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-301083/55/Bm/FE

Datum:
Linz, 21. Juni 2017

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bismaier über die Beschwerde des Herrn J.P., vertreten durch Dr. W.S., Rechtsanwalt GmbH, X, A., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land vom 20.4.2016, Ge96-25/19-2015, wegen Verwaltungsübertretungen nach dem ASchG nach Durchführung mündlicher Verhandlungen am 16.2.2017 und 27.4.2017

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von insgesamt 400 Euro zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Z u I . u n d I I . :

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land vom 20.4.2016, Ge96-25/19-2015, wurden über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen vier Verwaltungsübertretungen gemäß § 7 Abs. 1 BauV iVm § 7 Abs. 2 Z 4 BauV iVm § 130 Abs. 5 ASchG Geldstrafen in Höhe von jeweils 500 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen in Höhe von je 20 Stunden, verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 200 Euro vorgeschrieben.

Dem Schuldspruch liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben als nach außen hin vertretungsbefugtes Organ (handelsrechtlicher Geschäftsführer) der Firma C. HandelsgesmbH, Sitz des Unternehmens in N., X, FN x, nachstehende Verwaltungsübertretung zu verantworten:

Der Arbeitsinspektor DI (FH) C.L. hat bei einer Baustellenkontrolle festgestellt, dass am 22. April 2015 (Tatzeit)
auf der Baustelle Abriss/Neubau L. T., X die Arbeitnehmer

1. K.S. (geb. x),
2. M.Z. (geb. x),
3. Z.M. (geb. x) und
4. K.P.M. (geb. x)

beschäftigt bei der C. HandelsgesmbH, X, N., bei einer Absturzhöhe von ca. 3,5 rn mit Abtragungsarbeiten an einem Gebäuderand stehend, beschäftigt wurden. Obwohl an diesem Standplatz Absturzgefahr bestand, waren keine Absturzsicherungen, Abgrenzungen oder Schutzeinrichtungen vorhanden. Die Arbeitnehmer waren auch nicht gegen einen Absturz angeseilt.

Dadurch wurde folgende Vorschrift übertreten:
§ 7 Abs. 1 iVm Abs. 2 Ziffer 4 Bauarbeiterschutzverordnung -BauV, wonach bei Absturzgefahr, Absturzsicherungen, Abgrenzungen oder Schutzeinrichtungen anzubringen sind. Absturzgefahr besteht insbesondere an sonstigen Arbeitsplätzen, Standplätzen und Verkehrswegen bei mehr als 2 m Absturzhöhe.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die vom Rechtsanwalt des Bf rechtzeitig eingebrachte Beschwerde. In dieser wird im Wesentlichen vorgebracht, die belangte Behörde gehe unzulässigerweise davon aus, dass die das Straferkenntnis betreffenden Arbeitnehmer bei der C. HandelsgesmbH beschäftigt

seien bzw. dass diesbezüglich von einer sogenannten Arbeitnehmervermischung auszugehen sei.
Tatsache sei, dass die betreffenden Arbeitnehmer weder rechtlich noch tatsächlich bei der C. HandelsgesmbH beschäftigt seien. Vielmehr würden diese in einem Arbeitsverhältnis zur Firma K. Kft. stehen und wäre sohin allenfalls diese zur verwaltungsstrafrechtlichen Haftung heranzuziehen gewesen. Entgegen der Ansicht der belangten Behörde bestehe zwischen der C. HandelsgesmbH und der Firma K. ein Werkvertragsverhältnis und seien die betreffenden Arbeitnehmer für die C. HandelsgesmbH als Erfüllungsgehilfen der Firma K. tätig gewesen. Die belangte Behörde gehe völlig zu Unrecht davon aus, dass gegenständlich überhaupt kein Werkvertrag vorliege. Nach Ansicht der belangten Behörde sei ein wesentliches Merkmal eines gültigen Werkvertrages ein zu erfüllendes abgegrenztes Gewerk und persönliche Unabhängigkeit. In rechtlicher Hinsicht sei es für das Vorliegen eines Werkvertrages irrelevant, ob ein "zu erfüllendes abgegrenztes Gewerk" gegeben sei. Es komme diesbezüglich lediglich darauf an, dass ein bestimmtes Ziel geschuldet sei, welches vorwiegend die Demontage des Dachstuhles und die Ausstattung betroffen habe, mit welcher auch ausschließlich die Firma K. beauftragt gewesen sei. Ungeachtet dessen könne es auch auf Grund der Natur der Sache eine vollständige Abgrenzung von "Gewerken" auf einer Baustelle gar nicht geben, wenn mehrere Unternehmen verschiedene Arbeiten am selben Ort und derselben Stelle verrichten würden. Des Weiteren sei auch die Ansicht der belangten Behörde in Bezug auf die persönliche Unabhängigkeit der Werkvertragsnehmer verfehlt. Auch bei einem Werkvertrag könnten während der Ausführung des Werkes vom Werkbesteller Kontrollen stattfinden. In diesem Zusammenhang sei nämlich zwischen der persönlichen und der sachlichen Weisungsgebundenheit zu unterscheiden. Dabei könne eine sachliche Weisungsgebundenheit auch im Rahmen eines Werkvertrages gegeben sein, wenn der Werkbesteller dem Werkvertragsnehmer in Bezug auf das Ergebnis des Werkes Weisungen erteile, also vor allem im Hinblick auf die Beschaffenheit des Werkes. Derartige Weisungen würden jedoch per se nicht für das Vorliegen von persönlicher Abhängigkeit sprechen. Dabei handle es sich um einen Typusbegriff, welcher einer Einzelfallprüfung zu unterziehen sei, wobei nach der Rechtsprechung des OGH - neben dem Erfordernis der Erfüllung weiterer Kriterien - vordergründig das Vorliegen von persönlicher Weisungsgebundenheit erforderlich sei. Zudem sei es auch unrichtig, dass vom Werkbesteller überhaupt Weisungen erteilt worden seien. Es seien weder persönliche noch sachliche Weisungen getätigt worden. Im gegebenen Fall sei auch gar nicht vom Arbeitnehmerbegriff des österreichischen Vertragsrechtes und dessen Merkmalen auszugehen, sondern vielmehr der autonome Arbeitnehmer- bzw. Arbeitgeberbegriff des ASchG zur Anwendung gelangt, welcher auf der Richtlinie 89/391/EWG fußen würde. § 2 Abs. 1 ASchG spreche diesbezüglich davon, dass als Arbeitgeber lediglich die Vertragspartei des Arbeitnehmers anzusehen sei. Gegenständlich bestehe jedoch zwischen den betreffenden Arbeitnehmern und der C. HandelsgesmbH gar kein wie immer

geartetes Vertragsverhältnis. Die betreffenden Arbeitnehmer seien vielmehr alleinig bei der Firma K. mittels eines Arbeitsvertrages beschäftigt.
Ungeachtet dessen sei sich der Bf jedoch auch der Rechtsprechung des VwGH zur faktischen Arbeitgebereigenschaft (VwGH 95/02/0243) bewusst. Nach den in dieser Entscheidung ausgesprochenen Grundsätzen sei aber im vorliegenden Fall auch von keiner faktischen Arbeitgebereigenschaft auszugehen, zumal die damalige Entscheidung auf gänzlich anderen Sachverhaltsmerkmalen basieren würde. In dieser Entscheidung gehe es nämlich darum, dass die beteiligten Arbeiter allesamt gar keine Dienstverträge gehabt hätten und zugleich auch Gesellschafter gewesen seien. Diese Konstruktion sei daher bewusst gewählt worden, um arbeitsschutzrechtliche Bestimmungen zu umgehen. Im vorliegenden Fall würden jedoch die betreffenden Arbeitnehmer allesamt einen Dienstvertrag abgeschlossen haben, nämlich mit der Firma K. Nach diesen Grundsätzen sei daher auch alleinig die Firma K. als Arbeitgeber iSd ASchG anzusehen.
Zudem werde dem Bf von der belangten Behörde vollkommen zu Unrecht entgegengehalten, dass von der Firma K. in Bezug auf die betreffenden Arbeitnehmer keine Entsendemeldung erstattet worden sei. Die Erstattung einer derartigen Entsendemeldung obliege alleinig der Firma K. als Arbeitgeber der betreffenden Arbeitnehmer und stehe in keinerlei Einfluss des Bf.
Abschließend sei festzuhalten, dass die belangte Behörde in der Begründung des Straferkenntnisses die behauptete Arbeitgebereigenschaft der C. HandelsgesmbH auch überhaupt nicht näher thematisiere. Vielmehr übernehme die belangte Behörde die diesbezüglich vom Arbeitsinspektor getätigten Ausführungen, ohne sich selbst mit dieser Frage auseinander zu setzen, was unzulässig sei.
Die belangte Behörde habe unzulässigerweise der vom Bf beantragten Ladung von insgesamt neun Zeugen nicht entsprochen, darunter auch die vom Straferkenntnis betroffenen vier Arbeitnehmer der Firma K. Die Ladung der beantragten Zeugen wäre jedoch objektiv geboten gewesen, um die Frage der behaupteten Arbeitgebereigenschaft beurteilen zu können.
Das Vorgehen der belangten Behörde, welche sich alleinig auf die Wahrnehmungen und Ausführungen des Arbeitsinspektors gestützt habe, stehe dem Grundsatz der amtswegigen Wahrheitserforschungspflicht entgegen und verletze auch das dem Bf aus Art. 6 EMRK erfließende Recht auf "Waffengleichheit im Verwaltungsstrafverfahren". Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass die betreffenden Arbeitnehmer als Arbeitnehmer der C. HandelsgesmbH anzusehen wären, so wären die geforderten Sicherungsmaßnahmen nach den Bestimmungen der BauV auch nicht notwendig gewesen, zumal an der betreffenden Stelle gar keine Absturzgefahr bestanden habe. Zudem sei auch kein Anhaltspunkt ersichtlich, welcher ein schuldhaftes Verhalten des Bf begründen könnte. Von der belangten Behörde sei völlig unberücksichtigt geblieben, dass bei der C. HandelsgesmbH ein funktionierendes Schulungs- und Kontrollsystem eingerichtet sei. Die Arbeitnehmer des Bf würden sowohl beim Eintritt in das Unternehmen als auch vor den jeweiligen Arbeitsaufgaben eingewiesen und würden umfassende Sicherheitsunterweisungen erfolgen. Sämtliche Arbeitnehmer

seien auch angewiesen, die gesetzlichen Schutzbestimmungen einzuhalten und werde die Einhaltung der jeweiligen Vorschriften auch vom Bf selbst kontrolliert. Es liege sohin kein wie immer geartetes schuldhaftes Verhalten des Bf vor.
Wie wohl die seitens der belangten Behörde verhängten Strafen mangels Vorliegens der Arbeitgebereigenschaft sowie des objektiven und auch subjektiven Tatbestandes nicht gerechtfertigt seien, werde auch das Ausmaß der verhängten Strafen ausdrücklich als völlig unangemessen bekämpft.
Die von der Behörde verhängten Strafen seien bei weitem überhöht, sodass die verhängten Strafen jedenfalls zu reduzieren seien bzw. wäre im gegenständlichen Fall auch mit einer Ermahnung vorzugehen gewesen.
Es werden daher die Beweisanträge gestellt wie folgt:

1. Durchführung einer mündlichen Verhandlung
2. Behördenakt
3. vorzulegende Unterlagen
4. namhaft zu machende Zeugen
5. PV
6. weitere Beweise ausdrücklich vorbehalten.

Hätte bereits die Erstbehörde die oben gestellten Beweisanträge durchgeführt und die diesbezüglichen Beweismittel eingeholt, wäre sie in rechtlicher Hinsicht zu dem Ergebnis gelangt, dass es an jeglichen Voraussetzungen für eine Bestrafung des Bf mangle.

Es werden sohin die Anträge gestellt, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge

a) das angefochtene Straferkenntnis aufheben und das Verwaltungsstrafverfahren einstellen; in eventu
b) das angefochtene Straferkenntnis beheben, die gestellten Beweisanträge im Rahmen einer mündlichen Verhandlung durchführen und sodann das Verwaltungsstrafverfahren einstellen; in eventu
c) das angefochtene Straferkenntnis beheben, die gestellten Beweisanträge durchführen und sodann gegenüber dem Bf lediglich eine Verwarnung bzw. Ermahnung aussprechen, zumindest jedoch die gegenüber dem Bf verhängten Strafen erheblich reduzieren.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land als belangte Behörde hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (LVwG Oö.) vorgelegt.

4. Das LVwG Oö. hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung mündlicher Verhandlungen am 16.2.2017 und 27.4.2017. An der

Verhandlung teilgenommen haben der Bf und sein Rechtsvertreter, ein Vertreter der belangten Behörde sowie ein Vertreter des Arbeitsinspektorates Vöcklabruck. Als Zeugen einvernommen wurden DI (FH) C.L. vom Arbeitsinspektorat Vöcklabruck, die u. Arbeiter S.K., Z.M. , P.K., M.Z. sowie F.V.J. von der C. HandelsgesmbH und der Arbeitnehmer der Firma C. zum Tatzeitpunkt, A.M.
Der vom Bf als Zeuge beantragte C.P. wurde geladen, ist allerdings nicht erschienen. Eine neuerliche Ladung war nicht erforderlich, da das vom Bf angegebene Beweisthema, dass die Firma K. mit einer eindeutig abgrenzbaren Leistung, nämlich mit der Entfernung des Daches, beauftragt war, nicht in Zweifel gezogen wird. Von dem weiters als Zeuge beantragten Z.W. wurde vom Bf entgegen der Ankündigung keine ladungsfähige Adresse bekanntgegeben und konnte eine solche auch nicht ermittelt werden. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass Z.W. in der Firma K. tätig ist, haben sich nicht ergeben.

4.1. Das LVwG Oö. geht bei seiner Entscheidung von folgendem Sachverhalt aus:

Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit zur Vertretung nach außen Berufener der Firma C. HandelsgesmbH mit Sitz in N., X.
Das Unternehmen errichtet neue sowie demontiert und verkauft gebrauchte Hallen, wobei grundsätzlich beabsichtigt ist, bei der Demontage von gebrauchten Hallen die Gebäude bzw. einzelne Gebäudeteile soweit als möglich weiter zu verwenden. Im Jahr 2015 wurde die Firma C. HandelsgesmbH mit der Demontage der Halle eines Lebensmittelmarktes in T., X, beauftragt. Vom Auftraggeber war ein fixer Endzeitpunkt für die Leistungserbringung vorgesehen. Für die Demontage des Daches nahm die Fa. C. Kontakt mit der u. Firma K. Kft., H., auf.

In einer mit 13.4.2015 datierten, mit Werkvertrag übertitelten Vereinbarung zwischen der Firma C. HandelsgesmbH als Auftraggeber und der Firma K. als Auftragnehmer wurde wie folgt festgelegt:

"Es wird hiermit vereinbart, dass die Firma K. Kft. alle Arbeiten gemäß nachstehendem Arbeits- und Leistungsumfang durchführt.

Leistungsumfang: Demontage des Dachstuhles inklusive der gesamten Dachziegel sowie Demontage diverser Ausstattungen.
Der Auftraggeber verpflichtet sich sämtliche geltenden Vorschriften (z. B. Arbeitnehmerschutz, Steuerrecht, ASVG-Bestimmungen etc.) einzuhalten und sämtliche notwendigen Vorkehrungen (behördlich oder tatsächlich) durchzuführen. Der Auftraggeber ist diesbezüglich schad- und klaglos zu halten. In den Preisen sind sämtliche benötigten Handwerkzeuge enthalten. Der Auftraggeber stellt die Übernachtungen und zwei Hebebühnen zur Verfügung.

Arbeitsort/Baustelle:
L. L., X, T.
Preis: Pauschalbetrag laut Vereinbarung
Leistungszeitraum: Arbeitsbeginn Montag 20.4.2015; die Arbeiten müssen in der KW 17 abgeschlossen sein.

Zahlungsvereinbarung: Die Zahlung erfolgt nach Fertigstellung und Abnahme der Arbeiten. Nach Abschluss der Arbeiten hat der Auftragnehmer ein vom Kunden unterfertigtes Abnahmeprotokoll dem Auftraggeber zu übergeben.

Etwaige Änderungen des Werkvertrages sind nur in schriftlicher Form und von beiden Parteien unterzeichnet, gültig. Vereinbart ist der Gerichtsstand S., zur Anwendung kommt ausschließlich österreichisches Recht."

Mit 27.4.2015 wurde von der K. an die C. HandelsgesmbH in N. eine Rechnung (Nr. 1172) betreffend L.-L., X, T., gestellt und ein Betrag von 5.306 Euro in Rechnung gestellt.

Die Arbeiten der Entfernung der Dachziegel und Demontage des Dachstuhls wurden von den u. Arbeitern vorgenommen. Bei den von den Arbeitern der Firma K. auf der Baustelle durchgeführten Arbeiten war Fachwissen nicht erforderlich. Das Handwerkzeug wurde von der Firma C. gestellt. Der für die Demontage des Dachstuhls erforderliche Kran wurde von der Firma C. bereit gestellt und durch einen Mitarbeiter der Firma C. bedient, der seine Arbeit Hand in Hand mit den durch die u. Arbeiter verrichteten Tätigkeiten durchführte. Mit dem Kran wurden die Dachziegel vom Dach befördert. Ebenso wurde der für den Abtransport der demontierten Dachteile erforderliche LKW von der Firma C. gestellt.

Anlässlich einer Kontrolle durch das Arbeitsinspektorat am 22.4.2015 wurde festgestellt, dass zu diesem Zeitpunkt die Arbeiter K.S., M.Z., Z.M., K.P.M. bei einer Absturzhöhe von ca. 3,5 m mit Abtragungsarbeiten am Dach des Gebäudes L.-M. in T., X, beschäftigt waren. An diesem Standplatz der Arbeitnehmer bestand Absturzgefahr und waren keine Absturzsicherungen, Abgrenzungen oder Schutzeinrichtungen vorhanden und waren die Arbeitnehmer auch nicht gegen einen Absturz angeseilt.

Die genannten Arbeitnehmer wurden vom Arbeitsinspektor aufgefordert, das Dach zu verlassen. Die Mängelbesprechung wurde vorerst vom Arbeitsinspektor mit dem Kranführer vorgenommen; vom Kranführer wurden die Arbeitnehmer, die zuvor am Dach gearbeitet haben, zu Abtragungsarbeiten im Halleninneren eingeteilt. Nach Beginn der Kontrolle ist der Bf zur Baustelle gekommen und wurden vom Bf an die Arbeiter der K. Anweisungen erteilt, im Halleninneren weiter zu arbeiten.

Der Arbeitsinspektor wurde vom Bf nicht darauf hingewiesen, dass es sich bei den Arbeitern auf dem Dach nicht um Arbeitnehmer der Firma C. handelt.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlungen, insbesondere den Schilderungen des Bf, den Angaben des Kontrollorgans über seine Wahrnehmungen bei der Baustellenkontrolle, die auch durch die angefertigten und im Akt einliegenden Lichtbilder untermauert wurden, sowie den Aussagen der (jedenfalls zum Tatzeitpunkt) Mitarbeiter des vom Bf vertretenen Unternehmens und den Aussagen der u. Arbeiter.

Die Feststellung, dass die u. Arbeiter am Tag bei einer Absturzhöhe von ca. 3,5 m mit Abtragungsarbeiten bei Absturzgefahr ohne Absturzsicherungen, Abgrenzungen oder Schutzeinrichtungen beschäftigt waren und die Arbeitnehmer auch nicht angeseilt waren, ergibt sich aus den Aussagen des Arbeitsinspektors sowie den im Akt befindlichen Lichtbildern.

Vom Bf selbst wurde dargelegt, dass für die Abtragungsarbeiten und Entfernung der Dachziegel ein Kran erforderlich war und dieser von einem Mitarbeiter der Firma C. bedient wurde (vgl. Tonbandprotokoll [*TBP*] vom 27.4.2017, S. 1: „*Vor Ort waren auch zwei Kräne der Firma C., wobei nur einer dieser Kräne in Verwendung gestanden ist […]. Der in Verwendung stehende Kran wurde zum Dachziegelabheben benötigt […]. Bedient wurde der Kran von Herrn S.. Herr S. ist der einzige im Unternehmen C. der einen Kranführerschein für den Kran hat.*“). Dies wurde auch vom Zeugen F.V.J., Arbeitnehmer der Firma C., bestätigt.
Dass für die Abtragungsarbeiten kein Fachwissen erforderlich war, ist den Aussagen der Zeugen K. und Z. zu entnehmen (TBP vom 16.2.2017, S. 9 und 11: *„[…] gebe ich an, dass meine Arbeit nicht so schwer war, dass sie kontrolliert werden musste […]. […], die Demontage eines Daches ist nicht eine so komplizierte Tätigkeit.*“

Vom Arbeitsinspektor wurde ausgesagt, dass nach der Kontrolle die am Dach beschäftigten Arbeitnehmer vorerst vom Kranführer zu Arbeiten im Halleninneren eingeteilt wurden und diese Anweisung in weiterer Folge auch vom Bf erfolgte (vgl. TBP vom 16.2.2017, S. 4 und 5: „*Der Kranführer hat dann mit den Arbeitnehmern vom Dach gesprochen und sie zu anderen Arbeiten eingeteilt, nämlich zu Abtragungsarbeiten im Halleninneren“. Herr P. […], er hat ihnen auch Anweisungen gegeben, dass sie drinnen weiterarbeiten müssen.*“)
Vom Arbeitsinspektor wurde auch ausgesagt, dass er die Arbeiter, die vorher am Dach gearbeitet haben, in der Halle innen weiter arbeiten gesehen hat (vgl. TBP vom 16.2.2017, S5: *„Ich habe beobachtet, dass die Arbeiter, die vorher am Dach gearbeitet haben, dann in der Halle innen weiter gearbeitet haben.“*).
Der Arbeitsinspektor vermittelte bei seiner Einvernahme einen glaubwürdigen Eindruck und besteht kein Grund anzunehmen, der Arbeitsinspektor schildert den Ablauf nicht wie wahrgenommen.
Der Aussage des Arbeitsinspektors, sowohl der Kranführer als auch der Bf haben Anweisungen an die Arbeiter dahingehend erteilt, nach der Kontrolle Arbeiten im

Halleninneren durchzuführen, wurde vom Bf auch nicht widersprochen, obwohl diese Aussage vom Arbeitsinspektor wiederholt getätigt wurde. Es ist wohl davon auszugehen, dass der Bf für den Fall, dass er keine Anweisungen an die u. Arbeiter erteilt hätte, dem Arbeitsinspektor sogleich (wie vom Bf in der mündlichen Verhandlung sehr wohl zu anderen Themen) entgegengetreten wäre.
Was das von den u. Arbeitern verwendete Handwerkzeug betrifft, wird der Aussage des Zeugen A.M. gefolgt. Demnach hatten die u. Arbeiter kein eigenes Handwerkzeug, sondern verwendeten das Werkzeug der Firma C., das sich im firmeneigenen Bus befunden hat (vgl. TBP vom 16.2.2017, S. 12: „*Auf der Baustelle waren zwei Busse von der Firma C., wo sich das Werkzeug für die u. Arbeiter befunden hat. Die u. Arbeiter haben halt nichts mitgehabt. [...] Die haben sich das halt geholt und dann eh wieder zurückgebracht.*“) Der Zeuge hat die Umstände auf der Baustelle sehr glaubwürdig und lebensnah geschildert. Es ist auch nicht davon auszugehen, dass er (auf Grund seiner Entlassung) genau in dieser Hinsicht eine falsche Zeugenaussage tätigt, wo er doch zu anderen Belangen für den Bf entlastende Aussagen gemacht hat.

Zu den Aussagen der u. Arbeiter hingegen ist festzuhalten, dass diese in weiten Teilen den Eindruck einstudierter Zeugenaussagen machten und diese Zeugen in Gesamtbetrachtung nicht sehr glaubwürdig wirkten.

Im Ergebnis stellt sich auf Grund des durchgeführten Beweisverfahrens, insbesondere der Angaben des Bf und des Arbeitsinspektors über das tatsächliche Geschehen auf der Baustelle, der Sachverhalt als schlüssig dar, weshalb er der rechtlichen Beurteilung zugrunde gelegt werden konnte und von der beantragten Einholung weiterer Zeugenbeweise abgesehen werden konnte.

5. Das LVwG Oö. hat erwogen:

5.1. Gemäß § 9 Abs. 1 VStG ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortlich Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

Gemäß § 2 Abs. 1 ArbeitnehmerInnenschutzgesetz (AschG) sind Arbeitnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes alle Personen, die im Rahmen eines Beschäftigungs- oder Ausbildungsverhältnisses tätig sind. Geistliche Amtsträger gesetzlich anerkannter Kirchen und Religionsgesellschaften sind keine Arbeitnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes. Arbeitgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes ist jede natürliche oder juristische Person, Personengesellschaft des Handelsrechts oder eingetragene Erwerbsgesellschaft, die als Vertragspartei des Beschäftigungs- oder Ausbildungsverhältnisses mit dem Arbeitnehmer die Verantwortung für das Unternehmen oder den Betrieb trägt.

Nach § 9 Abs. 1 AschG liegt eine Überlassung im Sinne dieses Bundesgesetzes vor, wenn Arbeitnehmer Dritten zur Verfügung gestellt werden, um für sie unter deren Kontrolle zu arbeiten. Überlasser ist, wer als Arbeitgeber, Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung an Dritte verpflichtet. Beschäftiger ist, wer diese Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung einsetzt.

Nach Abs. 2 leg. cit. gelten für die Dauer der Überlassung die Beschäftiger als Arbeitgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes.

Nach § 130 Abs. 5 ASchG begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe, die von 166 bis 8324 Euro, im Wiederholungsfall mit Geldstrafe von 333 bis 16659 Euro zu bestrafen ist, wer als Arbeitgeber

1. den nach dem 9. Abschnitt weiter geltenden Bestimmungen zuwider handelt, oder
2. die nach dem 9. Abschnitt weiter geltenden bescheidmäßigen Vorschreibungen nicht einhält.

Nach § 7 Abs. 1 Bauarbeiterschutzverordnung (BauV) sind bei Absturzgefahr Absturzsicherungen (§ 8), Abgrenzungen (§ 9) oder Schutzeinrichtungen (§ 10) anzubringen.

Nach § 7 Abs. 2 Z 4 BauV liegt Absturzgefahr vor an sonstigen Arbeitsplätzen, Standplätzen und Verkehrswegen bei mehr als zwei Meter Absturzhöhe.

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

Nach Abs. 2 dieser Bestimmung ist Überlasser, wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet.

Gemäß Abs. 3 leg. cit. ist Beschäftiger, wer Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt.

Nach Abs. 4 leg. cit. sind Arbeitskräfte Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen. Arbeitnehmerähnliche Personen, die ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmte Personen Arbeit leisten und wirtschaftlich unselbständig sind.

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
kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechnendes Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder
die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder
organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder
der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet.

5.2. Vom Bf wird vorweg eingewendet, dass die im Straferkenntnis angeführten Arbeitnehmer weder rechtlich noch tatsächlich bei der C. HandelsgesmbH beschäftigt seien und sohin der Bf auch nicht Arbeitgeber im Sinne des ASchG sei. Die C. HandelsgesmbH habe mit der u. Firma K. einen Werkvertrag über die Demontage des Dachstuhls abgeschlossen und liege demnach eine Überlassung im Sinne des ASchG nicht vor.

Nach dem oben angeführten § 9 AschG liegt eine Überlassung dann vor, wenn Arbeitnehmer Dritten zur Verfügung gestellt werden, um für sie unter deren Kontrolle zu arbeiten. Für die Dauer der Überlassung gelten die Beschäftiger als Arbeitgeber im Sinne des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes (§ 9 Abs. 2 AschG).

§ 3 Abs. 3 AÜG definiert, wer Beschäftiger ist, nämlich derjenige, der Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt.

Vorweg ist auszuführen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes für das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung nicht entscheidend ist, ob und welche Rechtsbeziehungen zwischen dem Beschäftiger (Auftraggeber) und der Arbeitskraft, aber auch zwischen dem Beschäftiger und dem Überlasser bestehen (vgl. VwGH 23.5.2012, 2009/11/0250).
Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist gemäß § 4 Abs. 1 AÜG der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgeblich.
Nach § 4 Abs. 2 AÜG liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen und eine der vier Ziffern dieser Bestimmung zur Gänze erfüllt ist. Dann ist eine Arbeitskräfteüberlassung jedenfalls gegeben und es bedarf keiner Gesamtbeurteilung des Sachverhaltes iSd § 4 Abs. 1 AÜG. Daher kann selbst im Fall zivilrechtlich als Werkvertrag einzustufender Vereinbarungen (und einer entsprechenden Vertragsabwicklung) zwischen Unternehmer und "Subunternehmer" eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegen (vgl. VwGH 29.4.2011, 2010/09/0161 bis 0163; 25.10.2013, 2013/02/0141).

Maßgeblich für die Beurteilung, ob eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt oder nicht, ist - unabhängig von der zivilrechtlichen Form, in die das Arbeitsverhältnis gekleidet ist - die Beurteilung sämtlicher Für und Wider der für ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis im konkreten Fall sprechender Umstände, die nicht isoliert voneinander gesehen werden dürfen, sondern in einer Gesamtbetrachtung nach Zahl, Stärke und Gewicht zu bewerten sind.

Nach dem durchgeführten Beweisverfahren hat die C. HandelsgesmbH mit der K. einen Werkvertrag abgeschlossen, wobei Umfang des Werkvertrages die Demontage des Dachstuhls des L.-M. in T., X, war. Auf der Baustelle waren zum Teil Arbeitskräfte des Bf als auch der Firma K. anwesend, wobei geplant war, dass die Arbeitskräfte der C. HandelsgesmbH Abbruchtätigkeiten im Halleninneren vornehmen und die Arbeitskräfte der K. die Demontage des Dachstuhls vornehmen sollten.
Zum Zeitpunkt der Kontrolle durch das Arbeitsinspektorat wurden im Arbeitsverbund mit einem Arbeitnehmer des vom Bf vertretenen Unternehmens insofern Arbeiten durchgeführt, als von der C. HandelsgesmbH für die Verbringung der Dachteile ein Kran zur Verfügung gestellt wurde, der wiederum von einem Arbeitnehmer der C. HandelsgesmbH bedient wurde. Auch das für die Abtragungsarbeiten erforderliche Kleinwerkzeug wurde von der Firma C. HandelsgesmbH beigestellt.

Darüber hinaus ist nach dem Beweisverfahren davon auszugehen, dass die u. Arbeitskräfte der Dienst- und Fachaufsicht des Bf unterstanden sind. Die u. Arbeitskräfte wurden nach Aussage des Arbeitsinspektors nach der Kontrolle vom Bf angewiesen, im Halleninneren weiter zu arbeiten und wurden die Arbeitskräfte auch vom Arbeitsinspektor bei Arbeiten im Halleninneren nach der Kontrolle beobachtet. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass der Bf auch auf die Arbeitseinteilung Einfluss nehmen konnte. Zudem ergibt sich auch daraus, dass die u. Arbeitskräfte gemeinsam mit den Arbeitnehmern der Firma C. HandelsgesmbH im Verbund gearbeitet haben. Schon allein auf Grund dieser Sachverhaltselemente ist von einer Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des § 4 Abs. 2 AÜG auszugehen, ist doch nur die Erfüllung eines der in § 4 Abs. 2 aufgezählten Tatbestandsmerkmale für das Vorliegen der Arbeitskräfte-überlassung ausschlaggebend.

Im Ergebnis gelangt das LVwG Oö. auf Grund des durchgeführten Beweisverfahrens daher zum Ergebnis, dass - gemessen am wahren wirtschaftlichen Gehalt der von den u. Arbeitern durchgeführten Arbeiten - vom Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung der Firma K. an die Firma C. HandelsgesmbH auszugehen ist. Demgemäß ist aber auch im Sinne des § 9 ASchG die Firma C. HandelsgesmbH als Arbeitgeber zu werten.

Gegenständlich ist auch davon auszugehen, dass der objektive Tatbestand der vorgeworfenen Verwaltungsübertretung erfüllt ist. Im Grunde des durchgeführten Beweisverfahrens besteht kein Zweifel daran, dass zum Tatzeitpunkt bei der in Rede stehenden Baustelle Arbeitnehmer bei Dacharbeiten beschäftigt waren und, obwohl bei diesen Arbeiten Absturzgefahr bestand, keine Absturzsicherungen, Abgrenzungen oder Schutzeinrichtungen vorhanden waren und die Arbeitnehmer auch nicht gegen Absturz angeseilt waren.

Soweit der Bf vorbringt, die Hebebühne könne als Sicherung gelten, ist dem entgegen zu halten, dass das Dach eine weit größere Fläche aufgewiesen hat als von der Hebebühne abgedeckt und die Arbeitskräfte nicht nur im Dachbereich oberhalb der Hebebühne gearbeitet haben. Eine ausreichende Sicherung wäre nur dann vorgelegen, wenn die Arbeitskräfte die Arbeiten von der Hebebühne aus vorgenommen hätten, was jedoch nicht der Fall war.

5.3. Zum Verschulden ist auszuführen, dass die dem Beschuldigten angelastete Tat ein sogenanntes Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG darstellt, zu dessen Strafbarkeit, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen, Fahrlässigkeit genügt. Fahrlässigkeit ist nach der zitierten Gesetzesstelle bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bf dabei initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen oder durch Beibringen von Beweismitteln zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die Glaubhaftmachung nicht aus.

Im Sinne der ArbeitnehmerInnenschutzbestimmungen und der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Arbeitgeber dafür Sorge zu tragen, dass die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes sowie der dazu erlassenen Verordnungen eingehalten werden.
Vom Bf wurde in der Beschwerde das im Unternehmen installierte Kontrollsystem dargelegt und sind diese Darlegungen dahin zu bewerten, ob damit ein ausreichendes und ein den Bf exkulpierendes Kontrollsystem vorgelegen ist. Dazu wird auf die einschlägige Judikatur des VwGH hingewiesen, an welcher diese Maßnahmen zu messen sind.
Demgemäß besteht ein Kontrollsystem aus systematisch gestalteten organisatorischen Maßnahmen und Kontrollen im Unternehmen zur Einhaltung der Rechtsvorschriften und zur Abwehr von Schäden durch das eigene Personal sowie dem Ergreifen geeigneter organisatorischer Maßnahmen zur Verhinderung von

Übertretungen des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes. Ein wirksames Kontrollsystem bedarf insbesondere der Überwachung der erteilten Weisungen auf ihre Befolgung. Vom Bf wurde das installierte Kontrollsystem im Wesentlichen so dargestellt, dass sowohl bei Eintritt in das Unternehmen als auch vor den jeweiligen Arbeitsaufgaben die Arbeitnehmer eingewiesen werden und umfassende Sicherheitsunterweisungen erfolgen. Sämtliche Arbeitnehmer werden auch angewiesen, die gesetzlichen Schutzbestimmungen einzuhalten und wird die Einhaltung der jeweiligen Vorschriften auch vom Bf selbst kontrolliert.
Nach der Judikatur des VwGH reichen aber Anweisungen und Belehrungen und stichprobenartige Überprüfungen für ein effizientes und effektives Kontrollsystem nicht aus. Dass gegenständlich nur stichprobenartige Überprüfungen vorgenommen wurden, ergibt sich aus den Aussagen der Zeugen, die den Bf nur hin und wieder bei der Baustelle gesehen haben.

Das vom Bf dargelegte Kontrollsystem ist daher nicht geeignet, ihn von seinem schuldhaften Verhalten zu befreien, weshalb ihm ein Verschulden zumindest in Form von Fahrlässigkeit vorzuhalten ist.

6. Zur Strafhöhe ist auszuführen:

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides soweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

Von der belangten Behörde wurden im angefochtenen Straferkenntnis Geldstrafen in Höhe von jeweils 500 Euro bei einem Strafrahmen bis 8.324 Euro verhängt. Die verhängte Geldstrafe von 500 Euro je Arbeitnehmer befindet sich im untersten Bereich des gesetzlichen Strafrahmens und kann schon aus diesem Grund unabhängig vom Einkommen des Bf als nicht überhöht betrachtet werden. Gegenständlich erscheint eine Geldstrafe von 500 Euro je Arbeitnehmer als tat- und schuldangemessen und auch unter general- und spezialpräventiven Aspekten erforderlich.

Einer Anwendung des § 20 VStG konnte nicht näher getreten werden, da hiefür die Voraussetzungen, nämlich ein erhebliches Überwiegen der Milderungsgründe, nicht vorlagen.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung und Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Diese kumulativen Anwendungsvoraussetzungen wurden durch den Bf nicht erfüllt. Keinesfalls kann gegenständlich von einer geringen Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes, nämlich der Schutz des Lebens und der Gesundheit der Arbeitnehmer, gesprochen werden.

7. Weil die Beschwerde keinen Erfolg hatte, war ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren in der Höhe von 20 % der verhängten Geldstrafe aufzuerlegen.

Zu III.:

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.

Rechtsmittelbelehrung

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. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bismaier