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-301428/4/Kl/TK

Datum:
Linz, 28. August 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde des Ing. H.V., P., vertreten durch P. GmbH, X, W., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 9. Dezember 2016, Ge96-32-2015, wegen Übertretungen nach dem Arbeitnehmerinnenschutzgesetz

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Es ist kein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren zu leisten.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 09.12.2016, Ge96-32-2015, wurden über den Beschwerdeführer Geldstrafen von 1) 4.980 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 201 Stunden, und 2) 1.328 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 53 Stunden, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß 1) § 87 Abs. 2 und Abs. 5 Z 2 Bauarbeiterschutzverordnung (BauV) und 2) § 60 Abs. 1 ArbeitnehmerInnenschutzgesetz (ASchG) verhängt, weil er als verantwortlicher Beauftragter gemäß § 9 Abs. 2 VStG der X Gesellschaft m.b.H., M., X, zu verantworten hat, dass wie im Zuge einer Baustellenüberprüfung auf der Baustelle „D. HandelsgmbH“ in E., X, am 05.06.2015 durch ein Organ des Arbeitsinspektorates Wels festgestellt wurde, die Arbeitnehmer der X Gesellschaft m.b.H., M.S., geb. x, M.S., geb. x, R.K., geb. x, C.T., geb. x und B.P., geb. x,

1. mit Dacharbeiten auf dem Dach mit einer Neigung von weniger als 20° und einer Absturzhöhe nach Außen von mehr als 3 m (ca. 10 m) beschäftigt waren, obwohl an der Absturzkante keine Absturzsicherungen oder Schutzeinrichtungen gemäß §§ 7, 8, 9 und 10 Bauarbeiterschutzverordnung angebracht waren, die Arbeitnehmer auch nicht mittels Sicherheitsgeschirr sicher angeseilt waren und
2. die oben genannten Arbeitnehmer zum Erreichen des Dachs eine Scherenhubbühne der Fa. Y Arbeitsbühnen verwendeten und das Geländer der Bühnenplattform ungesichert in einer Höhe von ca. 10 m überstiegen.

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und die Aufhebung und Einstellung des Strafverfahrens beantragt. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass eine unrichtige rechtliche Beurteilung dahingehend vorliege, dass es sich bei den 5 Arbeitnehmern nicht um Arbeitnehmer der X GesmbH, sondern der Fa. F. Kft. handle. Es liege keine Arbeitskräfteüberlassung im Sinn des § 4 Abs. 2 AÜG vor. Die Montagearbeiten, die im Werkvertrag der F. Kft. übertragen wurden, betreffen gerade nur die Dacheindeckung und nicht sämtliche Montagearbeiten der Baustelle. So hätten die Arbeiter am 05.06.2015 bereits ein fertiggestelltes Werk vorgefunden, ausgenommen der Bedachung, die der Auftrag der Fa. F. Kft. war. Dass ein Montageleiter der Fa. X den Werkvertragsnehmer in die Baustelle eingewiesen hat, sei vollkommen logisch, da es bei arbeitsteiligen Leistungen an einer Baustelle unbedingt erforderlich sei, die verschiedenen Professionisten einzuweisen. Materialbeistellung durch den Auftraggeber sei der Klassiker, da nur in diesem Fall von einem Werkvertrag gesprochen werden könne, anderenfalls, wenn der Auftragnehmer sein eigenes Material mitbringt, würde ein Werklieferungsvertrag vorliegen. Dass schwere Maschinen, Kran, Arbeitsbühne und Stapler von der Fa. X ausgeliehen würden, ändere nichts an der selbständigen Ausführung des Werkes, vielmehr wäre anderenfalls eine unnötige Vergeudung von Ressourcen gegeben, wenn Kran, Arbeitsbühne und Stapler aus Ungarn herangebracht werden würden. Auch liege

keine organisatorische Eingliederung der Dienstnehmer der Fa. F. vor. Es werde auf Punkt 2 des Werkvertrages verwiesen, wonach genügend Werkzeuge, Geräte und qualifizierte Arbeitskräfte für die vertragsmäßige Ausführung der Leistung bereitzustellen sei oder rechtzeitig zu beschaffen sei. Dies sei geradezu typisch für einen Werkvertrag. Dagegen müssten sich überlassene Dienstnehmer in keinem Fall darum kümmern, dass sie eigene Werkzeuge mithaben. Auch die Konsequenz der Überprüfung, nämlich die Kündigung des Werkvertrages, widerspreche eindeutig der Eingliederung der Dienstnehmer der Fa. F. in das Unternehmen der X. Dass ein Subunternehmer auf der Baustelle an Weisungen seines Auftraggebers gebunden sei, sei ein Umstand, welcher die rechtliche Qualifikation als Werkvertrag nicht beeinträchtige. Eine enge Überwachung des Subunternehmers, etwa durch einen Architekten würde niemanden an der Selbständigkeit des beauftragten Unternehmens zweifeln lassen. Schließlich liege ja auch eine Haftung für den Erfolg vor. Auch wurde ein Verschulden des Beschwerdeführers bestritten, zumal die Arbeiten durch die Fa. F. erst am 08.06.2015 begonnen hätten werden sollen, weil es sich beim 05.06.2015 um einen Zwickeltag gehandelt habe und niemand erwartet hätte, dass die Arbeiter an diesem Tag kommen würden. Darüber hinaus wurde Mangelhaftigkeit des Verfahrens der Behörde erster Instanz geltend gemacht, da ungenügende Tatsachenfeststellungen vorliegen würden. Auch wurde die Strafbemessung bekämpft.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Perg als belangte Behörde hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt und die Abweisung der Beschwerde beantragt. Das zuständige Arbeitsinspektorat wurde am Verfahren beteiligt und führte in seiner Stellungnahme aus, dass die X GesmbH als Auftraggeberin für die F. Kft., welche ein Mitglied der X B. G. ist, nicht dafür gesorgt habe, dass den Arbeitnehmern die für die Durchführung von Dacharbeiten erforderlichen Schutzeinrichtungen zur Verfügung standen und diese verwendet wurden und es seien auch die Bestimmungen des § 8 ASchG hinsichtlich Koordination nicht beachtet worden.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme, insbesondere in die Fotos, welche anlässlich der Kontrolle angefertigt wurden und der Anzeige beigeschlossen wurden sowie insbesondere den vom Beschwerdeführer im erstbehördlichen Verfahren vorgelegten Werkvertrag bzw. das Auftragsschreiben Nr. x vom 23.05.2015 sowie die Stellungnahmen der beteiligten Parteien.

Eine mündliche Verhandlung war nicht anzuberaumen, da bereits aus der Aktenlage feststeht, dass das angefochtene Erkenntnis aufzuheben war, im Übrigen lediglich die rechtliche Beurteilung und Strafbemessung bekämpft wurde und keine der Parteien eine öffentliche mündliche Verhandlung beantragt hat (§ 44 Abs. 2 und 3 VwGVG).

Folgender Sachverhalt wird der Entscheidung als erwiesen zugrunde gelegt:

Bei einer Kontrolle am 05.06.2015 auf der Baustelle D. HandelsgmbH in E., X, wurden sechs (davon fünf im Straferkenntnis) namentlich genannte u. Arbeiter mit Dacharbeiten beschäftigt, wobei die Dachneigung weniger als 20° und die Absturzhöhe nach Außen ca. 10 m betrug, obwohl an der Absturzkante keine Absturzsicherungen oder Schutzeinrichtungen angebracht waren. Die Arbeiter waren auch nicht mittels Sicherheitsgeschirr sicher angeseilt. Darüber hinaus verwendeten die Arbeiter zum Erreichen des Daches eine Scherenhubbühne der Fa. Y Arbeitsbühnen und überstiegen das Geländer der Bühnenplattform ungesichert in einer Höhe von ca. 10 Metern.
Die X Gesellschaft m.b.H. mit Sitz in M. errichtete auf der Baustelle D. HandelsgmbH in E. einen Hallenneubau in Stahlbau inkl. Dachgerüst. Hinsichtlich der Bedachung bzw. Dacheindeckung wurde ein Auftragsschreiben Nr. x vom 22.05.2015 vorgelegt, wonach die X Gesellschaft m.b.H. die F. Kft. zur Ausführung der Montagearbeiten (Dacharbeiten) für das Objekt D. in E. auf Grundlage der übermittelten Pläne und Preisvereinbarung beauftragt. Es wurde eine abnahmefähige und betriebsfähige Leistungserstellung bedungen. Insbesondere hat der Auftragnehmer die Pläne, Zeichnungen und Massen zu prüfen und Bedenken vor Ausführungsbeginn schriftlich mitzuteilen, sich über die örtlichen Verhältnisse der Baustelle umfassend zu unterrichten und genügend Werkzeuge, Geräte und qualifizierte Arbeitskräfte für die vertragsmäßige Ausführung der Leistung zu beschaffen, sodass termingerecht fertiggestellt werden kann. Der Auftraggeber ist berechtigt jederzeit die Erfüllung der Verpflichtungen durch den Auftragnehmer zu überprüfen. Im Fall der Gefährdung des Fertigstellungstermins kann der Auftrag letztlich gekündigt werden und anderwärtig vergeben werden. Für dadurch entstehende Kosten und Schäden hat der Auftragnehmer aufzukommen. Hingegen gewährleistet der Auftragnehmer eine einwandfreie und termingerechte Abwicklung und ist für die Funktion und Sicherheit der von ihm eingesetzten Geräte und Gerüste voll verantwortlich. Vorleistungen sind zu überprüfen und Beanstandungen dem Auftraggeber unverzüglich mitzuteilen. Auch Nebenleistungen für die Erstellung, Vor- und Unterhaltung sowie spätere Wiederentfernung eventueller Arbeitsunterkünfte, Material- und Werkzeug-Schuppen sind Sache des Auftragnehmers. Auch die Vor- und Unterhaltung sowie Einlagerung der nach Art und Umfang der Arbeiten erforderlichen Geräte, Werkzeuge, Gerüste, Stoffe, die Sicherung der Materialien gegen Transportschäden auf der Baustelle, Diebstahl und Beschädigung jeglicher Art bis zur endgültigen Abnahme obliegen dem Auftragnehmer. Weiters wurde eine Ausführungs- bzw. Vertragserfüllungsbürgschaft bedungen. Es wurden Lieferfristen, nämlich Beginn am 01.06.2015 und Fertigstellung am 19.06.2015 vereinbart und für den Fall einer schuldhaften Verletzung ein Pönale festgelegt. Es wurde ein Montagepauschalpreis von 24.069 Euro vereinbart, welcher sämtliche Ablagearbeiten für das zur Ausführung der Leistungen zu verwendende Material (auch inkl. allfälliger Zwischenlagerung und Manipulationsarbeiten auf der Baustelle), Einhaltung der Sicherheit, beinhaltet. Die zur Ausführung der

Montagearbeiten erforderlichen Geräte wie Kran, Arbeitsbühnen, Stapler etc. werden vom Auftraggeber im Ausmaß des Angebotes kostenfrei zur Verfügung gestellt. Im vereinbarten Preis sind sämtliche Lohn- und Lohnnebenkosten, die Unterbringung und Verpflegung der Betriebsangehörigen des Auftragnehmers, die Kosten für die Vornahme aller von der Bauberufungsgenossenschaft und der Baupolizei vorgeschriebenen Sicherheitsvorkehrungen, eventuelle Baustofflagerung auf öffentlichem Grund und Boden, Gemeinkosten, Steuern sowie Wagnis, Gewinn und Kosten der Schuttbeseitigung enthalten. Bei allen nach Aufmaß in Rechnung zu stellenden Leistungen muss das Aufmaß gemeinsam mit dem Auftraggeber oder seinem Bevollmächtigten genommen werden. Schließlich wurde eine Gewährleistung von 5 Jahren und 2 Monaten ab Abnahme des Gesamtobjektes vereinbart. Anweisungen des Auftraggebers ist seitens des Auftragnehmers in allen qualitativen und terminlichen Belangen zwingend Folge zu leisten. In organisatorischen, disziplinären und sicherheitstechnischen Belangen trägt der Auftragnehmer das alleinige Risiko für sein Gewerk. Auch ist der Auftragnehmer schadenersatzpflichtig, im Fall einer nicht vollständigen oder nicht ordnungsgemäßen Leistungserbringung sowie für Schäden, die durch schuldhafte Nichtbeachtung von Vorschriften, sowie für Schäden, die durch Personen, die in seinen Diensten stehen, entstehen. Es ist eine ausreichende Haftpflichtversicherung nachzuweisen.

Der Beschwerdeführer hat mit 19.11.2001 seiner Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten für die Einhaltung der Arbeitnehmerschutzbestimmungen an allen in- und ausländischen Baustellen sowie für material- und montagevorbereitende Arbeiten am Standort der Gesellschaft durch die X Gesellschaft m.b.H., M., mit Wirksamkeit ab 21.11.2001 zugestimmt.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Gemäß § 87 Abs. 2 Bauarbeiterschutzverordnung (BauV) müssen bei Arbeiten auf Dächern mit einer Neigung bis zu 20° und einer Absturzhöhe von mehr als 3,00 Meter Absturzsicherungen oder Schutzeinrichtungen gemäß §§ 7 – 10 vorhanden sein.
Gemäß § 60 Abs. 1 ArbeitnehmerInnenschutzgesetz – ASchG haben Arbeitgeber dafür zu sorgen, dass Arbeitsvorgänge so vorbereitet, gestaltet und durchgeführt werden, dass ein wirksamer Schutz des Lebens und der Gesundheit der Arbeitnehmer erreicht wird.

Gemäß § 130 Abs. 1 Z 19 ASchG begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe von 166 bis 8.324 Euro, im Wiederholungsfall mit Geldstrafe von 333 bis 16.659 Euro zu bestrafen ist, wer als Arbeitgeber entgegen diesem Bundesgesetz oder den dazu erlassenen Verordnungen die Verpflichtungen betreffend die Vorbereitung, Gestaltung und Durchführung von Arbeitsvorgängen oder die Einrichtung, Beschaffenheit und Erhaltung von Arbeitsplätzen verletzt.

Gemäß § 130 Abs. 5 Z 1 ASchG begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe von 166 bis 8.3.24 Euro, im Wiederholungsfall mit Geldstrafe von 333 bis 16.659 Euro zu bestrafen ist, wer als Arbeitgeber/in den nach dem 9. Abschnitt weitergeltenden Bestimmungen zuwiderhandelt.

Gemäß § 3 Abs. 1 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz – AÜG ist Überlassung von Arbeitskräften die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte. Überlasser ist, wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet (Abs. 2). Beschäftiger ist, wer Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt (Abs. 3).
Gemäß § 2 Abs. 2 AÜG gilt für jede Überlassung von Arbeitskräften, dass keine Arbeitskraft ohne ihre ausdrückliche Zustimmung überlassen werden darf.
Gemäß § 4 Abs. 1 AÜG ist für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.
Gemäß § 4 Abs. 2 AÜG liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber

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

Der VwGH führt in seinem Erkenntnis vom 29.04.2011, Zl. 2011/09/0024, aus, dass selbst im Fall zivilrechtlich als Werkvertrag einzustufender Vereinbarungen (und einer entsprechenden Vertragsabwicklung) zwischen Unternehmer und "Subunternehmer" eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, wenn eine der Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG anwendbar ist. Einer Gesamtbeurteilung des Sachverhalts im Sinne des § 4 Abs. 1 AÜG bedarf es nur dann, wenn der Tatbestand keine der vier Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG (in Verbindung mit dem Einleitungssatz dieser Bestimmung) zur Gänze erfüllt.
Auch im Erkenntnis vom 19.05.2014, Ro 2014/09/0026, führt der VwGH aus, dass bei Erfüllung auch nur eines der in § 4 Abs. 2 Z 1 bis 4 AÜG genannten Tatbestandsmerkmale jedenfalls dem wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitskräfteüberlassung im Sinn des § 3 Abs. 1 AÜG durch den Werkunternehmer als Überlasser im Sinn des § 3 Abs. 2 AÜG (der insofern die überlassenen Arbeitskräfte mittelbar zur Arbeitsleistung an den Beschäftiger verpflichtet) an den Werkbesteller als Beschäftiger im Sinn des § 3 Abs. 3 AÜG vorliegt.
Dies wurde auch jüngst durch den Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 09.02.2017, Ra 2016/02/0179, ausgesprochen: „Nach § 9 ASchG liegt eine

Überlassung im Sinn des Gesetzes dann vor, wenn Arbeitnehmer Dritten zur Verfügung gestellt werden, um für sie unter deren Kontrolle zu arbeiten. 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 im Sinn des § 4 Abs. 1 AÜG. Daher kann selbst im Fall zivilrechtlich als Vertrag einzustufender Vereinbarungen (und einer entsprechenden Vertragsabwicklung) zwischen Unternehmer und „Subunternehmer“ eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegen. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist für das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung nicht entscheidend, ob und welche Rechtsbeziehungen zwischen dem Beschäftiger (Auftraggeber) und der Arbeitskraft, aber auch zwischen dem Beschäftiger und dem Überlasser bestehen. 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 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.“

5.2. Im Grunde des erwiesenen Sachverhaltes ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Dacheindeckung bzw. Dachmontagearbeiten ein eigenes Gewerk darstellen. Es ist auch unbestritten erwiesen, dass Arbeiter der X zum Kontrollzeitpunkt nicht auf dem Dach beschäftigt waren, sondern vielmehr ausschließlich Arbeiter der F. Kft.. Die X GmbH war nicht Arbeitgeber der angetroffenen Arbeitnehmer. Ihre Leistungen waren daher vom Betrieb und deren Arbeitsleistungen der X als Werkbesteller eindeutig abzugrenzen. Die Arbeiter waren nicht „im Betrieb“ der X beschäftigt. Zu Recht führt der Beschwerdeführer aus, dass die Herstellung eines Stahlbaues inkl. eines Dachgerüstes für den Stahlbau ein eigenes Gewerk ist und deutlich vom Dachdeckergewerbe, nämlich der Dacheindeckung abzugrenzen ist. Auch war zu keiner Zeit eine Feststellung dahin getroffen, dass Arbeiter der X an der Herstellung der Dacheindeckung mitwirkten. Dass grundsätzlich eine Einweisung durch den Beschwerdeführer an die Arbeiter der F. Kft. stattgefunden hat, ist im Sinne eines reibungslosen Ablaufes und einer reibungslosen Abwicklung eines Großprojektes erforderlich und daher kein besonderes Merkmal einer disziplinären oder organisatorischen Abhängigkeit. Es ist daher jedenfalls § 4 Abs. 2 Z 1 AÜG nicht erfüllt. Hinsichtlich der Z 2 des § 4 Abs. 2 AÜG ist jedoch anzumerken, dass es im Wirtschaftsleben und bei der Betreuung von Großbaustellen durchaus üblich ist, dass das Material vom Werkbesteller beigestellt wird. Bemerkenswert ist hier, dass der Beschwerdeführer ausführt und auch mit dem vorgelegten Auftragsschreiben belegt, dass für die

Verladung und Lagerung und die Transporttätigkeiten die F. Kft. verantwortlich ist. Dies spricht schon eher für eine Werkleistung. Darüber hinaus ist auch hervorgekommen, dass das übliche zur Werkverrichtung erforderliche Werkzeug von der F. Kft. beizustellen ist. Lediglich große Betriebsmittel wie Kran und Arbeitsbühnen werden laut Auftragsschreiben von der X beigestellt. Auch dies ist eine übliche Vorgangsweise auf Baustellen, wurde im Übrigen auch vom Beschwerdeführer sehr anschaulich begründet, nämlich dass das Beischaffen von so großen Betriebsmitteln aus U nicht sinnvoll ist. Darüber hinaus handelt es sich eben um eine größere Baustelle, wo große Betriebsmittel wie Kran, Arbeitsbühnen und dergleichen für verschiedene Leistungen erforderlich sind und daher vorhanden sind. Es kann daher auch nicht von der Erfüllung des § 4 Abs. 2 Z 2 AÜG ausgegangen werden. Eine organisatorische Eingliederung der Arbeiter in den Betrieb der X ist ebenfalls nicht offenkundig geworden. Es gibt keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass Arbeitszeitaufzeichnungen, tägliche Diensteinteilungen und die Arbeitsaufteilung und –gestaltung durch den Beschwerdeführer vorgenommen wird. Die vorgelegte Auftragsbestätigung hingegen weist darauf hin, dass der Auftragnehmer selbständig die Leistungen erbringt und für sämtliche Handlungen im Rahmen der Leistungserbringung sowie auch für sämtlichen allfälligen Schaden, den sein Personal verursacht, haftbar ist. Ebenfalls wird eine Haftung für den Fall der nicht termingerechten Erbringung der Leistung vereinbart. Auch muss die Vermessungsarbeit durch den Leistungserbringer erbracht werden bzw. muss er sich eines kundigen Fachmannes bedienen und hat hiefür die Kosten zu übernehmen. Auch hat der Auftragnehmer, also die F. Kft., sämtliche Nebenleistungen hinsichtlich Geräte, Werkzeug, Stoffe und Materialien sowie Arbeitsunterkünfte, Abortanlagen und dergleichen selbständig zu erbringen und hiefür zu haften. Es kann daher von einer organisatorischen Eingliederung bzw. einer Dienstaufsicht und Fachaufsicht der X nicht gesprochen werden. Das hingegen eine Kontrolle durch die X im Hinblick auf den Baufortschritt und die ordnungsgemäße Leistungserbringung erfolgt, ist nicht als organisatorische Unterordnung im Sinn des § 4 Abs. 2 Z 3 AÜG zu werten.

Schließlich ist zweifelsfrei erwiesen, dass nicht eine bestimmte Zahl von Arbeitskräften bestellt und zu bezahlen ist, die Arbeiter nicht nach Stunden gezahlt werden, sondern dass ein Montagepauschalpreis vereinbart wurde, in welchem sämtliche Leistungen und verwendeten Materialien und Aufwendungen enthalten sind, so insbesondere auch Nebenleistungen hinsichtlich des Personals wie Lohnnebenkosten, Unterbringung und Verpflegung der Arbeiter usw.. Auch wurde eine Gewährleistungsdauer festgelegt und auch die Bedingungen einer Gewährleistung bestimmt. Es ist damit auch geregelt, dass die F. Kft. für den Erfolg der Werkleistung haftet. Es war auch § 4 Abs. 2 Z 4 AÜG nicht zur Gänze nicht erfüllt.

Darüber hinaus ist auch anzumerken, dass die Leistungserbringung durch Fachpersonal zu erfolgen hat und es sich daher bei diesen Montagearbeiten nicht bloß um Hilfsarbeiten handelt.

Aber auch eine Gesamtbeurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, kommt nicht zu einer Arbeitskräfteüberlassung. Dabei erscheint wesentlich, dass die Arbeiter der F. Kft. nicht mit Arbeitern der X zusammengewirkt haben, da es seitens der F. Kft. eine technische Leiterin gibt und die Dachmontagearbeiten eine geschlossene Werkleistung im Rahmen eines Hallenneubaues darstellen. In Gesamtbetrachtung kann daher das Vorbringen des Beschwerdeführers, dass nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt keine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, nicht zur Gänze von der Hand gewiesen werden. Insbesondere entspricht es auch der Lebenserfahrung, dass Firmen in enger Zusammenarbeit kooperieren in dem Sinne, dass Teilleistungen eines Gesamtauftrages von Subfirmen in Eigenverantwortung erbracht werden. Es kann daher nicht mit der für die Durchführung eines Strafverfahrens erforderlichen Sicherheit von einer Arbeitskräfteüberlassung ausgegangen werden.

Der Europäische Gerichtshof hat in richtungsweisenden Entscheidungen in den Rechtssachen C-307/09 – C-309/09 (V.) vom 10.02.2011 und in der die Republik Österreich betreffenden Rechtssache C-586/13 (M.M.) vom 18.06.2015 entscheidende Erfordernisse für eine Entsendung von Arbeitnehmern nach der Richtlinie 96/71/EG bzw. Abgrenzungskriterien zur Arbeitskräfteüberlassung festgelegt.
In der Rechtssache V. definiert der Europäische Gerichtshof die Überlassung von Arbeitnehmern als eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung im Sinne des Art. 57 Abs. 1 AEUV, bei der der zur Verfügung gestellte Arbeitnehmer im Dienst des Dienstleistungserbringers bleibt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem Entleiher geschlossen wird (Rz 43). Entgegen einer Überlassung ist eine Entsendung lediglich ein vorübergehender Ortswechsel von Arbeitnehmern, die in einen anderen Mitgliedstaat entsandt werden, um dort im Rahmen von Dienstleistungen ihres Arbeitgebers Arbeiten auszuführen (Rz 45). Im Gegensatz dazu stellt bei einer Überlassung nach Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 der Wechsel der Arbeitnehmer in einen anderen Mitgliedstaat anders als bei einem nur vorübergehenden Ortswechsel den eigentlichen Gegenstand einer länderübergreifenden Dienstleistung dar (Rz 46). Als drittes Kriterium führt der Gerichtshof an, dass der Arbeitnehmer unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens arbeitet, also seine Arbeit nicht im Rahmen einer Dienstleistung verrichtet, die sein Arbeitgeber im Aufnahmemitgliedstaat erbringt (Rz 47).

Unter Zugrundelegung des Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 96/71 und der §§ 3 und 4 AÜG kam daher der Gerichtshof im Urteil vom 18.06.2015, C-586/13, zu dem Ergebnis, dass bei der Feststellung, ob der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung die Entsendung (gemeint wohl Überlassung) des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat ist, insbesondere jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen ist, dass der Dienstleistungserbringer nicht die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich festgelegten Leistung trägt. Ergibt

sich daher aus dem Vertrag, dass der Dienstleistungserbringer verpflichtet ist, die vertraglich vereinbarte Leistung ordnungsgemäß auszuführen, ist es grundsätzlich weniger wahrscheinlich, dass es sich um eine Arbeitskräfteüberlassung handelt, als wenn er die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung dieser Leistung nicht zu tragen hat (Rz 36). Dabei deutet der Umstand, dass die Vergütung des Dienstleistungserbringers nicht nur von der Menge des verarbeiteten Fleisches, sondern auch von dessen Qualität abhängt, darauf hin, dass der Dienstleistungserbringer zur ordnungsgemäßen Ausführung dieser Leistung verpflichtet ist. Zudem kann der Umstand, dass es dem Dienstleistungserbringer frei steht, die Zahl der Arbeitnehmer zu bestimmen, deren Entsendung in den Aufnahmemitgliedstaat er für sachgerecht hält, dafür sprechen, dass der Gegenstand der betreffenden Leistung nicht der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat ist, sondern dieser Wechsel mit der Erfüllung der in dem in Rede stehenden Vertrag vereinbarten Leistung einhergeht, und dass es sich somit um eine Entsendung von Arbeitnehmern handelt (Rz 38). Weder der Umstand, dass der Dienstleistungserbringer nur einen einzigen Kunden im Aufnahmemitgliedstaat hat, noch die Tatsache, dass er die Räumlichkeit, in denen die Dienstleistung erbracht wird, und die Maschinen mietet, liefern einen sachgerechten Hinweis für die Beantwortung der Frage ob der tatsächliche Gegenstand der in Rede stehenden Erbringung von Leistungen der Wechsel von Arbeitnehmern in diesen Mitgliedstaat ist. Außerdem ist zwischen der Beaufsichtigung und Leitung der Arbeitnehmer selbst und der vom Kunden durchgeführten Überprüfung der ordnungsgemäßen Erfüllung eines Dienstleistungsvertrags zu unterscheiden. Bei der Erbringung von Dienstleistungen ist es nämlich üblich, dass der Kunde überprüft, ob die Dienstleistung vertragsgemäß erbracht wird. Zudem kann der Kunde bei der Erbringung von Dienstleistungen den Arbeitnehmern des Dienstleistungserbringers bestimmte allgemeine Anweisungen erteilen, ohne dass damit in Bezug auf diese Arbeitnehmer die Ausübung einer Leitungs- und Aufsichtsbefugnis verbunden ist, sofern der Dienstleistungserbringer seinen Arbeitnehmern die genauen und individuellen Weisungen erteilt, die er für die Ausführung der betreffenden Dienstleistungen für erforderlich hält. In der Rz 41 hält daher der Gerichtshof für die Feststellung, ob ein Vertragsverhältnis als Arbeitskräfteüberlassung iSd Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 einzustufen ist, fest, dass jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen ist, ob der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat den eigentlichen Gegenstand der Dienstleistung, auf den sich dieses Vertragsverhältnis bezieht, darstellt oder nicht. Einen Hinweis darauf, dass ein solcher Wechsel nicht der eigentliche Gegenstand der betreffenden Dienstleistung ist, stellen grundsätzlich u.a. der Umstand dar, dass der Dienstleistungserbringer die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich vereinbarten Leistung trägt, sowie der Umstand, dass es dem Dienstleistungserbringer frei steht, die Zahl der Arbeitnehmer zu bestimmen, deren Entsendung in den Aufnahmemitgliedstaat er für sachgerecht hält. Hingegen erlaubt der Umstand, dass das Unternehmen, dem die betreffende Leistung zukommt, kontrolliert, ob diese vertragsgemäß ist, oder

allgemeine Anweisungen an die Arbeitnehmer des Dienstleistungserbringers erteilen kann, als solcher nicht die Schlussfolgerung, dass eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt.

Da auch die gegenständliche Dienstleistungserbringung Auslandsbezug aufweist und den mit der Richtlinie 96/71/EG geregelten freien Dienstleistungsverkehr betrifft, war die Auslegung des Europäischen Gerichtshofes in den obzitierten Entscheidungen auch bei der Rechtsanwendung des nationalen Rechts heranzuziehen. Nach den Erwägungen der Generalanwältin und des Gerichtshofes liegen daher auch im vorliegenden Fall Anhaltspunkte vor, die für eine Entsendung sprechen, insbesondere, dass Gegenstand des Vertrags die Erbringung von Dachmontageleistungen und nicht eine Arbeitskräfteüberlassung ist, sowie dass für die vertragsgemäße Ausführung bzw. für eine Mängelbehebung das entsendende Unternehmen haftet sowie dass genaue Anweisungen für die Ausführung der Leistung sowie die Zahl der Arbeitnehmer, die die Leistung erbringen, vom entsendenden Unternehmen stammen und dass letztlich konkrete Anweisungen hinsichtlich der Erbringung der Leistung im Detail nicht vom Beschuldigten sondern ebenfalls vom entsendenden Unternehmen kommen. Angesichts dieser Anhaltspunkte war die von der belangten Behörde angenommene Arbeitskräfteüberlassung nicht nachweisbar und nicht mehr aufrecht zu erhalten.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann und keine Verwaltungsübertretung bildet.
Es war daher spruchgemäß das Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

5.3. Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass die Verpflichtungen des Arbeitgebers gemäß § 60 Abs. 1 ASchG für den Fall der Nichtbeachtung nach § 130 Abs. 1 Z 19 ASchG unter Strafe gestellt werden und in § 130 Abs. 1 Einleitung ASchG der entsprechende Strafrahmen festgelegt ist. Nach der Bestimmung des § 60 Abs. 1 hat der Arbeitgeber dafür zu sorgen, dass Arbeitsvorgänge vorbereitet, gestaltet und durchgeführt werden, dass ein wirksamer Schutz des Lebens und der Gesundheit der Arbeitnehmer erreicht wird. Ein entsprechender Tatvorwurf, dass die X als Arbeitgeber den entsprechenden Pflichten der Vorbereitung, Gestaltung oder Durchführung nicht nachgekommen ist, ist dem Straferkenntnis unter Punkt 2 des Tatvorwurfes nicht zu entnehmen. Gleichfalls ist daher auch nicht differenziert, welche der in § 130 Abs. 1 Z 19 ASchG unter Strafe gestellten Verpflichtungen hinsichtlich der Vorbereitung, Gestaltung und Durchführung tatsächlich verletzt wurde und mit dem Straferkenntnis bestraft werden soll. Mangels einer Subsumtion zu der entsprechenden Strafnorm war daher auch der Tatvorwurf

Punkt 2 im Sinn des § 44a Z 1 VStG mangelhaft und ist daher bereits Verfolgungsverjährung eingetreten.

6. Bei diesem Ergebnis entfällt die Verpflichtung zur Leistung eines Kostenbeitrages zum Beschwerdeverfahren gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG.

7. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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.

H i n w e i s

Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt