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-301551/34/BMa/TK

Datum:
Linz 8. Mai 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des E H A, vertreten durch P V Rechtsanwälte GmbH, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis vom 07.03.2017, GZ: BHRISanR-2016-366823/56-H, wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 15.01.2018, die am 26.02.2018 fortgesetzt wurde

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das bekämpfte Straferkenntnis aufgehoben und das Verfahren eingestellt.

II. Die Verfahrenskosten für das Verfahren vor der belangten Behörde entfallen, für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist kein Kostenbeitrag zu leisten.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I.

1.1. Mit dem in der Präambel angeführten Straferkenntnis wurde der Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wie folgt schuldig gesprochen und bestraft:

„Die A Gesellschaft m.b.H. mit dem Sitz in x hat als Arbeitgeberin die von der A s.r.o. mit dem Sitz in x, überlassenen Ausländer

1. Herrn D E, geb. x, Staatsangehörigkeit Bosnien und Herzegowina,
2. Herrn D M, geb. x, Staatsangehörigkeit Bosnien und Herzegowina,
3. Herrn D M, geb. x, Staatsangehörigkeit Bosnien und Herzegowina,
4. Herrn H M, geb. x, Staatsangehörigkeit Bosnien und Herzegowina,
5. Herrn M M, geb. x, Staatsangehörigkeit Bosnien und Herzegowina,
6. Herrn M R, geb. x, Staatsangehörigkeit Bosnien und Herzegowina,
7. Herrn R J, geb. x, Staatsangehörigkeit Bosnien und Herzegowina,
8. Herrn R H, geb. x, Staatsangehörigkeit Bosnien und Herzegowina,
9. Herrn S N, geb. x, Staatsangehörigkeit Bosnien und Herzegowina,
10. Herrn Z Z, geb. x Staatsangehörigkeit Bosnien und Herzegowina,

zumindest am 15.06.2016 am Betriebsstandort in x, als LKW-Fahrer beschäftigt, indem diese Fahrten im Güterverkehr mit Beginn und Ende der Fahrten in x mit Sattelzugfahrzeugen und den damit wechselweise gezogenen Aufliegern durchführten, ohne dass der A Gesellschaft m.b.H. eine Beschäftigungsbewilligung erteilt, noch eine Anzeigebestätigung oder den Ausländern 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" ausgestellt wurde.

Dies haben Sie als handelsrechtlicher Geschäftsführer der A Gesellschaft m.b.H. mit dem Sitz in x zu verantworten.

Die angeführte Tat wurde von der Finanzpolizei, Teams 46, 47 und 40 bei der Kontrolle am 15.06.2016 festgestellt.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
Zu 1. bis 10.: § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Zi. 1 lit.a Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975, in der im Tatzeitpunkt geltenden Fassung zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 113/2015

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von	Ersatzfreiheitsstrafe von	Gemäß

je 2.000,00 Euro	je 33 Stunden	§ 28 Abs. 1 Zi. 1 AuslBG
zu 1 bis 10.	zu 1bis 10.	zu 1. bis 10.

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:
je 200,00 Euro zu 1. bis 10. als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 22.000,00 EURO“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Mit der rechtzeitig dagegen eingebrachten Beschwerde vom 7. April 2017, die dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich gemeinsam mit dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt vorgelegt wurde, wurde abschließend unter anderem die ersatzlose Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses, die Herabsetzung der Strafe und die Erteilung einer Ermahnung beantragt.

2.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich entscheidet gemäß § 2 VwGVG durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

2.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt der belangten Behörde und am 15. Jänner 2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, die am 26. Februar 2018 fortgesetzt wurde.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird festgestellt:

E H A ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma A GmbH, einem Speditionsunternehmen in Österreich. Der Hauptsitz ist in x. Die österreichische GmbH verfügt über zwei Tochterunternehmen, die jeweils Transportunternehmen sind (Seite 3 des Verhandlungsprotokolls vom 15. Jänner 2018), nämlich die A P sp. zo.o. in Polen und die A s.r.o. in Tschechien. Die österreichische A GmbH ist zu 99 % Eigentümerin der polnischen A-Tochter und zu 100 % Eigentümerin der tschechischen.

Funktion der beiden Tochterunternehmen in Polen und in Tschechien ist jeweils die Erfüllung von Fahrtaufträgen im internationalen Fernverkehr als Subunternehmen für die österreichische A GmbH.
Zirka 90 % der Fahrten der ausländischen Tochterunternehmen werden für die österreichische Muttergesellschaft durchgeführt.
Es gibt aber spezifische Frachten, die nur mit dem österreichischen Fuhrpark durchgeführt werden und auch innerösterreichische Fahrten werden nur mit dem österreichischen Fuhrpark durchgeführt.

Bei der österreichischen GmbH sind zirka 50 Fahrer, bei der tschechischen Firma sind ebenfalls 50 Fahrer und bei der polnischen Firma 75 Fahrer beschäftigt.

Die A GmbH verfügt über einen Eigenfuhrpark von zirka 40 LKWs in Österreich. Von der tschechischen Tochterfirma sind 36 Zugfahrzeuge der Firma im Einsatz und von der polnischen 51 Zugfahrzeuge. Die LKW-Zugfahrzeuge werden von der österreichischen GmbH angekauft und an die polnische oder tschechische Tochter weitervermietet. Sie werden in Polen oder Tschechien zum Verkehr zugelassen und wieder nach Österreich verbracht um dort den Auflieger von der A GmbH, der auch im Eigentum der österreichischen Mutter bleibt, montiert zu bekommen, um Transporte durchzuführen (Seite 4 des Verhandlungsprotokolls vom 15. Jänner 2018). Wenn ein Wechsel des Aufliegers stattfindet, muss sich der Fahrer mit der Mappe, in der sich die Papiere des alten Aufliegers befinden, zum Disponenten begeben und beim Disponenten die neuen Papiere abholen (Seite 15 des Verhandlungsprotokolls vom 15. Jänner 2018).

Die Zentrale in ist zuständig für die Bereiche Geschäftsleitung, Buchhaltung, Werkstätte, Tankstelle und Auftragsentgegennahme.
Bei den Tochterunternehmen in Tschechien und Polen ist die Geschäfts- und Personalverwaltung gleich wie bei jener der A GmbH in Österreich, dort gibt es aber keine Werkstätte und keine Tankstelle.

Fahrtaufträge gehen bei allen Unternehmen ein. In Polen gibt es angemietete Büros und LKW-Abstellflächen. Eine tatsächliche Nutzung der Abstellplätze in Polen erfolgt nicht, es kann sein, dass ab und zu drei bis vier LKWs dort abgestellt sind. Die Infrastruktur ist in Tschechien genauso.
In den Tochterfirmen ist zur Verwaltung Personal angestellt und zwar zirka fünf bis sechs Personen in Polen und drei in Tschechien. In Polen wird die Lohnverrechnung selbst durchgeführt und in Tschechien wird diese extern vergeben.
Die Fahrtaufträge der Tochtergesellschaften werden nahezu ausschließlich für die österreichische GmbH durchgeführt.

Zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt sind in der A GmbH in Österreich sieben Disponenten zum Einsatz gekommen, die auch auf die Fahrzeuge der polnischen und tschechischen Tochtergesellschaften Zugriff hatten. In der tschechischen Tochterfirma wurde die Disposition von in Tschechien angefallenen Transportaufträgen von der Geschäftsführerin mitgemacht. Soweit in Tschechien Aufträge disponiert wurden, wurden diese ausschließlich an andere Subunternehmer außerhalb des A Firmenkonzerns weitergegeben (Seite 5 des Verhandlungsprotokolls vom 15. Jänner 2018). In der polnischen Gesellschaft war ein Disponent beschäftigt, der aber nur einen LKW der A-Gruppe disponiert hat. Darüber hinausgehende Aufträge wurden von ihm an einen weiteren

Subunternehmer vergeben und nicht durch die A Gesellschaft bzw. deren Tochtergesellschaft erledigt.
Alle LKWs der A-Gruppe werden von der A GmbH disponiert, mit Ausnahme eines LKWs und eines Fahrers, der von Polen aus disponiert wird (Seite 10 des Verhandlungsprotokolls vom 15. Jänner 2018). Die Disposition erfolgt von Österreich aus für alle Fahrzeuge der Tochtergesellschaften in Polen oder Tschechien (Seite 11 des Verhandlungsprotokolls vom 15. Jänner 2018) die Übernahme und Übergabe der LKWs erfolgt ebenfalls in Österreich in der A GmbH. Bei der Disposition gibt es keinen Unterschied zwischen polnischen, tschechischen und österreichischen Fahrern.
Beginn und Ende der Fahrt ist jeweils in x (Seite 12 des Verhandlungsprotokolls vom 15. Jänner 2018).

Für die Fahrt der polnischen Fahrer nach Österreich werden von der polnischen Tochtergesellschaft Busse zur Verfügung gestellt, die die polnischen Fahrer nach Österreich und retour bringen. Die tschechischen Fahrer reisen mit ihren eigenen Pkw oder auf sonstige Weise selbstständig an.
Der Austausch der Fahrer wird grundsätzlich von den jeweiligen Tochtergesellschaften organisiert, gelegentlich werden die Fahrer aber auch von den in der A GmbH angestellten Dolmetscherinnen, die mit den polnischen oder tschechischen Fahrern in Verbindung sind, kontaktiert. Die Dolmetscherinnen haben diesbezüglich bei Ausnahmefällen ausgeholfen (Seite 15 des Verhandlungsprotokolls vom 15. Jänner 2018).
Bei einem Fahrerwechsel haben sich die Fahrer auch bei der jeweiligen Dolmetscherin oder bei einem Disponenten abgemeldet und bei einem solchen Anlass gleich bekannt gegeben, ob etwas „herzurichten“ ist (Seite 16 des Verhandlungsprotokolls vom 15. Jänner 2018).

Auch bei einem Unfall wurde zumeist die Dolmetscherin in der A GmbH angerufen. Diese hat den Bericht dann nach Budweis geschickt und die tschechische Firma hat die Angelegenheit mit der Versicherung geregelt. Die Dolmetscherin wurde angerufen, weil die Fahrer sehr oft nicht Deutsch sprechen konnten und sie hat den Vorgang aufgenommen und mit der Polizei geregelt. Dasselbe gilt für die polnischen Fahrer und die polnische Tochterfirma.
Bei Krankheit oder Urlaub von Fahrern wurde die österreichische Dolmetscherin auch neben den Zuständigen in Tschechien oder Polen angerufen, manchmal wurde auch nur die österreichische Dolmetscherin angerufen, damit Urlaub oder Krankenstand gemeldet wird und sie hat dies an die jeweilige Tochtergesellschaft weitergemeldet. Es wurde in einem solchen Fall auch ein Ersatzfahrer von der Dolmetscherin der A GmbH aus Österreich angefragt.

Die österreichische Dolmetscherin hatte die Aufgabe, die Kommunikation zwischen allen und zwar zwischen dem tschechischen Büro und der Geschäftsleitung in Österreich aber auch zwischen den Fahrern und dem Büro in Österreich aufrecht

zu erhalten. Die österreichische Dolmetscherin hat auch Urlaubsscheine für die Fahrer der Subunternehmen ausgestellt und hat den Lohnvorschuss, wenn ein Fahrer einen solchen benötigt hat, mit der Buchhaltung in x abgeklärt (Seite 17 und Seite 18 des Verhandlungsprotokolls vom 15. Jänner 2018). Der Lohnvorschuss wurde in Ried ausbezahlt und die tschechische Firma hat den Vorschuss vom Lohn des Fahrers in Tschechien abgezogen. Das wurde zwischen der österreichischen und tschechischen Buchhaltung abgerechnet.
Im Bedarfsfall wurden die polnischen und tschechischen Fahrer von den Dolmetscherinnen der A GmbH kontaktiert, damit diese ihre Arbeit nach der einwöchigen Pause wieder antreten.
Der Arbeitsablauf der für die tschechische und polnische Tochterfirma zuständigen Dolmetscherinnen war gleich (Seite 16 des Verhandlungsprotokolls vom 15. Jänner 2018).

Wenn ein tschechischer oder polnischer Fahrer irgendetwas benötigt hat, ist er zur Dolmetscherin nach x gekommen, beispielsweise wenn er einen Reifen wechseln wollte, weil es viel zu zeitaufwändig gewesen wäre, wenn er extra deshalb beispielsweise in Budweis angerufen hätte und von Budweis dann die Werkstätte verständigt worden wäre (Seite 18 des Verhandlungsprotokolls vom 15. Jänner 2018).
Immer wenn ein Fahrer nicht wusste, was zu tun ist, hat er die jeweilige Dolmetscherin in der A GmbH angerufen, beispielsweise wenn ein Fahrer eine Ladestelle nicht gefunden hat, wurde sie angerufen, sie hat im Computersystem nachgeschaut und dem Fahrer erklärt, wo er hinfahren muss, welche Straße er zu nehmen hat.
Es hat sich bei der Tätigkeit der jeweiligen Dolmetscherin der A GmbH damit nicht nur um eine reine Übersetzungstätigkeit gehandelt, sondern auch um problemlösungsorientierte Handlungen (Seite 20 des Verhandlungsprotokolls vom 15. Jänner 2018).

Für den jeweiligen Disponenten der A GmbH ist im Navigationssystem „Fleetvisor“ ersichtlich, welcher Fahrer welchen LKW lenkt und auch wohin dieser fährt. Vom Disponenten wird auf die unterschiedlichsten Fahrzeuge in gleicher Weise zugegriffen, egal ob es sich um einen LKW der A-GmbH oder einen der tschechischen oder polnischen Tochterfirma handelt.
Der Ladeauftrag wird vom Disponenten an den Fahrer über das Kommunikationssystem weitergegeben. Dabei wird in das Satellitensystem die Art und Dauer der Ladung, das Ziel, aber auch die Route, die der Fahrer nehmen soll, hineingeschrieben. Für allfällige Fragen zu den Fahrtaufträgen sind die Dolmetscherinnen zuständig.
Der Fahrer vermerkt im Satellitensystem, dass er eine Übersetzung benötigt und die Dolmetscherin übersetzt daraufhin. Bei Problemen mit der Abwicklung des Fahrtauftrags wird dies vom Fahrer im internen Kommunikationssystem vermerkt und dieser Vermerk wird von der Übersetzerin an den Disponenten weitergegeben.

Wenn es Probleme gibt und der Disponent davon erfährt, versucht er eventuell ein anderes Auto für die Ladung einzusetzen oder er versucht, die Strecke umzudrehen, oder ähnliches.
Soweit die Route geändert werden kann und der Disponent diese ändert, gibt er auch die Änderung der Route vor. Der Disponent wird nicht direkt von den Fahrern kontaktiert, jedoch über das Astrata Fleetvisor-System (das interne Kommunikationssystem). Er greift auf die jeweilige Meldung in dem System zu, für die er zuständig ist.
Im Büro der Disponenten der A-GmbH befindet sich die „Liste: LKW inkl. Fahrer". Auf dieser Liste sind neben den Kennzeichen auch die Namen der Fahrer, die Wohnorte und deren Handynummer vermerkt. Im Notfall werden mit Hilfe der Übersetzerinnen die tschechischen und polnischen Fahrer kontaktiert, dies ist jedoch nur für den Notfall gedacht.
Diese Liste wird wöchentlich aktualisiert und es ist auch vermerkt, welcher Fahrer ohne Zuteilung ist oder sich im Urlaub oder Krankenstand befindet. Es gibt keine Vorgaben für die Disponenten der A-GmbH, welche LKWs sie einsetzen, es werden sowohl die LKWs der A GmbH als auch jene der Tochtergesellschaften in Tschechien und Polen von ihnen disponiert. Auf den Transportaufträgen der polnischen und tschechischen Tochtergesellschaften sind die jeweiligen Kennzeichen vermerkt, nicht jedoch auf den Transportaufträgen bei der Beauftragung einer Fremdfirma als Subunternehmen durch die A - GmbH.

Der jeweilige Fahrtauftrag wird über Astrata Fleetvisor - System dem jeweiligen LKW geschickt, dort wird er vom Lenker per Knopfdruck bestätigt und erst dann erfolgt die Verfassung des Auftrags, der an die Buchhaltung übermittelt wird. Auf diesem Auftrag ist auch schon das Kennzeichen des LKWs vermerkt, hat doch der jeweilige Fahrer vorher schon den Auftrag akzeptiert. In einigen Fällen wurden die Transportaufträge erst nachträglich an die jeweilige Tochterfirma übermittelt.
Die jeweilige A-Tochterfirma kann gegen die Durchführung des Auftrags wegen Zeitüberschreitung oder aus anderen Gründen Einwand erheben. Es kommt fallweise vor, dass daraufhin der Fahrer von der jeweiligen Tochterfirma ausgetauscht wird, wenn er auf Urlaub geht oder wenn seine Arbeitszeiten schon überschritten werden.
Darauf hat der Disponent keinen Einfluss. Wenn ein Einwand von der jeweiligen Tochterfirma kommt, sucht sich der Disponent in der näheren Umgebung einen anderen passenden LKW, der gerade frei ist und die Ladung übernehmen kann. Wenn ein LKW beispielsweise nicht mehr nach Wien fahren kann aber noch nach Salzburg, dann gibt er diesem eine kürzere Tour, beispielsweise nach Salzburg, und sucht sich einen anderen LKW für die längere Tour nach Wien, diesbezüglich kann der Disponent variieren.
Der vom Disponenten an die Buchhaltung übermittelte Transportauftrag wird von der Buchhaltung an die tschechische oder polnische Tochterfirma weitergeleitet. Der jeweilige Fahrer beginnt seine Fahrt sofort nachdem er den Transportauftrag über das Kommunikationssystem bekommen und diesen bestätigt hat. Es kommt

im Regelfall zu keiner weiteren Verständigung von der jeweiligen tschechischen oder polnischen Tochterfirma an den Fahrer. Er bekommt nur dann eine Verständigung, wenn ein Einwand gegen den Auftrag besteht.
Die Mitteilung an die Fahrer erfolgt teilweise direkt über die Dolmetscherinnen in Ried. Die Niederlassungen in Tschechien und Polen können den gesamten Vorgang über das Astrata Fleetvisor-System mitverfolgen (Seite 29 des Verhandlungsprotokolls vom 15. Jänner 2018).

Inhalt eines Transportauftrages ist die Art der Waren, die transportiert werden, der Transporttermin sowie ein fixes Frachtentgelt. Die Spedition A beauftragt neben ihren eigenen Töchtern in Tschechien und Polen in gleicher Weise auch andere Subunternehmer außerhalb der A-Gruppe. Der Preis für den Transport der Waren ist ein fix vereinbarter, an dem sich auch nichts ändert, wenn der Fahrer einen Umweg fährt oder wenn er für den Transport länger benötigt z.B. aufgrund eines Staus.

Nach Rückkehr von der jeweiligen Tour werden die Frachtpapiere von allen Fahrern im Büro der A GmbH in x abgegeben. In den Büroräumlichkeiten bestehen Anschläge, die Hinweise für polnische und tschechische Fahrer in nicht deutscher Sprache geben.

Sämtliche Fahrzeuge der A-Gruppe werden in der Werkstätte der A GmbH gewartet. Jeder Arbeiter in der Werkstätte ist für jedes Auto zuständig und zwar für LKWs sowohl mit österreichischen, tschechischen oder polnischen Kennzeichen. Über das Satellitensystem sind auch für den Werkstättenleiter sämtliche Daten wie Name des Fahrers, die Fahrzeiten, Lade-/Entladeadresse, Lieferadresse und die vorgegebene Fahrtstrecke ersichtlich. Die Servicearbeiten werden ausschließlich im Servicebuch des jeweiligen LKWs vermerkt und mit einem Firmenstempel von der GmbH werden sämtliche Servicearbeiten bestätigt.

Für jeden LKW werden Service- und Instandhaltungskosten durch die Werkstätte der A GmbH in x für die Miet-LKWs monatlich verrechnet und zwar in Höhe von 600 Euro. Der verrechnete Betrag ist dem jeweiligen Kennzeichen zuordenbar (Beilage 7 und 8 zur Urkundenvorlage der Beschwerdeführer vom 30. Jänner 2018).
In der Pauschale enthalten sind die Kosten von Reparatur und Service bzw. Wartung. Dies beinhaltet alles, was mit Reifen, Bremsen, Öl, Schmiermittel und Scheibenwischer etc. zu tun hat. Ein Motorschaden beispielsweise wird an die Tochtergesellschaften weiterverrechnet, ebenso wie sämtliche Schäden, die außerhalb der Garantiezeit von drei Jahren aufgetreten sind oder außerhalb dieser Garantie liegen (Seite 14 des Verhandlungsprotokolls vom 15. Jänner 2018).
Sämtliche Reparaturen werden in der Buchhaltung erfasst (Seite 27 und Seite 28 des Verhandlungsprotokolls vom 15. Jänner 2018).

In jeder A-Gesellschaft und zwar der österreichischen GmbH aber auch der polnischen und der tschechischen Tochtergesellschaft gibt es jeweils eine eigene Schadensabteilung. Wenn es einen Schaden am Fahrzeug oder an der Fracht gibt, wird entweder bei der Dolmetscherin angerufen, damit diese die Information weitergibt, dass es zu Fahrverzögerungen kommt oder es wird in der jeweiligen Tochtergesellschaft angerufen. Vorrangig geht die Kommunikation über das Satellitenkommunikationssystem.
Die Schadensabwicklung bei den LKWs der Tochtergesellschaften in Tschechien und Polen erfolgt folgendermaßen: Die LKWs werden in die Vertragswerkstätten oder in die eigene Werkstätte in x gebracht und dort repariert. Die Abrechnung erfolgt mit der A GmbH und diese verrechnet die Reparaturen der jeweiligen Tochtergesellschaft weiter. Die Tochtergesellschaft reicht den Schaden entweder beim jeweiligen Schädiger ein oder rechnet diesen über die eigene Kasko-Versicherung ab. Die Originale der Schadensberichte werden in der A-GmbH aufbewahrt.

Bei einem größeren Schaden muss der jeweilige Fahrer den Schaden bei der Tochtergesellschaft melden. Wenn die Dolmetscherin der A-GmbH von einem Schaden oder Unfall verständigt wird, wird von ihr die Meldung an die Tochtergesellschaft weitergegeben und der Unfallbericht kommt über die Dolmetscherin der A GmbH zur jeweiligen Tochtergesellschaft, woraufhin diese die Angelegenheit mit der Versicherung erledigt.

Ein Schaden des Ladeguts wird auf die gleiche Weise abgewickelt. Eine Verrechnung mit den Tochtergesellschaften erfolgt im jeweiligen Fall in Bezug auf den konkreten Auftrag. Das wirtschaftliche Risiko z.B. eines Verspätungsschadens oder der Beschädigung der Waren beim Transport trägt das jeweilige Tochterunternehmen (Beilage 2 zum Verhandlungsprotokoll vom 15. Jänner 2018).

Der zusätzlich verbrauchte Treibstoff beim Abweichen von den vorgegebenen Routen wird von den Tochtergesellschaften bezahlt. Die Zuordnung des jeweiligen LKW-Fahrers zu einem bestimmten LKW der mit Kennzeichen identifizierbar ist, erfolgt ebenfalls von der jeweiligen Tochtergesellschaft.

Das Navigationssystem wird von der A-GmbH den Tochtergesellschaften zur Verfügung gestellt. Dessen Bereitstellung und Wartung werden den Tochtergesellschaften weiterverrechnet. Das Navigationssystem kann in der A-GmbH eingesehen werden, die Disponenten und der Werkstättenleiter können auf sämtliche dort verzeichnete Daten zugreifen. Gleichzeitig kann auch die jeweilige Tochtergesellschaft in Tschechien und Polen in die Daten des Navigationssystems Einschau halten. Im Navigationssystem sind auch Fahrzeiten, Pause, Einsatzzeiten der jeweiligen Fahrer etc. ersichtlich.

Prinzipiell werden die LKWs in der A-Gruppe lediglich mit einem Fahrer besetzt. Es kann aber auch vorkommen, dass ein Fahrer vorzeitig aus einem Krankenstand zurückkommt oder einen Urlaub, den er beabsichtigt hat, doch nicht antritt. In solchen Fällen wird ein LKW von der jeweiligen Tochtergesellschaft mit zwei Fahrern besetzt und der zuständige Disponent der A-GmbH sucht Strecken für den LKW, wo es sich rechnet, dass ein zweiter Fahrer am LKW dabei ist.

Die Fahrer haben händisch Stundenlisten geführt, diese wurden bei der Dolmetscherin in der A GmbH abgegeben und von ihr nach Budweis zur tschechischen A Firma geschickt bzw. nach Polen zur dortigen Tochtergesellschaft.

Sämtliche Fahrer der Tochtergesellschaften in Polen und Tschechien haben ihren ordnungsgemäßen Aufenthalt in Polen bzw. Tschechien und dürfen dort auch arbeiten, sie sind im jeweiligen Land aufenthalts- und arbeitsberechtigt (Seite 4 des Verhandlungsprotokolls vom 15. Jänner 2018).

Die Arbeitsverträge mit den Fahrern, die in der tschechischen oder polnischen Tochtergesellschaft beschäftigt sind, werden von den jeweiligen Tochtergesellschaften geschlossen.
Die Arbeitsverträge mit den polnischen Fahrern werden zunächst mit einer 3-monatigen Probezeit und mit maximal drei Verträgen mit höchstens 33 Monate befristet. Nach den 33 Monaten geht das Arbeitsverhältnis in ein unbefristetes über.
In der tschechischen Tochtergesellschaft werden die Arbeitsverträge mit den LKW-Fahrern zunächst auf ein halbes Jahr und danach auf ein Jahr befristet geschlossen. Nach diesen eineinhalb Jahren schließt ein unbefristetes Vertragsverhältnis an.

Sämtliche im Spruch des bekämpften Erkenntnisses angeführten polnischen Fahrer mit Ausnahme jener Fahrer, die unter den Zahlen 2., 4., 5., 6., 7. und 8. im Spruch des angefochtenen Erkenntnisses angeführt sind, waren zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt im Einsatz.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus den vorgelegten Verwaltungsakten und dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 15. Jänner 2018, die am 26. Februar 2018 fortgesetzt wurde, ergibt. Die Feststellungen gründen überwiegend auf den bei der Aussage des zweiten handelsrechtlichen Geschäftsführers der A GmbH, dessen Verfahren mit jenen des Bf zur gemeinsamen Verhandlung verbunden wurden und der bei der Verhandlung anwesend war, sowie den - sowohl vom Vertreter der Beschwerdeführer als auch vom Vertreter des Finanzamtes anlässlich der Verhandlung und vor der fortgesetzten Verhandlung - vorgelegten Unterlagen, die im Wesentlichen in der mündlichen Verhandlung erörtert wurden. Soweit die Aussagen des zweiten Beschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung jenen

der Zeugin P widersprochen haben, wurden die Aussagen dieser Zeugin, die bereits anlässlich der Kontrolle am 15.06.2016 niederschriftlich von Organen der Finanzpolizei vernommen wurde, vorgehalten. Daraufhin wurde in wiederholten Fällen die Richtigkeit der Aussage der Zeugin P vom zweiten Beschwerdeführer bestätigt, sodass der Aussage der Zeugin P ein hoher Wahrheitsgehalt beigemessen wird. An den vorgelegten Unterlagen hinsichtlich Weiterverrechnung von Schäden bei den Frachtaufträgen, Aufwendungen oder Reparaturpauschalen etc. wurde von keiner der anwesenden Parteien Zweifel geäußert, ebenso nicht an der Richtigkeit der vorgelegten Unterlagen.

3.3. Rechtsgrundlagen

Die maßgebenden Rechtsvorschriften lauten:

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nichts 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 § 28 Abs. 1 Z 1 lit a AuslBG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, 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 (§ 4c) oder keinen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger" oder „Daueraufenthalt - EU" besitzt, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit einer Geldstrafe von € 1.000 bis € 10.000, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von € 2.000 bis € 20.000, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von € 2.000 bis € 20.000, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von € 4.000 bis € 50.000.

Gemäß § 2 Abs. 2 AuslBG gilt als Beschäftigung unter anderem die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnis. Gemäß § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG gilt auch die Verwendung überlassener Arbeitskräfte im Sinne des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes -AÜG als Beschäftigung im Sinne des AuslBG.

Nach § 2 Abs. 4 AuslBG ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Nach § 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 leg.cit. 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.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn der Beschuldigte die ihm zu Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen.

3.3.2. Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 22. August 2017, Ra 2017/11/0068, ausgesprochen, dass für die Arbeitskräfteüberlassung iSd Art. 1 Abs. 3 lit. c der Richtlinie 96/71 entscheidend ist, insofern ist dies auch maßgebend für die Beurteilung, ob (grenzüberschreitende) Arbeitskräfteüberlassung iSd §§ 3 und 4 AÜG vorliegt, dass nur bei Übereinstimmung mit den unionsrechtlichen Vorgaben eine uneingeschränkte Anwendung des AÜG in Betracht kommt.

3.3.3. Nach der Judikatur der EuGH (Vicoplus u. a. (C- 307/09 bis C-309/09)) liegt eine Arbeitskräfteüberlassung im Sinne der Entsenderichtlinie 96/71/EG dann vor, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind:
„Erstens muss es sich bei der Überlassung von Arbeitskräften um eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung handeln, bei der der entsandte Arbeitnehmer im Dienst des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens bleibt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem verwendenden Unternehmen geschlossen wird.
Zweitens muss das wesentliche Merkmal dieser Überlassung darin bestehen, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens ist.

Drittens muss der Arbeitnehmer im Rahmen einer solchen Überlassung seine Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnehmen.“

Unter Hinweis auf die Judikatur des EUGH führt der VwGH in seinem erwähnten Erkenntnis:
„Was zunächst die zweite Voraussetzung betrifft, die eine Analyse des eigentlichen Gegenstands der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens erfordert, ist jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat den Gegenstand der betreffenden Dienstleistung darstellt oder nicht darstellt.
Hierbei ist zu beachten, dass ein Dienstleistungserbringer grundsätzlich eine Leistung erbringen muss, die mit den Vorgaben des Vertrags übereinstimmt, so dass die Folgen der Erbringung einer nicht vertragsgemäßen Leistung von dem Dienstleistungserbringer getragen werden müssen. Demzufolge ist bei der Feststellung, ob der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung die Entsendung des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat ist, insbesondere jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen, dass der Dienstleistungserbringer nicht die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich festgelegten Leistung trägt.

Ergibt sich daher aus dem Vertrag, dass der Dienstleistungserbringer verpflichtet ist, die vertraglich vereinbarte Leistung ordnungsgemäß auszuführen, ist es grundsätzlich weniger wahrscheinlich, dass es sich um eine Arbeitskräfteüberlassung handelt, als wenn er die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung dieser Leistung nicht zu tragen hat. ....

Zudem kann der Umstand, dass es dem Dienstleistungserbringer freisteht, die Zahl der Arbeitnehmer zu bestimmen, deren Entsendung in den Aufnahmemitgliedstaat er für sachgerecht hält, dafür sprechen, dass der Gegenstand der betreffenden Leistung nicht der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat ist, sondern dieser Wechsel mit der Erfüllung der in dem in Rede stehenden Vertrag vereinbarten Leistung einhergeht, und dass es sich somit um eine Entsendung von Arbeitnehmern im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 96/71 handelt.

Hingegen liefern im Ausgangsverfahren weder der Umstand,
dass der Dienstleistungserbringer nur einen einzigen Kunden im Aufnahmemitgliedstaat hat, noch die Tatsache, dass er die Räumlichkeiten, in denen die Dienstleistung erbracht wird, und die Maschinen mietet, einen sachgerechten Hinweis für die Beantwortung der Frage, ob der tatsächliche Gegenstand der in Rede stehenden Erbringung von Dienstleistungen der Wechsel von Arbeitnehmern in diesen Mitgliedstaat ist.

Was sodann die dritte Voraussetzung angeht, die der EuGH im erwähnten Urteil Vicoplus u. a. (C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 51) aufgestellt hat, so

ist zwischen der Beaufsichtigung und Leitung der Arbeitnehmer selbst und der vom Kunden durchgeführten Überprüfung der ordnungsgemäßen Erfüllung eines Dienstleistungsvertrags zu unterscheiden. Bei der Erbringung von Dienstleistungen ist es nämlich üblich, dass der Kunde überprüft, ob die Dienstleistung vertragsgemäß erbracht wird. Zudem kann der Kunde bei der Erbringung von Dienstleistungen den Arbeitnehmern des Dienstleistungserbringers bestimmte allgemeine Anweisungen erteilen, ohne dass damit in Bezug auf diese Arbeitnehmer die Ausübung einer Leitungs- und Aufsichtsbefugnis im Sinne der dritten im Urteil Vicoplus u. a. (C- 307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 51) genannten Voraussetzung verbunden ist, sofern der Dienstleistungserbringer seinen Arbeitnehmern die genauen und individuellen Weisungen erteilt, die er für die Ausführung der betreffenden Dienstleistungen für erforderlich hält.“

Der VwGH führt im erwähnten Urteil weiter aus:
„Aus dem zitierten Urteil des EuGH, C-586/13, ergibt sich somit, dass für die Beurteilung, ob ein Sachverhalt als grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung zu beurteilen ist und die in § 17 Abs. 2 AÜG genannte Meldepflicht nach sich zieht, aus unionsrechtlicher Sicht "jeder Anhaltspunkt" zu berücksichtigen ist und somit unter mehreren Gesichtspunkten (nach dem "wahren wirtschaftlichen Gehalt"; vgl. das zitierte hg. Erkenntnis Zl. 2012/09/0130 mit Bezugnahme auf das dem Urteil "Martin Meat" vorausgegangene Urteil des EuGH "Vicoplus", C-307/09 bis C-309/09) zu prüfen ist (vgl. zur "Gesamtbeurteilung aller Umstände" auch Art. 4 Abs. 1 der RL 2014/67/EU zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, samt dortigem fünften Erwägungsgrund).
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.“

Dazu ergänzend ist auszuführen, dass von der Lehre die Auffassung vertreten wird, dass der EuGH vor allem in der Österreich betreffenden Entscheidung Martin Meat, EuGH 18.06.2015, C-586/13, herausgearbeitet hätte, dass Arbeitskräfteüberlassung vorliege, wenn die drei vorgenannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind (*Tomandl,* Arbeitskräfteüberlassung[3] (2017) Seite 19).

3.3.4. Entsprechend der Judikatur des VwGH ist hier im Rahmen einer rechtlichen Gesamtbeurteilung fallbezogen der wahre wirtschaftliche Gehalt bei der

Beschäftigung der Fahrer der tschechischen und polnischen Tochterfirmen zur Beurteilung des Vorliegens von grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung zu ermitteln.

3.3.5. Wie sich aus den Feststellungen ergibt, hat der Dienstleistungserbringer, nämlich die jeweilige Tochtergesellschaft der A GmbH, also die A P sp. zo. o. und die A s.r.o. in Tschechien, die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich festgelegten Leistung zu tragen, in dem z.B. Verspätungsschäden oder Schäden an der Ladung der jeweiligen Tochtergesellschaft weiterverrechnet werden.
Daraus ergibt sich auch, dass die jeweilige Tochtergesellschaft verpflichtet ist, die vertraglich vereinbarte Leistung qualitativ ordnungsgemäß auszuführen und die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung dieser Leistung zu tragen.
Zudem wurde die Anzahl der eingesetzten Fahrer vom jeweiligen Subunternehmen bestimmt. Denn wenn ein Arbeitnehmer seinen Urlaub nicht angetreten hat oder einen Krankenstand vorzeitig beendet hat, wurde ein LKW mit zwei Fahrern besetzt, was zu Folge hatte, dass der jeweilige Disponent der A GmbH für den mit zwei Fahrern besetzten LKW entsprechende Fahrstrecken organisiert hat. Damit aber ist das zweite Merkmal der Arbeitskräfteüberlassung iSd Rechtsprechung der EuGH zu verneinen.

Zur Voraussetzung, dass der Arbeitnehmer im Rahmen einer Überlassung seine Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des dienstleistungserbringenden Unternehmens wahrnehmen muss, ergibt sich aus den Feststellungen, dass die Disposition der Fahrer der tschechischen und polnischen Tochtergesellschaft ausschließlich von der A-GmbH in Ried erfolgt ist, unter Vorgabe der jeweiligen Fahrtrouten. Die Fahrtaufträge wurden teilweise auch erst nachträglich der jeweiligen Tochtergesellschaft in Tschechien oder Polen übermittelt. Bei Problemen, die bei der Erfüllung des Fahrtauftrages aufgetreten sind, waren Bedienstete der A-GmbH, nämlich die jeweiligen Dolmetscherinnen für die Fahrer primär die Ansprechpartnerinnen, die auch problemlösungsorientierte Unterstützung in den einzelnen Fälle gegeben haben und für Arbeitgeber typische organisatorische Agenden, wie das Ausstellen von Urlaubsscheinen, übernommen haben.
Die polnischen und tschechischen Fahrer waren über Vorgaben durch die A GmbH angehalten, nach Beendigung der jeweiligen Fahrt Papiere im Büro dieser Firma abzugeben und ihre Stundenlisten bei der dort anwesenden Dolmetscherin abzugeben, damit diese die Listen an die jeweilige Tochtergesellschaft weiterleitet.
Auch die in der polnischen oder tschechischen Sprache verfassten Hinweistafeln, die in den Räumlichkeiten der A-GmbH angebracht waren, die Informationen für die Fahrer darstellen, welche Erledigungen sie nach Fahrtende zu machen haben, sprechen ebenso für Vorgaben an die Fahrer durch den Auftraggeber wie das Verfassen der Unfallberichte für die Fahrer der Tochtergesellschaften, die an diese weitergeleitet wurden.

Damit ist, zumindest in Teilbereichen, von einer Leitungsbefugnis der A-GmbH gegenüber den Fahrern der jeweiligen Tochtergesellschaften auszugehen.

Hinsichtlich einer Aufsichtsbefugnis gibt es aber keine Anhaltspunkte, dass diese gegenüber den eingesetzten polnischen und tschechischen Fahrern nicht bei der dienstleistungserbringenden Firma gelegen war, die die Arbeitsverträge geschlossen und verlängert, die Urlaube genehmigt und einem weiteren Einsatz des jeweiligen Fahrers widersprochen hatte, z.B. wenn für diesen ein Urlaub bevorstand oder er einer Arbeitspause benötigte. Auch wurde die Anzahl der Fahrer für einen LKW von der jeweiligen ausländischen Tochterfirma der A-GmbH bestimmt, sodass es in einigen Fällen, beispielsweise beim Nichtantreten eines beabsichtigten Urlaubs, dazu gekommen ist, dass ein Lkw mit zwei Fahrern besetzt war.

Die Vereinbarung, dass die Werkstätte der A-GmbH in Österreich von allen LKWs der A-Gruppe aufzusuchen ist, dort Wartungs- und Betankungsarbeiten durchzuführen sind, kann nicht als Anweisung gegenüber den LKW-Fahrern angesehen werden, vielmehr ist diese der vertraglichen Gestaltung der Abwicklung der Transportaufträge der Muttergesellschaft mit den Tochtergesellschaften zuzuschreiben.

Beim gegebenen Sachverhalt ist davon auszugehen, dass die dritte Voraussetzung, nur zum Teil erfüllt ist, soweit das Kriterium der Leitungsbefugnis betroffen ist, nicht aber jenes einer Anweisungsbefugnis der A-GmbH gegenüber den polnischen und tschechischen Fahrern zu bejahen ist.

Das Vorliegen der ersten Voraussetzung, dass eine Dienstleistung gegen Entgelt erbracht wurde, bei der der entsandte Arbeitnehmer im Dienst des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens verblieben ist, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem verwendenden Unternehmen geschlossen wurde, ist ebenfalls zu bejahen, wurden doch die Arbeitsverträge mit den Fahrern von den jeweiligen Tochtergesellschaften geschlossen und die gesamte Personalverrechnung erfolgte über die jeweilige Tochtergesellschaft in Polen oder Tschechien.

Im Sinne der Rechtsprechung des VwGH und des EuGH ist davon auszugehen, dass dem Fehlen des zweiten wesentlichen Merkmals (siehe oben) ein derartiger Gehalt beizumessen ist, dass im konkreten Fall nicht von einer Arbeitskräfteüberlassung ausgegangen werden kann, weil die Merkmale eines Werkvertrags, das Schulden eines ordnungsgemäß und zeitgerecht durchgeführten Transportes, bei Haftung im Falle der Beschädigung der Ware oder der nicht zeitgerechten Lieferung und Abrechnung jedes einzelnen Transportauftrags, überwiegen. Auch ist nicht vom für ein Arbeitsverhältnis

essentiellen Merkmal einer Anordnungsbefugnis auszugehen, sodass das Fehlen dieses Kriteriums ebenfalls für das Vorliegen eines Werkvertrags spricht.

Weil damit nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt keine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, hat der Beschwerdeführer auch die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nach dem AuslBG nicht begangen und das Verwaltungsstrafverfahren war gem. § 45 Abs. 1 Z 2 VStG einzustellen.

zu II.
Bei diesem Verfahrensergebnis hat der Bf gem. § 52 Abs.9 VwGVG und § 66 Abs.1 VStG iVm § 38 VwGVG weder einen Kostenbeitrag für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht noch einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vor der belangten Behörde zu tragen.

zu III.
Zulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist zulässig, weil der VwGH seine Rechtsprechung zu den maßgeblichen Kriterien der Beurteilung von Arbeitskräfteüberlassung mit Erkenntnis vom 22.08.2017, Ra 2017/11/0068, geändert hat und ein Transportauftrag als Spezialfall eines Werkvertrags anzusehen ist, zu dem aber nach dem 22.08.2017 noch keine höchstgerichtliche Entscheidung ergangen ist. Insbesondere ist zur Beurteilung des wahren wirtschaftlichen Gehalts des Einsatzes von ausländischen Arbeitskräften, die Arbeitnehmer eines ausländischen Tochterunternehmens einer österreichischen GmbH sind, wobei einem der Geschäftsführer der österreichischen GmbH maßgeblicher Einfluss auf die ausländische Tochtergesellschaft zukommt, in Zusammenhang mit Transportaufträgen, bei deren Abwicklung alle Gesellschaften des Konzerns auf eine gemeinsame Infrastruktur zurückgreifen (z.B. auf das interne Satellitenkommunikationssystem und auf die Dolmetscherinnen der GmbH - die teilweise auch Arbeiten der Tochtergesellschaften übernommen haben-), eine höchstgerichtliche Judikatur, nicht vorhanden.

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 ordentlichen 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 Eingabegebühr 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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bergmayr-Mann