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-301543/62/BMa/Mu

Datum:
Linz, 12. April 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des E J A, vertreten durch P V Rechtsanwälte OG, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft X vom 07.03.2017, GZ: BHRISanR-2016-396249/7-H, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 15.01.2018, die am 26.02.2018 und nach Ergehen des Erkenntnisses des VwGH vom 20.09.2021, Ro 2018/11/0032-5, am 25.01.2022 fortgesetzt wurde

zu Recht:

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

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

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I.:

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

„Die A s.r.o., X, hat als Arbeitgeberin im Sinne des § 7b. Abs.1 AVRAG die nicht dem ASVG unterliegenden Arbeitnehmer

1. A H,
2. B S, geb. x,
3. C P, geb. x,
4. D P, geb. x,
5. D ML. P, geb. x,
6. D E, geb. x,
7. D M, geb. x,
8. D J, geb. x,
9. D M, geb. x,
10. F B, geb. x,
11. F D, geb. x,
12. G J, geb. x,
13. H L, geb. x,
14. H R, geb. x,
15. H P, geb. x,
16. H L,
17. H R, geb. x,
18. H M, geb. x,
19. J J, geb. x,
20. J F, geb. x,
21. K A, geb. x,
22. K M, geb. x,
23. K J, geb. x,
24. K M, geb. x,
25. L Z,
26. L J, geb. x,
27. M M, geb. x,
28. M M, geb. x,
29. M R, geb. x,
30. M E, geb. x,
31. N P, geb. x,
32. N D, geb. x,
33. P M, geb. x,
34. P M, geb. x,
35. P M, geb. x,
36. P Z, geb. x,
37. R J, geb. x,
38. R J, geb. x,
39. R H, geb. x,

40. R P, geb. x,
41. R J, geb. x,
42. R J, geb. x,
43. R P, geb. x,
44. R V, geb. x,
45. S N, geb. x,
46. S A, geb. x,
47. S P, geb. x,
48. S P, geb. x,
49. S R, geb. x,
50. S J, geb. x,
51. V L, geb. x,
52. V J, geb. x,
53. V L, geb. x,
54. V J, geb. x,
55. Z J, geb. x,
56. Z E, geb. x,
57. Z Z, geb. x,
58. Z P, geb. x,

zumindest am 15.06.2016 der A Gesellschaft m.b.H. am Betriebsstandort in x, als LKW-Fahrer überlassen, indem diese Fahrten im Güterverkehr mit Beginn und Ende der Fahrten in X mit Sattelzugfahrzeugen und den damit wechselweise gezogenen Aufliegern durchführten.

Die A s.r.o. X, hat es trotz Aufforderung durch die Finanzpolizei, zuletzt mit Schreiben vom 12.07.2016, übermittelt am 15.07.2016, unterlassen, folgende Unterlagen: Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Arbeitszeitaufzeichnungen, Lohnzettel, Lohnauszahlungsbelege der oben angeführten Arbeitnehmer in deutscher Sprache für den Zeitraum der Arbeitsleistung (Jahr 2016) in Österreich zur Überprüfung des den überlassenen Arbeitnehmern für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts der Finanzpolizei Team 47 zu übermitteln bzw. bis zum Ablauf des 19.07.2016 abzusenden.

Dies haben Sie als der zur Vertretung nach außen Berufene der A s.r.o. mit Sitz in x, zu verantworten.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
Zu 1. bis 58.: § 7f Abs.1 Z.3 iVm § 7i Abs.1 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz-AVRAG BGBl. Nr. 917/1993 in der im Tatzeitpunkt geltenden Fassung zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 44/2016

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von	Ersatzfreiheitsstrafe	Gemäß
1.500,00 Euro zu 1. bis 58.	100 Stunden zu 1. bis 58.	§ 7i Abs. 1 AVRAG zu 1. bis 58.

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

150,00 Euro zu 1. bis 58. als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher
95.700,00 EURO“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Mit der rechtzeitig dagegen eingebrachten Beschwerde vom 03.04.2017, die dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich gemeinsam mit dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt vorgelegt wurde, wurde abschließend unter anderem die ersatzlose Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses, die Herabsetzung der Strafe und die Erteilung einer Ermahnung beantragt.

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

2.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt der belangten Behörde und am 15.01.2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, die am 26.02.2018 fortgesetzt wurde.

2.3. Über die gegen das Erkenntnis des OÖ. Landesverwaltungsgerichts vom 08.05.2018, LVwG-301543/34/BMa/TK, vom Finanzamt Grieskirchen Wels erhobene ordentliche Revision hat der VwGH mit Erkenntnis vom 20.09.2021, Ro 2018/11/0032-5, abgesprochen und das bekämpfte Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.
Dazu hat der VwGH im Wesentlichen ausgeführt:

„11 Die Revision ist bereits aus den im angefochtenen Erkenntnis angeführten Gründen zulässig. Sie ist auch begründet:

Die Rechtmäßigkeit jedes der angefochtenen Erkenntnisse hängt davon ab, ob die rechtliche Beurteilung des Verwaltungsgerichts, in den Revisionsfällen liege keine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung von der AX und der AY an die A A GmbH vor, zutreffend ist.

12 Dem zum selben Thema ergangenen hg. Erkenntnis vom 7. September 2021, Ra 2017/11/0154, lag zugrunde, dass der handelsrechtliche Geschäftsführer eines österreichischen Transportunternehmens für schuldig erkannt worden war, er habe zu verantworten, dass dieses Unternehmen näher bezeichnete ungarische Arbeitnehmer seiner ungarischen Tochtergesellschaft als LKW-Fahrer beschäftigt habe, ohne Unterlagen für die Anmeldung der Arbeitskraft zur Sozialversicherung sowie eine Abschrift der Meldung gemäß § 17 Abs. 2 und Abs. 3 AÜG bereitzuhalten. Der Verwaltungsgerichtshof hatte sich mit der Frage

auseinanderzusetzen, ob ein Werkvertrag vorlag oder ob die Tochtergesellschaft ihre Fahrer an die Muttergesellschaft - iSd. Richtlinie 96/71/EG (Entsenderichtlinie), da ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorlag - überlassen hatte.

13 Dieselbe Frage (Werkvertrag oder grenzüberschreitende Überlassung) stellt sich in Revisionsfällen. Zwar hat sich das Verwaltungsgericht bei seiner Beurteilung an den durch das hg. Erkenntnis vom 22. August 2017, Ra 2017/11/0068, vorgegebenen Kriterien orientiert, jedoch fehlen - ebenso wie im zuvor beschriebenen Fall - Feststellungen zur konkreten Vertragsgestaltung im Hinblick auf diese Kriterien. Angesichts der in den angefochtenen Erkenntnissen getroffenen Feststellungen, dass alle LKW der Unternehmensgruppe von der A A GmbH disponiert würden, dass von den Fahrern angenommene bzw. ausgeführte Transportaufträge fallweise erst nachträglich an die AX oder AY übermittelt würden, dass sich die Fahrer bei den Disponenten oder Dolmetschern der A A GmbH abmeldeten, oder dass die jeweilige Dolmetscherin der A A GmbH auch Ansprechpartnerin der Fahrer der AX und der AY für während der Fahrten auftretende Probleme sei und ihnen diesbezügliche Anleitungen gebe, scheint überdies nicht restlos geklärt, wer die Zahl der eingesetzten tschechischen und polnischen Fahrer bestimmt und ihnen regelmäßig die konkreten Weisungen erteilt bzw. was diesbezüglich vertraglich vereinbart wurde. Es werden daher im Sinne des zitierten Erkenntnisses Ra 2017/11/0068 eindeutige Sachverhaltsfeststellungen zu treffen sein, ob und welche der für die Arbeitskräfteüberlassung ausschlaggebenden Kriterien verwirklicht sind, um im Rahmen einer rechtlichen Gesamtbeurteilung fallbezogen das Vorliegen von grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung abschließend bejahen oder verneinen zu können.

14 Auch hinsichtlich der Frage, ob auf die eingesetzten Fahrer der AX und der AY die Entsenderichtlinie 96/71/EG Anwendung findet, gleichen die Revisionsfälle dem dem hg. Erkenntnis vom 7. September 2021, Ra 2017/11/0154, zugrundeliegenden Fall. Ebenso wie dort fehlen vor dem Hintergrund des Urteils des EuGH vom 1. Dezember 2020, C-815/18, Federatie Nederlandse Vakbeweging (dieses hinsichtlich der Anwendbarkeit der Entsenderichtlinie bestätigt durch EuGH 8.7.2021, C-428/19, OL, PM, RO gg. Rapidsped), zu treffende Feststellungen zu Art und Umfang der von den polnischen und tschechischen Fahrern in Österreich erbrachten Arbeitsleistung, um beurteilen zu können, ob diese Arbeitsleistung eine hinreichende Verbindung zum österreichischen Hoheitsgebiet aufweist.

15 Da die Revisionsfälle somit in den entscheidungswesentlichen Punkten dem dem hg. Erkenntnis Ra 2017/11/0154 zugrundeliegenden Fall gleichen, wird gemäß § 43 Abs. 2 VwGG auf die Begründung dieses Erkenntnisses verwiesen.“

Entsprechend den Ausführungen des VwGH hat das LVwG OÖ den Sachverhalt ergänzend erhoben und am 25.01.2022 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers und Vertreter des Amts für Betrugsbekämpfung gekommen sind. Nach der Verhandlung wurden weitere Beweise vorgelegt und Stellungnahmen abgegeben.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

3.1.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird festgestellt:

E J A ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma A A GmbH, einem Speditionsunternehmen in Österreich. Der Hauptsitz ist in A. Die österreichische A GmbH hat zur vorgeworfenen Tatzeit über zwei Tochterunternehmen, die jeweils Transportunternehmen sind (Seite 3 des Verhandlungsprotokolls vom 15.01.2018), nämlich die A P sp. zo.o. in Polen und die A s.r.o. in Tschechien, verfügt. Der Beschwerdeführer war auch jeweils handelsrechtlicher Geschäftsführer und damit Außenvertretungsbefugter der beiden ausländischen Gesellschaften. Die österreichische A A GmbH war zu 99 % Eigentümerin der polnischen A-Tochter und zu 100 % Eigentümerin der tschechischen.

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

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

Die A A GmbH verfügte über einen Eigenfuhrpark von zirka 40 LKWs in Österreich. Von der tschechischen Tochterfirma sind 36 Zugfahrzeuge der Firma im Einsatz und von der polnischen 51 Zugfahrzeuge. Die LKW-Zugfahrzeuge wurden von der österreichischen A GmbH angekauft und an die polnische oder tschechische Tochter weitervermietet. Sie wurden in Polen oder Tschechien zum Verkehr zugelassen und wieder nach Österreich verbracht um dort den Auflieger von der A A GmbH, der auch im Eigentum der österreichischen Mutter bleibt, montiert zu bekommen, um Transporte durchzuführen (Seite 4 des Verhandlungsprotokolls vom 15.01.2018). Wenn ein Wechsel des Aufliegers stattgefunden hat, musste sich der Fahrer mit der Mappe, in der sich die Papiere des alten Aufliegers

befanden, zum Disponenten begeben und beim Disponenten die neuen Papiere abholen (Seite 15 des Verhandlungsprotokolls vom 15.01.2018).

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

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

Zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt waren in der A A GmbH in Österreich sieben Disponenten im Einsatz, die auch auf die Fahrzeuge der polnischen und tschechischen Tochtergesellschaften Zugriff hatten. In der tschechischen Tochterfirma wurde die Disposition von in Tschechien angefallenen Transportaufträgen von der Geschäftsführerin mitgemacht. Soweit in Tschechien Aufträge disponiert wurden, wurden diese ausschließlich an andere Subunternehmer außerhalb des A Firmenkonzerns weitergegeben (Seite 5 des Verhandlungsprotokolls vom 15.01.2018). In der polnischen Gesellschaft war ein Disponent beschäftigt, der aber nur einen LKW der A-Gruppe disponiert hat. Darüber hinausgehende Aufträge wurden von ihm an einen weiteren Subunternehmer vergeben und nicht durch die A Gesellschaft bzw. deren Tochtergesellschaft erledigt.
Alle LKWs der A-Gruppe wurden von der A A GmbH disponiert, mit Ausnahme eines LKWs und eines Fahrers, der von Polen aus disponiert wurde (Seite 10 des Verhandlungsprotokolls vom 15.01.2018). Die Disposition erfolgte von Österreich aus für alle Fahrzeuge der Tochtergesellschaften in Polen oder Tschechien (Seite 11 des Verhandlungsprotokolls vom 15.01.2018), die Übernahme und Übergabe der LKWs erfolgte ebenfalls in Österreich in der A A GmbH. Bei der Disposition gab es keinen Unterschied zwischen polnischen, tschechischen und österreichischen Fahrern.
Beginn und Ende der Fahrt war jeweils in R (Seite 12 des Verhandlungsprotokolls vom 15.01.2018).

Für die Fahrt der polnischen Fahrer nach Österreich wurden von der polnischen Tochtergesellschaft Busse zur Verfügung gestellt, die die polnischen Fahrer nach Österreich und retour brachten. Die tschechischen Fahrer reisten mit ihren eigenen Pkw oder auf sonstige Weise selbstständig an.
Der Austausch der Fahrer wurde grundsätzlich von den jeweiligen Tochtergesellschaften organisiert, gelegentlich wurden die Fahrer aber auch von den in der A A GmbH angestellten Dolmetscherinnen, die mit den polnischen oder tschechischen Fahrern in Verbindung waren, kontaktiert. Die Dolmetscherinnen hatten diesbezüglich bei Ausnahmefällen ausgeholfen (Seite 15 des Verhandlungsprotokolls vom 15.01.2018).
Bei einem Fahrerwechsel hatten sich die Fahrer auch bei der jeweiligen Dolmetscherin oder bei einem Disponenten abgemeldet und bei einem solchen Anlass gleich bekannt gegeben, ob etwas „herzurichten“ war (Seite 16 des Verhandlungsprotokolls vom 15.01.2018).

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

Die österreichische Dolmetscherin hatte die Aufgabe, die Kommunikation zwischen allen und zwar zwischen dem tschechischen Büro und der Geschäftsleitung in Österreich aber auch zwischen den Fahrern und dem Büro in Österreich aufrecht zu erhalten. Die österreichische Dolmetscherin hatte auch Urlaubsscheine für die Fahrer der Subunternehmen ausgestellt und hatte den Lohnvorschuss, wenn ein Fahrer einen solchen benötigt hatte, mit der Buchhaltung in R abgeklärt (Seite 17 und Seite 18 des Verhandlungsprotokolls vom 15.01.2018). Der Lohnvorschuss wurde in R ausbezahlt und die tschechische Firma hatte den Vorschuss vom Lohn des Fahrers in Tschechien abgezogen. Das wurde zwischen der österreichischen und tschechischen Buchhaltung abgerechnet.
Im Bedarfsfall wurden die polnischen und tschechischen Fahrer von den Dolmetscherinnen der A A GmbH kontaktiert, damit diese ihre Arbeit nach der einwöchigen Pause wieder angetreten hatten.
Der Arbeitsablauf der für die tschechische und polnische Tochterfirma zuständigen Dolmetscherinnen war gleich (Seite 16 des Verhandlungsprotokolls vom 15.01.2018).

Wenn ein tschechischer oder polnischer Fahrer irgendetwas benötigt hatte, war er zur Dolmetscherin nach R gekommen, beispielsweise wenn er einen Reifen wechseln wollte, weil es viel zu zeitaufwändig gewesen wäre, wenn er extra deshalb beispielsweise in B angerufen hätte und von B dann die Werkstätte verständigt worden wäre (Seite 18 des Verhandlungsprotokolls vom 15.01.2018). Immer wenn ein Fahrer nicht wusste, was zu tun war, hatte er die jeweilige Dolmetscherin in der A A GmbH angerufen, beispielsweise wenn ein Fahrer eine Ladestelle nicht gefunden hatte, wurde sie angerufen, sie hatte im Computersystem nachgeschaut und dem Fahrer erklärt, wo er hinfahren muss, welche Straße er zu nehmen hatte.
Es hatte sich bei der Tätigkeit der jeweiligen Dolmetscherin der A A GmbH damit nicht nur um eine reine Übersetzungstätigkeit gehandelt, sondern auch um problemlösungsorientierte Handlungen (Seite 20 des Verhandlungsprotokolls vom 15.01.2018).

Für den jeweiligen Disponenten der A A GmbH war im Navigationssystem „Fleetvisor“ ersichtlich, welcher Fahrer welchen LKW gelenkt hatte und auch wohin dieser gefahren war. Vom Disponenten wurde auf die unterschiedlichsten Fahrzeuge in gleicher Weise zugegriffen, egal ob es sich um einen LKW der A-A GmbH oder einen der tschechischen oder polnischen Tochterfirma handelte.
Der Ladeauftrag wurde vom Disponenten an den Fahrer über das Kommunikationssystem weitergegeben. Dabei wurde in das Satellitensystem die Art und Dauer der Ladung, das Ziel, aber auch die Route, die der Fahrer nehmen sollte, hineingeschrieben. Für allfällige Fragen zu den Fahrtaufträgen waren die Dolmetscherinnen zuständig.
Der Fahrer vermerkte im Satellitensystem, dass er eine Übersetzung benötigte und die Dolmetscherin übersetzte daraufhin. Bei Problemen mit der Abwicklung des Fahrtauftrags wurde dies vom Fahrer im internen Kommunikationssystem vermerkt und dieser Vermerk wurde von der Übersetzerin an den Disponenten weitergegeben. Wenn es Probleme gab und der Disponent davon erfahren hat, versuchte er eventuell ein anderes Auto für die Ladung einzusetzen oder er versuchte, die Strecke umzudrehen, oder ähnliches.
Soweit die Route geändert werden konnte und der Disponent diese änderte, gab er auch die Änderung der Route vor. Der Disponent wurde nicht direkt von den Fahrern kontaktiert, jedoch über das Astrata Fleetvisor-System (das interne Kommunikationssystem). Er griff auf die jeweilige Meldung in dem System zu, für die er zuständig war.
Im Büro der Disponenten der A-A GmbH befand sich die „Liste: LKW inkl. Fahrer“. Auf dieser Liste waren neben den Kennzeichen auch die Namen der Fahrer, die Wohnorte und deren Handynummer vermerkt. Im Notfall wurden mit Hilfe der Übersetzerinnen die tschechischen und polnischen Fahrer kontaktiert, dies war jedoch nur für den Notfall gedacht.

Diese Liste wurde wöchentlich aktualisiert und es war auch vermerkt, welcher Fahrer ohne Zuteilung war oder sich im Urlaub oder Krankenstand befand. Es gab keine Vorgaben für die Disponenten der A-A GmbH, welche LKWs sie einsetzen, es wurden sowohl die LKWs der A A GmbH als auch jene der Tochtergesellschaften in Tschechien und Polen von ihnen disponiert. Auf den Transportaufträgen der polnischen und tschechischen Tochtergesellschaften waren die jeweiligen Kennzeichen vermerkt, nicht jedoch auf den Transportaufträgen bei der Beauftragung einer Fremdfirma als Subunternehmen durch die A - A GmbH.

Der jeweilige Fahrtauftrag wurde über das Astrata Fleetvisor - System dem jeweiligen LKW geschickt, dort wurde er vom Lenker per Knopfdruck bestätigt und erst dann erfolgte die Verfassung des Auftrags, der an die Buchhaltung übermittelt wurde. Auf diesem Auftrag war auch schon das Kennzeichen des LKWs vermerkt, hatte doch der jeweilige Fahrer vorher schon den Auftrag akzeptiert. In einigen Fällen wurden die Transportaufträge erst nachträglich an die jeweilige Tochterfirma übermittelt.
Die jeweilige A-Tochterfirma konnte gegen die Durchführung des Auftrags wegen Zeitüberschreitung oder aus anderen Gründen Einwand erheben. Es kam fallweise vor, dass daraufhin der Fahrer von der jeweiligen Tochterfirma ausgetauscht wurde, wenn er auf Urlaub ging oder wenn seine Arbeitszeiten schon überschritten wurden.
Darauf hatte der Disponent keinen Einfluss.
Wenn ein Einwand von der jeweiligen Tochterfirma kam, suchte sich der Disponent in der näheren Umgebung einen anderen passenden LKW, der gerade frei war und die Ladung übernehmen konnte. Wenn ein LKW beispielsweise nicht mehr nach Wien fahren konnte aber noch nach Salzburg, dann gab er diesem eine kürzere Tour, beispielsweise nach Salzburg, und suchte sich einen anderen LKW für die längere Tour nach Wien, diesbezüglich konnte der Disponent variieren.
Der vom Disponenten an die Buchhaltung übermittelte Transportauftrag wurde von der Buchhaltung an die tschechische oder polnische Tochterfirma weitergeleitet. Der jeweilige Fahrer begann seine Fahrt sofort nachdem er den Transportauftrag über das Kommunikationssystem bekommen und diesen bestätigt hatte. Es kam im Regelfall zu keiner weiteren Verständigung von der jeweiligen tschechischen oder polnischen Tochterfirma an den Fahrer. Er bekam nur dann eine Verständigung, wenn ein Einwand gegen den Auftrag bestand.
Die Mitteilung an die Fahrer erfolgte teilweise direkt über die Dolmetscherinnen in R. Die Niederlassungen in Tschechien und Polen konnten den gesamten Vorgang über das Astrata Fleetvisor-System mitverfolgen (Seite 29 des Verhandlungsprotokolls vom 15.01.2018).

Inhalt eines Transportauftrages war die Art der Waren, die transportiert wurden, der Transporttermin sowie ein fixes Frachtentgelt. Die Spedition A beauftragte neben ihren eigenen Töchtern in Tschechien und Polen in gleicher Weise auch andere Subunternehmer außerhalb der A-Gruppe. Der Preis für den Transport der

Waren war ein fix vereinbarter, an dem sich auch nichts änderte, wenn der Fahrer einen Umweg gefahren war oder wenn er für den Transport länger benötigte z.B. aufgrund eines Staus.

Nach Rückkehr von der jeweiligen Tour wurden die Frachtpapiere von allen Fahrern im Büro der A A GmbH in R abgegeben. In den Büroräumlichkeiten bestanden Anschläge, die Hinweise für polnische und tschechische Fahrer in nicht deutscher Sprache gaben.

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

Für jeden Miet-LKW wurden Service- und Instandhaltungskosten durch die Werkstätte der A A GmbH in R monatlich verrechnet und zwar in Höhe von 600 Euro. Der verrechnete Betrag war dem jeweiligen Kennzeichen zuordenbar (Beilage 7 und 8 zur Urkundenvorlage der Beschwerdeführer vom 30.01.2018).
In der Pauschale enthalten waren die Kosten von Reparatur und Service bzw. Wartung. Dies beinhaltete alles, was mit Reifen, Bremsen, Öl, Schmiermittel und Scheibenwischer etc. zu tun hatte. Ein Motorschaden beispielsweise wurde an die Tochtergesellschaften weiterverrechnet, ebenso sämtliche Schäden, die außerhalb der Garantiezeit von drei Jahren aufgetreten waren oder außerhalb dieser Garantie lagen (Seite 14 des Verhandlungsprotokolls vom 15.01.2018).
Sämtliche Reparaturen wurden in der Buchhaltung erfasst (Seite 27 und Seite 28 des Verhandlungsprotokolls vom 15.01.2018).

In jeder A-Gesellschaft und zwar der österreichischen A GmbH aber auch der polnischen und der tschechischen Tochtergesellschaft gab es jeweils eine eigene Schadensabteilung. Wenn es einen Schaden am Fahrzeug oder an der Fracht gab, wurde entweder bei der Dolmetscherin angerufen, damit diese die Information weitergab, dass es zu Fahrverzögerungen kam oder es wurde in der jeweiligen Tochtergesellschaft angerufen. Vorrangig ging die Kommunikation über das Satellitenkommunikationssystem.
Die Schadensabwicklung bei den LKWs der Tochtergesellschaften in Tschechien und Polen erfolgt folgendermaßen: Die LKWs wurden in die Vertragswerkstätten oder in die eigene Werkstätte in R gebracht und dort repariert. Die Abrechnung erfolgte mit der A A GmbH und diese verrechnete die Reparaturen der jeweiligen Tochtergesellschaft weiter. Die Tochtergesellschaft reichte den Schaden entweder beim jeweiligen Schädiger ein oder rechnete diesen über die eigene Kasko-

Versicherung ab. Die Originale der Schadensberichte wurden in der A-A GmbH aufbewahrt.
Bei einem größeren Schaden musste der jeweilige Fahrer den Schaden bei der Tochtergesellschaft melden. Wenn die Dolmetscherin der A-A GmbH von einem Schaden oder Unfall verständigt wurde, wurde von ihr die Meldung an die Tochtergesellschaft weitergegeben und der Unfallbericht kam über die Dolmetscherin der A A GmbH zur jeweiligen Tochtergesellschaft, woraufhin diese die Angelegenheit mit der Versicherung erledigte.

Ein Schaden des Ladeguts wurde auf die gleiche Weise abgewickelt. Eine Verrechnung mit den Tochtergesellschaften erfolgte im jeweiligen Fall in Bezug auf den konkreten Auftrag. Das wirtschaftliche Risiko z.B. eines Verspätungsschadens oder der Beschädigung der Waren beim Transport trug das jeweilige Tochterunternehmen (Beilage 2 zum Verhandlungsprotokoll vom 15.01.2018).

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

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

Prinzipiell wurden die LKWs in der A-Gruppe lediglich mit einem Fahrer besetzt. Es konnte aber auch vorkommen, dass ein Fahrer vorzeitig aus einem Krankenstand zurückkam oder einen Urlaub, den er beabsichtigt hatte, doch nicht antrat. In solchen Fällen wurde ein LKW von der jeweiligen Tochtergesellschaft mit zwei Fahrern besetzt und der zuständige Disponent der A-A GmbH suchte Strecken für den LKW, wo es sich rechnete, dass ein zweiter Fahrer am LKW dabei war.

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

Sämtliche Fahrer der Tochtergesellschaften in Polen und Tschechien hatten ihren ordnungsgemäßen Aufenthalt in Polen bzw. Tschechien und durften dort auch arbeiten, sie sind im jeweiligen Land aufenthalts- und arbeitsberechtigt (Seite 4 des Verhandlungsprotokolls vom 15.01.2018).

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

Sämtliche im Spruch des bekämpften Erkenntnisses angeführten tschechischen Fahrer, mit Ausnahme jener, unter den Ziffern 2, 3, 7, 8, 17, 20, 22, 25, 28, 29, 32, 36, 37, 39, 54 und 56 angeführten, waren zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt im Einsatz.

3.1.2. Entsprechend den zwischenzeitig vom EUGH und dem VwGH entwickelten für Entsendungen und Arbeitskräfteüberlassungen wesentlichen Kriterien wird der Sachverhalt wie folgt ergänzt:

Es kann nicht festgestellt werden, dass einer der zur Tatzeit im Einsatz befindlichen Fahrer zur vorgeworfenen Tatzeit (am 15.06.2016) nicht im internationalen Transportverkehr eingesetzt war. Es kann auch nicht festgestellt werden, welche Tätigkeiten die zur vorgeworfenen Tatzeit eingesetzten Fahrer, außer dem Durchführen von Transporttätigkeiten, in Österreich verrichtet haben. Lediglich hinsichtlich fünf Fahrer (K, O, und Z, die Arbeitnehmer der A P Sp. zo.o und P sowie P, die Arbeitnehmer der A s.r.o. in Tschechien waren) wurden anlässlich der von der Finanzpolizei durchgeführten Kontrolle die Fahrtenschreiber ausgelesen. Diesbezüglich konnten aber auch keine anderen Tätigkeiten als die Erbringung von Transportleistungen festgestellt werden. Service-, Wartungs- und Reparaturleistungen wurden nicht durch die Fahrer, sondern von zertifizierten Werkstätten durchgeführt (Seite 4 des Verhandlungsprotokolls vom 25.01.2022).

Dem jeweiligen Transportauftrag zugrunde lag ein Rahmenvertrag, aufgrund dessen die Transportaufträge erteilt wurden. Dies waren die allgemeinen Geschäftsbedingungen der A A GmbH, zu denen die Subunternehmer beschäftigt wurden. Der Rahmenvertrag wurde dem jeweiligen Subunternehmer beim ersten Auftrag übermittelt. Für die Einhaltung der Transportaufträge, die aufgrund dieses Rahmenvertrags erteilt wurden, hatten die Subunternehmer gewährleistungsrechtlich und schadenersatzrechtlich einzustehen.
Die Durchführung eines Transportauftrags folgte folgendem Ablauf:

Es wurde ein Auftrag an die Fa. A A GmbH erteilt. Wenn es sich dabei um einen Auftrag handelte, der von der A A GmbH Österreich durchgeführt wurde, wurde kein Akt angelegt. Wenn es sich aber um einen Auftrag handelte, der an einen Subunternehmer weitergegeben wurde, wurde ein Akt angelegt und in der überwiegenden Anzahl bzw. normalerweise ein schriftlicher Auftrag von der A A GmbH an den jeweiligen Subunternehmer erteilt. Die Erteilung des Auftrags erfolgte unter Bezugnahme auf die allgemeinen Bedingungen. Entsprechend der mit ihnen getroffenen Vereinbarung übernahmen die Subunternehmer die Ladung. Auf die Rahmenvereinbarung wurde im jeweiligen schriftlichen Auftrag dann auch Bezug genommen. Der Auftrag wurde sodann vom Subunternehmer erbracht.
Der Auftrag konnte auch von den Fahrern der polnischen oder tschechischen Tochter abgelehnt werden, wenn der Fahrer schon zu lange unterwegs war oder einen Urlaub angetreten hatte oder Zeitausgleich etc. hatte. Die Entscheidung, ob ein Transportauftrag angenommen wurde oder nicht, lag jeweils beim Prokuristen des jeweiligen Tochterunternehmens.
Nach Entgegennahme und Abarbeitung des Vertrags wurde dieser bei der A A GmbH fakturiert.
Die A A GmbH erhielt von ihrem Auftraggeber einen festgesetzten Transportlohn, dies nachdem eine Rechnung an den Auftraggeber der A A GmbH gelegt wurde. Es gab einen vereinbarten Transportlohn zwischen der A A GmbH Österreich und jenem, der die Waren zugestellt haben wollte. Dazu gab es Rahmenvereinbarungen. Der Subunternehmer, der den Auftrag für A Österreich ausführte, erhielt einen festgelegten Prozentsatz des von A Österreich vereinbarten Werklohns.
Dieser Sachverhalt galt auch für einen konzernfremden Subunternehmer.
Es gab zwei Rechnungen, und zwar eine vom Subunternehmer an die A A GmbH und eine von der A A GmbH an den Auftraggeber der A A GmbH (Seite 7 und 8 des VHP vom 25.01.2022).
Die Tochterunternehmen trugen auch eine Erfolgshaftung für die Ausführung des Transportauftrags. Haftungsgrundlage waren die CMR-Regelungen.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus den vorgelegten Verwaltungsakten und dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung im ersten Rechtsgang vom 15. Jänner 2018, die am 26. Februar 2018 fortgesetzt wurde und der im zweiten Rechtsgang durchgeführten Verhandlung vom 25.01.2022 ergibt.
Zu den im ersten Rechtsgang getätigten Feststellungen wird auf die beweiswürdigenden Ausführungen im Erkenntnis LVwG-301543/34/BMa/TK vom 08.05.2018 verwiesen.
Zu den ergänzend im zweiten Rechtsgang anlässlich der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 25.01.2022 aufgenommenen Beweise und die danach ergänzend vorgelegten Unterlagen wird ausgeführt, dass diese vom Vertreter des Amtes für Betrugsbekämpfung nicht bezweifelt wurden und daher der Entscheidung zugrunde gelegt werden können.

Hinsichtlich fünf Fahrer (K, O, P, P und Z) wurde vom Amt für Betrugsbekämpfung die Auswertung der Fahrtenschreiber vorgelegt. Aus den vorgelegten Aufzeichnungen ergibt sich Beginn und Ende einer jeweiligen Fahrt, es ist jedoch daraus nicht ersichtlich, welche Ziele dazwischen angefahren wurden bzw. welche Wegstrecken wo zurückgelegt wurden (Seite 2 des VHP vom 25.01.2022). Dafür, dass die Fahrer zur vorgeworfenen Tatzeit im internationalen Transportverkehr eingesetzt waren, spricht, dass die Fa A A GmbH in Österreich selbst Dienstnehmer angestellt gehabt hat, die zu den Fahrten innerhalb von Österreich herangezogen wurden und auch zu den Spezialtransporten. Auch hat sich aufgrund der nach der mündlichen Verhandlung vorgelegten Transportakte betreffend die vorgeworfene Tatzeit am 15.06.2016 und den darin befindlichen Transportaufträgen, Frachtbriefen oder Lieferscheinen keine innerösterreichische Kabotagefahrt ergeben. Die Fahrerkarten wurden nur hinsichtlich fünf Fahrer ausgelesen, weil anlässlich der Kontrolle im Jahr 2016 diese Erhebungen nach der damals geltenden Rechtslage als nicht relevant erschienen sind.
Aus diesem Grund wurden anlässlich der Kontrolle auch keine Erhebungen getätigt, welche Arbeiten von den Fahrern neben dem Führen eines Transportfahrzeugs noch verrichtet wurden.
Die beantragte zeugenschaftliche Befragung der fünf Fahrer, hinsichtlich derer anlässlich der Kontrolle die Fahrtenschreiber ausgelesen wurden, konnte unterbleiben, weil sich im Verfahren aufgrund der vorgelegten Beweise kein Anhaltspunkt ergibt, dass die Fahrer nicht im internationalen Frachtverkehr eingesetzt wurden.
Darüber hinaus kann die Aufnahme bloßer Erkundungsbeweise, nach der Rechtsprechung des VwGH, unterbleiben (VwGH vom 25.09.2007, 2004/18/0141). Um solche würde es sich hier handeln. Die nach der mündlichen Verhandlung vorgelegten Stellungnahmen der Parteien haben keine von den davor getätigten Erhebungen abweichenden, entscheidungsrelevanten Sachverhaltselemente hervorgebracht.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

3.3.1. Rechtsgrundlagen
Die zur Tatzeit maßgebenden Rechtsvorschriften lauten:

Gemäß § 7d Abs. 1 AVRAG haben Arbeitgeber/innen im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 während des Zeitraums der Entsendung insgesamt (§ 7b Abs. 4 Z 6) den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel (§ 7b Abs. 1 Z 4), Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des dem/der entsandten Arbeitnehmers/in für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts

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

Gemäß § 7d Abs. 2 AVRAG trifft die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung den/die inländische/n Beschäftiger/in. Der/Die Überlasser/in hat dem/der Beschäftiger/in die Unterlagen nachweislich bereitzustellen.

Gemäß § 7f Abs. 1 Z 3 AVRAG sind die Organe der Abgabenbehörden berechtigt, das Bereithalten der Unterlagen nach §§ 7b Abs. 5 und 7d zu überwachen sowie die zur Kontrolle des dem/der nicht dem ASVG unterliegenden Arbeitnehmer/in unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zustehenden Entgelts im Sinne des § 7i Abs. 5 erforderlichen Erhebungen durchzuführen und in die zur Erhebung erforderlichen Unterlagen (§§ 7b Abs. 5 und 7d) Einsicht zu nehmen, Abschriften dieser Unterlagen anzufertigen und die Übermittlung von Unterlagen zu fordern, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Erfolgt bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten die Kontrolle nicht am ersten Arbeits(Einsatz)ort, sind die Unterlagen der Abgabenbehörde nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.

Gemäß § 7i Abs. 1 AVRAG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde 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, wer die erforderlichen Unterlagen entgegen § 7d Abs. 1 oder § 7f Abs. 1 Z 3 nicht übermittelt. Ebenso ist zu bestrafen, wer entgegen § 7g Abs. 2 oder § 7h Abs. 2 die Unterlagen nicht übermittelt.

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

Nach § 4 Abs. 1 AÜG ist für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Nach § 4 Abs. 2 leg. cit. liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber

1. kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder
2. die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder
3. organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder
4. der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet.

§ 9 Abs. 1 VStG BGBl. Nr. 52/1991 idF BGBl. I Nr. 3/2008 lautet:
Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

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

3.3.2. Vorweg ist zu prüfen, ob eine Entsendung der im Erkenntnis der belangten Behörde angeführten Fahrer entsprechend der Entsenderichtlinie 96/71/EG vorliegt, die auf Fahrer im internationalen Güterverkehr unabhängig davon, ob der Fahrer als Arbeitskraft grenzüberschreitend überlassen oder entsendet wurde, Anwendung findet. Nach der Judikatur des EuGH kann nur dann von einer Entsendung ausgegangen werden, wenn eine hinreichende Verbindung zwischen der Arbeitsleistung des Fahrers und dem Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats als demjenigen besteht, in dessen Hoheitsgebiet er normalerweise arbeitet. Dafür ist eine Gesamtwürdigung aller Gesichtspunkte vorzunehmen, die die Tätigkeit des betreffenden Arbeitnehmers kennzeichnet, was eine Gesamtwürdigung aller Gesichtspunkte voraussetzt.
Wie sich aus den Feststellungen ergibt, konnten die Tätigkeiten der Fahrer zur vorgeworfenen Tatzeit am 15.06.2016 nicht nachvollzogen werden. Feststellungen des generellen Arbeitsablaufs sind in diesem Verfahren nicht zielführend, beschränkt sich die Tatzeit doch auf einen konkret im bekämpften Erkenntnis angeführten Tag.
Bereits daraus ergibt sich – gemäß dem Grundsatz „in dubio pro reo“ – dass eine hinreichende Verbindung eines Fahrers zum österreichischen Staatsgebiet im Sinne der Judikatur des EuGH nicht angenommen werden kann, setzt dies doch genaue Feststellungen zu der vom einzelnen Fahrer in Österreich geleisteten Tätigkeit voraus.

In einem Strafverfahren ist bei der Beurteilung, ob ein Fahrer als nach Österreich entsandt anzusehen ist, eine individuelle Beurteilung der Tätigkeit jedes einzelnen Fahrers, hinsichtlich dessen ein Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer geführt wird, vorzunehmen.
Denn es entspricht den Gegebenheiten in der Transportbranche, dass den jeweiligen Fahrern individuell Fahrziele in Gebiete zugewiesen werden, die sie bevorzugt befahren. Damit gibt es in den meisten Speditionen auch Fahrer, die den inländischen Markt bedienen oder nur in nahegelegenen Grenzgebieten eingesetzt werden, und somit den Großteil ihrer Dienstleistung innerhalb des österreichischen Staatsgebiets erbringen.
Vom Bf wurde diesbezüglich – unwidersprochen geblieben – darauf hingewiesen, dass für Transportaufträge, die das österreichische Staatsgebiet betreffen ausschließlich die Fahrer der A A GmbH eingesetzt werden, nicht jedoch die im Spruch des bekämpften Erkenntnisses angeführten Fahrer der Tochtergesellschaft.
Weil zur Tätigkeit der Fahrer und deren Verbindung zum Hoheitsgebiet von Österreich aber keine Feststellungen getroffen werden konnten, war schon die erste, nach den Ausführungen des VwGH im Erkenntnis vom 24.06.2021, Ra 2017/09/0005-11, zu prüfenden Frage, ob von einer Entsendung der Fahrer im Sinne des Art. 2 Abs. 1 der Entsenderichtlinie 96/71/EG in das Hoheitsgebiet von Österreich auszugehen ist, im Zweifel zu Gunsten des Beschwerdeführers zu verneinen.
Das durchgeführte Beweisverfahren hat auch keine Anhaltspunkte zu Tage gebracht, dass die eingesetzten Fahrer Lade- oder Reparaturtätigkeiten, auf die gemäß der Judikatur des VwGH ebenfalls abzustellen ist, verrichtet haben. Die Tatsache, dass die Basis des Einsatzes der Fahrer in Österreich gelegen ist und die Fahrer von dieser Basis aus überwiegend ihre Touren beginnen und diese wieder dort beenden, ist ein gewichtiger Anhaltspunkt für eine Verbindung der Fahrer zum Hoheitsgebiet von Österreich. Der EuGH hat in seinem Erkenntnis vom 08.07.2021 in der Rechtsache C-428/19 eine hinreichende Verbindung zum Hoheitsgebiet von Frankreich in einem Fall angenommen, in dem die Arbeitnehmer mit einem Kleinbus von Ungarn zu einem bestimmten Ziel in Frankreich befördert wurden und von dieser „Basis“ aus Dienstleistungen im Straßenverkehr innerhalb Frankreichs erbracht wurden und unter bestimmten Umständen konnte diese Tätigkeit auch grenzüberschreitende Beförderungen umfassen.
Dieser Sachverhalt unterscheidet sich aber vom gegenständlichen dadurch, dass im hier zu beurteilenden die Fahrer deren Fahrerkarten ausgelesen wurden und für die die Transportakten für den vorgeworfenen Tattag übermittelt wurden, international eingesetzt wurden, sodass das Erkenntnis des EuGH C-428/19 hier nicht anwendbar ist.
Auch nach der EntsendeRL neu (RL 2020/1057/EU), bilden das bloße Durchqueren eines Staates und sogenannte bilaterale Transporte, die hier festgestellt wurden, keine Entsendung.

Sollte dennoch die Frage, ob eine Entsendung nach der Entsenderichtlinie 96/71/EG, vorliegt, zu bejahen sein (was hier nicht der Fall ist), ist nach der Judikatur des VwGH vom 24.06.2021, Ra 2017/09/0005-11, im Zusammenhang mit der Frage, ob ein Sachverhalt als grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung oder als Werkvertrag (Subfrachtvertrag) zu beurteilen ist, infolge des Anwendungsvorranges des Unionsrechts die bisherige Rechtsprechung zu § 4 AÜG im Sinn der Rechtsprechung des EuGH zu lesen, weshalb es einer Gesamtbeurteilung aller für die Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung maßgebenden Umstände bedarf und nicht (mehr) allein auf das Vorliegen einer der in § 4 Abs. 2 Z 1 bis 4 AÜG genannten Parameter abgestellt werden darf (vgl. VwGH 20.09.2017, Ra 2017/11/0016). Damit sind auch die Kriterien für die Arbeitskräfteüberlassung iSd. Art. 1 Abs. 3 lit. c der Richtlinie 96/71/EG entscheidend (vgl. VwGH 22.08.2017, Ra 2017/11/0068).
Für die Feststellung, ob ein Vertragsverhältnis als Arbeitskräfteüberlassung einzustufen ist, müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein – siehe dazu die auf Seite 21 ff dieses Erkenntnisses dargestellten Ausführungen des VwGH vom 24.06.2021, Ra 2017/09/0005-11.
Demnach ist besonderes Augenmerk auf die Prüfung zu legen, ob ein Dienstleistungserbringer eine Leistung erbringen muss, die mit den Vorgaben des Vertrags übereinstimmt, so dass die Folgen der Erbringung einer nicht vertragsgemäßen Leistung von dem Dienstleistungserbringer getragen werden muss. Ergibt sich daher aus dem Vertrag, dass der Dienstleistungserbringer verpflichtet ist, die vertraglich vereinbarte Leistung ordnungsgemäß auszuführen, ist es grundsätzlich weniger wahrscheinlich, dass es sich um eine Arbeitskräfteüberlassung handelt, als wenn er die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung dieser Leistung nicht zu tragen hat (vgl. EuGH 18.06.2015, Martin Meat, C-586/13).

Eine Prüfung der vertraglichen Grundlage für den Einsatz der Fahrer der Tochtergesellschaften der A A GmbH zur Erbringung der Beförderungsleistungen hat ergeben, dass – wie in den Feststellungen ersichtlich – bei der ersten Beauftragung eines Subunternehmers mit diesem ein Rahmenvertrag geschlossen wurde, aufgrund dessen die jeweiligen Transportaufträge erteilt wurden. Der Rahmenvertrag stellte die allgemeinen Geschäftsbedingungen der A A GmbH dar, zu denen der jeweilige Subunternehmer beschäftigt wurde.
Die Transportaufträge konnten mündlich oder schriftlich an die Subunternehmen erteilt werden und mussten vom Subunternehmen angenommen werden. Es wurde ein Transportlohn, zwischen der A A GmbH und jenem der die Waren zugestellt haben wollte, vereinbart. Der Subunternehmer, der den Auftrag für A Österreich ausgeführt hatte, erhielt einen festgesetzten fixen Betrag. Es wurden zwei Rechnungen erstellt, jene vom Subunternehmer an die A A GmbH und eine von der A A GmbH an den Auftraggeber der A A GmbH. In den Transportaufträgen und der mit dem Subunternehmen geschlossenen Rahmenvereinbarung wurden als

Haftungsgrundlage die CMR-Regelungen vereinbart und Schadensfälle wurden auch tatsächlich gemäß dieser Vereinbarung abgewickelt.
Es lagen die wesentlichen Elemente eines Werkvertrags in formaler Hinsicht vor.

Demgegenüber steht, dass hier aber auch von einer – für einen Werkvertrag vollkommen untypischen – Anleitung und Betreuung der Fahrer der A s.r.o. im Betrieb der A A GmbH auszugehen ist. Eine solche ist vor allem deshalb anzunehmen, weil jene Fahrer, die ihre Transportfahrten von der „Basis“ der A A GmbH in R starten und diese dort auch wieder beenden, zu Beginn und am Ende eines jeden Arbeitszyklus, aber auch bei der Ausführung des ihnen erteilten Transportauftrages, z.B. beim Auftreten von Problemen, bei der Ausführung der Dienstleistung, von Mitarbeitern der A A GmbH angeleitet und unterstützt wurden. Eine solche Verquickung der von der A s.r.o. zu erbringenden Dienstleistungen mit der von der A A GmbH zur Abwicklung der Transportaufträge am Standort der Muttergesellschaft zur Verfügung gestellten Infrastruktur, insbesondere aber die Verrichtung der Transportaufträge unter Aufsicht und Anleitung der Mitarbeiter der A A GmbH, widerspricht dem Vorliegen eines Werkvertrags, bei dem die A s.r.o. die Folgen einer nicht ordnungsgemäßen Ausführung des Transportauftrags zu tragen hat, sodass bei Abwägung sämtlicher in den Feststellungen aufgezeigten Betriebsabläufe nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt zwar formell, aber nicht inhaltlich ein Werkvertrag vorliegt und generell eine Arbeitskräfteüberlassung zu bejahen wäre.
Aber auch hier ist eine individuelle Betrachtung in Bezug auf jeden einzelnen Tatvorwurf notwendig, um das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung im einzelnen Fall zu beurteilen.

Weil – wie sich aus den Feststellungen ergibt – eine im Strafverfahren notwendige Einzelfallbeurteilung aus Mangel an Beweisen nicht vorgenommen werden kann, ist zu Gunsten des Bf auch das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung zu verneinen, sodass die dem Bf vorgeworfene Übertretung nicht erwiesen werden kann.

Zusammenfassend kann, im Zweifel zu Gunsten des Beschuldigten, nicht davon ausgegangen werden, dass eine Entsendung im Sinne Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG und der RL 2020/1057/EU in das Hoheitsgebiet von Österreich vorlag oder dass die im Spruch des bekämpften Bescheids angeführten Fahrer von der A s.r.o. an die A A GmbH überlassen wurden, sodass die vorgeworfene Verwaltungsübertretung nach dem AVRAG nicht erwiesen werden konnte und spruchgemäß gem. § 45 Abs. 1 Z 1 VStG zu entscheiden war.

zu II.
Bei diesem Verfahrensergebnis hat der Bf gem. § 52 Abs. 8 und Abs. 9 VwGVG weder einen Kostenbeitrag für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht

noch einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vor der belangten Behörde zu tragen.

zu III. Die ordentliche Revision ist zulässig, weil keine Judikatur des VwGH zu den Kriterien, nach denen eine Entsendung gemäß der Entsenderichtlinie 96/71/EG zu beurteilen ist, vorhanden ist. Zwar hat der VwGH in der Entscheidung vom 24.06.2021, Ra 2017/09/0005-11, vorgegeben, dass Feststellungen insbesondere zum zeitlichen und anteilsmäßigen Aspekt der Dienstleistungen in Österreich zur Beurteilung ob eine Entsendung nach der Richtlinie 96/71/EG vorliegt, zu treffen sind, es wurde aber nicht beurteilt, wie weit sich die Feststellungen verdichten müssen, damit eine solche Entsendung vorliegt. Auch zur RL 2020/1057/EU (EntsendeRL (neu)) ist eine Judikatur des VwGH nicht auffindbar.

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 ordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine 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 für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof 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.
Ein Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Verfahrenshilfe für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof 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.
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; 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.
Ein Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bergmayr-Mann