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-301481/14/Kl/TK

Datum:
Linz, 1. Juni 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 Dr. Klempt über die Beschwerde des O S, V, vertreten durch W Rechtsanwälte GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. A G, B X, X R, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Gmunden vom 25.01.2017, Ge96-147-2016, wegen Verwaltungsübertretungen nach dem ArbeitnehmerInnenschutzgesetz

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass
- **anstelle der Wortfolge „als das zur Vertretung nach außen berufene Organ und damit" zu entfallen hat,**
- **für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzstrafe von 72 Stunden je Arbeitnehmer (insgesamt 360 Stunden) verhängt wird und**
- **die Verwaltungsstrafnorm im Sinn des § 44a Z 3 VStG zu lauten hat: „§ 130 Abs. 5 Einleitung ASchG".**

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 500 Euro zu leisten.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Gmunden vom 25.01.2017, Ge96-147-2016, wurden über den Beschwerdeführer Geldstrafen von 500 Euro in fünf Fällen, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 360 Stunden, wegen Verwaltungsübertretungen in fünf Fällen gemäß § 130 Abs. 5 Z 1 iVm § 118 Abs. 3 ArbeitnehmerInnenschutzgesetz – ASchG iVm § 87 Abs. 2 Bauarbeiterschutzverordnung – BauV verhängt, weil er es als das zur Vertretung nach außen berufene Organ und damit gemäß § 9 Verwaltungsstrafgesetz strafrechtlich verantwortlicher Beauftragte der I Gesellschaft m.b.H. mit Sitz in V zu verantworten hat, dass bei einer am 08.11.2016 vom Arbeitsinspektorat Linz durchgeführten Kontrolle der Baustelle H/M, P X, Neubau O, festgestellt wurde, dass die Arbeitnehmer K A, geb. x, M K, geb. x, Z B, geb. x, E A, geb. x, und S D, geb. x, auf dem ca. 3° geneigten Dach, bei einer Absturzhöhe von ca. 5-6 m mit Isolier- und Schwarzdeckerarbeiten beschäftigt waren, wobei in Teilbereichen des Dachsaumes keine Absturzsicherungen vorhanden waren, obwohl bei Arbeiten auf Dächern mit einer Neigung bis zu 20° und einer Absturzhöhe von mehr als 3,0 m Absturzsicherungen oder Schutzeinrichtungen gemäß §§ 7 bis 10 Bauarbeiterschutzverordnung vorhanden sein müssen.
Die am restlichen Dachrand aufgesteckten Geländerzwingen mit Netz stellen keine Absturzsicherung im Sinne des § 8 Bauarbeiterschutzverordnung dar.

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und die ersatzlose Aufhebung des Straferkenntnisses beantragt. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die im Straferkenntnis angeführten Arbeiter nicht Arbeitnehmer der Fa. I GesmbH seien und daher diese nicht für die Einhaltung der Bauarbeiterschutzverordnung verantwortlich sei. Die genannten Arbeiter seien nicht in einem Anstellungs- bzw. Dienstverhältnis zur I GesmbH gestanden und sei der Beschwerdeführer weder Arbeitgeber der genannten Arbeiter noch ein vom Subunternehmer gemeldeter verantwortlicher Beauftragter. Die zum Zeitpunkt der Kontrolle angetroffenen Isolier- und Schwarzdeckerarbeiten seien durch die I GesmbH an den Subunternehmer K A vergeben worden. Es hätte daher keine Kontrolle der Verwendung der persönlichen Schutzausrüstung oder einer Absturzsicherung durch den Beschwerdeführer erfolgen müssen. Darüber hinaus seien nur zwei Arbeiter mit Isolier- und Schwarzdeckerarbeiten an der Absturzkante beschäftigt gewesen, die übrigen drei Arbeiter hätten sich zu diesem Zeitpunkt in einer Entfernung von 10 m zur Absturzkante befunden, wobei die Absturzgefahr lediglich abstrakt gewesen sei. Für diese Arbeiter, die nicht in der Nähe einer absturzgefährdeten Stelle aufhältig gewesen seien, wäre wohl die Verwendung der persönlichen Schutzausrüstung absurd gewesen. Die Absturzkante sei ohnehin durch Sekuranten und Sicherheitsnetze gesichert gewesen. Auch seien sämtliche Mitarbeiter von K A ein- und angewiesen, im Falle des Entfernens von Absturzsicherungen die vorhandene persönliche Schutzausrüstung zu verwenden. Ein Netz zur Absturzsicherung sei überdies vorhanden

gewesen. Auch seien die PSA und die notwendigen Verankerungspunkte für die Arbeiter für den Zeitraum, dass das Netz kurzfristig abgenommen werden musste, vorhanden gewesen.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Gmunden als belangte Behörde hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt und die Abweisung der Beschwerde beantragt.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme, insbesondere in die der Anzeige angeschlossenen Fotos und Bestellungsurkunde eines verantwortlichen Beauftragten, sowie durch Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, zu welcher die Verfahrensparteien geladen wurden und erschienen sind. Weiters wurden die Zeugen DI A H vom Arbeitsinspektorat Linz, K A (alias A) und M K (alias K) geladen und einvernommen. In der mündlichen Verhandlung wurden vom Arbeitsinspektorat Linz weitere Fotos - aufgenommen zum Kontrollzeitpunkt - vorgelegt und zum Akt genommen. Seitens des Beschwerdeführers wurden ein Werkvertrag, geschlossen zwischen der I Gesellschaft mbH und E G vom 02.11.2016, sowie eine Gisa-Abfrage betreffend E G, sowie weitere Fotos vorgelegt und zum Akt genommen.

4.1. Im Grunde des durchgeführten Beweisverfahrens steht folgender Sachverhalt als erwiesen fest:

Am 08.11.2016 führten fünf im Straferkenntnis namentlich genannte Arbeiter auf der Baustelle H/M, P X, Neubau O, Isolier- und Schwarzdeckerarbeiten auf dem 3° geneigten Dach aus. Die Absturzhöhe betrug ca. 5 – 6 Meter. Sämtliche Arbeiter befanden sich auf dem Dach. Zum Kontrollzeitpunkt wurden auch Arbeiten direkt an der Absturzkante ausgeführt. Das an der Absturzkante vorgesehene Netz war zum Teil komplett weg und waren Steher umgelegt. Auch fehlte bei dem als Absturzsicherung vorgesehenen Netz die Brustwehr. Auf der Baustelle befand sich ein Firmenbus mit der Aufschrift I und gaben die Arbeiter dem Arbeitsinspektor an, für die Fa. I zu arbeiten bzw. von der Fa. I zu sein. Auch wurde von einem Arbeiter dann ein telefonischer Kontakt mit dem Beschwerdeführer von der Fa. I hergestellt. Dieser war die Bauleitung. Eine persönliche Schutzausrüstung war auf dem Dach nicht vorhanden. Die Arbeiter trugen auch keine persönliche Schutzausrüstung. Sekuranten waren nicht vollständig ausgeführt. Auch waren unmittelbar vor der Kontrolle Flämmarbeiten durchgeführt worden und das Gerät noch eingeschaltet.
Von den fünf auf dem Dach angetroffenen Arbeitern war K A (alias A) der Vorarbeiter. Er und drei weitere Arbeiter hatten ein Arbeitsverhältnis zu E G. Der Vorarbeiter war die ganze Zeit über für die beauftragten Schwarzdeckerarbeiten auf der Baustelle tätig. Diese Arbeiten dauerten etwa zwei Wochen, wobei nicht

jeden Tag auf der Baustelle gearbeitet wurde. Der 5. Arbeiter war ein Leasingarbeiter, gesendet von der Fa. T. Der Vorarbeiter hat am Kontrolltag den Bauleiter, nämlich den Beschwerdeführer, angerufen, dass er für diesen Tag für ca. 3 Stunden Verstärkung brauche. Es seien nicht genug Arbeiter auf der Baustelle. Es wurde daraufhin vom Beschwerdeführer der Arbeiter E A als Leasingarbeiter der Fa. I zur Baustelle geschickt. Hinsichtlich der erforderlichen Verstärkung hat der Vorarbeiter nicht E G kontaktiert, sondern direkt den Beschwerdeführer. Auch war der Beschwerdeführer die Ansprechperson für die Baustelle. Das Material wurde von der Fa. I zur Verfügung gestellt und zur Baustelle geliefert. Teilweise wurde aber auch die Materialabberufung direkt durch den Vorarbeiter bei den von der Fa. I bekanntgegebenen Firmen vorgenommen. Kleines Werkzeug wurde von den Arbeitern selber mitgebracht, das schwere Werkzeug wurde von der Fa. I zur Verfügung gestellt. Dabei handelte es sich um Fixiergeräte für die mechanische Fixierung von Dachplatten und auch Hilti-Maschinen. Durch die Arbeiter wurden Isolier- und Schwarzdeckerarbeiten durchgeführt, nämlich Dämmmaterial und sodann Bitumenbahnen aufgebracht, welche dann verschweißt wurden. Zum Kontrollzeitpunkt wurde persönliche Schutzausrüstung nicht auf dem Dach verwendet. Der Vorarbeiter hat entschieden, dass zu Arbeiten auf der Attika die Steher umgelegt und die Netze weggenommen wurden. Die Arbeiten waren kurzfristig notwendig und es war keine Zeit zum Anlegen der Sicherheitsgurte. Die Arbeiter sind mit dem Firmenbus zur Baustelle gekommen. Der zum Zeitpunkt der Kontrolle vorhandene Firmenbus mit der Aufschrift I gehörte nach Angabe des Vorarbeiters der Fa. G, diese hat den Bus angekauft. Gelegentlich kamen die Arbeiter aber auch mit einem Firmenbus der Fa. I auf die Baustelle. Die Baustelle wurde durch den Beschwerdeführer mit dem Vorarbeiter zu Beginn besprochen und auch der Beginn und die Arbeitstage mit dem Vorarbeiter festgelegt. Die weitere Einweisung der übrigen Arbeiter hat der Vorarbeiter vorgenommen. Auch führte der Vorarbeiter Arbeitszeitaufzeichnungen und Baustellenberichte und gab diese dem Beschwerdeführer, welcher die Berichte dann bestätigte. Gelegentlich machten die Arbeiter auch für sich Arbeitszeitaufzeichnungen. E G war niemals auf dieser Baustelle und auch nicht für die Baustellen zuständig. Sie kümmert sich nur um das Büro in P. Der Vorarbeiter hat selbst entschieden, dass die persönliche Schutzausrüstung nicht verwendet wird. Die Arbeiten waren dringend und wäre es auch hinderlich gewesen, wenn 5 Personen mit Seil auf dem Dach angehängt gearbeitet hätten. Kontrollen auf der Baustelle werden durch den Beschwerdeführer durchgeführt, dies zwei- bis dreimal in der Woche. Er macht Qualitätskontrollen.
Eine Kontaktnahme des Arbeitsinspektors mit dem für die Baustelle zuständigen Baukoordinator hat ergeben, dass die Dacharbeiten von der Fa. I durchgeführt werden und wusste der Baustellenkoordinator über keine Subvergabe der Schwarzdeckerarbeiten. Der Baustellenkoordinator hatte keine Kenntnis über eine andere ausführende Firma.

Gemäß GISA-Abfrage ist für E G seit 16.09.2015 eine Gewerbeberechtigung für das freie Gewerbe Bauwerksabdichter (Abdichter gegen Feuchtigkeit, Druckwasser und Zugluft, Schwarzdecker) mit dem Gewerbestandort P eingetragen. Die I GesmbH legte eine Auftragserteilung vom 02.11.2016 betreffend Abdichtungsarbeiten beim Bauvorhaben B R M – O an die E G Schwarzdeckerei in P vor. Es wurde ein Pauschalpreis von netto 10.090,50 Euro mit einem Arbeitsbeginn sofort festgelegt. Es wurde die Zuständigkeit des Beschwerdeführers als Bauleiter festgelegt und gemäß Vertragspunkt 3 geregelt, dass die Anordnungen des Bauleiters während der gesamten Arbeiten verbindlich sind und er auch zur vorläufigen Übernahme der Leistungen befugt ist. Die endgültige Übernahme erfolgt durch den Bauherrn bzw. dessen bevollmächtigten Vertreter. Gemäß Vertragspunkt 10 wurde die Einhaltung der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes sowie sämtlicher Arbeitnehmerschutzvorschriften durch den Auftragnehmer zwingend vereinbart.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus den vorliegenden Fotos und den Aussagen der einvernommenen Zeugen. An der wahrheitsgemäßen Aussage bestehen für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich keine Zweifel. Es können daher die Aussagen der Entscheidung zugrunde gelegt werden.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Gemäß § 130 Abs. 5 Z 1 ArbeitnehmerInnenschutzgesetz – ASchG begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe von 166 Euro bis 8.325 Euro, im Wiederholungsfall mit Geldstrafe von 333 Euro bis 16.659 Euro zu bestrafen ist, wer als Arbeitgeber/in den nach dem 9. Abschnitt weiter geltenden Bestimmungen zuwiderhandelt.

Gemäß § 118 Abs. 3 ASchG gilt die Bauarbeiterschutzverordnung (BauV) nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen als Verordnung nach diesem Bundesgesetz.

Gemäß § 87 Abs. 2 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 bis 10 vorhanden sein.
Gemäß § 7 Abs. 1 BauV sind bei Absturzgefahr Absturzsicherungen (§ 8), Abgrenzungen (§ 9) oder Schutzeinrichtungen (§ 10) anzubringen.
Müssen zur Durchführung von Arbeiten Absturzsicherungen (§ 8), Abgrenzungen (§ 9) oder Schutzeinrichtungen (§ 10) entfernt werden, sind geeignete andere Schutzmaßnahmen zu treffen, wie die Verwendung von persönlichen Schutzausrüstungen. Nach Beendigung oder Unterbrechung solcher Arbeiten ist unverzüglich dafür zu sorgen, dass diese Absturzsicherungen, Abgrenzungen und Schutzeinrichtungen wieder angebracht oder andere gleichwertige Schutzmaßnahmen getroffen werden (Abs. 3).

Die Anbringung von Absturzsicherungen (§ 8) oder Schutzeinrichtungen (§ 10) kann entfallen, wenn

1. der hiefür erforderliche Aufwand unverhältnismäßig hoch gegenüber dem Aufwand für die durchzuführenden Arbeiten ist und
2. die Arbeitnehmer mittels geeigneter persönlicher Schutzausrüstung gegen Absturz gesichert sind (Abs. 4).

5.2. Im Grunde des festgestellten und erwiesenen Sachverhaltes wurden zum Kontrollzeitpunkt am 08.11.2016 Isolier- und Schwarzdeckerarbeiten durch die fünf angeführten Arbeitnehmer durchgeführt, wobei zum Teil an der Absturzkante des Daches Netze fehlten und Steher umgelegt waren und somit keine Absturzsicherungen vorhanden waren und die auf dem Dach befindlichen Arbeiter, die auch unmittelbar vorher gearbeitet haben, auch nicht mittels persönlicher Schutzausrüstung gesichert waren. Eine persönliche Schutzausrüstung war für die Arbeiter auf dem Dach nicht vorhanden. Zwei Arbeiter hatten unmittelbar an der Absturzkante gearbeitet, die übrigen drei Arbeiter waren ebenfalls auf dem Dach.
Es war daher der objektive Tatbestand der Verwaltungsübertretung hinsichtlich aller Arbeiter erfüllt. In seiner Entscheidung vom 05.08.2009, 2008/02/0128-5, führt der Verwaltungsgerichtshof aus, dass in den Tatbeständen der BauV jene Voraussetzungen auf Baustellen normiert sind, bei deren Vorliegen der Verordnungsgeber jedenfalls von einer Absturzgefahr ausgeht. Ob im Einzelfall zusätzlich eine „konkrete" Gefahr gegeben ist, ist nicht entscheidend. Auch im Erkenntnis vom 23.07.2004, 2004/02/0002, führt der Verwaltungsgerichtshof aus, dass auch an jenen Stellen Schutzeinrichtungen anzubringen gewesen wären, wenn jedenfalls nicht „ausgeschlossen" war, dass Arbeiten im Bereich der Absturzstelle durchgeführt werden.
Der Beschwerdeführer wurde von der I GmbH rechtswirksam zum verantwortlichen Beauftragten bestellt.
Gemäß § 9 Abs. 2 und 4 Verwaltungsstrafgesetz – VStG hat daher der Beschwerdeführer die Verwaltungsübertretungen verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten.

Wenn sich hingegen der Beschwerdeführer auf einen Vertrag mit E G vom 02.11.2016 betreffend Abdichtungsarbeiten bei der gegenständlichen Baustelle und sohin Subbeauftragung der Firma E G beruft, so kann diesen Ausführungen nicht Rechnung getragen werden.
Gemäß § 9 Abs. 1 ASchG liegt eine Überlassung im Sinn dieses Bundesgesetzes vor, wenn Arbeitnehmer Dritten zur Verfügung gestellt werden, um für sie und unter deren Kontrolle zu arbeiten. Überlasser ist, wer als Arbeitgeber Arbeitnehmer zu Arbeitsleistungen an Dritte verpflichtet. Beschäftiger ist, wer diese Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung einsetzt.
Gemäß § 9 Abs. 2 ASchG gelten für die Dauer der Überlassung die Beschäftiger als Arbeitgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes.

Gemäß § 4 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz – AÜG ist für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend (Abs. 1).
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 (Abs. 2).

Im Grunde des festgestellten Sachverhaltes ist daher eindeutig von einer Arbeitskräfteüberlassung auszugehen. Einerseits wurde ein Arbeitnehmer einer Leasingfirma direkt von der Fa. I auf die Baustelle entsandt und wirkte bei der Herstellung der Isolier- und Schwarzdeckerarbeiten mit. Die laut Vertrag abgeschlossenen Abdichtungsarbeiten unterscheiden sich nicht von den durch die Fa. I durchgeführten Arbeiten. Auch wurde das Material zur Gänze von der Fa. I zur Verfügung gestellt sowie auch das schwere Werkzeug. Auch führte die Fa. I bzw. der Beschwerdeführer laufend Kontrollen durch, er nahm auch die Einweisung in die Baustelle und die Unterweisung des Vorarbeiters durch. Der Beschwerdeführer war auch laufend Ansprechpartner für die Vornahme der Arbeiten bzw. für die Arbeiter. Dies zeigte auch die Vorgangsweise am Kontrolltag selbst auf, wonach der Vorarbeiter direkt Kontakt mit dem Beschwerdeführer aufnahm, da Arbeiter fehlten und er direkt bei der Fa. I weitere Arbeitskräfte anforderte. Auch waren sämtliche Materiallieferungen durch die Fa. I ausverhandelt und wurde bei den vorgegebenen Firmen lediglich das Material dann durch den Vorarbeiter teilweise abberufen. Es war daher kein von der Fa. I unterscheidbares Werk vorhanden. Vielmehr wurden nur einfache Tätigkeiten durch die Arbeiter an die Fa. I geliefert und kann daher nicht von einem gesonderten unterscheidbaren Werk gesprochen werden. Auch die Arbeitstage wurden durch die Fa. I an den Vorarbeiter vorgegeben. Hingegen wurden von der angeführten E G die Baustellen nicht besichtigt und keine Kontrollen auf der Baustelle durchgeführt. Es ist daher eindeutig von einer Arbeitskräfteüberlassung an die Fa. I auszugehen und hat daher gemäß § 9 Abs. 2 ASchG für die Dauer der Überlassung der Beschäftiger als Arbeitgeber die Arbeitnehmerschutzvorschriften einzuhalten und ist daher für die Nichteinhaltung strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen.
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."
Im Sinne dieser ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist daher von einer Arbeitskräfteüberlassung bzw. Beschäftigung durch die I GmbH auszugehen.

5.3. Hinsichtlich eines vorwerfbaren Verschuldens verweist der Beschwerdeführer auf Einweisungen und Unterweisungen der Arbeitnehmer und Anordnungen, die Arbeitnehmerschutzvorschriften einzuhalten.
Hiezu ist auszuführen, dass auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung zu den Ungehorsamsdelikten zählt. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Dabei ist Fahrlässigkeit bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.
Ein solcher Entlastungsnachweis ist dem Beschwerdeführer nicht gelungen.
In seiner zahlreichen ständigen Judikatur führt der Verwaltungsgerichtshof aus, dass ein nach § 5 Abs. 1 VStG obliegender Entlastungsbeweis nicht allein dadurch erbracht werden kann, dass der Beschwerdeführer die ihn betreffende Verantwortung auf eine hiezu taugliche Person übertragen hat, es bedarf vielmehr des weiteren Beweises, dass auch für eine geeignete Kontrolle der mit der Wahrnehmung dieser Aufgaben beauftragten Person Vorsorge getroffen worden ist. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes reichen die bloße Erteilung von Weisungen und die Wahrnehmung einer „Oberaufsicht" nicht aus (VwGH

30.06.1994, 94/09/0049). Entscheidend ist, ob auch eine wirksame Kontrolle über die Einhaltung der von Verantwortlichen erteilten Weisungen erfolgte. So genügen die Erteilung entsprechender Weisungen und stichprobenartige Überprüfungen den Anforderungen an ein wirksames Kontrollsystem nicht. Vielmehr hätte der Beschwerdeführer die Einhaltung der vom verunfallten Arbeitnehmer erteilten Aufträge und Weisungen während deren Ausführung überprüfen müssen. „Gerade für den Fall, dass die Arbeitnehmer aus eigenem Antrieb aufgrund eigenmächtiger Handlungen gegen die Arbeitnehmerschutzvorschriften verstoßen, hat das entsprechende, vom Arbeitgeber eingerichtete Kontrollsystem, Platz zu greifen. Im Beschwerdefall zeigt jedoch das eigenmächtige Verhalten des verunfallten Arbeitnehmers zum Tatzeitpunkt, dass kein wirksames Kontrollsystem im Sinn der hg. Judikatur vorhanden war." Auch ein allenfalls krasses Fehlverhalten eines Arbeitnehmers, das in der Folge zu einem Arbeitsunfall geführt hat, vermag am Verschulden des Arbeitgebers an der nicht erfolgten Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems nichts zu ändern (VwGH 04.05.2015, Ra 2015/02/0020). Vielmehr beruft der Verwaltungsgerichtshof sich darauf, dass für die Darstellung eines wirksamen Kontrollsystems erforderlich ist, unter anderem aufzuzeigen, welche Maßnahmen im Einzelnen der unmittelbar Übergeordnete im Rahmen des Kontrollsystems zu ergreifen verpflichtet war, um durchzusetzen, dass jeder in dieses Kontrollsystem eingebundene Mitarbeiter die arbeitnehmerschutzrechtlichen Vorschriften auch tatsächlich befolgt und welche Maßnahmen schließlich der an der Spitze der Unternehmenshierarchie stehende Anordnungsbefugte vorgesehen hat, um das Funktionieren des Kontrollsystems insgesamt zu gewährleisten, das heißt, sicher zu stellen, dass die auf der jeweils übergeordneten Ebene erteilten Anordnungen (Weisungen) zur Einhaltung arbeitnehmerschutzrechtlicher Vorschriften auch an die jeweils untergeordnete, zuletzt also an die unterste Hierarchieebene gelangen und dort auch tatsächlich befolgt werden (Erkenntnis vom 23.03.2012, 2010/02/0263).

Im Sinne dieser ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes reicht daher die Anweisung und Anordnung der Verwendung von persönlicher Schutzausrüstung durch den Beschwerdeführer für ein lückenloses wirksames Kontrollsystem nicht aus. Der Beschwerdeführer hat nicht unter Beweis gestellt, dass die Arbeitnehmer bei der Ausführung der Arbeiten durch den Beschwerdeführer selbst kontrolliert worden wären. Der Beschwerdeführer selbst war zum Kontrollzeitpunkt nicht auf der Baustelle. Vielmehr hat der Vorarbeiter eigenmächtig entschieden, dass die Netze abgenommen und Steher umgelegt werden und auch keine persönliche Schutzausrüstung auf das Dach geholt wird und angelegt wird. Nach der zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat aber gerade für den Fall, dass Arbeitnehmer aus eigenem Antrieb aufgrund eigenmächtiger Handlungen gegen die Arbeitnehmerschutzvorschriften verstoßen, das entsprechende, vom Arbeitgeber eingerichtete Kontrollsystem, Platz zu greifen. Das eigenmächtige Verhalten der Arbeitnehmer zum Kontrollzeitpunkt zeigt jedoch, dass kein wirksames Kontrollsystem vorhanden war. Da der Beschwerdeführer als Beschäftiger an die Stelle des Arbeitgebers tritt, war daher auch von sorgfaltsloser

bzw. fahrlässiger Tatbegehung auszugehen. Es liegt daher auch die subjektive Tatseite vor.

5.4. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG idF BGBl. I Nr. 33/2013, in Geltung ab 1. Juli 2013, sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des StGB sinngemäß anzuwenden.
Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

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

Die belangte Behörde ist bei der Strafbemessung von einem geschätzten monatlichen Einkommen von ca. 2.800 Euro, Eigentum an einem Einfamilienhaus und keinen Sorgepflichten ausgegangen. Auch war eine rechtskräftige einschlägige Verwaltungsvorstrafe zu berücksichtigen. Mildernde Umstände hingegen waren nicht zu berücksichtigen. Die belangte Behörde ist daher vom Strafrahmen im Wiederholungsfall ausgegangen, wonach eine Mindeststrafe von 333 Euro und eine Höchststrafe von 16.659 Euro vorgesehen ist. Die hinsichtlich jedes Arbeitnehmers tatsächlich verhängte Geldstrafe von jeweils 500 Euro ist daher im untersten Bereich des gesetzlich vorgesehenen Strafrahmens gelegen und nicht überhöht. Auch ist sie angesichts der gegebenen persönlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers angepasst. Weitere berücksichtigungswürdige Umstände wurden auch in der Beschwerde nicht vorgebracht und traten nicht hervor. Es konnte daher die je Arbeitnehmer verhängte Geldstrafe bestätigt werden. Da aber das geschützte Rechtsgut der Gesundheit und Unversehrtheit der Arbeiter hinsichtlich jedes Arbeitnehmers verletzt bzw. beeinträchtigt wurde, ist von der Tatbegehung eines gesonderten Deliktes hinsichtlich jedes Arbeiters auszugehen und war daher je Arbeitnehmer eine Geldstrafe und für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe vorzusehen. Es war daher die Gesamtersatzfreiheitsstrafe entsprechend zu korrigieren. Die weiteren Spruchkorrekturen begründen sich auf die zitierten Gesetzesstellen.

Ein Überwiegen von Milderungsgründen konnte nicht festgestellt werden, sodass eine außerordentliche Milderung gemäß § 20 VStG nicht in Betracht zu ziehen war. Auch lag nicht Geringfügigkeit des Verschuldens vor, sodass nicht von der Verhängung einer Strafe abgesehen werden konnte. Geringfügigkeit ist nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes dann gegeben, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Beschwerdeführers weit hinter dem in der Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt der Tat zurückbleibt. Dies war fallbezogen nicht gegeben.

6. Weil die Beschwerde keinen Erfolg hatte, war ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren in der Höhe von 20 % der verhängten Strafen gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG zu bestimmen.

7. 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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt