

TE Lvwg Erkenntnis 2018/6/25 LVwG-2018/25/0975-7, LVwG-2018/25/0976-6

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.06.2018

Entscheidungsdatum

25.06.2018

Index

62 Arbeitsmarktverwaltung

AVRAG 1993

Norm

AVRAG 1993 §7d

AÜG §17 Abs17

VStG §45 Abs1 Z2

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Dr. Hohenhorst über die Beschwerden von AA, Adresse 1, Z, vertreten durch BB Rechtsanwälte GmbH, Adresse 2, Y, vom 12.04.2018 gegen die Straferkenntnisse der Bezirkshauptmannschaft X vom 12.03.2018, ****, und vom 07.03.2018, ****, betreffend Übertretungen nach dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz bzw dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, nach Durchführung zweier öffentlicher mündlicher Verhandlungen,

zu Recht:

1. Den Beschwerden wird Folge gegeben, die bekämpften Straferkenntnisse werden behoben und die Verfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG eingestellt.
2. Die ordentliche Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang:

Im Straferkenntnis vom 12.03.2018 zu **** (LVwG-2018/25/0975) wird Herrn AA folgender Sachverhalt angelastet und Strafe über ihn verhängt:

„Der Beschuldigte AA hat es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als gemäß § 9 VStG zur Vertretung nach außen berufenes Organ der Firma AA Baugesellschaft m.b.H. & Co KG mit Sitz der Unternehmensleitung in Z, Adresse 1, zu verantworten, dass, wie anlässlich einer Kontrolle der Finanzpolizei X am 21.09.2016 um 09:00 Uhr auf der

Baustelle CC, W festgestellt wurde, die genannte Firma als Beschäftiger der von der Fa. DD GmbH überlassenen Arbeitskräfte

1) EE, geb. XX.XX.XXXX

2) FF, geb. XX.XX.XXXX

3) GG, geb. XX.XX.XXXX

4) JJ, geb. XX.XX.XXXX

5) KK, geb. XX.XX.XXXX

6) LL, geb. XX.XX.XXXX

es unterlassen hat, für jede nach Österreich grenzüberschreitend überlassene, nicht in Österreichsozialversicherungspflichtige Arbeitskraft die Lohnunterlagen und ZKO 4 Meldungen auf der Baustelle CC, W am LL, bereitzuhalten oder zugänglich zu machen.

Sie haben daher als Beschäftiger bzw verwaltungsrechtlich Verantwortlicher (§ 9 VStG) eine Verwaltungsübertretung nach § 17 Abs 7 iVm § 22 Abs 1 Z 2 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz BGBl. Nr. 196/1988 idgF begangen.

Gemäß § 22 Abs. 1 Z 2 1. Fall iVm § 17 Abs. 7 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz - AÜG, idgF wird daher gegen Sie eine Geldstrafe in Höhe von

zu 1) EUR 500,--

zu 2) EUR 500,--

zu 3) EUR 500,--

zu 4) EUR 500,--

zu 5) EUR 500,--

zu 6) EUR 500,--

sohin gesamt EUR 3.000,-- verhängt.

Im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 6 Tagen.

Ferner haben Sie als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens gemäß § 64 Abs. 2 Verwaltungsstrafgesetz EUR 300,- zu bezahlen.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe und Kosten) beträgt daher EUR 3.300,--“

Im Straferkenntnis vom 07.03.2018, **** (LVwG-2018/25/0976), wird Herrn AA folgender Sachverhalt angelastet und Strafe über ihn verhängt:

„Der Beschuldigte AA hat es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als gemäß§§ 9 VStG zur Vertretung nach außen berufenes Organ der Firma AA Baugesellschaft m.b.H. & Co KG mit Sitz der Unternehmensleitung in Z, Adresse 1, zu verantworten, dass die genannte Firma im Zuge einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung, als inländische Beschäftigerin sechs Arbeitnehmer, nämlich

1) EE, geb. XX.XX.XXXX

2) FF, geb. XX.XX.XXXX

3) GG, geb. XX.XX.XXXX

4) JJ, geb. XX.XX.XXXX

5) KK, geb. XX.XX.XXXX

6) LL, geb. XX.XX.XXXX

zumindest am 21.09.2016 bei der Baustelle MM in W am LL, beschäftigt hat, ohne dass die Lohnunterlagen nach § 7d Abs 2 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend Lohneinstufung) der oben angeführten Arbeitnehmer in deutscher Sprache bereitgehalten wurden.

Es konnten diese Dokumente der Finanzpolizei anlässlich der Kontrolle am 21.09.2016 um 09:00 Uhr nicht vorgelegt werden.

Der Beschuldigte hat dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:

1.-6. § 7d Abs 2 iVm § 7i Abs 4 Z 3 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) BGBl Nr 459/1993 idF BGBl I Nr 44/2016

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über ihn folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von Euro

1. 2.000,00
2. 2.000,00
3. 2.000,00
4. 2.000,00
5. 2.000,00
6. 2.000,00

falls diese uneinbringlich ist,

Ersatzfreiheitsstrafe von

1. 2 Tage
2. 2 Tage
3. 2 Tage
4. 2 Tage
5. 2 Tage
6. 2 Tage

Freiheitsstrafe von

Gemäß

1. bis 6.:

§ 7i Abs 4 Z 3 AVRAG BGBl Nr 459/1993 idF BGBl I Nr 44/2016

Ferner hat der Beschuldigte gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

? € 1.200,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe (mindestens jedoch € 10,00);

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

€ 13.200,00“

Gegen diese beiden Straferkenntnisse richten sich die fristgerechten und zulässigen Beschwerden von AA vom 12.04.2018, in welchen dieser durch seine Rechtsvertreter zusammengefasst im Wesentlichen vorbringt, dass ein Verfahrensmangel in der unterbliebenen Verständigung vom Ergebnis der Beweisaufnahme gelegen sei. Die Erstbehörde habe die Einvernahme der beantragten Zeugen NN, der Bauleiter war, und von OO, der für die Errichtung von Werkverträgen verantwortlich war, unterlassen. Die Rechtsfrage, ob ein echter Werkvertrag vorliegt oder ein Vertrag betreffend grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung, sei nicht nur nach nationalem, sondern auch nach Unionsrecht zu beurteilen. Es wäre festzustellen gewesen, ob ein gewährleistungstauglicher Erfolg vereinbart wurde. Die Beschäftigung der ausländischen Arbeitnehmer sein keine Arbeitskräfteüberlassung an einen Arbeitgeber mit Sitz im Inland gewesen. Die Firma AA Baugesellschaft mbH & Co KG sei nicht Beschäftiger der Arbeitnehmer gewesen. Sie habe keinerlei Stundenaufzeichnungen für die DD IT geführt. Die Namen der Arbeitskräfte der Subunternehmen seien nicht bekannt gewesen, folglich habe auch keine Arbeitskräfteüberlassung vorgelegen. Dem Rechtsmittelwerber sei kein Verschulden anlastbar. Die Subunternehmen würden auf Zuverlässigkeit überprüft und verpflichtet werden, die erforderlichen Papiere auf der Baustelle griffbereit zu haben. Deren Überprüfung erfolge durch den Bauleiter und den

Polier. Es gebe interne Schulungen. Kontrollen auf der Baustelle erfolgten durch die Führungskräfte und im Beanstandungsfall erfolge eine Meldung an den Vorgesetzten. Das Funktionieren des Kontrollsystems werde stichprobenartig durch den verantwortlichen Beauftragten im Rahmen von Baustellenbesuchen überwacht, ebenso durch den Niederlassungsleiter. Im Fall von Verfehlungen komme es zu Abmahnungen und Verwarnungen. Es werde Aufhebung der Straferkenntnisse und Verfahrenseinstellung beantragt.

In zwei öffentlichen mündlichen Verhandlungen wurden insgesamt vier Zeugen einvernommen:

PP sagte Folgendes aus:

„Ich leite in der Firma QQ die Stabstelle Bauwirtschaft. Ich bin damit zuständig für die vertragliche Abwicklung von Bauvorhaben und in diesem Zusammenhang auch zuständig für die interne Schulung von Mitarbeitern. Mit der Ausführung des Bauvorhabens beim MM im zweiten Halbjahr 2017 laut Werkvertrag vom 20.06.2016 war ich nicht befasst, sondern in der Weise, als ich unsere Mitarbeiter schule und darauf hinweise, welche Vorschriften im Hinblick auf Subunternehmer und Mitarbeiter einzuhalten sind. Zu den Geschehnissen auf der Baustelle kann ich deswegen keine Auskünfte erteilen.

Wenn mich der Verhandlungsleiter fragt, ob es in der AA Bau GmbH & Co KG Vorkehrungen zur Bereithaltung der erforderlichen Papiere nach AÜG und AVRAG auf den Baustellen gibt, so bejahe ich dies. Unsere oberste Prämisse ist, grundsätzlich die Aufträge mit Eigenpersonal abzuarbeiten. In Urlaubszeiten oder in Spitzenzeiten der Auftragslagen ist es immer wieder erforderlich, auf Subunternehmer zurückzugreifen oder auch auf überlassene Arbeitskräfte. Für einen solchen Fall ist es bei uns so geregelt, dass die zuständigen Stellen, die die Baustellen betreuen, mit dem Niederlassungsleiter abklären, ob mit Eigenpersonal abgewickelt werden kann oder nicht. Sollte dies nicht der Fall sein, ergeht intern eine Meldung an die Stelle „Zentraler Einkauf und Subunternehmer“, wo dann weiter entschieden wird, welche Firmen überhaupt in Frage kommen, damit sie für diese Auftragserteilung herangezogen werden können. Der Beschuldigte AA wird heuer 80 Jahre und ist in die täglichen Abläufe der Firma nicht mehr eingebunden. Er kommt aber jeden Tag in die Firma und ist präsent. In der Verantwortungskette unterstehen ihm die jeweiligen Niederlassungsleiter. Im konkreten Fall für die Baustelle in W am LL war die Niederlassung in U die dafür zuständige Stelle. Der Chef der Niederlassung in U ist RR. Geschäftsführender Gesellschafter ist SS QQ. Bei periodischen Sitzungen werden solche Themen, wie die Bereithaltung der erforderlichen Unterlagen auf den Baustellen thematisiert und besprochen. RR ist somit verantwortlich gegenüber der Geschäftsleitung, die sich aus AA, Helmut QQ und SS QQ zusammensetzt. Es handelt sich dabei um Sitzungen, die mündlich abgehalten werden; schriftliche Protokolle im Hinblick auf derartige Kontrollen existieren in der Firma keine. In der Hierarchie unter den Niederlassungsleitern stehen die jeweiligen Bauleiter, worum es sich im gegenständlichen Fall um den Zeugen NN handelte. Zwischen Niederlassungsleitung und Bauleitung gibt es wöchentliche Sitzungen, wo technische, vertragliche und alle anderen relevanten Themen zur Sprache kommen. Eine Dokumentation über die Ergebnisse dieser Besprechungen existiert nicht. Unter dem Bauleiter stellt die nächste Hierarchieebene der Polier dar, worum es sich im konkreten Fall um Herrn TT gehandelt hat. Der Bauleiter kommt anlassbezogen auf die Baustelle, dies kann mehrmals in der Woche sein, bei Bedarf auch täglich. Dabei kommuniziert der Bauleiter regelmäßig mit dem Polier. In unserer Firma ist es grundsätzlich Aufgabe des Bauleiters, dafür zu sorgen, dass die für die auf der Baustelle tätigen Arbeiter nötigen Papiere dort bereitgehalten werden. Mir ist nichts darüber bekannt, dass es in der Firma aufgefallen wäre, dass bei früheren Baustellen, bei denen NN der Bauleiter war, es Mängel mit den auf der Baustelle bereitzuhaltenden Papieren bezüglich der Arbeitnehmer gegeben hätte. Da es von derartigen Sitzungen keine Protokolle gibt, können keine schriftlichen Aufzeichnungen darüber vorgelegt werden.

In der Firma ist es so, dass der Bauleiter dem jeweiligen Niederlassungsleiter berichtspflichtig ist. Stellt dieser fehlerhafte oder fehlende Papiere der eingesetzten

Arbeitnehmer fest, gibt es eine Abmahnung und Verwarnungen an den Bauleiter. Wenn ich gefragt werde, welcher Unterschied zwischen einer Verwarnung und Abmahnung besteht, so kann ich dies nicht ad hoc beantworten. Wenn der Rechtsvertreter des Beschuldigten dazu ausführt, dass eine Verwarnung einen bloßen Tadel darstellt und eine Abmahnung bereits arbeitsrechtliche Konsequenzen nach sich zieht, dann wird dies so sein. Mir ist nicht bekannt, dass in einem derartigen Zusammenhang in der Firma QQ bereits einmal arbeitsrechtliche Konsequenzen gegen einen Bauleiter ergriffen wurden.

Als Reaktion auf die Kontrolle der Finanzpolizei am 21.09.2016 wurde firmenintern versucht zu klären, warum die

gerügten Papiere auf der Baustelle nicht vorhältig waren. Wir sind davon ausgegangen, dass im Hinblick auf den Werkvertrag vom 20.06.2016 alles seine Richtigkeit hat. Wir haben dann die Firma DD damit konfrontiert; von dieser Firma wurden dann die gerügten Unterlagen umgehend nachgereicht. In der Firma wird vor der Vergabe von Fremdaufträgen sehr genau abgewogen und geprüft, ob ein Werkvertrag an ein Subunternehmen vergeben werden soll, wie es in diesem Fall gegeben war, oder ob wir nur zusätzliche Arbeitskräfte benötigen und uns deswegen an einen Arbeitskräfteüberlasser wenden. Wenn wir bloß Arbeitskräfte benötigen, erledigen wir dies nicht im Wege eines Werkvertrages, sondern korrekt über eine Arbeitskräfteüberlassung. Wenn wir der Meinung sind, dass wir die Arbeiten sauber trennen können, vergeben wir Werkverträge. Uns ist natürlich bewusst, welche Konsequenzen es haben kann, wenn man sich in diesen Graubereich begibt. Abgesehen von den Verwaltungsstrafen könnte eine solche Übertretung auch vergaberechtliche Konsequenzen haben, weshalb wir sehr bemüht sind, diese Sachen sauber durchzuziehen. In der Größenordnung der Firma QQ ist es äußerst wichtig, öffentlich ausgeschriebene Aufträge zu lukrieren. Wir könnten es uns nicht erlauben, vergaberechtlich nicht mehr berücksichtigt zu werden. Ob direkt nach der Kontrolle seitens unserer Firma mit der Finanz darüber gesprochen wurde, wie mit den betroffenen Arbeitnehmern zu verfahren ist, weiß ich nicht. Wenn wir feststellen, dass sich Subunternehmer nicht dem Werkvertrag entsprechend verhalten, fordern wir sie als erstes auf, ein vertragskonformes Verhalten herzustellen; sollte dies nicht umgesetzt werden, werden die betreffenden Subunternehmer von uns in der Zukunft nicht mehr berücksichtigt. Dies gilt so lange, bis wir von den betreffenden Subunternehmern den Eindruck haben, dass sie sich wieder vertragskonform zu verhalten bereit sind. Die Subunternehmer werden von uns einerseits nach wirtschaftlichen Kriterien (Preis) und andererseits nach dem Kriterium der Verlässlichkeit ausgewählt. Welche Konzessionen die DD GmbH in Italien verfügt, kann ich nicht angeben. Auswendig kann ich nicht sagen, welche Leistungsgegenstände vom Vertragspartner im konkreten Fall zu erbringen waren.

Die Frage, ob die zuzukaufenden Leistungen im Wege eines Werkvertrages oder einer Arbeitskräfteüberlassung im konkreten Fall gedeckt werden soll, wird von Bauleiter und Niederlassungsleiter gemeinsam mit dem zentralen Einkauf in der Firma entschieden. Die Entscheidung, welchen der beiden Wege man wählt, hängt in der Regel davon ab, wie groß der Arbeitskräftebedarf ist. Wenn es sich nur um einzelne Arbeitnehmer handelt, werden diese in der Regel im Wege der Arbeitskräfteüberlassung besorgt, wenn es sich um abtrennbare Bereiche bzw Bauteile handelt, werden diese im Wege eines Werkvertrages an Subunternehmen übergeben. Wenn getrennte Gewerke an Subunternehmen vergeben werden, so machte die Firma QQ ihre eigenen und der Subunternehmer seine Gewerbe, wobei jedoch es sich bedingt aus der Art der Bauausführung natürlich ergeben kann, dass es manches Mal zu Überschneidungen kommt. Wer im konkreten Fall die Arbeitsmaterialien gestellt hat, kann ich nicht beantworten, da ich nicht auf der Baustelle anwesend war.

Wenn ein Subunternehmen seine Arbeit mangelhaft ausführt, halten wir uns im Wege von Gewährleistung und Schadenersatz am Subunternehmen schadlos. Ein Subunternehmer haftet für einen bestimmten Erfolg.“

OO sagte Folgendes aus:

„Wenn ich gefragt werde, welche Funktion ich in der AA Bau GmbH & Co KG ausübe, so gebe ich an, dass ich zum gegenständlich maßgeblichen Zeitpunkt zuständig war für den Zukauf von Leistungen von Subunternehmern. Als Entscheidungsgrundlage dienen mir die Informationen, die ich seitens der Bauleitung und Niederlassungsleitung bekomme, ob beispielsweise nur zwei Arbeitskräfte benötigt werden, oder man einen abgrenzbaren Bauteil hat, der im Wege eines Werkvertrages an ein Subunternehmen übergeben werden kann. Im ersten Fall wird auf die Arbeitskräfteüberlassung zurückgegriffen, im zweiten Fall wird mit Werkvertrag die Leistung zugezogen. Ich war ein einziges Mal auf gegenständlicher Baustelle beim MM, da ich als IT-Verantwortlicher dort eine WLAN-Versorgung einrichten musste. Ich weiß, wie es auf der Baustelle ausgesehen hat, kann aber zu den Details bezüglich des Herganges auf der Baustelle keine Auskunft erteilen. In unserer Firma gibt es die Arbeitsanweisung an die Poliere, dass diese vor Arbeitsantritt der Arbeitnehmer das Vorhandensein und die Richtigkeit der erforderlichen Papiere zu überprüfen haben. Dafür ist jedoch UU zuständig und habe ich sonst damit nichts zu tun.

Den gegenständlichen Werkvertrag vom 20.06.2016 habe ich aufgesetzt, dies ergibt sich aus meinen Initialen unter dem Datum mit OO. Ich verwende dafür Vertragsmuster, wo dann die jeweils individuellen Daten der Baustelle eingefügt werden. Wenn mir der Verhandlungsleiter zum gegenständlichen Werkvertrag mitteilt, dass er daraus die einzelnen Gewerke, die die DD GmbH zu erbringen hatte, nicht erkennen konnte, so gebe ich dazu an, dass der Bauleiter Leistungsverzeichnisse erstellt, auf denen konkret eingetragen ist, welche Arbeitspositionen der

Subunternehmer auszuführen hat. Dieses Leistungsverzeichnis fordere ich davor vom Bauleiter an, welches mir dann übergeben wird. Die Preise setze ich ein, welche auf dem Angebot des Subunternehmers, in diesem Fall der DD GmbH, beruhen. Dieses Leistungsverzeichnis ist dann eine Beilage zum Werkvertrag und wird dem Subunternehmer mit diesem übergeben. Wenn mir der Verhandlungsleiter mitteilt, dass er aus dem Leistungsverzeichnis nicht ersehen kann, welche konkreten abtrennbaren Gewerke das Subunternehmen auszuführen hat, so führe ich dazu an, dass ich dies zuerst auch noch nicht weiß und erst der Bauleiter auf der Baustelle dies dem Subunternehmer zuweist. Dies ist im Prinzip schon davor klar, weil sonst würden wir ja gar keinen Werkvertrag machen; Pläne sind allerdings nicht Bestandteil dieses Leistungsverzeichnisses.

Wenn eine Arbeit von einem Subunternehmer nicht vertragsgemäß in einwandfreier Qualität erbracht worden sein sollte, dann wird von uns der Subunternehmer innerhalb der Gewährleistungsfrist zur Behebung dieses Mangels aufgefordert. Wenn dies nicht befolgt werden sollte, würden die üblichen juristischen Schritte eingeleitet, sofern der Mangel dem Subunternehmer angelastet werden kann. Gemäß dem Werkvertrag hatte im gegenständlichen Fall die Firma DD für den Arbeitserfolg gewährleistungsmäßig der Firma QQ zu haften. Wenn mir die Aussage des Poliers TT vorgehalten wird, wonach beispielsweise die Wände bzw die Decken gemeinsam von den Arbeitern der Firma QQ und der Firma DD durchgeführt wurden, so muss der Mitarbeiter da etwas falsch verstanden haben, da es das Wesen der Vergabe eines Werkvertrages ist, dass man ein getrenntes Gewerk an ein Subunternehmer vergibt. Es hat in so einem Fall nicht zu gemeinsamen Arbeiten, sondern zu getrennten Ausführungen zu kommen. Die Firma DD konnte die Anzahl der auf der Baustelle erforderlichen und eingesetzten Arbeitnehmer bestimmen, uns war es völlig egal, wie viel Arbeitnehmer dafür verwendet werden; was wir nur verlangten war, dass ein fähiger Vorarbeiter mit Deutschkenntnissen eingesetzt wird, der seine Partie gut zu führen im Stande ist. Die Zahl der eingesetzten Arbeitnehmer seitens des Subunternehmers war auch in unseren Besprechungen nie ein Thema. Dies war auch nie ein Vertragsbestandteil. Die Bauaufsicht wird vom Polier (Herrn TT) ausgeführt. Er hat die Pläne und kontrolliert die auftragsgemäße Ausführung der Arbeiten; dies gemeinsam mit dem Bauleiter, der anlassbezogen auch auf der Baustelle anwesend ist.

Unsere Auswahlkriterien für die Subunternehmer bestehen darin, dass wir einerseits viele Firmen bereits kennen und ansonsten müssen die Firmen im Stande sein, fachlich und technisch einwandfrei den Auftrag auszuführen und in Österreich diese Aufgaben in gewerberechtlicher Hinsicht überhaupt ausführen dürfen. Die entsprechenden Voraussetzungen werden vor einer Auftragsvergabe von mir kontrolliert, das müssen die in Aussicht genommenen Subunternehmer uns nachweisen. Dies gilt für alle Gewerbe gleichermaßen. Die Firma DD hat alle diese Anforderungen erfüllt, sonst hätte sie den Werkvertrag nicht bekommen. Die DD GmbH hat in T in Südtirol ihren Hauptsitz und betreibt ein Tochterunternehmen in Perg in Oberösterreich. Mit der Firma DD hatten wir schon öfters Verträge abgeschlossen, diese Aufträge wurden von unserem Subunternehmen stets korrekt abgearbeitet. Die Firma DD ist eine „richtige“ Baufirma, die alle erforderlichen Materialien und auch die dafür befähigten Arbeitnehmer hat. Wir arbeiten mit der Firma DD gerne zusammen, weil wir hier einen Vertragspartner haben, der als Baufirma ein Bauvorhaben vollständig, richtig und eigenständig ausführen kann. Ob die Firma DD ihrerseits mit eigenem Personal oder mit überlassenen Arbeitskräften arbeitet, weiß ich nicht. Mit den Abrechnungen habe ich dann nichts mehr zu tun, das erledigt die Bauleitung. Wenn es mit einem Subunternehmen Probleme gibt, bekomme ich von Seiten des Poliers bzw der Bauleitung diesbezüglich Meldung. Der Polier kontrolliert vor Arbeitsaufnahme auch die erforderlichen Papiere der entsprechenden Arbeitnehmer. Wenn diese nicht passen, darf dieser Arbeitnehmer auf der Baustelle gar nicht zu arbeiten anfangen. Ich würde keinen Werkvertrag an ein Subunternehmen vergeben, welches uns als rechtlich unzuverlässig bekannt ist. Diese Frage hat sich so allerdings noch nie gestellt, da die erforderlichen Papiere von mir bereits vor der Vertragserrichtung kontrolliert werden.

Mit der Firma DD hat es bis vor kurzem keine Verträge betreffend Arbeitskräfteüberlassung gegeben, weil sie das Gewerbe dafür nicht hatte. Inzwischen hat Herr DD das entsprechende Gewerbe. Da ich nun nicht mehr in der Funktion tätig bin, die ich im September 2016 ausübte, kann ich nicht angeben, ob in der Zwischenzeit von der DD GmbH Arbeitnehmer im Wege der Arbeitskräfteüberlassung engagiert werden. Im September 2016 war mit der Firma DD die Überlassung von Arbeitskräften kein Thema, da die Firma dafür nicht das notwendige Gewerbe hatte.“

NN sagte Folgendes aus:

„Ich war Bauleiter gegenständlichen Projekts beim MM, wo am 21.09.2016 die Kontrolle der Finanzpolizei durchgeführt wurde. Die Firma DD GmbH führte auf gegenständlicher Baustelle Schalung- und Betonierungsarbeiten durch. Die

Firma QQ hat ebenfalls Schalungs- und Betonierungsarbeiten ausgeführt, aber an verschiedenen Bauteilen. Bei gegenständlichem Bauvorhaben wurde zur Bestandshalle ein Zubau ausgeführt. Dieser bestand einerseits aus einem Bürotrakt, aus einem Hochregallager und einer Stützmauer, wobei es sich um eine ca 100 m lange Stützmauer handelte. Die Firma DD hat die komplette Stützmauer ausgeführt plus das Bürogebäude und Arbeiter unserer Firma haben das Hochregallager ausgeführt. Die Firma DD hat grundsätzlich ihren Teil selbst ausgeführt. Die Firma DD führte nur die Betonier- und Schalungsarbeiten durch; unsere Arbeiter führten den Aushub und die Vorarbeiten durch. Diese Vorarbeiten bestehen im Wesentlichen aus der Planie und dem Einziehen der Sauberkeitsschicht. Dabei handelt es sich um eine ein paar Zentimeter dicke Betonschicht, worauf dann die Firma DD ihre Fundamentalschalung daraufstellen konnte. Die Arbeiter unserer Firma haben denen der Firma DD dann die Baustelle so übergeben. Die Firma DD beginnt dann mit der Ausführung des eigentlichen Fundamentes. Nachdem die Stützmauer fertig ausgehärtet und die Schalung entfernt wurde, wurde von unserer Firma dann die Hinterfüllung der Stützmauer durchgeführt. Mit der Entfernung der Schalung war die Firma DD mit der Ausführung ihres Gewerks bei der Stützmauer fertig. Beim Bürogebäude hat es sich ähnlich abgespielt, dass seitens der Firma QQ die Planie und die Sauberkeitsschicht eingerichtet wurde und dann ab der Fundamenterrichtung von der Firma DD die Ausführung übernommen wurde. Mit der Vollendung des Rohbaus des Bürogebäudes war die Arbeit der Firma DD beendet. In Bezug auf Werkzeug und Arbeitsmaterial wurden die Schutzausrüstung und das Kleinwerkzeug von der Firma DD für ihre Mitarbeiter gestellt, die größeren Materialien, wie Schalungen usw, hat die Firma QQ bereitgestellt. Grundsätzlich war es der Firma DD freigestellt, die Arbeitszeiten zu bestimmen, aber in der Praxis war es so, dass die Arbeiter der Firma DD sich an die Arbeitszeiten der Firma QQ angepasst haben. Dies war schon allein durch praktische Gründe bedingt. Die Arbeitszeiten der Mitarbeiter der Firma DD wurden von unserer Seite nicht aufgezeichnet. Wenn der Polier TT gegenüber der Finanzpolizei angegeben hat, dass er Stundenaufzeichnungen der Arbeitnehmer der Firma DD geführt hätte, so erläutere ich dies derart, dass seitens der Firma QQ ein Bautagebuch geführt wird. Dieses wird vom Polier auf der Baustelle geführt, wo eingetragen wird, welche Arbeiten an diesem Tag erledigt werden, wie viel Arbeitspersonal auf der Baustelle ist, wo auch die Subunternehmer entsprechend eingetragen werden. Ich benötige diese Aufzeichnungen gegenüber dem Auftraggeber und nicht für den Subunternehmer. Der Subunternehmer wird nach Baumasse bezahlt. Diese Aufzeichnungen dienen auch zur Nachkalkulation der Kosten. Im Bautagebuch steht jedoch nicht drinnen, von wie viel Uhr bis wie viel Uhr welcher Arbeiter auf der Baustelle anwesend war, weder bezüglich der Arbeiter der Firma QQ noch jener der Firma DD. Die sechs Arbeitnehmer der Firma DD sind im Dienst dieses Unternehmens verblieben, in der Form eines eigenen Bautrupps und sind nicht zur Firma QQ gewechselt. Mit Fragen der Gewährleistung seitens der Firma DD gegenüber der Firma QQ hatte ich nichts zu tun und kann diesbezüglich auch keine Auskünfte erteilen. Die Firma DD konnte die Anzahl der auf der Baustelle erforderlichen und eingesetzten Arbeitnehmer frei bestimmen, von uns wurde nur der Termin für die Fertigstellung vorgegeben.

Als Bauleiter war ich ungefähr ein bis zwei Mal in der Woche auf der Baustelle anwesend. Unser Mitarbeiter, der ständig vor Ort war, ist der Polier. Die konkreten Anweisungen über die auszuführenden Arbeiten erhielten die Arbeiter der Firma DD von ihrem Vorarbeiter. Unser Polier Herr TT hatte kontrolliert, dass die Arbeiten plangemäß ausgeführt werden. Die Erteilung von genauen individuellen Weisungen für die Ausübung der Tätigkeiten wäre schon an der Sprachhürde gescheitert, da die sechs Arbeitnehmer der Firma DD die verschiedensten Nationalitäten aufwiesen.

Die Firma QQ verlangt von einem Subunternehmer, sämtliche für die von ihr eingesetzten Arbeitnehmer erforderlichen Unterlagen mitzubringen. Vor Arbeitsaufnahme ist es Aufgabe des Poliers, diese Papiere zu kontrollieren. Wenn bei einem Arbeitnehmer eines Subunternehmens die Papiere nicht passen, so muss er vom Polier von der Baustelle verwiesen werden. Der Polier wird von mir kontrolliert, wobei aufgrund meiner Anwesenheitszeiten nicht eine lückenlose Kontrolle hinsichtlich sämtlicher Papiere der Subunternehmer möglich ist. Wenn ich feststellen sollte, dass ein Polier bezüglich dieser Kontrollen nachlässig war und beispielsweise einen Arbeitnehmer eines Subunternehmens auf der Baustelle arbeiten lässt, bei dem die Papiere nicht passen, dann wird dieser Polier von mir abgemahnt und ich habe diesen Vorfall an meinen Niederlassungsleiter weiter zu melden. Vor gegenständlichem Bauvorhaben war Herr TT auch schon mehrmals Polier auf Baustellen, für die ich Bauleiter war; bei meinen Kontrollen habe ich bezüglich Herrn TT keine Beanstandungen in Erinnerung, er ist mir als verlässlicher Polier bekannt.

Wenn ein Arbeitnehmer der Firma DD beispielsweise Urlaub wollte, dann hatte er dies mit seinem Vorarbeiter zu regeln, wir hatten damit nichts zu tun. Mir war es an sich egal, wie viele Arbeiter auf der Baustelle vom

Subunternehmen eingesetzt werden, maßgeblich war nur, dass die Arbeit zeitgerecht erledigt wurde. Eine Qualitätskontrolle erfolgte grundsätzlich monatlich im Zuge der Aufmaßerstellung. Es handelt sich bei den vom Rechtsvertreter als Beilage 14 vorgelegten Unterlagen um solche Monatsabrechnungen. Auf diesen Abrechnungen ist unter anderem das OK und meine Paraphe angebracht. Das heißt, ich habe die Arbeit kontrolliert und für in Ordnung befunden. Im Werkvertrag sind auch Abbrucharbeiten angeführt; so trifft es zu, dass ein paar Abbrucharbeiten auch von der Firma DD ausgeführt wurden. Die übrigen Arbeiten wurden als Umbauarbeiten bezeichnet, da es sich um einen Anbau und um keinen Neubau handelte.

Die Anzahl der Arbeiter der Firma QQ auf dieser Baustelle war unterschiedlich; zuerst waren drei Arbeiter, danach vier oder fünf Arbeiter von uns dort. Auch wenn ich nur ein oder zwei Mal in der Woche auf die Baustelle gekommen bin, habe ich keine Hinweise darauf gefunden, dass der Polier nicht dafür gesorgt hätte, dass die beiden Firmen getrennt ihre Gewerke ausführen. Wenn ich auf die Baustelle komme, kann ich sehr wohl feststellen, ob die Gewerke getrennt von den beiden Firmen ausgeführt werden oder nicht. Das hat jeweils gepasst auf dieser Baustelle. Die Entscheidung, ob im Fall des Zukaufs von Leistungen durch Fremdfirmen auf Arbeitskräfteüberlassung oder ein Subunternehmen zurückgegriffen wird, hängt im Wesentlichen davon ab, ob die Leistungen getrennt erbracht werden können. Wenn dies nicht der Fall ist, nehmen wir Leasingfirmen, wenn eine getrennte Ausführung möglich ist, greifen wir grundsätzlich auf Subunternehmen im Wege eines Werkvertrages zurück.“

TT sagte Folgendes aus:

„Ich war Polier auf der Baustelle des Gerätewerkes W im September 2016. Ich kann mich noch einigermaßen an die damaligen Verhältnisse erinnern.

Wenn ich gefragt werde, wie die Arbeiten zwischen den Arbeitern der Firma QQ und jenen der Firma DD auf der Baustelle aufgeteilt waren, so gebe ich an, dass von unserer Firma die Vorarbeiten geleistet wurden, was aus dem Aushub und der Spritzbetonsicherung und der Hangsicherung bestanden hat. Die Sauberkeitsschicht wurde auch noch von der Firma QQ eingebracht. Alles was unter der Erde war, nämlich die Leitungsanschlüsse, wurden auch von der Firma QQ verlegt. Seitens der Firma DD wurde dann die Stützmauer hergestellt und das Bürogebäude. Meine vier Arbeiter haben das Hochregellager hergestellt. Mit der Herstellung des Rohbaues war die Arbeit der Firma DD beendet.

Wenn ich gefragt werde, wer die Hinterfüllung der Stützmauer durchgeführt hat, so gebe ich nach längerem Überlegen an, dass ich mich zu erinnern glaube, dass diese Hinterfüllung auch von der Firma DD durchgeführt wurde. Bezüglich des Bürogebäudes wurde von unserer Firma noch das Fugenband (eine Abdichtung) eingebaut, alle anderen Arbeiten am Bürogebäude und an der Stützmauer wurden dann von der Firma DD allein ausgeführt. Umgekehrt haben auch die Arbeiter der Firma DD unseren Arbeitern beim Bau des Hochregallagers keinen Beistand geleistet und wurde dieses allein von uns ausgeführt. Das Werkzeug und Arbeitsmaterial wurde für die Arbeiter der Firma DD von der Firma QQ gestellt, die Firma DD stellte für ihre Arbeiter lediglich die Schutzausrüstung und das Kleinwerkzeug. Wenn Beton zu bestellen war, dann habe ich das gemacht; der Vorarbeiter der Firma DD hat mir mitgeteilt, zu welcher Zeit wie viel Kubikmeter benötigt werden.

Die Arbeitszeiten der Arbeiter der Firma DD wurden nicht von der Firma QQ bestimmt. Es hat sich damals so dargestellt, dass einer der Chefs der Firma DD vor Aufnahme der Arbeiten zu mir gekommen ist und mich gefragt hat, wann wir arbeiten. Ich habe ihm dann unsere Arbeitszeiten genannt. In Anpassung unserer Arbeitszeiten hat die Firma DD dann ihre Arbeiter ebenfalls zu diesen Zeiten zum Arbeiten geschickt. Hinsichtlich der Arbeiter der Firma DD wurden von der Firma QQ bzw meiner Person keine Aufzeichnungen geführt. Ich hatte lediglich das Bautagebuch zu führen, in welchem die Anzahl der Arbeiter für den Tag eingetragen war, ebenso wie die an diesem Tag ausgeführten Arbeiten. Die Arbeiter der Firma DD wurden im Tagebuch nicht namentlich, sondern nur der Anzahl nach festgehalten.

Wenn ich gefragt werde, warum am 21.09.2016 um 09.00 Uhr hinsichtlich der im Spruch genannten sechs Arbeiter die Lohnunterlagen und Meldungen an die Zentrale Koordinationsstelle nicht bereitgehalten und zugänglich gemacht wurden, gebe ich an, dass meiner Erinnerung nach die Arbeiter der Firma DD die Lohnzettel selbst mithaben mussten und von unserer Seite nur das A3-Dokument, dass sie gemeldet sind, bereitzuhalten war. Das A3-Blatt haben ich von den Arbeitern der Firma DD bekommen und abgelegt.

Die sechs Arbeitnehmer der Firma DD waren nicht als überlassene Arbeitskräfte der Firma QQ zugeteilt, sondern hat die Firma DD als Subunternehmer ihr Gewerk ausgeführt. Die sechs Arbeitnehmer der Firma DD sind auch im Dienst

dieses Unternehmens verblieben und nicht zur Firma QQ gewechselt.

Wenn ich gefragt werde, ob die Firma DD für den Arbeitserfolg gewährleistungsgemäß der Firma QQ zu haften hatte, so führe ich an, dass ich dies nicht weiß.

Die Firma DD konnte die Anzahl der auf der Baustelle erforderlichen und eingesetzten Arbeitnehmer selbst bestimmen; von unserer Seite aus wurde nur bestimmt, welche Arbeiten bis zu welchem Termin fertigzustellen sind. Der Chef auf der Baustelle als Polier bin ich gewesen. Da aber meistens nur einer der Partie von der Firma DD deutsch konnte, wobei es sich vermutlich um den Vorarbeiter handelte, habe ich mit diesem kommuniziert und diesem erklärt, welche Arbeiten zu erledigen sind. Die konkreten Arbeitsanweisungen an die Arbeiter der Firma DD wurden dann von diesem Mitarbeiter getätigt. Die genauen, individuellen Weisungen für die Ausübung der Tätigkeiten wurden den Arbeitern der Firma DD von ihrem Vorarbeiter erteilt. Wenn ein Arbeiter der Firma DD erkrankt war, hat mir dies der Vorarbeiter in der Früh mitgeteilt; ich habe ansonsten dazu keine Veranlassungen zu treffen gehabt. Einen Ersatz für diesen Mitarbeiter musste dann die Firma DD stellen.

Mit der Abrechnung für die geleisteten Arbeiten hatte ich als Polier nichts zu tun, das hat der Bauleiter erledigt.

Bezüglich eines Kontroll- und Sanktionssystems hinsichtlich der Firma DD kann ich keine Auskünfte geben. Ich weiß nicht mehr, ob ich von NN auf das Vorhandensein der A3-Papiere kontrolliert wurde, dies könnte durchaus der Fall gewesen sein.

Wenn ein Arbeiter der Firma DD Urlaub wollte oder im Fall einer Erkrankung habe ich es immer so gehandhabt, dass ich dann bei der Firmenzentrale in T angerufen habe und diesen Umstand mitteilte. Es ist nämlich für die Firma äußerst unangenehm, wenn man erst nach 2 oder 3 Tagen eine Krankmeldung eines Arbeiters bekommt; das mag ich bei meinen Arbeitern auch nicht, und so habe ich es auch mit den Arbeitern der Firma DD gehalten und deswegen in der Firmenzentrale in T gleich angerufen. Für den Ersatz eines ausgefallenen Arbeiters hatte jedenfalls die Firma DD zu sorgen. Ich war als Polier der unmittelbare Chef der Baustelle; über mir war als Bauleiter NN. Ein Mitarbeiter mit dem Vornamen VV (seinen Familiennamen weiß ich nicht mehr) hat für NN die Abrechnungen gemacht. Der Vorgesetzte von NN war der Niederlassungsleiter der Firma in U. Wer damals Niederlassungsleiter war, weiß ich heute nicht mehr. Ich gehe davon aus, dass der Niederlassungsleiter dann unmittelbar der Firmenzentrale gegenüber verantwortlich war. Der Bauleiter sagte uns bei jeder Baustelle regelmäßig, worauf wir hinsichtlich der Verwendung von Fremdpersonal achten müssen und welche Papiere bereitzuhalten sind. Ich habe die Anordnung, dass ein Arbeiter einer Fremdfirma, bei dem die Papiere nicht passen, die Baustelle zu verlassen hat. Ob ein Zuwiderhandeln gegen diese Anordnungen Konsequenzen für mich hätte, weiß ich nicht, da dies noch nie vorgekommen ist. Im Zuge der Kontrolle durch die Finanzpolizei am 21.09.2016 habe ich dann die sechs betreffenden Arbeiter der Firma DD zu mir geholt und wurden die entsprechenden Papiere überprüft. Wie das Ergebnis dieser Überprüfung ausgefallen ist, weiß ich nicht, weil ich da nicht mehr dabei war. Meiner Erinnerung nach richtete ich die A3-Papiere her. Danach sind diese Arbeiter wieder ganz normal weiter arbeiten gegangen. Ein Verweis von der Baustelle seitens der Finanzpolizei hat nicht stattgefunden.

Wenn ich gefragt werde, ob mir der Unterschied zwischen Werkvertrag und Leasingarbeitern bewusst ist, so führe ich an, dass ich die Leasingarbeiter mit den Arbeitern meiner Firma mischen kann, was im Falle eines Werkvertrages nicht möglich ist. Wenn mehrere abgrenzbare Bauabschnitte vorhanden sind, wird seitens der Firma QQ auf Werkvertragsbasis die Bauleistung ausgelagert. In anderen Fällen greifen wir auf Leasingarbeiter zurück, was regelmäßig immer wieder vorkommt. Im gegenständlichen Fall beim MM waren die Gewerke, die die Arbeiter der Firma QQ und jene der Firma DD auszuführen hatten, voneinander abgrenzbar. Für mich war dies die erste Baustelle, auf der mit Arbeitern der Firma DD zusammengearbeitet wurde.“

II. Sachverhalt:

Mit Werkvertrag vom 20.06.2016 samt Ergänzung vom 18.08.2016 beauftragte die AA Bau GmbH und Co KG die DD GmbH, Adresse 3, I - T mit der Durchführung von Bauarbeiten auf der Baustelle des Gerätewerkes W am LL. Laut Leistungsverzeichnis hatte dort die Firma DD Schalungs- und Betonierungsarbeiten durchzuführen. Beim gegenständlichen Bauvorhaben wurde zur Bestandshalle ein Zubau ausgeführt. Dieser bestand einerseits aus einem Bürotrakt, aus einem Hochregallager und einer ca 100 m langen Stützmauer. Die Firma QQ hat dort mit ihren eigenen Arbeitnehmern ebenfalls Schalungs- und Betonierungsarbeiten ausgeführt. Die Arbeiten waren so aufgeteilt, dass seitens der Firma QQ der Aushub durchgeführt wurde sowie die Spritzbetonsicherung und die Hangsicherung, das Aufbringen der Sauberkeitsschicht und des Fugenbandes. Von den Arbeitern der Firma QQ wurden auch alle

unterirdischen Leitungsanschlüsse hergestellt. In weiterer Folge war die Arbeit so aufgeteilt, dass die Firma DD das Bürogebäude und die Stützmauer ausführte und die Arbeiter der Firma QQ das Hochregallager herstellten. Die Arbeiter der beiden Firmen haben ihre Gewerke jeweils allein und ohne gegenseitige Unterstützung durch Arbeiter der anderen Firma ausgeführt. Mit der Fertigstellung des Rohbaus war die Arbeit der Firma DD abgeschlossen. Das Werkzeug und Arbeitsmaterial für die Arbeiter der Firma DD wurde von der Firma QQ gestellt, die Firma DD stellte für ihre Arbeiter lediglich die Schutzausrüstung und das Kleinwerkzeug. Wenn Beton zu bestellen war, machte dies der Polier der Firma QQ, der die Bestellung nach Mitteilung des Vorarbeiters der Firma DD abgab. Grundsätzlich war es der Firma DD freigestellt, die Arbeitszeiten ihrer Arbeitnehmer zu bestimmen, diese passte ihre aus Zweckmäßigkeitsgründen jedoch an die Arbeitszeiten der Arbeiter der Firma QQ an. Der Polier der Firma QQ hielt im Bautagebuch fest, welche Arbeiten am jeweiligen Tag ausgeführt wurden und wie viele Arbeiter seitens der Firma QQ und seitens der Firma DD im Einsatz waren. Die Arbeiter der Firma DD wurden im Tagebuch nicht namentlich, sondern nur der Anzahl nach festgehalten. Im Bautagebuch wurde auch nicht festgehalten, von wie viel Uhr bis wie viel Uhr welcher Arbeiter auf der Baustelle anwesend war. Seitens der Firma QQ wurde der Firma DD nicht vorgegeben, wie viele Arbeiter einzusetzen sind, es wurde lediglich vorgegeben, welche Arbeiten bis zu welchem Termin fertigzustellen sind. Seitens der Firma DD war unter den Arbeitern immer einer dabei, der über ausreichende Deutschkenntnisse verfügte. Der Polier der Firma QQ kommunizierte mit diesem und erklärte ihm, welche Arbeiten zu erledigen sind. Die genauen, individuellen Weisungen für die Ausübung der Tätigkeiten wurden den Arbeitern der Firma DD dann von ihrem Vorarbeiter erteilt. Wenn ein Arbeiter der Firma DD erkrankt war oder Urlaub wollte, wurde dieser Umstand vom Vorarbeiter dem Polier mitgeteilt. Für einen Ersatz musste die Firma DD sorgen. Die Firma DD wurde nach Baumasse bezahlt. Die sechs Arbeitnehmer der Firma DD sind in Form eines eigenen Bautrupps im Dienst dieses Unternehmens verblieben und nicht in den Arbeitstrupp der Firma QQ integriert worden. Der Polier der Firma QQ kontrollierte, dass die Arbeiten seitens der Firma DD plangemäß ausgeführt werden. Eine Qualitätskontrolle erfolgte grundsätzlich monatlich im Zuge der Aufmaßerstellung durch den Bauleiter der Firma QQ.

Bei der Firma QQ wird die Frage, ob zuzukaufende Leistungen im Wege eines Werkvertrages oder einer Arbeitskräfteüberlassung im konkreten Fall gedeckt werden soll, von Bauleiter und Niederlassungsleiter gemeinsam mit dem zentralen Einkauf in der Firma entschieden. Die Entscheidung, welche der beiden Wege gewählt wird, hängt in der Regel davon ab, wie groß der Arbeitskräftebedarf ist. Wenn es sich nur um einzelne Arbeitnehmer handelt, werden diese in der Regel im Wege der Arbeitskräfteüberlassung besorgt, wenn es sich um abtrennbare Bereiche bzw Bauteile handelt, werden diese Arbeiten im Wege eines Werkvertrages an Subunternehmen übergeben. Im gegenständlichen Fall handelte es sich mit der Herstellung der Stützmauer und des Bürogebäudes um abtrennbare Bereiche bzw Bauteile gegenüber dem Hochregallager, weshalb die Firma DD diese Bauleistungen im Wege eines Werkvertrages erbrachte. Gemäß gegenständlichem Werkvertrag hatte die Firma DD für den Arbeitserfolg gewährleistungsmäßig der Firma QQ zu haften. Im Beanstandungsfall würde der Subunternehmer von der Firma QQ innerhalb der Gewährleistungsfrist zur Behebung des Mangels aufgefordert werden. Wenn dies nicht befolgt werden sollte, würden juristische Schritte eingeleitet, sofern der Mangel dem Subunternehmer angelastet werden kann. Die Firma QQ vergibt Werkverträge nur an solche Subunternehmer, die ihr als verlässlich bekannt und im Stande sind, fachlich und technisch einwandfrei den Auftrag auszuführen und in Österreich diese Aufgaben in gewerberechtlicher Hinsicht ausführen dürfen. Die entsprechenden Voraussetzungen werden vor der Auftragsvergabe kontrolliert und müssen die in Aussicht genommenen Subunternehmer nachweisen. Die Firma DD hatte alle diese Anforderungen erfüllt, sonst hätte sie den Werkvertrag nicht bekommen.

Im gegenständlichen Fall war es Aufgabe des Poliers, vor Arbeitsaufnahme der Arbeiter der Firma DD deren Papiere zu kontrollieren. Wenn diese nicht passen sollten, darf der betroffene Arbeitnehmer auf der Baustelle gar nicht zu arbeiten beginnen. Der Polier ist dem Bauleiter gegenüber für die von ihm durchzuführenden Kontrollen verantwortlich. Der Bauleiter hat den Polier zu kontrollieren und ist seinerseits dem Niederlassungsleiter verantwortlich, der wiederum der Firmenzentrale und damit dem Beschuldigten verantwortlich ist.

III. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den Akteninhalten sowie den Aussagen der vier einvernommenen Zeugen. Alle vier Zeugen machten bei einer detaillierten Befragung unabhängig von einander in allen wesentlichen Punkten übereinstimmende Aussagen und hatte das Verwaltungsgericht bei keinem der Zeugen den Eindruck, dass er etwas Unwahres sagen würde.

IV. Rechtslage:

In den gegenständlichen Verfahren sind folgende Bestimmungen des AÜG bzw des AVRAG maßgeblich:

„§ 3 AÜG

Begriffsbestimmungen

- (1) Überlassung von Arbeitskräften ist die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte.
- (2) Überlasser ist, wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet.
- (3) Beschäftiger ist, wer Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt.
- (4) Arbeitskräfte sind Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen. Arbeitnehmerähnlich sind Personen, die, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wirtschaftlich unselbständig sind.

§ 4 AÜG

Beurteilungsmaßstab

- (1) Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.
- (2) Arbeitskräfteüberlassung liegt insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber
 1. kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder
 2. die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder
 3. organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder
 4. der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet

§ 17 AÜG

Meldepflicht

(...)

(7) Der Beschäftiger hat für jede nicht in Österreich sozialversicherungspflichtige überlassene Arbeitskraft Unterlagen über die Anmeldung der Arbeitskraft zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. Nr. L 166 vom 30.04.2004 S. 1, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) Nr. 465/2012, ABl. Nr. L 149 vom 8.6.2012 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.

§ 23a AÜG

Außerkräfttreten

(...)

(2) § 17 Abs. 2 bis 7 und § 22 Abs. 1 Z 2 in der Fassung vor dem BundesgesetzBGBl. I Nr. 44/2016 treten mit Ablauf des 31. Dezember 2016 mit der Maßgabe außer Kraft, dass diese Bestimmungen auf Sachverhalte weiter Anwendung finden, die sich vor dem 1. Jänner 2017 ereignet haben.

§ 7d AVRAG

Verpflichtung zur Bereithaltung von Lohnunterlagen

(1) Arbeitgeber/innen im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 haben während des Zeitraums der Entsendung insgesamt (§ 7b Abs. 4 Z 6) den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel (§ 7b Abs. 1 Z 4), Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die

Lohneinstufung zur Überprüfung des dem/der entsandten Arbeitnehmers/in für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten, auch wenn die Beschäftigung des/der einzelnen Arbeitnehmers/in in Österreich früher geendet hat. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die Lohnunterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten. Ist die Bereithaltung der Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort nicht zumutbar, sind die Unterlagen jedenfalls im Inland bereitzuhalten und der Abgabenbehörde auf Aufforderung nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.

(2) Bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung trifft die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen den/die inländische/n Beschäftiger/in. Der/Die Überlasser/in hat dem/der Beschäftiger/in die Unterlagen nachweislich bereitzustellen.“

V. Erwägungen:

Zum Beschwerdevorbringen der unterbliebenen Verständigung vom Ergebnis der Beweisaufnahme ist festzuhalten, dass, falls dieser Fehler vorgelegen sein sollte, er dadurch geheilt wird, dass der Beschwerdeführer im Rechtsmittelverfahren, wo kein Neuerungsverbot gilt, die Möglichkeit hatte, all das vorzubringen, was er sonst noch im erstinstanzlichen Verfahren dargebracht hätte. Die gerügte unterbliebene Einvernahme der beantragten Zeugen ist dadurch geheilt, indem unter anderem diese Personen im Rechtsmittelverfahren als Zeugen einvernommen wurden.

In seinem Erkenntnis vom 22.08.2017, Ra 2017/11/0068, hat der Verwaltungsgerichtshof ausführlich zur Problematik Stellung genommen, wann es sich bei einem Vertragsverhältnis um einen „echten“ Werkvertrag oder um einen Vertrag betreffend grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung handelt. Die Frage ist nämlich nicht ausschließlich nach innerstaatlichem Recht zu beantworten. Die hier maßgeblichen Bestimmungen des AÜG dienen auch der Umsetzung von Unionsrecht, sodass dessen Vorgaben bei der Vollziehung dieser Gesetzesbestimmungen zu berücksichtigen sind.

Von der Richtlinie 96/71/EG vom 16.12.1996 erfasst ist sowohl (Art 1 Abs 3 lit a) die grenzüberschreitende Entsendung eines Arbeitnehmers durch ein Unternehmen, um einen von diesem Unternehmen eingegangenen Werkvertrag zu erfüllen, als auch (Art 1 Abs 3 lit c) die grenzüberschreitende Entsendung eines Arbeitnehmers durch ein Unternehmen zum Zweck (lediglich) der Überlassung an ein anderes (den Arbeitnehmer verwendendes) Unternehmen. Aus dem Urteil des EUGH vom 18.06.2015 Martin Meat, C-586/13, ergibt sich, dass für die Beurteilung, ob ein Sachverhalt als grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung zu beurteilen ist und die im § 17 Abs 2 AÜG genannte Meldepflicht nach sich zieht, aus unionsrechtlicher Sicht jeder Anhaltspunkt zu berücksichtigen und somit unter mehreren Gesichtspunkten nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt zu prüfen ist. Im Speziellen sind dabei entsprechend dem Urteil „Martin Meat“ die Fragen, ob die Vergütung/das Entgelt auch von der Qualität der erbrachten Leistung abhängt bzw wer die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich festgelegten Leistung trägt, ob also der für einen Werkvertrag essenzielle gewährleistungstaugliche Erfolg vereinbart wurde, wer die Zahl der für die Herstellung des Werkes jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer bestimmt und von wem die Arbeitnehmer die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung ihrer Tätigkeiten erhalten, von entscheidender Bedeutung.

Im konkreten Fall war ein von den Werken des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herzustellen, sind die Arbeiter der Firma DD organisatorisch im Betrieb des Werkunternehmers geblieben, hatte der Werkunternehmer dem Werkbesteller für den gewährleistungsmäßigen Erfolg zu haften, bestimmte er selbst die Zahl der für die Herstellung des Werkes jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer und erteilte seinen Arbeitnehmern die genauen und individuellen Weisungen für die Ausübung ihrer Tätigkeiten. Die Bezahlung des Werkunternehmers erfolgte nach Baumasse und nicht nach Arbeitsstunden. Damit ergibt sich aus einer Gesamtbeurteilung aller Umstände nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt das Vorhandensein eines „echten“ Werkvertrages und keines Vertrages betreffend grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung.

Im konkreten Fall bedeutet das, dass aufgrund des Umstandes, dass die Arbeiten seitens der Firma DD im Rahmen eines echten Werkvertrages erbracht wurden, keine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung hinsichtlich der sechs spruchgegenständlichen Arbeiter bestand, die Firma QQ deshalb nicht Beschäftiger dieser Arbeitnehmer war und sie deshalb auch nicht die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen nach dem AVRAG bzw der Bereithaltung oder Zugänglichmachung der Unterlagen über die Anmeldung der Arbeitnehmer zur Sozialversicherung nach dem AÜG traf.

Quelle: Landesverwaltungsgericht Tirol LVwg Tirol, <https://www.lvwg-tirol.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at