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-301556/23/SE

Datum:
Linz, 25. Mai 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Ellmer über die Beschwerde von M.O., vertreten durch B. Rechtsanwalts GmbH, X, L., vom 26. April 2017, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 24. März 2017, GZ: 0039188/2015, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 12. März 2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben als die verhängten Geldstrafen pro Arbeitnehmer auf jeweils 1.500 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafen für den Fall der Uneinbringlichkeit auf jeweils 25 Stunden herabgesetzt werden.

Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Die behördlichen Verfahrenskosten reduzieren sich auf jeweils 150 Euro.

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 des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz (in der Folge: belangte Behörde) vom 24. März 2017, GZ: 0039188/2015, wurde M.O. (in der Folge: der Beschwerdeführer) belangt, in sechs Fällen das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz übertreten zu haben. Es wurden Geldstrafen in der Höhe von jeweils 2.000 Euro sowie Ersatzfreiheitsstrafen in der Höhe von jeweils 33 Stunden verhängt.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde (auszugsweise Wiedergabe ohne Hervorhebungen):

„I. Tatbeschreibung:

Der Beschuldigte, Herr M.O., […], wohnhaft in L., X, hat als Gewerbeinhaber und Betreiber des Einzelunternehmens „M.O." […] mit Firmensitz am genannten Wohnort, aufgrund der an ihn überlassenen Arbeitskräfte und damit als Beschäftiger dieser Arbeitskräfte folgende Verwaltungsübertretungen zu verantworten:

Herr M.O. hat - wie im Zuge einer Kontrolle 11.06.2015 durch die Abgabenbehörde Finanzpolizei Linz an dessen Firmensitz hervorgekommen ist – es am 11.06.2015 unterlassen, für folgende – von ihm als LKW-Fahrer und KFZ-Mechaniker im Inland beschäftigte – Arbeitnehmer, welche ihr von der slowenischen Firma L. d.o.o. (Sitz in Slowenien, […])überlassen wurden (= grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung), die zur Überprüfung des den Arbeitnehmern nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts erforderlichen Unterlagen (= Lohnunterlagen) wie Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung in deutscher Sprache vor Ort (=Arbeits-/Einsatzort) bereitzuhalten:

- C.S., […], kroatischer Staatsbürger (LKW-Fahrer)
- J.Z., […], serbischer Staatsbürger (LKW-Fahrer)
- K.I., […], kroatischer Staatsbürger (LKW-Fahrer)
- P.O., […], ungarischer Staatsbürger (KFZ-Mechaniker)
- P., M., slowenischer Staatsbürger (LKW-Fahrer)
- S.A., kroatischer Staatsbürger (LKW-Fahrer)

Dadurch hat Herr M.O. als Beschäftiger dieser unter ad 1. bis ad 6. genannten Arbeitskräfte jeweils gegen § 7 d Abs. 2 erster Satz AVRAG verstoßen.

II. Verletzte Verwaltungsvorschrift(en) in der gültigen Fassung:

ad 1. bis ad 6. jeweils:
§ 7 i Abs. 4 Z 3 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) iVm § 7 d Abs. 2 AVRAG

III. Strafausspruch:

Über den Beschuldigten werden folgende Geldstrafen verhängt:

hinsichtlich	ad 1.	bis	ad 6.
pro Arbeitnehmer jeweils	€ 2.000,--		
daher insgesamt	€ 12.000,--		

Im Falle der Uneinbringlichkeit werden folgende Ersatzfreiheitsstrafen verhängt:

hinsichtlich	ad 1.	bis	ad 6.
pro Arbeitnehmer jeweils	33 Stunden		
daher insgesamt	198 Stunden		

Rechtsgrundlage: § 7 i Abs. 4 AVRAG, §§ 9, 16, 19 und 22 VStG

[…]“

Diese Entscheidung wurde im Wesentlichen damit begründet, dass bei der Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei Team 40 für das Finanzamt Linz am 11. Juni 2015, um 13:09 Uhr, am Firmensitz des Einzelunternehmens „O. M.“ in L., X, eine grenzüberschreitende Überlassung von Arbeitskräften von der slowenischen Firma L. d.o.o. an das inländische Einzelunternehmen „O. M.“ vorliege. Das Einzelunternehmen „O. M.“ sei Beschäftigerin von den im Spruch genannten und an sie von der L. d.o.o. überlassenen Arbeitnehmern. Es hätten keine Lohnunterlagen in deutscher Sprache vorgelegt werden können. Eine Bereithaltepflicht am Arbeitsort würde bereits ab dem ersten Arbeitstag der in Österreich beschäftigten Arbeitnehmer bestehen.

I.2. Dagegen hat der Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde erhoben und die ersatzlose Behebung des angefochtenen Straferkenntnisses sowie die Einstellung des Strafverfahrens nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung in eventu das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und an die belangte Behörde zurückzuverweisen beantragt.

Zusammengefasst wurde in der Beschwerde Folgendes vorgebracht:

- Es sei keine taugliche Verfolgungshandlung im Sinne des § 32 Abs. 2 VStG gesetzt worden, da die Aufforderung zur Rechtfertigung nicht ausreichend konkret sei. Es sei pauschal vorgeworfen worden, dass „Lohnunterlagen“ nicht bereitgehalten worden wären. Es gehe aber nicht hervor, welche Lohnunterlagen und für welchen Zeitraum nicht bereitgehalten worden wären.
- Die Tätigkeiten für das Einzelunternehmen „O. M.“ hätten die Arbeitnehmer der L. d.o.o. in Erfüllung von Werkverträgen verrichtet.
- I.K. und A.S. seien selbständig tätig und Subunternehmer gewesen.
- Die Arbeitskräfte hätten ihre Arbeitsleistung nicht im Betrieb des Bestellers erbracht. Die Arbeitskräfte seien stets mit Lastkraftwagen unterwegs gewesen und hätten ihre Leistung immer außerhalb des Betriebs erbracht.

I.3. Mit Schreiben vom 2. Mai 2017, eingelangt am 8. Mai 2017, legte die belangte Behörde das eingebrachte Rechtsmittel samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat am 12. März 2018 eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Die Beschwerdeverfahren LVwG-351353 bis LVwG-351356 wurden aufgrund der ineinandergreifenden Sachverhalte zur gemeinsamen Verhandlung verbunden.
Es waren alle Parteien anwesend und es wurden die Zeugen Z.B. (in der Folge: Zeuge 1) und I.K. (in der Folge: Zeuge 2) unter Beiziehung von Dolmetscherinnen befragt. Drei weitere geladene Zeugen sind nicht erschienen.

Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer legte Musterverträge, abgeschlossen zwischen der slowenischen L. d.o.o. (in der Folge: X) und den Arbeitnehmern C., J., P., P, B. und D. sowie einen Dienstleistungsvertrag, abgeschlossen zwischen der X bzw. der L. GmbH (in der Folge: Y) und den selbständigen Fahrern, zum Tatzeitpunkt mit K., S. und K, und zwischen der X und der Y bzw. der O. M. Transporte (in der Folge: O.) vor.

Es blieb unbestritten, dass am Tag der Kontrolle durch die Finanzpolizei keine ZKO-Meldungen vorgelegt werden konnten und Lohnunterlagen nicht vollständig in deutscher Sprache bereitgehalten bzw. bereitgestellt waren.

Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer wies zusammenfassend darauf hin, dass in der Aufforderung zur Rechtfertigung der Tatvorwurf nicht ausreichend bestimmt gewesen sei. Es seien Teile der erforderlichen Unterlagen, insbesondere Lohnzettel und Arbeitsaufzeichnungen, sehr wohl vorhanden gewesen. Es habe sich um Entsendungen gehandelt, weil der wahre wirtschaftliche Gehalt der Geschäftsbeziehung maßgeblich sei. Die Arbeitnehmer seien in den österreichischen Betrieben nicht eingegliedert gewesen. Richtig sei zwar, dass die Arbeitsanweisungen durch N.O. erfolgt seien, der aber auch Geschäftsführer der X sei. Alle Anweisungen und Aufsichten seien daher immer durch die X erfolgt. Dies habe auch Themen wie Arbeitsaufzeichnungen, Krankenstände und Urlaube betroffen. Wäre es durch fehlerhafte und verspätete Lieferungen zu Schäden gekommen, hätte diese die X tragen müssen.
K, K. und S. seien zum Tatzeitpunkt selbständig tätig gewesen, das ergebe sich aus den A1-Dokumenten sowie den Abrechnungen zwischen diesen Personen und dem Unternehmen. Nach dem AÜG könnten aber nur Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen überlassen werden. Die verlangten Dokumente, insbesondere wie Arbeitsvertrag oder Lohnzettel könnten für diese Personen auch deshalb nicht bereitgehalten werden, weil derartige Unterlagen für Selbständige nicht existieren würden.
Wenn der Beschäftiger die Unterlagen nicht (vollständig) erhalten hat, treffe die Strafbarkeit ausschließlich den Überlasser. Dem Beschäftiger treffe keine

besondere Aufforderungs- oder Kontrollpflicht. Es könne für dieses Vergehen daher nur entweder die österreichische oder die slowenische Firma bestraft werden.

Der Zeuge 1 gab an, dass sein Hauptwohnsitz in Slowenien sei und er am 11. Juni 2015 bei der X als LKW-Fahrer angestellt gewesen sei. Aufträge und Arbeitsanweisungen habe er vom Beschwerdeführer erhalten. Es sei ihm nicht bekannt, dass es in Österreich die X GmbH gebe. LKW-Fahrten habe er in Linz und Umgebung durchgeführt. Sein Hauptwohnsitz sei in Slowenien.
Die Anweisungen würden über SMS ergehen. An N.O. habe er Kunden- und die Containernummern mitgeteilt.
An den Wochenenden sei er zu Hause in Slowenien. Die Aufträge für Montag bekomme er gewöhnlich Sonntagabend. Er fahre zuerst zum Beschwerdeführer und übernehme dort den LKW. Ein persönlicher Kontakt mit dem Beschwerdeführer erfolge nicht, weil alle Unterlagen im LKW bereit liegen würden.

Erste Anweisungen über den Arbeitsablauf, wie z.B., dass er um 7:00 Uhr beim Kunden sein müsse, habe er beim Vorstellungsgespräch in den Büroräumlichkeiten der X in Slowenien erhalten. Das Ausfüllen von Frachtpapieren habe er in der Schule erlernt.
Abwesenheiten wie Urlaub oder Krankheit müssten dem Beschwerdeführer gemeldet werden.
Der Beschwerdeführer habe ihm nach Erledigung des Auftrages und nach telefonischer Rücksprache mitgeteilt, wann Arbeitsschluss ist. Die Anzahl der Aufträge sei sehr unterschiedlich. Es könnten drei bis vier pro Tag sein. Die Aufträge würde er manchmal bereits im Voraus kennen. Es sei aber auch möglich, dass er noch neue erhalte. Auf dem Lohnzettel stehe das Unternehmen X. Er habe keine Arbeitskleidung eines Unternehmens getragen.
In Österreich habe er entweder im LKW oder in einer Wohnung des Beschwerdeführers übernachtet.

Der Zeuge 2 gab im Wesentlichen an, dass er in Slowenien ein Gewerbe ausgeübt und einen Vertrag mit dem Beschwerdeführer unterschrieben habe. Welche Firma der Beschwerdeführer vertreten habe, wisse er nicht. Es sei jedenfalls eine slowenische Firma, aber nicht die O. gewesen.
Die Vereinbarung habe die Arbeit als LKW-Fahrer und auch die Aufgaben bezüglich Spedition (Transport, Ladungen und Abladungen) im Gebiet von Oberösterreich betroffen. Er besitze keinen LKW. Er habe sowohl den Beschwerdeführer als auch M.O. als Auftraggeber gesehen. Die konkreten Aufträge habe er von der Spedition G.B. erhalten und den LKW, der die Aufschrift „G.B.“ trug, von der Firma O. übernommen. Aber er wisse nicht von welcher.
Ende der Woche habe er die Arbeitsaufzeichnungen entweder dem Beschwerdeführer oder M.O. gegeben, je nachdem wer gerade in der Firma war. Er habe Kenntnis, dass der Beschwerdeführer in Österreich das Unternehmen Y und M.O. auch ein eigenes Unternehmen führe. Für die Arbeitsaufzeichnungen gebe es

Formulare, die nicht mit einem Firmenlogo bzw. einem Firmennamen versehen seien.

Beim ersten Kontakt sei mit dem Beschwerdeführer der Preis der Arbeitsstunde, der Einsatzort und dass er für die G.B. fahren würde vereinbart worden.
Den ersten Auftrag habe er vom Beschwerdeführer erhalten, alle anderen Aufträge vom Disponenten der G.B. Er habe nicht sehr viele Kontakte zum Beschwerdeführer gehabt. Den Lohn habe er sich selbst ausbezahlt und der X habe er eine Rechnung ausgestellt.
In Österreich habe er damals in der Kabine des LKW übernachtet. Der LKW sei in der Spedition der G.B. abgestellt gewesen.
Es sei nicht festgelegt gewesen, wen er über seine Abwesenheiten (Urlaub oder Krankheit) informieren musste. Tatsächlich habe er den Beschwerdeführer oder M.O. darüber informiert, je nachdem, wen er als erstes telefonisch erreicht habe. Im Urlaub oder im Krankenstand habe er sich den Lohn selbst ausbezahlt.

Der Beschwerdeführer stellte außer Streit, dass Zeuge 2 mit einem LKW der O. gefahren sei. LKW hätten auch die X, die Y und die O. besessen.
Weiters führte er aus, dass die X mit K. einen Vertrag abgeschlossen habe. K. sei mit einem LKW der O. gefahren. Die Aufträge habe er aber direkt von den G.W. erhalten. Auf diesem LKW sei das Firmenlogo von G.B. angebracht gewesen. K. habe seine Dienstleistung der X in Rechnung gestellt. Die X habe wiederum diese Dienstleistungen der O. in Rechnung gestellt. Die G.B. hätten der O. wöchentlich Gutschriften erstellt, wonach auch die Abrechnung erfolgt sei. Die Überweisung sei an die O. erfolgt. Es hätte keine schriftlichen vertraglichen Vereinbarungen mit G.B. gegeben. Alles sei telefonisch vereinbart worden. Wenn die G.B. Bedarf an einem LKW plus Fahrer hatten, dann hätten sie sich gemeldet und je nachdem, ob ausreichend Kapazitäten vorhanden gewesen seien, sei jemand von der Y oder von der O. geschickt worden. Aus rein formellen Gründen sei zwischen K. und der O. ein Dienstleistungsvertrag abgeschlossen worden.

Herr S. sei auch selbständig gewesen. Er habe die Aufträge aber vom Beschwerdeführer per SMS erhalten. Die vertragliche Situation stelle sich genauso wie bei K. dar. Er hätte die Aufträge vom Beschwerdeführer wie B. und K erhalten.

Sechs Arbeitnehmer der X seien für Dienstleistungen nach Österreich gekommen. Die X führe nach wie vor Transporte für die Y, nicht aber für die O., durch.

Die X verfüge über Personal, nämlich einen Prokuristen und LKW-Fahrer.

Die LKW-Fahrer seien alle nachweislich geschult (C95-Prüfung). Allgemeine Arbeitsabläufe seien beim Vorstellungsgespräch und beim Vertragsabschluss besprochen worden. Die Vorstellungsgespräche hätten in Slowenien stattgefunden.

Die Abrechnung sei aufgrund der Arbeitsstunden erfolgt. Es gebe kein pauschales Entgelt. Monatlich würden Rechnungen von der X an die Y gestellt.

Die Y und die O. würden Kommunalsteuer entrichten.

Wenn jemand für eine bestimmte Spedition tätig war, dann habe dieser die Aufträge von deren Disponenten erhalten.
Die Arbeitsaufzeichnungen seien bei der O. oder bei der Y hinterlegt, kopiert und die Originale in der Folge nach Slowenien zur X übermittelt worden. Abwesenheiten der LKW-Fahrer seien an den Beschwerdeführer bzw. M.O. gemeldet worden.

Auf den LKW der Y und der O. würden sich keine Schriftzüge und Logos befinden.

Der Begriff „Mitarbeiterüberlassung“ sei auf den Rechnungen deshalb verwendet worden, weil es keinen passenderen Begriff gebe und dies von einem Steuerberater empfohlen worden wäre. Dies sei sowohl in Slowenien als auch in Österreich so gemacht worden.
Die X hätte für die Schäden bzw. für die Gewährleistung aufkommen müssen. In diesem Gewerbe sei eine Transportversicherung üblich und dies werde auch überprüft. Diese Transportversicherung sei von allen drei gegenständlichen Unternehmen abgeschlossen worden.

Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer führte aus, dass die gegenständlichen Verträge als Werkverträge zu werten seien, weil ein vereinbarter Erfolg, nämlich die Transporte und nicht die Zurverfügungstellung einer Arbeitskraft geschuldet gewesen seien. Bei einer Gesamtbetrachtung des Sachverhalts sei nicht von einer Arbeitskräfteüberlassung, sondern von Entsendungen auszugehen. Dies insbesondere deshalb, weil die Aufsicht und Weisungen durch den Geschäftsführer der X erfolge und die Haftung für allfällige Schäden von X zu tragen wären.
Es wurden die Aufhebung der Straferkenntnisse und die Einstellung der Verfahren beantragt.

Der Vertreter des Finanzamtes erklärte, dass als Leistungsgegenstand Arbeitskräfteüberlassung angegeben worden sei. Das unternehmerische Risiko liege in der Auslastung des Fuhrparks. Die X hätte lediglich das Risiko der Personalauslastung, wie bei Arbeitsüberlassung üblich, gehabt.
Der Beschwerdeführer sei zivilrechtlicher Dienstgeber der X in seiner Funktion als handelsrechtlicher Geschäftsführer der X und wirtschaftlicher Dienstgeber in seiner Funktion als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Y gewesen. Da die Auftraggeber einen Vertrag mit der Y gehabt hätten, habe der Beschwerdeführer seine Überwachungsfunktion der Dienstnehmer lediglich als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Y wahrgenommen. Der Beschwerdeführer entrichte

Abzugssteuern im Sinn des § 99 EStG in Österreich, die nur im Falle von Arbeitskräfteüberlassung abzuführen sei. Gleiches gelte für die Entrichtung der Kommunalsteuer. Dies gelte auch für M.O.
Es wurde die Bestätigung der angefochtenen Straferkenntnisse beantragt.

Der Vertreter der belangten Behörde beantragte ebenfalls die Bestätigung der angefochtenen Straferkenntnisse. Im Zuge der gegenständlichen Verhandlung habe sich herausgestellt, dass ohnedies Abzugssteuern nach Österreich bzw. in Linz entsprechende Kommunalsteuer für überlassene Arbeitskräfte entrichtet werden würden.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt, das Beschwerdevorbringen und Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

II.2. Folgender Sachverhalt gilt als erwiesen:

Der Beschwerdeführer ist Gewerbeinhaber und Betreiber des Einzelunternehmens „M.O." mit Firmensitz in L., X. N.O. ist gewerberechtlicher Geschäftsführer. Die X ist im Bereich Transport, Handel und Personalvermittlung tätig.

Zum Tatzeitpunkt bestanden folgende vertragliche Vereinbarungen (auszugsweise Wiedergabe ohne Hervorhebungen):
1. gleichlautende Arbeitsverträge abgeschlossen jeweils zwischen der X und den LKW-Fahrern P, C., J. und P.:

„Unbefristeter Arbeitsvertrag
Nr. [...]
Abschließen des Arbeitsvertrags, Arbeitsantritt und Dauer des Arbeitsverhältnisses
Artikel 1

Dieser Arbeitsvertrag und das Arbeitsverhältnis werden auf unbegrenzte Zeit vom …. an in Vollzeit geschlossen, mit gesamten Rechten und Verpflichtungen, die aus dem geschlossenen Arbeitsverhältnis hervorgehen. Die Probezeit beträgt einen Monat.

Arbeitsstelle und Arbeitsaufgaben
Artikel 2

Das Arbeitsverhältnis wird für die Arbeitsstelle: Fahrer geschlossen, die in die IV. Tarifklasse gemäß Tarifvertrag für die Tätigkeit des Arbeitgebers angeordnet wird. Die Arbeitsaufgaben des Arbeitnehmers umfassen unter anderem die folgenden Verpflichtungen:
- Transport innerhalb der EU, im internationalen Verkehr und inländischen Verkehr,
- Überwachung über die richtig verladene Fracht und Frachtschutz,

- laufende Überwachung und Instandhaltung des Fahrzeuges,
- administrative Arbeiten - Verwaltung von den die Fracht und das Fahrzeug betreffenden Unterlagen.

Auf Anweisung des Arbeitgebers wird der Arbeitnehmer auch Arbeit erledigen, die nicht in der Beschreibung seiner Arbeitsaufgaben erfasst ist, wenn das für die Geschäftstätigkeit des Arbeitgebers nötig ist.

Dienstort
Artikel 3

Die Arbeitsstelle des Arbeitnehmers:
- außerhalb der Geschäftsräume des Arbeitgebers - im Außendienst.

[...]

Arbeitszeit
Artikel 4

[...]

Sonstige Abwesenheit von der Arbeit
Artikel 6

[...]
Der Arbeitnehmer wird verpflichtet, im Falle von jeder Abwesenheit von der Arbeit, insbesondere im Falle einer außerordentlichen, unerwarteten Abwesenheit von der Arbeit (Krankheit, Tod eines Familienmitglieds,...) den Arbeitgeber über die Abwesenheit und den Grund dafür unverzüglich zu informieren.

[...]

Grundlohn und Zulagen
Artikel 8

Der Arbeitnehmer wird für die erledigte Arbeit in Vollzeit, die Arbeitsbedingungen in Hinsicht auf die Arbeitsart und für die erreichten bestimmten und erwarteten Arbeitsergebnisse den Monatslohn erhalten, der den Grundlohn, die Zulagen und die Vergütungen umfasst, die dem Arbeitnehmer auf Grundlage des gültigen Tarifvertrags, des Gesetzes über Arbeitsverhältnisse und dieses Arbeitsvertrags zu stehen.

Der Arbeitgeber wird verpflichtet, dem Arbeitnehmer für die erledigte Arbeit den monatlichen brutto Grundlohn im Betrag von 790 Euro [...] zu zahlen.

[...]

Wenn der Arbeitgeber die Fahrten zum Arbeitsplatz und vom Arbeitsplatz mit einem Dienstfahrzeug organisiert, bezahlt er keine Erstattung der Reisekosten.

Krankheitsurlaub,
ungerechtfertigte Abwesenheit vom Dienst
Artikel 9

[…]
Der Arbeitnehmer muss den Arbeitgeber über seinen Krankheitsurlaub gemäß der gültigen Gesetzgebung informieren. […]“

2. Dienstleistungsvertrag abgeschlossen jeweils zwischen der X und K. sowie S.:

„Dienstleistungsvertrag
Einigung zu Provisionsdienstleistungen (LKW Fahrer)

[…]

1. Artikel

Der Dienstleister wird Transportdienstleistungen und Fahrer Arbeit mit den Fahrzeugen des Ausleihers (Transportmittel) auf Strecken innerhalb der Europäischen Union (alle europäischen Länder) und anderswo ausüben, gemäß den Bedarf des Ausländers. Der Dienstleister überlässt zu diesem Zweck den folgenden Mitarbeiter
- ….. [namentlich jeweils angeführt: K., S.]

2. Artikel

Der Dienstleister übt beim Ausleiher die Arbeiten vom … an auf unbestimmte Zeit aus. Im Falle der Ausübung der Fahrer Arbeiten stellt der Ausleiher dem Dienstleister das Transportmittel (den LKW) in dem Ort innerhalb der Republik Österreich zur Verfügung, den er selbst bestimmt.
Der Ausleiher verpflichtet sich, dass technisch einwandfreie Transportmittel mit geordneter Dokumentation für die Fracht und den LKW – Anhänger usw. zu übergeben. Der Dienstleister übernimmt das Fahrzeug und die Fracht gutgläubig […]

3. Artikel

der Preis für die Dienstleistung wird 11,50 € pro Stunde berechnet. Die Dienstleistung wird gemäß der Berechnung der Stundenzahl, bestätigt durch den Ausleiher und den Dienstleister, berechnet.

[…]

5. Artikel

Der Dienstleister stellt die Rechnung für die erbrachte Dienstleistung auf Grundlage der Kopie der Aufzeichnung über die erledigte Arbeit, des Fahrblatts (als Grundlage für die Berechnung) bis zum 05. Tag im Monat bzw. spätestens bis zum 8. Tag für den Vormonat aus. Die Zahlung auf das Transaktionskonto wird spätestens am 15. Tag im Monat fällig. […]

7. Artikel

Der Dienstleister wird die gesamten Anweisungen des Ausleihers, die in dieser Branche gelten, berücksichtigen. Auf ausdrückliche Aufforderung des Ausleihers wird der Dienstleister auch Tätigkeiten ausüben, die in der Geschäftstätigkeit nicht üblich sind.

Der Vertrag wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und tritt am Tag in Kraft, da er von den beiden Vertragsparteien unterzeichnet wird.
[…]“

3. Dienstleistungsvertrag abgeschlossen zwischen der X und der O.:
„[…]

1. Artikel

Der Auftragnehmer wird Transportdienste und Fahrerdienste auf Transportmittelmieten (Transportmittel) auf Strecken innerhalb der Europäischen Union (alle europäischen Länder) und den Rest des Bedarfs betreiben. Der Auftragnehmer zu diesem Zweck, least Arbeitnehmer:
- P […],
- C. […],
- J. […],
- P. […]

2. Artikel

Der Auftragnehmer hat die Arbeiten des Mieters in der Zeit vom 01.01.2015 auf unbestimmte Zeit auszuführen. Im Falle der Bereitstellung von Fahrerdienstleistungen wird der Mieter LKW zur Verfügung stellen, die er auf dem Gebiet der Republik Österreich stellen wird.
[…]

3. Artikel

Der Preis für die Dienstleistung wird gemäß dem Arbeitsvertrag mit 2 % festgesetzt und grundsätzlich ist die Einheit Arbeitszeit.
[…]

5. Artikel

Der Auftragnehmer stellt die Rechnung für die erbrachte Leistung auf der Grundlage von Kopien der Aufzeichnungen der ausgeführten Arbeiten bis zum (15.) Monat oder spätestens am 20. des vorhergehenden Monats aus.
[…]

7. Artikel

Der Dienstleistungsgeber muss alle in diesem Tätigkeitsbereich herrschenden Anweisungen des Dienstleistungsnehmers befolgen. Auf ausdrücklichen Wunsch des Dienstleistungsnehmers führt der Arbeiter auch Handlungen durch, die in der Regel nicht üblich sind.
Der Vertrag wird einmalig auf unbestimmte Zeit geschlossen […]“

Der handelsrechtliche Geschäftsführer der X führte am Sitz der X Einstellungsgespräche mit P, C., J. und P., in denen alle nötigen Informationen und Arbeitsanweisungen hinsichtlich des Arbeitsablaufes, der Übernahme der LKW in L. am Sitz der Y und der konkreten Auftragserteilung per SMS erteilt wurden, durch.
K. und S. erhielten bei Vertragsabschluss mit der X die gleichen Informationen und Anweisungen wie die oben genannten Personen.

K. und S. übten zum Tatzeitpunkt selbständig ein Gewerbe aus. Die Rechnungen betreffend die von ihnen geleisteten Dienste richteten sie an die X.
P, C., J. und P. erhielten ihren Lohn von der X.

Der Beschwerdeführer und der gewerberechtliche Geschäftsführer der O. erhielten in Österreich telefonisch bzw. mündlich von anderen Unternehmen Transportaufträge. Mit der Durchführung dieser Transportaufträge beauftragten sie die hier gegenständlichen LKW-Fahrer per SMS. Die LKW-Fahrer reisten nach Linz an und holten sich vom Firmensitz der O. den für sie bestimmten LKW eigenständig ab. Die notwendigen Frachtpapiere lagen vorbereitet in den LKW. Zum Beschwerdeführer hatten sie kaum persönlichen Kontakt. Es wurde alles telefonisch bzw. per SMS abgeklärt. P. verrichtete Tätigkeiten eines KFZ-Mechanikers.
Die LKW-Fahrer erhielten bis zu drei bis vier Aufträge pro Tag vom Beschwerdeführer. Manche Aufträge kannten sie schon im Voraus. Nach Erledigung eines Auftrages teilte der Beschwerdeführer oder der gewerberechtliche Geschäftsführer der O. den LKW-Fahrern mit, wann Arbeitsschluss ist.
Die LKW-Fahrer trugen keine spezielle Arbeitskleidung eines konkreten Unternehmens.

Abwesenheiten wie Urlaub und Krankenstand wurden von den LKW-Fahrern N.O. oder dem Beschwerdeführer mitgeteilt.

Die Abrechnung erfolgte auf Basis der geleisteten Arbeitsstunden. Die LKW-Fahrer hinterlegten ihre Arbeitsaufzeichnungen bei der O.

Am Tag der Kontrolle durch die Finanzpolizei wurden keine Lohnunterlagen betreffend der hier gegenständlichen LKW-Fahrer bereitgehalten. Der gewerberechtliche Geschäftsführer der O. hat in der Folge alle erforderlichen Lohnunterlagen der Abgabenbehörde übermittelt.

II.3. Der festgestellte Sachverhalt blieb in den wesentlichen Punkten unbestritten.

Auch wenn der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung anführte, dass bei der Kontrolle Lohnunterlagen vorhanden gewesen seien, so ist dazu festzuhalten, dass Lohnunterlagen, wie der gewerberechtliche Geschäftsführer der O. selbst sowohl bei der Kontrolle als auch bei der Einvernahme vor der belangten Behörde am 5. Juli 2016 („Zum konkreten Vorwurf wird von mir kein Einwand erhoben, da die von der Finanzpolizei dazu angezeigte Verwaltungsübertretung den Tatsachen entspricht.“) aussagte, eben nicht vorgelegt und somit auch nicht bereitgehalten waren.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.1. Zum Tatzeitpunkt (11. Juni 2015) anzuwendende Rechtslage:

III.1.1. Das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz-AVRAG, BGBl. Nr. 459/1993 in der hier maßgebenden Fassung, lautet auszugsweise:

„Verpflichtung zur Bereithaltung von Lohnunterlagen

§ 7d. (1) Arbeitgeber/innen im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 haben während des Zeitraums der Entsendung insgesamt (§ 7b Abs. 4 Z 6) den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel (§ 7b Abs. 1 Z 4), Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Bank-überweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des dem/der entsandten Arbeitnehmers/in für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten, auch wenn die Beschäftigung des/der einzelnen Arbeitnehmers/in in Österreich früher geendet hat. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die Lohnunterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten. Ist die Bereithaltung der Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort nicht zumutbar, sind die Unterlagen jedenfalls im Inland bereitzuhalten und der Abgabenbehörde auf Aufforderung nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.

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

Strafbestimmungen

§ 7i. (1) Wer die erforderlichen Unterlagen entgegen § 7d Abs. 1 oder § 7f Abs. 1 Z 3 nicht übermittelt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirks-verwaltungsbehörde für jede/n Arbeitnehmer/in mit Geldstrafe von 500 Euro bis 5.000 Euro, im Wiederholungsfall von 1.000 Euro bis 10.000 Euro zu bestrafen. Ebenso ist zu bestrafen, wer entgegen § 7g Abs. 2 oder § 7h Abs. 2 die Unterlagen nicht übermittelt. [...]

(4) Wer als
1. Arbeitgeber/in im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 entgegen § 7d die Lohnunterlagen nicht bereithält, oder
2. Überlasser/inim Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich entgegen § 7d Abs. 2 die Lohnunterlagen dem/der Beschäftiger/in nicht nachweislich bereitstellt, oder
3. Beschäftiger/in im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung entgegen § 7d Abs. 2 die Lohnunterlagen nicht bereithält

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jede/n Arbeitnehmer/in mit einer Geldstrafe von 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Wieder-holungsfall von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer/innen

betroffen, für jede/n Arbeitnehmer/in von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Wiederholungsfall von 4 000 Euro bis 50 000 Euro zu bestrafen “

III.1.2. Das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz - AÜG, BGBl. Nr. 196/1988 in der hier maßgebenden Fassung, lautet auszugsweise:

„Geltungsbereich

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz gilt für die Beschäftigung von Arbeitskräften, die zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen werden.
[…]

Zweck

§ 2. (1) Das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz bezweckt
1. den Schutz der überlassenen Arbeitskräfte, insbesondere in arbeitsvertraglichen, arbeitnehmerschutz- und sozialversicherungsrechtlichen Angelegenheiten, und
2. die Regelung der Arbeitskräfteüberlassung zur Vermeidung arbeitsmarktpolitisch nachteiliger Entwicklungen.

[…]

Begriffsbestimmung

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

Beurteilungsmaß

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

[…]

Grenzüberschreitende Überlassung

§ 16. […]
(3) Die Überlassung von Arbeitskräften vom Ausland nach Österreich ist nur zulässig, wenn ausnahmsweise eine Bewilligung gemäß Abs. 4 erteilt wurde.
[…]

Grenzüberschreitung im Europäischen Wirtschaftsraum

§ 16a. Auf Überlassungen innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR) ist § 16 nicht anzuwenden.

III.1.3. 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.1.4. Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG, BGBl. Nr. 52/1991, in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung lauten:

„Verjährung

§ 31. (1) Die Verfolgung einer Person ist unzulässig, wenn gegen sie binnen einer Frist von einem Jahr keine Verfolgungshandlung (§ 32 Abs. 2) vorgenommen worden ist. Diese Frist ist von dem Zeitpunkt zu berechnen, an dem die strafbare Tätigkeit abgeschlossen worden ist oder das strafbare Verhalten aufgehört hat; ist der zum Tatbestand gehörende Erfolg erst später eingetreten, so läuft die Frist erst von diesem Zeitpunkt.“
[...]

Beschuldigter

§ 32. (1) Beschuldigter ist die im Verdacht einer Verwaltungsübertretung stehende Person von dem Zeitpunkt der ersten von der Behörde gegen sie gerichteten Verfolgungshandlung bis zum Abschluß der Strafsache. Der Beschuldigte ist Partei im Sinne des AVG.
(2) Verfolgungshandlung ist jede von einer Behörde gegen eine bestimmte Person als Beschuldigten gerichtete Amtshandlung (Ladung, Vorführungsbefehl, Vernehmung, Ersuchen um Vernehmung, Strafverfügung u. dgl.), und zwar auch dann, wenn die Behörde zu dieser Amtshandlung nicht zuständig war, die Amtshandlung ihr Ziel nicht erreicht oder der Beschuldigte davon keine Kenntnis erlangt hat.
(3) Eine Verfolgungshandlung, die gegen einen zur Vertretung nach außen Berufenen (§ 9 Abs. 1) gerichtet ist, gilt auch als Verfolgungshandlung gegen die anderen zur Vertretung nach außen Berufenen und die verantwortlichen Beauftragten. Eine Verfolgungshandlung, die gegen den Unternehmer (§ 9 Abs. 3) gerichtet ist, gilt auch als Verfolgungshandlung gegen die verantwortlichen Beauftragten.“

III.2. Gemäß § 31 Abs. 1 VStG ist die Verfolgung einer Person unzulässig, wenn gegen sie binnen einer Frist von einem Jahr keine taugliche Verfolgungshandlung (§ 32 Abs. 2 VStG) vorgenommen worden ist. Diese Frist ist von dem Zeitpunkt zu berechnen, an dem die strafbare Tätigkeit abgeschlossen worden ist oder das strafbare Verhalten aufgehört hat; ist der zum Tatbestand gehörende Erfolg erst später eingetreten, so läuft die Frist erst von diesem Zeitpunkt.

Der Beschwerdeführer behauptet, dass die Aufforderung zur Rechtfertigung vom 6. Juni 2016 keine taugliche Verfolgungshandlung iSd § 32 Abs. 2 VStG sei, weil der Tatvorwurf zu unbestimmt sei.

Um dem Bestimmtheitsgebot des Art. 18 B-VG gerecht zu werden, wurden die bereitzuhaltenden Lohnunterlagen in § 7d AVRAG explizit genannt. Den Gesetzesmaterialien (RV 319 BlgNR 25. GP 7) ist diesbezüglich Folgendes zu entnehmen:
„Das Regierungsprogramm für die XXV. Gesetzgebungsperiode sieht im Bereich der Lohn- und Sozialdumpingbekämpfung unter anderem die ‚Verschärfung hinsichtlich der Bereithaltung von Lohnunterlagen' vor. Entsprechend dem Regierungsprogramm werden im Abs. 1 erster Satz die von dem/der Arbeitgeber/in bereitzuhaltenden Lohnunterlagen nun ausdrücklich aufgezählt. Damit wird allfälligen Zweifeln dahingehend entgegengewirkt, ob im Einzelfall das Bereithalten gewisser Lohnunterlagen unter Berücksichtigung des im Verwaltungsstrafverfahren eine besondere Determinierung verlangenden Bestimmtheitsgebots des Art. 18 B-VG von § 7d AVRAG umfasst ist. Durch die ausdrückliche Aufzählung der bereitzuhaltenden Lohnunterlagen ist dem/der Normunterworfenen jedenfalls hinsichtlich sämtlicher Lohnunterlagen das gesollte Verhalten eindeutig erkennbar."

Das Gesetz bezeichnet somit konkret, welche Lohnunterlagen bereitzuhalten sind.

Die Lohnunterlagen müssen ab Arbeitsbeginn für den gesamten Zeitraum der Entsendung oder Überlassung bereitgehalten werden oder elektronisch zugänglich sein. Daraus ergibt sich, dass konkret seit Arbeitsbeginn jene im Gesetz genannten Lohnunterlagen, die nachvollziehbar machen sollen, wie und auf welcher Grundlage die Entgelte berechnet werden bzw. wie sich die Entgelte zusammensetzen bereitzuhalten sind. Der Einwand des Beschwerdeführers, dass nicht klar hervorgeht betreffend welchen Zeitraum bzw. Zeitpunkt die Lohnunterlagen hätten vorgelegt werden müssen, geht daher ins Leere.

Gegenständlich wurde demnach eine fristgerechte und taugliche Verfolgungshandlung von der belangten Behörde gesetzt, weshalb die Verfolgungsverjährung nicht eingetreten ist.

III.3. Der Beschwerdeführer ist als handelsrechtlicher Geschäftsführer und damit als das zur Vertretung nach außen berufene Organ für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften strafrechtlich verantwortlich.

III.3.1. Verfahrensgegenständlich wird dem Beschwerdeführer zusammengefasst vorgeworfen, dass die näher bezeichneten Lohnunterlagen betreffend den im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses angeführten drei Arbeitnehmern nicht am Arbeits(Einsatz)ort bereitgehalten wurden.

Dass die im Straferkenntnis angeführten Unterlagen nicht am Arbeits(Einsatz)ort bereitgehalten wurden und diese bei der Kontrolle auch nicht in elektronischer Form zugänglich gemacht werden konnten, wurde nicht bestritten.

Auch wenn diese Unterlagen nachgereicht wurden, ist festzuhalten, dass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch die Übermittlung von Lohnunterlagen an die Abgabebehörde kurze Zeit nach der Kontrolle nichts an der Verletzung der Bereithaltungspflicht gemäß § 7d Abs. 1 AVRAG ändert (vgl. VwGH 4.5.2016, Ra 2016/11/0053).

Auch eine Unzumutbarkeit der Bereithaltung der Unterlagen am Arbeitsort liegt nicht vor, da laut Gesetzesmaterialien (RV 319 BlgNR 25. GP 7) von einer Unzumutbarkeit dann auszugehen ist, wenn am Arbeitsort keine Möglichkeit einer gesicherten Aufbewahrung bzw. Bereithaltung besteht. Gegenständlich trifft dies allerdings nicht zu. Im Übrigen wurde nicht einmal vorgebracht, dass die Bereithaltung der Unterlagen am Arbeitsort unzumutbar gewesen wäre.

III.4. Der Beschwerdeführer wendet ein, dass konkret Werkverträge abgeschlossen worden seien bzw. Selbständige als Subunternehmer tätig gewesen seien. Verfahrensgegenständlich ist daher vorerst die Frage zu klären, ob Arbeitskräfteüberlassung vorliegt.

Dazu ist vorweg darauf hinzuweisen, dass die Arbeitskräfteüberlassung seit 1. Jänner 2017 im LSD-BG geregelt, dieses jedoch gemäß § 72 Abs. 1 auf Sachverhalte vor dem 1. Jänner 2017 nicht anzuwenden ist. Es sind daher die Bestimmungen des AÜG anzuwenden.

III.4.1. 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.4.2. 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.4.3. Konkret wurden „Dienstleistungsverträge“ und Arbeitsverträge auf unbestimmte Zeit abgeschlossen.

III.4.3.1. Gegenstand des Dienstleistungsvertrags zwischen der X und O. ist der Arbeitseinsatz von den LKW-Fahrern P, C., J. und P. für die Durchführung von Gütertransporten mit LKW der O. innerhalb der Republik Österreich auf unbestimmte Zeit.

Es wurde kein genau definiertes „Werk“ bzw. „Endprodukt“ mit einem Fertigstellungstermin vereinbart, sondern ganz allgemein „Transportdienste“ und „Fahrerdienste“. Konkret vereinbart wurde hingegen der Einsatz von ganz bestimmten, namentlich angeführten, LKW-Fahrern. Aufgrund dieses Dienstleistungsvertrages durfte die X nur diese LKW-Fahrer für die Auftragserfüllung gegenüber der Y einsetzen. Es wurde auch keine individualisierte und konkretisierte Leistung in Form einer in sich geschlossenen Einheit vereinbart. Die zu verrichtende Tätigkeit war allgemein beschrieben. Hingegen war die Zurverfügungstellung ganz bestimmter Arbeitskräfte konkret vereinbart und somit deren persönlicher Einsatz auch geschuldet.
Bestimmungen über Gewährleistung und/oder Haftung bei Nichterfüllung oder mangelhafter Erfüllung enthält dieser Dienstleistungsvertrag nicht.
Das Entgelt, hier 2 %, für die „Dienstleistung“ berechnet sich auf Basis der erbrachten Arbeitszeit und des im Arbeitsvertrag vereinbarten Stundenlohns der LKW-Fahrer.

Wesentliche Merkmale eines Werkvertrages sind aber die Erbringung eines konkret bestimmten Werks in der vereinbarten Qualität bis zu einem bestimmten Termin unabhängig davon, welche oder wie viele Arbeitnehmer der Auftragnehmer für die Auftragserfüllung einsetzt. Darauf hat der Auftraggeber keinen Einfluss. Gerade diese Merkmale werden mit der gegenständlichen Dienstleistungsvereinbarung nicht erfüllt.

Die Transportaufträge der Unternehmen ergingen an die O. und der Beschwerdeführer oder der gewerberechtliche Geschäftsführer der O. beauftragte mit der Erfüllung die von der X an die O. vertraglich vorgesehenen LKW-Fahrer mit der Durchführung. Die konkreten Transportaufträge an die LKW-Fahrer sind dem Wirkungs- und Verfügungsbereich der O. zuzuordnen.

Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise im Hinblick auf den dauernden und ununterbrochenen Einsatz der LKW-Fahrer durch die O. könnte aber auch nicht von der Erfüllung einer Vielzahl kurzer, rascher aufeinander folgender Werkverträge ausgegangen werden.

Das gleiche gilt auch für den als KFZ-Mechaniker eingesetzten Arbeitnehmer P., weil auch ihn betreffend ein in den wesentlichsten unkten inhaltsgleiche Dienstleistungsvertrag zwischen der X und der O. abgeschlossen wurde.

Somit handelt es sich gegenständlich sowohl nach dem zwischen der O. und der X abgeschlossenen Dienstleistungsvertrag als auch nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt um eine grenzüberschreitende Überlassung von Arbeitskräften von der X an die O.

Die O. ist somit hinsichtlich P, C., J. und P. Beschäftiger iSd § 3 Abs. 3 AÜG und §§ 7d Abs. 2 und 7i Abs. 4 Z 3 AVRAG.

III.4.3.2. Die X hat auch mit K. und S. gleichlautende Dienstleistungsverträge abgeschlossen, dessen Gegenstand Transportdienstleistungen und Fahrerarbeit sind. Diese Verträge sind in den wesentlichen Punkten inhaltsgleich mit dem zwischen der X und der O. abgeschlossenen Dienstleistungsvertrag.
Das Entgelt berechnet sich nach dem vereinbarten Stundenlohn auf Basis der geleisteten Arbeitsstunden.

In Artikel 1 dieses Dienstleistungsvertrages ist vereinbart, dass der „Dienstleister“, das sind K. und S., Transportdienstleistungen und Fahrerdienste mit den Fahrzeugen des „Ausleihers“ auf Strecken innerhalb der Europäischen Union und anderswo gemäß dem Bedarf des „Ausleihers“ ausübt. Der „Dienstleister“ überlässt zu diesem Zweck den Mitarbeiter K. bzw. S.

Daraus ergibt sich, dass die X verpflichtet war sowohl K. als auch S. die notwendigen Betriebsmittel, insbesondere das Kraftfahrzeug, zur Verfügung zu stellen. Sie konnten den wirtschaftlichen Erfolg ihrer Tätigkeit nicht beeinflussen, weil die X ihr einziger Auftraggeber war. Aufgrund des gegenständlich abgeschlossenen Dienstleistungsvertrages waren K. und S. zur persönlichen Erbringung der Dienstleistung verpflichtet. Insgesamt betrachtet ist auch hier von echten Dienstverhältnissen und von keinem Werkvertrag auszugehen (sh. dazu die Ausführungen unter Punkt III.4.3.1. K. und S. waren daher Arbeitnehmer der X.

Die X hat auch mit der O. einen Dienstleistungsvertrag, dessen Gegenstand der Arbeitseinsatz von K. und S. als LKW-Fahrer für die Durchführung von Gütertransporten mit LKW der O. innerhalb der Republik Österreich auf unbestimmte Zeit ist, abgeschlossen.

Nachdem dieser Dienstleistungsvertrag inhaltsgleich ist wie jener unter Punkt III.4.3.1. wird auf die dort gemachten Ausführungen verwiesen. Demzufolge war die X auch hinsichtlich K. und S. Überlasser iSd § 3 Abs. 2 AÜG und §§ 7d Abs. 2 letzer Satz und 7i Abs. 4 Z 2 AVRAG.

Im Übrigen gelten die unter Punkt III.4.3.1. allgemein gemachten Ausführungen hinsichtlich Nichtvorliegen eines Werkvertrags auch für dieses Vertragsverhältnis.

III.5. Der Tatbestand gemäß §§ 7d Abs. 2 und 7i Abs. 4 Z 3 AVRAG ist somit objektiv erfüllt. Der Beschwerdeführer haftet jedenfalls dafür, dass für die hier gegenständlichen LKW-Fahrer und den als KFZ-Mechaniker eingesetzten Arbeitnehmer die Lohnunterlagen in deutscher Sprache nicht bereitgehalten wurden.

III.6. Gemäß § 5 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit wird bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen sein, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (sog. „Ungehorsamsdelikt“).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschwerdeführer initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringung von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die „Glaubhaftmachung“ nicht.

Im Verfahren sind keine Umstände hervorgekommen, die Zweifel am Verschulden des Beschwerdeführers am Zustandekommen der Verwaltungsübertretung aufkommen lassen, weshalb ihm fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen ist. Die Verwaltungsübertretung ist somit auch in subjektiver Hinsicht vorwerfbar.

III.7. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Nach § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung der Entscheidung so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs. 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

Entsprechend der Angaben des Beschwerdeführers ist von einem durchschnittlichen monatlichen Nettoeinkommen von 2.500 Euro und keinen Sorgepflichten auszugehen.

Gemäß § 20 VStG kann die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen oder der Beschuldigte ein Jugendlicher ist.

Die belangte Behörde hat bei der Strafbemessung das Geständnis und die lange Verfahrensdauer als strafmindernd gewertet, straferschwerend hingegen mehrere rechtskräftige Verwaltungsübertretungen und den nicht als geringfügig zu erachtenden objektiven Unrechtsgehalt der Tat bezüglich des Nichtvorliegens von Lohnunterlagen für sechs Arbeitnehmer.
Hierzu ist festzuhalten, dass in der hier anzuwenden Strafbestimmung mit den dort unterschiedlich festgelegten Strafsätzen die Anzahl der Arbeitnehmer schon mitberücksichtigt ist und dies deshalb nicht als erschwerend zu werten ist.

Zu den bereits von der belangten Behörde berücksichtigten Milderungsgründen, kommt noch hinzu, dass der Beschwerdeführer und sein gewerberechtlicher Geschäftsführer sich auch bemüht haben, die begangene Verwaltungsübertretung dahingehend wieder gut zu machen, in dem noch während der Kontrolle zugesichert wurde, alle erforderlichen Unterlagen bis zum 18. Juni 2015 an die Abgabenbehörde zu übermitteln, was dann auch fristgerecht erfolgte. Zudem haben sich auch keine Hinweise auf eine tatsächliche Unterentlohnung ergeben. Eine solche ist auch im Hinblick auf das in Slowenien geltende Lohnniveau wohl auszuschließen.

Aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich ist daher insgesamt betrachtet von einem beträchtlichen Überwiegen der Milderungsgründe auszugehen ist. Ein vollständiges Ausnützen des außerordentlichen Strafmilderungsrechtes erscheint trotz Überwiegen der Milderungsgründe sowohl aus spezial- als auch aus generalpräventiven Gründen aber nicht als angebracht.

Eine Ermahnung gemäß § 45 VStG konnte nicht erteilt werden, weil die Tat nicht hinter dem deliktstypischen Unrechts- und Schuldgehalt zurückgeblieben ist und die kumulativen Voraussetzungen nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG nicht vorliegen.

III.8. Im Ergebnis ist die vorgeworfene Tat als Verwaltungsübertretung strafbar. Die verhängten Geldstrafen waren pro Arbeitnehmer auf jeweils 1.500 Euro und die gemäß § 16 Abs. 1 und 2 VStG festzusetzende Ersatzfreiheitsstrafen auf jeweils 25 Stunden herabzusetzen.

Im Übrigen war spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Kosten:

Bei diesem Ergebnis war dem Beschwerdeführer gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorzuschreiben. Die Kosten des verwaltungsbehördlichen Verfahrens waren gemäß § 38 VwGVG iVm § 64 Abs. 1 und 2 VStG mit jeweils 150 Euro pro Arbeitnehmer festzusetzen.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die Entscheidung von der (dargestellten) Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen. Die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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

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

Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s e

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

2. Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Ellmer