

Geschäftszeichen:

**LVwG-301342/49/Zo/BZ**

Datum:

**Linz, 5. April 2017**

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Zöbl über die Beschwerde des R.G., vertreten durch Mag. J.Z., Rechtsanwalt in L., X, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 29. September 2016, GZ: SV96-110-2014, betreffend Verwaltungsübertretungen nach dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 9. Februar 2017, die am 28. Februar 2017 fortgesetzt wurde,

zu Recht :

**I. Die Beschwerde wird betreffend den Schuldspruch mit folgenden Maßgaben als unbegründet abgewiesen:**

**Die Wortfolge „vom jeweiligen Eintrittsdatum (gemäß der diesem Bescheid angeschlossenen und einen wesentlichen Spruchpunkt bildenden Fahrerliste) bis zumindest 08.05.2016“ entfällt;  
die übertretene Rechtsvorschrift wird in der Fassung BGBl. I Nr. 98/2012 angewendet;  
anstelle der angeführten 1.099 Personen werden folgende Personen angeführt:**

- **Name: G.C., Geburtsdatum: x, Staatsbürgerschaft: U., ausgeübte Tätigkeit: LKW-Fahrer**
- **Name: A.F., Geburtsdatum: x, Staatsbürgerschaft: U., ausgeübte Tätigkeit: LKW-Fahrer**
- **Name: R.I., Geburtsdatum: x, Staatsbürgerschaft: U., ausgeübte Tätigkeit: LKW-Fahrer**

- **Name: I.K., Geburtsdatum: x, Staatsbürgerschaft: U., ausgeübte Tätigkeit: LKW-Fahrer**
- **Name: R.K., Geburtsdatum: x, Staatsbürgerschaft: U., ausgeübte Tätigkeit: LKW-Fahrer**
- **Name: C.M., Geburtsdatum: x, Staatsbürgerschaft: U., ausgeübte Tätigkeit: LKW-Fahrer**
- **Name: Z.P., Geburtsdatum: x, Staatsbürgerschaft: U., ausgeübte Tätigkeit: LKW-Fahrer**
- **Name: N.T., Geburtsdatum: x, Staatsbürgerschaft: U., ausgeübte Tätigkeit: LKW-Fahrer**
- **Name: N.T., Geburtsdatum: x, Staatsbürgerschaft: U., ausgeübte Tätigkeit: LKW-Fahrer**

**II. Hinsichtlich der Strafhöhe wird der Beschwerde insofern Folge gegeben, als anstelle von Einzelstrafen eine Gesamtstrafe in der Höhe von 4.000 Euro und eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Höhe von 268 Stunden verhängt werden.**

**III. Der Beschwerdeführer hat keine Kosten zum Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten. Der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde wird auf 400 Euro (das sind 10 % der verhängten Geldstrafe) herabgesetzt.**

**IV. Der Beschwerdeführer hat binnen zwei Wochen Barauslagen (Dolmetschergebühren) in Höhe von 344,60 Euro zu bezahlen.**

**V. Gegen dieses Erkenntnis ist keine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof zulässig.**

## **Entscheidungsgründe**

I.1. Die Bezirkshauptmannschaft Wels-Land (im Folgenden: belangte Behörde) hat mit dem Straferkenntnis vom 29. September 2016, GZ: SV96-110-2014, über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 17 Abs. 7 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) iVm § 22 Abs. 1 Z 2 2. Fall AÜG, BGBl. Nr. 196/1988 idF BGBl. I Nr. 44/2016, 1.099 Geldstrafen in der Höhe von 750 Euro pro Arbeitnehmer, insgesamt 824.250 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit derselben eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 36 Stunden pro Arbeitnehmer, insgesamt in der Dauer von 39.564 Stunden, verhängt.

Gleichzeitig wurde dem Bf die Bezahlung eines Verfahrenskostenbeitrages in der Höhe von insgesamt 82.425 Euro (das sind 10 % der verhängten Geldstrafe) vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben zumindest am 08.05.2014 (Kontrolltag) in der X, L., als Geschäftsführer und somit zur Vertretung nach außen Berufener der Firma G. KG mit Sitz in L., X, gem. § 9 VStG zu verantworten, dass es am dortigen Standort gem. § 17 Abs. 7 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz unterlassen wurde, für nachstehende Personen vom jeweiligen Eintrittsdatum (gemäß der diesem Bescheid angeschlossenen und einen wesentlichen Spruchpunkt bildenden Fahrerliste) bis zumindest 08.05.2016 Unterlagen über die Anmeldung der Arbeitskraft zur Sozialversicherung der nicht in Österreich sozialversicherungspflichtig überlassenen Arbeitskräfte [(Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. Nr. L 166 vom 30.04.2004 S. 1, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) Nr. 465/2012, ABl. Nr. L 149 vom 8.6.2012 S. 4)] sowie eine Abschrift der Meldung gemäß § 17 Abs. 2 und 3 AÜG bereitzuhalten:

[Anführung von Name, Geburtsdatum, Staatsbürgerschaft, Ausgeübte Tätigkeit, Dauer/Ausmaß der Beschäftigung, Entlohnung von insgesamt 1.099 Personen]“

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 2. November 2016, mit der die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und die Einstellung des Verfahrens beantragt werden.

Begründend wird in der Beschwerde zusammengefasst im Wesentlichen ausgeführt, dass die belangte Behörde den maßgeblichen Sachverhalt falsch bzw. unvollständig festgestellt habe, eine unrichtige rechtliche Beurteilung vorliege und europarechtliche Vorgaben nicht beachtet worden wären.

I.3. Die belangte Behörde hat diese Beschwerde gemeinsam mit dem Verfahrensakt mit Schreiben vom 10. November 2016 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidungsfindung vorgelegt. Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch Einzelrichter zu entscheiden.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt, in Aktenbestandteile aus dem Parallelverfahren LVwG-300787/BMa, welche in der mündlichen Verhandlung verlesen wurden, und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 9. Februar 2017, welche am 28. Februar 2017 fortgesetzt wurde. Zu dieser Verhandlung ist der Bf gemeinsam mit seinem rechtsfreundlichen Vertreter gekommen. Zeugenschaftlich wurden C.G., L.K., J.H., J.H., L.O., G.A., V.K., N.T., C.M., Mag. C.D. und D.S. – soweit erforderlich unter Beiziehung einer Dolmetscherin – einvernommen. Die belangte Behörde hat an der Verhandlung nicht teilgenommen.

II.2. Der Bf hat weiters ein Rechtsgutachten, erstellt von Univ.-Prof. Dr. R.R., datiert mit 30. April 2015, zum Themenbereich „Abgrenzung zwischen Frachtvertrag und Arbeitskräfteüberlassung“, welches auch Ausführungen zum Unionsrecht enthält, übermittelt.

Mit Schriftsatz vom 14. März 2017 hat der Bf eine von der X Kft. erstellte Liste vorgelegt, in welcher 296 Fahrer angeführt sind, welche für die X Transportaufträge durchgeführt haben, deren Auftraggeber nicht die G. KG sondern andere Transportunternehmen waren. Soweit es sich dabei um zum „G.-K.“ gehörige Firmen bzw. Gesellschaften handelte, hatte der Bf bei diesen keine Geschäftsführerfunktion inne.

II.3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem relevanten Sachverhalt aus:

Der Bf ist zur Vertretung nach außen befugtes Organ der G. KG mit Sitz in E., Österreich (im Folgenden: Y). Die X Kft. mit Sitz in Z., U. (im Folgenden: X) ist eine 100-%ige Tochterfirma der Y. Geschäftsführer der X sind J.H. und L.K. Die Y und die X sind in den Konzern der G. GmbH Österreich eingegliedert. Am Standort der Y in E. ist keine weitere Betriebsstätte der X im Firmenbuch eingetragen (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seite 4, Firmenbuchauszug). Auch die G.T. GmbH in S., D., ist eine 100-%ige Tochterfirma der Y, ebenso die G.S. GmbH mit Sitz in Österreich, E., und einer Zweigniederlassung in K., D. (28.2.2017, Seite 5). Geschäftsführerin der G.T. GmbH ist J.G., MA. Handelsrechtlicher Geschäftsführer der G.S. GmbH ist Mag. G.S. (Firmenbuchauszug).

Betriebszweck der Y in Österreich ist das Speditionsgewerbe, das Transportgewerbe, der Fahrzeughandel, die Fahrzeugvermietung und der Mineralölhandel. Die Y betreibt in S.V., K., W. und W. Filialen, die keine selbstständigen Unternehmen sind (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seite 4 und Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seite 5).

Der Betriebszweck der u. X ist ident mit jenem der österreichischen Y, sie übt somit ebenfalls das Speditions- und das Transportgewerbe aus. Lediglich Fahrzeugvermietung wird von der X nicht betrieben (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seite 4).

Die Y hatte im Jahr 2014 ca. 400 Zugfahrzeuge und 2.000 Auflieger in Österreich zum Verkehr zugelassen. Die Y verfügt in E. über ca. 680 Stellplätze für LKW (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seite 4).

Die X hatte im Jahr 2014 ca. 800 Zugfahrzeuge und nur ganz wenige Auflieger in U. zum Verkehr zugelassen. Sämtliche Fahrzeuge der X waren von der Y angemietet. Die X verfügt in U. über rund 1.000 LKW-Stellplätze, die aber nur teilweise befestigt sind (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seiten 4f).

In Österreich zugelassene LKW (mit x-Kennzeichen) werden nur von Kraftfahrern gelenkt, welche bei der Y beschäftigt sind. In U. zugelassene LKW (mit u. Kennzeichen) werden nur von Kraftfahrern gelenkt, welche bei der X beschäftigt sind (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seite 5).

Zum Kontrollzeitpunkt waren bei der X rund 1.200 bis 1.300 Kraftfahrer und rund 200 bis 400 sonstige Bedienstete beschäftigt (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seite 5).

Die X führt ca. 80 % der Fahraufträge für die Y und ca. 20 % für sonstige Auftraggeber (bspw. u. Auftraggeber) durch. Die X erwirtschaftete im Jahr 2013 aus Transportaufträgen von der Y ca. 92,6 Millionen Euro und aus den sonstigen Transportaufträgen rund 10 Millionen Euro (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seiten 5, 17f und Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seite 5).

Sämtliche bei der X beschäftigte Kraftfahrer wurden in U. ausgewählt und eingestellt. Sie haben u. Arbeitsverträge und sind in U. sozialversichert. Zu Arbeitsbeginn haben sie eine Einschulung in U. erhalten. Die Arbeitsverträge unterliegen dem u. Arbeitsrecht (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seiten 16, 18 und Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seite 5).

Alle arbeitsrechtlichen Belange, insbesondere Urlaub, Krankenstand, Lohnverrechnung, Kündigungen erfolgen in U. durch die X. Allfällige Lohnvorschüsse oder -abzüge sind ebenfalls bei der X zu beantragen bzw. werden diese von der X genehmigt. Fallweise wird Kraftfahrern der X in E. von der Y Bargeld (Lohnvorschuss) übergeben, wobei dies nur auf ausdrücklichen Auftrag der X erfolgt und dieser Geldbetrag mit der X gegenverrechnet wird (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seiten 5, 26).

Bei den in U. von der X angemeldeten LKW erfolgt die TÜV-Überprüfung in U., in einer Werkstätte in Z. mit Personal der X. Sonstige Service-, Garantie- und Reparaturarbeiten der Zugmaschinen werden großteils in der Werkstätte in E.

durch Personal der M. durchgeführt und der X verrechnet. Diese Werkstätte in E. ist eine Vertragswerkstätte der Firma M. am Betriebsgelände der Y. Für Auflieger erfolgen derartige Arbeiten durch Dienstnehmer (Mechaniker) der Y in der Werkstätte in E. (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seite 6 und Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seite 7).

Sofern während einer Fahrt Reparaturen durchzuführen sind, wird die nächste M.-Werkstätte kontaktiert und diese verrechnet direkt mit der X (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seite 6 und Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seite 7).

Bei der Y gibt es eine Betriebstankstelle. Kleinere Betriebstankstellen gibt es auch bei den Filialen in S.V., K. (D.) und bei der X in Z. (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seite 6).

Die Betankung der gesamten Konzernflotte erfolgt zu ca. 50 % bei der Y in E., der Rest in den anderen Betriebstankstellen bzw. bei Vertragstankstellen in Europa. Alle Konzernfahrer sind angewiesen, nach Möglichkeit die Betriebstankstellen zu verwenden, weil hier der Diesel billiger ist. Die jeweilige Betankung wird jener Tochter verrechnet, für die der LKW zugelassen ist. Bei einem u. LKW wird somit die Betankung der X verrechnet. Jeder LKW hat für die Betankung eine R.-Karte und eine A.-Karte mit (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seite 6).

Die Y stellt der X bzw. deren Fahrern eine Infrastruktur am Firmengelände in E. zur Verfügung, wie LKW-Abstellplätze, Sanitäranlagen und Container zum Übernachten. Für diese Infrastruktur wurde auch im Jahr 2014 ein pauschaler Betrag pro Monat für jeden LKW, der die Anlagen der Y benutzt hat, verrechnet (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seite 10 und Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seite 5).

Am Firmengelände der Y in E. befindet sich auch ein Container mit zwei Mitarbeitern der X. Dieser Container ist Drehpunkt für sämtliche Unterlagen und die Fahrerbetreuung der X. Die Fahrer können dort – wie auch in jeder anderen Filiale und in U. – die Frachtbriefe und Lieferscheine abliefern. Von dort wird dann eine Durchschrift des CMR an die Y weitergegeben. Die Fahrer führen Stundenaufzeichnungen, diese geben sie auch dort ab, wo sie die Lieferscheine und Frachtpapiere abgeben. In diesem Container wird im Fall eines Fahrerwechsels auch der LKW-Schlüssel abgegeben bzw. auch wieder ausgefolgt. Das organisiert alles die X (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seite 9).

Diese Unterlagen werden mit den Shuttlebussen nach U. gebracht. Die Fahrer können mit diesem Bus auch mitfahren. Der Bus ist in U. zugelassen und wird von einem X-Fahrer gelenkt. Dieser Shuttledienst zwischen der Y in E. und der X in Z. wird von der X organisiert (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seite 9 und Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seite 5). Die Fahrer können, wenn sie nach U. fahren wollen und es sich zeitlich mit den Fahraufträgen ausgeht, diesen

Shuttledienst der X von E. aus in Anspruch nehmen. Sie werden mit dem Shuttledienst auch aus D. oder aus ganz Österreich abgeholt (Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seite 5).

Die Fahrerkarten aller Fahrer des Konzerns (auch der X) können in jeder Filiale, auch bei der Y in E., ausgelesen werden. Die Auswertung der Fahrerkarte erfolgt jedoch jeweils bei dem Unternehmen, in welchem der Fahrer beschäftigt ist, d.h. für die Fahrer der X bei dieser in U. (Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seite 5).

Die X haftet gegenüber der Y. Die Haftungssituation ist genauso wie wenn die Y einen Subauftrag an einen fremden Frachtführer erteilt. Gegenüber dem Kunden haftet die Y (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seite 9 und Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seite 5).

Zwischen der Y und der X wurde eine Trucking-Vereinbarung, datiert mit 22.4.2013, abgeschlossen, wonach die X für die Y kontinuierlich Transportdienstleistungen durchführt. Die Vergütung zwischen Y und X für die Frachtdienstleistung (Truckingleistung) erfolgt auf km-Basis. Der Kalkulation des Fahrtauftrages an die X wird jene Strecke zugrunde gelegt, welche das Navigationssystem „m. and g.“ vorgibt und nicht die tatsächlich gefahrene Strecke (Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seite 8). Der Kilometerpreis an die X ist hauptsächlich vom Dieselpreis abhängig. Nach den Angaben des Bf ist er so kalkuliert, dass die Miete für den Auflieger jeweils beinhaltet ist (Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seite 12).

Beginn und Ende der Fahrten der X-Fahrer (z.B. bei Urlaub oder langen Wochenpausen) sowie ein Wechsel der Fahrer samt Übergabe der LKW erfolgen überwiegend in E. Nur selten enden Fahrten auch in U. Der Wechsel der Fahrer (wegen Urlaub, Krankheit etc.) in E. oder an anderen Orten wird von Fahrervertretern der X organisiert (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seiten 9, 12, 15, 16, 17 und Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seiten 8, 11).

Die Kraftfahrer bekommen die An- und Heimreise von und nach U. vergütet, auch wenn sie nicht den Shuttledienst benützen und mit dem Privat-PKW fahren. Diese Fahrten werden auch als Arbeitszeit gewertet. Dies war auch bereits im Jahr 2014 der Fall (Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seiten 11f).

Bei der Y waren im Jahr 2014 rund 65 Disponenten beschäftigt. Die Disponenten der Y disponieren nicht nur die Aufträge an die X, sondern an sämtliche LKW der Unternehmensgruppe und Subfrächter, wobei die Y einen Gesamtumsatz von 395 Millionen Euro erzielt hat und davon nur 92 Millionen Euro aus Aufträgen an die X erwirtschaftete (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seite 5).

Bei der X sind 21 Disponenten für die Aufträge der sonstigen Auftraggeber (ca. 20 %) beschäftigt (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seite 18).

Die ebenso bei der X beschäftigten Fahrervertreter sind davon zu unterscheiden. Hauptaufgabe der Fahrervertreter ist das Organisieren der Fahrerwechsel, z.B. bei Unfall, Krankheit, Arztbesuch, Fortbildung, Lenkzeitüberschreitung, Ablauf eines Dokuments (Führerschein, Gefahrgutausweis, Reisepass) etc. (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seiten 9, 18).

Die Dispatcher (Dolmetscher) sind bei der Y beschäftigt. Aufgabe der Dispatcher ist, den gesamten Auftrag oder Teile des Auftrags – sofern erforderlich – zu übersetzen. Die Dispatcher sind zuständig sowohl für die Übersetzung vom d. ins u., als auch umgekehrt. Die Dispatcher sind auch zum Übersetzen für u. Fahrer von „Fremdfirmen“ zuständig (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seiten 10, 12, 13). Jeder Dispatcher ist für rund 30 bis 40 LKW zuständig (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seiten 11, 15).

Das Dispositionsprogramm der Y stammt von der Firma S. (in der Folge S.-Programm oder Dispo-Programm genannt). Mit diesem Programm wird die Disposition der LKW abgewickelt. Das Programm ist mit dem in den LKW eingebauten Trucknav-System insofern verbunden, als die jeweilige Statusmeldung des LKW (wo er sich gerade befindet etc.; nicht jedoch: ob ein LKW bereits entladen ist oder er noch auf die Entladung wartet, diese Informationen hat der Fahrer in das Trucknav-System einzugeben) an das S.-Programm übermittelt wird und Aufträge aus dem S.-Programm an das Trucknav-Gerät im LKW gesendet werden (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seiten 8f).

Die Y hat eine Vereinbarung mit der X, dass sie diese mit Transportaufträgen versorgt (Trucking-Vereinbarung vom 22.4.2013). Alle Transportaufträge werden von der Y im „S.“-System erfasst. Alle Disponenten im gesamten Konzern sehen alle in ihrem jeweiligen Gebiet freien LKW im konzerneigenen „Trucknav“-System. Wenn ein Disponent der Y in E. sieht, dass ein LKW in seinem Gebiet frei wird, versucht er, diesem einen passenden Frachtauftrag in der Nähe zuzuteilen. Mit anderen Worten: Aufgabe der Disponenten ist, die Transportaufträge wirtschaftlich auf LKW zuzuteilen. Der Disponent teilt die Frachtaufträge so auf die LKW auf, dass möglichst wenig Leer-Kilometer anfallen (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seiten 6, 22 und Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seiten 6, 9). Es macht für die Disposition keinen Unterschied, ob es sich um einen LKW der Y mit österreichischem Kennzeichen, um einen LKW der X mit u. Kennzeichen oder um einen anderen LKW des G.-K. handelt. Wenn der Auftrag am wirtschaftlichsten von einem anderen (Fremd-)Subfrächter abgewickelt werden kann, wird der Auftrag an diesen erteilt (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seiten 7f, 24 und Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seiten 4, 6, 9). Die Geschäfts- und Haftungsbedingungen sind, unabhängig davon ob den Auftrag die



X oder ein fremder Subfrächter erhält, völlig ident (Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seite 5).

Die Zuteilung an die österreichischen und an die u. LKW erfolgt mittels Knopfdruck im S.-Programm. Bei einem österreichischen LKW (mit einem Fahrer der Y) bekommt den Fahrtauftrag nur der LKW-Fahrer. Bei einem u. LKW (mit einem Fahrer der X) bekommen bzw. sehen den Fahrtauftrag gleichzeitig der LKW-Fahrer, der Fahrervertreter der X und der Dispatcher der Y (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seiten 7, 10, 24 und Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seiten 3, 6, 9). Im S.-Programm sieht der Disponent den Namen des Fahrers nicht.

Sofern der LKW-Fahrer den Auftrag übernimmt, bestätigt er dies über das „Trucknav“-System durch Drücken der OK-Taste. Diese Auftragsbestätigung sehen wiederum der Disponent, der Dispatcher und der Fahrervertreter (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seiten 7, 24 und Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seite 6).

Die Fahrer der X haben die Möglichkeit, Fahrtaufträge abzulehnen, wenn sie nicht ausreichend Einsatzzeit zur Verfügung haben oder z.B. ein langes Wochenende in U. verbringen möchten. Dies erfolgt jedoch nur ausgesprochen selten, bei 800 bis 900 Fahrtaufträgen pro Tag im Bereich Planen- und Kühlverkehr werden insgesamt nur ca. zwei bis drei abgelehnt. Die Ablehnung von Fahrtaufträgen erfolgt eher im Kühlverkehr (Zustellung in der Nacht, Wochenendfahrten) sowie bei Fahrtaufträgen nach E. wegen des Linksverkehrs sowie der Flüchtlingsproblematik in C. (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seiten 7, 12, 18, 22 und 24 sowie Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seiten 3, 6 und 10). Der Fahrervertreter könnte den Auftrag trotz Bestätigung durch den Kraftfahrer noch ablehnen, weil z.B. der Fahrer bereits Urlaub beantragt hat oder der LKW in die Werkstätte zur Überprüfung etc. muss (Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seite 3).

Wenn der Fahrer in diesen seltenen Fällen den Auftrag nicht übernehmen kann und den Auftrag ablehnt, meldet er dies seinem Fahrervertreter und in vielen Fällen auch direkt seinem Dispatcher. Der Dispatcher gibt dies dem Disponenten weiter. In der Folge sucht in der Regel der Disponent einen Ersatz-LKW oder einen anderen Subfrächter, dem er den Auftrag zuteilt. Es kommt auch vor, dass der Fahrervertreter der X einen Ersatzfahrer organisiert oder den Disponenten auf einen freien LKW in der Nähe hinweist (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seiten 7, 12, 24 und Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seiten 4, 6, 10).

Für die Disposition der X-Fahrer werden Aviso-Listen (von den Dispatchern der Y) geführt. Jeden Morgen erhalten die Dispatcher vom Fahrervertreter der X oder vom Kraftfahrer selbst aktualisierte Daten, die sie in die Aviso-Liste eintragen

(Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seiten 11, 14). Die Dispatcher geben diese Listen an die Disponenten weiter. Diese Listen enthalten Angaben darüber, wieviel Fahrzeit bzw. Einsatzzeit des Fahrers noch zur Verfügung steht, ob der Fahrer des LKW nach Hause bzw. ein langes Wochenende möchte, Fahrername, Telefonnummer des Fahrers, ob der Fahrer über einen ADR-Schein verfügt etc. Aus diesen Listen ist ebenso ersichtlich, wann ein LKW (in welchem Gebiet) „frei“ wird. Diese Listen werden von den Disponenten für die Zuordnung von Fahrtaufträgen verwendet (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seiten 22, 23, 25f und Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seite 10). Die Disponenten berücksichtigen die Fahrzeiten, Einsatzzeiten etc. bei der Planung und Zuteilung der Fahrtaufträge. Auf den Aviso-Listen ist der Fahrername ersichtlich, er ist für die Disposition aber nicht erforderlich. Die Disponenten teilen die Aufträge an die LKW zu (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seiten 7, 22 und Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seiten 4, 8, 10, 11).

Grundsätzlich sieht ein Disponent über das S.-Programm, ob bzw. wann ein LKW wieder „frei“ wird, d.h. wenn ein Transportauftrag erledigt wurde. Für den Fall, dass ein Fahrer das Trucknav-System nicht oder falsch bedient, hat der Dispatcher über den Fahrervertreter oder den Fahrer selbst abzuklären, wann der LKW wieder frei ist bzw. ob der Liefertermin eingehalten werden kann, und dies in die Aviso-Liste einzutragen. Die Aviso-Liste stellt somit eine weitere Möglichkeit dar, diese Informationen zu erhalten. Diese „Überwachung“ dient auch der Überprüfung, ob die Einhaltung der Liefertermine, der Be- und Entladetermine etc., möglich ist (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seiten 7, 25).

Nach den Angaben des Zeugen G. ist bei österreichischen Fahrern diese Form der Überwachung nicht erforderlich, da bei diesen das Vertrauen größer ist als bei u. Fahrern (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seite 25).

Sofern der Auftrag an einen „fremden Subfrächter“ (also ein Transportunternehmen außerhalb des G.-K.) weitergegeben wird, wird der Auftrag an den dortigen Disponenten übermittelt und dieser erteilt an einen LKW den Fahrtauftrag. Die Disponenten der Y leiten die Fahrtaufträge bei „fremden Subfrächtern“ nicht direkt an den LKW, da diese überwiegend kein „Trucknav“-System eingebaut haben, sondern per E-Mail oder Fax an den Subfrächter und der Disponent dieses Frächters teilt den Auftrag einem LKW zu (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seiten 8, 24f und Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seiten 3f).

Wenn ein Fahrer während der Erfüllung eines Fahrtauftrages erkrankt oder einen Unfall hat, meldet er dies seinem Fahrervertreter bei der X und dem Dispatcher. Sofern noch keine Meldung an den Dispatcher erging, übernimmt der Fahrervertreter dies. Der Fahrervertreter organisiert einen Ersatzfahrer. Der Dispatcher übersetzt bzw. teilt dies dem Disponenten der Y mit, um den Kunden

über eine allfällige Verspätung zu informieren (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seiten 5, 10, 13, 16, 18f und Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seite 7).

Wenn ein Fahrer der X möglichst rasch nach Hause (nach U.) fahren will, z.B. wegen eines Arztbesuches oder eines familiären Problems, informiert er den Fahrervertreter der X und meist auch den Dispatcher. Sofern noch keine Meldung an den Dispatcher erging, übernimmt der Fahrervertreter dies. Der Dispatcher gibt dies an den Disponenten der Y weiter. Der Disponent erteilt in der Folge dem Fahrer – soweit möglich – einen Fahrtauftrag nach Österreich oder U. Wenn das nicht möglich ist, kann ein Ersatzfahrer und der Rücktransport des LKW-Fahrers auch mit dem Shuttleservice der X oder durch Mitfahren in einem anderen LKW durch die X organisiert werden (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seite 6).

Wenn der Fahrer einen Liefertermin nicht einhalten kann (beispielsweise wegen eines Staus oder weil eine Fähre ausgefallen ist), meldet er dies dem Dispatcher und dem Fahrervertreter. Der Dispatcher gibt diese Information dem Disponenten weiter, damit dieser gegebenenfalls auch den Kunden (Auftraggeber) informieren kann. Diese Vorgangsweise gilt auch bei Problemen mit der Ladung (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seiten 10, 13, 16, 19, 23, 25). Bei solchen Problemen gibt es auch Telefonate zwischen dem Fahrer und dem Dispatcher als Dolmetscher für den Disponenten (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seite 12 und Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seite 9).

Sofern ein Fahrer Urlaub haben möchte, hat er dies seinem Fahrervertreter bekannt zu geben (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seiten 16, 18 und Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seiten 7, 9).

Die Fahrer müssen zumindest jede zweite Woche ein 45-Stunden-Wochenende (lange Wochenpause) einhalten. Wenn ein X-Fahrer ein 45-Stunden-Wochenende in Anspruch nehmen (und nach Hause = U. fahren) will, meldet er dies seinem Fahrervertreter. Dieser gibt den Wunsch dem Dispatcher weiter bzw. wird dieser in die Aviso-Liste eingetragen. Der Dispatcher gibt diesen Wunsch an den Disponenten weiter, sofern er dies nicht selbst der Aviso-Liste entnimmt. Der Disponent berücksichtigt diesen Wunsch, soweit möglich, bei der Zuteilung der Fahrtaufträge, d.h. dass der Fahrer, sofern dies möglich ist, einen Auftrag zugeteilt bekommt, bei dem die letzte Fahrt vor der Wochenpause in Österreich oder U. endet (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seiten 11f, 13f, 22, 26 und Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seiten 8, 10).

Sofern die lange Wochenpause nicht in Österreich oder U. beginnt, kann eventuell über einen Shuttleservice oder durch Mitfahrt in einem anderen LKW die Heimreise (durch die X) organisiert werden (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seite 13 und Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seite 8).

Ob dem Fahrer eine lange Wochenpause genehmigt wird, entscheidet grundsätzlich der Fahrervertreter der X (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seiten 12f, 15 und Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seite 8).

Wenn bei einem LKW ein „Service“ oder eine „TÜV-Überprüfung“ durchzuführen ist, bekommt der Dispatcher diese Information vom Fahrervertreter und wird dies auch in der Aviso-Liste eingetragen. Der Dispatcher gibt diese Information auch dem Disponenten weiter bzw. teilt diesem mit, dass dieser LKW für ein paar Stunden in die Werkstatt muss und dies bei der Zuteilung der Fahraufträge zu berücksichtigen ist (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seite 14). Sofern dies möglich ist, wird für die TÜV-Überprüfung dem LKW ein Fahrauftrag in Richtung Z. zugeteilt, um Leerkilometer möglichst zu vermeiden. Wenn ein LKW in der Werkstatt ist, steht dieser im Dispo-Programm nicht zur Verfügung (Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seite 7).

Grundsätzlich haben die Fahrer die Möglichkeit, die Fahrtstrecke über das Navigationssystem des Trucknav-Geräts zu suchen. Trotzdem wird von den Disponenten gleichzeitig mit dem Fahrauftrag teilweise auch die zu fahrende Route vorgegeben. Die Routenvorgabe erfolgt zum einen dann, wenn der Kunde eine konkrete Strecke wegen überwachter Parkplätze odgl. verlangt, wenn ein LKW mit der Fähre fahren soll, es einen Fahrenstreik gibt oder weil bspw. bestimmte Waren nicht durch ein bestimmtes Land transportiert werden dürfen. Zum anderen wird zum Teil vorgegeben, welchen Grenzübergang der Fahrer benutzen soll. Die Vorgabe der Fahrtroute erfolgt teilweise, vor allem bei längeren Strecken, auch um Umwege zu vermeiden (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seiten 8, 17, 23 und Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seiten 8, 10).

Die Fährentickets werden vom Disponenten der Y gekauft (Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seite 10).

Teilweise wird von den Disponenten (oder von den Dispatchern) auch überprüft, welche Fahrtroute der Fahrer fährt bzw. fuhr. Dies wird auch damit begründet, dass dadurch allfällige Lieferverspätungen festgestellt werden können. Wenn dabei festgestellt wird, dass große Umwege gefahren wurden, wird dies dem Fahrervertreter mitgeteilt. Dieser entscheidet sodann, ob dieser Umweg vom Lohn abgezogen wird (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seiten 8, 11).

Die Disponenten können über GPS auch Fahrzeiten, Pausenzeiten, Einsatzzeiten etc. überprüfen (Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seite 8).

Die Fahrer sind einerseits über ein Telefon, das über das Trucknav-System funktioniert und andererseits über das Mobiltelefon des Fahrers erreichbar. Im Trucknav-System sind Telefonnummern der Dienstnehmer der X und der Y gespeichert (siehe auch Fotobeilage zur Niederschrift der Finanzpolizei vom

8.5.2014, aufgenommen mit N.T.). Zum Teil verlangen auch die Kunden (Auftraggeber) die Telefonnummer des Fahrers, um ihn direkt kontaktieren zu können (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seite 25 und Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seite 9).

Die X erstattet seit Jänner 2017 für jene Fahrer, die für die Y Fahraufträge ausführen, eine ZKO-Meldung wegen Entsendung (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seite 19).

Die Disposition in den Filialen in W., S.V. und S. (D.) funktioniert so, dass die Fahraufträge von den Disponenten der Y (in W., S.V. bzw. S.) an die X erteilt werden und die konkrete Zuteilung der Fahraufträge an konkrete LKW durch Disponenten der X erfolgt. Die Disponenten der Y leiten die Fahraufträge nicht direkt an einen LKW, sondern an die X weiter. Der Grund für diese Vorgangsweise liegt darin, dass in den Filialen in W., S.V. und S. keine Dispatcher beschäftigt sind (Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seiten 20ff und Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seite 13).

Die in der mit Schriftsatz vom 14. März 2017 vorgelegten Liste namentlich angeführten 296 LKW-Fahrer der X waren weit überwiegend nicht für die Y tätig. Davon waren 228 Fahrer für Fremdauftraggeber und 68 Fahrer für die G.T. GmbH in D. eingesetzt. Diese 296 LKW-Fahrer haben jedenfalls zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt keine Fahraufträge für die Y ausgeführt und wurden diese auch nicht von der Y disponiert.

Im Parallelverfahren LVwG-300787 wurde eine „grüne Liste“ als Beilage 4 zur Verhandlungsschrift vom 8.8.2016 genommen. In dieser sind 78 LKW-Fahrer angeführt, welche weit überwiegend Fahraufträge für die Filiale in W. ausgeführt haben. Weiters wurde im Parallelverfahren LVwG-300787 eine „blaue Liste“ vorgelegt, welche als Beilage 5 zur Verhandlungsschrift vom 8.8.2016 genommen wurde. Die in dieser Liste namentlich angeführten 43 LKW-Fahrer haben vorwiegend Fahraufträge für die Filiale in S.V. ausgeführt. Diese insgesamt 121 LKW-Fahrer waren jedenfalls zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt nicht für die Y tätig.

Im angefochtenen Straferkenntnis sind 61 Personen (LKW-Fahrer) angeführt, deren Beschäftigungsverhältnis mit der X erst nach dem vorgeworfenen Tatzeitpunkt (8.5.2014) begann. Dass diese Personen daher an diesem Tag nicht von der X an die Y überlassen waren, bedarf keiner näheren Begründung.

Die LKW-Fahrer G.C., A.F., R.I., I.K., R.K., C.M., Z.P., N.T. und N.T. wurden am 8.5.2014 von der Finanzpolizei kontrolliert und haben an diesem Tag für die Y Fahraufträge ausgeführt.

Hinsichtlich der übrigen (ca. 600) der vorgeworfenen 1.099 Fahrer ist aufgrund der Feststellungen davon auszugehen, dass diese überwiegend von der Y disponiert wurden. Es gibt aber keine konkreten Beweisergebnisse dafür, dass diese auch zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt (8.5.2014) für die Y Fahrtaufträge ausgeführt haben.

Die Y hat am 8.5.2014 für keinen der im Straferkenntnis angeführten 1.099 LKW-Fahrer, insbesondere auch nicht für G.C., A.F., R.I., I.K., R.K., C.M., Z.P., N.T. und N.T. die Unterlagen über die Anmeldung zur Sozialversicherung sowie die ZKO-Meldung am Sitz des Unternehmens in E., von wo aus die Kraftfahrer ihre Fahrtaufträge beginnen, bereitgehalten.

II.4. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich dieser Sachverhalt aus dem vorgelegten Verwaltungsakt, den beigezogenen Aktenbestandteilen aus dem Parallelverfahren LVwG-300787/BMa, welche in der mündlichen Verhandlung verlesen wurden, und dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 9. Februar 2017, welche am 28. Februar 2017 fortgesetzt wurde, ergibt. Der festgestellte Sachverhalt stützt sich insbesondere auf die in Klammern angeführten Beweismittel.

II.4.1. Dass die Fahrten (Ausführung der Aufträge mit den LKW) überwiegend in E. beginnen und enden, stützt sich unter anderem auf die Aussage des Bf in der mündlichen Verhandlung am 9.2.2017, wonach die Fahrerwechsel oft in E. erfolgen.

Auch die Zeugin K., Dispatcherin bei der Y, die einen sehr glaubwürdigen Eindruck vermittelt hat, gab bei ihrer Einvernahme in der mündlichen Verhandlung an, dass 90 % der Fahrten in E. geendet haben. Über Befragen durch den Beschwerdevertreter schränkte sie zwar ihre Aussage in der Form ein, dass sich die 90 % nur auf „ihre“ 30 LKW, die ihr als Dispatcherin zugewiesen waren, beziehen, jedoch gab sie auch an, dass am Wochenende mehr als 30 LKW mit u. Kennzeichen auf dem Gelände der Y in E. geparkt hätten. Zudem sagte die Zeugin K. aus, dass die LKW einmal pro Woche oder maximal alle zwei Wochen nach E. gekommen seien.

Auch die Zeugin M., LKW-Fahrerin der X, hat ausgesagt, dass die Fahrten hauptsächlich am Firmengelände in E. geendet hätten, wenn sie mehrere Tage frei hatte, und dass sie mit dem LKW nur ungefähr zweimal im Jahr nach U. fahre. Die Zeugin M. hat im Übrigen auch im Wesentlichen einen glaubwürdigen Eindruck hinterlassen.

Der Zeuge T., LKW-Fahrer der X, der ebenso grundsätzlich glaubwürdig war, hat ausgesagt, dass er – sofern er länger frei hatte (Urlaub, langes Wochenende) – die Fahrt in L. beendet habe, wenn er in E. war und wenn er in U. war, dann in U. Im heurigen Jahr hätten Fahrten noch nie in U. geendet, im vorigen Jahr vier oder fünf Mal und 2014 dürfte es ähnlich gewesen sein. Auch daraus ist klar erkennbar, dass die Fahrten überwiegend in E. geendet haben.

Auch der Zeuge Mag. D. führte aus, dass der Fahrerwechsel in der Regel in den Filialen der Y oder auf LKW-Parkplätzen stattfindet, je nachdem, wie sich das mit den Fahraufträgen ausgehe. Er konnte nicht angeben, wie oft bei diesen Gelegenheiten die u. Fahrer die Fahrt in U. beenden können. Jedenfalls einmal pro Jahr wegen der TÜV-Überprüfung, sonst hänge es von den jeweiligen Fahraufträgen ab.

Hingegen war die Aussage des Zeugen H., auf Vorhalt seiner Aussage vom 9.5.2014, wonach Einsatzbeginn im Kraftfahrzeug jeweils L. sei und dieser auch hier enden würde, dass dies sicher nicht immer so sei, da in L. ja gar nicht genug Platz für alle LKW wäre, nur bedingt glaubwürdig. Zum einen ist die Aussage, dass nicht alle LKW der Y und X Platz hätten, sicherlich richtig, jedoch stellt sich diese Frage nicht, denn mit den LKW werden in ganz Europa Frachtaufträge erledigt und enden diese Aufträge nicht zur gleichen Zeit und sind LKW zum Teil auch länger (manchmal mehrere Wochen) unterwegs, ohne an ihren Standort zurückzukehren. Auf dem Parkplatz der Y kann daher ohnehin jeweils nur ein Teil der LKW abgestellt gewesen sein. Zum anderen hat der Zeuge H. in der mündlichen Verhandlung den Eindruck vermittelt, dass er bemüht war, für den Bf günstige Aussagen zu tätigen, teilweise war er auch unsicher bei seinen Aussagen, sodass seine ursprüngliche Aussage am 9.5.2014 im Zuge der Kontrolle glaubwürdiger war.

Letztlich hat auch der Zeuge S., Disponent bei der Y, in der mündlichen Verhandlung ausgesagt, dass die LKW in der Regel in L. stehen, obwohl auch dieser Zeuge den Eindruck vermittelte, dass er für den Bf eher günstige Aussagen tätigen möchte, sodass diese Aussage jedenfalls glaubwürdig war.

Im Ergebnis liegt nach Abwägung der Zeugenaussagen sowie deren Glaubwürdigkeit kein Zweifel vor, dass die Fahrten überwiegend in E. begonnen und geendet haben.

II.4.2. Die Feststellung, dass bei der X 21 Disponenten für die Aufträge der sonstigen Auftraggeber beschäftigt sind, ergibt sich aus der glaubwürdigen Aussage des Zeugen K., der Geschäftsführer der X ist. Im Übrigen hat der Bf, der angab, dass 22 oder 28 Disponenten bei der X beschäftigt wären, ohnehin im Zusammenhang mit der Frage nach der Anzahl der Beschäftigten bei der X auch angegeben, dass er die genauen Zahlen nicht wisse, sodass diese Aussagen nicht als widersprüchlich zu werten sind.

II.4.3. Dass der Fahrername aus der Aviso-Liste ersichtlich ist und somit die Disponenten erkennen können, welcher Fahrer einen LKW lenkt, ergibt sich schon aus den Aussagen des äußerst glaubwürdigen Zeugen A. und der ebenso glaubwürdigen Zeugin K. Auch die Aussage des Bf in der mündlichen Verhandlung, dass der Name auf den Aviso-Listen zwar nicht notwendig wäre, es aber sein könne, dass sich der Dispatcher die Namen notiert, damit er wisse, mit wem er jeweils spricht, ist nicht widersprüchlich. Die gegenteiligen Aussagen der Zeugen H. und S. waren (zumindest diesbezüglich) nicht glaubwürdig,

insbesondere da die Aussage des Zeugen S. seiner Aussage am 20.6.2016 im Verfahren LVwG-300787 widersprach.

II.4.4. Die Feststellung, dass die Disponenten bei der Auftragszuteilung die Fahr- bzw. Einsatzzeiten berücksichtigen, gründet auf der glaubwürdigen Zeugen- aussage A. Auch die Zeugen Mag. D., H. und S. bestätigten dies glaubwürdig. Zudem wurde von den Zeugen durchgängig ausgesagt, dass die Disponenten generell auch die Aviso-Listen zur Auftragszuteilung heranziehen, was ebenso für diese Feststellung spricht, weil auf diesen die noch zur Verfügung stehende Einsatzzeit aufscheint.

II.4.5. Dass Fahrtaufträge nur ausgesprochen selten abgelehnt werden, ergibt sich aus den Aussagen aller mit der Disposition betrauten Zeugen mit Ausnahme des C.G. So sagte der Zeuge A. überzeugend aus, dass bei ihm noch nie ein Fahrer einen Auftrag nicht bestätigt habe und ihm solches auch von seinen Kollegen nicht bekannt sei. Keiner der befragten Kraftfahrer erwähnte diese Möglichkeit. Der Zeuge H., welcher für die Disposition verantwortlich ist, sprach glaubwürdig von nur zwei bis drei Ablehnungen bei 800 bis 900 Fahrtaufträgen pro Tag. Der Zeuge G., welcher als einziger mehr Ablehnungen von Fahrtaufträgen behauptete, machte diesbezüglich keinen glaubwürdigen Eindruck. Möglicherweise ist seine diesbezügliche Aussage auch durch vermehrte Ablehnungen von Fahrtaufträgen nach E. im Zusammenhang mit der Flüchtlingsproblematik in C. im Jahr 2015 begründet. Für die behauptete Ablehnungsmöglichkeit durch die Fahrervertreter der X (unabhängig von der Bestätigung durch den Fahrer) wurde kein einziger Fall konkret angeführt. Die Notwendigkeit solcher Ablehnungen wegen eines geplanten Urlaubes des Fahrers oder eines Werkstatttermins des LKW ist nicht nachvollziehbar, weil die Werkstatttermine in den Aviso-Listen vorgemerkt waren. Wenn ein Fahrer einen Auftrag wegen eines geplanten Urlaubes nicht erledigen konnte, so konnte er den Auftrag ohnedies selbst ablehnen. Der Geschäftsführer der X hat das „Hauptprinzip“ dahin beschrieben, dass „den Anweisungen der Y zu folgen war“. Auch das spricht dagegen, dass Fahrtaufträge abgelehnt wurden.

Dass im Fall einer Ablehnung des Auftrages durch einen X-Fahrer in der Regel der Disponent der Y den Fahrtauftrag an einen anderen LKW zuteilt, ergibt sich aus den diesbezüglich übereinstimmenden Aussagen des Zeugen H. (Verantwortlicher für Disposition) und des Disponenten S. Die teilweise anderslautende Aussage des ebenfalls mit der Disposition befassten Zeugen G., wonach sich in den meisten Fällen der Fahrervertreter der X um eine Ersatzlösung kümmern würde, ist hingegen wenig nachvollziehbar. Wenn nämlich ein Fahrtauftrag abgelehnt wird, hat der Disponent das Problem, dass er einen noch nicht erledigten Kundenauftrag hat. Es ist daher logisch und nachvollziehbar, dass er sich um die Erledigung dieses Auftrages selbst kümmert, weil ja er dem Kunden gegenüber für die Erfüllung des Fahrtauftrages verantwortlich ist.



II.4.6. Dass ein Fahrer, wenn er während der Erfüllung eines Fahrauftrages erkrankt, einen Unfall hat, möglichst rasch nach Hause fahren will oder sonstige Probleme auftreten (wie Beschädigung der Ladung, Stau, Verzögerung etc.), in der Regel neben seinem Fahrervertreter auch selbst gleich den Dispatcher verständigt, ergibt sich aus den diesbezüglich glaubwürdigen Zeugenaussagen der beiden LKW-Fahrer (M. und T.), die beide angaben, dass sie Probleme sowohl dem Fahrervertreter der X als aus dem Dispatcher gemeldet haben.

Die diesbezügliche Aussage des Bf, dass der Dispatcher erst durch den Fahrervertreter informiert wird, mag zwar teilweise stimmen, stellt aber sicherlich nicht den Regelfall dar. Im Übrigen hat der Bf selbst ausgesagt, dass *„es natürlich sein kann, dass der Fahrervertreter in Einzelfällen dem Fahrer den Auftrag gibt, auch den Dispatcher in L. anzurufen und auf diese Weise die Kommunikation vereinfacht [wird]“*. Auch wurde der Eindruck gewonnen, dass die Dispatcher mit den Kraftfahrern in Kontakt stehen und es wäre auch nicht nachvollziehbar, wenn ein Fahrer obwohl er mit dem Dispatcher in Kontakt steht, diesem nicht direkt Bescheid gibt.

Im Übrigen hat der Geschäftsführer der X, Herr K., ausgesagt, dass das Hauptprinzip sei, den Anweisungen des Auftraggebers (Y) zu folgen und deshalb eine regelmäßige Abstimmung mit der Y notwendig sei.

Die Aussagen des Zeugen O., dass die Fahrer jedenfalls nur Anweisungen von den Fahrervertretern entgegennehmen durften und die Lösung des Problems jedenfalls der Fahrervertreter der X durchführen müsse, sind zu den weiteren Zeugenaussagen widersprüchlich und auch nicht nachvollziehbar, da dieser Zeuge unter anderem auch aussagte: *„Der Dispatcher sieht auf der Aviso-Liste den nächsten Termin des Fahrers. Wenn er z.B. sieht, dass der Fahrer um 10 Uhr hätte entladen sollen, aber um 12 Uhr noch immer keine Meldung bekommen hat, hat er die Möglichkeit das zu prüfen. Offizielle Informationen darüber sollte er immer über den Fahrervertreter bekommen. Wenn es schneller gehen sollte, kann es sein, dass er direkt beim Fahrer angerufen hat.“* Die Aussagen des Zeugen sind somit zum Teil nicht schlüssig und stehen sie insbesondere im Widerspruch zu anderen Zeugenaussagen, die glaubhafter waren.

Die Aussage der Zeugin K., *„Aber der LKW-Fahrer hat immer zuerst die X informiert, manchmal kam es auch vor, dass er uns informierte, aber der übliche Ablauf war immer, LKW-Fahrer an X, und die X hat dann uns die Informationen weitergeleitet.“*, ist nicht überzeugend. Diese Zeugin gab in ihrer Vernehmung in der mündlichen Verhandlung am 20.6.2016 zu LVwG-300787 unter anderem an: *„Über **Befragen**, ob das SMS-System verwendet wird, hat doch die bisherige Verhandlung ergeben, dass hauptsächlich das Trucknav-System verwendet wird, gibt die **Zeugin** an:*

*Es werden Informationen über SMS geschickt und gleichzeitig gibt es Funktionen beim Trucknav-System, die bedient werden und auf diese Weise werden die Informationen doppelt von uns geschickt.*

*Auf diese Weise ist unsere Kommunikation sehr sicher, weil es immer sein kann, dass der Fahrer vergisst, eine SMS zu schicken oder eine Funktion zu bedienen und wir bekommen auf diese Weise sicher eine Information.  
Das SMS wird auch über das Trucknav-System geschickt.*

*Über **Befragen**, ob ihr die Fahrer bekannt sind, gibt die **Zeugin** an:*

*60 bis 70 % sind ständige Fahrer und einige oder viele davon sind schon von Anfang an bei mir. Ja, natürlich kommuniziere ich immer mit den gleichen Leuten, außer sie gehen auf Urlaub, da haben wir einen Ersatzfahrer.*

*Mit mir wird kommuniziert bei folgenden Problemen: Wenn sie z.B. die Paletten nicht wechseln können, wenn die Ladenummer falsch ist oder wenn sie beim Ein- und Ausladen lange Wartezeiten haben. Es kann auch noch viele andere Probleme geben.*

*Über **Befragen**, wo sich der Fahrer meldet, wenn er z.B. einen Unfall hat, gibt die **Zeugin** an:*

*Der Fahrer muss sich bei uns melden, weil wir dies an den Disponenten weiterleiten müssen, weil es Verzögerungen bei der Frachtzustellung gibt. Der Fahrer muss sich aber auch in U. melden, weil die sind für Unfälle zuständig."*

Im Ergebnis steht unzweifelhaft fest, dass die Kraftfahrer Probleme aller Art dem Fahrervertreter und in der Regel auch dem Dispatcher melden.

Im Übrigen wurde festgestellt, dass „meist“ auch der Dispatcher verständigt wird sowie „Sofern noch keine Meldung an den Dispatcher erging, übernimmt der Fahrervertreter dies.“, sodass sich der festgestellte Sachverhalt ohnehin im Wesentlichen mit den Zeugenaussagen deckt.

II.4.7. Die Feststellung, dass – sofern dies möglich ist – dem LKW ein „passender“ Fahrauftrag zugeteilt wird, wenn bei diesem LKW eine TÜV-Überprüfung oder Servicearbeiten durchzuführen sind, gründet auf den glaubwürdigen Aussagen der Zeugen K. und H. Die in Widerspruch dazu stehende Aussage des grundsätzlich glaubwürdigen Zeugen A. ist damit erklärbar, dass ein LKW, wenn er sich in der Werkstatt befindet, im Dispo-Programm nicht zur Verfügung steht. Aus diesem Grund erübrigt sich eine Rücksichtnahme des Zeugen A. auf „Werkstatt-Termine“. Auch kommen die von ihm disponierten LKW ohnehin bereits aufgrund seiner Zuständigkeit „Norditalien – Import“ häufig zumindest nach Österreich, sodass eine „passende“ Auftragszuteilung in diesem Bereich wohl unnötig wäre.

II.4.8. Die Feststellung, dass gleichzeitig mit dem Fahrauftrag oftmals auch die zu fahrende Route vorgegeben wird, ergibt sich bereits aufgrund der Zeugenaussagen, wonach Kunden bereits teilweise konkrete Strecken vorgeben, eine Routenvorgabe aufgrund bestimmter Warentransportverbote in bestimmten Ländern, aufgrund von Fährverkehr odgl. erforderlich ist. Dass zum Teil auch

Routenvorgaben erfolgen, um Umwege zu vermeiden oder um bestimmte Grenzübergänge zu wählen, ist schon mit den vorgegebenen Lieferterminen bzw. den vorgegebenen Be- und Entladezeitpunkten begründet. Auch hat der Zeuge T., LKW-Fahrer bei der X, ausgesagt, dass es bei langen Fahrtstrecken „Vorschläge“ gegeben hätte, wie man fahren solle. Er hätte diese Vorschläge aber nicht einhalten müssen. Dass es sich bei den Routenvorgaben lediglich um „unverbindliche“ Vorschläge handelte, ist aus folgenden Gründen nicht nachvollziehbar: Wie sämtliche Zeugen ausführten, ist bereits eine Verzögerung aufgrund eines Status dem Disponenten mitzuteilen bzw. weiterzuleiten, damit dieser Kontakt zu den Kunden wegen Lieferverspätungen aufnehmen kann. Es ist daher nicht nachvollziehbar, dass das Fahren eines Umweges, was ebenso Lieferverspätungen bedeutet, keine Rolle spielen soll. Im Übrigen wird die Einhaltung der Fahrtroute teilweise überwacht, wie bei der Befragung des Zeugen O. durch die Finanzpolizei am 9.5.2014 festgestellt worden war. Diese Behauptungen sind daher nicht glaubwürdig und lediglich als Schutzbehauptung zu werten.

II.4.9. Dass die Disposition in den Filialen in W., S.V. und S. (D.) so abgewickelt wird, dass die Disponenten der Y die Fahrtaufträge lediglich an die X übermitteln und nicht direkt an einen LKW (samt Fahrer) und in der Folge die Disponenten der X die Fahrtaufträge an die LKW samt Fahrer zuteilen, ergibt sich aus den glaubwürdigen Aussagen des Zeugen H. und des Bf. Der Zeuge H. konnte zwar seine Aussagen nur bezüglich der Filiale in W. tätigen, jedoch ist die Aussage des Bf bzw. seines Rechtsvertreters, dass die Abwicklung in S.V. und S. gleich wie in W. erfolgt, glaubwürdig. Dafür spricht insbesondere, dass in den Filialen W., S.V. und S. keine Dispatcher beschäftigt sind und somit auch keine Übersetzungen stattfinden könnten.

Dass die 68 X-Fahrer, welche für die Abarbeitung von Frachtaufträgen für die G.T. GmbH mit Sitz in S. tätig waren sowie die 228 X-Fahrer, welche für Fremdauftraggeber Fahrtaufträge ausführten, überwiegend nicht für die Y tätig waren, ist glaubwürdig. Insbesondere konnte kein Zeuge in der mündlichen Verhandlung konkrete Aussagen bezüglich der Zuteilung von Fahrern tätigen, sondern wurde diese Liste erst durch den „Chef“ der Fahrervertreter der X, Herrn F., erstellt. Auch die Umstände, dass die X eigene Disponenten beschäftigt und ca. 10 Prozent der Transporterlöse nicht aus Aufträgen der Y erwirtschaftet, sprechen dafür.

Dass die in der „blauen“ und in der „grünen“ Liste angeführten LKW-Fahrer vorwiegend Frachtaufträge für die Filiale in S.V. bzw. in W. ausgeführt haben, kann nicht widerlegt werden.

Dafür, dass die übrigen ca. 600 im Straferkenntnis vorgeworfenen Fahrer für die Y Fahrtaufträge ausgeführt haben, gibt es keine konkreten Beweisergebnisse. Es

ist zwar naheliegend, dass diese weit überwiegend von der Y disponiert wurden, dennoch steht es für den konkret vorgeworfenen Tattag nicht mit Sicherheit fest. Weitere Ermittlungen diesbezüglich konnten im Übrigen auch schon aus dem Grund unterbleiben, da anstelle der pro Arbeitnehmer verhängten Einzelstrafen eine Gesamtstrafe zu verhängen ist – Näheres dazu siehe Punkt IV.8.3. Konkrete Feststellungen zur Anzahl der überlassenen Arbeitskräfte erscheinen deshalb nicht zwingend erforderlich und waren wegen der in Kürze drohenden Strafbarkeitsverjährung auch nicht mehr möglich.

Dass die LKW-Fahrer G.C., A.F., R.I., I.K., R.K., C.M., Z.P., N.T. und N.T. zumindest am 8.5.2015 für die Y Fahrtaufträge ausgeführt haben, ergibt sich schon daraus, dass diese Personen im Zuge der Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei an diesem Tag angetroffen wurden und mit diesen Personen jeweils eine Niederschrift aufgenommen wurde, welche der Anzeige angeschlossen wurden.

Dass hinsichtlich dieser und auch aller anderen X-Fahrer keine Unterlagen über die Anmeldung zur Sozialversicherung sowie keine ZKO-Meldung am Sitz des Unternehmens in E. bereitgehalten worden sind, ergibt sich aus der Anzeige und wurde nie bestritten.

### III. Rechtsgrundlagen

Gemäß § 1 Abs. 1 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) in der zum Tatzeitpunkt maßgeblichen Fassung BGBl. I Nr. 98/2012 gilt dieses Bundesgesetz für die Beschäftigung von Arbeitskräften, die zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen werden.

Nach § 2 Abs. 1 AÜG bezweckt das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz

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

Nach § 2 Abs. 2 leg. cit. gilt für jede Überlassung von Arbeitskräften, dass keine Arbeitskraft ohne ihre ausdrückliche Zustimmung überlassen werden darf.

Nach § 2 Abs. 3 leg. cit. darf durch den Einsatz überlassener Arbeitskräfte für die Arbeitnehmer im Beschäftigerbetrieb keine Beeinträchtigung der Lohn- und Arbeitsbedingungen und keine Gefährdung der Arbeitsplätze bewirkt werden.

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

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

Nach § 3 Abs. 3 leg. cit. ist Beschäftiger, wer Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt.

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

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

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

Gemäß § 17 Abs. 2 leg. cit. hat der Überlasser bei bewilligungsfreier Überlassung von Arbeitskräften vom Ausland nach Österreich die grenzüberschreitende Überlassung spätestens eine Woche vor der Arbeitsaufnahme in Österreich der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung (nach dem AuslBG und AVRAG) des Bundesministeriums für Finanzen zu melden. In Katastrophenfällen, bei unaufschiebbaren Arbeiten und bei kurzfristig zu erledigenden Aufträgen ist die Meldung unverzüglich vor Arbeitsaufnahme zu erstatten.

Nach § 17 Abs. 3 leg. cit. hat die Meldung gemäß § 2 folgende Angaben zu enthalten:

1. Namen und Anschrift des Überlassers,
2. Namen und Anschrift des Beschäftigers,
3. Namen, Geburtsdaten, Sozialversicherungsnummern und Staatsangehörigkeit der überlassenen Arbeitskräfte,
4. Beginn und voraussichtliche Dauer der Beschäftigung beim Beschäftiger,
5. Höhe des jeder einzelnen Arbeitskraft gebührenden Entgelts,
6. Orte der Beschäftigung,
7. Art der Tätigkeit und Verwendung der einzelnen Arbeitskräfte.

Gemäß § 17 Abs. 7 leg. cit. hat der Beschäftiger für jede nicht in Österreich sozialversicherungspflichtige überlassene Arbeitskraft Unterlagen über die Anmeldung der Arbeitskraft zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. Nr. L 166 vom 30.04.2004 S. 1, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) Nr. 465/2012, ABl. Nr. L 149 vom 8.6.2012 S. 4) sowie die Meldung gemäß den Abs. 2 und 3 am Arbeits(Einsatz)ort in geeigneter Form zur Überprüfung bereitzuhalten oder zugänglich zu machen.

Gemäß § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

IV. Dieser Sachverhalt wird wie folgt beurteilt:

IV.1. Verfahrensgegenständlich ist die Frage zu klären, ob Arbeitskräfteüberlassung vorliegt.

Dazu ist vorweg darauf hinzuweisen, dass die Arbeitskräfteüberlassung seit 1.1.2017 im LSD-BG geregelt, dieses jedoch gemäß § 72 Abs. 1 auf Sachverhalte vor dem 1.1.2017 nicht anzuwenden ist. Es sind daher die Bestimmungen des AÜG anzuwenden.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes liegt bei Erfüllung auch nur eines der in § 4 Abs. 2 Z 1 bis 4 AÜG genannten Tatbestandsmerkmale jedenfalls dem wirtschaftlichen Gehalt nach, Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des § 3 Abs. 1 AÜG durch den Werkunternehmer als Überlasser im Sinne des § 3 Abs. 2 AÜG (der insofern die überlassenen Arbeitskräfte mittelbar zur Arbeitsleistung an den Beschäftiger verpflichtet) an den Werkbesteller als Beschäftiger im Sinne des § 3 Abs. 3 AÜG vor. Selbst im Fall zivilrechtlich als Werkvertrag einzustufender Vereinbarungen (und einer ihnen entsprechenden Vertragsabwicklung) zwischen Unternehmer und Subunternehmer liegt demnach eine Arbeitskräfteüberlassung vor, wenn eine der Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG anwendbar ist. Einer Gesamtbeurteilung des Sachverhaltes im Sinne des § 4 Abs. 1 AÜG bedarf es nur dann, wenn der Tatbestand keiner der vier Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG (in Verbindung mit dem Einleitungssatz dieser Bestimmung) zur Gänze erfüllt ist (vgl. VwGH 3.10.2013, 2013/09/0042; 19.5.2014, Ro 2014/09/0026; 6.9.2016, Ra 2016/11/0110-3; 18.1.2017, Ra 2016/11/0179-4).

IV.2. Es ist somit eine Prüfung der vier Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG erforderlich.

#### IV.2.1. Unterscheidbarkeit von Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen – § 4 Abs. 2 Z 1 AÜG:

Nach dieser Bestimmung liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken. Mangelnde Unterscheidbarkeit spricht für Arbeitskräfteüberlassung. Geprüft soll also werden, ob das Arbeitsergebnis der überlassenen Arbeitnehmer von dem der Stamm-Arbeitnehmer unterscheidbar ist. Dies kann durchaus ein Indiz für eine Weisungsbindung der überlassenen Arbeitnehmer sein. Dahinter steht nämlich der Gedanke, dass der Werkbesteller sein Kerngeschäft grundsätzlich nicht aus der Hand geben will und bei Einbindung Dritter in diesen Bereich seinen Einfluss weiterhin durch Weisungen an die (daher überlassenen) Arbeitnehmer ausüben wird. Dabei ist nach dem OGH nicht so sehr bedeutsam, dass der Werkbesteller für diese Aufgabe kein eigenes Personal einsetzen will, mag es auch nachvollziehbar sein, wenn er sich an ein Unternehmen wendet, das sich gerade auf diese Dienstleistung spezialisiert hat. Die wirtschaftliche Sinnhaftigkeit, die ausgelagerte Tätigkeit nicht durch die Stamm-Arbeitnehmer, sondern beim Werkunternehmer (= Überlasser) durchführen zu lassen, allein genügt aber nicht, um von einem Werkvertrag auszugehen und Arbeitskräfteüberlassung auszuschließen (siehe *Schörghofer*, Grenzfälle der Arbeitskräfteüberlassung [2015] 223).

Aus den Feststellungen ergibt sich, dass der Betriebszweck der Y mit dem der X, zumindest im gegenständlich wesentlichen Bereich, nämlich dem Transportwesen, ident ist. Aufgabe sowohl der LKW-Fahrer der Y als auch der X ist der ordnungsgemäße Transport von Waren. Auch wenn die einzelnen Fahrtaufträge unterscheidbar und somit jeweils der Y bzw. der X zuordenbar sind, ist doch insgesamt betrachtet von keinem unterscheidbaren Werk zu sprechen, weil das Arbeitsergebnis der X-Fahrer ident ist mit dem Arbeitsergebnis der Y-Fahrer. Im Hinblick auf den dauernden und ununterbrochenen Einsatz der X-Fahrer durch die Disponenten der Y kann nicht von der Erfüllung einer Vielzahl kurzer, rasch aufeinander folgender Werkverträge ausgegangen werden, sondern werden bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise die X-Fahrer gleich wie jene der Y eingesetzt.

Der Umstand, dass die Disponenten der Y ihre Aufträge nicht an konkrete Fahrer sondern jeweils an einen bestimmten LKW der X erteilen, macht nach Ansicht des erkennenden Richters in diesem Zusammenhang keinen Unterschied. Da auf allen LKW mit u. Kennzeichen ausschließlich X-Fahrer eingesetzt sind, weiß der Disponent nämlich bei Erteilung des Fahrtauftrages an einen solchen LKW, dass der Auftrag von einem X-Fahrer erledigt wird. Der Disponent hat damit den

Arbeitsauftrag an einen X-Fahrer erteilt, auch wenn er nicht weiß, an welchen konkret. Im Übrigen kann er den Fahrernamen auch über die Aviso-Liste erkennen.

§ 4 Abs. 2 Z 1 AÜG ist daher im Wesentlichen erfüllt. Daraus allein kann aber nicht abgeleitet werden, dass Arbeitskräfteüberlassung vorliegt. Dass ein Unternehmer eine Leistung, die er auch selbst erbringen könnte, an eine andere Person auslagert, bedeutet nicht zwingend, dass er diese Person wie einen eigenen Arbeitnehmer einsetzt. Es bedarf auch der zumindest weitgehenden Erfüllung (einer oder mehrerer weiteren) Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG bzw. einer Gesamtbeurteilung.

#### IV.2.2. Bereitstellung von Material und Werkzeug – § 4 Abs. 2 Z 2 AÜG:

Der Verwaltungsgerichtshof hat dazu ausgesprochen, dass der Materialbeistellung für sich allein gesehen nach der werkvertraglichen Normenlage keine allzu große Bedeutung zukommt. Denn die Vertragsparteien können die Stoffbeistellung (= Material im Sinne des ABGB) beliebig regeln. Ohne vertragliche Regelung hat nach herrschender Meinung der Werkbesteller für die Stoffbeistellung zu sorgen, kann also selbst beistellen, durch Dritte liefern lassen oder aus Beständen des Werkunternehmers auswählen (vgl. VwGH 20.11.2003, 2000/09/0173 mwN).

Zu beachten ist weiters, dass bereits in den Materialien (RV 450 BlgNR 17. GP, 17f) u.a. ausgeführt wird: *„Aber nicht jede Benutzung von Geräten soll die Einstufung als Überlassung zur Folge haben, sondern nur jene, die bei Würdigung aller Umstände des konkreten Falles das Vorliegen des Tatbestandes der Überlassung von Arbeitskräften erhärtet.“*

Verfahrensgegenständlich wurden die Waren („Material“), die transportiert wurden, aufgrund von Frachtaufträgen, welche die Y erhielt, transportiert. Das „Material für die Frachtaufträge“ wurde daher von der Y organisiert. Als Werkzeug sind im Transportwesen die LKW, also Zugmaschinen und Auflieger anzusehen.

Die Zugmaschinen standen zwar alle im Eigentum der Y, jedoch wurden jene, mit denen Fahrer der X „gearbeitet“ haben, allesamt von der X angemietet und in U. zum Verkehr zugelassen. Von der X wurden auch Service- oder Reparaturarbeiten, TÜV-Überprüfungen odgl. bezahlt. Die X-Fahrer führen zwar rund die Hälfte der Betankungsvorgänge bei der Betriebstankstelle der Y in E. durch, jedoch werden die Betankungskosten der X verrechnet.

Die Auflieger standen im Eigentum der Y und wurden von ihr in Österreich zum Verkehr zugelassen. Service- und Reparaturarbeiten bei den Aufliegern hat die Y durchführen lassen. Es ist nachvollziehbar, dass die Kalkulation des Km-Preises in der Trucking-Vereinbarung auch ein Nutzungsentgelt für die Auflieger enthält, ein Mietverhältnis betreffend die Auflieger zwischen der Y und der X liegt jedoch



nicht vor. Ein solcher Mietvertrag, welcher ein längeres exklusives Nutzungsrecht der X an den Aufliegern begründen könnte, wurde nie behauptet oder vorgelegt. Der Trucking-Vereinbarung ist diesbezüglich nichts zu entnehmen. Die Auflieger stehen daher im Eigentum und in der Verfügungsgewalt der Y. Wäre sie nicht rechtmäßige Besitzerin der Auflieger, könnten diese nicht in Österreich zum Verkehr zugelassen werden (§ 37 Abs. 2 KFG). Allenfalls könnte man davon ausgehen, dass mit jedem Frachtauftrag ein Auflieger stillschweigend „mitverliehen“ wird, dies ändert aber nichts daran, dass auch bei dieser Annahme über den Einsatz der Auflieger die Y entscheidet, weil sie auch die Frachtaufträge zuteilt.

Im Ergebnis ist dieses Kriterium teilweise erfüllt: Es stammt zwar das Material von der Y, jedoch hat die X die Zugmaschinen ordnungsgemäß gemietet und trägt für diese alle laufenden Kosten. Über diese kann sie grundsätzlich frei verfügen. Die Auflieger stehen hingegen in der Verfügungsmacht der Y, welche auch die laufenden Kosten, wie für Service- und Reparaturarbeiten, trägt.

#### IV.2.3. Organisatorische Eingliederung in Betrieb des Werkbestellers – § 4 Abs. 2 Z 3 AÜG:

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 20. Juni 2011, 2011/09/0094, konstatiert, dass zurecht von einer Einordnung in die Betriebsorganisation eines Unternehmens (§ 4 Abs. 2 Z 3 AÜG) ausgegangen wurde, da über die Disposition des Beschäftigten sämtliche Fahrten und Fahrer eingeteilt wurden und die Fahrer im besagten Zeitraum ausschließlich über Auftrag des Beschäftigten tätig waren.

Den Materialien (RV 450 BlgNR 17. GP, 18) ist zu diesem Punkt zu entnehmen [Hervorhebung nicht im Original]:

*„Eine ergänzende Verwendung von Material oder Werkzeug des Werkbestellers, die in der Praxis aus Zweckmäßigkeitsgründen oft unvermeidlich ist, wird zugestanden. Dasselbe gilt für Weisungen des Werkbestellers, mit denen im Regelfall zu rechnen ist, zum Beispiel die Zuweisung von Räumlichkeiten, die Einschärfung besonderer Rücksichtnahme auf bestehende Einrichtungen, die Warnung vor Gefahrenquellen, schließlich auch vertraglich vereinbarte Spezifikationen, wie etwa die Mitteilung von Wünschen hinsichtlich der farblichen Gestaltung, die Auswahl unter mehreren möglichen Varianten (etwa welche Fliesen, Tapeten, Furniere Verwendung finden sollen) usw. Die zur Erstellung des Werkes erforderlichen fachlichen, organisatorischen und zeitlichen Dispositionen müssen jedoch beim Werkunternehmer verbleiben.“*

Unter diesem Aspekt ist einerseits die Möglichkeit der Ablehnung von Fahrtaufträgen zu betrachten:

Wenn die X frei entscheiden könnte, welche Fahrtaufträge sie von der Y übernimmt bzw. ablehnt, könnte nicht von einer organisatorischen Einbindung der X-Fahrer in die Y gesprochen werden. Diese Möglichkeit wäre ein starkes Argument für das tatsächliche Vorliegen von Werkverträgen.

Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass derartige Ablehnungen nur ausgesprochen selten vorkommen (bei 800 bis 900 Fahrtaufträgen pro Tag nur zwei- bis dreimal). Diese theoretische Ablehnungsmöglichkeit hat daher kaum praktische Relevanz und ist deshalb bei der gebotenen Beurteilung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes der Beziehung zwischen den Fahrern der X und der Y zu vernachlässigen. Dazu kommt noch, dass Ablehnungen nicht nach freiem Ermessen, sondern nur entsprechend begründet erfolgen. Solche Fälle sind aber auch bei eigenen Fahrern der Y denkbar. Auch diese werden, wenn ihnen für die Erfüllung eines Fahrtauftrages nicht mehr genügend Fahrzeit zur Verfügung steht, dies ihrem Disponenten mitteilen und erforderlichenfalls den Auftrag ablehnen, da sie sich sonst selbst strafbar machen würden. Auch auf mögliche Probleme mit dem Linksverkehr in E., einen unmittelbar bevorstehenden Urlaub oder auch einen Werkstatttermin wird jeder LKW-Fahrer den Disponenten hinweisen, unabhängig davon, bei welchem Unternehmen er beschäftigt ist. Aus diesen Gründen ist die Möglichkeit der Ablehnung von Fahrtaufträgen für die Frage der organisatorischen Eingliederung im konkreten Fall nur von sehr untergeordneter Bedeutung.

Andererseits findet nach dem festgestellten Sachverhalt eine organisatorische Eingliederung der X-Fahrer in die Y durch die Abwicklung der Disposition statt. Für die Disposition macht es keinen Unterschied, ob es sich um einen LKW der Y oder der X handelt. Der Disponent der Y sieht im S.-Programm alle freien LKW und teilt die Frachtaufträge so auf die LKW zu, dass möglichst wenig Leer-Kilometer anfallen. Die Disponenten greifen daher unterschiedslos auf die LKW der Y und der X zu.

Bei der Erteilung des Frachtauftrages an einen LKW der X weiß der Disponent, dass dieser Auftrag von einem Fahrer der X erledigt wird, weil X-LKW nur von X-Fahrern gelenkt werden. Den Namen des konkreten Fahrers könnte er über die Aviso-Liste feststellen, er benötigt ihn aber für die Disposition nicht. Die X-Fahrer bekommen – neben dem Dispatcher der Y und dem Fahrervertreter der X – die Fahrtaufträge direkt von den Disponenten der Y. Die Dispatcher der Y übersetzen diese Fahrtaufträge oder Teile davon, sofern dies erforderlich ist, für die Fahrer. Die X-Fahrer bestätigen anschließend (mit wenigen Ausnahmen) den Fahrtauftrag mittels Knopfdruck.

Darüber hinaus berücksichtigen die Disponenten bei der Zuteilung der Fahrtaufträge auch die Fahrzeiten etc. der X-Fahrer. Zudem erfolgt durch die Dispatcher eine Überprüfung, ob die Liefertermine sowie die Be- und

Entladetermine eingehalten werden können, sofern der Fahrer das Trucknav-System nicht oder falsch bedient.

Weiters berücksichtigt der Disponent der Y bei der Zuteilung der Fahrtaufträge auch die Wünsche der X-Fahrer bezüglich einer langen Wochenpause sowie das Erfordernis eines Werkstatt-Besuches eines LKW. In diesen Fällen wird, soweit dies möglich ist, ein entsprechend passender Fahrtauftrag disponiert.

Überdies erfolgt durch die Disponenten teilweise auch die Vorgabe der zu fahrenden Route. Dies erfolgt zwar zum Teil aufgrund von Kundenvorgaben, sodass die Vorgabe der zu fahrenden Strecke der Sache nach notwendig ist. Zum Teil erfolgen Streckenvorgaben jedoch auch, um Umwege zu vermeiden. Ob bzw. welche Fähre zu verwenden ist, wird ebenfalls vom Disponent der Y vorgegeben. In diesen Fällen handelt es sich jedenfalls um Weisungen. Auch besteht die Möglichkeit, die gefahrene Strecke zu kontrollieren.

Auch melden die Fahrer der X Probleme während der Erfüllung eines Fahrtauftrages, wie Erkrankung, Unfall, Verzögerungen wegen Stau oder Ausfall einer Fähre oder Probleme mit der Ladung, neben dem Fahrervertreter der X auch dem Dispatcher der Y, der wiederum den Disponenten der Y darüber informiert. Die Lösung dieser Probleme ist allerdings Aufgabe der X.

Im Ergebnis liegt jedenfalls eine organisatorische Eingliederung in den Betrieb der Y vor und übt diese großteils auch die Fachaufsicht aus. Dafür spricht auch, dass sämtliche Fahrer angewiesen sind, soweit möglich bei den Betriebstankstellen der Y zu tanken. Dass sich eine Betriebstankstelle auch bei der X in U. befindet ist vernachlässigbar, da nach dem festgestellten Sachverhalt die von der Y disponierten LKW nur sehr selten nach U. kommen.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass die X sämtliche Fahrer selbst auswählt, einstellt, diese einschult und auch Urlaub, Krankenstand, Lohnverrechnung, Kündigungen etc. durch die X abgewickelt werden. Die X übt somit selbst die Dienstaufsicht über die X-Fahrer aus. Die praktische Unterstützung bei der Gewährung des langen Wochenendes durch entsprechende Disposition stellte eine – wenn auch nur untergeordnete – Mitwirkung der Y an der Dienstaufsicht dar, weil sie damit an der Gewährung entsprechender Freizeitblöcke für die X-Fahrer beteiligt ist.

Insgesamt ist die Z 3 des § 4 Abs. 2 AÜG somit großteils – bei der Ausübung der Dienstaufsicht jedoch nur in untergeordnetem Ausmaß – erfüllt.

#### IV.2.4. Haftung des Werkunternehmers für den Erfolg der Werkleistung – § 4 Abs. 2 Z 4 AÜG:

Diese Ziffer ist unstrittig nicht erfüllt, da nach dem festgestellten Sachverhalt die X gegenüber der Y für den Erfolg der Transportaufträge haftet. Die Haftungs-

situation ist ident mit der bei Erteilung eines Auftrages an einen fremden Frachtführer.

Zusammenfassend ist die Z 1 im Wesentlichen erfüllt, die Z 2 ist teilweise und die Z 3 ist größtenteils erfüllt. Die Z 4 ist hingegen nicht erfüllt.

IV.3. 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. Die Ziffern 1 bis 4 des § 4 Abs. 2 leg. cit. normieren, dass Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch unter den dort genannten Voraussetzungen vorliegt. Die Bestimmung des § 4 Abs. 2 leg. cit. ist auch nicht isoliert zu betrachten, sondern ist § 4 vielmehr als „Orientierungshilfe“ zu betrachten und ist anhand sämtlicher einschlägiger Bestimmungen im AÜG (insbesondere §§ 1-3) die Beurteilung vorzunehmen (vgl. RV 450 BlgNR 17. GP, 17 sowie ausführlich dazu *Schörghofer*, Grenzfälle der Arbeitskräfteüberlassung [2015], 188ff).

Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung und des wahren wirtschaftlichen Gehaltes überwiegen die Merkmale, die auf eine Arbeitskräfteüberlassung hindeuten: Die X verfügte über ca. 800 Zugfahrzeuge und nur ganz wenige Auflieger. Alle Aufträge der Y wurden mit deren Aufliegern abgewickelt. Mit Transportaufträgen der Y erwirtschaftete die X ca. 90 % ihrer Transporterlöse. Die organisatorische Eingliederung erfolgte insbesondere durch die Disposition der Y. Demgegenüber tritt die Dienstherrschaft der X über ihre Fahrer (Aufnahme und Beendigung des Dienstverhältnisses, Gehaltsvereinbarung, Gewährung desurlaubes, Organisation der Vertretung bei Krankenstand udgl.) in ihrer Bedeutung für die Frage der Arbeitskräfteüberlassung zurück.

Dies zeigt sich auch deutlich in der Einschätzung des Geschäftsführers der X („Hauptprinzip ist, den Anweisungen der Y zu folgen“ – Verhandlungsschrift vom 9.2.2017, Seite 19“) sowie des Verantwortlichen des Kühl- und Planenverkehrs der Y („Die X stellt der Y Fahrzeuge mit Personal zur Verfügung und wird dafür entlohnt“ – Verhandlungsschrift vom 28.2.2017, Seite 9).

Mit diesen Aussagen haben zwei Personen, welche mit den tatsächlichen Gegebenheiten aufgrund ihrer Funktionen bestens vertraut sind, den wahren wirtschaftlichen Gehalt der Geschäftsbeziehungen zwischen der X und der Y klar ausgedrückt. Anzuführen ist, dass beide Zeugen bei der gesamten Befragung durchaus bemüht waren, keine für den Bf ungünstigen Angaben zu machen, sondern diesen eher zu entlasten. Umso bedeutender erscheinen deren oben zitierte Aussagen.

Gegenständlich handelt es sich somit um eine Überlassung von Arbeitskräften von der X, einer 100%-igen Tochtergesellschaft der Y, an diese und damit um eine Überlassung innerhalb eines Konzerns.

IV.4. Gemäß § 1 Abs. 3 Z 4 AÜG ist ausgenommen vom Geltungsbereich der §§ 10 bis 16a dieses Bundesgesetzes die vorübergehende Überlassung von Arbeitskräften zwischen Konzernunternehmen innerhalb eines Konzerns im Sinne des § 15 des Aktiengesetzes 1965, BGBl. Nr. 98 und des § 115 des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RGBl. Nr. 58/1906, sofern der Sitz und der Betriebsstandort beider Konzernunternehmen innerhalb des Bundesgebietes liegt und die Überlassung nicht zum Betriebszweck des überlassenden Unternehmens gehört.

Da Betriebssitz der Y in Österreich und der X in U. ist, findet diese Ausnahmegestimmung keine Anwendung und ist somit das AÜG grundsätzlich anzuwenden.

IV.5.1. Da es sich um grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung handelt, ist zu klären, ob sich der Bf auf die Dienstleistungsfreiheit berufen kann bzw. ob die österreichischen Gesetze unionsrechtskonform iSd Entsenderichtlinie 96/71/EG anzuwenden sind.

Verfahrensgegenständlich würde eine Verletzung der Dienstleistungsfreiheit vorliegen, wenn die überlassenen Arbeitskräfte in dem Mitgliedstaat, in dem der Überlasser ansässig ist, legal beschäftigt sind und dort ihre Haupttätigkeit ausüben (vgl. VwGH 21.4.2015, Ra 2015/09/0006; EuGH 11.9.2014, Rs C-91/13, *E.*). Das Kriterium der Haupttätigkeit der überlassenen Arbeitskräfte in ihrem Herkunftsstaat ist damit zu erklären, dass die Dienstleistungsfreiheit nur das vorübergehende Ausüben einer selbständigen Tätigkeit in einem anderen Staat schützt, d.h. der Grenzübertritt zur Erbringung der Dienstleistung muss zeitlich beschränkt sein und es darf keine dauerhafte Integration in die Volkswirtschaft des Aufnahmemitgliedstaates mittels fester Einrichtung erfolgen (vgl. EuGH 11.12.2003, Rs C-215/01, *Schnitzer*, Rz 28ff; EuGH 7.9.2004, Rs C-456/02, *Trojani*, Rz 28).

In diesem Sinne stellt auch die Entsenderichtlinie 96/71/EG, welche gerade die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit auf diesem Gebiet erleichtern soll, darauf ab, dass ein entsandter Arbeitnehmer „während eines begrenzten Zeitraumes seine Arbeitsleistung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats als demjenigen erbringt, in dessen Hoheitsgebiet er normalerweise arbeitet“ (Art. 3 Abs. 1 der EntsendeRL). Dies gilt sowohl für Arbeitnehmer, die im Rahmen eines Werkvertrages gemäß Art. 1 Abs. 3 lit. a EntsendeRL als auch im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung gemäß Art. 1 Abs. 3 lit. c leg. cit. entsandt werden. Übt der Arbeitnehmer seine Haupttätigkeit im Empfangsstaat aus, so wäre die EntsendeRL 96/71/EG gar nicht anzuwenden.

Es ist somit zu prüfen, in welchem Staat die X-Fahrer, welche Aufträge der Y ausführen, ihre Haupttätigkeit ausüben.

Maßgeblich für die Bestimmung des Staates, an dem bzw. von dem aus die Arbeit gewöhnlich verrichtet wird, sind nach der Rechtsprechung des EuGH die Art der jeweiligen Tätigkeit und die Umstände eines Einzelfalls sowohl in inhaltlicher als auch in zeitlicher Hinsicht. Speziell im internationalen Transportsektor sind sämtliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die die Tätigkeit eines LKW-Fahrers sowie die Art der Arbeitsmittel kennzeichnen. Es ist zu ermitteln, in welchem Staat sich der Ort befindet, von dem aus der Arbeitnehmer seine Transportfahrten durchführt, Anweisungen zu diesen Fahrten erhält und seine Arbeit organisiert, an dem sich die Arbeitsmittel befinden und wo die Fahrerwechsel durchgeführt werden. Es ist außerdem zu prüfen, an welche Orte die Waren hauptsächlich transportiert werden, wo sie entladen werden und wohin der Arbeitnehmer nach seinen Fahrten zurückkehrt (EuGH 15.3.2011, Rs C-29/10, *Koelzsch*, Rz 49). Allein der Umstand, dass der Arbeitnehmer regelmäßig in einen bestimmten Mitgliedstaat zurückkehrt, genügt daher – so die Generalanwältin T. in den diesbezüglichen Schlussanträgen (Rz 63, 94, 95) – nicht, da er diesen Mitgliedstaat auch zum tatsächlichen Mittelpunkt seiner Tätigkeit machen muss, um als gewöhnlicher Arbeitsort zu gelten. Die genannten Umstände sind daher allesamt in Form einer Gesamtschau zu würdigen.

Übereinstimmend damit wird auch bei der Dienstleistungsfreiheit der vorübergehende Charakter nicht nur durch die Dauer der jeweiligen Leistung im Aufnahmemitgliedstaat bestimmt, sondern auch durch ihre Häufigkeit, regelmäßige Wiederkehr oder Kontinuität (EuGH 11.12.2003, Rs C-215/01, *Schnitzer*). Daher kann selbst bei kurzfristigen Leistungen und einer regelmäßigen Rückkehr in den Herkunftsstaat nicht mehr von einer bloß vorübergehenden Tätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat die Rede sein, wenn die Tätigkeit dort häufig, regelmäßig bzw. kontinuierlich ausgeübt wird.

Aus den Feststellungen ergibt sich, dass Beginn und Ende der Transportfahrten überwiegend in E., Österreich, erfolgen. Dabei ist nicht auf die einzelnen Fahraufträge abzustellen, weil diese im internationalen Transportgewerbe naturgemäß an den verschiedensten Orten beginnen und enden, sondern darauf, wo die LKW-Fahrer ihre Fahrtätigkeit nach (längeren) Freizeitblöcken beginnen bzw. vor solchen beenden. Die einzelnen Be- und Entladestationen sind nicht als Arbeitsbeginn bzw. -ende in diesem Sinn anzusehen. Die X-Fahrer erhalten auch die Anweisungen zu diesen Fahrten, also die Dispositions-Anweisungen aus E. und es finden auch die Fahrerwechsel samt Übergabe der LKW überwiegend dort statt. Daraus ergibt sich, dass der Ort, von dem aus die X-Fahrer ihre Verpflichtung aus dem Arbeitsvertrag mit der X für gewöhnlich verrichten, in E., Österreich liegt. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Arbeitnehmer, nachdem sie ihren LKW in E. abgestellt haben, von dort aus nach U. zurückgebracht werden. Dass die An- bzw. Rückreise nach U. als Arbeitszeit gewertet und vergütet wird, ändert an dieser Beurteilung nichts, weil der

eigentliche Arbeitseinsatz (nämlich die Erfüllung der Transportaufträge) erst in E. beginnt.

Auch der Umstand, dass die X auf dem Betriebsstandort der Y dauerhaft mit einer Infrastruktur ausgestattet ist, indem sie Container für ihre Arbeitnehmer angemietet hat, spricht gegen die Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit. Wegen der Häufigkeit, regelmäßigen Wiederkehr und Kontinuität der Tätigkeit in Österreich kann nicht mehr von einem bloß vorübergehenden Grenzübertritt die Rede sein. Unter diesen Umständen liegt kein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit vor. Auch aus dem vom Bf ins Treffen geführten Urteil des EuGH zur Rs 11.9.2014, C-91/13, *E.*, ergibt sich keine Verletzung der Dienstleistungsfreiheit für den gegenständlichen Fall, zumal dieses Urteil darauf abstellt, dass die Haupttätigkeit des überlassenen Arbeitnehmers nicht im Empfangsstaat (Österreich), sondern in dem Staat, in dem der Überlasser ansässig ist, gelegen ist.

Verfahrensgegenständlich liegt auch keine Entsendesituation iSd Art. 1 Abs. 3 lit. a bis c Entsenderichtlinie 96/71/EG vor, da die in Frage stehenden LKW-Fahrer nicht gemäß Art. 2 leg. cit. während eines begrenzten Zeitraums ihre Arbeitsleistung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates als demjenigen erbringen, in dessen Hoheitsgebiet sie normalerweise arbeiten. Da sie weit überwiegend von der Y disponiert werden und ihre Verpflichtung aus den Arbeitsverträgen für gewöhnlich von Österreich aus verrichten sowie die Entsendung nicht bloß vorübergehenden Charakter hat, kann von einer Entsendung nach Österreich iSd Entsenderichtlinie nicht die Rede sein. Die Entsenderichtlinie ist daher nicht anzuwenden.

IV.5.2. Unabhängig davon führt auch eine unionsrechtskonforme Auslegung des Begriffes „Arbeitskräfteüberlassung“ im Sinne der Entsenderichtlinie nicht zu einem anderen Ergebnis:

IV.5.2.1. Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil in den verbundenen Rs C-307-309/09, *V.* u.a. für die Beurteilung des Vorliegens von Arbeitskräfteüberlassung (abstrakte) Kriterien formuliert:

Demnach liegt Arbeitskräfteüberlassung vor, wenn 1. bei einer gegen Entgelt erbrachten Dienstleistung der Arbeitnehmer im Dienst des Überlassers bleibt, ohne Abschließung eines Arbeitsvertrages mit dem Beschäftiger, 2. der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung ist und 3. der Arbeitnehmer seine Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnimmt.

Das zweite Kriterium hat der Europäische Gerichtshof durch das Urteil in der Rs C-586/13, *M.M.*, dahingehend konkretisiert, dass jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen ist, ob der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemit-

gliedstaat den eigentlichen Gegenstand der Dienstleistung, auf den sich dieses Vertragsverhältnis bezieht, darstellt oder nicht. Einen Hinweis darauf, dass ein solcher Wechsel nicht der eigentliche Gegenstand der betreffenden Dienstleistung ist, würde grundsätzlich u.a. der Umstand darstellen, dass der Dienstleistungserbringer die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich vereinbarten Leistung trägt, sowie der Umstand, dass es dem Dienstleistungserbringer freisteht, die Zahl der Arbeitnehmer zu bestimmen, deren Entsendung in den Aufnahmemitgliedstaat er für sachgerecht hält. Hingegen würde der Umstand, dass das Unternehmen, dem die betreffende Leistung zugutekommt, kontrolliert, ob diese vertragsgemäß ist, oder allgemeine Anweisungen an die Arbeitnehmer des Dienstleistungserbringers erteilen kann, als solcher nicht die Schlussfolgerung erlauben, dass eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt.

IV.5.2.2. Das erste Kriterium ist jedenfalls als erfüllt zu betrachten, da es sich verfahrensgegenständlich um die Erbringung einer entgeltlichen Dienstleistung (sh. Trucking-Vereinbarung vom 22.4.2013) handelt, bei der die X Arbeitgeber der Fahrer bleibt und die X-Fahrer auch keinen Arbeitsvertrag mit der Y abschließen.

Nach den Sachverhaltsfeststellungen ist auch von der Erfüllung des zweiten Kriteriums auszugehen, da sich die X nach der Trucking-Vereinbarung zur kontinuierlichen Durchführung von Transportdienstleistungen für die Y verpflichtete und somit die X die Zahl der Arbeitnehmer, die für die Y Aufträge abwickeln, nicht selbst bestimmen kann. Ganz im Gegenteil bestimmt die Y durch die Disposition der X-LKW, ob und wie viele Fahrer der X eingesetzt werden. Auch geht die Abwicklung der gesamten Disposition durch die Y über bloß „allgemeine Anweisungen“ iSd Ausführungen des EuGH in der Rs M.M. hinaus. Die X-Fahrer beginnen ihre Arbeitseinsätze überwiegend in E. Der Ortswechsel nach Österreich ist also Voraussetzung dafür, dass sie ihre Arbeitsaufträge erfüllen können und ist daher ein wesentlicher Gegenstand der Dienstleistung der X.

Auch wenn die X die Haftung für die vertraglich vereinbarte Leistung trägt, ist insgesamt betrachtet auch dieses zweite Kriterium erfüllt.

Auch das dritte Kriterium ist erfüllt, da die Fahrer der X von der Y disponiert werden, Anweisungen von der Y erhalten und die Y auch Überprüfungen wegen der Einhaltung der Liefertermine odgl. durchführt. Als Beispiele für solche Anweisungen sind insbesondere die teilweise Vorgabe von Fahrtrouten bzw. der konkret zu benützenden Fähren anzuführen (vgl. im Detail die Ausführungen zur Fachaufsicht in IV.2.3). Für die Disponenten der Y spielt es keine Rolle, ob es sich um einen österreichischen LKW (mit einem Fahrer der Y) oder um einen u. LKW (mit einem Fahrer der X) handelt. Im Zuge der Abwicklung der Disposition wird über sämtliche Fahrer gleich verfügt.



Somit liegt auch bei unionsrechtskonformer Auslegung der österreichischen Gesetze iSd Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes Arbeitskräfteüberlassung vor.

IV.6. Im Ergebnis ergibt sich aus all diesen Überlegungen, dass alle Kraftfahrer der X, welche direkt von der Y disponiert wurden, als an die Y überlassene Arbeitskräfte anzusehen sind. Dies trifft jedenfalls auf die im Spruch angeführten neun Kraftfahrer zu. Hingegen kann bei jenen Kraftfahrern, welche nicht direkt von der Y disponiert wurden, nicht von Arbeitskräfteüberlassung ausgegangen werden. Von den Filialen der Y in W. und S.V. ergingen die Transportaufträge an die X und deren Disponenten erteilten die Fahrtaufträge an den jeweiligen Fahrer. Jene 121 X-Fahrer, welche zum weit überwiegenden Teil für die Filialen W. und S.V. eingesetzt wurden, sind aufgrund dieser Beweisergebnisse nicht als an die Y überlassene Arbeitskräfte zu beurteilen. Das gilt auch für jene 228 Kraftfahrer der X, die weitgehend für Fremdaufträge eingesetzt wurden. Für die von der G.T. GmbH eingesetzten Kraftfahrer haftet der Bf schon deshalb nicht, weil er nicht zur Vertretung nach außen befugtes Organ dieses Unternehmens ist. Jene 61 Kraftfahrer, welche zum Tatzeitpunkt (8.5.2014) noch gar keinen Arbeitsvertrag mit der X hatten, konnte sie an diesem Tag auch (noch) nicht an die Y überlassen. Hinsichtlich der restlichen (ca. 600) Kraftfahrer reichen die Beweisergebnisse nicht aus, um konkret für den 8.5.2014 mit Sicherheit von einer Überlassung ausgehen zu können.

Der Bf haftet als Geschäftsführer der Y gemäß § 9 VStG jedenfalls dafür, dass für die im Spruch genannten Kraftfahrer die erforderlichen Unterlagen nicht bereitgehalten wurden.

IV.7.1. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (sog „Ungehorsamsdelikt“).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (vgl. VwGH 23.12.1991, 88/17/0010 mwN).

IV.7.2. Aus der Beschwerde sowie den Vorbringen im Zuge des durchgeführten Beweisverfahrens ist ersichtlich, dass der Bf von der Rechtmäßigkeit des

Einsatzes der X-Fahrer zur Abarbeitung der Transportaufträge der Y ausging. Der Bf ist somit einem Rechtsirrtum erlegen.

Ein Rechtsirrtum nach § 5 Abs. 2 leg. cit. schließt das Verschulden nur dann aus, wenn dem Betroffenen die übertretene Verwaltungsvorschrift trotz Anwendung der nach seinen Verhältnissen erforderlichen Sorgfalt unbekannt geblieben ist (vgl. VwGH 24.04.2006, 2005/09/0021). Sofern den Betroffenen auch nur ein geringes Verschulden (Fahrlässigkeit) an dem Rechtsirrtum trifft, scheidet dieser als Schuldausschließungsgrund aus (vgl. auch VwGH 10.02.1999, 98/09/0298).

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 14.01.2013, 2011/08/0134 konstatiert, dass *„[e]s [...] bei der Einhaltung der einem am Wirtschaftsleben Teilnehmenden obliegenden Sorgfaltspflicht einer Objektivierung durch geeignete Erkundigungen [bedarf]. Wer dies verabsäumt, trägt das Risiko des Rechtsirrtums.“*

Weiters führte das Höchstgericht unter anderem in der Entscheidung vom 28.05.2013, 2012/10/0105, aus, dass *„[s]elbst guter Glaube [...] den angeführten Schuldausschließungsgrund [dann] nicht her[stellt], wenn es Sache der Partei ist, sich mit den einschlägigen Vorschriften vertraut zu machen und im Zweifel bei der Behörde anzufragen. In der Unterlassung von diesbezüglichen Erkundigungen liegt zumindest ein fahrlässiges Verhalten.“*

Dem Bf als Unternehmer obliegt es, sich über die rechtlichen Voraussetzungen und faktischen Umstände der Tätigkeit ausreichend zu informieren. Er hat sich mit den für die Beschäftigung von Arbeitnehmern einschlägigen Vorschriften vertraut zu machen. Gerade bei der gegenständlichen Konstruktion wäre er verpflichtet gewesen, sich besonders genau zu informieren. Das hat er zumindest bis 8. Mai 2014 nicht getan, weshalb der Bf zumindest fahrlässiges Verhalten zu verantworten hat.

IV.8.1. Zur Strafbemessung ist Folgendes festzuhalten:

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

Gemäß § 19 Abs. 2 leg. cit. sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32 bis 35 Strafgesetzbuch (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige

Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (statt vieler VwGH 28.11.1966, 1846/65) innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (vgl. ua VwSlg 8134 A/1971). § 19 Abs. 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind, egal ob sie durch Organmandat, Strafverfügung oder im ordentlichen Verfahren (§§ 40 – 46 VStG) erfolgt.

Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbes. Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

IV.8.2. Von der belangten Behörde wurden bei der Strafbemessung die Vielzahl der rechtswidrig beschäftigten Ausländer sowie der lange Tatzeitraum erschwerend gewertet. Mildernd wurde die bisherige einschlägige Unbescholtenheit gewertet.

Die belangte Behörde ging bei ihrer Entscheidung mangels Angaben des Bf hinsichtlich der Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse von einem geschätzten monatlichen Nettoeinkommen von 2.500 Euro aus. Da auch im Verfahren vor dem LVwG Oö. keine diesbezüglichen Angaben gemacht wurden, geht auch das Landesverwaltungsgericht von einem durchschnittlichen monatlichen Nettoeinkommen von 2.500 Euro, einem durchschnittlichen Vermögen und keinen Sorgepflichten aus.

IV.8.3. Die belangte Behörde hat über den Bf wegen der fehlenden Unterlagen hinsichtlich jedes Arbeitnehmers (Fahrer der X) insgesamt 1.099 Einzelstrafen verhängt. Es ist daher vorerst zu prüfen, ob § 22 Abs. 1 Z 2 AÜG in der zur Tatzeit geltenden Fassung die Verhängung von Einzelstrafen für jeden überlassenen Arbeitnehmer oder eine Gesamtstrafe vorsieht. Die entsprechende Bestimmung lautete wie folgt:

Gemäß § 22 Abs. 1 Z 2 AÜG begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit Geldstrafe von 500 Euro bis zu 5.000 Euro, im Wiederholungsfall von 1.000 Euro bis zu 10.000 Euro, zu bestrafen, wer die Meldungen gemäß § 17 Abs. 2 nicht

rechtzeitig erstattet oder die erforderlichen Unterlagen entgegen § 17 Abs. 7 nicht bereit hält.

Aus dieser Bestimmung kann nicht unmittelbar abgeleitet werden, ob der Gesetzgeber bei der Überlassung mehrerer Arbeitnehmer ohne Erstattung der vorgeschriebenen Meldungen von einem einzigen Delikt oder jeweils einem gesonderten Delikt pro Arbeitnehmer ausgegangen ist. Der VwGH hat zur praktisch inhaltsgleichen Bestimmung des § 7b Abs. 9 Z 2 AVRAG idF BGBl I Nr. 24/2011 ausgesprochen, dass wegen des Nichtbereithaltens von Unterlagen nicht hinsichtlich jedes einzelnen Arbeitnehmers, sondern nur – bezogen auf die vom Arbeitgeber entsandte Gruppe von Arbeitnehmern – insgesamt eine Strafe zu verhängen ist (VwGH 6.3.2014, 2013/11/0143). In diesem Erkenntnis hat das Höchstgericht auf die strukturelle Ähnlichkeit des § 7b Abs. 9 Z 2 AVRAG mit dem damals geltenden § 22 Abs. 1 Z 2 lit. a AÜG hingewiesen und ausgesprochen, dass auch diese Bestimmung sich erkennbar auf die gesamte Gruppe der überlassenen Arbeitnehmer bezieht.

Der Gesetzgeber hat in weiterer Folge mit BGBl I Nr. 94/2014 sowohl die Strafbestimmung des § 7b AVRAG als auch jene des § 22 AÜG novelliert. Im (neuen) § 7b Abs. 8 AVRAG wurde ausdrücklich angeordnet, dass für den Fall unterlassener Meldungen für jeden Arbeitnehmer eine Geldstrafe von 500 bis 5.000 Euro zu verhängen ist. In den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage wird dazu ausdrücklich ausgeführt, dass die Strafe nicht pauschal je Arbeitgeber, sondern für jeden betroffenen Arbeitnehmer zu verhängen ist. In dem mit derselben Novelle geänderten § 22 Abs. 1 AÜG wurde der Wortlaut „für jeden Arbeitnehmer“ jedoch nicht aufgenommen. Die Erläuterungen sprechen lediglich von *„geringfügigen Anpassungen, welche auf eine weitgehende Übereinstimmung mit den geänderten Strafbestimmungen des AVRAG zielen“*.

Aus dieser unterschiedlichen Formulierung in § 7b AVRAG und § 22 Abs. 1 AÜG muss abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber im Jahr 2014 für Übertretungen des AÜG weiterhin bei fehlenden Meldungen/Unterlagen für mehrere Arbeitnehmer die Verhängung einer Gesamtstrafe und nicht eine gesonderte Bestrafung pro Arbeitnehmer angeordnet hatte. Hätte er auch im AÜG die Verhängung von Einzelstrafen pro Arbeitnehmer anordnen wollen, so wäre es naheliegend gewesen, die Formulierung „für jeden Arbeitnehmer“ nicht nur in die Strafnorm des § 7b AVRAG, sondern auch in jene des § 22 Abs. 1 AÜG aufzunehmen.

Dieser Befund wird auch durch die Materialien zum seit 1.1.2017 in Kraft stehenden Lohn- und Sozialdumpinggesetz verstärkt. Mit diesem wurden (u.a.) die entsprechenden Bestimmungen des AÜG neu gefasst. Die ab 1.1.2017 geltende Strafbestimmung für fehlende Meldungen bzw. nicht bereit gehaltene Unterlagen im Zusammenhang mit der Arbeitskräfteüberlassung lautet wie folgt:

*„Wer als Beschäftigter 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.“*

In der Regierungsvorlage (RV 1111 BlgNR 25. GP 19) wird dazu ausgeführt [Hervorhebungen nicht im Original]:

*„[...] § 26 Abs. 2 LSD-BG sanktioniert – korrelierend zu § 21 Abs. 3 LSD-BG – einen Verstoß des Beschäftigers gegen die Bereithaltspflicht sowie die Pflicht zur Zugänglichmachung der erforderlichen Unterlagen. Diese Bestimmung entspricht in Bezug auf das tatbildmäßige Verhalten des Beschäftigers dem bisherigen § 17 Abs. 7 AÜG. Der Strafraumen entspricht der Höhe nach dem bisherigen § 22 Abs. 12 Z 2 zweiter Fall AÜG, allerdings wird klargestellt, dass die Strafe nicht wie bisher pauschal, sondern für jeden betroffenen Arbeitnehmer zu verhängen ist.“*

Insgesamt ergibt sich also, dass der Gesetzgeber erst mit der Einführung des LSD-BG für das Unterlassen von Meldungen bzw. das Nichtbereithalten von Unterlagen bei Arbeitskräfteüberlassung die Verhängung von gesonderten Strafen pro Arbeitnehmer angeordnet hat. Bis zu dieser Novelle war – unabhängig von der Anzahl der überlassenen Arbeitnehmer – eine einzige Gesamtstrafe zu verhängen.

IV.8.4. Im gegenständlichen Verfahren liegt der Strafraumen daher zwischen 500 und 5.000 Euro. Als erschwerend war zu berücksichtigen, dass zumindest neun Arbeitnehmer betroffen waren. Strafmildernd kommen dem Bf seine bisherige Unbescholtenheit und die lange Dauer des gegenständlichen Verwaltungsstrafverfahrens zugute, welche nicht er verursacht hat. Seit der Tatbegehung sind rund 2 Jahre und 11 Monate vergangen, sodass von keiner angemessenen Verfahrensdauer auszugehen ist.

Sowohl aus general- als auch spezialpräventiven Überlegungen ist eine Strafe im oberen Bereich des Strafraumens erforderlich, um sowohl dem Bf als auch der Allgemeinheit zu zeigen, dass derartige Übertretungen streng geahndet werden. In Abwägung dieser Gründe und unter Berücksichtigung des Strafraumens erscheint die Verhängung einer Gesamtstrafe in der Höhe von 4.000 Euro angemessen. Diese entspricht auch den finanziellen Verhältnissen des Beschwerdeführers (monatliches Einkommen von 2.500 Euro bei keinen Sorgepflichten). Die Ersatzfreiheitsstrafe war entsprechend herabzusetzen.

V. Im Ergebnis ist daher die vorgeworfene Tat als Verwaltungsübertretung strafbar. Der Beschwerde war jedoch insofern Folge zu geben, als anstelle von Einzelstrafen eine Gesamtstrafe zu verhängen war.

Bei diesem Verfahrensergebnis war dem Bf gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG kein Kostenbeitrag für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht vorzuschreiben. Die Kosten des verwaltungsbehördlichen Verfahrens waren gemäß § 38 VwGVG iVm § 64 Abs. 1 und 2 VStG mit 400 Euro festzusetzen. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren sind Barauslagen für die zur Zeugenvernehmung erforderliche Dolmetscherin in Höhe von 344,60 Euro angefallen. Diese wurden mit Beschluss des Landesverwaltungsgerichtes vom 20.2.2017, Zl. LVwG-301342/44 festgesetzt und am 24.3.2017 überwiesen. Diese Barauslagen waren dem Bf gemäß § 52 Abs. 3 VwGVG iVm § 76 AVG vorzuschreiben.

#### VI. 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. Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen von Arbeitskräfteüberlassung auszugehen ist, liegt bereits umfangreiche Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vor und die Entscheidung entspricht dieser – soweit ersichtlich – einheitlichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Darüber hinaus wurde auch die Judikatur des Europäischen Gerichtshofes zur grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung berücksichtigt.

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

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

## **H i n w e i s e**

1. Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.
2. Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Zöbl