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-301477/7/SE

Datum: Linz, 29. September 2017

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Ellmer über die Beschwerde von D.T.B., vertreten durch Mag. P.G., PLL.M, Rechtsanwältin, X, W., vom 27. September 2016, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 30. August 2016, GZ: SanRB96-Ge-27-2015, wegen Übertretung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, und das angefochtene Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 30. August 2016, GZ: SanRB96-Ge-27-2015, behoben sowie das Strafverfahren eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens 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 Perg (in der Folge: belangte Behörde) vom 30. August 2016, GZ: SanRB96-Ge-27-2015, wurde D.T.B. (in der Folge: Beschwerdeführer) belangt, in 60 Fällen das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz übertreten zu haben. Es wurde eine Geldstrafe in der Höhe von 5.000 Euro sowie eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Höhe von 336 Stunden verhängt. Ferner wurde ein Kostenbeitrag in der Höhe von 500 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde (auszugsweise Wiedergabe):

„Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit gem. § 9 VStG zur Vertretung der Firma L. GmbH mit Sitz in X, W. nach außen Berufener zu verantworten, dass, wie im Zuge einer Kontrolle auf der Baustelle „H. Fa. S.“ in S., X durch Organe der Finanzpolizei, Team 43, am 18.11.2014 um 12:45 Uhr festgestellt wurde, die Firma L. GmbH in ihrer Eigenschaft als Überlasserin, bei der Ausübung der bewilligungsfreien Überlassung von Arbeitskräften vom Ausland (D.) nach Österreich es unterließ, die unten angeführten Arbeitskräfte, welche ab den 04.08.2014 mit der Arbeit auf der oben bezeichneten Baustelle begonnen haben, spätestens eine Woche vor der Arbeitsaufnahme in Österreich der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung (nach dem AuslBG und dem AVRAG) des Bundesministeriums für Finanzen mittels ZKO 4 Formular zu melden.
Die Firma L. GmbH wäre verpflichtet gewesen, nachgenannte Arbeitnehmer (Durchgeführte Tätigkeit: Regalbau) mittels Formular ZKO 4 zu melden und wurde diese Meldung bis zum Kontrollzeitpunkt am 18.11.2014 um 12:45 Uhr nicht erstattet.
1. […]
60. […]

Es wurde dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:
§ 17 Abs. 2 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz – AÜG BGBl. Nr. 196/1988 in der Fassung BGBl. I Nr. 98/2012
Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird gem. §§ 9, 19 Verwaltungsstrafgesetz 1991 BGBl. Nr. 52/1991 in der Fassung BGBl. Nr. 33/2013 – VStG folgende Strafe über Sie verhängt:

Geldstrafe in Euro	Falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	gemäß
€ 5.000,-	336 Stunden	---	§ 22 Abs. 1 Z 2 1. Fall Arbeitskräfteüberlassungsgesetz – AÜG BGBl. Nr. 196/1988 idF. BGBl. I Nr. 98/2012

”

Diese Entscheidung wurde im Wesentlichen damit begründet, dass bei der Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei Team 43 für das Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr am 18. November 2014, 12:45 Uhr, auf der Baustelle in S., X,

60 Arbeitnehmer angetroffen worden seien, für die keine Meldung mittels Formular ZKO 4 vorgelegen seien.

Es handle sich um eine Entsendung, weil Weisungsgebundenheit der Arbeitnehmer gegenüber der M.P. GmbH vorgelegen habe, die Baustellencontroller von der M.P. gestellt und sämtliche Anweisungen von diesen an die geliehenen Arbeitskräfte weiter gegeben worden seien. Die überlassenen Arbeitnehmer seien für die Dauer der Überlassung in den Betrieb der M.P. GmbH eingegliedert gewesen und seien für die Verrichtung betriebseigener Aufgaben eingesetzt worden. Die M.P. GmbH habe die Baustelle koordiniert, Bautagebücher und sonstige Berichte geführt sowie die Materialbeschaffung organisiert. Auch habe die M.P. GmbH Hebebühnen und Kräne zur Verfügung gestellt. Aufgrund der Gesamtbeurteilung liege eine Arbeitskräfteüberlassung vor.

I.2. Dagegen hat der Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde erhoben und die ersatzlose Behebung des angefochtenen Straferkenntnisses sowie die Einstellung des Strafverfahrens in eventu die Herabsetzung der verhängten Strafe auf ein tat- und schuldangemessenes Maß beantragt.

Zusammengefasst wurde in der Beschwerde Folgendes vorgebracht:

- Es liege eine Entsendung der Arbeitnehmer der L. GmbH nach Österreich und deren dortige Einsetzung vor, um einen von der L. GmbH übernommenen Auftrag der R. – M.P. GmbH durchzuführen.
- Der von der Finanzpolizei einvernommene polnische Mitarbeiter habe über keine konkreten und korrekten Informationen über die Vertragslage zwischen der R. – M.P. GmbH und der L. GmbH verfügt.
- Der einvernommene polnische Mitarbeiter kenne die verwendeten Rechtsbegriffe wie Arbeitskräfteentsendung, Arbeitskräfteüberlassung bzw. Personalleasing nicht.
- Zwischen der R. – M.P. GmbH und der L. GmbH liege ein Werkvertrag vor.
- Die zum Zweck der Montageherstellung nach Österreich entsandten Arbeitnehmer der L. GmbH hätten unter der Leitung ihres Unternehmens an der Führung an ihrem laut Projekt übernommenen Aufgaben als Erfüllungshilfen der L. GmbH gearbeitet. Sie seien von der L. GmbH entlohnt worden, bei ihr sozialversicherungsrechtlich versichert gewesen und ihr gegenüber auch weisungsgebunden gewesen. Deshalb sei auch eine ZKO 3 - Meldung erfolgt.
- Die L. GmbH benütze ihr eigenes Werkzeug, welches entweder gekauft oder gemietet werde.
- Die belangte Behörde hätte den detaillierten Ablauf der Baustellenkontrolle eruieren müssen. Sie habe sich auf die bloße Wiedergabe der verfehlten Ausführungen der Organe der Finanzpolizei beschränkt.
- Das bei der Einvernahme des polnischen Mitarbeiters beigezogene „sprachkundige Organ“ sei nicht in der Liste der gerichtlich eingetragenen

Dolmetscherinnen eingetragen. Es sei fraglich, ob die Rechtsbegriffe „verleihen von Arbeitskraft“, „arbeiten im Auftrag“ und „verleasen“ von Arbeitskräften richtig wiedergegeben und übersetzt worden sei.

- Die belangte Behörde habe die im Verfahren vorgebrachten Beweise weder ausreichend berücksichtigt noch die angebotenen Beweisanträge aufgenommen.
- Die rechtlichen Ausführungen der belangten Behörde zum angeblichen Vorliegen einzelner rechtlicher Kriterien, welche nach Rechtsansicht der belangten Behörde für eine Arbeitskräfteüberlassung sprechen würden, würden sich zum einen teilweise vom festgestellten Sachverhalt entfernen und zum anderen würden sie abermals auf bloße Vermutungen fußen.
- Die belangte Behörde ziehe zur rechtlichen Begründung für das Vorliegen der Arbeitskräfteüberlassung und der Verwaltungsübertretung unrichtigerweise den Vertrag zwischen der R. – M.P. GmbH und der S. GesmbH heran.
- Die Höhe der verhängten Geldstrafe sei im Verhältnis zum Unrechtsgehalt der Tat überproportional.
- Die belangte Behörde habe auf die Geringfügigkeit des Verschuldens (leicht fahrlässig) des Beschwerdeführers hingewiesen und führe Milderungsgründe wie die bisherige Unbescholtenheit, erstmaliges ordnungswidriges Handeln sowie kein Wiederholungsfall an. Gleichzeitig habe sie jedoch die Höchststrafe verhängt.
- Der Beschwerdeführer habe frist- und vorschriftsgemäß alle Meldungen betreffend der angetroffenen Arbeitnehmer erstattet.

I.3. Mit Schreiben vom 20. Februar 2017, eingelangt am 23. Februar 2017, legte die belangte Behörde das eingebrachte Rechtsmittel samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt unter Hinweis darauf, dass der Akt in Verstoß geraten sei und deshalb erst jetzt übermittelt wurde, dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor und beantragte die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie die Abweisung der Beschwerde.

I.4. Zwischen der P. GmbH und der L. GmbH wurde am 22. Juli 2014 ein „Subunternehmer-Werkvertrag“ mit Folgendem Inhalt abgeschlossen:

SUBNEHMER - WERKVERTRAG

Auftraggeber: R. - M.P. GmbH
X
N.
Österreich

Auftragnehmer: L. GmbH
X
W.
D.

R. - M.P. GmbH erteilt dem Auftragnehmer auf Basis nachstehend angeführter Auftragsgrundlage den Auftrag zur Durchführung der Montage im Rahmen des Projekts

Projekt: S. GmbH S.

1) Vertragsgrundlagen

Vertragsgrundlagen und somit Inhalt dieser Vereinbarung sind:

1.1) Die Bestimmungen dieses Auftrages;
1.2) Das Toleranzblatt Nr 9.831 nach FEM Richtlinien,
1.3) Das vom Auftraggeber erstattete Leistungsverzeichnis anfälliger von ihm errichteter Bau- und Konstruktionspläne sowie sonstige Arbeitsunterlagen, für deren sachliche Richtigkeit und Vollständigkeit der Auftraggeber haftet.
1.4) Montageanweisung
1.5) Allgemeine Geschäftsbedingungen

1.6) Geschäftsbedingungen des Auftragnehmers werden durch Annahme dieses Vertrages außer Kraft gesetzt. Dies auch dann, wenn sie sich auf dem Geschäftspapier und dgl. Des Auftragnehmers befinden und ihnen P. GmbH nicht neuerlich widerspricht. Bei Widersprüchen im Vertrag gelten die Vertragsbestandteile in vorgenannter Reihenfolge.

2) Montage

Die Auftragssumme beinhaltet sämtliche zur Montage erforderlichen Werkzeuge, Montagehilfsmittel sowie Baucontainer und Transport. Kran und div. Hebezeuge werden gestellt.

2.1) Regalbau, in Schraubsystem inkl. Verbandtürme für Kanallager lt. Plan Nr. x
2.2) Stahlbau - Dach und Seitenwand
2.3) Bühnenkonstruktion
2.4) Montage und Demontage der temorären Montagverbände
2.5) Endreinigung

Die Höhentoleranz der Fundamentplatte bezogen auf alle Festpunkte betragen +/- 15 mm. Die max. zulässigen Toleranzen für das Bauwerk sind den entsprechenden FEM- Richtlinien / EN 15620 zu
entnehmen.
Die angegebenen Werte sind max. Angaben, die alle Einflüsse wie Fertigungs-, Montage- und Verformungswerte enthalten.

Komplette Montage nach den vorgegebenen Toleranzen des Gesamtgewerkes Stahlbau.
Der Umfang beinhaltet sämtliche Elemente, wie sie in den zum Gewerk gehörenden Stücklisten und Zeichnungen aufgeführt sind. Die Zeichnungen und Stücklisten werden Ihnen zur Verfügung gestellt.

Der Auftragnehmer ist verpflichtet, die vom Auftraggeber gestellten temporären Querverbände zur Sicherung der R. in der Montagephase nach den Angaben des Auftraggebers zu montieren und entsprechend dem Baufortschritt wieder zu demontieren.

Sämtliche Schraubverbindungen werden durch feuerverzinkte Schrauben hergestellt. Die geltenden Vorschriften sind zu beachten - z. B. HV-Richtlinien.
Die geltenden Unfallverhütungsvorschriften, Gerüstforderungen und Brandschutz-vorschriften sind einzuhalten.

Montageschäden sind mit Rostschutzfarbe + Decklackierung vor Abnahme der Konstruktion zu beheben. Diese gilt auch für die Verbindungsteile und die Anschlußstellen, die am Bau nach dem Ausrichten verschweißt werden müssen.

Der Auftragnehmer ist an Weisungen des Auftraggebers oder dessen bevollmächtigten Vertreters gebunden und hat diesen Folge zu leisten.

Der Auftragnehmer ist verpflichtet den Auftraggeber oder dessen bevollmächtigten Vertreter über alle Unregelmäßigkeiten vor Ort schriftlich und unverzüglich zu informieren, welche den ordnungsgemäßen und termingerechten Fortschritt der Auftragserfüllung in irgendeiner Form gefährden könnte.

- Die Bezugsachsen werden vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt.

Achtung: Ankerschrauben dürfen nicht angeschweißt werden!!!!!!!!

Der Auftragnehmer versichert, daß auf der Baustelle eingesetzte Arbeitskräfte ausschließlich nach dem letztgültigen Ausländerbeschäftigungsgesetz eingesetzt werden. Er sorgt dafür, daß diese Verpflichtung auch von Sub-Unternehmern eingehalten wird.

Für den fall des Zuwiderhandelns verpflichtet sich der Auftragnehmer zur Zahlung einer Vertragsstrafe von € 7.300,- je betroffenen Mitarbeiter. Darüber hinaus verpflichtet sich der Auftragnehmer jedoch den Auftraggeber für tatsächlichen und nachweislich eingetretenen Schaden aus diesem Punkt vollständig schad- und klaglos zu halten.

Sinngemäß gleiches gilt für den Fall, daß der Auftragnehmer gegen das hiermit für den gesamten Baustellenbereich vereinbarte Alkohol und Rauchverbot für alle Beschäftigten verstößt bzw. nicht sofort und nachhaltig für Abhilfe bei Verstößen sorgt

3) Auftragssumme

Gesamtpreis netto € 350.000,-

Dem Auftrag wird ein Pauschalpreis zugrunde gelegt, es trägt also der Auftragnehmer - ungeachtet des Umstandes, daß die Auftragssumme detailliert errechnet wurde - die Gefahr für allenfalls notwendige Mehraufwendungen und Mehrkosten. Dies gilt nicht für nachträgliche schriftliche Änderungen und Ergänzungsaufträge von P. GmbH.

Der Auftragnehmer hat die Erbringung der von ihm zugesagten Leistung notwendigen Auftragsgrundlagen selbst geprüft und erstellt. Es geht daher jede Fehleinschätzung des

Leistungsumfanges, die auf Außerachtlassung pflichtgemäßer Sorgfalt bei Erarbeitung dieser Auftragsgrundlagen zurückzufuhren ist, ausschließlich zu seinen Lasten.

Regiearbeiten werden nur vergütet, wenn sie ausdrücklich angeordnet und schriftlich bestätigt wurden. Für Regiearbeiten sind gesondert, für beide Vertragspartner jederzeit zugängliche Aufzeichnungen zu fuhren.

4) Zusatz und Schriftlichkeit als Wirksamkeitsvoraussetzung

4.1) Der Auftragnehmer wird Erweiterungen und/oder Verringerungen des Auftragsvolumens im branchenüblichen Ausmaße akzeptieren. Die Branchenüblichkeit ist nach den einschlägigen Ö-Normen oder nach Art und Umfang des jeweiligen Gesamtprojektes zu beurteilen, die auch diesem Auftrag zugrunde gelegt wurde.

4.2) Zusatzaufträge bedürfen, um verbindlich zu sein, der schriftlichen Form und gelten im Zweifel als zu den Bedingungen dieses Auftrages abgeschlossen. Ist eine schriftliche Festlegung nicht möglich, bedürfen sie einer zumindest nachfolgenden schriftlichen Bestätigung, deren Verbindlichkeit nur durch unverzüglichen schriftlichen Widerspruch des Vertragspartners außer Kraft gesetzt werden kann. Für den Fall, daß keine anders lautende Vereinbarung getroffen wird, gelten sie als auf Basis der Pauschalpreisregelung.

5 Vergütungs- und Pönalvereinbarungen

Der Auftragnehmer verpflichtet sich bei sonstigem Schadensersatz, rechtzeitig mit dem erteilten Auftrag zu beginnen, diesen zügig und in sorgfältiger Anpassung an die Erfordernisse des Gesamtprojekts fortzuführen und die von ihm zu erbringenden Leistungen bis zum

Montagebeginn KW 33/2014
Montageende KW 43/2014

mangelfrei fertigzustellen.
Zwischentermine lt. Terminplan.

Starttermin ist jeweils der Montag der angefangenen Woche. Fertigstellungstermin jeweils der Freitag der angefangenen Woche.

Für den Fall, daß der Auftragnehmer seine Leistungen oder Abschnitte derselben nicht mangelfrei oder nicht fristgerecht erfüllt, wird folgender Vergütungsbeitrag (Pönale) vereibart:

d.h. 1 % pro begonnener Woche
max. 5 %

die Pönale gilt für sämtliche angeführten Termine.

Bei Vorliegen der Voraussetzung der Geltendmachung des Vergütungsbetrages ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, einen Nachweis darüber zu erbringen, daß bei der ihm

tatsächlich eingetretenen Schaden die Höhe der Vergütungsbetrages erreicht. Ungeachtet dessen kann er auch einen Vergütungsbetrag übersteigenden Schaden ersetzt begehren.

Die Beweislast für die ordnungsgemäße Leistungserbringung trifft in jedem Fall den Auftragnehmer. Für den Fall, daß der Auftragnehmer vermeint, daß andere Dritte an der nicht ordnungsgemäßen Leistungserbringung eine Verantwortlichkeit trifft, kann er dies dem Auftraggeber nicht entgegenhalten. Sofern die P. GmbH eine mangelhafte Leistungserbringung rügt und dieser die Berechtigung der Mängelrüge nicht binnen 8 Tagen schriftlich bestreitet, bedeutet dies ein zu diesem Zeitpunkt abgegebenes Anerkenntnis der gerügten Mängel.
Die Pönalvereinbarung unterliegt nicht dem gerichtlichen Mäßigungsrecht.

6) Fälligkeit der Zahlung

Teilrechnungen können nach Arbeitsfortschritt bei mangelfreier Leistungserbringung gelegt werden.

7) Leistungsstörung

Der Auftragnehmer sichert für sich, seine Leute und seine Erfüllungsgehilfen größtmögliche fachliche Qualifikation und Anwendung ebensolcher Sorgfalt zu. Er haftet für von ihm zugekaufte Leistungen oder Materialien wie für eigene.

Leidet die vom Auftragnehmer zu erbringende Leistung an einem Mangel, ist P. GmbH wohl berechtigt, aber nicht verpflichtet, eine Verbesserungsmöglichkeit unter angemessener Nachfristsetzung einzuräumen. Es steht ihr aber das Wahlrecht zu, den Mangel auf Kosten des AN zu beheben oder beheben zu lassen.

Ist ein vom AN zu verantwortender Mangel so schwerwiegend, dass er auf außergewöhnliche Sorglosigkeit und/oder mangelnde Fachkenntnis zurückzufuhren ist, berechtigt die P. GmbH ohne Nachfristsetzung der Rücktritt vom Vertrag mit sofortiger Wirksamkeit zu erklären, ohne dass der Auftragnehmer hieraus Ansprüche, aus welchem Titel auch immer, ableiten könnte.

8) Schadenshaftung

Der Auftragnehmer haftet für alle Schäden, die durch seine mangelhafte oder verspätete Erfüllung dem Auftraggeber entstehen.

Bei einem vom Auftragnehmer zu vertretenden Personenschaden haftet der Auftragnehmer im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen.

9) Versicherung

Bei Vertragsabschluss ist vom Auftragnehmer der Nachweis zu erbringen, dass er eine für den Montageort gültige Betriebshaftpflichtversicherung abgeschlossen hat, die zumindest eine Haftung von:

€ 5,000.000,-

je Schadenfall, je Ereignis, je Verstoß vorsieht:

a) Für Personenschäden
b) Für Sach- und Vermögensschäden

9) Gerichtsstand

Als Gerichtsstand wird das zuständige Gericht in Linz vereinbart."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat am 14. September 2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt. Die belangte Behörde entschuldigte ihre Teilnahme. Alle anderen Parteien waren anwesend. Weiters wurde der am Kontrolltag tätige Vorarbeiter der L. GmbH als Zeuge einvernommen.

Die Niederschrift über die mündliche Verhandlung am 11. Juli 2017 betreffend Beschwerdeverfahren „W.P.", LVwG-301294-10ad/SE/TK, wurde zum Akt genommen und eine Kopie an den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers übergeben.

Im Wesentlichen wurde in den mündlichen Verhandlungen Folgendes vorgebracht:

W.P.: Die R.-M.P. GmbH (idF kurz: P. GmbH) sei eine Montagefirma mit drei Mitarbeitern, die nur für Montagen zuständig sind. Kleinere Aufträge könnten übernommen und größere Aufträge würden an Subunternehmen weitergegeben werden. Konkret sei der Montageauftrag von der S. GmbH im Juni 2014 erteilt worden und dann sei im Juli 2014 die L. GmbH als Subunternehmen beauftragt worden. Den Kontakt zur S. GmbH habe Herr S. (idF. kurz: Zeuge 1) als „Projektleiter" der P. GmbH gehalten. Seine Aufgabe sei die vertraglich verpflichtende Dokumentation des Baufortschrittes für die S. GmbH gewesen. Er habe Fotos angefertigt und ein Bautagebuch geführt. Die L. GmbH habe dazu keinen Zugriff gehabt. Die P. GmbH habe von der S. GmbH die Baupläne für die Regale erhalten und diese an die L. GmbH weitergegeben. Ansprechpartner seien die Geschäftsführer der L. GmbH gewesen. Die S. GmbH sei für das Material, das sie auch hergestellt habe, und die Anlieferung zuständig gewesen. Es habe Schwierigkeiten bei der Anlieferung gegeben, weshalb Zeuge 1 öfter auf der Baustelle sein und intensiv mit der S. GmbH kooperieren musste. Die S. GmbH habe dem Zeugen 1 mitgeteilt, mit welchen Bauteilen fortgesetzt werden sollte. So konnte ein Stillstand im Baufortschritt vermieden worden. Dies wurde an Herrn S. (idF. kurz: Zeuge 2) weitergegeben. Darüber hinaus gab es keine Kontakte zu Mitarbeitern der L. GmbH. Aufgabe der L. GmbH sei gewesen, die Regalbauteile entsprechend den Plänen zusammenzubauen und aufzustellen.

Zum Errichten der Regale benötige man „Kleinwerkzeug“ wie Schlüsseln, Nussen, elektrische Schlagbohrer und große Geräte wie Kräne, Hebebühnen und dgl. Das Kleinwerkzeug stamme von der L. GmbH und habe sich in deren Baucontainer vor Ort befunden. Es könne sich niemand leisten, die großen Gerätschaften selbst anzukaufen, insbesondere auch deshalb, da immer unterschiedliche Geräte je Baustelle erforderlich seien.
Konkret habe die P. GmbH die großen Gerätschaften angemietet, da dies günstiger gewesen sei.
Mitarbeiter der L. GmbH hätten eine eigene Arbeitskleidung der L. GmbH getragen. Sie seien auch nie am Standort der P. GmbH gewesen. Für die Unterkünfte und Krankmeldungen sei die L. GmbH zuständig gewesen. Die P. GmbH erhielt darüber keine Informationen. Auch über die Anzahl der von der L. GmbH eingesetzten Arbeiter habe er nicht Bescheid gewusst. Ausschließlich die Einhaltung der Termine sei wesentlich gewesen.

Zeuge 1: Die S. GmbH habe falsches Material geliefert, weshalb nicht plangemäß begonnen werde konnte. Gemeinsam mit einem Mitarbeiter der S. GmbH und Zeugen 2 habe er versucht, eine Lösung zu finden. Das Problem sei gelöst worden und es sei zu keinem Stillstand auf der Baustelle gekommen. Er habe nur mit Zeugen 2 von der L. GmbH Kontakt gehabt. Dabei sei es ausschließlich um die Materialsituation gegangen. Von der S. GmbH habe er die jeweiligen Detailpläne erhalten, die er dann an den Zeugen 2 weitergegen habe.
Einweisungen habe er nicht durchgeführt. Von Krankenständen der Mitarbeiter der L. GmbH habe er keine Kenntnis gehabt. Die großen Gerätschaften habe die P. GmbH angemietet. Das Kleinwerkzeug und der Baucontainer für die L. GmbH habe nicht von der P. GmbH gestammt. Er habe den Baufortschritt dokumentiert, was aufgrund der Materialschwierigkeiten besonders wichtig gewesen sei. Von Montag bis Freitag sei er immer sporadisch auf der Baustelle gewesen.

Büroangestellte der P. GmbH: Die P. GmbH habe Kran und Bühne beigestellt. Das Kleinwerkzeug sei von der L. GmbH gekommen. Zeuge 1 sei das „Sprachrohr“ zwischen der P. GmbH und der L. GmbH gewesen.

Zeuge 2: Er habe im November 2014 auf der Baustelle in S. als Vorarbeiter Regale errichtet. Angestellt sei er bei der L. GmbH gewesen. Sein Chef, Herr P., habe alles bestimmt. Üblicherweise würden sie in Gruppen zu den Baustellen fahren. Je nach Auftrag könne es sein, dass bereits Kollegen auf der Baustelle sind und je nach Arbeitsaufwand auch noch welche nachkommen.
Seine Tätigkeit sei die Beaufsichtigung der Arbeiter gewesen. Alle seien von der L. GmbH gekommen. Er habe auch Arbeitsaufträge erteilt. Was zu machen sei, hat ihm sein Chef, Herr P., gesagt. Dieser sei alle paar Tage auf der Baustelle gewesen und habe ihm persönlich die Anweisungen erteilt. Es habe Baupläne gegeben, welche er lesen und umsetzen konnte. Wenn es ein Problem mit dem Material und in der Folge auch mit den vereinbarten Terminen gab, habe er Zeugen 1

kontaktiert. Dieser habe sich um diese gekümmert. Anweisungen vom Zeugen 1 hinsichtlich Art und Weise der Montage der Regale habe es nicht gegeben. Das Kleinwerkzeug, wie elektrische Bohrer und Fräser etc., sei von der L. GmbH gekommen und vor Ort gewesen. Das organisiere das Büro der L. GmbH. Die notwendigen größeren Gerätschaften wie Stapler, Kran und Hebebühnen habe die L. GmbH besorgt. Krankenstände und andere Abwesenheiten von Arbeitnehmern seien ihm gemeldet worden und er habe es an die L. GmbH weiterleitet. Zeuge 1 sei darüber nie informiert worden. Es hätte dazu auch keine Verpflichtung gegeben. Er habe die Stundenaufzeichnungen geführt, aber keine Berichte verfasst.
Bei der Befragung durch die Finanzpolizei sei er sehr gestresst gewesen. Er habe nicht die richtigen Worte gefunden und seine Aussagen seien nicht richtig übersetzt worden.
Es sei nicht richtig, dass er das Wort geleast benutzt habe. Er habe das Wort „wynajac“ verwendet. Dazu führte die beigezogene Dolmetscherin aus, dass dieses Wort viele Bedeutungen in verschiedenen Zusammenhängen hat, insbesondere „jemanden beauftragen“, aber auch „etwas mieten“.
Nach Fertigstellung eines Bauabschnittes sei jemand von der S. GmbH gekommen und habe alles kontrolliert. Zeuge 1 sei bei diesen „Abnahmen“ auch anwesend gewesen.

Geschäftsführer P.: Die L. GmbH sei eine reine Montagefirma mit 80 Arbeitnehmern. Mit der P. GmbH sei schon oft zusammengearbeitet worden. Es gäbe aber auch Geschäftsbeziehungen zu anderen Unternehmen. In P. und D. würden sie auch direkt mit der S. GmbH zusammenarbeiten. Bei der konkreten Baustelle sei mit der P. GmbH schon vorab vereinbart worden, dass diese die Kräne, Hebebühnen und andere größere Gerätschaften besorgt, weil dies durch die P. GmbH einfacher und auch günstiger in Österreich zu erledigen gewesen sei als für die L. GmbH aus D. aus. Die Beauftragung sei zudem relativ kurzfristig erfolgt. Die Unterkünfte für die Arbeitnehmer hätte die L. GmbH organisiert.
Er habe sich zu Beginn der Arbeiten mit zwei, drei Mitarbeitern alles vor Ort angesehen. Die Bodenplatte sei vermessen und dann seien die „Verankerungen“ und Sonstiges eingemessen und angezeichnet worden. Die S. GmbH sei Auftraggeber der P. GmbH. Diese produziere die Regale und liefere sie auch. Aufgabe der L. GmbH war alleinig die Montage.

Der Beschwerdeführer auf Vorhalt mehrerer von der P. GmbH ausgestellter Rechnungen betreffend Miete von Zimmern, Stehzeiten und Reparatur von Großgeräten: Zu Beginn der Baustelle habe aufgrund der Kurzfristigkeit die P. GmbH erstmals Zimmer angemietet. Die Großgeräte seien bei der Verrichtung der Montagearbeiten durch Arbeitnehmer der L. GmbH beschädigt worden. Der Abtransport und die Reinigung des Baustellencontainers von der P. GmbH der L. GmbH in Rechnung gestellt worden, weil diese aus Zweckmäßigkeits- und Kostengründen von dieser angemietet worden sei.

Die Höhe des Pauschalpreises des Auftrages sei abhängig von den notwendigen Zeitwerten für jedes Bauteil bzw. jede Baugruppe. Dazu kämen noch Faktoren wie Zufahrtsmöglichkeiten zur Baustelle udgl. Die Anzahl der auf der Baustelle einzusetzenden Arbeitnehmer hänge von der zu verrichtenden Tätigkeit und den vorgegebenen Terminen ab und sei von der L. GmbH bestimmt worden. Es hätte keine Anweisungen von der P. GmbH gegeben. Bevor die Arbeiter auf der Baustelle tätig werden könnten, gäbe es vieles zu planen und zu organisieren.

Die Passage im Werkvertrag: *„Der Auftragnehmer ist an Weisungen des Auftraggebers oder dessen bevollmächtigten Vertreters gebunden und hat diesen Folge zu leisten.“* sei schlecht formuliert. Sie regle ausschließlich den Fall, dass, wenn aufgrund von z.B. Materialbeschaffungsschwierigkeiten der Arbeitsablauf nicht wie geplant durchgeführt werden kann, der Auftraggeber dem Auftragnehmer vorgibt, bei welchem Arbeitsabschnitt weiter zu machen sei. Damit sollen kostspielige Stehzeiten vermieden werden. In der Praxis sei das so, dass bei Auftreten solcher Probleme der Auftraggeber und Arbeitnehmer gemeinsam eine Lösung suchen.
Diese Weisungsgebundenheit betreffe tatsächlich nur die Geschäftsführer der Vertragsparteien. Die auf der Baustelle tätigen Arbeitnehmer seien davon überhaupt nicht betroffen.

Der Vertreter des Finanzamtes beantragte die Bestätigung des angefochtenen Straferkenntisses.

Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers wies nochmals darauf hin, dass die Worte des Zeugen 2 bei der Befragung am Kontrolltag durch die Finanzpolizei nicht richtig übersetzt worden seien. In polnischer Sprache habe er richtig und wahrheitsgemäß gesagt: „Wir wurden gemietet.“. Dies sei in die deutsche Sprache als „Wir wurden geleast.“ übersetzt. Die richtige Übersetzung dafür wäre „Wir wurden beauftragt.“. Das entspräche dem Wortsinn in der polnischen Sprache. Die bei der Befragung am Kontrolltag beigezogene sprachkundige Person habe das nicht hervorgehoben und auch die Behörde nicht darauf aufmerksam gemacht.
Beide Geschäftsführer würden ein Montageunternehmen führen und sich in technischen Belangen sehr gut auskennen. Beide würden die Pläne lesen und daraus die notwendigen Arbeiten erkennen. Herr P. sei auch vor Ort tätig gewesen und habe die Arbeit seiner Arbeitnehmer vor Ort koordiniert. Er habe Arbeitsaufgaben und –bereiche eingeteilt. Bei einer Arbeitskräfteüberlassung sei das nie der Fall.
Die Preisgestaltung weise auf typische Merkmale eines Werkvertrages hin. Der Pauschalpreis gründe sich auf den Umfang der auszuführenden Montagearbeiten und nicht auf die Anzahl von Arbeitskräften. Überdies sei die L. GmbH mit den Kosten des schuldhaften Verhaltens ihrer Arbeitskräfte belastet worden. Das sei bei der Arbeitskräfteüberlassung nicht der Fall.

Das Beweisverfahren habe keinesfalls ergeben, dass die Arbeitnehmer der L. GmbH in die Organisation der P. GmbH eingegliedert waren. Die Container wurden entgeltlich der L. GmbH von der P. GmbH zur Verfügung gestellt. Es liege im freien Ermessen der Geschäftsführung, wer die Container anmietet. Dies gelte auch für die schweren Geräte wie Kräne, Hebebühnen und dergleichen. Diese hätten nicht im Eigentum der P. GmbH gestanden, sondern seien von einem Drittunternehmen angemietet worden. Es liege auch im freien Ermessen der Geschäftsführung, wer diese schweren Geräte anmietet.
Es lägen keine geeigneten Beweise für das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung vor. Insbesondere die Tatsache, dass der Baustellencontainer nicht von der L. GmbH gewesen sei, könne nicht als geeigneter Beweis angesehen werden. Überdies habe der Beschwerdeführer alle Meldepflichten fristgerecht erfüllt. Es wurde lediglich statt des Formulars ZKO4 das Formular ZKO3 zur Meldung verwendet. Sinn und Zweck der gesetzlichen Bestimmungen sei die Kontrolle des Lohn- und Sozialdumpings. Dies sei auch mit dem ZKO3 Formular und den anderen Meldungen erfüllt worden.

Es wurde beantragt, das angefochtene Straferkenntnis zu beheben und das Verfahren einzustellen in eventu aufgrund des geringen Verschuldens eine Ermahnung auszusprechen.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt, das Beschwerdevorbringen, die gegenständlichen Werkverträge, Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 14. September 2017 und Befragung von Zeugen.

II.2. Folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt gilt als erwiesen:

Die P. GmbH ist eine Montagefirma mit drei Mitarbeitern. W.P. ist Geschäftsführer. Kleinere Aufträge werden von der P. GmbH durchgeführt, mit größeren Aufträgen werden Subunternehmen beauftragt. Die S. GmbH hat im Juni 2014 die P. GmbH mit der Durchführung der Montage im Rahmen des Projektes „S. GmbH, A-S.“ beauftragt. Es wurde ein Werkvertrag abgeschlossen. Die S. GmbH stellte das benötigte Material für die Regale her und war auch für die termingerechte Anlieferung zuständig.

Der Beschwerdeführer und M.P. sind Geschäftsführer der L. GmbH mit Sitz in D. Die L. GmbH ist eine Montagefirma mit 80 ArbeitnehmerInnen. Mit Werkvertrag vom 22. Juli 2014 verpflichtete sich die L. GmbH gegenüber der Regal – M.P. GmbH (kurz: P. GmbH) zur -unter Einhaltung bestimmter technischer Rahmenbedingungen bzw. Toleranzen - eigenverantwortlichen und mängelfreien Durchführung der Montage von Regalen im Rahmen des Projekts „S. GmbH S.“ in

S. mit Montagebeginn am Montag der KW33/2014 und Montageende am Freitag der KW 42/2014.
Die P. GmbH verpflichtete sich, Kran und div. Hebezeuge zu stellen. Die L. GmbH war verpflichtet sämtliche zur Montage erforderlichen Werkzeuge, Montagehilfsmittel sowie Baucontainer und Transport beizubringen. Als Auftragssumme wurde ein Pauschalpreis von 350.000 Euro vereinbart, der von der L. GmbH aufgrund von notwendigen Zeitwerten für jedes Bauteil bzw. für jede Baugruppe und weiterer Faktoren wie Zufahrtsmöglichkeiten zur Baustelle udgl. errechnet wurde. Die L. GmbH wählte die Anzahl der auf der gegenständlichen Baustelle einzusetzenden Arbeitnehmer völlig frei unter Bedachtnahme, dass die vereinbarten Termine eingehalten werden können. Eine diesbezügliche Einflussnahme bzw. Rücksprache mit der P. GmbH gab es nicht.
Die L. GmbH haftet für Schäden, die durch mangelhafte oder verspätete Erfüllung dem Auftraggeber entstehen.
Vor der Arbeitsaufnahme erstattete die L. GmbH eine ZKO 3 – Meldung an die Zentrale Koordinationsstelle für die gegenständlich bei der Kontrolle angetroffenen Arbeiter.
Als zu erfüllende Montagearbeiten sind im Werkvertrag enthalten: Regalbau, in Schraubsystem inkl. Verbandtürme für Kanallager lt. Plan Nr. x, Stahlbau – Dach und Seitenwand, Bühnenkonstruktion, Montage und Demontage der temporären Montageverbände und Endreinigung. Der Werkvertrag enthält u.a. Details zur Montage, Vergütungs- und Pönalvereinbarungen, Leistungsstörung, Schadenshaftung, die Fälligkeit der Zahlung.

Das Kleinwerkzeug wie Schlüssel, Nussen, elektrische Bohrer, Fräser udgl. kam von der L. GmbH. Die großen Geräte wie Kran, Hebebühne udgl. hat die P. GmbH gestellt, weil diese aufgrund der Kurzfristigkeit der Beauftragung diese Gerätschaften schneller und günstiger anmieten konnte. Aus diesen Gründen wurde auch der Baucontainer von der P. GmbH angemietet. Die Kosten dafür sowie den Abtransport und die Endreinigung wurden der L. GmbH in Rechnung gestellt. Die bei den Montagearbeiten verursachten Schäden an den Großgerätschaften wurden von der P. GmbH der L. GmbH in Rechnung gestellt.

Die Unterkünfte für die Arbeitnehmer wurden grundsätzlich von der L. GmbH gestellt. Jedoch hat die P. GmbH zu Beginn der Arbeiten Zimmer angemietet und in Rechnung gestellt. Dies geschah auch aufgrund der Kurzfristigkeit des Auftrages.

Der Zeuge 1 ist bei der P. GmbH angestellt und hat den Kontakt zur S. GmbH gehalten. Er war mit der vertraglich verpflichtenden Dokumentation des Baufortschrittes für die S. GmbH betraut und führte auch ein Bautagebuch. Die L. GmbH hatte damit nichts zu tun.

Für die zu errichtenden Regale übergab die S. GmbH an die P. GmbH einen Bauplan und Detailpläne, wobei die Detailpläne nicht gleich zu Baubeginn, sondern nacheinander für die jeweiligen Bauabschnitte übergeben wurden. Die P. GmbH gab diese Pläne an die L. GmbH weiter. Dafür war Zeuge 1 zuständig, der mit dem Vorarbeiter der L. GmbH, Zeuge 2, Kontakt hielt. Ansonsten bestanden Kontakte zwischen den Geschäftsführungen der P. GmbH und der L. GmbH.

Die S. GmbH lieferte nicht das richtige Material an, weshalb ein Vertreter der S. GmbH, Zeuge 1 und Zeuge 2 nach einer Lösung suchten, um einen Stillstand auf der Baustelle zu vermeiden. Es wurde eine Lösung gefunden und mit einem anderen Bauabschnitt als geplant begonnen. Zeuge 1 hatte von der L. GmbH nur mit Zeugen 2 Kontakt. Dabei ging es ausschließlich um die Materialsituation. Zeuge 1 war von Montag bis Freitag immer sporadisch auf der Baustelle. Er führte keine Einweisungen durch und hatte über Krankenstände und dgl. betreffend die Arbeitnehmer der L. GmbH keine Kenntnis.

Der Geschäftsführer P. hat vor Beginn der Tätigkeiten zur Regalerrichtung mit zwei, drei Mitarbeitern die Bodenplatte ausgemessen und alle Verankerungen udgl. entsprechend den Plänen eingemessen und angezeichnet. Danach konnte mit dem Zusammenbau und der Errichtung der Regale begonnen werden. Er war alle paar Tage persönlich auf der Baustelle und erteilte die notwendigen Arbeitsanweisungen an seine Arbeitnehmer.

Der Zeuge 2 hat im November 2014 als Vorarbeiter der L. GmbH auf der Baustelle gearbeitet. Er war auch für die Stundenaufzeichnungen, Kontrolle und Aufsicht sowie Entgegennahme von Krankenständen und anderen Abwesenheiten der Arbeitnehmer der L. GmbH zuständig. Arbeitsaufträge erhielt er vom Geschäftsführer P. persönlich. Bei Problemen mit der Materialanlieferung hatte er Kontakt mit dem Zeugen 1 von der P. GmbH. Er hatte keine Berichte zu verfassen. Ihm standen Baupläne zur Verfügung, die er lesen und umsetzen konnte.
Bei der Befragung durch die Finanzpolizei am Kontrolltag hat der Zeuge 2 sowie in der mündlichen Verhandlung das Wort „wynajac“ verwendet. Die von der Finanzpolizei beigezogene sprachkundige Person hat dieses Wort mit „geleast“ übersetzt. Dieses Wort hat mehrere Bedeutungen. Es steht für „jemanden beauftragen“ und „etwas mieten“.

Es gab keine Anweisungen von der P. GmbH an Arbeitnehmer der L. GmbH bezüglich Art und Weise bzw. Durchführung der Montage der Regale. Die Arbeitnehmer der L. GmbH trugen Arbeitskleidung von der L. GmbH und waren nie am Standort der P. GmbH. Die P. GmbH wurde über die Anzahl der eingesetzten Arbeitnehmer von der L. GmbH nicht in Kenntnis gesetzt. Dazu bestand auch keine Verpflichtung seitens der L. GmbH.

Nach Fertigstellung eines Bauabschnittes führte ein Mitarbeiter der S. GmbH eine Kontrolle durch. Bei dieser „Abnahme“ waren auch Zeuge 1 und Zeuge 2 anwesend.

Die Passage im vorliegenden Werkvertrag *„Der Auftragnehmer ist an Weisungen des Auftraggebers oder dessen bevollmächtigten Vertreters gebunden und hat diesen Folge zu leisten.“* betrifft die Geschäftsführungen der Vertragspartner ausschließlich bei Auftreten von Schwierigkeiten und Problemen z.B. mit der Materialanlieferung. Eine Weisungsgebundenheit der auf der Baustelle tätigen Arbeitnehmer der L. GmbH hinsichtlich Art und Weise der Durchführung der Montagearbeiten ist tatsächlich aber damit nicht erfasst.

II.3. Unbestritten geblieben ist, dass zwischen der P. GmbH und der L. GmbH ein Werkvertrag abgeschlossen wurde. Die Aussagen der in den mündlichen Verhandlungen befragten Personen betreffend Material, verwendetes Kleinwerkzeug, große Gerätschaften, Ablauf der zu verrichtenden Tätigkeiten, Aufgaben der Personen, Melde- und Berichtspflichten und dgl. decken sich im Wesentlichen und sind nicht widersprüchlich.

In Widerspruch stehen aber Aussagen des Zeugen 2, die in der von der Finanzpolizei am Kontrolltag aufgenommenen Niederschrift festgehalten sind, insbesondere, dass

- er für die P. GmbH arbeite,
- die L. GmbH Arbeiter an andere Firmen verlease,
- alle Arbeiter an die P. GmbH verliehen seien,
- zwei Controller von der P. GmbH gestellt seien,
- der Mitarbeiter der P. GmbH Arbeitsaufträge direkt an ihn erteile, die Pläne habe und bestimme, welche Bauabschnitte zu machen seien,
- eine Umgruppierung der Arbeiter dem Koordinator der P. GmbH gemeldet werde und weitere Leasingarbeiter gefordert würden sowie
- bis auf Sicherheitsgurte das Werkzeug von der P. GmbH gestellt worden sei.

Dazu ist festzuhalten, dass die Wahl der Worte bei der Aussage vom Zeugen 2 ohne Wissen und Kenntnisse der rechtlichen Relevanz erfolgte. Hinzu kommt ferner, dass wie die beigezogene, gerichtlich beeidete Dolmetscherin in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, das vom Zeugen 2 verwendete Wort „wynajac“ „jemanden beauftragen“ oder „etwas mieten“ bedeutet. Daraus ergibt sich, wie sich auch in der mündlichen Verhandlung herausstellte, dass Zeuge 2 nicht gemeint hat, dass Arbeitnehmer von der L. GmbH „vermietet“ oder „verleast“ worden sind, sondern, dass die Arbeitnehmer der L. GmbH „beauftragt“ waren.

Der Beschwerdeführer legte sehr anschaulich das Zustandekommen der Auftragssumme dar. Die Anzahl der einzusetzenden Arbeitnehmer ist nur ein

Faktor von vielen, der insbesondere von den einzuhaltenden Terminen abhängig ist.

Unbestritten ist, dass ein Auftrag der P. GmbH an die L. GmbH vorlag. Allein daraus lässt sich aber nicht ableiten, dass die Arbeitnehmer der L. GmbH an die P. GmbH „verleast“ worden sind, insbesondere auch deshalb nicht, weil Zeuge 2 keine Kenntnis über den Inhalt dieses Auftrages hatte. Auch entspricht es nicht den Tatsachen, dass die P. GmbH „zwei Controller“ selbst gestellt hat. Auf der Baustelle waren keine Controller tätig. Es gab Personen, die die Bauabschnitte kontrollierten und „abnahmen“, aber keine Controller. Auch daraus ergibt sich, dass die sprachkundige Person offenbar nicht immer die richtigen Bedeutungen der vom Zeugen 2 verwendeten Worte übersetzte.
Es ist richtig, dass Zeuge 2 die Pläne von Zeugen 1 erhalten hat. Das waren die Detailpläne, die Zeuge 1 von der S. GmbH bekommen hat. Diese Detailpläne bezogen sich auf bestimmte Bauabschnitte und daraus war klar ersichtlich, welcher Bauabschnitt zu erledigen war. Je nach Bauabschnitt wurde auch das benötigte Material von der S. GmbH geliefert. Es ist einleuchtend, dass es deshalb eine gewisse Abstimmung und Absprache zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer erforderlich ist.

Zeuge 2 gab an, dass er die Arbeiter, die die Montage durchzuführen hatten, selbst einteilte und sie auch beaufsichtigte. Das stimmt wiederum mit den Aussagen der anderen Befragten überein, dass es keine Anweisungen hinsichtlich der Durchführung der Montage von der P. GmbH an die Arbeitnehmer der L. GmbH gab.

Nachdem Zeuge 2 keine Kenntnis über den Inhalt des Auftrages der P. GmbH an die L. GmbH hatte, ist die vom Zeugen 2 geschilderte Vorgangsweise bei Kündigung von einem Arbeitnehmer der L. GmbH bzw. einer „Umgruppierung“ als bloße Vermutung zu werten, insbesondere auch deshalb, da ein derartiges Vorkommnis einer „Umgruppierung“ nie erwähnt wurde und diesbezügliche Hinweise völlig fehlen, woraus die tatsächliche Vorgangsweise ersichtlich geworden wäre.

Hinsichtlich der Aussage des Zeugen 2, dass alle großen Gerätschaften und das Kleinwerkzeug von der P. GmbH gekommen ist, ist festzuhalten, dass auch das ein bloße Vermutung des Zeugen 2 gewesen ist, da, wie sich gezeigt hat, die P. GmbH nicht Eigentümer dieser Gerätschaften und Werkzeuge war.

Der Beschwerdeführer vermittelte insgesamt betrachtet einen äußerst gewissenhaften Eindruck und konnte sehr plausibel und praxisnah den Hintergrund der Passage im Werkvertrag betreffend der Weisungsgebundenheit des Auftragnehmers gegenüber den Auftraggeber erklären, weshalb hier von einer Weisungsgebundenheit nur im Falle von auftretenden Schwierigkeiten wie z.B.

Materialanlieferung udgl. ausschließlich zwischen den jeweiligen Geschäftsführern auszugehen ist, um einen (längeren) Stillstand des Baufortschrittes zu vermeiden.

Die Aussagen aller Befragten in den mündlichen Verhandlungen waren glaubwürdig und nachvollziehbar. Insgesamt betrachtet ergeben sie ein schlüssiges und realistisches Bild des Vertragsverhältnisses zwischen der P. GmbH und der L. GmbH, der Arbeitsabläufe und tatsächlichen Weisungsbefugnisse. Die Widersprüche der Aussagen des Zeugen 2 am Kontrolltag und in der mündlichen Verhandlung beruhen auf einer nicht dem Wortsinn entsprechenden Übersetzung am Kontrolltag und bloßen Vermutungen aufgrund Unkenntnis des bestehenden Auftragsverhältnisses, die einerseits widerlegt wurden und wofür andererseits geeignete Hinweise und Beweise fehlen.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.1. Zum Tatzeitpunkt anzuwendende Rechtslage:

Gemäß § 3 Abs. 1 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) – in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung– ist Überlassung von Arbeitskräften die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte.

Gemäß § 3 Abs. 2 AÜG ist Überlasser, wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte verpflichtet.

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.

§ 17 Abs. 2 AÜG lautet:
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.

Gemäß § 17 Abs. 7 AÜG hat der Beschäftiger 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.

III.2. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH 08.08.2008, 2008/09/0022; 05.06.2002, 2001/08/0107; 24.01.2006, 2004/08/0101) 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.

Im gegenständlichen Fall stand schon vor Arbeitsaufnahme gemäß dem abgeschlossenen Vertrag das Werk (Regalbau, in Schraubsystem inkl. Verbandtürme für Kanallager lt. Plan Nr. x; Bühnenkonstruktion für Zugangsbühne; Stahlbau Dach und Seitenwand; Montage und Demontage der temporären Montageverbände; Endreinigung) und der sich ergebende Preis fest. Korrespondierend dazu ergab sich die im Werkvertrag näher geregelte Haftung für den „gewährleistungstauglichen“ Erfolg der Tätigkeit. Demnach lag ein Werk im Sinne der zitierten Rechtsprechung vor.

III.3. Fachliche oder dienstliche Anweisungen des „Projektleiters“ der P. GmbH (Zeuge 1) an die Arbeiter der L. GmbH gab es nicht. Arbeitsgrundlage war der Montageplan (Bauplan und Detailpläne) und das Leistungsverzeichnis sowie

Toleranzen, welche für die L. GmbH maßgeblich waren. Eine an „stille Autorität“ heranreichende Kontrolldichte ist nicht hervorgekommen. Zeuge 1 hatte als „ Baukoordinator“ bzw. „Projektleiter“ der P. GmbH die Aufgabe mit der S. GmbH als Auftraggeber zu kommunizieren, welchem gegenüber auch die Verantwortlichkeit der P. GmbH bestand. Daraus erklärt sich auch, dass Zeuge 1 die Arbeiten der L. GmbH als Subunternehmen zu kontrollieren hatte. Bei der Abnahme der Bauabschnitte waren eben jeweils ein Vertreter der S. GmbH, Zeuge 1 und Zeuge 2 anwesend. In der Funktion eines „Projektleiters“ stand Zeuge 1 verständlicherweise für Zeugen 2 zur Klärung von auftretenden Problemen zur Verfügung und beinhaltete seine Funktion – wie bei vergleichbaren Arbeiten durchaus üblich – auch die Aufgabe, den Subunternehmer zu koordinieren, wie das konkret auch aufgrund der Schwierigkeiten bezüglich des Materials (Regale) der Fall war. Ausschließlich diesen Fall regelt auch die im Werkvertrag enthaltene „Weisungsgebundenheit“ zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer. Aus den Aussagen aller Befragten sind darüber hinaus keine Anhaltspunkte für Dienst- oder Fachanweisungen, die über ein im Wirtschaftsleben typischerweise bestehendes Verhältnis zwischen Auftraggeber und Subunternehmer hinausgehen, zu erkennen.

Wenn die belangte Behörde davon ausgeht, dass die Arbeitsleistungen der L. GmbH in der betrieblichen Sphäre der P. GmbH erbracht wurden, weil sämtliche Montagearbeiten nur unter Mithilfe des Zeugen 2 („Montage-Koordinator“) möglich gewesen seien, ist dem entgegenzuhalten, dass es eben keine fachlichen oder dienstlichen Anweisungen gab, sondern typische notwendige Koordinierungen und Abstimmungen zwischen Auftraggeber- und Auftragnehmerseite. Die L. GmbH führte die Montagearbeiten aufgrund des ihnen übergebenen Bauplans sowie der Detailpläne für die Bauabschnitte durch. Zeuge 2 konnte diese Pläne lesen und gemeinsam mit den anderen Arbeitnehmern der L. GmbH umsetzen. Eine wesentliche, wenn nicht die wesentlichste, Grundvoraussetzung für die plangemäße Errichtung der Regale erfüllte Geschäftsführer P., indem er gemeinsam mit Mitarbeitern die Bodenplatte vermaß und aufgrund des Bauplanes die erforderlichen Verankerungen einmaß und anzeichnete.

III.4. Festzuhalten ist, dass entsprechend dem gegenständlichen Werkvertrag die L. GmbH –entgegen der Ansicht der belangten Behörde- für die Bereitstellung sämtlicher zur Montage erforderlichen Werkzeuge, Montagehilfsmittel sowie Baucontainer und Transport die L. GmbH und nicht die P. GmbH zuständig war.

Die Gestellung von Kran und diversen Hebezeugen oblag der P. GmbH, die diese selbst anmietete. Dazu und dass die L. GmbH mit diesen großen Geräten gearbeitet hat sowie dass das Material (die Regale) von der S. GmbH geliefert wurde, wird auf die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum AÜG (450 BlgNr XVII. GP) verwiesen. Diese Erläuterungen sprechen eingangs davon, dass die Bestimmungen des § 4 „eine Orientierungshilfe zur Verhinderung von

Umgehungen“ bieten und den Abschluss von Werkverträgen, die „missbräuchlich zur Umgehung der Ziele der vorgesehenen Regelung“ abgeschlossen werden, erschweren oder verhindern soll, und führen dann zu Abs. 2 aus, dass sich diese Bestimmungen „speziell mit dem Werkvertrag befasst, der erfahrungsgemäß am häufigsten zur Umgehung der bei der Arbeitskräfteüberlassung zu beachtenden Regeln Verwendung findet“.

Im Anschluss daran heißt es – wörtlich wiedergegeben - aber:

„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.

Z 1 des Abs. 2 stellt darauf ab, dass von den Erfüllungsgehilfen des Werkunternehmers ein völlig eigenständiges Werk erbracht wird oder diese an der Herstellung eines Werkes mitwirken, das sich von allen im Bestellerbetrieb gewöhnlich erbrachten Leistungen deutlich abhebt. Eine Einbindung in die üblichen Arbeitsgänge des Bestellerbetriebes unter dem Deckmantel der Erfüllung eines Werkvertrages soll ausgeschlossen werden. Die Rückführbarkeit des Arbeitsergebnisses auf den Werkunternehmer als dessen Leistung verlangt vor allem die ihm hinsichtlich der Werkentstehung zukommende Dispositionsgewalt.

Zur Erreichung dieses Zieles tragen auch die Z 2 und 3 bei. Aber nicht jede Benutzung von Geräten soll die Einstufung als Überlassung zur Folge haben, sondern nur jene, die bei Würdigung aller Umstände des konkreten Falles das Vorliegen des Tatbestandes der Überlassung von Arbeitskräften erhärtet.

Eine ergänzende Verwendung von Material oder Werkzeug des Werkbestellers, die in der Praxis aus Zweckmäßigkeitsgründen oft unvermeidlich ist, wird zugestanden. Dasselbe gilt für "Weisungen des Werkbestellers, mit denen im Regelfall zu rechnen ist, zum Beispiel die Zuweisung von Räumlichkeiten, die Einschärfung besonderer Rücksichtnahme auf bestehende Einrichtungen, die Warnung vor Gefahrenquellen, schließlich auch vertraglich vereinbarte Spezifikationen, wie etwa die Mitteilung von Wünschen hinsichtlich der farblichen Gestaltung, die Auswahl unter mehreren möglichen Varianten (etwa welche Fliesen, Tapeten, Furniere Verwendung finden sollen) usw. Die zur Erstellung des Werkes erforderlichen fachlichen, organisatorischen und zeitlichen Dispositionen müssen jedoch beim Werkunternehmer verbleiben.

Durch das in Z 4 genannte Erfordernis der Haftung des Werkunternehmers für den Erfolg der Werkleistung soll klargestellt werden, dass der Werkunternehmer die Gefahr für das von ihm beigestellte Material und für das Werk bis zur Übernahme trägt.“

Das notwendige Kleinwerkzeug wie Bohrer, Fräser, Schlüssel, etc. wurde sehr wohl von der L. GmbH bereitgestellt. Aus dem Umstand allein, dass das Material (Regale) von der S. GmbH und die großen Gerätschaften von der P. GmbH gestellt

wurden, kann aber in Anlehnung an die oben dargestellten Erläuterungen eine Erfüllung des Tatbestandsmerkmals des § 4 Abs. 2 Z 2 AÜG nicht gesehen werden.

III.5. Entgegen der Ansicht der belangten Behörde gab es - wie bereits oben ausgeführt - keine begleitende Fachaufsicht durch die P. GmbH. Eine organisatorische Eingliederung der Arbeitnehmer der L. GmbH durch die P. GmbH kann auch nicht damit begründet werden, dass der Zeuge 1 ein Bautagebuch über den Baufortschritt führte, weil er damit der Verpflichtung der P. GmbH gegenüber der S. GmbH erfüllte. Begleitende Qualitätsprüfungen bzw. Kontrollen oder Abnahmen der Bauabschnitte sind ebenfalls übliche Maßnahmen eines Auftraggebers, wenn das Werk in aufeinander abgestimmte Bauabschnitte gegliedert ist.

III.6. Eine entsprechenden Haftung der L. GmbH für ihr zu errichtendes „Werk“ gegenüber der P. GmbH liegt vor, was auch unbestritten blieb.

III.7. Gegenständlich ergeben sich keine Anhaltspunkte dahingehend, dass die Arbeitnehmer der L. GmbH organisatorisch in den Betrieb der P. GmbH eingegliedert waren oder dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstanden sind.
Dass eine Koordination mit der „Projektleitung“ bzw. dem „Montage-Koordinator“ der P. GmbH hergestellt werden muss bzw. auch eine Kontaktperson im Hinblick auf die zeitliche Abstimmung der „Baustelle“ vorhanden ist, beweist noch keine Dienst- und Fachaufsicht. Dazu wird nochmals auf die dargestellten Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum AÜG hingewiesen werden, in denen Weisungen des Werkbestellers mit denen im Regelfall zu rechnen sei, zugestanden werden. Die für die Montagearbeiten erforderlichen fachlichen, organisatorischen und zeitlichen Dispositionen lagen bei der L. GmbH. Lediglich der früheste Beginn und der Fertigstellungstermin der Montagearbeiten war durch den Werkvertrag vorgegeben.

Zusammengefasst kann daher gegenständlich von keiner Arbeitskräfteüberlassung ausgegangen werden, weshalb dem Beschwerdeführer die in der angefochtenen Strafverfügung angelastete Verletzung der Meldepflicht nach dem AÜG nicht vorgeworfen werden kann und spruchgemäß zu entscheiden war.

IV. Gemäß § 52 Abs. 8 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz waren dem Beschwerdeführer keine Kosten für das Beschwerdeverfahren vorzuschreiben.

V. 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 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.

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