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-302376/9/Kü/LB**

Datum: **Linz, 15. Jänner 2020**

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde von G. E., vertreten durch K.-R.Rechtsanwalts GmbH, x, x, vom 13. Mai 2019, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 18. April 2019, GZ: Ge-734/18, betreffend Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes

zu Recht:

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

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde noch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu bezahlen.

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 des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 18. April 2019, GZ: Ge-734/18, wurde über den Beschwerdeführer (in Folge: Bf) wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 28 Z 1 iVm mit § 22 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) eine Geldstrafe von 1.000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 48 Stunden verhängt.

Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zu Grunde:
„Sie haben es als zur Vertretung nach außen befugtes Organ der Firma x mit Sitz in x, x, Slowakei, verwaltungsstrafrechtlich zu vertreten, dass der Arbeitnehmer oa. Firma Hr. A. V. (geb. x) durch oa. Firma zumindest am 19.4.2018 um 12.00 Uhr zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wurde, sodass dieser zu oa. Tatzeitpunkt in x, auf der B309, im Bereich des Kreisverkehres ‚Stadtgut', als Fahrer eines Transporters (LKW) beschäftigt wurde.
Hr. A. V. konnte bei der Kontrolle keine Lohnunterlagen vorlegen. Lediglich ein Arbeitsvertrag konnte vorgewiesen werden.
Es wurde daher nicht dafür gesorgt, dass die Lohnunterlagen bereitgestellt wurden.
Dies stellt eine Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) dar."

I.2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde in der beantragt wird, das Straferkenntnis ersatzlos aufzuheben und das Verfahren einzustellen in eventu eine Ermahnung auszusprechen.

Der Tatvorwurf, wonach im Zuge der Kontrolle am 19. April 2018 keine (vollständigen) Lohnunterlagen nach dem LSD-BG vorgelegt werden hätten können, sei nachweislich unrichtig. Aus dem von der Finanzpolizei ausgefüllten Personenblatt ergebe sich, dass alle notwendigen Unterlagen vorgelegt worden seien. Die Vorlage des ZKO3 Formulars sei vom zuständigen Beamten bestätigt worden. Darüber hinaus seien sogar Ausführungen zur angeblichen inhaltlichen Unrichtigkeit der ZKO-Meldung vorgenommen worden.

Gleichermaßen habe der zuständige Beamte auch die Vorlage der Anmeldung zur Sozialversicherung A1/E101 bestätigt. Gleiches gelte für die Vorlage des Arbeitsvertrages. Zwar sei die Rede von einem neuen Vertrag, der in der Firma liege, diese sei jedoch selbst nach den Angaben des zuständigen Beamten noch nicht unterschrieben und damit keinesfalls maßgeblich.

Schließlich sei im Rahmen der Kontrolle am 19. April 2018 auch die notwendigen Arbeitszeitaufzeichnungen vorgelegt worden. Diese würden sich bekanntermaßen über den Fahrtenschreiber im Fahrzeug bzw. die digitale Fahrerkarte ablesen lassen. Ausnahmslos seien alle Fahrzeuge der Firma x seit 2013 mit einem

digitalen Fahrtenschreiber ausgestattet, ein Fehlen der Arbeitszeitaufzeichnungen sei somit nicht möglich.

Offensichtlich sei das Straferkenntnis auf Basis einer Verwechslung erstellt worden, da sich bereits aus dem Akteninhalt ergebe, dass alle notwendigen Unterlagen vorgelegt worden seien.

I.3. Der Bürgermeister der Stadt Steyr als belangte Behörde hat die gegenständliche Beschwerde mit Schreiben vom 24. Mai 2019 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 Akteneinsichtnahme. Da aufgrund dieser Akteneinsichtnahme bereits feststeht, dass das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben ist, konnte gemäß § 44 Abs. 2 VwGVG von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden.

I.5. Folgender Sachverhalt steht fest:

Der Bf ist zur Vertretung nach außen Berufener der x mit dem Sitz in der Slowakischen Republik. Am 19. April 2018 um 12:00 Uhr wurde von der Finanzpolizei in 4400 Steyr, B 309, Kreisverkehr Stadtgut, ein LKW der Firma x, welcher vom Herrn A. V., einem Dienstnehmer der Firma x gelenkt wurde, kontrolliert.

Im Zuge der Kontrolle wurde der slowakische Fahrer aufgefordert die notwendigen Lohnunterlagen (Arbeitsvertrag, Lohnzettel, Zahlungsbelege, Lohneinstufung) im Sinne des LSD-BG vorzulegen. Herr V. konnte einen Arbeitsvertrag, die ZKO3T-Meldung vom 2. Februar 2018 sowie das A1 Sozialversicherungsdokument vorlegen, Lohnunterlagen in deutscher Sprache wurden vom slowakischen Fahrer nicht vorgewiesen.

I.6. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Strafantrag der Finanzpolizei vom 3. Mai 2018. In diesem Strafantrag ist dargestellt, dass der slowakische LKW-Fahrer bei der Kontrolle aufgefordert wurde die notwendigen Lohnunterlagen vorzulegen, diesem Ersuchen allerdings nicht nachkommen konnte. Aus den amtlichen Vermerken des Personenblattes geht hervor, dass vom slowakischen LKW-Fahrer A1 Sozialversicherungsdokument und ZKO-Meldung vorgelegt wurden und Lohnzettel bzw. Banküberweisungsbelege bis 15. Mai 2018 vorgelegt werden sollten. Diese Aufforderungen zur Vorlage von Lohnunterlagen sind aber im Sachverhalt des Strafantrages nicht erwähnt. In diesem Sinne kann daher auch nicht festgestellt werden, ob die Firma x, welche Information über die durchgeführte Kontrollhandlung erhalten hat und zur Vorlage von Lohnunterlagen

bis 15. Mai 2018 aufgefordert wurde, diesen Aufforderungen nachgekommen ist oder nicht.

Feststeht aber, dass vom slowakischen Fahrer ein Arbeitsvertrag bei der Kontrolle vorgelegt wurde. Der Fahrer hat zudem mitgeteilt, dass ein neuer Arbeitsvertrag in der Firma liege, der allerdings noch nicht unterschrieben ist. Solange der Vertrag aber nicht unterschrieben ist, weist dieser keine Gültigkeit aus und besteht auch keine Verpflichtung zur Vorlage eines derartigen Vertrages.

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:

„Bereithaltung von Lohnunterlagen

§ 22. (1) Arbeitgeber im Sinne der §§ 3 Abs. 2, 8 Abs. 1 oder 19 Abs. 1 haben während der Dauer der Beschäftigung (im Inland) oder des Zeitraums der Entsendung insgesamt (§ 19 Abs. 3 Z 6) den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel im Sinne der Richtlinie 91/533 des Rates über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des dem entsandten Arbeitnehmer für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache, ausgenommen den Arbeitsvertrag, am Arbeits(Einsatz)ort 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, auch wenn die Beschäftigung des einzelnen Arbeitnehmers in Österreich früher geendet hat. Der Arbeitsvertrag ist entweder in deutscher oder in englischer Sprache bereitzuhalten. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die Lohnunterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort 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. § 21 Abs. 2 findet sinngemäß Anwendung.

(1a) Bei der Entsendung von mobilen Arbeitnehmern im Transportbereich sind abweichend von Abs. 1 der Arbeitsvertrag oder Dienstzettel und Arbeitszeitaufzeichnungen (Aufzeichnungen im Sinne von Art. 36 der Verordnung (EU) Nr. 165/2014 über den Fahrtenschreiber im Straßenverkehr, ABl. Nr. L 60 vom 28.2.2014 S. 1) bereits ab der Einreise in das Bundesgebiet im Fahrzeug bereitzuhalten oder diese den Abgabenbehörden unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich zu machen. Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung sowie Arbeitszeitaufzeichnungen für den mobilen

Arbeitnehmer im Transportbereich sind auf Verlangen der Abgabenbehörden für das Kalendermonat, in dem die Kontrolle stattgefunden hat, und für das diesem Kalendermonat vorangehende Kalendermonat, wenn der Arbeitnehmer im vorangehenden Kalendermonat in Österreich tätig war, innerhalb einer Frist von 14 Kalendertagen nach dem Ende des Kalendermonats, in dem die Kontrolle erfolgt ist, zu übermitteln. Langen die Lohnunterlagen nach dem zweiten Satz innerhalb dieser Frist bei der Abgabebehörde nicht oder nicht vollständig ein, gilt dies als Nichtbereithalten der Lohnunterlagen.
[...]

Nichtbereithalten der Lohnunterlagen

§ 28. Wer als

1. Arbeitgeber entgegen § 22 Abs. 1 oder Abs. 1a die Lohnunterlagen nicht bereithält, oder
2. Überlasser im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich entgegen § 22 Abs. 2 die Lohnunterlagen dem Beschäftiger nicht nachweislich bereitstellt, oder
3. Beschäftiger im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung entgegen § 22 Abs. 2 die Lohnunterlagen nicht bereithält

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jeden Arbeitnehmer mit einer Geldstrafe von 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Wiederholungsfall von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer betroffen, für jeden Arbeitnehmer mit einer Geldstrafe von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Wiederholungsfall von 4 000 Euro bis 50 000 Euro zu bestrafen."

II.2. Faktum ist, dass der slowakische Kraftfahrer A. V. am 19. April 2018 einen LKW seines Arbeitgebers, der Firma x in Österreich gelenkt hat und daher als mobiler Arbeitnehmer zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wurde. Entsprechend den gesetzlichen Vorgaben des § 22 Abs. 1a LSD-BG sind bei Entsendungen von mobilen Arbeitnehmern, ab dem Zeitpunkt der Einreise in das Bundesgebiet Arbeitsvertrag und Arbeitsaufzeichnungen in Form des Fahrtenschreibers im Fahrzeug bereitzuhalten. Gesetzlich nicht vorgesehen ist, dass mobile Arbeitnehmer Lohnunterlagen im Fahrzeug mitzuführen haben, vielmehr sind diese Lohnunterlagen nur auf Verlangen innerhalb von 14 Tagen ab entsprechender Aufforderung vorzulegen.

Dem Strafantrag, welcher dem gegenständlichen Straferkenntnis zu Grunde liegt, ist zu entnehmen, dass der bei der Kontrolle angetroffene slowakische LKW-Lenker aufgefordert wurde Lohnunterlagen vorzulegen und diesem Ersuchen nicht nachgekommen ist. Da der LKW-Fahrer als mobiler Arbeitnehmer nach Österreich entsandt wurde, ist er aber nicht verpflichtet Lohnunterlagen bereits bei der Kontrolle im Fahrzeug bereitzuhalten. Einen Arbeitsvertrag bzw. auch die ZKO3T-Meldung konnte der LKW-Fahrer vorweisen, Arbeitsaufzeichnungen werden mittels digitalen Fahrtenschreiber geführt.

Sofern die belangte Behörde unter Bezugnahme auf § 22 Abs. 1 LSD-BG dem Bf anlastet, bei der Kontrolle keine Lohnunterlagen bereitgestellt zu haben, ist festzuhalten, dass diese Verpflichtung hinsichtlich mobiler Arbeitnehmer nicht besteht. Im Spruch der angefochtenen Entscheidung wurde daher dem Bf eine Verwaltungsübertretung angelastet, die er in dieser Form jedenfalls nicht begangen hat. Hinsichtlich der mobilen Arbeitnehmer sind – wie bereits erwähnt – die Lohnunterlagen nur auf Verlangen innerhalb von 14 Tagen vorzulegen. Den Beilagen zum Strafantrag ist zwar zu entnehmen, dass Lohnunterlagen von den Kontrollorganen eingefordert wurden, dies allerdings nicht innerhalb von 14 Tagen. Einer Änderung des Tatvorwurfes im Beschwerdeverfahren steht der Eintritt der Verfolgungsverjährung entgegen.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass das dem Bf im Spruch des gegenständlichen Straferkenntnisses eine Tat angelastet wird, die in der beschriebenen Form nicht strafbar ist, zumal im Sinne des § 22 Abs. 1a LSD-BG den Arbeitgeber im Falle der Entsendung eines mobilen Arbeitnehmers keine Verpflichtung trifft, die Lohnunterlagen bereits bei der Kontrolle im Fahrzeug bereitzuhalten. In diesem Sinne war daher dem Beschwerdevorbringen Folge zu geben, das Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

III. Bei diesem Ergebnis hat der Bf gemäß § 58 Abs. 8 VwGVG weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde noch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu bezahlen.

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 ordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof.

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

H i n w e i s

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

Verfahrenshilfe für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können; das gleiche gilt für ein

behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.
Ein Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kühberger