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

Geschäftszeichen:
LVwG-301965/6/Kü/LB

Datum:
Linz, 9. August 2019

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde von F J, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. A M, x, L, vom 28. Mai 2018 gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 27. April 2018, GZ: Ge96-140-2017/DJ, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 24. Mai 2019

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde, noch zum Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 27. April 2018, GZ: Ge96-140-2017/DJ wurden über den Beschwerdeführer (in Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 26 Abs. 2 iVm § 21 Abs. 3 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) achtzehn Geldstrafen in Höhe von jeweils 500 Euro, im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von insgesamt 1 Woche, verhängt.

Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zu Grunde:
„Sie haben als zur Vertretung nach außen berufener handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher gem. § 9 Abs. 1 VStG der H GmbH, FNr.: x, Geschäftsanschrift: x, E, folgende Verwaltungsübertretungen zu verantworten:

Am 06.04.2017 gegen 10:50 Uhr wurde durch Organe der Finanzpolizei Linz betreffend des Unternehmens H GmbH in E, x eine Kontrolle auf Einhaltung der Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) durchgeführt.

Dabei wurden folgende Übertretungen festgestellt:

Die H GmbH hat in Ihrer Eigenschaft als Beschäftigerin von aus Ungarn überlassenen Arbeitskräften nicht dafür gesorgt, dass für jede überlassene Arbeitskraft für die Dauer der Überlassung folgende Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort in E, x, bereitgehalten bzw. elektronisch zugänglich gemacht wurde:

- Abschrift der ‚ZKO 4' Meldung gemäß § 21 Abs. 3 LSD-BG

Für folgende Dienstnehmer wurde die Unterlage nicht bereitgehalten bzw. zur Verfügung gestellt:

Der Dienstnehmer L H, geb. x, ungarischer Staatsbürger, hat am 01.04.2017 als Berufskraftfahrer mit der Arbeit begonnen.

Der Dienstnehmer G M, geb. x, ungarischer Staatsbürger, hat am 01.04.2017 als Berufskraftfahrer mit der Arbeit begonnen.

Der Dienstnehmer T P, geb. x, ungarischer Staatsbürger, hat am 01.04.2017 als Berufskraftfahrer mit der Arbeit begonnen.

Der Dienstnehmer Z K, geb. x, ungarischer Staatsbürger, hat am 01.04.2017 als Berufskraftfahrer mit der Arbeit begonnen.

Der Dienstnehmer N M, geb. x, ungarischer Staatsbürger, hat am 01.04.2017 als Berufskraftfahrer mit der Arbeit begonnen.

Der Dienstnehmer A M, geb. x, ungarischer Staatsbürger, hat am 01.04.2017 als Berufskraftfahrer mit der Arbeit begonnen.

Der Dienstnehmer G M, geb. x, ungarischer Staatsbürger, hat am 01.04.2017 als Berufskraftfahrer mit der Arbeit begonnen.

Der Dienstnehmer M A, geb. x, serbischer Staatsbürger, hat am 01.04.2017 als Berufskraftfahrer mit der Arbeit begonnen.

Der Dienstnehmer E G, geb. x, ungarischer Staatsbürger, hat am 01.04.2017 als Berufskraftfahrer mit der Arbeit begonnen.

Der Dienstnehmer S V, geb. x, ungarischer Staatsbürger, hat am 01.04.2017 als Berufskraftfahrer mit der Arbeit begonnen.

Der Dienstnehmer L B, geb. x, ungarischer Staatsbürger, hat am 01.04.2017 als Berufskraftfahrer mit der Arbeit begonnen.

Der Dienstnehmer C B, geb. x, rumänischer Staatsbürger, hat am 01.04.2017 als Berufskraftfahrer mit der Arbeit begonnen.

Der Dienstnehmer I H, geb. x, ungarischer Staatsbürger, hat am 01.04.2017 als Berufskraftfahrer mit der Arbeit begonnen.

Der Dienstnehmer J G, geb. x, ungarischer Staatsbürger, hat am 01.04.2017 als Berufskraftfahrer mit der Arbeit begonnen.

Der Dienstnehmer Z V, geb. x, ungarischer Staatsbürger, hat am 01.04.2017 als Berufskraftfahrer mit der Arbeit begonnen.

Der Dienstnehmer Z B, geb. x, ungarischer Staatsbürger, hat am 01.04.2017 als Berufskraftfahrer mit der Arbeit begonnen.

Der Dienstnehmer L V, geb. x, ungarischer Staatsbürger, hat am 01.04.2017 als Berufskraftfahrer mit der Arbeit begonnen.

Der Dienstnehmer A H, geb. x, ungarischer Staatsbürger, hat am 01.04.2017 als Berufskraftfahrer mit der Arbeit begonnen.

Die H GmbH hat somit für o.a. Dienstnehmer die ‚ZKO-4' Meldungen nach § 19 Abs. 1 LSD-BG bis zur Arbeitsaufnahme am 01.04.2017 nicht bereitgehalten bzw. zugänglich gemacht.

Nach § 19 Abs. 3 LSD-BG hat die Meldung folgende Daten zu enthalten:

Die Meldung nach Abs. 1 hat für jede Entsendung gesondert zu erfolgen und hat folgende Angaben zu enthalten; nachträgliche Änderungen bei den Angaben sind unverzüglich zu melden:

1. Name, Anschrift und Gewerbeberechtigung oder Unternehmensgegenstand des Arbeitgebers im Sinne des Abs. 1, Umsatzsteueridentifikationsnummer,

2. Name und Anschrift der zur Vertretung nach außen Berufenen des Arbeitgebers,

3. Name und Anschrift der Ansprechperson nach § 23 aus dem Kreis der nach Österreich entsandten Arbeitnehmer oder der in Österreich niedergelassenen zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugten Personen (§ 21 Abs. 2 Z 4),

4. Name und Anschrift des (inländischen) Auftraggebers (Generalunternehmers),

5. die Namen, Anschriften, Geburtsdaten, Sozialversicherungsnummern und zuständigen Sozialversicherungsträger sowie die Staatsangehörigkeit der nach Österreich entsandten Arbeitnehmer,

6. Zeitraum der Entsendung insgesamt sowie Beginn und voraussichtliche Dauer der Beschäftigung der einzelnen Arbeitnehmer in Österreich, Dauer und Lage der vereinbarten Normalarbeitszeit der einzelnen Arbeitnehmer,

7. die Höhe des dem einzelnen Arbeitnehmer nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts und Beginn des Arbeitsverhältnisses beim Arbeitgeber,

8. Ort (genaue Anschrift) der Beschäftigung in Österreich (auch andere Einsatzorte in Österreich),

9. in den Fällen des § 21 Abs. 2 Angabe der Person (genaue Anschrift) oder der Zweigniederlassung (genaue Anschrift), bei der die Meldeunterlagen und Lohnunterlagen bereitgehalten werden,

10. die Art der Tätigkeit und Verwendung des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung des maßgeblichen österreichischen Kollektivvertrages,

11. sofern für die Beschäftigung der entsandten Arbeitnehmer im Sitzstaat des Arbeitgebers eine behördliche Genehmigung erforderlich ist, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung,

12. sofern die entsandten Arbeitnehmer im Sitzstaat des Arbeitgebers eine Aufenthaltsgenehmigung benötigen, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung.“

[Hervorhebungen wurden nicht übernommen]

I.2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde, mit der das Straferkenntnis wegen unrichtig festgestellten Sachverhalts und Rechtswidrigkeit des Inhalts des angefochtenen Bescheides zur Gänze bekämpft wird und die Aufhebung des Straferkenntnisses und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens in eventu die Erteilung einer Ermahnung oder die außerordentliche Strafmilderung beantragt wird.

Begründend wurde nach Sachverhaltsdarstellungen und Ausführungen zur Zulässigkeit der Beschwerde festgehalten, dass die belangte Behörde mit der pauschalen Feststellung, dass an den Feststellungen des Finanzamtes nicht gezweifelt würde, Beweisergebnisse zur Gänze außer Acht lasse. Es gebe einzelne,

konkrete Aufträge, die von der H GmbH an die H Kft vergeben worden seien und würden durch die H Kft ausschließlich diese in sich abgeschlossenen Transportaufträge abgewickelt und abgerechnet.

Weiters habe der Bf in seiner Einvernahme dargelegt, dass die H GmbH neben der H Kft auch etliche Subunternehmer beauftrage. Auch führe die H Kft zahlreiche Aufträge für andere Auftraggeber aus.

Sohin ergebe sich, dass die Zusammenarbeit der H GmbH mit der H Kft eine einzelfallbezogene sei und die H Kft jeweils ein abgegrenztes Werk – einen durchgeführten Transportauftrag – liefere.

Die H Kft verfüge über eigene, von ihr betriebene Zugmaschinen, mit welchen die Transportaufträge für alle unterschiedlichen Auftraggeber ausgeführt würden. Diese Zugmaschinen der H Kft würden entweder von Banken geleast oder teilweise auch angemietet, wobei ein Teil der Zugmaschinen auch von der H GmbH angemietet würde. Die H Kft sei jedoch ausnahmslos für alle ihre Zugmaschinen selbst verantwortlich und stünden die Zugmaschinen in der ausschließlichen Nutzung durch die H Kft. Kleinere Reparaturen würden von einem Mitarbeiter der H Kft in Ungarn vorgenommen, größere Reparaturen würden über Auftrag der H Kft in Ungarn in einer Fachwerkstätte erfolgen. Zugfahrzeuge seien alle auf die H Kft zugelassen, welche auch die Versicherungen aus eigenem trage. Sofern Unfälle passieren würden, sei es die H Kft, die für die Schadensabwicklung Sorge trage und habe auch die H Kft einen allfälligen Ausfall eines Zugfahrzeuges, aus welchen Gründen auch immer – sei es Unfall oder technisches Gebrechen – wirtschaftlich aus eigenem zu tragen.

Die Beweisergebnisse hätten weiters ergeben, dass die Lenker der Zugmaschinen der H Kft nicht – auch nicht vorübergehend – in Österreich wohnhaft seien, sondern nach Abwicklung der Aufträge nach Hause an ihren Hauptwohnsitz in der Heimat zurückkehren würden. Eine Ausübung der Tätigkeit in Österreich am Sitz der H GmbH in E oder auch nur von diesem Firmensitz ausgehend, habe nicht stattgefunden. Wenn die Finanzpolizei in diesem Zusammenhang darauf hinweise, dass die Fahrten nicht am Firmensitz beginnen würden, so komme es hierauf nicht an. Zum einen sei unberücksichtigt, dass die H Kft Stellplätze für Zugmaschinen in der Nähe an einer Tankstelle mit kleiner Werkstätte habe, zum anderen, dass die Fahrer die Zugmaschinen auch regelmäßig zu sich nach Hause stellen und ihre Fahrten von Zuhause aus beginnen würden. In jedem Fall sei unstrittig, dass die Fahrer nicht am Sitz der H GmbH wohnen und auch nicht zu dieser zurückkehren würden, sondern vielmehr nach Ungarn zu ihren Familien.

Weiters sei unberücksichtigt geblieben, dass die Fahrer einen Arbeitsvertrag mit der H Kft abgeschlossen hätten und ausschließlich dieser gegenüber weisungsgebunden seien. Aus den Beweisergebnissen ergebe sich, dass die

Einteilung der Fahrer durch Herrn F J, Geschäftsführer der H Kft, direkt in Ungarn vor Ort erfolge, genauso wie auch die Organisation von Vertretungen im Falle von Krankenständen durch die H Kft. Die bei der H Kft angestellten Fahrer seien ausschließlich diesem Unternehmen weisungsgebunden. Aus diesem Grund würde auch die gesamte Abrechnung und Kontrolle durch die H Kft geführt.

Hieran vermag auch der Hinweis der Finanzpolizei nichts zu ändern, dass die Rufnummern der den Fahrern mitgegebenen Handys ursprünglich von der H GmbH angemeldet worden seien. Aus der Einvernahme des Beschuldigten ergebe sich, dass diese Handys der H Kft überlassen worden seien und diese über die Rufnummern und Handys verfügen könne, im Gegenzug aber auch die Kosten zu tragen habe.

Die belangte Behörde hätte daher rechtlich zum Schluss kommen müssen, dass entgegen den Schlussfolgerungen der Finanzpolizei keine Arbeitskräfteüberlassung vorliege, sondern ein Werkvertrag mit Entsendung der Kraftfahrer nach Österreich.

Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung stütze sich die belangte Behörde darüber hinaus ausschließlich auf die Bestimmungen des AÜG. Hier lasse die belangte Behörde jedoch gänzlich die bereits ergangene Judikatur des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) unberücksichtigt. Nach dieser Rechtsprechung, welche auch in Österreich unmittelbar Anwendung zu finden habe, habe der EuGH klargestellt, dass bei einer Überlassung der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahme-mitgliedstaat den eigentlichen Gegenstand der Dienstleistung, auf den sich das Vertragsverhältnis beziehe, darstelle. Ausgehend von den Erhebungsergebnissen der Finanzpolizei, dass die Fahrer nicht in die österreichische H GmbH eingegliedert und in Österreich nicht aufgenommen worden seien, sondern dass die Fahrer internationalen Güterverkehr ausgeführt hätten, in dessen Rahmen sie sogar teilweise nur durch Österreich hindurch gefahren seien, hätte die Behörde bei Berücksichtig dieser Rechtsprechung des EuGH zum Schluss kommen müssen, dass eine Entsendung und keine Überlassung vorliege.

Die Behörde schließe ganz pauschal darauf, dass bei allen Kraftfahrern eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegen würde, weshalb die Verwaltungsstrafe für alle Kraftfahrer verhängt worden sei. Der tatsächliche Einsatz der Kraftfahrer bleibe dabei gänzlich unberücksichtigt sowie auch der Umstand, ob und wenn ja in welchem Ausmaß dieser tatsächlich in Österreich gefahren sei und geladen habe, oder ob dieser vielmehr ausschließlich bzw. überwiegend nur durch Österreich hindurch gefahren sei. Dieser Umstand ergebe sich schon aus der Aussage des Beschuldigten, in welcher er dargelegt habe, dass die Fahrer im internationalen Güterverkehr eingesetzt würden.

I.3. Mit Schreiben vom 4. Juni 2018 hat die belangte Behörde die Beschwerde samt Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur

Entscheidung vorgelegt. Gemäß § 2 VwGVG hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 24. Mai 2019, an welcher der Rechtsvertreter des Bf sowie der zweite Geschäftsführer der H Kft, Herr G S, teilgenommen haben. Der Vertreter der belangten Behörde war zur mündlichen Verhandlung entschuldigt, ein Vertreter der Finanzpolizei hat an der mündlichen Verhandlung nicht teilgenommen.

I.4.1. Folgender Sachverhalt steht fest:
Der Bf ist neben Herrn G S handelsrechtlicher Geschäftsführer der H Kft (im Folgenden: H Kft) mit dem Sitz in x, S, Ungarn. G S ist zudem alleiniger Gesellschafter dieser Firma. Gegründet wurde diese Firma, welche im internationalen Transportgeschäft tätig ist, im Jahr 2009. Am Standort in Ungarn werden ca. 20 Leute beschäftigt, davon zwei Büroangestellte und der Rest als Lkw-Fahrer. Der Sitz der H Kft in S in Ungarn befindet sich in einem größeren Betriebsgelände, in welchen mehrere Firmen untergebracht sind. Zudem ist auf diesem Betriebsgelände auch das Wohnhaus des Bf situiert.

Zum fraglichen Tatzeitpunkt im Frühjahr 2017 verfügte die H Kft über 15 bis 18 Zugmaschinen, welche von verschiedenen Leasingfirmen (darunter auch Banken) aber auch von der H GmbH (im Folgenden: H GmbH) mit dem Sitz in x, E, angemietet wurden. Handelsrechtliche Geschäftsführer der H GmbH sind M S und wiederum der Bf. Diese Firma wurde im Jahr 2010 gegründet. Gesellschafter dieser Firma sind die beiden handelsrechtlichen Geschäftsführer sowie die G GmbH.

Zur Gründung der H GmbH ist festzuhalten, dass der Bf und Herr S während ihrer gemeinsamen Zeit als Lkw-Fahrer die Idee geboren haben, selbst eine Transportfirma zu gründen. Umgesetzt wurde diese Idee mit der Gründung der H Kft mit dem Sitz in Ungarn. Während des ersten Geschäftsjahres hat sich aber gezeigt, dass eine Transportfirma mit dem Sitz in Ungarn für internationale Transportfahrten in etwa 30 % weniger Erlös erzielen kann, als eine Transportfirma mit dem Sitz in Westeuropa. Um ebenfalls diese besseren Preise an der internationalen Frachtbörse erzielen zu können, hat Herr S zusammen mit dem Bf beschlossen, auch eine Transportfirma in Österreich und zwar die H GmbH mit dem Sitz in E zu gründen.

Die H GmbH führt eigenständig Transportfahrten nur in Österreich durch und erledigt keine internationalen Transportaufträge. Die H GmbH beschäftigt am Standort in E 17 Fahrer, welche in Österreich zur Sozialversicherung gemeldet sind. Die Auswahl dieser Fahrer wird von Herrn S und seiner Frau als

handelsrechtliche Geschäftsführerin der H GmbH durchgeführt. Die H GmbH verfügt über eine mit den Fahrern idente Anzahl an Zugmaschinen, welche teilweise im Eigentum der Gesellschaft stehen aber auch geleast sind.

Wie erwähnt hat die H GmbH Zugang zur internationalen Transportplattform T und übernimmt dort einerseits Frachtaufträge, stellt aber auch zu erledigende Frachtaufträge in dieses System. Die an der Frachtbörse übernommenen internationalen Frachtaufträge werden von der H GmbH an Subfrächter weitergegeben, da die H GmbH selbst – wie bereits erwähnt - ausschließlich Güterbeförderungen mit Be- und Entladeort in Österreich durchführt.

Die H GmbH greift für diese internationalen Transporte vorwiegend auf die H Kft als Subfrächter zurück. Wenn diese Gesellschaft nicht in der Lage ist den Subauftrag zu übernehmen, werden auch andere Subfrächter von der H GmbH für die internationalen Transportfahrten herangezogen.

Wenn ein internationaler Transportauftrag an einen Subfrächter vergeben wird, wird dieser von der H GmbH organisiert. Organisation des Transportes bedeutet, dass die H GmbH für die Zusammenstellung einer wirtschaftlichen Transporteinheit verantwortlich ist. Zudem ist die H GmbH für die Frachtpapiere, die Verpackung, die Kommissionierung und dergleichen sowie auch die allfällige Verzollung zuständig. Sobald diese wirtschaftliche Frachteinheit zusammengestellt ist, kümmert sich die H GmbH um die Vergabe des Transports. Sofern – wie bereits ausgeführt – eine Zugmaschine der H Kft zur Verfügung steht, wird der Frachtauftrag von Herrn S per E-Mail an diese Gesellschaft weitergegeben. Wenn der Auftrag an die H Kft weitergegeben wird, wird vom Bf in seiner Funktion als handelsrechtlicher Geschäftsführer dieser Gesellschaft entschieden, welche Zugmaschine konkret eingesetzt wird und welche Route vom Transportfahrzeug gefahren wird. Praktisch funktioniert dies so, dass Herr S mit dem Bf Kontakt aufnimmt und ihn über den anstehenden internationalen Transport informiert und Herr S gleichzeitig bekannt gibt, welche Zugmaschinen der H Kft aufgrund ihres gegenwärtigen Standortes für den Transport in Frage kommen würden. Welche Zugmaschine für den Auftrag dann konkret eingesetzt wird, entscheidet der Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer der H Kft.

Mit der Weitergabe des internationalen Transportauftrages an die H Kft bzw. einen anderen Subfrächter ist der Vorgang für die H GmbH abgeschlossen.

Wie bereits erwähnt ist die H Kft im Besitz von 15 bis 18 Zugmaschinen, welche geleast bzw. angemietet sind. Auf dem Betriebsgelände in Ungarn, verfügt die H Kft über zwei Abstellplätze für Lkw's, in ca. 2 km Abstand zum Betriebsareal existieren an einer Tankstelle noch mindestens zehn Lkw Abstellplätze. Diese Abstellmöglichkeit für Lkw's wurde von der H Kft mit dem Tankstellenbetreiber vertraglich vereinbart. Zudem befindet sich bei der Tankstelle eine kleine

Werkstatt, welche Servicearbeiten und Reparaturen im kleinen Rahmen an den Lkw's durchführen kann.

Am Standort in Ungarn ist der Bf alleine für die Auswahl der Fahrer der H Kft zuständig. Die Anwerbung der Fahrer erfolgt in Ungarn über das Arbeitsamt oder entsprechende Annoncen in Zeitungen. Die ausgewählten Fahrer unterzeichnen einen Arbeitsvertrag und werden in Ungarn zur Sozialversicherung angemeldet.

Der gewöhnliche Arbeitsort der ungarischen Fahrer ist am Firmensitz in Ungarn. Es ist allerdings sehr tourenabhängig, von wo aus die ungarischen Fahrer ihre Touren beginnen. Es kann sein, dass die ungarischen Fahrer von ihrem Wohnsitz aus die Tour beginnen, allerdings kann es auch vorkommen, dass eine Zugmaschine z.B. in S in Österreich abgestellt ist und daher von dort aus die Tour begonnen wird. Sofern der Start der Tour mit dem Wohnort des ungarischen Lkw-Fahrers nicht ident ist, pendelt dieser zwischen den einzelnen Orten mit Privat-Pkw oder dem Bus. Beispielsweise sind einige ungarische Fahrer in D beheimatet, wo ein großes Stahlwerk ansässig ist und die H Kft regelmäßig internationale Transportfahrten von dort aus durchführt.

Es kann aber auch sein, dass es die Transportroute ergibt, dass ein Lkw der H Kft auf dem Firmengelände der H GmbH in E abgestellt wird und ein ungarischer Fahrer seine Tour dort beendet. Genauso kann es umgekehrt sein, dass ein ungarischer Fahrer vom Firmengelände in E aus seine Tour beginnt. Wenn ein ungarischer Lkw – Fahrer seine Tour in E beendet bzw. dort beginnt, wird vom Bf ein Pkw organisiert der die ungarischen Fahrer in Enns abholt oder dort hinbringt.

Die Auflieger, die von Zugmaschinen der H Kft befördert werden, stehen nicht in deren Eigentum. Im Jahr 2017 war es so, dass Auflieger der H GmbH, der J GmbH und der Firma L gezogen worden. Es ist durchaus üblich, dass Transportunternehmer mit ihren Zugmaschinen fremde Auflieger transportieren.

Wie bereits erwähnt ist der Bf im Bereich der H Kft nur für die Fahrerdisposition zuständig, mit der Frachtdisposition der internationalen Transporte hat er nichts zu tun. Diese wird von der H GmbH, welche Frachtaufträge aus der internationalen Frachtbörse übernimmt oder dort anbietet, erledigt. Transporte in Ungarn bzw. in Osteuropa werden von der H Kft eigenständig disponiert.

In den Zugfahrzeugen der H Kft befinden sich auch Mobiltelefone der H GmbH. Über diese Telefone werden Fragen die Frachtpapiere betreffend abgewickelt, aber auch die gesamte Kommunikation zwischen den Fahrern und der H Kft wird über diese Telefone geführt. Die ungarischen Fahrer verfügen zwar über von der H Kft bereitgestellte Mobiltelefone, diese werden aber nicht benutzt.

Die Betankung der Zugmaschinen der H Kft wird in Österreich über die Tankkarte der H GmbH abgewickelt, weil die H GmbH in Österreich einen geringeren Dieselpreis bezahlt als die ungarische Gesellschaft. In Ungarn erfolgt die Betankung der H Kft Fahrzeuge mit deren eigener Tankkarte. Sämtliche Tankvorgänge der H Kft Zugmaschinen in Österreich werden zwischen der H Kft und der H GmbH gegenverrechnet.

Die von der H GmbH an die H Kft übergebenen Transportaufträge werden nach Kilometerpreisen abgerechnet. Zwischen den Unternehmen ist vereinbart, dass jeder Kilometer Transportleistung verrechnet wird. Mit anderen Subfrächtern kann die H GmbH auch Pauschalpreise vereinbaren.

Sämtliche Personalangelegenheiten der ungarischen Lkw-Lenker werden vom Bf als handelsrechtlichem Geschäftsführer in Ungarn abgewickelt. Die Lohnabrechnung erfolgt durch einen ungarischen Steuerberater. Wenn es notwendig ist, enthalten die ungarischen Lkw-Fahrer Bezugsvorschüsse auch in Österreich ausbezahlt, wobei diese Vorschüsse von der H GmbH an die H Kft gegenverrechnet werden. Das Auslesen der Fahrerkarten funktioniert digital und werden die Daten alle zehn Tage automatisch auf den Server der H Kft in Ungarn überspielt.

Die Wartung der Zugmaschinen, sowie Serviceleistungen und Reparatur von Schäden werden von der H Kft selbstständig durchgeführt. Schäden werden von den ungarischen Lkw-Fahrern beim Bf in Ungarn gemeldet. Bei entstandenen Schäden in Deutschland wird auch die H GmbH wegen der versicherungsrechtlichen Abwicklung verständigt, da in Deutschland ein Schaden zwischen Zugmaschine und Auflieger geteilt wird. Aus diesem Grund ist die H GmbH, wenn einer ihrer Auflieger in Deutschland an einer Schadensverursachung beteiligt ist, zu verständigen.

Am Standort der H GmbH in E steht den ungarischen Lkw-Lenkern keine Wohnmöglichkeit zur Verfügung. Wie die Fahrer anderer Subfrächter können auch die ungarischen Lkw-Fahrer der H Kft die Sozialräume wie Küche und die Dusche am Standort in E mitbenützen.

Die H Kft hat am 06.04.2017 für die im Spruch aufgelisteten Lkw-Fahrer Meldungen an die Zentrale Koordinationsstelle (ZKO3-Meldungen) über die Entsendung nach Österreich in der Zeit von 01.04.2017 bis 01.07.2017 erstattet.

I.4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Beschwerdevorbringen, den nachvollziehbaren und glaubwürdigen Ausführungen des zweiten Geschäftsführers der H Kft in der mündlichen Verhandlung sowie den nach der mündlichen Verhandlung zur Untermauerung des Vorbringens vorgelegten Nachweisen.

Aus den Gründungsjahren der beteiligten Unternehmungen ergibt sich, dass die H Kft bereits vor der H GmbH gegründet wurde und operativ tätig gewesen ist. Der wirtschaftliche Aspekt der Gründung der Firma in Österreich ist schlüssig und nachvollziehbar.

Der Umstand, dass von der H Kft eine Reihe von Zugfahrzeugen angemietet oder auch gekauft wurden, ergibt sich aus den vom Rechtsvertreter des Bf nach Durchführung der mündlichen Verhandlung vorgelegten Unterlagen. Daraus ist ersichtlich, dass etwa von der N AG mit dem Sitz in W Fahrzeuge angemietet wurden bzw. von der Firma S AG in B Gebrauchtfahrzeuge angekauft wurden bzw. noch werden. Daraus lässt sich erschließen, dass die H Kft – wie vom Bf dargestellt – über einen eigenen Fuhrpark zur Durchführung internationaler Transportfahrten verfügt. Zudem belegen die ungarischen Zulassungsscheine, dass die angemieteten Zugmaschinen auch in Ungarn zugelassen sind.

Die in Ungarn durch einen Steuerberater durchgeführte Lohnabrechnung für die Lkw-Fahrer ergibt sich aus den beispielhaft vorgelegten Abrechnungen.

Zum Nachweis, dass auch allfällige Verwaltungsstrafen der H Kft als Zulassungsbesitzerin übermittelt werden, wurden beispielshaft behördliche Schriftstücke aus Österreich bzw. Deutschland vorgelegt. Es bestehen daher keine Zweifel, dass die H Kft über eigene Zugmaschinen zur Durchführung der internationalen Transporte verfügt und die ungarischen Lkw-Fahrer auch der H Kft gegenüber zur ordnungsgemäßen Durchführung von Transportfahrten verantwortlich sind.

Aufgrund der vorliegenden Unterlagen ist davon auszugehen, dass die H Kft über eine eigene Organisationsstruktur verfügt, welche darauf gerichtet ist als Subfrächter Transportfahrten im Auftrag der H GmbH durchführen zu können.

Die erstatteten ZKO3-Meldungen sind dem Strafantrag der Finanzpolizei angeschlossen.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

II.1. Die im gegenständlichen Fall maßgeblichen Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes lauten wie folgt:

„Wahrer wirtschaftlicher Gehalt – Beurteilungsmaßstab

§ 2. (1) Für die Beurteilung, ob ein Arbeitsverhältnis, eine grenzüberschreitende Entsendung oder Überlassung im Sinne dieses Bundesgesetzes vorliegt, ist der wahre

wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend.

(2) Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, sind insbesondere § 4 Abs. 2 AÜG oder vergleichbare österreichische Rechtsvorschriften maßgebend.

(3) Das Vorliegen einer Entsendung im Sinne dieses Bundesgesetzes setzt nicht den Abschluss eines Dienstleistungsvertrages zwischen einem Arbeitgeber ohne Sitz in Österreich und einem im Inland tätigen Dienstleistungsempfänger voraus.

[...]

Formale Verpflichtungen bei grenzüberschreitendem Arbeitseinsatz

Meldepflicht bei Entsendung oder Überlassung aus einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft

§ 19. (1) Arbeitgeber und Überlasser mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft haben die Beschäftigung von nach Österreich entsandten Arbeitnehmern und nach Österreich überlassenen Arbeitskräften zu melden. Die Meldung hat für jede Entsendung oder Überlassung gesondert zu erfolgen. Nachträgliche Änderungen bei den Angaben gemäß Abs. 3 oder Abs. 4 sind unverzüglich zu melden. Ein Beschäftiger, der einen Arbeitnehmer zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsendet, gilt in Bezug auf die Meldepflichten nach diesem Absatz und den Abs. 2 und 3 als Arbeitgeber.

(2) Die Entsendung oder Überlassung im Sinne des Abs. 1 ist vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle zu melden. Im Fall von mobilen Arbeitnehmern im Transportbereich ist die Meldung vor der Einreise in das Bundesgebiet zu erstatten. Die Meldung hat ausschließlich automationsunterstützt über die elektronischen Formulare des Bundesministeriums für Finanzen zu erfolgen. Arbeitgeber haben im Fall einer Entsendung der Ansprechperson nach § 23 oder, sofern nur ein Arbeitnehmer entsandt wird, diesem die Meldung in Abschrift auszuhändigen oder in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen.

(3) Die Meldung nach Abs. 1 hat für jede Entsendung gesondert zu erfolgen und hat folgende Angaben zu enthalten; nachträgliche Änderungen bei den Angaben sind unverzüglich zu melden:

1. Name, Anschrift und Gewerbeberechtigung oder Unternehmensgegenstand des Arbeitgebers im Sinne des Abs. 1, Umsatzsteueridentifikationsnummer,
2. Name und Anschrift der zur Vertretung nach außen Berufenen des Arbeitgebers,
3. Name und Anschrift der Ansprechperson nach § 23 aus dem Kreis der nach Österreich entsandten Arbeitnehmer oder der in Österreich niedergelassenen zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugten Personen (§ 21 Abs. 2 Z 4),
4. Name und Anschrift des (inländischen) Auftraggebers (Generalunternehmers),
5. die Namen, Anschriften, Geburtsdaten, Sozialversicherungsnummern und zuständigen Sozialversicherungsträger sowie die Staatsangehörigkeit der nach Österreich entsandten Arbeitnehmer,

6. Zeitraum der Entsendung insgesamt sowie Beginn und voraussichtliche Dauer der Beschäftigung der einzelnen Arbeitnehmer in Österreich, Dauer und Lage der vereinbarten Normalarbeitszeit der einzelnen Arbeitnehmer,
7. die Höhe des dem einzelnen Arbeitnehmer nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts und Beginn des Arbeitsverhältnisses beim Arbeitgeber,
8. Ort (genaue Anschrift) der Beschäftigung in Österreich (auch andere Einsatzorte in Österreich),
9. in den Fällen des § 21 Abs. 2 Angabe der Person (genaue Anschrift) oder der Zweigniederlassung (genaue Anschrift), bei der die Meldeunterlagen und Lohnunterlagen bereitgehalten werden,
10. die Art der Tätigkeit und Verwendung des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung des maßgeblichen österreichischen Kollektivvertrages,
11. sofern für die Beschäftigung der entsandten Arbeitnehmer im Sitzstaat des Arbeitgebers eine behördliche Genehmigung erforderlich ist, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung,
12. sofern die entsandten Arbeitnehmer im Sitzstaat des Arbeitgebers eine Aufenthaltsgenehmigung benötigen, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung.

(4) Die Meldung nach Abs. 1 hat für jede Überlassung gesondert zu erfolgen und hat folgende Angaben zu enthalten; nachträgliche Änderungen bei den Angaben sind unverzüglich zu melden:

1. Name und Anschrift des Überlassers,
2. Name und Anschrift des zur Vertretung nach außen Berufenen des Überlassers,
3. Name und Anschrift des Beschäftigers sowie dessen Umsatzsteueridentifikationsnummer und dessen Gewerbebefugnis oder Unternehmensgegenstand,
4. Name, Anschriften, Geburtsdaten, Sozialversicherungsnummern und Sozialversicherungsträger sowie Staatsangehörigkeit der überlassenen Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlichen Personen,
5. Beginn und voraussichtliche Dauer der Beschäftigung der einzelnen überlassenen Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Personen beim Beschäftiger,
6. Orte der Beschäftigung, jeweils unter genauer Angabe der Anschrift, in Österreich,
7. in den Fällen des § 21 Abs. 3 Angabe der Person (genaue Anschrift) oder der Zweigniederlassung (genaue Anschrift), bei der die Meldeunterlagen und Lohnunterlagen bereitgehalten werden,
8. Höhe des jedem einzelnen Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlichen Person nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts,
9. Art der Tätigkeit und Verwendung der einzelnen Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlichen Personen unter Berücksichtigung des maßgeblichen österreichischen Kollektivvertrages,
10. sofern für die Beschäftigung der überlassenen Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlichen Personen im Sitzstaat des Überlassers eine behördliche Genehmigung erforderlich ist, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung,

11. sofern die überlassenen Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlichen Personen im Sitzstaat des Überlassers eine Aufenthaltsgenehmigung benötigen, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung.

[...]

Bereithaltung von Meldeunterlagen, Sozialversicherungsunterlagen und behördlicher Genehmigung

§ 21. [...]

(3) Der Beschäftiger hat für jede überlassene Arbeitskraft für die Dauer der Überlassung folgende Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort im Inland bereitzuhalten oder diese den Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich zu machen:

1. Unterlagen über die Anmeldung der Arbeitskraft zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 oder A 1), sofern für die überlassene Arbeitskraft keine Sozialversicherungspflicht in Österreich besteht; kann der Überlasser zum Zeitpunkt der Erhebung durch Nachweise in deutscher Sprache belegen, dass ihm die Erwirkung der Ausstellung dieser Dokumente durch den zuständigen Sozialversicherungsträger vor der Überlassung nicht möglich war, sind gleichwertige Unterlagen in deutscher Sprache (Antrag auf Ausstellung des Sozialversicherungsdokuments E 101 oder A 1; Bestätigung des zuständigen Sozialversicherungsträgers, dass der Arbeitnehmer für die Dauer der Überlassung der ausländischen Sozialversicherung unterliegt) bereitzuhalten;
2. die Meldung gemäß § 19 Abs. 1 und 4;
3. die behördliche Genehmigung der Beschäftigung der überlassenen Arbeitskräfte im Sitzstaat des Überlassers gemäß § 19 Abs. 4 Z 10, sofern eine solche erforderlich ist.

Abs. 2 findet sinngemäß Anwendung.

[...]

Verstöße im Zusammenhang mit den Melde- und Bereithaltungspflichten bei Entsendung oder Überlassung

§ 26. (1) Wer als Arbeitgeber oder Überlasser im Sinne des § 19 Abs. 1

1. die Meldung oder die Meldung über nachträgliche Änderungen bei den Angaben (Änderungsmeldung) entgegen § 19 nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erstattet oder
2. in der Meldung oder Änderungsmeldung vorsätzlich unrichtige Angaben erstattet oder
3. die erforderlichen Unterlagen entgegen § 21 Abs. 1 oder Abs. 2 nicht bereithält oder den Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vor Ort nicht unmittelbar in elektronischer Form zugänglich macht,

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jeden Arbeitnehmer mit Geldstrafe von 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Wiederholungsfall von 2.000 Euro bis 20.000 Euro zu bestrafen.

(2) Wer als Beschäftiger im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung die erforderlichen Unterlagen entgegen § 21 Abs. 3 nicht bereithält oder zugänglich macht, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jeden Arbeitnehmer mit Geldstrafe von 500 Euro bis 5.000 Euro, im Wiederholungsfall von 1.000 Euro bis 10.000 Euro zu bestrafen."

II.2.1. Zusammengefasst wird dem Bf als verantwortlichem Organ der H GmbH im angefochtenen Straferkenntnis zur Last gelegt, dass die Gesellschaft in ihrer Funktion als Beschäftigerin der grenzüberschreitend überlassenen, ungarischen Lkw-Fahrer nicht dafür Sorge getragen hat, dass die erforderlichen ZKO-4 Meldungen zur Einsicht bereitgehalten wurden.
Der Bf wendet dagegen ein, dass die H Kft tatsächlich als rechtlich selbstständiges und wirtschaftlich eigenständiges Unternehmen im Rahmen von einzelnen Werkverträgen beauftragt worden ist, sodass die erfolgte Meldung über die Entsendung von Arbeitnehmern mittels ZKO3-Formular richtig und rechtmäßig gewesen ist.

Vorweg ist entgegen dem Einwand des Bf festzuhalten, dass im Hinblick auf die erfolgten ZKO3-Meldungen davon auszugehen sein wird, dass die ungarischen Lkw-Fahrer nicht ausschließlich im internationalen Güterverkehr zum Einsatz gekommen sind, sondern Be- und Entladungen auch in Österreich stattgefunden haben. Es bestehen daher keine Zweifel, dass die Fahrer den Bestimmungen des LSD-BG zu unterstellen sind und nicht die Ausnahmebestimmung des § 1 Abs. 5 LSD-BG zur Anwendung kommt.

Die Rechtmäßigkeit des Straferkenntnisses der belangten Behörde hängt sohin davon ab, ob die im Spruch der angefochtenen Entscheidung gelisteten Lkw-Fahrer von der H Kft grenzüberschreitend der H GmbH zur Arbeitsleistung überlassen wurden und die erstgenannte Gesellschaft damit als Überlasser (§ 3 Abs. 2 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz) dieser Arbeitskräfte die Verpflichtung des § 19 LSD-BG, und zwar die Erstattung einer ZKO4-Meldung anstelle der durchgeführten ZKO3-Meldung, traf.

II.2.2. Hinsichtlich der im Zusammenhang stehenden Bestimmungen einerseits des AÜG und andererseits des Unionsrechts sowie der nach diesem maßgebenden Kriterien für das Vorliegen von grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 22.08.2017, Ra 2017/11/0068, unter Bezugnahme auf das Urteil des EuGH vom 18.6.2015, Martin Meat, C 586/13, wie folgt ausgeführt:
"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 (...), 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.

Daher sind in einem Fall wie dem Vorliegenden (im Regelfall nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung) eindeutige Sachverhaltsfeststellungen dahin zu treffen, ob und welche der für die Arbeitskräfteüberlassung ausschlaggebenden Kriterien verwirklicht sind, um im Rahmen einer rechtlichen Gesamtbeurteilung fallbezogen das Vorliegen von grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung bejahen oder verneinen zu können.
..."

II.2.3. Gegenstand eines Frachtvertrages, der grundsätzlich eine Sonderform des Werkvertrages darstellt, ist die Erbringung der Transportleistung innerhalb vorgegebener Zeit. Geschuldet wird die ordnungsgemäße Zustellung der Ware am Bestimmungsort. Es wird daher der Erfolg einer ordnungsgemäßen Übergabe an den Empfänger der Ware geschuldet, sohin ein gewährleistungstauglicher Erfolg.

Den Verfahrensergebnissen zu Folge führt die H GmbH Güterbeförderungen mit Be- und Entladeort in Österreich und keine internationalen Transporte durch. Der Bf und G S gründeten die H GmbH im Jahr 2010 aufgrund wirtschaftlicher Überlegungen. Die Gesellschaft hat Zugang zur internationalen Frachtbörse und übernimmt dort Transportaufträge bzw. stellt auch Aufträge in die Börse. Diese internationalen Transporte werden aber nicht von der H GmbH selbst durchgeführt sondern zur Gänze mit Subfrächtern abgewickelt. Sofern von der H GmbH an ihrem Standort in E ein internationaler Transport zusammengestellt wird, erfolgt die Verpackung, Verladung, Erstellung der Frachtpapiere und die allenfalls nötige Verzollung vor Ort in E und wird sodann der Transport an einen Subfrächter weitergegeben. Vorwiegend bedient sich die H GmbH zur Abwicklung der Transporte der ungarischen H Kft. Aufgrund der unterschiedlichen Einsatzbereiche der Fahrer der H GmbH und der H Kft, einerseits nur im nationalen Verkehr in Österreich andererseits im internationalen Transportgeschäft, ist entgegen den Ausführungen der belangten Behörde von nicht von identen Dienstleistungen der Lkw-Fahrer der beiden Firmen auszugehen.

Sofern die H Kft als Subfrächter eingesetzt wird, schuldet diese den ordnungsgemäßen Transport an den Bestimmungsort. Abgerechnet wird dieser Transport zwischen den beiden Gesellschaften aufgrund des fix vereinbarten Kilometerpreises. Die von der H Kft für die Transportfahrten verwendeten Zugmaschinen sind von dieser entweder geleast oder angemietet. Allein der Umstand, dass die H Kft auch Zugmaschinen von der H GmbH angemietet hat, kann nicht dazu führen, dass die ungarischen Lkw-Fahrer ausschließlich der H GmbH zurechenbar wären. Vom Bf wurde durch Vorlage von Unterlagen belegt, dass Zugmaschinen von der H Kft angemietet sind und diese daher für den eigenen Unternehmenszweck über diese Zugmaschinen verfügen kann. Zudem sind die Zulassungen dieser Zugmaschinen in Ungarn ausgestellt. Die H Kft trägt die laufenden Kosten der Zugmaschinen, führt Service und Reparaturarbeiten selbstständig durch und verfügt in Ungarn über Abstellplätze für die Zugmaschinen. Insgesamt sind daher die Zugmaschinen entgegen der Ansicht der belangten Behörde sehr wohl der H Kft zurechenbar. Im internationalen Transportgeschäft ist es durchaus üblich, dass mit Zugmaschinen Auflieger anderer Unternehmungen transportiert werden.

Sobald von der H GmbH ein Frachtauftrag an die H Kft als Subfrächter übergeben wird, wird vom Bf in seiner Funktion als handelsrechtlicher Geschäftsführer die Fahrerdisposition vorgenommen. Im Konkreten bedeutet dies, dass er aufgrund der aktuellen Standorte der firmeneigenen Zugmaschinen den Lkw-Fahrer für den anstehenden Transport einteilt. Für den Fall, dass die in Frage kommende Zugmaschine zum Zeitpunkt des Frachtauftrages nicht besetzt ist, organisiert der Bf auch die An- und Abfahrten der jeweiligen Lkw-Fahrer zum Standort der Zugmaschine. Insofern ist festzustellen, dass seitens der H GmbH keine Fahrerdispositionen bei der Vergabe eines Frachtauftrages an den Subfrächter H Kft vorgenommen werden.

Herr S als Disponent der H GmbH kann aufgrund des bestehenden EDV-Systems zwar die in Frage kommenden Zugmaschinen der Subfrächterin H Kft erkennen, eine konkrete Fahrereinteilung wird allerdings von ihm – wie oben ausgeführt – nicht vorgenommen.

Die H GmbH vergibt Subaufträge auf Grund der Verflechtungen zwar vorwiegend an die H Kft, falls aber kein Zugfahrzeug dieser Gesellschaft zur Verfügung steht, werden auch andere Firmen als Subfrächter mit Transporten beauftragt. Zu ergänzen ist, dass die H Kft nicht ausschließlich im Auftrag der H GmbH tätig ist, sondern dies nur Transporte in Westeuropa betrifft. Transportfahrten in Osteuropa werden von der H Kft selbstständig disponiert und auch abgewickelt. Unter diesen Umständen kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass ein Wechsel der Lkw-Fahrer in den Aufnahmemitgliedstaat (Österreich) der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung ist.

Auch der Umstand, dass die für die Kommunikation zwischen der H Kft und ihren Lkw-Fahrern verwendeten Mobiltelefone auf die H GmbH angemeldet sind, führt nicht zum Schluss, dass die Lkw-Fahrer der Dienstaufsicht der H GmbH unterstehen. Die H Kft bezahlt für die Benutzung dieser Mobiltelefone. Vielmehr erscheint es nachvollziehbar und zweckmäßig, dass bei auftretenden Unklarheiten hinsichtlich der Frachtpapiere eine Kommunikation der Lkw-Fahrer mit der H GmbH, als Auftraggeber der Transportfahrt, über ein bestehendes System erfolgt.

Gleiches gilt auch für die Verwendung von Tankkarten der H GmbH durch die ungarischen Lkw-Fahrer. Hintergrund dieser Verwendung ist der von der H GmbH in Österreich erzielbare günstigere Dieselpreis. Aufgrund der wirtschaftlichen Verflechtung wird dieser Vorteil an die H Kft weitergereicht, was im geschäftlichen Leben durchaus nichts Unübliches ist. Jedenfalls erfolgt aber eine Abrechnung der Tankvorgänge zwischen den beiden Firmen.

Die Kontrolle der Arbeitsaufzeichnungen, das heißt das Auslesen der Fahrerkarten funktioniert digital und werden diese Daten alle zehn Tage automatisch an den Server der H Kft in Ungarn überspielt. Ebenso werden sämtliche Personalagenden hinsichtlich der Lkw-Fahrer der H Kft in Ungarn abgewickelt. Der Bf ist zuständig für die Anwerbung und Auswahl der Lkw-Fahrer, unterzeichnet die jeweiligen Arbeitsverträge und nimmt die Anmeldungen der Lkw-Fahrer zur Sozialversicherung in Ungarn vor. Die Lohnabrechnung wird von einem Steuerberater in Ungarn durchgeführt und werden die Löhne der Lkw-Fahrer in Ungarn ausbezahlt. Für den Fall, dass ein Lkw-Fahrer der H Kft einen Bezugsvorschuss begehrt, kann es auch vorkommen, dass die H GmbH diesen Vorschuss in Österreich ausbezahlt. Sollte dies der Fall sein, wird der Vorschuss von der H GmbH mit der H Kft gegenverrechnet.

Falls vom ungarischen Lkw-Fahrer im Rahmen eines Subauftrages Schäden verursacht werden, hat der Lkw-Fahrer die Pflicht diesen beim handelsrechtlichen Geschäftsführer in Ungarn zu melden. Schadensabwicklung wird von der H Kft durchgeführt. Ebenso werden allfällige Verwaltungsstrafen hinsichtlich der von den ungarischen Lkw-Fahrern begangenen Verwaltungsübertretungen an die H Kft als Zulassungsbesitzerin übermittelt und werden dann vom handelsrechtlichen Geschäftsführer in Ungarn bearbeitet.

II.2.4. Die gesamten Umstände der Abwicklung der Transportaufträge durch die H Kft zeigen für das erkennende Gericht, dass eine organisatorische Eingliederung der ungarischen Lkw-Fahrer in das Unternehmen der H GmbH nicht stattfindet. Die H Kft ist für die ordnungsgemäße Abwicklung des Transportauftrages verantwortlich und verrechnet die Transportleistungen anhand des vereinbarten Kilometerpreises. Die Fahrerdisposition wird vom Geschäftsführer in Ungarn vorgenommen und hat die H GmbH daher keinen Einfluss darauf welcher Fahrer

einen Transportauftrag abwickelt. Somit erhalten die ungarischen Lkw-Fahrer keine individuellen Weisungen seitens der H GmbH für die anstehenden Transportfahrten. Eine Trennung der Geschäftsbereiche der H GmbH und der H Kft ist insofern gegeben, zumal die erstgenannte nur für Transportfahrten in Österreich zuständig ist, während die H Kft im internationalen Gütertransport als Subfrächter beauftragt wird.

Unter Würdigung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes der Zusammenarbeit der genannten Firmen kann vom erkennenden Gericht nicht festgestellt werden, dass eine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung von Lkw-Fahrern der H Kft an die H GmbH stattfindet. Die grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung abzielende Tatvorwurf entspricht daher nicht den Tatsachen, weshalb im gegenständlichen Fall davon auszugehen ist, dass die H Kft durch die Erstattung einer ZKO-3 Meldung über die Entsendung von Arbeitskräften nach Österreich rechtskonform gehandelt hat. Die H GmbH ist daher nicht als Beschäftigerin der ungarischen Fahrer in Erscheinung getreten, weshalb keine Verpflichtung zur Bereithaltung von – überdies nicht erforderlichen – ZKO-4 Meldungen bestanden hat. Dem Bf ist daher die angelastete Tat nicht vorwerfbar, weshalb der Beschwerde stattzugeben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen war.

III. 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 gegenständliche Entscheidung von der bereits im Erkenntnis dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen. Diese Rechtsprechung ist nicht als uneinheitlich zu beurteilen und es liegen keine Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Darüber hinaus ist der festgestellte Sachverhalt ein Ergebnis der Beweiswürdigung und wurde dieser nach Durchführung einer Verhandlung festgestellt und entsprechend begründet. Es handelt sich dabei um keine Rechtsfrage, jedenfalls nicht um eine solche von grundsätzlicher Bedeutung.

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

Gegen diese Entscheidung 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kühberger