, da es sich bei N. um ein reines Montageunternehmen handle.

Die Montagearbeiten hätten in verschiedene Teile aufgeteilt werden können. Dazu habe es Subunternehmerverträge des Bf mit zwei weiteren Unternehmen gegeben. Das eine Unternehmen sei die H. d.o.o. und das zweite Unternehmen die L. d.o.o. Mit H. sei ein Werkvertrag und eine Erweiterung dieses Werkvertrages vereinbart worden. Der Werkvertrag stamme vom 1. Oktober 2014, die Erweiterung vom 13. November 2014. Mit LB sei ein Werkvertrag am 1. Oktober 2014 geschlossen worden. Anhand der den Werkverträgen zugrunde liegenden Pläne hätten auch die jeweils durchzuführenden Gewerke einzeln exakt abgegrenzt und bestimmt werden können.

Diese beiden Unternehmen hätten jeweils Montagearbeiten an verschiedenen Teilen der Fördertechnikanlage durchführen müssen, wobei das Material für die Fördertechnikanlage von W. dem Bf und vom Bf den Subunternehmen zur Verfügung gestellt worden sei.

Auch diese Werkverträge würden klassische Werkverträge mit Montage-unternehmen darstellen, nicht irgendwelche Umgehungshandlungen. H. sei damit beauftragt worden, die Behälterfördertechnik zu errichten. L. sei damit beauftragt worden, die Querverschiebewägen (= Fördertechnikkomponente) zu montieren. Dies ergebe sich auch deutlich aus dem jeweiligen Vertragswortlaut. In Punkt 1.5. werde z.B. der Pauschalpreis wiedergegeben, in Punkt 1.4. die Termine und in Punkt 3. eine Pönale. In Punkt 1.6. werde klargestellt, welche Leistungen vom Preis umfasst seien und wie diese Leistungen dann gemäß Punkt 8. zu bezahlen seien. Aus diesen Komponenten ergebe sich, dass der unstrittig zwischen W. und N. abgeschlossene Werkvertrag betreffend die Behälterfördertechnik im Rahmen eines Werkvertrages von N. an das Sub-unternehmen H. vergeben wurde und betreffend Querverschiebewägen an das Subunternehmen L.

Am Vorliegen eines Werkvertrages ändere auch nicht, dass Kleidung und Werkzeug von N. für H. und L. zur Verfügung gestellt worden sei. Diesbezüglich sei auf Punkt 7. der Verträge zu verweisen, nämlich die Geheimhaltung und den Kundenschutz. Aus Geheimhaltungsgründen sei vorgegeben worden, dass die beauftragten Subunternehmen entweder neutrales Werkzeug verwenden müssten oder das Werkzeug von N. verwendet werden müsse. Sollten die Subunternehmer kein neutrales Werkzeug zur Verfügung haben oder besorgen wollen, werde Werkzeug gegen Verrechnung beigestellt. Dies sei auch tatsächlich so geschehen und ergebe sich aus den entsprechenden Rechnungen.

Dass eine Abrechnung im Sinn eines Werkvertrages (und nicht im Sinn einer Arbeitskräfteüberlassung) erfolgt sei, ergebe sich ebenfalls aus den Rechnungen. Diese Rechnungen seien auch bezahlt worden, was sich aus dem Elba-Auszug ergebe. Auf diesem seien die Rechnungsnummern ersichtlich und wann die Überweisungen erfolgt seien. Es seien jeweils die Pauschalpreise bezahlt worden.

Der Werkvertrag sei auch tatsächlich im Sinn eines Werkvertrages „gelebt" worden, d.h. ausgeführt worden. Der Zeuge C.P., welcher im Übrigen nicht mehr beim Bf beschäftigt sei, habe keine Weisungen im Sinn von Dienstgeberweisungen erteilen dürfen. Er sei für die Koordinierung im Sinn des BauKG bzw. der ÖBA zuständig gewesen. Der Bf habe zwei Subunternehmen beauftragt. Es seien daher mehrere Unternehmen zugleich auf der Baustelle für ihn tätig gewesen. Nach dem BauKG sei der Bf daher verpflichtet, für die entsprechende Koordinierung zu sorgen. Die gleiche Verpflichtung ergebe sich aus der Stellung des Bf als ÖBA. Er habe auch einen SIGE-Plan errichten und für dessen Einhaltung sorgen müssen. Diese Verpflichtungen würden sich aus dem BauKG sowie der Stellung als ÖBA ergeben und könnten per se nicht dazu führen, dass ein Werkvertrag plötzlich eine Arbeitskräfteüberlassung werde.

C.P. habe diese Funktion ausüben müssen, da ansonsten Gesetze verletzt worden wären. Zudem sei aufgrund der Auftragskette S. – W. – N. – H. bzw. L. nicht bekannt, welche Subunternehmer vom Bf beauftragt worden seien und welche Tätigkeiten diese zu verrichten gehabt hätten. Dies sei aufgrund der getroffenen Geheimhaltungs- und Kundenschutzklauseln auch nicht mitgeteilt worden, da ansonsten künftig direkt Aufträge zu befürchten seien.

Dies bestätige sich auch dadurch, dass ordnungsgemäß die ZKO 3-Formulare ausgefüllt worden seien. Sollte man tatsächlich Arbeitskräfteüberlassung verheimlichen wollen, wäre es lebensfremd, die Behörden durch Übermittlung der ZKO 3-Formulare darauf zu stoßen. Die Mitarbeiter der Subunternehmer seien ordnungsgemäß im Rahmen einer Entsendung angemeldet worden. Sämtliche Abgaben und Steuern seien in S. ordnungsgemäß abgeführt worden.

Dass keine Umgehung vorliege, zeige auch, dass der Bf Korrespondenz mit der Finanzpolizei geführt habe, in welcher er die konkreten Vertragsgestaltungen offenlegt und sich erkundigt habe, ob diese rechtlich in Ordnung seien und ob er auf diese Weise arbeiten könne. Darauf habe er keine Antwort bekommen. Wer Umgehungsabsicht habe, lege dies nicht vorab gegenüber der Behörde offen.

Der Bf wiederhole daher den Antrag, der Beschwerde Folge zu geben und das Strafverfahren einzustellen; in eventu eine Ermahnung auszusprechen; in eventu hilfsweise die Strafe angemessen herabzusetzen.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beraumte für den 19. September 2016 eine öffentliche mündliche Verhandlung an, in welcher der Bf und die Zeugen D.H., M.L. sowie D.B. als Zeugen vernommen wurden.

Darüber hinaus wurden nach allseitigem Einverständnis aller Parteien die Verfahrensergebnisse aus dem Verfahren LVwG-301027-2016 verwertet (Vernehmung des Bf und der Zeugen P., B., FOI M.).

II. Nachfolgender Sachverhalt steht fest:

II.1. Am 10. Jänner 2015 um 15:56 Uhr fand durch Organe der Finanzpolizei Team 46 eine Baustellenkontrolle beim Bauvorhaben S. Hochregallager in W., X, statt. Im Zuge dieser Kontrolle wurden unter anderem Arbeitnehmer des Bf angetroffen.

Ferner trafen die Kontrollorgane die im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses genannten vier s. Arbeitnehmer M.D., F.L., B.M. und J.M. des s. Unternehmens L. d.o.o. an.

II.2. Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer und zur Vertretung nach außen berufenes Organ des Unternehmens N. GmbH, x, W. Das Unternehmen ist zu FN x im Firmenbuch des Landesgerichtes W. eingetragen.

Unternehmensgegenstand ist u.a. die Errichtung und Installation von Maschinen- und Anlageninstallationen sowie von Förder- und Handling-Systemen.

II.3. Das Unternehmen L. d.o.o. hat seinen Sitz in M., x, S. Geschäftsführer des Unternehmens ist der Zeuge M.L.

Unternehmensgegenstand ist u.a. die Errichtung von Metallkonstruktionen, insbesondere die Montage von Förderanlagen, etc.

II.4. Auf der verfahrensgegenständlichen Baustelle in W. errichtete das Unternehmen S. ein Hochregallager. Mit der Errichtung beauftragte S. die W. L. GmbH als Generalunternehmer. W. vergab daraufhin Teile des Auftrages an Subunternehmer. Einer der Subunternehmer von W. war das Unternehmen des Bf.

Das Unternehmen des Bf hatte den Auftrag zur Durchführung der kompletten Mechanik-Montage der vom AG (gemeint W.) gelieferten Behälter- und Palettenfördertechnik sowie acht Stück Case Order Maschineries (COMS). Die gesamte Fördertechnik sollte vom Unternehmen des Bf montiert werden.

Mit Zustimmung von W. war das Unternehmen des Bf berechtigt, einzelne Teile des Auftrages wiederrum an weitere Subunternehmer zu vergeben (Subunternehmer-Kette).

Das Unternehmen W. stellte das gesamte Material zur Verfügung, beim Unternehmen des Bf handelt sich um ein reines Montageunternehmen. Das von W. zur Verfügung gestellte Material musste in weiterer Folge auch von den vom Bf beauftragten Subunternehmungen verwendet werden.

Die Montagearbeiten konnten in verschiedene Teile aufgeteilt werden. Für zwei dieser Teile erfolgte durch den Bf eine Subvergabe an s. Unternehmen.

Der Bf vergab an das s. Unternehmen H. d.o.o. mittels Werkvertrag vom 1. Oktober 2014 und Erweiterung vom 13. November 2014 die Montage der Behälterfördertechnik-Anlage.

An ein weiteres s. Unternehmen, die L. d.o.o., vergab er die Montage der Querverschiebewägen mit Werkvertrag vom 1. Oktober 2014.

Das Unternehmen des Bf selbst übernahm die Einrichtung der Kommissionsmaschinen und der Sensorik. Ferner oblag dem Unternehmen des Bf die gesamte Koordination der Errichtung der Fördertechnik-Anlage.

Der Arbeitnehmer des Bf, C.P., übernahm die Bauaufsicht bzw. die Koordinierung der Auftragsabwicklung. Er war außerdem Baustellenkoordinator im Sinne des BauKG bzw. der örtlichen Bauaufsicht (ÖBA). Außerdem erstellte C.P. den SiGe-Plan. C.P. überwachte ferner die Einhaltung der Sicherheit auf der Baustelle im Hinblick auf das Unternehmen des Bf (und dessen Subunternehmen).

Der Werkvertrag mit der H. d.o.o. trug die *Bestellung Nr. x* und hatte den Titel *„Projekt: x-Anlage“* (Behälterfördertechnik-Anlage). Der Werkvertrag zwischen dem Bf und der L. d.o.o. trug die *Bestellung Nr. x* und war betitelt mit *„Projekt: M. v. F.“* (Querverschiebewägen).

II.5. Der Werkvertrag zwischen dem Bf und der L. d.o.o. hatte als Vertragsgegenstand die Übernahme als Werkunternehmer in eigener Regie und Verantwortung mit eigenem Personal, Werkzeug, Maschinen, Geräte sowie sonstigen erforderlichen Hilfsmitteln der fach- und termingerechten Ausführung des NH-Auftrages Nr. x (M. v. F.) gemäß beiliegenden Zeichnungen zum Inhalt. Beginn war der 21. Oktober 2014, Auftragsdauer bis voraussichtlich KW 08/2015. Ferner wurde ein Pönal-Termin mit 5. März 2015 vereinbart.

Ebenso wurde ein Pauschalpreis vereinbart. Der Preis beinhaltete sämtliche Lohn- und Lohnnebenkosten, Steuern und Abgaben, Überstundenzuschläge, Quartier (Zimmer wird von AN organisiert und bezahlt), Werkzeuge, Sicherheitskleidung, sämtliche Kosten für eventuelle Garantie oder Verbesserungsleistungen, Be- und

Entladetätigkeiten sowie vollständige Kontrolle der Lieferungen, sofortige Meldung von Fehllieferungen oder Fehlbeständen, Montage von sämtlichen für einen störungsfreien Betrieb erforderlichen Materialien wie Befestigungs-und Dichtmaterial, Kabeltrassen, Rohrleitungen, Schalter, Sensoren, etc., das Führen eines Bautagebuches, das Aufräumen und Sauberhalten der Baustelle, etc. Bauseitige Leistungen waren Sozial- und Sanitäranlagen, Anlagenteile und Montagematerialien sowie bei Bedarf die Beistellung von Hebeequipment wie Hallenkran, Stapler, jeweils ohne Bedienpersonal, Werkzeugkiste, Schlag-schrauber, Bohrmaschine, Flex, Verlängerungskabel. Im Hinblick auf die bauseitig zur Verfügung gestellten Leistungen, insbesondere Hebeequipment, Handwerkzeuge, etc. wurde außerdem vereinbart, dass diese vom Subunter-nehmer zu bezahlen waren.

Darüber hinaus wurden dem Auftrag die allgemeinen Einkaufsbedingungen des Bf zu Grunde gelegt.

Ferner wurde in den Werkvertrag eine „Geheimhaltungs-und Kundenschutz-Klausel“ aufgenommen. Der Auftragnehmer verpflichtete sich zur Verschwiegen-heit und zum Auftreten im Namen des Bf; dies insbesondere im Hinblick auf Arbeitskleidung, Auto und Werkzeuge ohne Firmenaufschriften bzw. neutrales Werkzeug. Diese Vereinbarung wurde jedenfalls für die Dauer von fünf Jahren abgeschlossen.

II.6. Der Auftrag den das Unternehmen des Bf von ihrem eigenen Auftraggeber erhalten hat, kann in mehrere weitere Einzelaufträge (Subaufträge) unterteilt werden. Einzelne Teile des Auftrages können für sich stehend als separates, individualisierbares und abgrenzbares Werk errichtet werden. Auch im Wege eines Gesamteindruckes ergibt sich beim äußeren Erscheinungsbild der Förderanlage, dass diese in unterschiedliche Komponenten unterteilt werden kann, wie z.B. Schienenanlagen, Querverschiebewägen, Kommissionier-maschinen, etc. Diese Anlagenteile lassen sich nicht nur anhand von Plänen und Positionsnummern (also nicht mehr optisch nur unter Zuhilfenahme von Zuordnungsnummern) voneinander abgrenzen. Anders wäre dies z.B. bei der Errichtung eines Rohbaus, bei dem einzelnen Komponenten letztendlich in einem Werk, nämlich dem fertigen Rohbau aufgehen. Gegenständlich können aber auch beim Betrachten der fertiggestellten Förderanlage die einzelnen Gewerke erkannt werden.

Theoretisch hätte auch die Möglichkeit bestanden, dass W. nicht die Errichtung der gesamten Förderanlage an den Bf vergibt, sondern selbst jene Unterteilung und Auftragsvergabe vornimmt, die letztendlich vom Bf erfolgt ist. Gerade deshalb – um weiterhin komplette Aufträge wie den gegenständlichen zu erhalten und nicht nur Teile des selben – wurde zwischen dem Bf und dem s. Unternehmen eine Geheimhaltungsklausel vereinbart, um zu verhindern, dass die Montage von Fördertechnikkomponenten / Querverschiebewägen nicht mehr an den Bf, sondern direkt an ein anderes Unternehmen vergeben wird.

Die Anzahl der Arbeitnehmer, die vom s. Unternehmen auf die Baustelle entsendet wurde, oblag den s. Unternehmen und wurde nicht vom Bf vorgegeben. Das s. Unternehmen hatte dafür einzustehen, dass eine ausreichende Anzahl an Arbeitnehmern auf die Baustelle geschickt wurde, um termingerecht und ordnungsgemäß die beauftragte Leistung zu erbringen. Die einzelnen Personen der Arbeitnehmer waren für den Bf nicht von Bedeutung.

Lediglich der Arbeitnehmer J.M. war für den Bf von Bedeutung, weil es sich bei ihm um den Vorarbeiter bzw. die Ansprechperson des s. Unternehmens auf der Baustelle handelte. Konkrete Besprechungen wurden nur mit ihm geführt, nicht auch mit den anderen Arbeitnehmern des s. Unternehmens.

Der auf der Baustelle ebenfalls anwesende Zeuge C.P. war Dienstnehmer des Bf und für die Koordination und Überwachung der Baustelle verantwortlich. Er war außerdem Baustellenkoordinator und Sicherheitsbeauftragter und hatte die Einhaltung der Sicherheitsbestimmungen auf der Baustelle zu überwachen. Diesbezüglich führte der Zeuge P. eine Anwesenheitsliste, auf welcher mit Angabe von Datum und Uhrzeit festgehalten wurde, welche Personen auf der Baustelle anwesend waren.

Diese Aufzeichnungen betrafen nicht nur das s. Unternehmen sondern auch die eigenen Arbeitnehmer, mit anderen Worten alle für das Unternehmen des Bf anwesende Personen, unabhängig davon ob es sich um firmeneigene Arbeitnehmer handelte oder solche von Subunternehmen. Aus Sicherheitsgründen war es erforderlich, derartige Listen zu führen, um im Falle eines Brandes, einer Explosion, etc. Bescheid darüber zu wissen, wie viele Personen und wer sich auf der Baustelle befindet.

Die Kontrolle der Einhaltung der Sicherheitsbestimmungen – Verwendung von Sicherheitskleidung, Helmen, Schuhen, Gurten, etc. – oblag ebenfalls dem Zeugen P. Im Hinblick auf diese Sicherheitsbestimmungen erteilte er auch Weisungen an die Subunternehmer der Gestalt, dass er diese J.M. erteilte, der sie wieder an die übrigen Arbeitnehmer weiter gab.

Eine fachliche Kontrolle bzw. Aufsicht wurde vom Zeugen P. im Hinblick auf allfällige Gewährleistungs- und Haftungsansprüche vorgenommen. Arbeitsanweisungen erteilte nicht C.P., sondern J.M. Für den Fall, dass Arbeiten mangelhaft bzw. fehlerhaft oder unvollständig durchgeführt wurden, mussten diese vom s. Subunternehmen auf deren eigenen Kosten vorgenommen werden.

Die Arbeitnehmer des s. Unternehmens arbeiteten alleine an der Errichtung der Fördertechnikkomponenten / Querverschiebewägen. Arbeitnehmer des Bf wirkten bei diesen Montagearbeiten nicht mit.

Die Arbeitnehmer des s. Subunternehmens verfügten über eigenes Handwerkzeug. Sie fuhren mit eigenen Fahrzeugen auf die Baustelle. Große und schwere Geräte wie z.B. Hebekräne, Stapler, etc. wurden vom Bf zur Verfügung gestellt. Für die Verwendung dieser Geräte musste das s. Unternehmen Miete bezahlen; für Beschädigungen Schadenersatz leisten. Ebenso musste fehlendes Werkzeug ersetzt werden. Auf Grund der Geheimhaltungs- und Kundenschutzklausel waren die Arbeitnehmer des Subunternehmens verpflichtet, neutrales Werkzeug oder solches des Bf zu verwenden; gleiches galt für die Arbeitskleidung. Dieses wurde in Rechnung gestellt.

Der Zeuge P. besprach mit J.M. die jeweils zu verrichtenden Arbeiten sowie die Materialanlieferungen. Die Entgegennahme der Materiallieferungen sowie das Abladen derselben oblagen dem Subunternehmen. Für die Materialien die das Subunternehmen zu verarbeiten hatte, gab es einen eigenen Lagerplatz. Anhand der Lieferscheine konnte zugeordnet werden, für welches Gewerk bzw. welches Teilgewerk die jeweiligen Materialien vorgesehen waren.

Besprechungen führte der Zeuge P. ausschließlich mit J.M. Dafür wurden unter anderem jene Zeiten vorgesehen, in denen die übrigen Arbeitnehmer Pausen (Vormittag/Mittag) konsumierten. J.M. fungierte nicht nur als Dolmetscher für die übrigen Arbeitnehmer, die nicht Deutsch sprachen, er war auch als Vorarbeiter für die ordnungsgemäße Abwicklung des Auftrages seines Unternehmens verantwortlich.

Die s. Arbeitnehmer erblickten zwar auch den Zeugen P. als Person die Anweisungen erteilte, allerdings im Hinblick auf das Tragen von Sicherheits-kleidung, das Verwenden von Gurten, etc.

Das s. Subunternehmen haftete dem Bf gegenüber für die ordnungsgemäße Errichtung der Querverschiebewägen. Das Unternehmen des Bf haftet gegenüber der Firma W. für die ordnungsgemäße Errichtung der gesamten Förderanlagen.

II.7. Der Bf hielt die Lohnunterlagen für die im Spruch des Straferkenntnisses genannten Arbeitnehmer unstrittig nicht auf der Baustelle bereit.

Ob er dazu verpflichtet gewesen wäre oder nicht, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Die durchgeführte Kontrolle vom 10. Jänner 2015 ergibt sich aus dem Strafantrag der Finanzpolizei sowie aus dem angefochtenen Straferkenntnis der belangten Behörde. Zeit und Ort der Kontrolle gehen aus dem Akteninhalt hervor.

III.2. Die Feststellungen zur Person des Bf selbst und zu seinem Unternehmen ergeben sich ebenfalls schon aus dem Akteninhalt und wurden außerdem vom Bf im Zuge seiner Vernehmung vor dem erkennenden Gericht geschildert.

Ebenso ist die Vertretungsbefugnis des Bf und der Unternehmensgegenstand im Firmenbuch des Landesgerichtes Wels ersichtlich.

Dass es sich beim Unternehmen des Bf um ein reines Montageunternehmen handelt, hat er in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht selbst zugestanden, also auch, dass er stets fremdes Material verbaut und nicht eigenes Material; wohl aber setzt er eigenes Werkzeug ein.

III.3. Die Feststellungen zum s. Unternehmen ergeben sich aus der Vernehmung des Bf und des Geschäftsführers dieses Unternehmens. Auch im Internet ist dessen Unternehmensgegenstand ersichtlich, insbesondere dass die Errichtung von Förderanlagen dazu zählt.

III.4. Die konkreten Auftragsverhältnisse sowie die festgestellte Auftragnehmer-kette vom Generalunternehmer zum Unternehmen des Bf sowie zu dessen Subunternehmern wurde in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht am 27. Juni 2016 und am 19. September 2016 umfassend erörtert.

Der Beschwerdeführervertreter legte beglaubigte Abschriften sämtlicher Verträge vor, in welche Einsicht genommen werden konnte und welche als Beilagen zum Akt genommen wurden. Aus den jeweiligen Verträgen ergibt sich, welche Werke die jeweiligen Auftragnehmer zu errichten hatten.

So geht aus dem Vertrag zwischen den Bf und dem Generalunternehmer hervor, dass der Bf die gesamte Fördertechnikanlage zu errichten hatte.

Aus den Werkverträgen zwischen dem Bf und dem Unternehmen H. d.o.o ergibt sich, dass dieses die Behälterfördertechnik-Anlage zu errichten hatte und aus dem Werkvertrag mit der L. d.o.o., dass diese die Querverschiebewägen zu errichten hatte. Die übrigen Werke, die Kommissionieranlage und die Sensorik, wurden vom Unternehmen des Bf errichtet. Darüber hinaus hatte der Bf für die Koordination seiner eigenen Werke mit jenen der beiden s. Unternehmen zu sorgen.

Anhand der vorliegenden Werkverträge und der Schilderungen des Bf sowie der ebenfalls vernommenen Geschäftsführer der H. d.o.o. und der L. d.o.o. ergibt sich auch, welches Unternehmen welches Werk zu errichten hatte. Daraus wurde auch anschaulich, dass der Auftrag, den der Bf erhalten hatte, in weitere Subaufträge „zerlegt“ werden konnte. Der Auftrag des Bf bestand insofern aus mehreren voneinander abgrenzbaren Gewerken. Aus den vorliegenden Werkverträgen und aus den Schilderungen des Bf und der beiden Geschäftsführer lässt sich insofern auch ersehen, dass grundsätzlich schon der

Generalunternehmer den an den Bf erteilten Auftrag in mehrere einzelne Aufträge unterteilen hätte können.

III.5. Der Inhalt des Werkvertrages zwischen dem Bf und dem s. Unternehmen wurde vom Bf im Zuge seiner Vernehmung umfassend erörtert, insbesondere die Klauseln zur Auftragsvergabe selbst, zum Preis, zur Haftung, zur Verwendung und Bezahlung des Werkzeuges sowie zur Sicherheitskleidung und zur Geheimhaltungs- und Kundenschutzklausel und vor allem zur Fachaufsicht und Erteilung von Weisungen. Der gesamte Vertragsinhalt wurde auch vom Geschäftsführer des s. Unternehmens bestätigt.

Inwieweit dieser Vertrag als Werkvertrag zu qualifizieren ist bzw. ob es sich um eine Arbeitskräfteüberlassung oder eine Entsendung handelt, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

III.6. Der genaue Auftragsumfang und dass der an den Bf erteilte Auftrag in verschiedene Subaufträge unterteilt werden konnte, geht aus den Aussagen des Bf und der Geschäftsführer der Subunternehmen hervor.

Außerdem wurde der genaue Vertragsgegenstand in den jeweiligen Verträgen vom Bf beschrieben:
„Wie kann man die einzelnen Werke voneinander abgrenzen?
Dazu gibt der Beschwerdeführer an:
Zunächst hat es eine größere Anfrage von W. an unser Unternehmen gegeben, dieses richtete sich zunächst an die gesamte Förderanlage. Es gab dazu mehrere Komponenten zu errichten, nämlich Regalbediengeräte, Hochregallager, Regalfahrzeuge, Kommissioniermaschinen, Verschiebewägen, Behälter, etc. Einen Teil davon haben wir dann von W. als Auftrag erhalten. Dabei handelte es sich um die mechanische Montage, diese umfasste u. a. die Behälterfördertechnik, die Verschiebewägen, Kommissioniermaschinen, Sensorik, etc. Von diesem an uns gerichteten Werkvertrag wollten wir einzelne Teile wieder weiter vergeben. Wir haben dann zwei Teilbereiche vergeben, nämlich die Behälterfördertechnik an die Firma H. und die Verschiebewägen an die Firma L. Selber gemacht haben wir die Kommissioniermaschinen und die Sensorik. Auch die Koordination hatten wir über.
Ich möchte dazu noch ergänzen, dass es sogenannte Layout-Zeichnungen gibt, auf diesen sind Positionsnummern angebracht. Aus diesen Positionsnummern erkennt man, was wo gemacht werden muss. Als einfaches Beispiel kann ich dazu z. B. anführen die Errichtung einer Eckband. Es kommt also zunächst der Tischler und zimmert die Eckbank, danach kommt der Tapezierer und bringt den Polster an. Man muss dann natürlich auch koordinieren, dass sich der Tischler und der Tapezierer nicht im Weg sind und wann der Tischler fertig sein muss und der Tapezierer beginnen kann.“
(Protokoll v. 27.6.2016, ON 22, Seite 7, Abs. 4-5).

Der Zeuge D.H. gab befragt zu dem an sein Unternehmen erteilten Auftrag an:
„Ja. Ich weiß noch, was Gegenstand des Vertrages war. Wir sollten eine Behälterförder-anlage montieren. Wir hatten einen Festpreis.“
(Protokoll v. 19.9.2016, ON 47, Seite 10, Abs. 4).

„Über Befragen des Beschwerdeführervertreters:
War anhand des Werkvertrages für sie klar, welches Werk zu errichten ist: Ja, sicher."
(Protokoll v. 19.9.2016, ON 47, Seite 11, Abs. 8).

Auch der Zeuge M.L. schilderte die Auftragserteilung an sein Unternehmen:
„Befragt zum Auftragsgegenstand:
Wir haben einen Werkvertrag unterschrieben. Es ging um Verschiebewägen und darum, Schienen für eine Förderanlage zu verlegen."
(Protokoll v. 19.9.2016, ON 47, Seite 14, Abs. 7).

Alle drei Aussagen stehen miteinander in Einklang und sind in ihrer Gesamtheit stimmig und schlüssig. Sowohl der Bf als auch die beiden Zeugen wurden vom erkennenden Gericht, von der Behörde und der Finanzpolizei eingehend befragt. Weder der Bf noch die beiden Zeugen gerieten mit ihren Antworten in Verunsicherung, sondern legten ihre Aussage mit hoher Glaubwürdigkeit ab. Dies zeigt sich auch darin, dass die Zeugen Bezug auf die jeweiligen Verträge nahmen und angeben konnten, was Inhalt derselben war.

Daraus ergibt sich auch, dass diese Verträge nicht nur zum Schein abgeschlossen worden waren, um allenfalls eine Arbeitskräfteüberlassung zu verschleiern, sondern dass beabsichtigt war, einzelne Teile eines Gesamtwerkes als Subaufträge zu vergeben.

III.7. Auch zur Weisungserteilung erfolgten umfangreiche Ermittlungen und Befragungen. Sowohl der Bf als auch die beiden Geschäftsführer, der Mitarbeiter des Bf, C.P., und zwei der entsandten Arbeiter wurden dazu befragt.

Der Bf gab dazu an:
„Über Befragen, wie die Weisungskette verlaufen ist:
Ich selber habe auf der Baustelle grundsätzlich keine Weisungen erteilt, weil ich nicht anwesend war. Das hat Herr P. gemacht. Es war aber nicht so, dass Herr P. direkt mit allen Mitarbeitern auf der Baustelle gesprochen hat. Vielmehr war er dafür zuständig, einerseits die Baustellenkoordination bzw. die Einhaltung der Sicherheit zu übernehmen. Andererseits hat er mit den Obermonteuren der jeweiligen Firmen gesprochen und nicht mit den Mitarbeitern der Firmen direkt. Erst diese Obermonteure haben dann wieder mit den Mitarbeitern der Firma gesprochen und diese beaufsichtigt bzw. Weisungen erteilt. Herr P. war dafür da, generell die Koordination vorzunehmen. Er hat aber auch die Errichtung der Werke beurteilt und, falls Mängel aufgetreten sind, dies gleich direkt vor Ort beanstandet."
(Protokoll v. 27.6.2016, ON 22, Seite 6, Abs. 2).
„Über Befragen der Finanzpolizei:
Welche Arbeiten hat der Zeuge P. auf der Baustelle verrichtet?
Herr P. war für die Koordination der Sicherheit auf der Baustelle zuständig. Man muss aber auch sagen, dass er nicht nur bei uns auf der Baustelle die ganze Zeit dort tätig war, er hatte ja auch andere Arbeiten. Er hat hier für N. die Sicherheit koordiniert. Außerdem hat er die Entgegennahme von Materiallieferungen durch die Firma W.

übernommen und koordiniert. W. hat ja auch nicht nur für uns dort Material auf die Baustelle geliefert, sondern auch für andere Unternehmen.
Außerdem hat er auch die technische Koordination und die Terminkoordination übernommen. Bei so einem Projekt gibt es ja auch Terminverschiebungen. Er war sozusagen der Projektleiter bzw. der Montagekoordinator vor Ort. Ich würde aber eher nicht Projektleiter, sondern eher Montagekoordinator sagen."
(Protokoll v. 27.6.2016, ON 22, Seite 9, Abs. 1-2).

Der Zeuge P. bestätigte in seiner Aussage die Darstellung des Bf:
„Ich habe die Leute geschult, es gab zum Teil wöchentlich Sicherheitsunterweisungen über Sicherheitskleidung, Absturzsicherung, etc.
Dann war ich auch für die Baustellenkoordination zuständig. Baustellenkoordination ist der Kontakt zwischen den Firmen, die wir beauftragt haben, und der Firma, die uns beauftragt hat.
Baustellenkoordination heißt auch, dass ich jeweils zu den Vorarbeiten der unterschiedlichen Firmen gegangen bin und mit diesen gesprochen habe. Einerseits wäre es zum Teil sprachlich gar nicht möglich gewesen, dass ich mit den einzelnen Arbeitern spreche. Außerdem war das auch gar nicht meine Aufgabe. Das mussten dann die jeweiligen Vorarbeiter der beauftragten Firmen machen."
(Protokoll v. 27.6.2016, ON 22, Seite 11, Abs. 5-7).

Auch der Zeuge B. bestätigte, dass er vom Zeugen P. keine fachlichen, sondern nur sicherheitsbezogene Weisungen erhalten hatte und er der „Chef" für die anderen s. Arbeiter war:
„Befragt dazu, ob nur er Weisungen an das Personal von H. erteilt habe oder auch Herr P.:
Nein, das habe nur ich gemacht. Wenn aber z. B. Herr P. gesehen hat, dass von unseren Arbeitern jemand nicht angehängt war, ist er zu mir gekommen und hat mir gesagt, dass ich mit den Leuten reden muss."
(Protokoll v. 27.6.2016, ON 22, Seite 16, Abs. 1).
„Ich war der Chef."
(Protokoll v. 27.6.2016, ON 22, Seite 16, Abs. 6).

Diese Darstellung des Zeugen B. wurde auch vom Geschäftsführer des Unternehmens, D.H., bestätigt:
„Über weiteres Befragen, ob M.B. oder C.P. der Chef seiner Mitarbeiter war:
Für meine Arbeiter war M.B. der Chef.
Über weiteres Befragen ob C.P. oder M.B. die Anweisungen an die Arbeiter erteilt hat:
Unser Mann M.B."
(Protokoll v. 19.9.2016, ON 47, Seite 10, Abs. 6-7).

Letztendlich gab ein weiterer Arbeiter des s. Unternehmens, der Zeuge D.B., noch an:
„Befragt dazu, wer auf der Baustelle mein Chef war:
M.B. Insgesamt ist D.H. mein Chef, also derjenige der vorher da war.
Befragt dazu, ob auch Herr N. mein Chef ist: Nein.

Befragt dazu, ob ich ihn kenne: Ich habe ihn einmal gesehen, aber er ist nicht mein Chef.“
(Protokoll v. 19.9.2016, ON 47, Seite 17, Abs. 9-11).

Alle fünf Aussagen stehen miteinander in Einklang und ergibt sich schlüssig der Umfang der jeweiligen Weisungsbefugnis der Zeugen. Feststeht somit, dass der Zeuge P. als Baustellenkoordinator für sie Einhaltung der Sicherheits-bestimmungen verantwortlich war. Diese sicherheitsbezogenen Weisungen sind gesetzlich gefordert (BauKG).

Er hatte darüber hinaus die Aufgabe, die Gewerke der Subunternehmen auf ihre mangelfreie Ausführung zu überprüfen. Aus einer derartigen Überprüfung lässt sich aber noch keine Weisungserteilung gegenüber den einzelnen Arbeitern ableiten, ist eine derartige Überprüfung doch dazu notwendig, um allenfalls Gewährleistung und Haftung gegenüber dem s. Unternehmen geltend machen zu können.

III.8. Aus den vorliegenden Personenblättern der s. Arbeiter lässt sich nicht mit der für ein Strafverfahren notwendigen Sicherheit das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung ableiten.

Der Zeuge B. gab zum Zustandekommen seines Personenblattes an:
„Der Zeuge wird nach vor gebeten und ihm wird das Personenblatt gezeigt. Der Zeuge gibt an:
Ja, das ist meine Schrift, nur das ganz oben am Kopf habe nicht ich geschrieben. Den Rest habe ich geschrieben. Das Formular wurde aufgenommen, als ich erst fünf Tage auf der Baustelle war und ich kannte mich noch nicht so aus.
Wenn mir die Personenblätter vorgehalten werden:
Wir sind zu dritt oder zu viert nebeneinander gesessen und haben das gemeinsam ausgefüllt. Der der fertig war ist dann raus gegangen. Ich habe schon den Text an sich verstanden. Die Burschen waren ja schon ein, zwei Monate dort und dann habe ich das eben so geschrieben. Ich war ja erst fünf Tage dort.“
(Protokoll v. 19.9.2016, ON 47, Seite 19, Abs. 3-4).

Wenngleich das erkennende Gericht zu der Auffassung kommt, dass die s. Arbeiter die Personenblätter ohne Einflussnahme der erhebenden Organe ausgefüllt haben, ergibt sich daraus noch nicht, dass die von § 4 Abs. 2 Z 1-4 AÜG vorgegebenen Kriterien erfüllt wären (siehe V.), zumal die Arbeiter offenkundig beim Ausfüllen der Personenblätter untereinander besprochen haben, wie diese richtig auszufüllen sein könnten.

Das erkennende Gericht bezweifelt nicht, dass die Arbeiter bemüht waren, die in den Personenblättern an sie gerichteten Fragen richtig zu beantworten. Nicht übersehen werden darf aber, dass von ihnen sowohl der Zeuge P. als auch der Geschäftsführer D.H. als die Personen genannt wurden, die Anweisungen

erteilten. Diese Angaben können ohne weiteres so interpretiert werden, dass der Zeuge P. sicherheitsbezogene Anweisungen erteilte und die fachliche Weisungsbefugnis beim Geschäftsführer lag. So wurde dies letztendlich auch von den Zeugen bestätigt.

III.9. Ob im Lichte dieser Ergebnisse des Beweisverfahrens Arbeitskräfteüberlassung oder Entsendung vorliegt, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung. Für den Fall der Arbeitskräfteüberlassung würde als Konsequenz die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen bestehen.

IV. Rechtslage:

IV.1. § 7d. (1) Arbeitgeber/innen im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 haben während des Zeitraums der Entsendung insgesamt (§ 7b Abs. 4 Z 6) den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel (§ 7b Abs. 1 Z 4), Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des dem/der entsandten Arbeitnehmers/in für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten, auch wenn die Beschäftigung des/der einzelnen Arbeitnehmers/in in Österreich früher geendet hat. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die Lohnunterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten. Ist die Bereithaltung der Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort nicht zumutbar, sind die Unterlagen jedenfalls im Inland bereitzuhalten und der Abgabenbehörde auf Aufforderung nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.

(2) Bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung trifft die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen den/die inländische/n Beschäftiger/in. Der/Die Überlasser/in hat dem/der Beschäftiger/in die Unterlagen nachweislich bereitzustellen.

IV.2. § 7i. (4) Wer als

1. Arbeitgeber/in im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 entgegen § 7d die Lohnunterlagen nicht bereithält, oder
2. Überlasser/in im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich entgegen § 7d Abs. 2 die Lohnunterlagen dem/der Beschäftiger/in nicht nachweislich bereitstellt, oder
3. Beschäftiger/in im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung entgegen § 7d Abs. 2 die Lohnunterlagen nicht bereithält

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jede/n Arbeitnehmer/in mit einer Geldstrafe von 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Wiederholungsfall von 2.000 Euro bis 20.000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer/innen betroffen, für jede/n Arbeitnehmer/in von 2.000 Euro bis 20.000 Euro, im Wiederholungsfall von 4.000 Euro bis 50.000 Euro zu bestrafen.

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen:

V.1. Die wesentliche Rechtsfrage im vorliegenden Fall ist die Abgrenzung zwischen einer Entsendung von Arbeitskräften (Werkvertrag) und einer Arbeitskräfteüberlassung (AÜG). Darüber hinaus stellt sich auch noch die Frage, inwiefern Montagearbeiten Gegenstand eines Werkvertrages sein können.

V.2. Der Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung ist in § 4 AÜG geregelt. 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

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.

V.3. Der *Verwaltungsgerichtshof* hat sich anhand dieser gesetzlichen Bestimmung bereits mehrfach mit der Frage des Vorliegens einer Arbeitskräfteüberlassung auseinandergesetzt:

„Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist zufolge § 4 Abs. 1 AÜG der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.
Nach Abs. 2 dieser Gesetzesstelle liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträge 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.
Wie der VwGH wiederholt dargelegt hat (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 17.11.1994, Zl. 94/09/0223, und vom 21.3.1995, Zl. 94/09/0097) ist für die Abgrenzung zwischen Werkverträgen, deren Erfüllung im Wege einer Arbeitskräfteüberlassung iSd AÜG stattfindet, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, grundsätzlich eine Gesamtbetrachtung der Unterscheidungsmerkmale notwendig. Das Vorliegen einzelner, auch für das Vorliegen eines Werkvertrages entsprechender Sachverhaltselemente ist in diesem Sinne nicht ausreichend, wenn sich aus den Gesamtumständen unter Berücksichtigung der jeweiligen wirtschaftlichen Interessenlage Gegenteiliges ergibt (vgl. das hg. Erkenntnis v. 19.09.1998, Zl. 97/09/0150). Es kann Arbeitskräfteüberlassung iSd § 4 Abs. 2 AÜG aber auch vorliegen, wenn keine organisatorische Eingliederung der Arbeitskräfte in den Betrieb des Werkbestellers besteht, stellt doch dieses Tatbestandsmerkmal (iSd Z 3 leg.cit.) nur eines von vier möglichen Merkmalen der Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte dar (vgl. hiezu die hg. Erkenntnisse v. 17.07.1997, Zl. 95/09/0218, v. 18.03.1998, Zl. 96/09/0131, und vom 22.10.1996, Zl. 94/08/0178) [VwGH 18.11.1998, 96/09/0281].

Ist der Tatbestand auch nur einer der vier Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG erfüllt, liegt eine Arbeitskräfteüberlassung iSd AÜG vor, selbst wenn die zugrunde liegende Vereinbarung zivilrechtlich als Werkvertrag einzustufen wäre (ständige Judikatur; vgl. jüngst den hg. Beschluss v. 21.07.2016, Zl. Ra 2016/11/0090, mit Verweisen auf die hg. Erkenntnisse v. 10.03.1998, Zl. 95/08/0345, v. 18.04.2002, Zl. 2002/09/0063, und vom 19.05.2014, Zl. Ro 2014/09/0026) [VwGH 06.09.2016, Ra 2016/11/0110]."

Zu Montagearbeiten führte der *Verwaltungsgerichtshof* im Speziellen aus:

„Der Bf bringt vor, dass keine Dienstverträge, sondern Werkverträge vorgelegen seien. Dazu ist festzuhalten, dass bereits nach den „Auftragsschreiben" die Tätigkeit von J.L. und M.L. in der Montage von Sprinkleranlageteilen einschließlich der erforderlichen Anpassarbeiten und Errichtung von Zwischenstücken bestand. Diese Tätigkeit wurde auch von der belangten Behörde festgestellt und vom Bf nicht bestritten. Auch wenn die Gesamtheit der Montagearbeiten bei Errichtung einer Sprinkleranlage auf einzelne Arbeitspartien aufgeteilt wird, die jeweils einen bestimmten Ausschnitt der erforderlichen Arbeit besorgen, so liegt doch in der Montage der gesamten Sprinkleranlage das Werk, dessen Herstellung der Auftragnehmer seinem Auftraggeber schuldet, während die einzelnen manuellen Beiträge der Monteure zu diesem Werk nicht in sich geschlossene Einheiten darstellen, sondern den Charakter von Dienstleistungen aufweisen. Ob diese Dienstleistungen in persönlicher Abhängigkeit oder im Rahmen eines freien Dienstvertrages erbracht werden, hängt davon ab, ob die betreffenden Monteure in den Belangen der Arbeitszeit, des Arbeitsortes und des arbeitsbezogenen Verhaltens den Weisungen des Herstellers unterliegen oder nicht (vgl. das eine Lüftungsanlage betreffende Erkenntnis v. 17.01.1995, Zl. 93/08/0092, sowie das Erkenntnis vom 19.01.1999, Zl. 96/08/0350) [VwGH 18.02.2009, 2007/08/0041]."

Der VwGH nimmt nur dann einen Werkvertrag an, wenn die Verpflichtung zur Erbringung einer geschlossenen Einheit bereits im Vertrag individualisiert und konkretisiert wurde und erläutert dies an einem Beispiel. Wer sich etwa dazu

verpflichtet, eine näher umschriebene Lüftungsanlage zu errichten, schließt einen Werkvertrag. Vergibt er in der Folge jedoch die dazu erforderlichen Montagearbeiten an verschiedene Arbeitsgruppen, dann sind dies nicht mehr Werk- sondern Dienstverträge [Tomandl, Arbeitskräfteüberlassung[2], 20].

V.4. Auch der *Europäische Gerichtshof* hat Grundsätze für die Unterscheidung zwischen Entsendungen und Arbeitskräfteüberlassungen gebildet:

„Unter diesen Umständen ist die erste Frage so zu verstehen, dass das vorlegende Gericht wissen möchte, auf welche Gesichtspunkte bei einem Vertragsverhältnis wie dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden abzustellen ist für die Feststellung, ob dieses Vertragsverhältnis als Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 einzustufen ist.

Insofern ergibt sich aus dem Urteil Vicoplus u.a. (C-307/09 – C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 51), dass eine Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 vorliegt, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind. Erstens muss es sich bei der Überlassung von Arbeitskräften um eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung handeln, bei der der entsandte Arbeitnehmer im Dienst des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens 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 Aufgabe unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnehmen.

Was zunächst 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. Dem zufolge 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 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.

Im vorliegenden Fall ist es Sache des nationalen Gerichts, den Umfang der jeweiligen Pflichten der Vertragsparteien zu prüfen, um festzustellen, welche Partei die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung dieser Leistung zu tragen hat, wobei der Umstand, dass die Vergütung des Dienstleistungserbringers nicht von der Menge des verarbeiteten Fleisches, sondern auch von dessen Qualität abhängt, darauf hindeutet, dass der

Dienstleistungserbringer zur ordnungsgemäßen Ausführung dieser Leistung verpflichtet ist.
Zudem kann der Umstand, dass es dem Dienstleistungserbringer frei steht, die Zahl der Arbeitnehmer zu bestimmen, deren Entsendung in den Aufnahmemitgliedstaat er für sachgerecht hält – was nach den Bemerkungen, die die Beklagten des Ausgangsverfahrens in der mündlichen Verhandlung gemacht haben, im Ausgangsverfahren der Fall zu sein scheint -, dafür sprechen, dass der Gegenstand der betreffenden Leistung nicht der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat ist, sondern dieser Wechsel mit der Erfüllung der in dem in Rede stehenden Vertrag vereinbarten Leistung einhergeht, und dass es sich somit um eine Entsendung von Arbeitnehmern im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 96/71 handelt.
Hingegen liefen im Ausgangsverfahren weder der Umstand, dass der Dienstleistungserbringer nur einen einzigen Kunden im Aufnahmemitgliedstaat hat, noch die Tatsache, dass er die Räumlichkeiten, in denen die Dienstleistung erbracht wird, und die Maschinen mietet, einen sachgerechten Hinweis für die Beantwortung der Frage, ob der tatsächliche Gegenstand der in Rede stehenden Erbringung von Dienstleistungen der Wechsel von Arbeitnehmern in diesem Mitgliedstaat ist.
Was sodann die dritte Voraussetzung angeht, die der Gerichtshof im Urteil Vicoplus u.a. (C-307/09 – C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 51), aufgestellt hat, so ist, wie die Generalanwältin in Nr. 55 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, zwischen der Beaufsichtigung und Leitung der Arbeitnehmer selbst und der vom Kunden durchgeführten Überprüfung der ordnungsgemäßen Erfüllung eines Dienstleistungsvertrages 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 im Urteil Vicoplus u.a. (C-307/09 – C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 51) genannten Voraussetzung verbunden ist, sofern der Dienstleistungserbringer seinen Arbeitnehmern die genauen und individuellen Anweisungen erteilt, die er für die Ausführung der betreffenden Dienstleistungen für erforderlich hält (EuGH 18.06.2015, C-586/13, M M Kft; vgl. auch Vicoplus, C-307/09, C-308/09, C-309/09 v. 10.02.2011).“

V.5. Während also der VwGH davon ausgeht, dass eine Arbeitskräfte-überlassung iSd AÜG vorliegt, wenn der Tatbestand auch nur einer der vier Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG erfüllt ist, selbst wenn die zugrundeliegende Vereinbarung zivilrechtlich als Werkvertrag einzustufen wäre, geht der Europäische Gerichtshof davon aus, dass die Überlassung eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung ist, bei der der entsandte Arbeitnehmer im Dienst des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens bleibt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem verwendenden Unternehmen geschlossen würde; ihr wesentliches Merkmal besteht darin, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens ist und dass der Arbeitnehmer seine Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnimmt [siehe

dazu R/S, Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung im Lichte des Urteils Vicoplus, wbl 2012, 373ff; Krömer, Entsendung oder grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung? Die Gretchenfrage des LSD-BG, ecolex 2016, 660ff].

Die *Generalanwältin E S* führte in ihren *Schlussanträgen vom 15.1.2015 in der Rechtssache C-586/13, M M* zu diesen unterschiedlichen Auslegungsansätzen aus, dass der VwGH vermutlich davon ausgegangen sei, dass die Rechtslage nach dem Unionsrecht als „acte clair“ zu betrachten sei (Schlussanträge vom 15.1.2015, Rs C-586/13, M M, Rz 59-60).

V.6. Im Hinblick auf die Auslegung von § 4 Abs. 2 AÜG ergibt sich somit nachfolgendes Bild:

V.6.1. Nach § 4 Abs. 2 Z 1 AÜG stellt sich zunächst die Frage, ob die Arbeitskräfte des s.n Unternehmens ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers, also des Bf, in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen, oder an dessen Herstellung mitwirken.

Im vorliegenden Fall hat sich ergeben, dass die gesamte Fördertechnikanlage aus mehreren Einzelkomponenten besteht, die von einander abgrenzbare und auch tatsächlich abgegrenzte Werke bilden. Sowohl die Behälterfördertechnik-Anlage als auch die Fördertechnikkomponenten (Querverschiebewägen) können getrennt voneinander montiert werden. Es wäre sogar möglich gewesen, dass die Generalunternehmerin nicht die gesamte Fördertechnikanlage an den Bf vergibt, sondern die einzelnen Aufträge direkt an die s. Unternehmen erteilt.

Die einzelnen Gewerke waren in den jeweiligen Verträgen konkret beschrieben und war daher den jeweiligen Auftragnehmern und deren Arbeitern jeweils klar, welcher ihr (abgegrenzter) Aufgabenbereich auf der Baustelle war. Die Abgrenzung der einzelnen Teilgewerke ist aber nicht nur „auf dem Papier“ ersichtlich, also z.B. anhand von Positionsnummern, sondern auch optisch bei Betrachtung der Fördertechnikanlage.

Zusammengefasst haben die s. Unternehmen jeweils ein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk hergestellt, sodass (selbst) nach der Bestimmung der § 4 Abs. 2 Z 1 AÜG von einem Werkvertrag und nicht von Arbeitskräfteüberlassung auszugehen ist.

V.6.2. § 4 Abs. 2 Z 2 AÜG regelt, dass Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch dann vorliegt, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des

Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten.

Zur Bereitstellung des Materials hat sich zunächst ergeben, dass dieses zwar nicht vom s. Unternehmen stammte, ebenso wenig aber vom Unternehmen des Bf. Vielmehr wurde das Material vom Generalauftraggeber des Bf beigestellt und waren alle (Sub-)Unternehmen verpflichtet, dieses zu verarbeiten. Bezogen auf den Auftraggeber des Bf ist das Unternehmen des Bf auch als Subunternehmen zu qualifizieren und das s. Unternehmen als Sub-Subunternehmen.

Handwerkzeug brachten die s. Arbeiter selbst mit auf die Baustelle. Größeres Werkzeug musste vom Bf gemietet werden und wurde von diesem in Rechnung gestellt. Für beschädigtes oder fehlendes Werkzeug musste Ersatz geleistet werden. Über schwere Geräte, wie z.B. Kräne verfügt auch der Bf selbst nicht und muss er diese selber mieten.

Darüber hinaus waren die Arbeiter einheitlich gekleidet. Nachdem es sich um eine Großbaustelle handelte, waren auch noch Arbeiter anderer Unternehmen als des Bf und seiner Subunternehmer auf der Baustelle tätig. Viele von ihnen trugen gelbe Sicherheitswesten. Insgesamt war es daher auch für die Organe der Finanzpolizei schwierig einzuschätzen, welche Arbeiter welchem Unternehmen zuzurechnen waren (dem Bf, seinen Subunternehmen oder einem anderen Unternehmen).

Insgesamt wurde das zu verarbeitende Material aber weder vom Bf noch vom Subunternehmen bereitgestellt, sondern von dritter Seite.

Zusammengefasst lässt sich nicht mit der für ein Strafverfahren erforderlichen Sicherheit feststellen, dass die Arbeiter des s. Unternehmens ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung eines Werkvertrages erbrachten, aber die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers geleistet haben (Grenzfall). Daher scheidet nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ auch eine Arbeitskräfteüberlassung nach § 4 Abs. 2 Z 2 AÜG aus.

V.6.3. Gemäß § 4 Abs. 2 Z 3 AÜG liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen.

Die Arbeiter des s. Unternehmens waren organisatorisch nicht in das Unternehmen des Bf eingegliedert. Das intensive Beweisverfahren vor dem erkennenden Gericht hat ergeben, dass sie nicht der Fachaufsicht des Bf bzw. eines seiner Mitarbeiter unterstanden.

Auch fachliche Anweisungen erteilte der Zeuge P. nicht. Alleine der Umstand, dass der Zeuge P. die Leistung des s. Unternehmens auf ihre Mangelfreiheit überprüfte, führt noch nicht zu einer Weisungserteilung bzw. Weisungsbefugnis des Bf. Es versteht sich nämlich von selbst, dass der Bf die ordnungsgemäße Erfüllung des Auftrages überprüft – immerhin ist er ja selbst gegenüber seinem eigenen Auftraggeber gewährleistungs- und haftpflichtig für die ordnungsgemäße Erfüllung des Gesamtauftrages. In der Überprüfung der Mangelfreiheit und allfälligen Aufforderung zur Verbesserung liegt aber noch keine Weisungserteilung, sondern die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen.

Mit der Erteilung von sicherheitsbezogenen Weisungen ist der Bf seine Verpflichtungen zur Bestellung eines Baustellenkoordinators iSd. BauKG nachgekommen. Die Anweisungen, Sicherheitskleidung, Gurte, etc. zu verwenden stellt insofern keine fachbezogene Weisungserteilung dar, die zu einer Eingliederung in die betriebliche Organisation des Bf führen würde. Selbiges gilt auch für die Führung von Aufzeichnungen, welche Arbeiter sich wann auf der Baustelle befinden.

Die vernommenen Personen habe allesamt übereinstimmend bestätigt, dass die Anweisungen des Zeugen P. sicherheitsbezogen waren und die fachlichen Anweisungen vom jeweiligen eigenen Vorarbeiter stammten. Der Bf erläuterte außerdem zur Frage der Prüfung der Mangelfreiheit, dass der Zeuge P. z.B. Stichproben mit einem Nivelliergerät machte.

Zusammengefasst waren die Arbeitnehmer des s. Unternehmens somit nicht organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert und unterstanden auch nicht dessen Dienst- und Fachaufsicht, sodass Arbeitskräfteüberlassung iSd. § 4 Abs. 2 Z 3 AÜG nicht gegeben ist.

V.6.4. Gemäß § 4 Abs. 2 Z 4 AÜG liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet.

Gegenständlich wurden im Vertrag mit dem s. Unternehmen Gewährleistungs-, Haftungs- und Schadenersatzvereinbarungen abgeschlossen. Auch eine Pönale für die nicht fristgerechte Fertigstellung wurde festgelegt.

Der Geschäftsführer des s. Unternehmens bestätigte außerdem, dass sein Unternehmen gewährleistungs- und schadenersatzpflichtig war, indem er angab, dass Mängel auf eigene Kosten behoben werden mussten.

Zusammengefasst haftet das s. Unternehmen für den Erfolg der Werkleistung, sodass Arbeitskräfteüberlassung iSd. § 4 Abs. 2 Z 4 AÜG ausscheidet.

V.6.5. 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 (Gesamtbetrachtung; vgl. VwGH 21.3.1995, 94/09/0097).

Das Vorliegen einzelner, auch für das Vorliegen eines Werkvertrages sprechende Sachverhaltselemente ist in diesem Sinne nicht ausreichend, wenn sich aus den Gesamtumständen unter Berücksichtigung der jeweiligen wirtschaftlichen Interessenlagen Gegenteiliges ergibt (VwGH 16.9.1998, 97/09/0150).

Im vorliegenden Fall spricht nicht nur das äußere Erscheinungsbild für einen Werkvertrag. Nicht nur die einzelnen Vertragsbestimmungen (Gewährleistung, Haftung, Pönale, Weisungsbefugnis, etc.) führen zur Qualifikation als „echter Werkvertrag“. Auch die tatsächliche Ausführung und die gelebte Praxis auf der Baustelle zeigen, dass ein Werkvertrag nicht nur beabsichtigt war, sondern auch die Ausführung im Wege eines Werkvertrages erfolgte.

Das durchgeführte Beweisverfahren hat ergeben, dass sowohl durch die Beschreibung des Auftragsgegenstandes als auch die Abrechnung im Wege einer Pauschalsumme, die Gewährleistungs- und Haftungsfragen, die Einbindung bzw. gerade „Nichteinbindung“ der s. Arbeiter in die Betriebsorganisation des Bf, insbesondere die differenzierte Betrachtung von sicherheitsbezogenen und fachbezogenen Weisungen, das Wesen eines echten Werkvertrages erfüllt ist. Auch die Überprüfung, ob das s. Unternehmen mangelfreie Leistungen erbracht hat und die damit einhergehende Haftung des s. Unternehmens gegenüber dem Bf einerseits und dem Bf gegenüber seinem eigenen Auftraggeber andererseits, welche voneinander zu trennen ist, sprechen für das Vorliegen eines Werkvertrages.

Insgesamt für daher auch eine Abwägung im Sinne einer Gesamtbetrachtung zum Vorliegen eines Werkvertrages und damit zu einer Entsendung des bosnischen Arbeitnehmers.

V.6.6. Im Ergebnis hat sich ein Verstoß gegen die Bestimmungen das AÜG nicht erwiesen und ist vom Vorliegen einer Entsendung auszugehen. Als Konsequenz liegt auch ein Verstoß gegen das AVRAG (Bereithalten von Lohnunterlagen) nicht vor, sodass im Lichte der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes der Beschwerde Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Strafverfahren einzustellen war.

V.6.7. Nach der Rechtsprechung des EuGH ergibt sich, dass eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind. Erstens muss es sich bei der Überlassung von Arbeitskräften um eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung handeln, bei der der entsandte Arbeitnehmer im Dienst des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens 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 Aufgabe unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnehmen.

V.6.8. Gegenständlich sind zwar erstens die Arbeitnehmer des s. Unternehmens im Dienst des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens geblieben und wurden Arbeitsverträge mit dem Unternehmen des Bf nicht geschlossen, allerdings war zweitens der Wechsel der Arbeitnehmer in den Aufnahmemitgliedstaat nicht der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens, sondern die Montage der Querverschiebewägen und mussten drittens die Arbeitnehmer ihre Aufgabe nicht unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnehmen, sondern blieben unter der Aufsicht des entsendenden Unternehmens.

Die vom EuGH entwickelten Kriterien müssen kumulativ erfüllt sein und genügt es anders als nach § 4 Abs. 2 AÜG nicht, wenn nur eines der Kriterien erfüllt ist Im vorliegenden Fall ist nur das erste Kriterium erfüllt, während das zweite und das dritte Kriterium ausscheiden.

Im Ergebnis liegt daher aus europarechtlicher Sicht jedenfalls Entsendung und keine Arbeitskräfteüberlassung vor, sodass der Beschwerde Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Strafverfahren einzustellen war.

V.6.9. Somit ergibt sich zusammengefasst, dass unabhängig davon, welcher Rechtsauffassung man folgt – der des VwGH oder jener des EuGH – von einer Entsendung der genannten Arbeitnehmer auszugehen ist. Der Bf war insofern nicht zum Bereithalten von Lohnunterlagen verpflichtet.

V.7. Daher war spruchgemäß zu entscheiden, der Beschwerde Folge zu geben und das Strafverfahren einzustellen. Der Bf hat weder einen Beitrag zu den Verfahrenskosten vor der belangten Behörde noch zum Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

VI.1. 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. 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.

VI.2. Darüber hinaus steht die vorliegende Entscheidung sowohl im Einklang mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (siehe V.3.) als auch mit jener des EuGH (V.4.).

VI.3. Die vorliegende Entscheidung beruht außerdem auf einem konkreten und für den Einzelfall festgestellten Sachverhalt, der das Ergebnis einer individuellen Beweiswürdigung (Vertragsunterlagen, Zeugenaussagen) ist. Die konkrete Vertragsauslegung ist stets einzelfallbezogen und einer Revision nicht zugänglich (vgl. OGH RS0042769, RS0042936, RS0044298, RS0044358). Auch aus diesem Grund war die ordentliche Revision für unzulässig zu erklären

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

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Lidauer