OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-302143/2/Kü/LB - 302144/2

Datum:
Linz, 23. Oktober 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerden von 1. I.A. und 2. D. s.r.o., beide vertreten durch Rechtsanwalt Mag. M.P., X, A., vom 8. November 2018, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 9. Oktober 2018, GZ: BHPESBBG-2018-122284/10-AS, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, dass angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Es entfallen sämtliche Verfahrenskostenbeiträge.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg, vom 9. Oktober 2018, GZ: BHPESBBG-2018-122284/10-AS, wurde über den Beschwerdeführer (in Folge: Bf) wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 21 Abs. 1 Z 1 iVm mit § 26 Abs. 1 Z 3 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) eine Geldstrafe von 1.000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 33 Stunden verhängt.

Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zu Grunde:
„Sie haben am 11. April 2018 um 14:25 Uhr in G., X wie anlässlich einer Kontrolle der Finanzpolizei Team 43 für das Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr festgestellt wurde, als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als gem. § 9 Abs. 1 VStG nach außen hin zur Vertretung Berufener, der Firma D. s.r.o. mit Sitz in M., Slowakische Republik zu verantworten, dass die Firma D. s.r.o. die für die Beschäftigung des R.R., geb. x, StA. slowak. Republik, erforderlichen (gültigen) A1-Unterlagen (über die Anmeldung zur Sozialversicherung, sofern für den entsandten, mobilen Arbeitnehmer im Transportbereich in Österreich keine Sozialversicherungspflicht besteht) beschrieben in § 21 Abs. 1 Z 1 LSD-BG nicht im Fahrzeug bereitgehalten hat.“

I.2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde in der beantragt wird das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Strafverfahren gegen den Bf einzustellen. Als Beschwerdegrund wurde die unrichtige rechtliche Beurteilung geltend gemacht. Begründend wurde festgehalten, dass die von der Behörde geäußerte Rechtsansicht unrichtig sei und insbesondere den dem Bf vor Aufnahme der Tätigkeit von der Wirtschaftskammer erteilten und auch im Internet vom Sozialministerium zur Information über Entsendungen von Arbeitnehmern in der Transportbranche/Beförderungsbranche aus dem EWR/Schweiz zur Verfügung gestellten Informationen widerspreche. Vielmehr sei das LSD-BG so zu interpretieren, dass keine Entsendung im Sinne des Gesetzes vorliegend sei, bei Transit in der Güterbeförderung oder der Personenbeförderung, aber auch im Werkverkehr. Dies bedeute, dass bei Vorliegen von Werkverkehr ebenfalls die Bestimmungen des LSD-BG nicht anzuwenden seien.

Unter den Begriff „Werkverkehr“ im Sinne des LSD-BG würden die Transporte von/nach Österreich fallen, bei denen Transportleistungen lediglich eine Nebenleistung im Rahmen des Rechtsgeschäfts darstellen würden. Als klassisches Beispiel würde von der Wirtschaftskammer der Kauf einer Ware im Ausland durch einen Käufer in Österreich genannt und dass der Transport dieser Ware durch den Verkäufer mit eigenem LKW und einem von ihm beigestellten Lenker durchgeführt würde. Genau ein derartiger Sachverhalt liege im gegenständlichen Fall vor. In einem derartigen Fall sei die Dienstleistung „Transport“ nur eine Nebenleistung

zum Kauf und spiele in Bezug auf die beiden Grundfreiheiten Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit nur eine untergeordnete Rolle und sei daher hinsichtlich des LSD-BG außer Betracht zu lassen. Nur wenn der Transport der Ware durch einen eigenen vom Verkäufer verschiedenen Transportunternehmer durchgeführt würde, liege eine eigene Dienstleistung, unabhängig vom Kauf vor, welche dem LSD-BG unterliege.

Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte die Behörde daher zum Ergebnis kommen müssen, dass eine Ausnahme im Sinne des LSD-BG vorliegend sei.

Darüber hinaus würde der Bf einwenden, dass er auf diese Angaben, die auf der Internetseite „Entsendeplattform.at“ unter dem Punkt LSD-BG aktuelles zum Transportbereich sowie der Internetseite des Sozialministeriums zu entnehmen seien, vertrauen habe dürfen und auch darauf vertraut hätte. Sollten diese Angaben falsch seien, so würden zumindest die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit einer außerordentlichen Strafmilderung vorliegen.

I.3. Die Bezirkshauptmannschaft Perg als belangte Behörde hat die gegenständliche Beschwerde mit Schreiben vom 5. Dezember 2018 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt. Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsstrafakt. Von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 24 Abs. 2 Z 1 VwGVG abgesehen werden, zumal bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass das mit Beschwerde angefochtene Straferkenntnis aufzuheben ist.

I.4.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem Sachverhalt aus:

Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der D. s.r.o. mit dem Sitz in X, M., Slowakische Republik. Die D. s.r.o. ist in der Slowakei in der Fleischverarbeitung tätig, unter anderem werden Kebabspieße hergestellt, welche an Kunden in der Slowakei, Ungarn aber auch Österreich ausgeliefert werden.
Am 11. April 2018 war der Arbeitnehmer der D. s.r.o., R.R. damit beauftragt, in der Slowakei hergestellte Kebabspieße an Kunden in Österreich zuzustellen. Herr R. war an diesem Tag mit dem Firmenfahrzeug der D. s.r.o. mit dem Kennzeichen X unterwegs und wurde von Organen der Finanzpolizei bei der Zustellung eines Kebabspießes in G., X, kontrolliert.
Herr R.R. gab gegenüber den Kontrollorganen an, dass er Arbeitnehmer der D. s.r.o. ist und beauftragt wurde mit dem Firmenfahrzeug in der Slowakei

hergestellte Kebabspieße zu den Kunden nach Österreich auszuliefern, welche diese Kebabspieße bestellt hatten.

Die Kontrollorgane forderten Herrn R. auf die Meldung an die Zentrale Koordinationsstelle (ZKO3-T-Meldung), das Sozialversicherungsdokument A1 und die Lohnunterlagen in deutscher Sprache vorzulegen. Herr R. gab gegenüber den Kontrollorganen an, dass er über diese Unterlagen nicht verfügt.

Aufgrund der Ergebnisse dieser Kontrolle wurden von der Finanzpolizei Strafanträge an die zuständige Strafbehörde hinsichtlich der Nichtvorlage der entsprechenden Unterlagen gestellt.

Das von der Finanzpolizei im „Binnenmarkt-Informationssystem“ (IMI) durchgeführte Auskunftsersuchen hat ergeben, dass die D. s.r.o. in der Slowakei rechtmäßig niedergelassen und registriert ist. Zudem werden regelmäßig Sozialbeiträge für die Arbeitnehmer geleistet. Die D. s.r.o. verfügt in der Slowakei über eine Niederlassung und Büros und ist im Bereich der Fleischverarbeitung tätig. Weiters ergibt die Anfrage, dass die D. s.r.o. in der Slowakei eine wesentliche Geschäftstätigkeit ausübt, entsprechende Umsätze erzielt, die geschlossenen Verträge erfüllt und Verwaltungspersonal beschäftigt. Außerdem wird in der Anfrage die Unbescholtenheit der Firma bestätigt.

I.4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Strafantrag, dem Beschwerdevorbringen und dem Report über die Abfrage im IMI-System. Darauf basieren die Feststellungen, dass die D. s.r.o. eine in der Slowakei ordnungsgemäß ansässige Firma darstellt, welche in der Fleischverarbeitung tätig ist. Es bestehen daher keine Zweifel, dass vom Arbeitnehmer der D. s.r.o. bestellte Ware mit dem firmeneigenen LKW an Kunden nach Österreich ausgeliefert wurde. Insofern ist festzuhalten, dass dieser Sachverhalt unbestritten feststeht.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

II.1. Rechtslage:

Im gegenständlichen Fall sind folgende Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG), idF BGBl. I Nr. 64/2017, maßgeblich:

„Geltungsbereich

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz gilt für

1. Arbeitsverhältnisse, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen,

2. die Beschäftigung von Arbeitskräften im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG), BGBl. Nr. 196/1988,
3. Beschäftigungsverhältnisse, auf die das Heimarbeitsgesetz 1960, BGBl. Nr. 105/1961, anzuwenden ist.

[...]

(5) Dieses Bundesgesetz findet keine Anwendung, wenn der Arbeitnehmer ausschließlich zur Erbringung folgender Arbeiten von geringem Umfang und kurzer Dauer nach Österreich entsandt wird:

...

7. die Tätigkeit als mobiler Arbeitnehmer oder als Besatzungsmitglied (§ 4 der Schiffsbesatzungsverordnung, BGBl. II Nr. 518/2004) in der grenzüberschreitenden Güter- und Personenbeförderung (Transportbereich), sofern die Arbeitsleistung ausschließlich im Rahmen des Transitverkehrs erbracht wird und nicht der gewöhnliche Arbeitsort in Österreich liegt,...

[...]

Bereithaltung von Meldeunterlagen, Sozialversicherungsunterlagen und behördlicher Genehmigung

§ 21. (1) Arbeitgeber mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft haben folgende Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort im Inland während des Entsendezeitraums bereitzuhalten oder diese den Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich zu machen:

1. Unterlagen über die Anmeldung des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, oder Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit), sofern für den entsandten Arbeitnehmer in Österreich keine Sozialversicherungspflicht besteht; kann der Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Erhebung durch Nachweise in deutscher Sprache belegen, dass ihm die Erwirkung der Ausstellung dieser Dokumente durch den zuständigen Sozialversicherungsträger vor der Entsendung nicht möglich war, sind gleichwertige Unterlagen in deutscher Sprache (Antrag auf Ausstellung des Sozialversicherungsdokuments E 101 oder A 1, und Bestätigung des zuständigen Sozialversicherungsträgers, dass der Arbeitnehmer für die Dauer der Entsendung der ausländischen Sozialversicherung unterliegt) bereitzuhalten;
2. die Meldung gemäß § 19;
3. die behördliche Genehmigung der Beschäftigung der entsandten Arbeitnehmer im Sitzstaat des Arbeitgebers gemäß § 19 Abs. 3 Z 11 oder Abs. 7 Z 8, sofern eine solche erforderlich ist.

Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die erforderlichen Unterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten oder in elektronischer Form zugänglich zu machen. Bei mobilen Arbeitnehmern im Transportbereich sind die vorgenannten Unterlagen bereits ab Einreise in das Bundesgebiet im Fahrzeug bereitzuhalten oder in elektronischer Form zugänglich zu machen. Ein Beschäftiger, der einen Arbeitnehmer zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsendet, gilt in Bezug auf die Verpflichtung nach dieser Bestimmung als Arbeitgeber.

[...]

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

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

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

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

II.2. Faktum ist, dass die D. s.r.o. nicht im Gewerbe des internationalen Gütertransportes tätig ist sondern ein in der Slowakei ansässiges Unternehmen, welches unter anderem auch in der Fleischverarbeitung tätig ist, darstellt. Entsprechend den Verfahrensergebnissen beschränkt sich die Transportleistung der D. s.r.o. auf die Zustellung von im Rahmen der Fleischverarbeitung hergestellten Produkten an die jeweiligen Kunden, die derartige Waren bestellt haben. Nachdem diese Kunden auch in Österreich ansässig sind, werden daher auch grenzüberschreitende Zustellfahrten durchgeführt.

Unbestritten ist zudem, dass von der D. s.r.o. mit eigenem Arbeitnehmer und firmeneigenem LKW die Zustellfahrt nach Österreich durchgeführt wurde. Der Kunde in Österreich bestätigt am Lieferschein die ordnungsgemäße Übernahme der Ware.

Der Bf führt in seinem Beschwerdevorbringen aus, dass er vor Durchführung der Zustellfahrten Informationen eingeholt hat und er sich auf die Auskünfte der Wirtschaftskammer sowie die in schriftlicher Form existierenden Auskünfte des Sozialministeriums hinsichtlich der Zustellfahrten verlassen hat.

Bei der gegebenen Sachlage ist die von der belangten Behörde ins Treffen geführte Bestimmung des § 1 Abs. 5 Z 7 LSD-BG insofern nicht einschlägig, da diese auf die grenzüberschreitende Güter- und Personenbeförderung (Transportbereich) gerichtet ist und darunter die von der D. s.r.o. durchgeführten Zustellfahrten nach Österreich nicht umfasst sind. Die D. s.r.o. ist nicht als Frächter (Transporteur) im grenzüberschreitenden Gütertransport oder der Personenbeförderung tätig.

Dem Bf ist grundsätzlich beizupflichten, wenn er ausführt, dass in der Information des Sozialministeriums über „Entsendungen von Arbeitnehmern in der Transportbranche/Beförderungsbranche aus dem EWR und der Schweiz - Arbeitsrechtliche Regelungen“ (abrufbar unter Sozialministerium.at) ausgeführt wird, dass keine Entsendung im Sinne des LSD-BG insbesondere dann vorliegt, wenn der Verkäufer selbst durch seine Arbeitnehmer mit eigenen Fahrzeugen die verkauften Güter nach Österreich liefert, wobei die Güterbeförderungen eine Hilfstätigkeit im Rahmen seines gesamten Unternehmens darstellt.

Wie bereits oben ausgeführt, ist die D. s.r.o. ein produzierender Betrieb, der von Kunden bestellte Ware nach Österreich ausliefert. Den oben genannten und vom Bf zutreffend erwähnten Informationen zu Folge ist gegenständlich der Tatbestand der Entsendung nicht erfüllt, weshalb die Bestimmungen des LSD-BG nicht anwendbar sind. Eine Verpflichtung zur Meldung einer Entsendung des Arbeitnehmers bzw. zur Bereithaltung von Unterlagen kann demnach für den Bf nicht bestanden haben. Die D. s.r.o. ist nicht dem Güterbeförderungsgewerbe und somit der Transportbranche zuordenbar. Insofern ist es nachvollziehbar, dass der Bf sich auf die zur Verfügung stehenden Informationen der zuständigen Stellen verlassen hat, und von keiner Entsendung seines Arbeitnehmers ausgegangen ist, sodass jedenfalls eine subjektive Verantwortung des Bf hinsichtlich der angelasteten Verwaltungsübertretung zu verneinen ist.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass dem Bf bei der gegebenen Sachlage die ihm angelastete Verwaltungsübertretung nicht vorgeworfen werden kann, weshalb der Beschwerde stattzugeben, das Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen war.

Abschließend wird darauf hingewiesen, dass im Hinblick auf den Ausgang des Verfahrens gegenüber dem Erstbeschwerdeführer auch die Zweitbeschwerdeführerin, die D. s.r.o., hinsichtlich der im angefochtenen Straferkenntnis ausgesprochenen Haftung für die verhängte Geldstrafe gemäß § 9 Abs. 7 VStG nicht beschwert ist. Auf Grund der Behebung des Straferkenntnisses erübrigen sich daher weiterreichende Begründungen.

III. Weil die Beschwerde Erfolg hatte, waren keine Kosten für das Verfahren vor der belangten Behörde und für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorzuschreiben.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder

weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

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

noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

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

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kühberger