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-301302/23/SE

Datum:
Linz, 30. November 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Ellmer über die Beschwerde von Ing. Mag. G.F., vertreten durch L. Rechtsanwälte, X, L., vom 20. September 2016, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 17. August 2016, GZ: SanRB96-534-2015, wegen Übertretung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und das angefochtene Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 17. August 2016, GZ: SanRB96-534-2015, behoben sowie das Strafverfahren eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision 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 Bezirkshauptmannschaft Wels-Land (in der Folge: belangte Behörde) vom 17. August 2016, GZ: SanRB96-534-2015, wurde Ing. Mag. G.F. (in der Folge: Beschwerdeführer) belangt, in 13 Fällen das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz übertreten zu haben. Es wurde jeweils eine Geldstrafe in der Höhe von 500 Euro sowie eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Höhe von 24 Stunden verhängt. Ferner wurde ein Kostenbeitrag in der Höhe von 650 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde (auszugsweise Wiedergabe):

„Sie haben

am	um (von – bis Uhr)	in
16.06.2015 (Kontrolltag)	10.15 Uhr (Kontrollzeitpunkt)	X, M. (Kontrolle Baustelle Umfahrung L.)

als Geschäftsführer und somit zur Vertretung nach außen Berufener der Firma B. GmbH mit Sitz in M., X, gem. § 9 VStG zu verantworten, dass es auf der Baustelle Umfahrung L., L., gemäß § 17 Abs. 7 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz unterlassen wurde, für nachstehende Personen Unterlagen über die Anmeldung der Arbeitskraft zur Sozialversicherung der nicht in Österreich sozialversicherungspflichtig überlassenen Arbeitskräfte [(Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. Nr. L166 vom 30.04.2004 S. 1, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) Nr. 465/2012, ABl. Nr. L 149 vom 8.6.2012 S. 4]) sowie eine Abschrift der Meldung gemäß § 17 Abs. 2 und 3 AÜG bereitzuhalten:

1. Name: B.I. [...] U.
2. Name: C.G.
3. Name: C.M. [...] P.
4. Name: H.G. [...] U.
5. Name: H.L. [...] U.
6. Name: K.R. [...] Österreich
7. Name: M.W. [...] P.
8. Name: M.I. [...] U.
9. Name: M.Z. [...] U.
10. Name: N.I. [...] U.
11. Name: R.J. [...] U.
12. Name: S.W. [...] Österreich
13. Name: Z.K. [...] P.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 17 Abs. 7 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) iVm § 22 Abs. 1 Z 2 2. Fall AÜG, BGBl. Nr. 196/1988 idF BGBl. I Nr. 44/2016

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von Euro	falls diese uneinbringlich ist eine Ersatzfreiheitsstrafe gem. § 16 VStG in Höhe von	gemäß
1. 500 Euro	1. 24 Stunden	§ 17 Abs. 7 AÜG iVm
2. 500 Euro	2. 24 Stunden	§ 22 Abs. 1 Z 2 AÜG
3. 500 Euro	3. 24 Stunden	
4. 500 Euro	4. 24 Stunden	
5. 500 Euro	5. 24 Stunden	
6. 500 Euro	6. 24 Stunden	
7. 500 Euro	7. 24 Stunden	
8. 500 Euro	8. 24 Stunden	
9. 500 Euro	9. 24 Stunden	
10. 500 Euro	10. 24 Stunden	
11. 500 Euro	11. 24 Stunden	
12. 500 Euro	12. 24 Stunden	
13. 500 Euro	13. 24 Stunden	
6.500 Euro	Gesamt: 312 Stunden (13 Tage)“	

Diese Entscheidung wurde im Wesentlichen damit begründet, dass bei der Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei Steyr am 16. Juni 2016 auf der Baustelle Umfahrung L. (Bauvorhaben X) 13 Arbeitnehmer (7 U., 4 P. und 2 Österreicher) angetroffen worden seien, für die keine Anmeldung zur österreichischen Sozialversicherung vorgelegen habe. Unter der Koordination von Angestellten der T. GmbH die für das gegenständliche Bauvorhaben an die B. GmbH entsendet worden seien, seien auf der Baustelle die Arbeitnehmer der p. und u. Unternehmen mit Bewehrungsarbeiten befasst gewesen. Die Ö. GmbH habe die Baustelle an das Subunternehmen B. GmbH vergeben. Das u. Unternehmen habe die Betonstahlverlegung beim Bauvorhaben X im Auftrag der B. GmbH durchgeführt. Ein Vertrag vom 07.05.2015 über die Durchführung von Flechtarbeiten von Bewehrungsstahl von zirka 600 Tonnen liege vor. Die Abrechnung seien Regiestunden und Mengen in Kilogramm erfolgt. Die d. Firma sei ebenfalls von der B. GmbH mit Flechtarbeiten beauftragt worden. Auch die Leistungen seien in Kilogramm abgerechnet worden. Die d. Firma habe wiederum die p. Firma als Subunternehmerin beauftragt.

Verantwortlich für die Einhaltung der vom Auftraggeber der Ö. GmbH, mit Wochenplan vorgegebenen Baufortschritten sei W.S., Baukoordinator der B. GmbH gewesen. Er sei für Arbeitseinweisung und –einteilung der ausländischen Mitarbeiter zuständig gewesen. Er habe das Anfordern von zusätzlichem Personal bei Engpässen, die Weitergabe von Anweisungen des Auftraggebers an die Arbeitskräfte, sowie die Sicherheitsanweisungen durchgeführt. Krankenstands- oder Urlaubsmeldungen seien über ihn gelaufen. Er habe auch die Kontrolle der Ausführung der von den ausländischen Arbeitskräften geleisteten Arbeiten durchgeführt, indem er eine Stichprobe vornahm und anschließend die Abnahme von der B. GmbH. Berichte seien direkt die B. GmbH übermittelt worden und nicht an das jeweilige Unternehmen im Ausland. Material sei ausschließlich vom „Werkbesteller“ (B. GmbH) zur Verfügung gestellt worden. Arbeitsanweisungen

betreffend die Koordinierung des Gesamtbaufortschrittes und Sicherheitsanweisungen seien durch Mitarbeiter des Werkbestellers erfolgt. Aufgrund der organisatorischen Eingliederung der ausländischen Arbeitnehmer in die Struktur der B. GmbH und deren Dienst- und Fachaufsicht sei von einer Arbeitskräfteüberlassung auszugehen.

Zum gegenständlich angefochtenen Straferkenntnis wurde von der belangten Behörde ein Berichtigungsbescheid vom 22. September 2016, GZ: SanRB96-534-2015, hinsichtlich der Rechtsmittelbelehrung erlassen.

I.2. Der Beschwerdeführer hat gegen das Straferkenntnis der belangten Behörde vom 17. August 2016, GZ: SanRB96-534-2015, fristgerecht Beschwerde erhoben und die ersatzlose Behebung sowie die Einstellung des Strafverfahrens in eventu die Herabsetzung der verhängten Strafe beantragt.

Zusammengefasst wurde in der Beschwerde Folgendes vorgebracht:

- Der erhobene Sachverhalt stelle sich gänzlich anders dar.
- Zwischen der B. GmbH und der u. Firma bestehe hinsichtlich der Durchführung der Flechtarbeiten von Bewehrungsstahl am Bauobjekt Bvh Gewölbe L.
- Zwischen der B. GmbH und dem d. Unternehmen bestehe ein Werkvertrag hinsichtlich der Durchführung der Flechtarbeiten von Bewehrungsstahl am Bauobjekt Bvh Sohletunnel L.
- Die belangte Behörde habe die erhobenen Sachverhaltselemente vermischt.
- Die im Rahmen von Werkverträgen übliche Verwendung von Erfüllungsgehilfen stelle grundsätzlich keine Überlassung von Arbeitskräften dar.
- Bewehrung definiere sich als die Herstellung des Tragegerüstes aus Bewehrungsstahl eines im Stahlbetonbau auszuführenden Bauwerkes. Die Werkleistung bestehe dabei in der richtigen Verlegung der bauseits bzw. vom Biegebetrieb bereitgestellten und allenfalls von Eisenbiegern vorgefertigten Betonstähle bzw. Betonstahlkonstruktionen.
- Als wichtigste Leistungsmerkmale seien die Termintreue sowie die Einhaltung der richtigen Abstände der statisch wirksamen Stähle zueinander und der Abstand der Konstruktion zur Schalung hervorzuheben.
- Die beauftragten Dienstleistungen würden ausschließlich von den Subunternehmen selbst erbracht, ohne dass es zu einer Vermengung von Personal der B. GmbH kommen würde.
- Zwischen Werkbesteller und Subunternehmer erfolge trotz Unabhängigkeit in zeitlicher und technischer Hinsicht terminliche Abstimmung.
- Beim Eisenverlegen werde bereits gebogener und auf der Baustelle abgelieferter Baustahl von den Eisenverlegern in gewisser Form bearbeitet. Die Werkleistung sei das Verlegen des vorhandenen Baueisens mit Material und Werkzeug wie Bindedraht, Abstandhalter, Messgeräte und vor allem Zangen.
- Ein Fehlen von Gewährleistungspflichten sei nicht gegeben.

- Hinsichtlich des Vorliegens der Tatbestandsmerkmale nach § 4 Abs. 2 AÜG sei im jeweiligen Einzelfall auf eine Gesamtbeurteilung abzustellen.
- Die Mitarbeiter des Auftragnehmers seien bei der Ausübung ihrer Tätigkeit vollkommen frei und würden keinerlei Weisungen durch die B. GmbH unterliegen. Es bestehe weder eine persönliche Weisungsgebundenheit, noch eine sachliche Weisungsgebundenheit im Sinne einer Fachaufsicht.
- Die Personalressourcen der B. GmbH zur Durchführung einer Dienst- oder Fachaufsicht sei nicht vorhanden.
- Die jeweiligen Subunternehmen würden das alleinige Risiko für die Kosten, die anlässlich der Verlegearbeiten entstehen, tragen.
- Der jeweils beauftragte Subunternehmer würde nur bei korrekter Fertigstellung des Werkauftrages auf Basis der erzeugten Tonnagen und auf Basis der vereinbarten Verrechnungssätze ein entsprechendes Entgelt für die Verlegearbeiten erhalten. Der Subunternehmer trage das alleinige wirtschaftliche Risiko.
- Durch die komplette Subvergabe der Verlegearbeiten bestehe keine Überschneidung der Tätigkeiten der jeweiligen Subunternehmer mit durchgeführten Tätigkeiten von Mitarbeitern der B. GmbH.
- Bei Bewehrungsarbeiten handle es sich nicht um einfache „Hilfsarbeiten“. Es bedürfe zum einen das Wissens über den Umgang und die Bedienung der Zangen, Messgeräte, Abstandshalter sowie Drahtverbindungen und zum anderen neben dem Know-How zum Lesen der Planunterlagen auch einer sorgfältigen und genauen Arbeitsweise.
- Die Verlegeleistungen seien ausschließlich mit Werkzeug und Hilfsmaterialien des Auftragnehmers durchgeführt worden.
- Die beauftragten Subunternehmen würden völlig unabhängig und von der B. GmbH vollkommen weisungsfrei auf der Baustelle arbeiten.
- Überschneidungspunkte gebe es vor Beginn der Verlegetätigkeiten – Übergabe der Planunterlagen sowie nach Abschluss der Verlegetätigkeiten – Gewichtskontrolle und Abrechnung der Verlegeleistung. Die Endabnahme erfolge durch die Baustellenleiter bzw. dem Auftraggeber (Generalunternehmer).
- Mitarbeiter der B. GmbH seien lediglich zur Rücksprache über die Einhaltung der vorgegebenen Fertigstellungstermine anzutreffen. Ein Zusammenwirken von Arbeitskräften der jeweils beauftragten Subunternehmer und von Arbeitskräften der B. GmbH habe im Rahmen der verfahrensgegenständlichen Verlegeleistungen nicht stattgefunden.
- Die B. GmbH sei weder für die Anzahl, die Anwesenheit, den Urlaub, den Krankenstand, die Bezüge oder die Produktivität von Mitarbeitern der jeweiligen Subunternehmer verantwortlich.
- Es sei keinesfalls von einer Arbeitskräfteüberlassung auszugehen, da die betroffenen Personen zu keinem Zeitpunkt organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert gewesen seien.

I.3. Mit Schreiben vom 13. Oktober 2016, eingelangt am 17. Oktober 2016, legte die belangte Behörde das eingebrachte Rechtsmittel samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor.

I.4. Der Beschwerdeführer legte mit Schriftsatz vom 31. Mai 2017 die gegenständlichen Werkverträge vor, da diese nicht im vorgelegten Verfahrensakt enthalten waren.

I.5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat am 12. Juni 2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt. Die belangte Behörde entschuldigte ihre Teilnahme. Alle anderen Parteien waren anwesend.

Zur mündlichen Verhandlung wurden neben den bei der Kontrolle angetroffenen zwei österreichischen Arbeitnehmern des d. Unternehmens auch Arbeitnehmer der u. Firma geladen. Es konnten nur jene Arbeitnehmer geladen werden, deren Adresse auf den von ihnen ausgefüllten Personenblättern einigermaßen leserlich war. Jedoch erhielt nur ein Arbeitnehmer von vier tatsächlich die Ladung. Dieser entschuldigte sich, da er im Ausland auf einer Baustelle arbeiten musste. Er führte in seinem Schreiben vom 29. Mai 2017 auszugsweise an:
„Ich erkläre das meine alle Lohn und Bezug habe ich bekommen laut Ö.-U. Gesetz."

Zu Beginn der mündlichen Verhandlung präsentieren der Beschwerdeführer und der weitere Geschäftsführer der B. GmbH die Organisation und den Arbeitslauf mittels einer Power-Point-Präsentation. Dazu wird zusammengefasst ausgeführt, dass die B. GmbH von der A. Bewehrung beauftragt gewesen sei. Die B. GmbH habe die T. GmbH Betonstahlbearbeitung (in der Folge: T. GmbH) mit der gesamten Sohlbewehrung und auch der Gewölbe der Fluchtstollen beauftragt. Vorarbeiter der T. GmbH sei Herr S. gewesen. Die A. Kft. sei von der B. GmbH für die Gewölbebewehrung beauftragt worden. Herr N. sei der Vorarbeiter gewesen. Die A. Kft. sei mit den Arbeitnehmern auf der Baustelle eingetroffen, als das Gewölbe der Fluchtstollen bereits ausgeführt gewesen sei. Die A. Kft. habe ausschließlich die Gewölbebewehrung im Haupttunnel durchgeführt.

Die B. GmbH habe zum Zeitpunkt der Durchführung der Maßnahme auf der Baustelle Umfahrung L. keine eigenen Arbeitnehmer beschäftigt. Betriebseigene Aufgaben bzw. die Tätigkeit der B. GmbH liege darin, dass Termine und Leistungsvorgaben vom Auftraggeber an die Subunternehmer weitergeleitet werden. Die A. gebe den Zeitplan bzw. die Termine und die Leistungserbringung vor. Die B. GmbH habe diese Aufträge an die T. GmbH und die A. Kft. im Wege der abgeschlossenen Werkverträge weitergegeben. Die T. GmbH sei zwei Monate vor der A. Kft. auf der Baustelle gewesen, um die Sohlbewehrung zu errichten.

Die Preise für die Bewehrungsmaßnahmen würden zwischen der B. GmbH und den Subunternehmern ausverhandelt werden. Die B. GmbH würde einen fixen

Tonnenpreis von der A. erhalten. Das Ausmaß des zu verlegenden Baustahls betreffend dem Subunternehmen T. GmbH habe zirka 500 Tonnen und bzgl. A. Kft. zirka 600 Tonnen betragen.

Der Subunternehmer habe bei Qualitätsmängel diese auf seine eigenen Kosten zu reparieren. Die Subunternehmen seien gleichzeitig im Haupttunnel gewesen, wobei die T. GmbH bereits weiter vorne Bewehrungsarbeiten durchführte und die A. Kft. mit der Gewölbebewehrung „hinten nach gearbeitet“ habe. Die Logistik für beide Subunternehmen sei unterschiedlich gewesen. Die Einbringung für die Sohle sei vom Portal Ost und die Einbringung für das Gewölbe vom Portal West gewesen.

Absprachen mit den Subunternehmen hinsichtlich der Anzahl der auf den Baustellen eingesetzten Arbeitskräfte gebe es nicht. Die Kommunikation zur T. GmbH sei mit J.W., technischer Geschäftsführer, erfolgt. Der Beschwerdeführer selbst sei ungefähr alle drei bis vier Wochen einmal auf den jeweiligen Baustellen gewesen. An diesen Tagen hätte er auch Kontakt mit dem Vorarbeiter S., der T. GmbH, gehabt. Anweisungen hätte er ihm nicht gegeben. Die Kommunikation mit der A. Kft. sei mit dem Geschäftsführer Herrn K. mittels einer Dolmetscherin und dem Vorarbeiter N. erfolgt. Mit dem Vorarbeiter jedoch nur dann, wenn der Beschwerdeführer selbst auf der Baustelle vor Ort gewesen sei.

Der Beschwerdeführer gibt an, dass Herr S. 18 Jahre lang sein Mitarbeiter in einer anderen Firma gewesen sei. Während der gegenständlichen Bauausführungen hätten sie manchmal telefoniert, weil sie befreundet seien. Die Anrufe wären auf freundschaftlicher Basis gewesen. Wenn auf der Baustelle etwas aufgefallen wäre, hätte Herr S. das mitgeteilt. Der Beschwerdeführer habe ihm aber nie Aufträge erteilt.

Zuständig für die Personalverstärkung sei Herr K. und Herr W. für die jeweiligen Subunternehmen gewesen. Bei den Abnahmen der jeweiligen Bauabschnitte sei von der B. GmbH niemand anwesend gewesen. Das haben die jeweiligen Partieführer gemacht. Die Bauabschnitte würden von der Bauaufsicht, in diesem Fall vom Land Oberösterreich bestellt, abgenommen und überprüft. Bei dieser Abnahme und Überprüfung seien die jeweiligen Vorarbeiter/Poliere der jeweiligen Subunternehmen anwesend. Diese würden den Bericht über die Abnahme ausstellen und ihn mit der Rechnung an die B. GmbH schicken.

Eine schriftliche Bestätigung bzw. zusätzliche Bestätigung durch die bestellte Bauaufsicht erübrige sich, da nur weiter betoniert werden könne, wenn die Bauaufsicht den Abschnitt mängelfrei abnimmt. Diese Abnahmeprotokolle würden auch gleichzeitig als Leistungsberichte für die B. GmbH verwendet werden.

Die A. bestelle wöchentlich das Material für die jeweiligen Abschnitte bei der B. GmbH. Das Material werde am Ost- oder Westportal vor dem Tunnel gelagert.

Herr S. sei nur für die Mengenkontrolle vom Lagerplatz zur Einbaustelle Sohle zuständig gewesen.

Der Beschwerdeführer sei auch gleichzeitig Geschäftsführer der B. GmbH. Dort gebe es in der Verwaltung und Disposition sechs Mitarbeiter.

Die B. GmbH habe kein Werkzeug zur Verfügung gestellt. Der Schalbauwagen sei von der A.

Außer dem Leistungsbericht habe es keine weiteren Berichte der Subunternehmen an die B. GmbH gegeben.

Auf der Baustelle müsse Hand in Hand gearbeitet werden. Die Subunternehmer würden vor Ort die Gewährleistung und Haftung tragen. Sollten Probleme bzw. Mängel auftauchen, meldet sich der Bauleiter sofort bei der B. GmbH. Im konkreten Fall sei die Y Bauaufsicht gewesen. Sie habe der A. Bericht gegeben. Die Y habe sozusagen die Betonfreigabe, die an die A. ergangen sei, erteilt. Dieser Terminplan müsse eingehalten werden. Mit der Sohlbewehrung sei man meistens drei bis vier Tage voraus. Ein Vorsprung von mindestens ein bis zwei Tagen müsse aber gegeben sein, damit die Baustelle nicht zum Stillstand komme.

Kontrollpflichten nach AVRAG, ASVG usw. nehme in der Praxis die Bauleitung für die B. GmbH wahr. Übliche Praxis sei, dass in der Praxis von der Bauleitung oder dem Polier des Auftraggebers der B. GmbH bei Eintreffen die Kontrolle der Arbeitnehmer durchführe.

Herr S. könne nur für die Einhaltung der Baufortschritte betreffend T. GmbH verantwortlich gewesen sein.

Kern der Werkverträge sei die termingerechte plangemäße Verlegung der Bewehrung. Als Werkzeug benötige man Draht, Zange und Flex sowie Abstandhalter. Die Abstandhalter seien von der A. bereitgestellt worden, da diese besonderen Eigenschaften erfüllen müssen (Frost- und Tausalzbeständigkeit). Zu den Leistungen der B. GmbH gehöre auch das Biegen bzw. Vorbereiten der Eisenteile. Auf der Baustelle erfolge dann das Flechten.

Es sei mit den Subunternehmen keine Arbeitskräfteüberlassung vereinbart worden.

Der Zeuge W.S. (in der Folge: Zeuge 1) führte zusammengefasst aus:

Am Tag der Kontrolle habe er großen Stress gehabt. Manche Fragenstellungen habe er nicht verstanden. Nach ein paar Tagen habe er erkannt, dass Bereiche

vermischt worden seien. Er hätte nie genau gewusst, um welche Firmen es dabei ging. Er sei immer davon ausgegangen, dass es sich um die T. GmbH, bei der er auch beschäftigt gewesen sei, handle. Arbeitsanweisungen an die Arbeitskräfte der u. Firma habe er nie gegeben. Die Sicherheitsanweisungen, das ist die Belehrung betreffend der Arbeitsausstattung wie Helm, Handschuhe usw., sei durch die Ö. durchgeführt worden.

Er habe den p. Mitarbeitern insofern Sicherheitsbelehrungen erteilt, als sie beim Betreten der Baustelle wieder Helm tragen müssen usw. Herr K. sei für die offene Bauweise zuständig gewesen. Offene Bauweise bedeutet, dass zuerst die Bewehrung erfolgt, dann betoniert wird und in der Folge erst die Übertunnelung erfolgt. Er habe mit der offenen Bauweise nichts zu tun gehabt. Er habe sich meistens montags mit Herrn W. von der T. GmbH getroffen. Ihm habe er auch die Leistungsberichte übergeben. Er sei erst kurz bei der T. GmbH gewesen und habe fälschlicherweise angenommen, dass der Name von Herrn W. „A.“ sei. Es gab auch regelmäßig Besprechungen mit der Bauleitung also mit der Ö. (Herr E. oder Polier R.). Bei diesen Besprechungen wurden die konkreten Baumaßnahmen besprochen.

Die Bewehrungspläne seien im Baucontainer bzw. Poliercontainer gelegen. Der Auftrag sei gewesen, pro Tag eine Sohle auszuführen. Mit der Bauleitung sei auch abgestimmt worden, wann welche Arbeiten am besten durchzuführen seien, damit ein optimaler Ablauf gewährleistet werden kann. Wartezeiten seien zu verhindern gewesen. Beim Betonieren habe die T. GmbH nicht an der Sohlbewehrung weiterarbeiten können.

Er habe keine Meldungen über Krankenstand und Urlaub erhalten und diese auch nicht an den Beschwerdeführer weitergeleitet. Weitere Aufgabe sei es auch gewesen, Herrn K. in die bergmännische Vorgangsweisen einzuschulen.

Er habe sich die Niederschrift nicht durchgelesen. Das Personenblatt habe er im Tunnel ausgefüllt. Die ersichtlichen Unterschriftsparaffen würden von ihm stammen. Er habe immer gesagt, dass er von der T. GmbH käme. Herr E. habe ihn als Arbeitnehmer der B. GmbH der Finanzpolizei vorgestellt, das er jedoch richtiggestellt habe.

Bei der Befragung durch die Finanzpolizei sei eine Frage gestellt worden und seine Antwort sei sofort mitgeschrieben worden. Es sei zu Missverständnissen gekommen. Sowohl bei dem Ausfüllen des Personalblattes als auch bei der Einvernahme durch die Finanzpolizei sei er sehr unter zeitlichem Druck gestanden.

Die Materialmanipulation sei eine Koordination gewesen. Seiner Meinung nach sei er als Verlegeleiter für das Material Sorge zu tragen gehabt und über die Bewehrungsarbeiten darüber zu sehen.

Der Zeuge K. gab im Wesentlichen Folgendes an:
Er sei für die T. GmbH tätig gewesen. Seine Aufgabe sei die Aufsicht über eine r. Firma gewesen. Mit dieser sei in offener Bauweise gearbeitet worden. Mit einer p. Firma habe er nichts zu tun gehabt. Arbeitsverträge habe er von Herrn W. erhalten. Er sei sein Chef bei der T. GmbH gewesen und nicht Zeuge 1.

Der Vertreter der Finanzpolizei beantragte die Abweisung der Beschwerde. Betreffend Strafhöhe würde zugestimmt werden, wenn die Mindeststrafe bzw. die Herabsetzung nach § 20 VStG ausgesprochen werden würde.

Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers führte abschließend aus, dass klar zum Ausdruck gekommen sei, dass es sich bei der Beauftragung einerseits der T. GmbH, andererseits der A. Kft. um echte Werkverträge handle. Die Anwendung des AÜG und in weiterer Folge des AVRAG würden zur Gänze ausscheiden.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt, das Beschwerdevorbringen, die gegenständlichen Werkverträge und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 12. Juni 2017.

II.2. Folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt gilt als erwiesen:

II.2.1. Der Beschwerdeführer ist Geschäftsführer der B. GmbH und auch der B. GmbH, jeweils mit Sitz in M., X. Der Beschwerdeführer war zum Tatzeitpunkt unbescholten.

Die A., deren Mitglieder die Ö. GmbH sowie die G. Bau GmbH sind, hat für den Neubau der BX, X, von alt-km x bist alt-km x „Umfahrung L. N. – Teil O.“ – Tunnelbau mit Vertrag vom 24. Februar 2015 die B. GmbH mit der Lieferung der Bewehrung und die B. GmbH mit dem Verlegen, Versetzen und Montieren der gelieferten Bewehrung gemäß beilliegendem Leistungsverzeichnis beauftragt. Dieser Vertrag beinhaltet ua.

- Vertragsgrundlagen,
- Gesamtpreis für das Verlegen, Versetzen und Montieren der Bewehrung, der als Festpreis bis Bauende galt,
- Abrechnung,
- Ausführung mit der Vorgabe, dass als Vorarbeiter deutschsprachiges Personal zum Einsatz kommt,
- die für das Gewölbe und die Sohle pro Abschnitt gebündelte Anlieferung der Bewehrung,
- Arbeitsbeginn mit März 2015 bzw. nach Absprache mit BL
- Fertigstellungstermin mit Oktober 2015
- Termin für Restarbeiten bis Bauende im Dezember 2015,

- Pönale bei Überschreitung der Fristen,
- Haftung und Gewährleistung sowie
- Mindestverlegeleistungen (Innenschale Bewehrung und Gleitfolie je eine Sohle und ein Gewölbe pro Tag; sonstige Bauteile nach Vereinbarung).

Die B. GmbH hatte zum Zeitpunkt der Durchführung der Bewehrungsarbeiten auf der gegenständlichen Baustelle keine eigenen Arbeitnehmer.

II.2.2. Zwischen der B. GmbH und der T. GmbH mit Sitz in X, F., wurde am 7. April 2015 eine vertragliche Vereinbarung mit Folgendem Inhalt abgeschlossen:

„Fa. T. GmbH Betonstahlbearbeitung
X
F.

M., 07.04.2015

Auftragsschreiben für die Durchführung der Flechtarbeiten vom Bewehrungsstahl am Bauprojekt Bvh X

Sehr geehrte Damen und Herren!

Wir beziehen uns auf Ihr Angebot vom 06.04.2015 sowie auf die mit Ihren zwischenzeitlich geführten Verhandlungen und erteilen Ihnen den Auftrag für nachstehende Leistungen.

1. Vertragsgrundlagen

1) Dieses Auftragsschreiben des Auftraggebers (AG) an den Auftragnehmer (AN) für Bewehrungsarbeiten inkl. der allgemeinen Vertragsbedingungen 2013 lt. Beilage
2) Allgemeine Vertragsbedingungen für Bewehrungsarbeiten – X 2010
3) für Kleinaufträge die mittels Standardfax „Auftrag/Termine“ vereinbart werden, gelten in jedem Fall die Bedingungen dieses Auftragsschreibens. Davon ausgenommen ist Punkt 2.

Diese erwähnten Vertragsgrundlagen gelten bei Widerspruch in der o.a. Reihenfolge.
Allfällige eigene Vertragsformblätter, Geschäftsbedingungen, Liefer- und Ausführungsbedingungen etc. des Auftragnehmers gelten nicht.

Projektdefinition:	X			
Baufirma:	A. Tunnel L.			
Bauleitung:	Herr DI M.			
Bst 550:	BSTG 550 SM 550:	ca. 500to		
Bst 550:		á	180,-	€/to
BSTG/SM inkl. schneiden:		á	180,-	€/to
Zusatzleistung Folie verlegen:		á	1,30	€/m2
Zusatzleistung Igel versetzen:		á	1,50	€/Stk

Mindestverlegemenge: 3,0 to objektive Flechtmöglichkeit pro Tag und Einsatz
darunter in Regie 24,- €/Stunde

„Dieser Passus kann und wird nach redlicher Verkehrsauffassung nur so ausgelegt, dass bei einer theoretisch bestehenden Betätigungsmöglichkeit von mindestens oben angeführter Tonnage pro Tag nur der akkordlohnmäßige Tonnenpreis geschuldet wird."

In den o.a. Einheitspreisen (€/to, €/Std., €/lfm., …) sind alle erforderlichen Hilfsstoffe (wie Abstandhalter und Bindedraht, …) und sämtliche Nebenkosten (wie Quartier, Überstunden, An- und Abreisekosten, …) enthalten.

Kosten für die Kontrolle Ihres Personales auf der Baustelle bzw. die Ausstellung von Ausweisen in jedem Fall an Sie weiterverrechnet. Für die Kosten wegen Verlust der Ausweise, nicht erfolgter Rückgabe und Missbrauch derselben, sind Sie in jedem Fall haftbar.

Preisbasis: Festpreis bis Bauende

Grundlagen und beizubringende Unterlagen vor Arbeitsbeginn: gemäß allgemeiner Geschäftsbedingungen Beilage:

- § Gewerbeschein und Firmenbuchauszug in der letztgültigen Form
- § Nachweis über einen ordentlichen Sitz des Unternehmens
- § Persönliche Legitimation des zeichnungsberechtigten Geschäftsführers
- § Unbedenklichkeitsbescheinigung von der Gebietskrankenkasse, von der Bauarbeiter Urlaubs- u. Abfertigungskasse und vom zuständigen Betriebsstättenfinanzamt
- § Vollmacht die zur Weitergabe von Daten aus dem Dienstgeberkonto der Gebietskrankenkasse berechtigt
- § Dieses Auftragsschreiben ist vom zeichnungsberechtigten Geschäftsführer bzw. einem Bevollmächtigten zu unterfertigen
- § Die entsprechenden Arbeitspapiere jedes Arbeitnehmers sind im Original unaufgefordert vor Arbeitsbeginn am Einsatzort vorzulegen. Bei Nichteinhaltung erfolgt in jedem Fall ein Abzug der Vertragsstrafe gemäß Pkt. 9.8.1 dieses Auftragsschreibens
- § Die Arbeiten sind mit Arbeitnehmern des mit diesem Werkvertrag beauftragten Unternehmens auszuführen

Um eine Haftungsbefreiung nach dem ASVG für den AG zu erreichen, werden vom AG 25 % der Auftragssumme bzw. des Werklohnes an das Dienstleistungszentrum bei der WGKK gezahlt (auch wenn der AN in der Gesamtliste der haftungsfreistellenden Unternehmen angeführt ist).

Gemäß der geltenden gesetzlichen Bestimmungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz fordern wir Sie auf, vor Beginn der Beschäftigung von ausländischen Arbeitnehmern (ausgen. „EU 04"-Länder) bei o.a. BVH uns diese namentlich binnen einer Woche zu nennen und ggf. deren Berechtigung schriftlich nachzuweisen. Bei nicht Meldung innerhalb dieser Frist sind wir verpflichtet, die zentrale Koordinationsstelle im Finanzministerium zu verständigen.

Der AN erklärt und verpflichtet sich, die Regeln des Lohn- und Sozialdumping Bekämpfungsgesetz, insbesondere die §§ 7a ff AVRAG zu kennen und einzuhalten und die Verpflichtung zu deren Einhaltung auf etwaige zur Erfüllung des Auftrags eingesetzte Subunternehmer oder Arbeitskräfteüberlassungsunternehmer zu überbringen. Insbesondere gilt dies für die gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entlohnung der eingesetzten Arbeitnehmer, die Abfuhr von Sozialversicherungsbeträgen und die Bereithaltung aller erforderlichen Unterlagen am Arbeitsort.

Die oben angeführten Bedingungen werden gelesen und vom Unterzeichnenden ausdrücklich zur Kenntnis genommen!“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

II.2.3. Zwischen der B. GmbH und der A. Kft. mit Sitz in X, B., U., wurde am 7. Mai 2015 eine vertragliche Vereinbarung mit Folgendem Inhalt abgeschlossen:

„Fa. A. Kft.
X
M.

E-Mail x <x> M., 07.05.2015

Auftragsschreiben für die Durchführung der Flechtarbeiten vom Bewehrungsstahl am Bauprojekt Bvh X

Sehr geehrte Damen und Herren!

Wir beziehen uns auf Ihr Angebot vom 06.05.2015 sowie auf die mit Ihren zwischenzeitlich geführten Verhandlungen und erteilen Ihnen den Auftrag für nachstehende Leistungen.

1. Vertragsgrundlagen

1) Dieses Auftragsschreiben des Auftraggebers (AG) an den Auftragnehmer (AN) für Bewehrungsarbeiten inkl. der allgemeinen Vertragsbedingungen 2013 lt. Beilage
2) Allgemeine Vertragsbedingungen für Bewehrungsarbeiten – X 2010
3) für Kleinaufträge die mittels Standardfax „Auftrag/Termine“ vereinbart werden, gelten in jedem Fall die Bedingungen dieses Auftragsschreibens. Davon ausgenommen ist Punkt 2

Diese erwähnten Vertragsgrundlagen gelten bei Widerspruch in der o.a. Reihenfolge.
Allfällige eigene Vertragsformblätter, Geschäftsbedingungen, Liefer- und Ausführungsbedingungen etc. des Auftragnehmers gelten nicht.

2. Voraussichtlicher Auftragsumfang, Projektdefinition und Preisvereinbarungen

Projektdefinition: X

Baufirma: A. Tunnel L.

Bauleitung:	Herr DI M.			
Bst 550:	BSTG 550 SM 550:	ca. 600to		
Bst 550:		á	200,-	€/to
BSTG/SM inkl. schneiden:		á	200,-	€/to

Mindestverlegemenge: 3,0 to objektive Flechtmöglichkeit pro Tag und Einsatz darunter in Regie 16,- €/Stunde

„Dieser Passus kann und wird nach redlicher Verkehrsauffassung nur so ausgelegt, dass bei einer theoretisch bestehenden Betätigungsmöglichkeit von mindestens oben angeführter Tonnage pro Tag nur der akkordlohnmäßige Tonnenpreis geschuldet wird."

In den o.a. Einheitspreisen (€/to, €/Std., €/lfm., …) sind alle erforderlichen Hilfsstoffe (wie Abstandhalter und Bindedraht, …) und sämtliche Nebenkosten (wie Quartier, Überstunden, An- und Abreisekosten, …) enthalten.

Kosten für die Kontrolle Ihres Personales auf der Baustelle bzw. die Ausstellung von Ausweisen in jedem Fall an Sie weiterverrechnet. Für die Kosten wegen Verlust der Ausweise, nicht erfolgter Rückgabe und Missbrauch derselben, sind Sie in jedem Fall haftbar.

Preisbasis: Festpreis bis Bauende

Grundlagen und beizubringende Unterlagen vor Arbeitsbeginn: gemäß allgemeiner Geschäftsbedingungen
Beilage

- Gewerbeschein und Firmenbuchauszug in der letztgültigen Form
- Nachweis über einen ordentlichen Sitz des Unternehmens
- Persönliche Legitimation des zeichnungsberechtigten Geschäftsführers
- Unbedenklichkeitsbescheinigung von der Gebietskrankenkasse, von der Bauarbeiter Urlaubs- u. Abfertigungskasse und vom zuständigen Betriebsstättenfinanzamt
- Vollmacht die zur Weitergabe von Daten aus dem Dienstgeberkonto der Gebietskrankenkasse berechtigt
- Dieses Auftragsschreiben ist vom zeichnungsberechtigten Geschäftsführer bzw. einem Bevollmächtigten zu unterfertigen
- Die entsprechenden Arbeitspapiere jedes Arbeitnehmers sind im Original unaufgefordert vor Arbeitsbeginn am Einsatzort vorzulegen. Bei Nichteinhaltung erfolgt in jedem Fall ein Abzug der Vertragsstrafe gemäß Pkt. 9.8.1 dieses Auftragsschreibens
- Die Arbeiten sind mit Arbeitnehmern des mit diesem Werkvertrag beauftragten Unternehmens auszuführen

Um eine Haftungsbefreiung nach dem ASVG für den AG zu erreichen, werden vom AG 25 % der Auftragssumme bzw. des Werklohnes an das Dienstleistungszentrum bei der WGKK gezahlt (auch wenn der AN in der Gesamtliste der haftungsfreistellenden Unternehmen angeführt ist).

Gemäß der geltenden gesetzlichen Bestimmungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz fordern wir Sie auf, vor Beginn der Beschäftigung von ausländischen Arbeitnehmern (ausgen. „EU 04“-Länder) bei o.a. BVH uns diese namentlich binnen einer Woche zu nennen und ggf. deren Berechtigung schriftlich nachzuweisen. Bei nicht Meldung innerhalb dieser Frist sind wir verpflichtet, die zentrale Koordinationsstelle im Finanzministerium zu verständigen.

Der AN erklärt und verpflichtet sich, die Regeln des Lohn- und Sozialdumping Bekämpfungsgesetz, insbesondere die §§ 7a ff AVRAG zu kennen und einzuhalten und die Verpflichtung zu deren Einhaltung auf etwaige zur Erfüllung des Auftrags eingesetzte Subunternehmer oder Arbeitskräfteüberlassungsunternehmer zu überbringen. Insbesondere gilt dies für die gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entlohnung der eingesetzten Arbeitnehmer, die Abfuhr von Sozialversicherungsbeträgen und die Bereithaltung aller erforderlichen Unterlagen am Arbeitsort.

Die oben angeführten Bedingungen werden gelesen und vom Unterzeichnenden ausdrücklich zur Kenntnis genommen!“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

II.2.4. Die Allgemeinen Vertragsbedingungen für Bewehrungsarbeiten X 2010, die jeweils zum Vertragsbestandteil erklärt wurden, haben auszugsweise folgenden Inhalt:

„[…]
5. Preise
In den Preisen müssen alle Arbeiten und Leistungen enthalten sein, die zur vollständigen Herstellung der beauftragten Leistung gehören.

Die Einheitspreise müssen daher alle zur fachgerechten Erstellung der jeweiligen Leistung erforderlichen Nebenleistungen beinhalten. In die Einheitspreise sind eine allenfalls erforderliche Baustelleneinrichtung einschließlich deren Räumung, sowie die Beistellung der Unterkünfte für das Personal des Auftragnehmers einzurechnen. Das Räumen und die Entsorgung von Resteisen obliegen dem Auftragnehmer.
[…]

7. Ausführungstermine, Vertragsstrafe und Übernahme
Der Auftragnehmer hat seine Leistungen in Anpassung an den tatsächlichen Baufortschritt zu erbringen. Die Ausführungstermine (Zwischentermine und Fertigstellungstermin) werden im Auftragsschreiben oder im Terminplan festgelegt. […]

Für den Fall der Überschreitung von pönalisierten Terminen, aus Gründen, die in der Sphäre des Auftragnehmers liegen, beträgt die Vertragsstrafe für jeden Kalendertag der Terminüberschreitung 1‰ der betreffenden Teilleistungssumme, mindestens jedoch € 100,--, sofern im Auftragsschreiben nichts anderes festgelegt wurde.
[…]

8. Gewährleistung

Im Rahmen der Gewährleistung haftet der Auftragnehmer für die sach- und fachgerechte sowie termingemäße Ausführung der beauftragten Leistungen. Er haftet insbesondere dafür, dass diese Leistungen die gewöhnlich vorausgesetzten und die im Vertrag zugesicherten Eigenschaften haben und den anerkannten Regeln der Technik, den einschlägigen ÖNORMEN (subsidiär DIN) sowie den fachspezifischen technischen Vorschriften entsprechen. Der Auftragnehmer haftet stets in jenem Umfang, in welchem der Auftraggeber gegenüber seinem Auftraggeber (Bauherrn) für Schadenersatz und Gewährleistung haftet. Sollte der Auftragnehmer diesen Verpflichtungen nicht voll nachkommen, haftet er für alle daraus entstehenden Nachteile einschließlich Folgeschäden.

Die Gewährleistungsfrist beginnt mit der endgültigen Übernahme des Gesamtbauvorhabens durch den Bauherrn. [...]

9. Schadenersatz
Der Auftragnehmer haftet in vollem Umfang für alle von ihm oder seinen Erfüllungs- und Besorgungsgehilfen verursachten Personen- und Sachschäden, die dem Auftraggeber, dem Bauherrn oder Dritten zugefügt werden.
[...]“

II.2.5. Am 16. Juni 2015 um 10:15 Uhr wurde durch Organe der Finanzpolizei Steyr, Team 43, auf der Baustelle Umfahrung L., L., eine Kontrolle durchgeführt. Es wurden zwei Arbeitnehmer der T. GmbH (S., K.) sieben u. Arbeitnehmer der A. Kft. und vier p. Arbeitnehmer der R. Sp. angetroffen. Für alle angetroffenen Arbeitnehmer wurden A1 Formulare vor Ort vorgelegt. In der entsprechenden Datenbank schienen Entsendemeldungen nach Österreich auf. Abschriften der ZKO-Meldungen wurden vor Ort nicht bereitgehalten. Es konnten auch keine Arbeitsverträge, Stundenaufzeichnungen, Lohnzettel oder Kassen- bzw. Überweisungsbelege vorgelegt werden.

Zwischen der B. GmbH und dem p. Unternehmen R. Sp. gab es weder mündliche noch schriftliche Vereinbarungen über die Verlegung der Bewehrung auf der gegenständlichen Baustelle. Jedoch gab es eine vertragliche Vereinbarung zwischen der T. GmbH und der R. Sp. Die Arbeitnehmer der R. Sp. erhielten ihre Arbeitsanweisungen von ihrem Arbeitskollegen R.T. Ein konkreter Kontakt von R.T. zur B. GmbH ist nicht hervorgekommen.

I.N. war zum Kontrollzeitpunkt Arbeitsleiter der auf der gegenständlichen Baustelle eingesetzten Arbeitnehmer der A. Kft. Er gab Arbeitsanweisungen, erfasste die Leistungen und kontrollierte die Arbeitszeit der u. Arbeitnehmer. Ein konkreter Kontakt von I.N. zur B. GmbH ist nicht hervorgekommen. Die Geschäftsführer der B. GmbH erteilten keine Arbeitsanweisungen an ihn oder seine Arbeitskollegen.

Der Arbeitnehmer der T. GmbH R.K. hatte die Aufsicht über Arbeitnehmer eines r. Unternehmens, die für die Verlegung von Eisen in offener Bauweise eingesetzt waren. Arbeitsaufträge erhielt er von Herrn W. von der T. GmbH, zu den Geschäftsführern der B. GmbH hatte er keinen Kontakt.

Der Arbeitnehmer der T. GmbH W.S. war als Vorarbeiter bzw. Verlegeleiter beschäftigt. Seine Aufgabe war es auch, die Materialmanipulation zu koordinieren und die Bewehrungsarbeiten stichprobenhaft zu kontrollieren. Er erstellte Leistungsberichte, die an die B. GmbH als Grundlage für die Verrechnung gingen. Abnahmeprotokolle hat er nicht angefertigt. Er war ferner für die Mengenkontrolle des Materials vom Lagerplatz bis zur Einbaustelle Sohle zuständig.
W.S. war 18 Jahre lang Mitarbeiter des weiteren Geschäftsführers der B. GmbH in einem anderen Unternehmen. Sie sind miteinander befreundet und haben während der gegenständlichen Bauausführungen private Telefonate geführt. Wenn W.S. auf der Baustelle etwas aufgefallen ist, teilte er das dem weiteren Geschäftsführer der B. GmbH im Zuge dieser Telefonate mit. Anweisungen oder Aufträge erhielt W.S. weder vom weiteren Geschäftsführer der B. noch vom Beschwerdeführer. Der Inhalt des abgeschlossenen Vertrages zwischen der T. GmbH und der B. GmbH war W.S. nicht bekannt.

II.2.6. Die A. gab (als Auftraggeber) der B. GmbH die Leistungserbringung und den Zeitplan bzw. die Termine vor. Diese Aufträge wurden an die T. GmbH und die A. Kft. mit den abgeschlossenen Verträgen weitergegeben. Der Beschwerdeführer hat mit den jeweiligen Geschäftsführern Kontakt, die auch für den Personaleinsatz zuständig waren. Alle drei bis vier Wochen war er auf der Baustelle und hatte auch mit den jeweiligen Vorarbeitern bzw. „Arbeits- oder Verlegeleitern“ Kontakt.

Die T. GmbH war für die Sohlebewehrung im Haupttunnel und die Sohle- und Gewölbebewehrung in den Nebentunneln verantwortlich. Sie begann mit den Arbeiten ca. zwei Monate vor Eintreffen der A. Kft., weil für die Arbeiten der A. Kft. die teilweise Errichtung der Sohlbewehrung Voraussetzung war. Die T. GmbH und die A. Kft. arbeiteten dann gleichzeitig im Haupttunnel. Die Logistik für die Sohlbewehrung erfolgte über das Portal Ost und für die Gewölbebewehrung über das Portal West. Das von der A. wöchentlich bestellte Material wurde auch an diesen Örtlichkeiten gelagert.

Bei der Abnahme der jeweiligen Bauabschnitte ist von der B. GmbH niemand anwesend gewesen. Das Land Oberösterreich hatte eine Bauaufsicht bestellt. Diese hat die Bauabschnitte überprüft und abgenommen. Bei dieser Abnahme waren die jeweiligen Vorarbeiter der T. GmbH und der A. Kft. anwesend. Es konnte nur weiter gearbeitet werden, wenn die Bauaufsicht den Bauabschnitt mängelfrei abgenommen hat. Diese Abnahmeprotokolle der bestellten Bauaufsicht wurden gleichzeitig als Leistungsberichte für die B. GmbH verwendet und mit der Rechnung an die B. GmbH übermittelt.

Die B. GmbH hat kein Werkzeug zur Verfügung gestellt. Die A. Tunnelbau hat den Schalbauwagen gestellt. Aufgrund der besonderen Eigenschaften der

Abstandhalter (Frost- und Tausalzbeständigkeit) wurden diese auch von der A. bereitgestellt.
Das Material (Baustahl) wurde von der B. GmbH vorbereitet und geliefert. Auf der Baustelle erfolgte das Flechten. Dazu werden u.a. Draht, Zangen, Flex, etc. benötigt, das weder von der B. GmbH noch von der A. zur Verfügung gestellt wurde. Die u. Arbeitnehmer reisten mit eigenen Fahrzeugen an und verwendeten auch eigenes (Klein-) Werkzeug.

Auf der Baustelle musste Hand in Hand gearbeitet werden. Bei Auftreten von Problemen wurde dies der B. GmbH als Auftraggeber gemeldet. Es war insbesondere darauf zu achten, dass der Terminplan eingehalten wird und die Arbeiten bei der Sohlbewehrung im Haupttunnel mindestens ein bis zwei Tage im Vergleich zur Gewölbebewehrung voraus waren, damit es zu keinem Stillstand auf der Baustelle kam.

Die Bewehrungspläne waren in den Baucontainern bzw. Poliercontainern. Die T. GmbH hatte den Auftrag pro Tag eine Sohle und die A. Kft. einen Gewölbering pro Tag auszuführen. Es waren Abstimmungen hinsichtlich eines optimalen Ablaufs unter den tätigen Unternehmen notwendig, insbesondere, wann betoniert wurde. Wartezeiten mussten möglichst verhindert werden.

II.2.7. Es liegen keine Vereinbarungen mit der B. GmbH und der T. GmbH sowie der A. Kft. über die Anzahl der konkret einzusetzenden Arbeitnehmer vor. Der T. GmbH und der A. Kft. stand es frei, die Zahl der Arbeitnehmer selbst zu bestimmen. Es ist nicht hervorgekommen, dass die B. GmbH konkret der T. GmbH und/oder der A. Kft. Anweisungen erteilt hätte, eine konkrete Anzahl von Arbeitnehmern für die Erbringung der vereinbarten Leistungen einzusetzen.

II.2.8. Die B. GmbH hat keine Anweisungen bezüglich Art und Weise der durchzuführenden Bewehrungsarbeiten an die Arbeitnehmer der T. GmbH und ihrem Subunternehmer sowie der A. Kft. gegeben. Auch gab es keine Vereinbarungen und keine Anweisungen der B. GmbH gegenüber W.S. hinsichtlich Übernahme von Aufgaben eines Bauleiters für die B. GmbH.

II.3. Die Stellungnahmen, eidesstattlichen Erklärungen und sonstigen Äußerungen der Geschäftsführer der B. GmbH, der T. GmbH und des Vorarbeiters der A. Kft. decken sich in den ausschlaggebenden Punkten.

Die Aussagen von W.S. bei der Einvernahme durch die Finanzpolizei am 16. Juni 2015 (Kontrolltag) und jene in seiner eidesstattlichen Erklärung vom 21. Oktober 2015 sowie in der mündlichen Verhandlung am 12. Juni 2017 sind teilweise widersprüchlich und decken sich teilweise auch nicht mit den Aussagen, Stellungnahmen und eidesstattlichen Erklärungen der jeweiligen Geschäftsführer.

Dazu ist festzuhalten, dass am Kontrolltag W.S. einerseits der Inhalt des Vertrages zwischen der B. GmbH und der T. GmbH nicht bekannt war und die Wortwahl bei seiner Aussage ohne Wissen und Kenntnisse der rechtlichen Relevanz erfolgte.

Die Finanzpolizei hat in der am Tag der Kontrolle aufgenommenen Niederschrift festgehalten, dass es sich um eine Kontrolle bei der „Firma B. GmbH, M., X“ beim Bauvorhaben „X“ und nicht auch um das Bauvorhaben „X“ handelt. Die Finanzpolizei hat während der ganzen Befragung nicht zwischen der B. GmbH und der B. GmbH unterschieden, obwohl eine genaue Bezeichnung und Differenzierung hier wesentlich ist. So entstand der Eindruck, dass die B. GmbH auch für das Material verantwortlich gewesen ist, von dem auch die belangte Behörde ausging, was jedoch nicht den Tatsachen entspricht.
Gegenständlich ist nur die B. GmbH Vertragspartner der T. GmbH und der A. Kft. Die A. hat wöchentlich das Material von der B. GmbH bestellt. Die B. GmbH hatte weder mit der T. GmbH noch mit der A. Kft. vertragliche Vereinbarungen.

Weiters differenzierte die Finanzpolizei in ihrer Befragung von W.S. nicht zwischen „Sohlebewehrung“ und „Gewölbebewehrung“, insbesondere welches Unternehmen welche Bereiche ausführte.

Bei den Aussagen von W.S. ist daher davon auszugehen, dass sich diese in erster Linie auf die Ausführung der Sohlebewehrung und die T. GmbH beziehen. Die T. GmbH hatte aber auch die Sohle- und Gewölbebewehrung in den Nebentunneln auszuführen. Bei der Befragung durch die Finanzpolizei wurde auch diesbezüglich nicht klar unterschieden.

Die widersprüchlichen Aussagen von W.S. müssen daher auf Basis dieses Hintergrundes beurteilt werden.

Wenn W.S. angab, für die B. GmbH als Koordinator tätig zu sein, so bestätigt dies die Angaben der Geschäftsführer der T. GmbH und der B. GmbH, nämlich dass auch er als Arbeitnehmer der T. GmbH für die B. GmbH Ansprechpartner für die notwendigen Abstimmungen, Dokumentationen und Erbringung der vereinbarten Leistungen war. Er war, wie er auch angegeben hat, auf der Baustelle für die Einhaltung des (vereinbarten) Baufortschrittes durch die T. GmbH und dem von ihr beauftragten p. Subunternehmens gegenüber der B. GmbH verantwortlich. Somit standen ihm – wie in der Niederschrift festgehalten- „dafür ausländische Firmen zur Verfügung“.

Die Finanzpolizei machte, sowie auch in den Personalblättern (Finpol 9), bei der Befragung keine Unterscheidung zwischen allgemeinen Arbeitsanweisungen sowie Arbeitseinteilungen und den die konkrete Durchführung der Bewehrungsarbeiten betreffenden Anweisungen, obwohl dies für die rechtliche Beurteilung von wesentlicher Relevanz ist. Es kann daher von den Aussagen, dass W.S. die

Arbeitsanweisungen und Arbeitseinteilungen gemacht hat, nicht abgeleitet werden, dass sich dies auf die Art und Weise der tatsächlich verrichteten Bewehrungsarbeiten bezieht. Es ist im Gegenteil, insbesondere im Zusammenhang mit seiner Funktion als Ansprechpartner für die Vertragsparteien der T. GmbH davon auszugehen, dass damit die allgemeine Koordination der Arbeiten auf der Baustelle gemeint war. Dies deckt sich auch mit den Angaben der Geschäftsführer der T. GmbH und der B. GmbH.
Dasselbe gilt auch für die Anweisungen, die W.S. von Mitarbeitern der Ö. (als Auftraggeber der B. GmbH) erhalten hat. Dies erfolgte in regelmäßigen Besprechungen über die konkreten Baumaßnahmen, für die eben eine Abstimmung aller auf der Baustelle tätigen Unternehmen erforderlich ist. Diese „Anweisungen“ hat W.S. an die Mitarbeiter des p. Unternehmens weitergegeben. Ferner haben sich keine Hinweise ergeben, dass W.S. von der B. GmbH Anweisungen erhalten hätte, dass er die Aufgaben eines Bauleiters der B. GmbH auszuüben habe.

Es ist üblich und nachvollziehbar, dass die Arbeiten des Subunternehmers vom Auftraggeber kontrolliert werden. So hat auch W.S. die geleisteten Arbeiten der p. Arbeiter stichprobenartig geprüft.
Es liegen weder Beweise noch Hinweise vor, dass W.S. von der B. GmbH beauftragt wurde, die Aufgaben eines Bauleiters für die B. GmbH auszuführen. W.S. machte bei der Befragung in der mündlichen Verhandlung den Eindruck eines sehr erfahrenen, gut ausgebildeten und gewissenhaften Arbeitnehmers, dem es wichtig ist, dass die vorgegebenen Baufortschritte eingehalten werden, weswegen durchaus nachvollziehbar erscheint, dass W.S. seine Erfahrung im Arbeitsablauf und bei der Abstimmung mit den anderen Unternehmen auf der Baustelle über seine von ihm wahrzunehmenden Aufgaben hinaus einbrachte. Das scheint auch die Erklärung dafür zu sein, weshalb auf den Personenblättern von u. Arbeitnehmern in der Spalte „Arbeitsanweisungen erhalte ich von“ „V.“ oder „V.“ eingetragen wurde. Hier ist aber nochmals darauf hinzuweisen, dass aus diesem Personenblatt Finpol 9 nicht eindeutig ableitbar ist, ob damit konkrete individuelle oder auch allgemeine Arbeitsanweisungen gemeint sind. Weiters gewann die erkennende Richterin den Eindruck, dass W.S. sich aufgrund der jahrelangen Freundschaft zum weiteren Geschäftsführer der B. GmbH und seines überdurchschnittlichen Engagements verpflichtet fühlte, in privaten Telefonaten mit dem weiteren Geschäftsführer der B. GmbH über Vorkommnisse auf der Baustelle zu informieren, obwohl dazu keinerlei Verpflichtung bestand.

Die Weiterleitung von Leistungsberichten durch W.S. direkt an die B. GmbH ist durchaus nachvollziehbar, da die Auftragnehmer gegenüber ihren Auftraggebern üblicherweise Dokumentations- und Informationspflichten haben.

Wie W.S. angab wurden die Abwesenheiten der Arbeiter bei den Ansprechpartner der jeweiligen Unternehmen gemeldet. In der mündlichen Verhandlung hat er aber

glaubwürdig darauf hingewiesen, dass es nicht richtig sei, dass Abwesenheiten auch an ihn gemeldet wurden und er ganz allgemein über die B. GmbH bei Bedarf Personal anfordern konnte. Dazu ist festzuhalten, dass selbst eine zusätzliche Meldung von Abwesenheiten von Arbeitern des p. Subunternehmens noch nicht bedeuten würde, dass eine Integration der Arbeiter in den Betrieb des Auftraggebers vorliegt, da aufgrund von Sicherheitsvorschriften es bekannt sein muss, wie viele Arbeiter/Personen sich tatsächlich auf der Baustelle befinden.

Selbst wenn es richtig wäre, dass ein Personalbedarf offiziell an den Beschwerdeführer gemeldet wurde, so entspricht das nicht den vorliegenden vertraglichen Vereinbarungen –über deren konkreten Inhalt W.S. keine Kenntnis hatte, wurde auch vom Beschwerdeführer nicht bestätigt und gibt es dazu auch keine weiteren stichhaltigen Hinweise, weshalb der diesbezüglichen Aussage von W.S. in der mündlichen Verhandlung Glauben geschenkt wird.

Die Angabe von W.S., dass die Gewährleistungspflicht bei der Ö. liege, ist reine Vermutung, da er den Inhalt der vertraglichen Vereinbarungen nicht kannte und es auch nicht der Praxis entspricht, dass ein Mitglied des „Generalauftragnehmers“ die Gewährleistung für Arbeiten von Sub-Subunternehmen übernimmt, mit denen nicht einmal ein Vertragsverhältnis besteht.

Die Aussagen aller Befragten in der mündlichen Verhandlung waren glaubwürdig und nachvollziehbar. Insgesamt betrachtet ergeben sie ein schlüssiges und realistisches Bild der Vertragsverhältnisse zwischen der B. GmbH und der T. GmbH sowie der A. Kft., der Arbeitsabläufe und der allgemeinen Anweisungen. Die Widersprüchlichkeiten der Aussagen von W.S. am Kontrolltag und in der mündlichen Verhandlung sowie in der eidesstattlichen Erklärung beruhen auf bloßen Vermutungen aufgrund Unkenntnis des bestehenden Auftragsverhältnisses, unbedachter Wortwahl aufgrund des fehlenden Wissens über die Bedeutung im Hinblick auf die rechtlichen Folgen sowie auf einer undifferenzierten Fragestellung aufgrund nicht klar für jedermann erkennbarer Annahmen bei der Einvernahme durch die Finanzpolizei. Die Widersprüchlichkeiten konnten aber geklärt oder auch widerlegt werden.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.1. Zum Tatzeitpunkt (16. Juni 2015) anzuwendende Rechtslage:

III.1.1. Das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz - AÜG, BGBl. Nr. 196/1988 in der maßgebenden Fassung, lautet auszugsweise:

„Geltungsbereich

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz gilt für die Beschäftigung von Arbeitskräften, die zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen werden.

[…]

Zweck

§ 2. (1) Das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz bezweckt

1. den Schutz der überlassenen Arbeitskräfte, insbesondere in arbeitsvertraglichen, arbeitnehmerschutz- und sozialversicherungsrechtlichen Angelegenheiten, und
2. die Regelung der Arbeitskräfteüberlassung zur Vermeidung arbeitsmarktpolitisch nachteiliger Entwicklungen.

[…]

Begriffsbestimmung

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

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

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

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

Beurteilungsmaß

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

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

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

[…]

Grenzüberschreitende Überlassung

§ 16. […]

(3) Die Überlassung von Arbeitskräften vom Ausland nach Österreich ist nur zulässig, wenn ausnahmsweise eine Bewilligung gemäß Abs. 4 erteilt wurde.

[…]

Grenzüberschreitung im Europäischen Wirtschaftsraum

§ 16a. Auf Überlassungen innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR) ist § 16 nicht anzuwenden.

Meldepflichten

§ 17. […]
(2) Der Überlasser hat bei bewilligungsfreier Überlassung von Arbeitskräften vom Ausland nach Österreich die grenzüberschreitende Überlassung der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung (nach dem AuslBG und dem AVRAG) des Bundesministeriums für Finanzen zu melden. Die Meldung ist jeweils spätestens eine Woche vor der Arbeitsaufnahme in Österreich zu erstatten; in Katastrophenfällen, bei unaufschiebbaren Arbeiten und bei kurzfristig zu erledigenden Aufträgen genügt die Meldung unverzüglich vor Arbeitsaufnahme. Änderungen der gemeldeten Daten sind unverzüglich zu erstatten. Die Übermittlung der Meldungen hat ausschließlich automations- unterstützt über die elektronischen Formulare des Bundesministeriums für Finanzen zu erfolgen.
(3) Die Meldung gemäß Abs. 2 hat folgende Daten zu enthalten:
[…]
(7) Der Beschäftiger hat für jede nicht in Österreich sozialversicherungspflichtige überlassene Arbeitskraft Unterlagen über die Anmeldung der Arbeitskraft zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. Nr. L 166 vom 30.04.2004 S. 1, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) Nr. 465/2012, ABl. Nr. L 149 vom 08.06.2012 S. 4) sowie die Meldung gemäß den Abs. 2 und 3 am Arbeits(Einsatz)Ort in geeigneter Form zur Überprüfung bereitzuhalten oder zugänglich zu machen.
[…]

Strafbestimmungen

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

1. […]
2. mit Geldstrafe von 500 € bis zu 5 000 €, im Wiederholungsfall von 1 000 € bis zu 10 000 €, wer die Meldungen gemäß § 17 Abs. 2 nicht oder nicht rechtzeitig oder nicht vollständig oder wissentlich unrichtig erstattet oder die erforderlichen Unterlagen entgegen § 17 Abs. 7 nicht zur Überprüfung bereithält oder nicht zugänglich macht;
3. […]“

III.1.2. Die Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (im Folgenden kurz: Richtlinie 96/71) lautet auszugsweise:

„Artikel 1
Anwendungsbereich

(1) Diese Richtlinie gilt für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer gemäß Absatz 3 in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden.
[…]
(3) Diese Richtlinie findet Anwendung, soweit die in Absatz 1 genannten Unternehmen eine der folgenden länderübergreifenden Maßnahmen treffen:
a) einen Arbeitnehmer in ihrem Namen und unter ihrer Leitung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats im Rahmen eines Vertrags entsenden, der zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem in diesem Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger geschlossen wurde, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht, oder
b) einen Arbeitnehmer in eine Niederlassung oder ein der Unternehmensgruppe angehörendes Unternehmen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht, oder
c) als Leiharbeitsunternehmen oder als einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellendes Unternehmen einen Arbeitnehmer in ein verwendendes Unternehmen entsenden, das seinen Sitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat oder dort seine Tätigkeit ausübt, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitunternehmen oder dem einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht.
[…]

Artikel 3
Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen

(1) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, daß unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht die in Artikel 1 Absatz 1 genannten Unternehmen den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern bezüglich der nachstehenden Aspekte die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird, - durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder - durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche im Sinne des Absatzes 8, sofern sie die im Anhang genannten Tätigkeiten betreffen, festgelegt sind:
[…]“

III.2. Die Bestimmung des § 17 Abs. 2 AÜG geht auf die Novelle BGBl. I Nr. 120/1999 zurück, in deren Gesetzesmaterialien (IA 1103/A GP XX.) im Vorblatt darauf hingewiesen wird, dass die Novelle der Anpassung der österreichischen Rechtslage an die Entsenderichtlinie 96/71/EG dient, so auch die Anzeigepflicht betreffend die im EWR bewilligungsfreien Überlassungen nach Österreich. Im besonderen Teil dieser Gesetzesmaterialien wird zu § 17 Abs. 2 AÜG darauf hingewiesen, dass die Meldepflicht die erforderliche

Überwachung der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen bei grenzüberschreitender Überlassung innerhalb des EWR ermöglichen soll.

Die im vorliegenden Fall maßgebenden Bestimmungen der §§ 2 bis 4 AÜG sind seit der Stammfassung unverändert; die Materialien dazu (450 BlgNR XVII. GP, S. 17 f) lauten auszugsweise:
„Zu § 4:
Diese Bestimmung soll eine Orientierungshilfe zur Verhinderung von Umgehungen bieten.

Grundsätzlich sollen jene Fälle, in denen ein Werkunternehmer ausschließlich zur Herstellung eines Werkes, für dessen ordnungsgemäßes Zustandekommen er die Verantwortung trägt, Hilfspersonen (Erfüllungsgehilfen) in den Betrieb des Werkbestellers sendet, nicht vom Regelungsbereich des Gesetzentwurfes erfasst sein. Der Abschluss von Werkverträgen soll, soweit er nicht missbräuchlich zur Umgehung der Ziele der vorgesehenen Regelung erfolgt, keinesfalls erschwert oder verhindert werden. Die im Rahmen von Werkverträgen übliche Verwendung von Erfüllungsgehilfen stellt grundsätzlich keine Überlassung von Arbeitskräften dar. So wird etwa die Gestaltung von Werbe- und Infoständen oder von Auslagen in der Regel nicht als Überlassung zu werten sein, sondern als "echter" Werkvertrag. Allen Versuchen, durch den Abschluss eines Werkvertrages die für die Überlassung von Arbeitskräften geltenden gesetzlichen Schranken zu umgehen, soll jedoch vorgebeugt werden.

In diesem Sinne soll mit dieser Bestimmung sichergestellt werden, dass durch die Erweckung eines Anscheines, der nicht auf das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung schließen lässt, noch keineswegs die Nichtanwendbarkeit der entsprechenden Gesetzesbestimmungen erreicht werden kann.

Wegen der niemals ganz auszuschließenden Umgehungsversuche soll die wirtschaftliche Funktion der in Frage stehenden Vertragsverhältnisse eingehend geprüft werden und für die Zuordnung zum Tatbestand der Arbeitskräfteüberlassung entscheidend sein.

Der allgemeine Grundsatz des Abs. 1 lehnt sich an die entsprechenden steuerrechtlichen Bestimmungen (zB § 21 Bundesabgabenordnung) an.

Abs. 2 befasst sich speziell mit dem Werkvertrag, der erfahrungsgemäß am häufigsten zur Umgehung der bei der Arbeitskräfteüberlassung zu beachtenden Regeln Verwendung findet. Sofern ein für den Werkvertrag, typisches Merkmal nicht vorhanden ist (Z 1, 2 und 4) oder ein für den Werkvertrag völlig untypisches Merkmal (Z 3) gegeben ist, wird das Vorliegen des Tatbestandes der Arbeitskräfteüberlassung angenommen. Auch wenn für die Klassifizierung als Werkvertrag an sich bereits die Kombination einzelner für den Werkvertrag typischer Sachverhaltselemente ausreichend sein mag, muss zur Abgrenzung von der Arbeitskräfteüberlassung die Erfüllung sämtlicher im Regelfall zutreffenden Merkmale (einschließlich des Fehlens bestimmter, auf eine Arbeitskräfteüberlassung hinweisenden Sachverhaltselemente) verlangt werden, um der Erfahrung Rechnung zu tragen, dass häufig die Überlassung von Arbeitskräften den eigentlichen Zweck des Werkvertrages bildet.
[...]“

III.3. Entsprechend den Ausführungen des VwGH in seinem Erkenntnis vom 22.8.2017, Ra 2017/11/0068, ist die gegenständlich entscheidende Rechtsfrage, ob es sich bei den Vertragsverhältnissen einerseits zwischen der B. GmbH und der T. GmbH sowie andererseits der B. GmbH und der A. Kft. um („echte“) Werkverträge oder um Verträge betreffend grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung handelt, allerdings nicht ausschließlich nach innerstaatlichem Recht zu beantworten. Nach den zitierten Gesetzesmaterialien dienen die in Rede stehenden Bestimmungen des AÜG auch der Umsetzung von Unionsrecht, sodass dessen Vorgaben bei der Vollziehung dieser Gesetzesbestimmungen zu berücksichtigen sind.

Weiters stellt der VwGH in diesem Erkenntnis fest:
„26 Von der Richtlinie 96/71 erfasst ist sowohl (Art. 1 Abs. 3 lit. a) die grenzüberschreitende Entsendung eines Arbeitnehmers durch ein Unternehmen, um einen von diesem Unternehmen eingegangenen Werkvertrag zu erfüllen, als auch (Art. 1 Abs. 3 lit. c) - insoweit im Einklang mit dem AÜG (*Tomandl*, AÜG, 3. Auflage (2017), S. 37) - die grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung, nämlich die grenzüberschreitende Entsendung eines Arbeitnehmers durch ein Unternehmen zum Zwecke (lediglich) der Überlassung an ein anderes (den Arbeitnehmer verwendendes) Unternehmen (vgl. dazu auch die hg. Erkenntnisse vom 6. November 2012, Zl. 2012/09/0130, und vom 19. März 2014, Zl. 2013/09/0159)

27 Vor diesem rechtlichen Hintergrund sind die Kriterien, die für die Arbeitskräfteüberlassung iSd Art. 1 Abs. 3 lit. c der Richtlinie 96/71 entscheidend sind, insofern auch maßgebend für die Beurteilung, ob (grenzüberschreitende) Arbeitskräfteüberlassung iSd §§ 3 und 4 AÜG vorliegt, als nur bei Übereinstimmung mit den unionsrechtlichen Vorgaben eine uneingeschränkte Anwendung des AÜG in Betracht kommt.“

III.4. Im Speziellen sind dabei entsprechend dem Urteil „M.M." die Fragen, ob die Vergütung/das Entgelt auch von der Qualität der erbrachten Leistung abhängt bzw. wer die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich festgelegten Leistung trägt (Rn 35 ff des EuGH-Urteils), ob also der für einen Werkvertrag essenzielle "gewährleistungstaugliche" Erfolg vereinbart wurde (vgl. VwGH vom 6.12.2012, Zl. 2012/09/0130), wer die Zahl der für die Herstellung des Werkes jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer bestimmt (Rn 38) und von wem die Arbeitnehmer die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung ihrer Tätigkeiten erhalten (Rn 40 des EuGH-Urteils), von entscheidender Bedeutung (VwGH vom 22.8.2017, Ra 2017/11/0068, RZ 33).

III.5. Zusammengefasst bedeutet das, dass erst bei Verwirklichung ausschlaggebender Kriterien und dem sich daraus ergebenden Vorliegen einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach der Richtlinie 96/71 § 4 Abs. 2 AÜG uneingeschränkt anzuwenden ist.
Ergibt sich aber aus der Gesamtbetrachtung der gegebenen Anhaltspunkte, dass nach der Richtlinie 96/71 keine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung

vorliegt, so kann auch alleinig aufgrund § 4 Abs. 2 AÜG eine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung nicht vorliegen.

III.6. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 8.8.2008, 2008/09/0022) liegt ein Werkvertrag vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Die Verpflichtung aus einem Werkvertrag besteht darin, die genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein „gewährleistungstauglicher“ Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden können. Mit der Erbringung der Leistung endet das Werkvertragsverhältnis.

Die vertraglichen Vereinbarungen der B. GmbH mit der T. GmbH und der A. Kft. sind Werkverträge über die Ausführung von Flechtarbeiten von Bewehrungsstahl einerseits betreffend „X“ und andererseits von „X“. Bewehrung ist die Herstellung des Tragegerüstes aus Bewehrungsstahl eine im Stahlbeton auszuführenden Bauwerkes. Die Werkleistung bestand konkret in der lagerichtigen Verlegung der bereitgestellten und teilweise vorgefertigten Betonstähle und Betonstahlkonstruktionen. Es handelt sich um Gewerke und um einen „gewährleistungstauglichen“ Erfolg. Die Arbeitseinsätze für die Ausführung der Sohlbewehrung und der Gewölbebewehrung waren klar unterscheidbar und abgrenzbar.
Wichtige Leistungsmerkmale sind die Termintreue und die Einhaltung der richtigen Abstände der statisch wirksamen Stähle zueinander und der Abstand der Konstruktion zur Schalung. Die Abnahmeprotokolle der bestellten Bauaufsicht waren zugleich Leistungsberichte der T. GmbH und A. Kft. als Auftragnehmer für die B. GmbH als Auftraggeber. Diese bescheinigten die Mängelfreiheit und stellen de facto in der Praxis die Übergabe der „Teilgewerke“ (eine Sohle und ein Gewölbering pro Tag) bzw. eines Teilabschnittes des gesamten Gewerkes dar an den Auftraggeber dar. Eine gesonderte und zusätzliche Kontrolle durch die B. GmbH war dadurch nicht erforderlich.

Der Preis bestimmt sich nach den, bei den Flechtarbeiten verbrauchten Mengen von Betonstahl. Es waren jeweils 3,0 to objektive Flechtmöglichkeit pro Tag zu leisten. In den Einheitspreisen pro Tonne waren auch die erforderlichen Hilfsstoffe wie Abstandhalter, Bindedraht, etc. und sämtliche Nebenkosten wie Quartier, Überstunden, An- und Abreisekosten, etc. enthalten. Das bedeutet, dass der Auftragnehmer diese Kosten im vereinbarten Einheitspreis mitberücksichtigt hat. Der Basispreis wurde als Festpreis bis zum Bauende vereinbart.

III.7. Vertragsbestandteil der Werkverträge waren auch die „Allgemeinen Vertragsbedingungen für Bewehrungsarbeiten X 2010. Darin ist u.a. auch die Gewährleistung geregelt. Der Auftragnehmer haftet für die sach- und fachgerechte sowie termingerechte Ausführung der beauftragten Leistungen. Er haftet insbesondere dafür, dass diese Leistungen, die gewöhnlich vorausgesetzten und die im Vertrag zugesicherten Eigenschaften haben und den anerkannten Regeln der Technik, den einschlägigen ÖNORMEN (subsidiär DIN) sowie den fachspezifischen technischen Vorschriften entsprechen.

III.8. Die belangte Behörde hat die einheitlichen Arbeitszeiten, die Zurverfügungstellung des Materials vom Werkbesteller, die Arbeitsanweisungen betreffend die Koordinierung des Gesamtbaufortschrittes und Sicherheitsanweisungen durch Mitarbeiter des Werkbestellers sowie die Meldung von Krankenständen und Urlaub über W.S. an die „B. GmbH“ als Gründe für das Vorliegen einer organisatorischen Eingliederung in die B. GmbH gewertet.

Dazu ist festzuhalten, dass festgestellt werden konnte, dass die Zahl der für die Herstellung des Werkes konkret eingesetzten Arbeitnehmer die Auftragnehmer völlig frei selbst bestimmt haben.

Die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung der Tätigkeiten erhielten die Arbeitnehmer jeweils von ihren Vorarbeitern/Arbeitsleitern/Polieren.
Von der B. GmbH wurden keine Arbeitsanweisungen an die Arbeitnehmer der T. GmbH und der A. Kft. erteilt. Auch erteilte W.S. keine individuellen Arbeitsanweisungen an die Arbeitnehmer der A. Kft. und die p. Arbeitnehmer. Die Kontrolle von fertigen Verlegearbeiten durch den Vorarbeiter des Auftraggebers ist für die Geltendmachung von Mängelrügen selbstverständlich und hat vor der Betonierung zu erfolgen. Eine derartige Kontrolle des Werkergebnisses ist kein Hinweis auf das Vorliegen eine Dienst- und Fachaufsicht des Auftraggebers (vgl. VwGH vom 13.8.2002, Zl. 2001/09/0150). Die Arbeitnehmer nahmen ihre Aufgaben unter Aufsicht und Leitung ihres jeweiligen Unternehmens wahr. Arbeitsgrundlage war der Bewehrungsplan, der für die T. GmbH und die A. Kft. maßgeblich war.
Es ist zwischen der Beaufsichtigung und Leitung der Arbeitnehmer selbst und der vom Kunden durchgeführten Überprüfung der ordnungsgemäßen Erfüllung der vereinbarten Leistung zu unterscheiden. Auch sind Anweisungen betreffend Einhaltung von Sicherheitsmaßnahmen auf der Baustelle davon zu unterscheiden. Das Material wurde von der B. GmbH über Bestellung der A. geliefert. Die Abwesenheiten von den u. und p. Arbeitnehmern wurden den Ansprechpartnern der jeweiligen Unternehmen gemeldet. Selbst wenn die Abwesenheiten zusätzlich an W.S. gemeldet wurden, bedeutet das nicht, dass eine Dienst- und Fachaufsicht durch die T. GmbH gegeben ist und auch nicht der B. GmbH, da W.S. keinerlei Aufträge von der B. GmbH direkt erhalten hat. Die Kenntnis der Anzahl der

anwesenden Arbeitnehmer auf einer Baustelle ist für die Einhaltung von Sicherheitsmaßnahmen und für den Fall von Unfällen, etc. erforderlich.

Die B. GmbH hat keine Arbeitsstundenaufzeichnungen der Arbeitnehmer der T. GmbH und der A. Kft. geführt. Diese Arbeitnehmer haben die Arbeitszeiten und –pausen selbst eingeteilt, wobei natürlich eine Abstimmung unter jenen Unternehmen, die Hand in Hand gearbeitet haben, erforderlich war. Die Arbeitnehmer sind mit eigenen Fahrzeugen zur Baustelle gekommen.

Insgesamt betrachtet, liegt eine organisatorische Eingliederung der ausländischen Arbeitnehmer in die Struktur der B. GmbH entgegen der Ansicht der belangten Behörde hier konkret nicht vor.

III.9. Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass die B. GmbH mit der T. GmbH und der A. Kft. Werkverträge über einen gewährleistungstauglichen Erfolg abgeschlossen hat. Die Zahl der für die Herstellung des Werkes eingesetzten Arbeitnehmer wurde konkret jeweils von der T. GmbH und A. Kft. bestimmt und die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung der Tätigkeiten ergingen nicht von der B. GmbH, sondern auch von T. GmbH und A. Kft. an ihre jeweiligen Arbeitnehmer.
Aus dieser Gesamtbetrachtung ergibt sich, dass eine Arbeitskräfteüberlassung nach der Richtlinie 96/71 nicht vorliegt. Somit kann auch alleinig aufgrund von § 4 Abs. 2 AÜG eine Arbeitskräfteüberlassung nicht vorliegen. Der Beschwerdeführer war daher auch nicht Beschäftiger iSd § 3 Abs. 3 AÜG, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

IV.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.

IV.2. Darüber hinaus steht die vorliegende Entscheidung sowohl im Einklang mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes als auch mit jener des EuGH.

IV.3. Die vorliegende Entscheidung beruht ferner auf einem konkreten und für den Einzelfall festgestellten Sachverhalt, der das Ergebnis einer individuellen Beweiswürdigung (Vertragsunterlagen, Stellungnahmen, 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 als 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 Eingabengebühr 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. Ellmer