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-301511/15/SE/BZ

Datum:
Linz, 20. April 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Ellmer über die Beschwerde von Z.S., vertreten durch W.T. Rechtsanwälte GmbH & Co KG, W., vom 21. März 2017 gegen Spruchpunkt 1. des Straferkenntnisses der Bezirkshauptmannschaft Eferding, Manglburg 14, 4710 Grieskirchen, vom 17. Februar 2017, GZ: SanRB96-50-2016, wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, Spruchpunkt 1. des angefochtenen Straferkenntnisses der Bezirkshauptmannschaft Eferding, Manglburg 14, 4710 Grieskirchen, vom 17. Februar 2017, GZ: SanRB96-50-2016, aufgehoben und 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 Eferding (in der Folge: belangte Behörde) vom 17. Februar 2017, GZ: SanRB96-50-2016, wurde unter Spruchpunkt 1. Z.S. (in der Folge: Beschwerdeführer, kurz: Bf) belangt, in sechs Fällen das Ausländerbeschäftigungsgesetz übertreten zu haben. Es wurde eine Geldstrafe in der Höhe von insgesamt 12.000 Euro sowie eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Höhe von insgesamt 198 Stunden verhängt. Ferner wurde ein Kostenbeitrag in der Höhe von 1.200 Euro vorgeschrieben.
Unter Spruchpunkt 2. wurde die Haftung der I.-V. d.o.o. für die über den Bf verhängte Geldstrafe in der Höhe von 12.000 Euro und die Verfahrenskosten in der Höhe von 1.200 Euro sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen zur ungeteilten Hand gemäß § 9 Abs. 7 VStG ausgesprochen.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde (auszugsweise Wiedergabe; Hervorhebungen nicht übernommen):
„Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach Außen berufenes Organ der I.-V. d.o.o., L., Kroatien zu verantworten, dass durch diese Gesellschaft als Überlasser iSd § 3 Abs. 2 AÜG und somit als Arbeitgeber die nachfolgenden kroatischen StAen.
1. Arbeitnehmer: [...] vom 23.6.2016 bis 5.7.2016,
2. Arbeitnehmer: [...] vom 23.6.2016 bis 5.7.2016,
3. Arbeitnehmer: [...] vom 23.6.2016 bis 5.7.2016,
4. Arbeitnehmer: [...] vom 23.6.2016 bis 5.7.2016,
5. Arbeitnehmer: [...] vom 23.6.2016 bis 5.7.2016, und
6. Arbeitnehmer: [...] vom 23.6.2016 bis 3.7.2016

der B.A. GmbH & Co.KG mit Sitz in S., jeweils als Anlagenmonteure zur Aufstellung von zwei Quellbottichen auf deren betrieblichen Baustelle A.S. GmbH in A., überlassen worden waren und somit entgegen § 3 Abs. 1 AuslBG beschäftigt wurden, ohne dass für diese Ausländer vom Arbeitsmarktservice entsprechende Bewilligungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz ausgestellt worden sind, obwohl ein Arbeitgeber einen Ausländer nur beschäftigen darf, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot - Karte", „Blaue Karte EU“ oder „Aufenthaltsbewilligung - Künstler" oder eine „Rot-Weiß-Rot - Karte plus", eine „Aufenthaltsberechtigung plus", einen Befreiungsschein oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger" oder „Daueraufenthalt - EU" besitzt.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 28 Abs. 1 Z 1 lit.a iVm § 3 Abs. 1 iVm § 32a Abs. 1 und 11 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) 1975, BGBl. Nr. 218/1975, i.d.F.d. BGBl. I Nr. 72/2013, iVm § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) 1991.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von Euro falls diese uneinbringlich ist, gemäß

6 x 2.000 Euro	Ersatzfreiheitsstrafe von 6 x 33 Stunden insges. 198 Stunden	§ 28 Abs. 1 Zi.1 3.Strafrahmen AuslBG iVm § 9 VStG

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:
6 x 200,00 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe,
(ein Tag Freiheitsstrafe gleich 15 Euro angerechnet);“

Diese Entscheidung wurde im Wesentlichen damit begründet, dass aufgrund der niederschriftlich festgehaltenen Aussagen der angetroffenen Personen und des in weiterer Folge vorgelegten Vertrages anhand der Kriterien des § 4 Abs. 2 AÜG festgestellt worden sei, dass dem wahren wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitskräfteüberlassung der I.-V. d.o.o. an die B.A. GmbH & Co.KG vorliege, weil

- von den Dienstnehmern der I.-V. d.o.o. kein vom Produkt des Werkbestellers abweichendes oder unterscheidbares Werk hergestellt werde;
- die Dienstnehmer der I.-V. d.o.o. organisatorisch und fachlich in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert seien; Arbeitsanweisungen würden direkt und indirekt vom Bauleiter der B.A. GmbH & Co.KG an die Kroaten gegeben; Arbeits- und Pausenzeiten würden ebenfalls vom Bauleiter der B.A. GmbH & Co.KG vorgegeben; der Bauleiter der B.A. GmbH & Co.KG vollziehe auch unmittelbar die Qualitätskontrolle der Arbeiten;
- die Arbeiten ausschließlich mit Werkzeug und Equipment der B.A. GmbH & Co.KG erledigt werden wären; die aufzustellenden Quellbottiche seien von der B.A. GmbH & Co.KG vorgefertigt worden; Vertragsinhalt zwischen der I.-V. d.o.o. und der B.A. GmbH & Co.KG seien lediglich die Aufstellungs- und Montagearbeiten gewesen;
- die Haftung ausschließlich bei der B.A. GmbH & Co.KG verbleibe.

Ein gemäß § 28 a Abs. 3 AuslBG verantwortlicher Beauftragter wäre der Finanzbehörde nicht gemeldet worden. Der Bf als einer von zwei Geschäftsführern der I.-V. d.o.o. sei daher für die Übertretung des AuslBG verantwortlich.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis (gemeint wohl gegen Spruchpunkt 1. des Straferkenntnisses) hat der Bf fristgerecht eine Beschwerde, datiert mit 21. März 2017, erhoben und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Behebung des angefochtenen Straferkenntnisses sowie die Einstellung des Strafverfahrens beantragt.

Zusammengefasst wurde in der Beschwerde Folgendes vorgebracht:

- Es würde entgegen den Feststellungen der belangten Behörde keine Arbeitskräfteüberlassung vorliegen. Die in § 4 Abs. 1 und Abs. 2 Z 1 bis 4 AÜG genannten Voraussetzungen seien nicht erfüllt.
- Da keine der vier Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG erfüllt sei, würde keine Arbeitskräfteüberlassung, sondern eine Entsendung von Arbeitnehmern vorliegen.

- Die I.-V. d.o.o. hätte beim AMS E. Entsendebewilligungen beantragt und seien für jeden einzelnen Ausländer EU-Entsendebestätigungen ausgestellt worden.
- Die Untersagungsbescheide des AMS vom 10.8.2016 würden sich auf eine Untersagung der Entsendung ab 11.8.2016 beziehen. Ab diesem Zeitpunkt hätte keiner der Mitarbeiter mehr eine Tätigkeit in Österreich ausgeübt. Eine Rückwirkung sei im Verwaltungsstrafrecht unzulässig.
- Ein Verschulden würde nicht vorliegen, weil selbst das AMS als zuständige Auskunfts- und Ausstellungsbehörde bei genauer Prüfung des Sachverhaltes zu dem Schluss gekommen sei, dass eine Entsendung vorliege.
- Weiters würden die Voraussetzungen für eine Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens bzw. jedenfalls für eine Ermahnung vorliegen.

I.3. Mit Schreiben vom 28. März 2017, eingelangt am 3. April 2017, legte die belangte Behörde das eingebrachte Rechtsmittel samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde verzichtet.

I.4. Mit Schriftsatz vom 31. Oktober 2017, eingelangt am 6. November 2017, hat der Bf auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 22. August 2017, Ra 2017/11/0068 hingewiesen und ausführlich zu den darin formulierten relevanten Kriterien Stellung genommen.

Weiters wurde ausgeführt, dass die regionale Geschäftsstelle gemäß § 18 Abs. 12 verpflichtet sei, binnen zwei Wochen ab Einlangen der Meldung über die Beschäftigung betriebsentsandter Ausländer dem Unternehmen, das die Arbeitsleistungen vornimmt, das Vorliegen der Voraussetzungen zu bestätigen oder bei Nichtvorliegen die Entsendung zu untersagen. Im gegenständlichen Fall sei das Vorliegen der Voraussetzungen vom AMS bestätigt worden. Den Gesetzesmaterialien zu § 18 Abs. 2 AuslBG sei dazu zu entnehmen: „es ist von der Behörde zu prüfen, ob sich die Tätigkeit des Arbeitgebers tatsächlich im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 59 und 60 des EWG-Vertrages bewegt und ob die Voraussetzungen nach Abs. 12 und 13 gegeben sind. Über das Ergebnis dieser Prüfung hat das Arbeitsmarktservice eine Bestätigung, „die EU-Entsendebestätigung“, auszustellen.“

Dem Arbeitsmarktservice obliege die Prüfung der materiellen Voraussetzungen. Gegenständlich sei das Vorliegen der Voraussetzungen vom AMS bindend festgestellt worden und seien die Arbeitnehmer aufgrund dieser gültigen EU-Entsendebestätigungen nach Österreich gekommen. Der Tatbestand des § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG sei nicht erfüllt.

Die Arbeitnehmer wären bis zum 11. August 2016 auf Basis der gültigen EU-Entsendebestätigungen ordnungsgemäß nach Österreich entsandt worden. Erst mit den Bescheiden vom 10.8.2016 wäre diese Entsendung untersagt worden.

Ein solcher Widerruf wirke nur ex nunc.
Ab dem 11. August 2016 wären keine Arbeitnehmer mehr auf der Baustelle gewesen.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt, das Beschwerdevorbringen und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13. November 2017. Die Beschwerdeverfahren LVwG-301511, LVwG-301512, LVwG-301561-562, LVwG-301563-564, LVwG-301565-566, LVwG-301567-568, LVwG-301569-570, LVwG-301571-572, LVwG-301573-574, LVwG-301575-576, LVwG-301577-578, LVwG-301579-580, LVwG-301581-582 und LVwG-301583-584 wurden gemäß § 12 Oö. LVwGG zur gemeinsamen Verhandlung verbunden.
Zur mündlichen Verhandlung sind der Bf, der Beschwerdevertreter, eine Vertreterin der belangten Behörde, ein Vertreter des Finanzamtes sowie die Bf in den verbundenen Verfahren samt Rechtsvertreter erschienen. Zeugenschaftlich einvernommen wurden G.H., G.S. und C.K., teilweise unter Inanspruchnahme eines Dolmetschers für die kroatische Sprache.

Zu Beginn der mündlichen Verhandlung wurde unter anderem darauf hingewiesen, dass EU-Entsendebestätigungen für den Tatzeitpunkt vorgelegen sind und deshalb keine Bestrafung erfolgen hätte dürfen.

Der Vertreter des Finanzamtes führte dazu aus, dass die EU-Entsendebestätigungen vom AMS mit Wirkung vom 11. August 2016 widerrufen worden wären und die Entsendung untersagt wurde. Die EU-Entsendebestätigung sei nur deshalb zustande gekommen, weil die falsche ZKO-Meldung gemacht worden sei.

Der Bf S. (LVwG-301511; im gegenständlichen Verfahren Bf) führte in der Verhandlung unter anderem aus:
„[E]r [sei] technischer Direktor in der I. Die Bauteile der B. wurden laufend zur Baustelle geliefert. Wir haben die Teile zusammengebaut aufgrund der übergebenen Projektdokumentation. Begonnen wurde mit dem Dach. Dann wurde der Behälter hochgezogen. Im abgeschlossenen Vertrag ist enthalten, dass die vorgefertigten Teile angeliefert werden von der B. und die I. diese zusammenbaut/montiert/errichtet. Unter Projektdokumentation sind Pläne und Zeichnungen über die Quellbottiche gemeint. Bf B. hat mir die Pläne (z.B. Quellbottich B1401-12, B1401-8) übergeben.“

Der Bf V. (LVwG-301512) erklärt:
„[V]on der B. wurden die Pläne an uns übermittelt, diese Pläne sind Grundlage für unser Angebot. Wir haben dann ein Angebot gelegt, dieses wurde von der B. angenommen, in der Folge wurde der Vertrag vom 3.6.2016 abgeschlossen.“

Der Bf S. führt aus:

„Zur Montage baucht man große Schweißgeräte, Kräne, Kettenzüge und Hydraulik zum Heben der Bauteile. Von der B. wurden Gerätschaften wie große Schweißgeräte, Kräne und dergleichen angemietet, weil diese Spezialwerkzeuge bzw. -geräte sind. Solche große Gerätschaften haben wir nicht. Die Zurverfügungstellung der Hebetechnik war im Vertrag enthalten und wurde von der B. geleistet und kleine Gerätschaften bzw. Werkzeuge wie Winkelschleifer und andere kleinere elektrische Geräte wurden von der I. gestellt.
Die Arbeitnehmer trugen Arbeitskleidung samt Schuhe von der I. Die Arbeitnehmer kamen mittels Firmenwagen der I. bzw. Mietwagen aus Kroatien zur Baustelle nach A.
Vorarbeiter der I. war G.H. Er hat auch den Meisterbrief. Für die Montage hatte er von uns den Vertrag, das Leistungsverzeichnis und Pläne mitbekommen. Detailpläne erhielt er vom Bauleiter der B., Herrn S.“

Bf B. (LVwG-301561, LVwG-301563, LVwG-301565) führte dazu aus, dass es keine gesonderten Detailpläne gab. Sondern lediglich einen Satz von Plänen, die sowohl der Vorarbeiter der I. als auch der Bauleiter der B. zur Verfügung hatte.

Bf S. führte weiters aus: „[D]er Baufortschritt [wird] in Prozent festgehalten. Wenn der Vorarbeiter feststellte, dass der Baufortschritt nicht wie gewünscht ist, forderte er zusätzliche Arbeiter direkt vom Personalchef bzw. von der Personalabteilung der I.
Die Entscheidung wie viele Arbeitnehmer eingesetzt werden hat der Vorarbeiter getroffen, weil er zuständig war für die Einhaltung der Termine. Es gab keine Arbeitnehmer von anderen Montagefirmen, die an der Errichtung der Quellbottiche gearbeitet hätten. An diesem Projekt waren ausschließlich Arbeitnehmer der I. beschäftigt. Die Arbeitnehmer haben in 10 bis 15 Kilometer Entfernung gewohnt. Den Ort kenne ich nicht. Die Kosten für die Unterkunft wurden von der I. getragen. Der Transport zur Baustelle wurde auch von der I. übernommen.“

Die Verhandlungsleiterin stellte fest, dass die Unterkunft in K. war. Für die Verpflegung waren die Arbeitnehmer selbst verantwortlich. Sie erhielten dafür Diäten. Die Arbeitnehmer hatten einen eigenen Container auf der Baustelle zur Verfügung. Im Vertrag mit der B. ist mitenthalten die Zurverfügungstellung eines Containers.

Der Bf K. (LVwG-301567, LVwG-301569, LVwG-301571) führte in der Verhandlung unter anderem aus:
„[D]ie B. [hatte] keine Einflussnahme auf die Anzahl der eingesetzten Arbeitnehmer. Zur Abrechnung kommt zusätzlich die vereinbarte Summe im Werkvertrag. Im konkreten Fall jedoch nicht, da die I. ihre Arbeiter vorzeitig abziehen musste. Der Kilopreis von Materialien ist ein Hilfsmittel zur Berechnung des Preises. Im Werkvertrag wurde aber ein Pauschalpreis vereinbart. Die Aufgabe von Bauleiter S. war den Kontakt zu uns zu halten und für die Überwachung der Qualität und Kontrolle der Arbeitnehmerschutzvorschriften. Der Bauleiter hatte keine Weisungsbefugnis hinsichtlich der Festlegung der einzusetzenden Arbeitnehmer. Die Aussagen des Beschwerdeführer S. betreffend verwendetes Werkzeug und der Geräte ist korrekt.
Alles was den Behälterbau betrifft ist meine Angelegenheit. Diese umfasst Konstruktion, Fertigung und Vorfertigung der Bauteile und die Montage.
Er ist auch für die notwendigen Unterlagen, Meldungen betreffend Herrn S. verantwortlich.“

Der Bf M. (LVwG-301579, LVwG-301581, LVwG-301583) führte in der Verhandlung unter anderem aus:
„[D]ie Einteilung der Bereiche [erfolgt] nach Ausbildung, Erfahrung und dergleichen. Diese wird den Umständen angepasst. Das Organigramm ist für alle einsichtig und liegt im Iso-Ordner auf. Zudem wird dadurch auch die Verantwortlichkeit gegenüber der B., allen Abteilungen bzw. Abteilungsleitern dokumentiert.
Wir sind auch dem Auftraggeber verpflichtet und müssen ihm dokumentieren, dass nur entsprechend ausgebildetes Personal eingesetzt wird. Die Dokumentation wird beim Kunden hinterlegt, der eine Aufbewahrungsfrist von 5 – 10 Jahren hat.
Die visuelle Kontrolle der Schweißnähte macht Herr S. laufend. Wenn etwas nicht in Ordnung ist, wird sofort in Gewährleistung/Schadenersatz gegangen. Damit kann man auch vermeiden, dass die B. in Pönalen gegenüber dem Auftraggeber kommt. Die Kommunikationskette läuft von unserem Auftraggeber zu uns und dann zur I.
Herr S. hat für künftige Kalkulationen die Arbeitszeitaufzeichnungen der Kroaten mitaufgezeichnet. Wir brauchen diese Erfahrungswerte für künftige Angebotslegungen.“

Bf S. erklärte dazu, dass bei Nichtentsprechen der Schweißnähte diese auf Kosten der I. auszubessern oder neu zu machen waren. Herr H. macht auch Qualitätskontrollen. Wir haben nur zertifizierte Schweißer auf der Baustelle gehabt.

Der Bf K. erklärte dazu: „[D]ie Qualitätsmängel [werden] reklamiert. Auch aus arbeitssicherheitsrelevanten Gründen sind die Aufzeichnungen über die Anwesenheitsstunden wichtig.“

Bf S. führt weiters aus: „Die Arbeitszeiten werden von uns I., Personalabteilung, vorgegeben. Es ist eine lange und eine kurze Woche vorgegeben und Herr H. hat Herrn S. die Arbeitszeiten der kroatischen Arbeitnehmer mitgeteilt. Schriftliche Arbeitsanweisungen für jeden Arbeiter, Schweißer, Monteur liegen in kroatischer Sprache auf der Baustelle auf.“

Bf M. gibt an, dass hinsichtlich der Arbeitszeiten der Kroaten nichts durch Herrn S. vorgegeben werden könne. Er habe dazu keine Kompetenz. Herr S. hätte auch keine Anweisungen, dass er den kroatischen Arbeitnehmern Arbeitsanweisungen geben dürfe. Aufgaben von Herrn S. wären Qualitäts- und Terminkontrolle und Schnittstelle zum Kunden als Auftraggeber, konkret die A.S. GmbH, sowie die Arbeitssicherheit betreffend aller Arbeiter auf dieser Baustelle, egal von welcher Firma.

Zum Punkt 1.2., 2. Absatz des Werkvertrages erklären die Geschäftsführer der B., dass damit zusätzlich abgesichert werden soll, dass der Auftragnehmer auch in der Lage ist, bei Schwierigkeiten bzw. Zusatzarbeiten Änderungen und dergleichen mit seinem ihm zur Verfügung stehenden Personal die vereinbarte Leistung in der vereinbarten Qualität und termingerecht erbringen kann. Die B. strebt an, für ihre Kunden geeigneter und verlässlicher Partner zu sein. Pönalen werden nicht angestrebt, sondern die Erbringung der vereinbarten Leistung zur Zufriedenheit des Auftraggebers.

Zum Punkt 1.2. 3. und 4. Absatz erklärt Bf M., dass diese Formulierungen nicht schaden. Dieses Vertragsmuster wird in ganz Europa verwendet und nicht nur für Österreich. Es wird auf Punkt 11 im Werkvertrag hingewiesen, wonach deutsches Recht vereinbart ist.

Der Zeuge G.S. gibt auf Befragung Folgendes an:
„Meine Aufgabe war dort die Qualitätsüberwachung und Terminkontrolle und Kontakt zum Kunden A. Qualitätsüberwachung bedeutet, dass ich kontrollierte, dass beim Schweißen keine Verformungen auftreten, dass die Schweißnähte ordentlich ausgeführt werden. Die Quellbottiche sind aus Edelstahl. Bei Edelstahl sind die Schweißarbeiten besonders genau zu verrichten, weil ansonsten starke Verformungen auftreten können. Die Schweißnähte werden stichprobenmäßig täglich überprüft. Es wird entweder eine visuelle Kontrolle oder eine Farbeindringkontrolle von mir durchgeführt. Die Farbeindringkontrolle läuft so ab: Es wird rote Farbe auf die Schweißnaht aufgetragen und diese lässt man etwa 25 Minuten einwirken. Danach wird die überflüssige Farbe gereinigt. Sollte die Schweißnaht nicht ordnungsgemäß durchgeführt sein, sieht man auf Haarrissen die rote Farbe. Diese bleibt an diesen Stellen zurück. Visuelle Kontrollen habe ich täglich durchgeführt, die Farbeindringkontrolle dann, wenn ich mir nicht sicher war, ob die Schweißnaht tatsächlich ordnungsgemäß ausgeführt wurde.

Auf Vorhalt, dass in der Niederschrift festgehalten ist, dass ich Herrn H. sagte was zu tun ist und dieser an die Arbeiter weitergegeben habe, führe ich aus, dass ich bereits 1 Tag zuvor auf der Baustelle war, um mit unseren Kunden der A.S. GmbH Details zu besprechen. Als die Arbeitnehmer der I. kamen, habe ich Herrn H. mitgeteilt, in welchen Bereichen sie sich aufhalten können, wo die Arbeitsstätte, der Platz für den Arbeitsablauf, und dergleichen ist. Dies waren auch Kundenvorgaben. Ich habe ihm auch Zeichenunterlagen und Ordner mit Plänen betreffend Quellbottiche übergeben.
Herr S. bestätigt, dass dies die gleichen Pläne sind, die heute zur Verhandlung schon zur Einsicht vorgelegt worden sind.

Das Equipment von der B. war ein Baustellencontainer, gefüllt mit Werkzeug wie Schweißmaschinen, Kabeln, Flexen, Hammer, Schraubenzieher und dergleichen. Damals war ich in der Annahme, dass dieses Equipment kostenlos von der B. zur Verfügung gestellt wird. Nunmehr wurde ich eines Besseren belehrt und habe erfahren, dass dies nicht so war.

Die Arbeitszeitaufzeichnungen, die ich persönlich gemacht habe, dienen der Geschäftsleitung für künftige Kalkulationen. Die namentlichen Aufzeichnungen führte ich aus sicherheitstechnischen Gründen, falls ein Unfall passiert, damit man feststellen kann, wer tatsächlich auf der Baustelle anwesend war und wer nicht.

Betreffend Vorhalt der Aussage Arbeits- und Pausenzeiten gebe ich an, dass ich gesagt habe, zu welchen Zeiten ich Pause mache und wann meine Arbeitszeiten sind und sich die kroatischen Arbeitnehmer mir anschließen. Ich machte keine Anweisungen hinsichtlich der Arbeits- und Pausenzeiten.

Auf Vorhalt der Aussage betreffend Personalleasing: So habe ich das nicht gesagt. Ich hatte keine Kenntnis vom Werkvertrag. Am Tag der Kontrolle habe ich ihn mir von der Firma schicken lassen. Der Inhalt war mir bis dahin unbekannt. Dies betrifft auch meine Aussagen hinsichtlich Haftung und Gewährleistung."

Auf Befragung durch die Rechtsvertreter: „Mit Aufzeichnungen betreffend Urlaub, Krankenstände, andere Abwesenheiten der kroatischen Arbeitnehmer hatte ich nichts zu tun, das machte Herr H. Die Finanzpolizei hat von Herrn H. die in der Niederschrift erwähnten Unterlagen, Dienstzettel, Lohneinstufungen, Stundenaufzeichnungen der kroatischen Arbeitnehmer direkt erhalten, ich hatte diese nicht. Meine eigenen Lohnunterlagen konnte ich nicht vorlegen.
Ich kann mich nicht daran erinnern, dass ein kroatischer Arbeitnehmer abgezogen wurde. Ein Arbeitnehmer fuhr wegen eines Sterbefalls nach Hause. Herr H. kündigte mir zwar an, dass Personal noch aufgestockt werde, dazu kam es nicht. Ich spreche nicht kroatisch. Ich kann mich nicht mehr daran erinnern, wann die kroatischen Arbeitnehmer die Baustelle verlassen mussten. Sie informierten mich nur darüber, dass sie hier nicht mehr arbeiten durften."

Auf Befragung durch den Vertreter des Finanzamtes: „Ich habe bei den technischen Spezifikationen Herrn H. unterstützt, wie z.B. beim Pilgerschrittverfahren – bei Einschweißen von Stutzen. Betreffend Arbeitsablauf wurde von Herrn H. dieser bestimmt. Ohne meine Unterstützung hätten sie es wahrscheinlich auch geschafft, aber ob dies der von uns gewünschten Qualität entsprochen hätte, weiß ich nicht. Ich habe als einziges kontrolliert, ob die kroatischen Arbeitnehmer gültige Schweißerpässe haben, den beruflichen Werdegang von ihnen kannte ich aber nicht. Für die Dokumentation ist es wichtig, welcher Schweißer am Quellbottich arbeitet. Die Schweißerpässe müssen zum Zeitpunkt der ausgeführten Arbeiten Gültigkeit haben. Herr H. hat in die Zeichnung eingetragen, wer welche Teile geschweißt hat. Die I. hätte darüber auch eine Dokumentation an uns abgegeben, aber dazu ist es nicht mehr gekommen.
Ich hatte die Möglichkeit die Niederschrift durchzulesen und zu korrigieren, aber ich war nervös und aufgeregt und habe vielleicht einiges missverstanden."

Auf Vorhalt der Angaben auf den Personenblättern hinsichtlich Arbeitsanweisungen: „Dazu kann ich nichts sagen. Ich habe darüber keine Kenntnis."

Auf Befragen durch Bf M.: „Wir hatten zweimal pro Woche Besprechungen mit der A.S. GmbH. Von I. war da niemand dabei. In diesen Besprechungen ging es um Änderungen am Behälter selbst oder der Lage bzw. des Aufstellungspunktes des Behälters. Diese Änderungen gab ich an Herrn H. weiter."

Der Zeuge G.H. gibt auf Befragung Folgendes an:
„Ich kann mich an die Zeit auf der Baustelle erinnern. Ich war Obermonteur bzw. Vorarbeiter. Wir haben Behälter errichtet. Mir hat niemand Anweisungen erteilt, es gab einen Werkvertrag. Darin war alles geregelt. Es war beschrieben, dass wir den Bottich montieren müssen und in welcher Zeit. Wir hatten Bauzeichnungen bzw. Pläne.
Der Zeuge bestätigt, dass er die gleichen Pläne, wie heute in der mündlichen Verhandlung schon vorgelegt wurden, zur Verfügung hatte. Ich habe die Arbeiter von I. kontrolliert. Ich habe die angekommen Teile des Bottichs kontrolliert ob diese passen, ich habe auch

nachgesehen, ob die Teile den Plänen entsprechen. Ich habe dann vorgegeben, wie diese Teile sozusagen zusammengebaut bzw. in welcher Reihenfolge zusammengeschweißt werden. Die endgültige Kontrolle hat Herr S. gemacht. Ich habe mit ihm kooperiert. Am Ende des Tages wurden von uns die Schweißnähte gemeinsam kontrolliert. Bei Fehlern haben wir Verbesserungen oder Reparaturen durchgeführt. Wir hatten keinerlei Probleme, weshalb ich Herrn S. hinsichtlich technischer Ausführung nicht kontaktiert habe."

Auf Befragen durch die Rechtsvertreter: „Ich hatte nur mit Herrn S. Kontakt, keinen Kontakt hatte ich zur Firma A. Abwesenheiten von kroatischen Arbeitnehmern wurden mir gemeldet und ich habe es meiner Firma weitergeleitet. Wenn es notwendig war, brachte ich Arbeiter auch ins Krankenhaus. Ich weiß nur von einem Arbeiter, der einen Todesfall in der Familie hatte und von der Baustelle wegfuhr, das hat er mit mir abgesprochen und ich habe es bewilligt. Ich habe die Arbeitszeit der kroatischen Arbeiter kontrolliert. Ich habe die Arbeits- und Pausenzeiten eingeteilt. Kontakt zu S. hatte ich betreffend angeliefertes Material. Herr S. war der Mittelsmann, wenn irgendetwas mit der A. zu besprechen gewesen wäre. Ich war bei Besprechungen mit der A. nicht anwesend, nur am ersten Tag als ich kam bei der Anmeldung. Die Arbeitskleidung war von unserer Firma I. Unsere Firma hat Werkzeug gemietet. Das waren Spezialgeräte, die wir in der Firma nicht haben. Hammer, Schraubenzieher und kleines Werkzeug, das haben wir mitgehabt. Ich habe mit S. Deutsch gesprochen. Die anderen Arbeiter konnten wenn überhaupt nur wenig Deutsch."

Auf Vorhalt der Personenblätter: „Ein Mitarbeiter des Finanzamtes war dabei und ich habe das Formular nicht selbständig ausgefüllt. G.S. habe ich auf Anleitung des Finanzbeamten hingeschrieben. Ich habe mich mit dem Finanzbeamten verständigt. Mein Deutsch reicht für diese Angelegenheiten aus. Es war keine Anordnung des Finanzbeamten. Wir wollten eine Erklärung zum Ausfüllen des Formulars."

Der Vertreter des Finanzamtes fordert, dass der Zeuge H. nochmals auf die Wahrheitsverpflichtung hingewiesen wird. Der Zeuge antwortet darauf: „Ich spreche nur die Wahrheit.
Es wurden von S. Arbeitsanweisungen hinsichtlich Organisation auf der Baustelle und Einteilung der Stätten, wo gearbeitet wird, aber die Anweisungen hinsichtlich der tatsächlichen Ausführung der Montage habe ich gegeben. Beim Ausfüllen waren wir alle gemeinsam in einem Raum. Wir haben beim Ausfüllen untereinander geredet.
Auf die Frage, ob der Finanzbeamte den konkreten Namen G.S. genannt hat, gebe ich an, dass ich mir nicht sicher bin und ich mich nicht mehr genau erinnere. Ich habe den Ausdruck „Vorarbeiter von B." gehört, den Namen habe ich aber nicht gehört.
Ich kann mich nicht daran erinnern bzw. ich weiß es nicht mehr, ob wir beim Ausfüllen des Personenblatts vom Finanzbeamten gefragt wurden, wer der Auftraggeber der I. ist. Wir haben die gesamte Dokumentation vor dem Ausfüllen der Personenblätter an den bei uns anwesenden Finanzbeamten übergeben."

Auf Vorhalt eines Plans betreffend Bottiche, ob der Zeuge erklären kann, was der Text auf dem Plan bedeutet: „Ich brauche keinen Text, ich brauche nur die Zeichnungen, um diese Anlage zu montieren."

Die Verhandlungsleiterin hält fest, dass der Zeuge den deutschen Text bis auf das Wort B. nicht lesen konnte. Auf den Plänen sind keine textlichen Angaben hinsichtlich Montage. Die Texte betreffen Zeichnungen von einzubauenden Teilen. Es sind keine Arbeitsanleitungen.

Der Bf M. gibt dazu an, dass maßgeblich ausschlaggebend die Maße und Zeichnungen sind, die international gelesen werden können.

Der Zeuge gibt an, dass er schon seit 10 Jahren bei der I. dort arbeitet und auch noch aktuell dort beschäftigt ist.

Die Zeugin C.K. gibt auf Befragung durch die Rechtsvertreter Folgendes an:
„Bei jedem Projekt haben wir tägliche Koordinationen. Es wird besprochen, wie viele Arbeitnehmer für welche Projekte benötigt werden. Wir haben eine Tafel mit allen Namen der Mitarbeiter und auch der Bereichsleiter. Bei diesen Besprechungen wird entschieden, welche Mitarbeiter für welches Projekt eingesetzt werden und auch die Anzahl der Mitarbeiter. Der Obermonteur bzw. Bauleiter meldet die Abwesenheit von Mitarbeitern. Konkret glaube ich, dass es bei einem Mitarbeiter einen Todesfall in der Familie gab. Das haben meine Kollegin und ich organisiert.
Ich kenne keinen Fall, bei dem vom Auftraggeber eine Anzahl von Arbeitnehmern vorgegeben wurde. Auf der konkreten Baustelle war das auch nicht so. Der Personalleiter der I. wüsste darüber wahrscheinlich besser Bescheid.
Wir recherchieren auch über Internet welche gesetzlichen Vorgaben es in den jeweiligen Ländern gibt, diese Angaben werden an den Bauleiter weitergegeben und der hat dafür zu sorgen, dass diese eingehalten werden."

Auf Vorhalt des Dienstzettels der I.: „Diese Dienstzettel haben wir den Arbeitern auf die Baustelle mitgegeben und auch an das AMS übermittelt. Ich habe mich bei den Behörden in Österreich erkundigt, welche Meldungen notwendig sind. Ich persönlich habe die ZKO-Meldungen in die Wege geleitet. Daraufhin haben wir die EU-Entsendebestätigungen erhalten. Eine Bedingung für die EU-Entsendebestätigung war das Ausfüllen eines vom AMS übermittelten Fragebogens."

Auf Vorhalt des von der Zeugin ausgefüllten Fragebogens: „Ich habe diesen Fragebogen ausgefüllt und die Angaben entsprechen den Tatsachen. Dieser Fragebogen wurde für jeden Mitarbeiter gesondert an das AMS übermittelt. U.a. habe ich auch den Werkvertrag übermittelt."

Auf Vorhalt der Untersagung der Entsendung: „Ich habe Herrn H. das mitgeteilt und diese haben dort nicht mehr weitergearbeitet und sind nach Hause gefahren."

Bf K. gibt an, dass die B. diese EU-Entsendebestätigungen erhalten habe.

II.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung – neben der Darstellung unter Punkt I.1. bis II.1. – von folgendem relevanten Sachverhalt aus:

II.2.1. Am 5. Juli 2016, ab 14:20 Uhr haben Organe der Finanzpolizei bei der Baustelle A.S. GmbH in A. eine Kontrolle nach den Bestimmungen des AuslBG, AÜG und AVRAG durchgeführt.

Im Zuge dieser Kontrolle wurden ein deutscher Staatsangehöriger, Bauleiter der B.A. GmbH & Co. KG und sechs kroatische Staatsangehörige, Monteure der Firma I.-V. d.o.o. angetroffen.

Für alle angetroffenen Arbeitnehmer wurden A1-Formulare und Arbeitsaufzeichnungen vor Ort vorgelegt. Für die kroatischen Arbeitnehmer wurden zudem Arbeitsverträge oder Dienstzettel, EU-Entsendebestätigungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung vor Ort vorgelegt. Für den deutschen Arbeitnehmer wurde zudem die Meldung an die ZKO und eine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung vorgelegt.

Über diese Kontrolle sind insgesamt 14 Verwaltungsstrafverfahren anhängig, jeweils gegen alle vier Geschäftsführer der B.A. GmbH & Co.KG wegen Beschäftigung ohne arbeitsmarktrechtlicher Bewilligung, wegen Nichterstattung der ZKO-Meldungen und wegen Nichtbereithaltung der Lohnunterlagen sowie gegen die zwei Geschäftsführer der I.-V. d.o.o. wegen Beschäftigung ohne arbeitsmarktrechtlicher Bewilligung.

II.2.2. Der Bf ist einer der zwei Geschäftsführer der I.-V. d.o.o.

Unternehmensgegenstand der B.A. GmbH & Co.KG ist der Anlagenbau. Es werden unter anderem Behälter hergestellt, angefertigt und aufgestellt bzw. errichtet und auch Rohrleitungssysteme. Im vorliegenden Fall handelte es sich um 2 zylindrische Behälter (Quellbottiche). Die Bleche bzw. Bauteile wurden im Betrieb der B.A. GmbH & Co.KG vorgefertigt und dann zur Baustelle nach A. transportiert. Die Behälter sind ca. 20 m hoch und haben einen Durchmesser von ca. 5 m (Angebot vom 17. Mai 2016, Projekt 16-1-0-117/A.S. GmbH – Werk in A., Montage von vorgefertigten Behältern übernommen).

Über die Montage der zwei Quellbottiche hat die B.A. GmbH & Co.KG mit der I.-V. d.o.o. mit Sitz in L., Kroatien, einen Werkvertrag mit folgendem Inhalt abgeschlossen:

„Werkvertrag
zwischen:

der Firma: B.A. GmbH & Co. KG
S./O.

(Auftraggeber - AG genannt)

Und I.-V. d.o.o.
L., Kroatien

(Auftragnehmer-AN genannt)

Projekt: 16-1-0117/ Montage von 2 Quellbottichen; A.

1. Gegenstand des Vertrages

1.1 Der Leistungsumfang des AN ist die Erbringung sämtlicher Leistungen, die erforderlich sind, um den Vertragsgegenstand nach Maßgabe dieses Vertrages und dessen Leistungsbeschreibung vollständig, mangelfrei, uneingeschränkt funktionsfähig und betriebsbereit an dem im Punkt 6 beschriebenen Erfüllungsort zu montieren und für die termingerechte Abnahmereife Sorge zu tragen.

b) Der Vertragsgegenstand umfasst die Montage von 2 Quellbottichen bei A.S. GmbH - Werk in A. mit allen Komponenten und Teilen. Dazu soll der AN das vom AG bereit gestellte Material entgegennehmen und installieren. Die Gewerkerstellung beinhaltet, jedoch nicht abschließend:

- das vollständige Behältermaterial;
- alle Rohrstutzen, Ventile, Klappen und sonstigen Messgeräte;
- alle Versteifungsringe;
- sonstiges Equipment, wie Pumpen etc.

entsprechend c) zu montieren. Unter Montieren sind sämtliche Arbeiten, wie Zuschneiden, Schweißen, an Ort und Stelle Verbringen, Befestigen, Verschrauben und Testen gemeint.

c) Die auszuführenden Arbeiten erfolgen gemäß Behälterzeichnungen, Isometrien, Schemata, 2D-Draufsichten, Trassenplänen und Halterungszeichnungen, die dem AN vom AG aktuell entsprechend der parallel laufenden Planung zur Verfügung gestellt werden.

1.2 Für die Abwicklung der Gewerkerstellung wird vorausgesetzt, dass der AN nur das Personal einsetzt, das mit den notwendigen Sicherheitsbestimmungen für die Ausführung der o.g. Leistungen vertraut gemacht wurde und' das über die erforderlichen Qualifikationen verfügt.

Der AN sichert das Vorhandensein entsprechender Montagekapazitäten sowohl bei Personal als auch bei Werkzeug zu. Bei anfallenden Zusatzarbeiten oder Änderungen die sich während der Bauphase ergeben", hat der AN die Ressourcen, die Kapazitäten vor Ort auch kurzfristig aufzustocken.

Auf Verlangen des AG wird der-AN jederzeit nachweisen, dass er sowie die von ihm beauftragten Subunternehmer den gesetzlichen Pflichten zur Zahlung von Steuern,

der Beiträge zur Sozialversicherung und der Berufsgenossenschaften ordnungsgemäß nachkommen. Der AN ist verantwortlich für die im Erbringungsland notwendigen Aufenthalts- und Arbeitsgenehmigungen, die für die Ausführung dieses Werkvertrages erforderlich sind.

Es gelten die Vorschriften des Kunden, insbesondere für Sicherheit. Es wird darauf hingewiesen, dass jeder Mitarbeiter den Personalausweis, Versicherungs- sowie Sozialversicherungsausweis, Entsendebescheinigung A 1 oder Arbeits- und Aufenthaltsgenehmigung am Montageort jederzeit mit sich zu führen hat.

2. Rahmenbedingungen der Gewerkerstellung

2.1 Der AN hat in seiner Kalkulation berücksichtigt, dass der AG dem AN für die Ausführung des vereinbarten Gewerkes unentgeltlich folgende Rahmenbedingungen gewährleistet:

a) die zeitgerechte Bereitstellung der erforderlichen Materialien, Hilfsmaterialien und Verbrauchsmaterialien zur Erstellung der Gewerke. Materialaus- und -rückgabe wird mit Materialentnahmescheinen geregelt, die Bestandteil der Aufmaßerstellung sind.

b) die zeitgerechte Bereitstellung der erforderlichen Zeichnungen und sonstige für die Ausführung notwendigen Unterlagen.

c) Umkleide- und Sanitärcontainer sowie Materialcontainer werden beigestellt.

2.2 Organisation/Abwicklung:

a) Für die Fertigung und Montage stehen Zeichnungen, Isometrien sowie Materiallisten zur Verfügung. Änderungen oder Ergänzungen müssen vor Ausführung mit dem AG abgestimmt und gesondert gekennzeichnet, dokumentiert werden, dies gilt auch für Zusatzarbeiten. Diese as-built-Dokumentation ist gleichzeitig Aufmaßprotokoll und somit Abrechnungsgrundlage.

b) Der AN sichert für die Dauer des Vertrages einen erfahrenen Bauleiter zu, der neben seiner fachlichen Qualifikation auch der deutschen Sprache mächtig ist und dem AG als Ansprechpartner vor Ort dient.

Der Bauleiter des AN ist vom AN in die Bestimmungen dieses Vertrages eingewiesen und kennt den Umfang der Arbeiten. Er nimmt vom Beauftragten des AG die Planungsunterlagen vor Ort entgegen und veranlasst nach Fertigstellung des Gewerkes bzw. der Gewerkabschnitte die Abnahme durch den Beauftragten des AG. AG Ansprechpartner für kaufmännische Fragen ist Frau S.H. und für technische Fragen vor Ort Herr G.S.

3. Vergütung

3.1 Der AN erhält vom AG für sämtliche nach diesem Vertrag nebst Anlagen zu erbringende und hiermit in Zusammenhang stehende Leistungen eine Vergütung in Höhe von

132.000,- EUR netto

in Worten: einhundertzweiunddreißigtausend EUR

Die Vergütung ist ein garantierter Pauschalfestpreis im Bezug auf die im Leistungsverzeichnis festgesetzte Menge. Diese Vergütung umfasst insbesondere (ohne dass diese Aufzählung abschließend wäre) sämtliche Kosten für Anreise, Unterkünfte, Versicherungen und sonstige Abgaben.

3.2 Der AG kann die Option Verrechnung gemäß Anlage Leistungsverzeichnis nach Unit-Preisen vom AN in Anspruch nehmen. Die in Anlage Leistungsverzeichnis nach Art und Weise definierten Leistungen des AN sind mit bis zum Abschluss des Projektes geltenden Pauschalfestpreisen versehen.

Für alle sonstigen Leistungen des AN erhält der AN vom AG den jeweiligen marktüblichen Preis; in den Fällen, in denen sonstige Leistungen des AN marktüblich nach Stundenleistungen (Regiearbeiten} abgerechnet werden, erhält der AN vom AG gegen schriftliche Vorlage täglicher Stundennachweise einen Mischstundenverrechnungssatz von Euro 22,-. Dieser Verrechnungssatz beinhaltet sämtliche Nebenkosten inklusive Überstunden und sämtliche Zuschläge. Nachträglich eingereichte Anträge werden nicht anerkannt

Auftragsumfang und Abwicklung werden gemäß Terminplan geregelt Etwaige Änderungen diesbezüglich führen zu keiner Veränderung der vereinbarten Pauschalfestpreise.
Die Pauschalfestpreise berücksichtigen, dass der AG dem AN die unter Punkt 2.1 beschriebenen Leistungen / Materialien zeitweise ohne Berechnung zur Verfügung stellt.

4. Zahlung der Vergütung

Die Vergütung erfolgt mit dem vereinbarten Pauschalfestpreis unter Punkt 3.1 am Ende des Projekts oder sofern der AG Punkt 3.2 dieses Vertrages in Anspruch nimmt, auf Basis eines schriftlichen Aufmaßes / Abnahmeprotokolls über den jeweiligen Gewerkabschnitt zu den vereinbarten Pauschalfestpreisen der Anlage Leistungsverzeichnis. Es gelten die Aufmaßrichtlinien des AG.

Nach- gefertigten Gewerkabschnitten entsprechend Aufmaß-Nachweis sind Teilverrechungen am Ende des Monats zugelassen.

4.1 Zahlungsmodalitäten:

- Monatliche Teilzahlung jeweils zum Monatsende entsprechend nachgewiesenem Baufortschritt;

- Schlusszahlung nach Abnahme und gegen Aufmaß;

Zahlbar jeweils innerhalb von 30 Werktagen nach Rechnungseingang auf die vom AN benannte Bankverbindung.

5. Ausführungstermine:

Die vereinbarten Termine sind wie folgt:

Baubeginn: 20.06.2016

Bauende/Abnahme: 31.08.2016

Das Bauende ist pönalisiert. Falls aus Gründen, die der AN zu vertreten hat, die vereinbarten Termine nicht eingehalten werden, zahlt der AN dem AG - unabhängig vom Eintritt eines Verzugsschadens und ohne Anrechnung auf diese - eine Konventionalstrafe von 0,5 % pro Tag, max. 10% des Vertragspreises.

Einzelne Gewerkabschnitte können mit Zwischenterminen belegt sein. Daher werden die dem AN übergebenen Arbeiten für entsprechende Bereiche / Gewerke jeweils mit Fertigstellungstermine vereinbart. Diese Arbeiten / Termine werden nach Planungsstand bestimmt und sind präzisierte Vorgaben der o.g. Rahmenbedingungen.

Dem AN ist bekannt, dass der AG selbst unter engen terminlichen Vorgaben steht und zur Vertragsstrafenzahlung verpflichtet ist, sollten die Vertragsarbeiten nicht termingerecht fertig gestellt werden. Der AN wird daher alles tun, um vorgegebene Termine einzuhalten. Der AN wird insbesondere den AG rechtzeitig informieren, wenn abzusehen ist, dass Terminverzögerungen eintreten können. Die jeweils vereinbarten Fertigstellungstermine für Teilbereiche müssen eingehalten werden.

Im Falle einer erkennbaren Verzögerung werden die Vertragsparteien einvernehmlich klären, welche zusätzlichen Leistungen notwendig sind, um die Termineinhaltung zu gewährleisten. Hierdurch eventuell entstehende Mehrkosten trägt der AN.

6. Erfüllungsort; Gefahr- und Eigentumsübergang

Erfüllungsort ist A.S. GmbH, A. / Österreich.

Bis zur Abnahme durch den AG trägt der AN im Verhältnis zum AG allein die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung der vom AN nach Maßgabe dieses Vertrags geschuldeten Leistung (Gefahrübergang). Mit Abnahme durch den AG geht diese Gefahr und das lastenfreie Eigentum - soweit nicht bereits vorher ein Eigentumsübergang erfolgt ist - am Vertragsgegenstand einschließlich Zubehör gemäß § 97 BGB vom AN auf den AG über.

7. Haftung

Der AN haftet gegenüber dem AG für Vorsatz und Fahrlässigkeit bezüglich der Erfüllung mit diesem Vertrag geschuldeter Leistungen und zusätzlichem Wege selbstständiger Garantieversprechen gemäß § 311 Abs. 1 BGB verschuldensunabhängig wie folgt:

Der AN ist für die Einhaltung aller Verkehrssicherungspflichten und Sicherungsbestimmungen, sämtliche Schutz- und Sicherungsmaßnahmen nach den Unfallverhütungsvorschriften sowie berufsgenossenschaftlichen und bauaufsichtlichen oder sonstigen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen und der Montageordnung im Rahmen der Montage des Vertragsgegenstandes durch den AG sowie der Durchführung der sonstigen vertragsmäßig geschuldeten Leistungen verantwortlich.

Der AN haftet für alle Schäden aus der Einrichtung und/oder dem Betrieb der im Zusammenhang mit der Montage des Vertragsgegenstandes am Erfüllungsort entstehenden Baustelle, die von Arbeitnehmern, Verrichtungs- oder Erfüllungsgehilfen des AN verursacht werden oder die durch Nichtbeachtung behördlicher oder gesetzlicher Vorschriften entstehen.

Der AN stellt den AG von allen Ansprüchen (insbesondere Schadensersatzansprüchen) Dritter, einschließlich Behörden, gleich aus welchem Rechtsgrund, auf erstes Anfordern frei, die gegen den AG im Zusammenhang mit den vom AN aufgrund dieses Vertrages gegenüber dem AG geschuldeten Leistungen gerichtet werden und für die der AG einzustehen hat. Ferner erstattet der AN dem AG auf erstes Anfordern die etwaigen Kosten der Verteidigung des AG, einschließlich aller Kosten anwaltlicher Beratung, gegen Dritte gelten gemachte Ansprüche. Der AN haftet für jedes Verschulden etwaig vom AN beauftragter Unternehmen sowie Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen wie für eigenes Verschulden.
Der AN trägt für einen Zeitraum von sechs Monaten ab dem Zeitpunkt der Abnahme die Beweislast dafür, dass ein aufgetretener Mangel nicht bereits zum Zeitpunkt der Abnahme vorlag und/oder nicht vom AN zu vertreten ist.

Sämtliche Ansprüche des AG gegenüber des AN verjähren nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen.

Soweit der AN aus und/oder im Zusammenhang mit der Durchführung dieses Vertrages zu Schadensersatzleistungen verpflichtet ist, ist mit Ausnahme von vorsätzlich verursachten Schäden Schadensersatz für Folgeschäden jedweder Art wie z.B. Stillstandskosten, Produktionsausfall, entgangener Gewinn etc. je Schadensfall auf einen Betrag von insgesamt 100% des Auftragswertes begrenzt. Die Haftung des AN richtet sich im übrigen nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen.

8. Gewährleistung

Der AN gewährleistet eine fachmännische und einwandfreie Erstellung der Gewerke. Die Gewährleistungsfrist beträgt 2 Jahre und beginnt am Tage der fehlerfreien Abnahme, jedoch nicht später als 3 Monate nach Abschluss der Arbeiten. Die Abnahme der Gewerke erfolgt ausschließlich durch den AG.

9. Versicherung

Der AN ist verpflichtet, bis zur Abnahme des Vertragsgegenstandes gemäß Punkt 5 für die gesamte Zeit der Leistungserfüllung nach diesem Vertrag ausreichende Versicherung zur Abdeckung sämtlicher sich aus oder im Zusammenhang mit den vertraglich zu erbringenden Leistungen ergebenden Risiken, insbesondere gegen alle Haftpflicht-, Transport-, Montage-, Unfall- und Produktionsschäden abzuschließen und aufrechtzuerhalten.

Die Versicherungen des AN haben als Versicherte neben dem AN auch dessen Arbeitnehmer sowie sämtliche Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen zu umfassen.

10. Mitgeltende Unterlagen

- Bestimmungen dieses Werkvertrages
- Allgemeine Geschäftsbedingungen des Hauses B.
- Bürgerliches Gesetzbuch - BGB

11. Schlussbestimmungen

Änderungen und Ergänzungen dieses Werkvertrages bedürfen der Schriftform.

Die Parteien werden über alle im Zusammenhang mit diesem Vertrag erworbenen Informationen sowie über den Inhalt dieses Vertrages und seinen Anlagen Dritten gegenüber strengstes Stillschweigen bewahren. Diese Verpflichtung besteht auch nach Beendigung des Vertrages fort.

Sollte eine Bestimmung dieses Vertrages ganz oder teilweise unwirksam sein, werden die Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit aller übrigen Bestimmungen diese Vertrages hierdurch nicht berührt. Die Parteien verpflichten sich diese unwirksame Bestimmung durch die mit dem von den Parteien verfolgten wirtschaftlichen Zweck am nächsten kommende Bestimmung zu ersetzen.

Dieser Vertrag unterliegt deutschem Recht unter Ausschluss der Bestimmungen des internationalen Privatrechts. Als Gerichtsstand wird das für den Sitz des Auftraggebers zuständige Amtsgericht F./O. vereinbart.

II.2.3. Die I.-V. d.o.o. hat für die in Rede stehenden sechs kroatischen Arbeitnehmer beim Arbeitsmarktservice (AMS) E. EU-Entsendebestätigungen für die geplante Projektdauer vom 20. Juni 2016 bis 31. August 2016 beantragt.

Mit Bescheiden vom 21. Juni 2016 hat das AMS E. betreffend die sechs in Rede stehenden kroatischen Arbeitnehmer jeweils eine EU-Entsendebestätigung für die berufliche Tätigkeit als Anlagenmonteur, geplante Projektdauer: 20. Juni 2016 bis 31. August 2016, Projekt: A.S. GmbH, A., ausgestellt.
Diese EU-Entsendebestätigungen wurden sowohl der I.-V. d.o.o. als auch der B.A. GmbH & Co.KG zugestellt.

Mit Bescheiden vom 10. August 2016 hat das AMS E. jeweils ausgesprochen, dass die erteilte EU-Entsendebestätigung gemäß § 18 Abs. 12 iVm § 2 Abs. 2 AuslBG und § 4 AÜG ihre Gültigkeit verliert und die Entsendung ab 11. August 2016 untersagt wird.

II.2.4. Von der I.-V. d.o.o. arbeiteten die im Spruch des Straferkenntnisses (siehe Punkt I.1.) genannten Arbeiter, alle sechs sind kroatische Staatsbürger. Vorarbeiter dieser Arbeiter auf der Baustelle in A. war einer dieser Arbeitnehmer der I.-V. d.o.o., G.H..

Von der B.A. GmbH & Co.KG war auf der Baustelle in A. ein Arbeitnehmer, G.S., deutscher Staatsbürger, tätig. Dieser war Bauleiter auf der Baustelle. Er ist der kroatischen Sprache nicht mächtig.

Alle kroatischen Arbeitnehmer waren seit 23. Juni 2016 bis zum Kontrollzeitpunkt am 5. Juli 2016 auf der Baustelle in A. tätig. Der kroatische Arbeiter Gordan STIH hat aufgrund eines Todesfalles in der Familie bereits 2 Tage vor der Kontrolle durch die Finanzpolizei die Baustelle in A. verlassen. Dies hatte er mit dem Vorarbeiter besprochen und hat dieser die vorzeitige Abreise bewilligt.

Die Aufgabe des Bauleiters war den Kontakt zur B.A. GmbH & Co.KG und zur A.S. GmbH zu halten, die Überwachung der Qualität und der Einhaltung der Termine und die Kontrolle der Arbeitnehmerschutzvorschriften. Der Bauleiter hat laufend eine visuelle Kontrolle der Schweißnähte durchgeführt. Bei Nichtentsprechen der Schweißnähte waren diese auf Kosten der I.-V. d.o.o. auszubessern oder neu zu machen. Auch der kroatische Vorarbeiter hat Qualitätskontrollen durchgeführt.

Der Bauleiter hatte zweimal pro Woche Besprechungen mit der A.S. GmbH. Von der I.-V. d.o.o. war bei diesen Besprechungen niemand dabei. In diesen Besprechungen ging es um Änderungen am Behälter selbst oder der Lage bzw. des Aufstellungspunktes des Behälters. Diese Änderungen hatte der Bauleiter dem Vorarbeiter weitergegeben. Der kroatische Vorarbeiter hatte keinen Kontakt zur A.S. GmbH.

Die I.-V. d.o.o. hat die Arbeitszeiten der kroatischen Arbeitnehmer vorgegeben. Es wurde eine lange und eine kurze Woche vorgegeben und wurde dies auch dem Bauleiter mitgeteilt. Der Bauleiter hatte keine Weisungsbefugnis hinsichtlich der Festlegung der einzusetzenden Arbeitnehmer und der Arbeitszeiten der Kroaten. Der Bauleiter hat die Arbeitszeiten der Kroaten jedoch auch aufgezeichnet, da diese als Erfahrungswerte für künftige Angebotslegungen dienen. Auch für die Einhaltung der Sicherheitsmaßnahmen sind Aufzeichnungen über die Arbeitszeit bzw. darüber wieviele Arbeiter anwesend sind, relevant. Schriftliche Arbeitsanweisungen für jeden Arbeiter, Schweißer, Monteur lagen in kroatischer Sprache auf der Baustelle auf.

Die Entscheidung, wie viele Arbeitnehmer eingesetzt wurden, hat der Vorarbeiter getroffen. Sofern der Baufortschritt nicht wie gewünscht verlaufen wäre, hätte der Vorarbeiter direkt vom Personalchef bzw. von der Personalabteilung der I.-V. d.o.o. zusätzliche Arbeiter angefordert. Er war auch für die Einhaltung der Termine zuständig. Auch hat er die Arbeitszeit der kroatischen Arbeiter kontrolliert und die Arbeits- und Pausenzeiten eingeteilt. Die Arbeiter hatten ihm Abwesenheiten zu melden.

Der Vorarbeiter hat den anderen kroatischen Arbeitern auch Arbeitsanweisungen erteilt. Er hat die angekommenen Bauteile der Behälter kontrolliert, ob diese „passen“ und ob sie den Plänen entsprechen. Anschließend hat er den anderen Arbeitern vorgegeben, wie diese Teile sozusagen zusammengebaut bzw. in welcher Reihenfolge sie zusammenzuschweißen sind.

Die B.A. GmbH & Co.KG bzw. der Bauleiter hatte keinen Einfluss auf die Anzahl der eingesetzten Arbeitnehmer. Auch hat der Bauleiter den kroatischen Arbeitnehmern keine Arbeitsanweisungen erteilt. Der Bauleiter hat bei den technischen Spezifikationen den Vorarbeiter unterstützt, wie zB beim Pilgerschrittverfahren, beim Einschweißen von Stutzen. Der Bauleiter hat auch allgemeine Anweisungen hinsichtlich der Organisation auf der Baustelle etc. gegeben, zB wo alle Arbeiter arbeiten dürfen etc.

Die B.A. GmbH & Co.KG hat Gerätschaften wie große Schweißgeräte, Kräne und dergleichen angemietet, weil diese Spezialwerkzeuge bzw. Spezialgeräte sind. Die Zurverfügungstellung der Hebetechnik war im Vertrag enthalten und wurde von der B.A. GmbH & Co.KG geleistet. Kleine Gerätschaften und Werkzeuge wie Winkelschleifer und andere kleinere elektrische Geräte wurden von der I.-V. d.o.o. gestellt. Im vom deutschen Unternehmen zur Verfügung gestellten Baustellencontainer war auch Werkzeug wie Schweißmaschinen, Kabeln, Flexen, Hammer, Schraubenzieher und dergleichen vorhanden.

Das Material, die vorgefertigten Bleche bzw. Bauteile der Behälter wurden von der B.A. GmbH & Co.KG zur Baustelle transportiert. Dies ist auch im Werkvertrag so vereinbart, da die Bauteile von der B.A. GmbH & Co.KG selbst vorgefertigt werden.

Die Arbeitnehmer trugen Arbeitskleidung samt Schuhe von der I.-V. d.o.o.. Die Arbeitnehmer kamen mittels Firmenwagen der I.-V. d.o.o. bzw. Mietwagen aus Kroatien zur Baustelle nach A.. Der deutsche Bauleiter kam mit einem Firmenwagen der B.A. GmbH & Co.KG zur Baustelle.

Die kroatischen Arbeitnehmer haben während der Projektdauer in einer Unterkunft in K. genächtigt. Für die Verpflegung waren die Arbeitnehmer selbst verantwortlich. Sie erhielten dafür Diäten von ihrem Unternehmen, der I.-V. d.o.o.. Auf der Baustelle hatten die Arbeitnehmer einen eigenen Container zur Verfügung. Dieser Container wurde von der B.A. GmbH & Co.KG – in Entsprechung der Vereinbarung im Werkvertrag – zur Verfügung gestellt.

Von der B.A. GmbH & Co.KG und der I.-V. d.o.o. wurde ein Leistungsverzeichnis zum Werkvertrag mit 31.058,82 kg Bleche Edelstahl mit einem Gesamtpreis von 131.999,98 Euro unterzeichnet (vgl. das im Akt einliegende Leistungsverzeichnis vom 3.6.2016).

Für die Vermietung von Maschinen im Zeitraum vom 23. Juni bis 30. Juni 2016 (1 Stk. Teleskopstapler/Manitou, inkl. Zubehör und 9 Stk. WIG-Schweißmaschinen, inkl. Zubehör hat die B.A. GmbH & Co.KG der I.-V. d.o.o. insgesamt 2.148 Euro in Rechnung gestellt (vgl. im Verwaltungsakt einliegende Rechnung vom 30.7.2016).

II.3. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt grundsätzlich aus dem Verfahrensakt und dem durchgeführten Beweisverfahren ergibt (vgl. insbesondere auch die Aussagen in der mündlichen Verhandlung unter Punkt II.1.).

Der Werkvertrag vom 3. Juni 2016 ist den vorgelegten Verwaltungsakten zu entnehmen.

Die EU-Entsendebestätigungen vom AMS E. sowie die Bescheide des AMS E., mit denen die Entsendung ab 11. August 2016 untersagt wurde, liegen im Verwaltungsakt ein.

Die Aussagen der in der mündlichen Verhandlung vernommenen Zeugen decken sich mit den Aussagen der anwesenden Bf und sind diese auch glaubwürdig und nachvollziehbar.

Die Aussagen des Bauleiters bei der Einvernahme durch die Finanzpolizei am Kontrolltag widersprechen teilweise seinen Aussagen in der mündlichen

Verhandlung als Zeuge und auch den Aussagen sämtlicher Bf im Rahmen der Verhandlung.

Dazu ist festzuhalten, dass der Bauleiter am Kontrolltag den Inhalt des Werkvertrages nicht kannte und er auch über bestimmte Modalitäten, wie die Weiterverrechnung der Kosten für die (großen) Werkzeuge und Maschinen sowie über Haftung und Gewährleistung, nicht Bescheid wusste.

Bezüglich seiner Aussage im Rahmen der Einvernahme am Kontrolltag, dass er dem Vorarbeiter sagen würde, was zu tun sei und dieser dies an die Arbeiter weitergegeben habe, gab er im Rahmen seiner zeugenschaftlichen Einvernahme in der Verhandlung glaubhaft an, dass er bereits 1 Tag zuvor auf der Baustelle gewesen sei, um mit der Kundin, der A.S. GmbH, Details zu besprechen und er dem Vorarbeiter beim Eintreffen auf der Baustelle mitgeteilt habe, in welchen Bereichen sie sich aufhalten können, wo die Arbeitsstätte sei, der Platz für den Arbeitsablauf udgl. Dies seien auch Vorgaben der Kundin gewesen. Auch habe er dem Vorarbeiter Zeichenunterlagen und Ordner mit Plänen betreffend die Quellbottiche gegeben.
Die Aussagen des Zeugen waren glaubhaft und auch lebensnah und können seine Aussagen am Kontrolltag durchaus so verstanden werden.

Dafür, dass er den kroatischen Arbeitnehmern keine Arbeitsanweisungen erteilt habe, spricht auch, dass er selbst kein kroatisch spricht und die kroatischen Arbeiter, bis auf den Vorarbeiter, der deutschen Sprache großteils nicht mächtig sind.
Der Zeuge hat in der Verhandlung auch glaubhaft dargelegt, dass er seine Arbeits- und Pausenzeiten bekanntgab und sich die kroatischen Arbeiter diesen angeschlossen hätten.
Es liegen keine Beweise dahingehend vor, dass der deutsche Bauleiter Arbeitsanweisungen an die kroatischen Arbeiter erteilt hätte.
Dass es einen „Austausch“ zwischen dem deutschen Bauleiter und dem kroatischen Vorarbeiter gegeben hat, wird zudem auch nicht bestritten. Dies ist auch darin begründet, dass die kroatischen Arbeiter und auch der kroatische Vorarbeiter bei Besprechungen mit der A.S. GmbH nicht teilgenommen haben.

Dass der Bauleiter die Arbeitszeiten auch aufgezeichnet hat, wurde nicht bestritten und wurde in der mündlichen Verhandlung vom Zeugen und auch von sämtlichen Bf glaubhaft dargelegt, dass die Aufzeichnungen für künftige Angebotslegungen durch die B.A. GmbH & Co.KG wichtige Erfahrungswerte darstellen würden. Diese Erklärung ist durchaus nachvollziehbar und lebensnah.

Dass der deutsche Bauleiter die Schweißarbeiten der kroatischen Arbeitnehmer laufend kontrolliert habe, steht unbestritten fest. Eine laufende Kontrolle der

Schweißarbeiten bei der Montage solcher Quellbottiche ist jedoch üblich und auch notwendig, auch für die Einhaltung der Sicherheitsmaßnahmen.

Auch die zeugenschaftlichen Aussagen des kroatischen Vorarbeiters und der Mitarbeiterin der I.-V. d.o.o. decken sich mit den Aussagen des deutschen Bauleiters und sämtlicher Bf.

Die Aussagen aller Befragten in der mündlichen Verhandlung waren glaubwürdig und nachvollziehbar. Insgesamt betrachtet hat sich für die erkennende Richterin ein schlüssiges und realistisches Bild der Vertragsverhältnisse zwischen der B.A. GmbH & Co.KG und der I.-V. d.o.o., der Arbeitsabläufe und der allgemeinen Anweisungen ergeben. Die widersprüchlichen Aussagen des deutschen Bauleiters am Kontrolltag und in der mündlichen Verhandlung beruhen großteils auf Unkenntnis des bestehenden Auftragsverhältnisses und aufgrund fehlenden Wissens.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.1. Zum Tatzeitpunkt anzuwendende Rechtslage:

III.1.1. Das Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975 in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung lautet auszugsweise:

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot – Karte“, „Blaue Karte EU“ oder „Aufenthaltsbewilligung – Künstler“ oder eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus”, eine „Aufenthaltsberechtigung plus“, einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt – EU“ besitzt.

Nach § 2 Abs. 2 AuslBG gilt als Beschäftigung die Verwendung
a) in einem Arbeitsverhältnis,
b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis,
c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs. 5,
d) nach den Bestimmungen des § 18 oder
e) überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 1 und 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988, und des § 5a Abs. 1 des Landarbeitsgesetzes 1984, BGBl. Nr. 287.

Nach § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet

(§ 28c), eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder der keine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot – Karte“, „Blaue Karte EU“ oder „Aufenthaltsbewilligung – Künstler“ oder keine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus”, keine „Aufenthaltsberechtigung plus“, keinen Befreiungsschein (§ 4 c) oder keinen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt – EU“ besitzt, und zwar bei ungerechtfertigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1.000 Euro bis zu 10.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2.000 Euro bis zu 20.000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2.000 Euro bis zu 20.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4.000 Euro bis zu 50.000 Euro.

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

„Artikel 1
Anwendungsbereich

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

Artikel 3
Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen

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

III.1.3. Das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz - AÜG, BGBl. Nr. 196/1988 in der hier maßgebenden Fassung, lautet auszugsweise:

Gemäß § 3 Abs. 1 AÜG ist Überlassung von Arbeitskräften die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte.

Nach § 3 Abs. 2 AÜG ist Überlasser, wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich 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.

Nach § 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.

III.1.4. Den Gesetzesmaterialien (Regierungsvorlage, 450 BlgNR XVII. GP, 17f) zu § 4 AÜG, der seit der Stammfassung unverändert ist, ist unter anderem zu entnehmen:

„Grundsätzlich sollen jene Fälle, in denen ein Werkunternehmer ausschließlich zur Herstellung eines Werkes, für dessen ordnungsgemäßes Zustandekommen er die Verantwortung trägt, Hilfspersonen (Erfüllungsgehilfen) in den Betrieb des Werkbestellers sendet, nicht vom Regelungsbereich des Gesetzesentwurfes erfasst sein.

Der Abschluss von Werkverträgen soll, soweit er nicht missbräuchlich zur Umgehung der Ziele der vorgesehenen Regelung erfolgt, keinesfalls erschwert oder verhindert werden. Die im Rahmen von Werkverträgen übliche Verwendung von Erfüllungsgehilfen stellt grundsätzlich keine Überlassung von Arbeitskräften dar. So wird etwa die Gestaltung von Werbe- und Infoständen oder von Auslagen in der Regel nicht als Überlassung zu werten sein, sondern als „echter“ Werkvertrag. Allen Versuchen, durch den Abschluss eines Werkvertrages die für die Überlassung von Arbeitskräften geltenden gesetzlichen Schranken zu umgehen, soll jedoch vorgebeugt werden.
In diesem Sinne soll mit dieser Bestimmung sichergestellt werden, dass durch die Erweckung eines Anscheines, der nicht auf das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung schließen lässt, noch keineswegs die Nichtanwendbarkeit der entsprechenden Gesetzesbestimmungen erreicht werden kann.
Wegen der niemals gänzlich auszuschließenden Umgehungsversuche soll die wirtschaftliche Funktion der in Frage stehenden Vertragsverhältnisse eingehend geprüft werden und für die Zuordnung zum Tatbestand der Arbeitskräfteüberlassung entscheidend sein.
Der allgemeine Grundsatz des Abs. 1 lehnt sich an die entsprechenden steuerrechtlichen Bestimmungen (z.B. § 21 Bundesabgabenordnung) an.
Abs. 2 befasst sich speziell mit dem Werkvertrag, der erfahrungsgemäß am häufigsten zur Umgehung der bei der Arbeitskräfteüberlassung zu beachtenden Regeln Verwendung findet. Sofern ein für den Werkvertrag, typisches Merkmal nicht vorhanden ist (Z 1, 2 und 4) oder ein für den Werkvertrag völlig untypisches Merkmal (Z 3) gegeben ist, wird das Vorliegen des Tatbestandes der Arbeitskräfteüberlassung angenommen. Auch wenn für die Klassifizierung als Werkvertrag an sich bereits die Kombination einzelner für den Werkvertrag typischer Sachverhaltselemente ausreichend sein mag, muss zur Abgrenzung von der Arbeitskräfteüberlassung die Erfüllung sämtlicher im Regelfall zutreffenden Merkmale (einschließlich des Fehlens bestimmter, auf eine Arbeitskräfteüberlassung hinweisenden Sachverhaltselemente) verlangt werden, um der Erfahrung Rechnung zu tragen, dass häufig die Überlassung von Arbeitskräften den eigentlichen Zweck des Werkvertrages bildet.
[…]“

III.2. Verfahrensgegenständlich ist strittig, ob es sich bei dem zwischen der I.-V. d.o.o. und der B.A. GmbH & Co.KG abgeschlossenen Vertrag um einen „echten“ Werkvertrag und damit in arbeitsrechtlicher Hinsicht um eine Entsendung oder um eine Arbeitskräfteüberlassung an die B.A. GmbH & Co.KG handelt.

III.2.1. Nach den Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes – in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung – in seiner Entscheidung vom 22. August 2017, Ra 2017/11/0068, ist die gegenständlich entscheidende Rechtsfrage, ob es sich um einen „echten“ Werkvertrag oder um Verträge betreffend grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung handelt, allerdings nicht ausschließlich nach innerstaatlichem Recht zu beantworten. Nach den zitierten Gesetzesmaterialien dienen die in Rede stehenden Bestimmungen des AÜG auch der Umsetzung von Unionsrecht, sodass dessen Vorgaben bei der Vollziehung dieser Gesetzesbestimmungen zu berücksichtigen sind.

Weiters stellte der Verwaltungsgerichtshof in dieser Entscheidung fest:
„27 Von der Richtlinie 96/71 erfasst ist sowohl (Art. 1 Abs. 3 lit. a) die grenzüberschreitende Entsendung eines Arbeitnehmers durch ein Unternehmen, um einen von diesem Unternehmen eingegangenen Werkvertrag zu erfüllen, als auch (Art. 1 Abs. 3 lit. c) - insoweit im Einklang mit dem AÜG (*Tomandl*, AÜG, 3. Auflage (2017), S. 37) - die grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung, nämlich die grenzüberschreitende Entsendung eines Arbeitnehmers durch ein Unternehmen zum Zwecke (lediglich) der Überlassung an ein anderes (den Arbeitnehmer verwendendes) Unternehmen (vgl. dazu auch die hg. Erkenntnisse vom 6. November 2012, Zl. 2012/09/0130, und vom 19. März 2014, Zl. 2013/09/0159).
28 Vor diesem rechtlichen Hintergrund sind die Kriterien, die für die Arbeitskräfteüberlassung iSd Art. 1 Abs. 3 lit. c der Richtlinie 96/71 entscheidend sind, insofern auch maßgebend für die Beurteilung, ob (grenzüberschreitende) Arbeitskräfteüberlassung iSd §§ 3 und 4 AÜG vorliegt, als nur bei Übereinstimmung mit den unionsrechtlichen Vorgaben eine uneingeschränkte Anwendung des AÜG in Betracht kommt.
[...]
33 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 (Rn 35 ff des EuGH-Urteils), ob also der für einen Werkvertrag essenzielle "gewährleistungstaugliche" Erfolg vereinbart wurde (vgl. abermals das zitierte hg. Erkenntnis Zl. 2012/09/0130, mwN), wer die Zahl der für die Herstellung des Werkes jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer bestimmt (Rn 38) und von wem die Arbeitnehmer die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung ihrer Tätigkeiten erhalten (Rn 40 des EuGH-Urteils), von entscheidender Bedeutung.“

Zusammengefasst bedeutet das, dass erst bei Verwirklichung ausschlaggebender Kriterien und dem sich daraus ergebenden Vorliegen einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach der Richtlinie 96/71 § 4 Abs. 2 AÜG uneingeschränkt anzuwenden ist.
Ergibt sich aber aus der Gesamtbetrachtung der gegebenen Anhaltspunkte, dass nach der Richtlinie 96/71 keine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, so kann auch alleinig aufgrund § 4 Abs. 2 AÜG eine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung nicht vorliegen.

III.2.2. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. nur VwGH 8.8.2008, 2008/09/0022) liegt ein Werkvertrag vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Die Verpflichtung aus einem Werkvertrag besteht darin, die genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein „gewährleistungstauglicher“ Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei

Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden können. Mit der Erbringung der Leistung endet das Werkvertragsverhältnis.

III.2.3. Die vertragliche Vereinbarung der I.-V. d.o.o. und der B.A. GmbH & Co.KG über die Montage von 2 Quellbottichen auf der Baustelle bei der A.S. GmbH in A. ist als Werkvertrag bezeichnet. Die Werkleistung bestand konkret in der Entgegennahme des von der B.A. GmbH & Co.KG bereit gestellten Materials und der Montage, wobei unter Montage sämtliche Arbeiten, wie Zuschneiden, Schweißen, an Ort und Stelle verbringen, Befestigen, Verschrauben und Testen gemeint sind. Dabei handelt es sich um einen gewährleistungstauglichen Erfolg. Der Arbeitseinsatz für die Ausführung der Montage der 2 Quellbottiche war klar unterscheidbar und abgrenzbar.

Es wurde ein Pauschalfestpreis in Bezug auf die im Leistungsverzeichnis festgesetzte Menge vereinbart. Die Auftragssumme betrug 132.000 Euro netto.

Für den Baubeginn sowie das Bauende bzw. die Abnahme wurden Termine vereinbart und war das Bauende pönalisiert. Für den Fall des Eintritts eines Verzugsschadens wurde eine Konventionalstrafe von 0,5 % pro Tag, max. 10 % des Vertragspreises vereinbart. Die I.-V. d.o.o. hat sich zur Einhaltung der Termine sowie zur Übernahme der Mehrkosten im Falle von zusätzlichen Leistungen bei Verzögerungen verpflichtet.
Es wurden umfangreiche Haftungs- und Schadenersatzklauseln vereinbart.

Ferner ist im Werkvertrag enthalten, dass die I.-V. d.o.o. für die im Erbringungsland notwendigen Aufenthalts- und Arbeitsgenehmigungen, die für die Ausführung dieses Werkvertrages erforderlich sind, verantwortlich ist sowie dass die Vorschriften des Kunden, insbesondere für Sicherheit gelten. Weiters wurde im Vertrag darauf hingewiesen, dass jeder Mitarbeiter den Personalausweis, Versicherungs- und Sozialversicherungsausweis, Entsendebescheinigung A1 oder Arbeits- und Aufenthaltsgenehmigung am Montageort jederzeit mit sich zu führen hat.

Das Material, die vorgefertigten Bleche bzw. Bauteile wurden von der B.A. GmbH & Co.KG – wie im Werkvertrag vereinbart – zur Verfügung gestellt und auf die Baustelle transportiert. Gegenstand des Werkvertrages war nur die Montage der 2 Quellbottiche, nicht auch die Vorfertigung dieser, sodass die Zurverfügungstellung des Materials verfahrensgegenständlich nicht als entscheidungsrelevant gewertet werden kann.

Das für die Durchführung des Auftrags erforderliche Werkzeug wurde großteils durch die B.A. GmbH & Co.KG zur Verfügung gestellt, allerdings hat die B.A. GmbH

& Co.KG die Kosten für die (großen) Werkzeuge und Maschinen der I.-V. d.o.o. in Rechnung gestellt.

Die belangte Behörde hat die (direkten und indirekten) Arbeitsanweisungen des Bauleiters, die Vorgabe der Arbeits- und Pausenzeiten sowie die unmittelbare Qualitätskontrolle durch den deutschen Bauleiter als Gründe für das Vorliegen einer organisatorischen und fachlichen Eingliederung in das Unternehmen der B.A. GmbH & Co.KG gewertet.

Dazu ist festzuhalten, dass nach dem durchgeführten Beweisverfahren die Zahl der für die Durchführung des Auftrages konkret eingesetzten Arbeitnehmer die I.-V. d.o.o. völlig frei selbst bestimmt hat. Auch die konkreten, individuellen Arbeitsanweisungen haben die kroatischen Arbeitnehmer vom kroatischen Vorarbeiter erhalten. Der deutsche Bauleiter hat nur allgemeine Anweisungen von der A.S. GmbH weitergegeben. Individuelle Arbeitsanweisungen an die Arbeiter hat der deutsche Bauleiter nicht erteilt. Ebenso wurden die Arbeits- und Pausenzeiten nicht durch ihn vorgegeben, wobei es durchaus lebensnah erscheint, dass auf einer Baustelle gleiche oder zeitnahe Arbeits- und Pausenzeiten vorteilhaft sind. Dies kann allerdings nicht generell als Vorgabe der Arbeits- und Pausenzeiten gewertet werden.
Auch allfällige Abwesenheiten wurden an den kroatischen Vorarbeiter bzw. an die I.-V. d.o.o. gemeldet. Selbst wenn die Abwesenheiten zusätzlich an den deutschen Bauleiter gemeldet wurden, bedeutet dies noch nicht, dass eine Dienst- und Fachaufsicht durch die B.A. GmbH & Co.KG gegeben war. Die Kenntnis der Anzahl der anwesenden Arbeitnehmer auf einer Baustelle ist auch für die Einhaltung von Sicherheitsmaßnahmen und für den Fall von Unfällen etc. erforderlich.

Die laufende Kontrolle der Schweißarbeiten ist für die Geltendmachung von Mängelrügen selbstverständlich und ist es bei der Herstellung von den in Rede stehenden Quellbottichen auch lebensnah und nachvollziehbar, dass diese laufend zu erfolgen haben. Auch für die Einhaltung der Sicherheitsvorschriften ist eine laufende Kontrolle der Schweißarbeiten erforderlich.
Verfahrensgegenständlich kann daraus noch nicht auf das Vorliegen einer Dienst- und Fachaufsicht der B.A. GmbH & Co.KG geschlossen werden. Die Arbeiter nahmen ihre Aufgaben unter Aufsicht und Leitung ihres Vorarbeiters bzw. ihres Unternehmens wahr. Arbeitsgrundlage waren die Bauzeichnungen bzw. Pläne der Quellbottiche.

Die Arbeitnehmer sind mit eigenen Fahrzeugen zur Baustelle gekommen und haben in einer Unterkunft in K genächtigt. Für die Verpflegung waren die Arbeitnehmer selbst verantwortlich. Sie haben dafür Diäten von der I.-V. d.o.o. erhalten. Auf der Baustelle hatten die Arbeitnehmer einen eigenen Container zur Verwendung, der von der B.A. GmbH & Co.KG – wie im Werkvertrag vereinbart – zur Verfügung gestellt wurde.

Der Bauleiter hat für die B.A. GmbH & Co.KG – neben der I.-V. d.o.o. bzw. deren Vorarbeiter – auch die Arbeitszeiten der Arbeiter aufgezeichnet. Dies ist allerdings darin begründet, dass die B.A. GmbH & Co.KG für künftige Angebotslegungen Erfahrungswerte sammeln möchte.

Insgesamt betrachtet liegt keine organisatorische Eingliederung der kroatischen Arbeitnehmer in das Unternehmen der B.A. GmbH & Co.KG vor.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass die B.A. GmbH & Co.KG und die I.-V. d.o.o. einen Werkvertrag über einen gewährleistungstauglichen Erfolg abgeschlossen haben. Die Zahl der für die Herstellung der Montage der 2 Quellbottiche eingesetzten Arbeitnehmer wurde konkret von der I.-V. d.o.o. bestimmt und die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung der Tätigkeiten ergingen nicht von dem deutschen Unternehmen bzw. dem deutschen Bauleiter, sondern vom Vorarbeiter der I.-V. d.o.o. an ihre Arbeitnehmer.

Aus dieser Gesamtbetrachtung ergibt sich, dass eine Arbeitskräfteüberlassung nach der Richtlinie 96/71 nicht vorliegt. Somit kann auch alleinig aufgrund von § 4 Abs. 2 AÜG eine Arbeitskräfteüberlassung nicht vorliegen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass eine Entsendung der sechs kroatischen Arbeiter vorliegt. Die I.-V. d.o.o. war daher nicht „Überlasser“ iSd Bestimmungen des AuslBG und des AÜG und hat die vorgeworfene Verwaltungsübertretung auch nicht der Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer zu verantworten.

Bei diesem Ergebnis erübrigt sich schließlich auch ein Eingehen auf das Vorbringen, dass zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt EU-Entsendebestätigungen vorgelegen sind und diese erst mit Wirkung vom 11.8.2016 widerrufen wurden.

III.5. Im Ergebnis war der Beschwerde somit stattzugeben, Spruchpunkt 1. des angefochtenen Straferkenntnisses aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren hinsichtlich des Bf einzustellen.

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Bf weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde noch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu entrichten.

IV. 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. Die vorliegende Entscheidung steht im Einklang mit der jüngsten Rechtsprechung des

Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 22.8.2017, Ra 2017/11/0068; 20.9.2017, Ra 2017/11/0016; 20.9.2017, Ra 2017/11/0024; 8.2.2018, Ra 2017/11/0206; 22.2.2018, Ra 2018/11/0014), die ihrerseits wiederum Deckung in der Rechtsprechung des EuGH findet (EuGH 10.2.2011, *Vicoplus*, Rs C-307/09, Rs C-308/09,Rs C-309/09; 18.6.2015, *Martin Meat Kft*, Rs C-586/13).
Die vorliegende Entscheidung gründet ferner auf der konkreten Vertragsauslegung der im Beschwerdeverfahren vorgelegten Vertragsunterlagen und der Beweiswürdigung der Zeugenaussagen. Somit ist ein konkreter Sachverhalt einer rechtlichen Beurteilung zu unterziehen. Bei der Auslegung von Verträgen handelt es sich stets um eine konkrete Beweiswürdigung sowie darauf aufbauende rechtliche Beurteilung und im Ergebnis um eine nicht verallgemeinerungsfähige Einzelfallentscheidung. Auch deshalb war die ordentliche Revision für unzulässig zu erklären.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Ellmer