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-302507/2/Kü/PP**

Datum: **Linz, 11. November 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 des M. E., vertreten durch D. W. & Partners S., x, CZ x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 3. September 2019, GZ: BHKI/919090012765/19, wegen 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 Kostenbeitrag zum Verfahren vor der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf noch zum Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten.

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 Kirchdorf (in der Folge: belangte Behörde) vom 3. September 2019, GZ: BHKI/919090012765/19, wurde über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 28 Abs. 1 Z 1 iVm § 22 Abs. 1 und Abs. 1a Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) eine Geldstrafe von 1.000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag und 9 Stunden verhängt.

Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Datum/Zeit: 19.02.2019, 08:45 Uhr
Ort: x, Parkplatz der Talstation
Betroffenes Fahrzeug: Omnibus, Kennzeichen: x (CZ)

Sie haben als Verantwortlicher der Firma E. Bus s.r.o. mit Sitz in x, x (Tschechische Republik), diese ist Arbeitgeber/in im Sinne der §§ 3 Abs. 2, 8 Abs. 1 oder 19 Abs. 1, zu verantworten, dass der/die angeführte/r Arbeitnehmer/in im Transportbereich im Bundesgebiet beschäftigt wurde und für diese/n keine Arbeitszeitaufzeichnungen in deutscher Sprache im Fahrzeug bereitgehalten und auch den Abgabenbehörden unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form nicht zugänglich gemacht wurde/n, obwohl eine Verwaltungsübertretung begeht, wer bei der Entsendung von mobilen Arbeitnehmern im Transportbereich abweichend von Abs. 1 den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel und Arbeitszeitaufzeichnungen (Aufzeichnungen im Sinne von Art. 36 der Verordnung (EU) Nr. 165/2014 über den Fahrtenschreiber im Straßenverkehr, ABI. Nr. L 60 vom 28.2.2014 S.1) bereits ab der Einreise in das Bundesgebiet im Fahrzeug nicht bereithält oder diese den Abgabenbehörden unmittelbar vor Ort im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form nicht zugänglich macht, wobei der Arbeitsvertrag entweder in deutscher oder in englischer Sprache bereitzuhalten ist.
Arbeitnehmer/in: K. J.
Geb: x
Staatsangehörigkeit: Tschechische Republik
Tätigkeit: Reisebuslenker
Kennzeichen des Fahrzeuges: x
Kennzeichen des Anhängers: -
Kontrollort und Kontrollzeit: Parkplatz Talstation, x, 19.02.2019 um 08:45 Uhr"

I.2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde in der beantragt wird das Straferkenntnis ersatzlos zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Begründend wurde ausgeführt, dass am 19. Februar 2019 um 08:45 Uhr Herr K. als Lenker des Omnibusses mit dem behördlichen Kennzeichen x bezüglich der Einhaltung der Bestimmungen der Verordnung EU Nr. 165/2014 kontrolliert worden sei.

Herr J. K. sei Mitarbeiter der E. BUS s.r.o. und dort als Kraftfaherer beschäftigt. Die Arbeitsaufzeichnungen seien insofern zugänglich gemacht worden, da die Daten im elektronischen Tachograf für Februar 2019 ordnungsgemäß eingetragen gewesen seien. Für Jänner 2019 würden diese nicht aufscheinen, da in diesem Zeitraum keine Transportleistungen in Österreich durchgeführt worden seien. Faktum sei, dass die E. BUS s.r.o. in diesem Punkt der Verordnung (EG) 165/2014 nachgekommen sei und keine Verwaltungsübertretung vorliege.

I.3. Die Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf als belangte Behörde hat die gegenständliche Beschwerde mit Schreiben vom 1. Oktober 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 sich bereits aufgrund der Aktenlage ergibt, dass das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben ist, konnte gemäß § 44 Abs. 2 VwGVG von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung abgesehen werden, zumal vom rechtsfreundlich vertretenen Bf diese auch nicht beantragt wurde.

I.5. Folgender Sachverhalt steht fest:
Der Bf ist nach außen vertretungsbefugtes Organ der E. BUS s.r.o. mit dem Sitz in x, x, Tschechische Republik. Diese Firma ist im Gewerbe der nationalen und internationalen Personenbeförderung tätig.

Am 19. Februar 2019 wurde der Reisebus der E. BUS s.r.o. mit dem Kennzeichen x in x auf dem Parkplatz bei der Talstation der Bergbahn durch Organe der Finanzpolizei kontrolliert. Der Reisebus wurde vom Arbeitnehmer der E. BUS s.r.o., Herrn J. K., gelenkt. Der Arbeitnehmer war damit beauftragt in der Zeit von 17.02.2019 bis 22.02.2019 Wintersportgäste von der Unterkunft in x zur Liftstation zu befördern. Die Kontrollorgane forderten den Lenker auf, die gemäß dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz erforderlichen Unterlagen wie Entsendemeldung (ZKO3T-Meldung), Sozialversicherungsdokument A1 sowie Arbeitsvertrag und sämtliche Lohnunterlagen in deutscher Sprache, vorzulegen. Herr K. hat daraufhin Arbeitsaufzeichnungen vorgelegt, andere Dokumente konnten den Kontrollorganen nicht vorgewiesen werden.

Aus diesem Grund wurde dem Lenker im Zuge der Kontrolle eine schriftliche Aufforderung zur Übermittlung erforderlicher Unterlagen übergeben, aus der ersichtlich ist, dass innerhalb von zwei Werktagen das Sozialversicherungsdokument A1, die ZKO3T-Meldung und der Arbeitsvertrag oder Dienstzettel bezüglich des Arbeitnehmers J. K., der Finanzpolizei vorzulegen sind.

In einer zweiten Aufforderung zur Übermittlung erforderlicher Unterlagen vom selben Tag wurde die E. BUS s.r.o. als Arbeitgeber aufgefordert innerhalb von 14 Tagen nach dem Ende des Kalendermonats bezüglich dem Arbeitnehmer J. K. den Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung, vorzulegen. Hingewiesen wurde darauf, dass diese Unterlagen für Februar 2019 vorzulegen sind.

Ermittlungen der Kontrollorgane noch am Kontrolltag ergaben, dass von der E. BUS s.r.o. keine ZKO3T-Meldung vor der Einreise in das Bundesgebiet erstattet wurde.

Aufgrund der schriftlichen Aufforderung legte die E. BUS s.r.o. am 21. Februar 2019 das am selben Tag ausgestellte Sozialversicherungsdokument A1, die am 20. Februar 2019 erstattete ZKO3T-Meldung und den Arbeitsvertrag betreffend den gegenständlichen Arbeitnehmer, vor.

Der zweiten schriftlichen Aufforderung folgend, übersandte die E. BUS s.r.o. am 14. März 2019 den Lohnzettel des Arbeitnehmers für den Monat Februar 2019, ein dazugehöriger Banküberweisungsbeleg wurde nicht versendet.

In einem weiteren Schreiben vom 19. März 2019 forderte die Finanzpolizei die E. BUS s.r.o. neuerlich auf den Lohnzahlungsnachweis oder Banküberweisungsbeleg für den Arbeitnehmer K. für den Monat Februar 2019 bis zum Ablauf des 16. April 2019 vorzulegen. Eine Reaktion auf dieses Schreiben erfolgte nicht.

I.6. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem vorliegenden Strafantrag der Finanzpolizei sowie dem Beschwerdevorbringen des Bf, in welchem dieser nicht bestreitet, dass anlässlich der Kontrolle bis auf die Arbeitsaufzeichnungen die geforderten Dokumente wie Sozialversicherungsdokument A1, ZKO3T-Meldung und Arbeitsvertrag in deutscher Sprache nicht vorgelegt werden konnten.

Der über schriftliche Aufforderung an die Finanzpolizei übermittelten ZKO3T-Meldung ist zu entnehmen, dass diese erst am Tag nach der Kontrolle erstattet wurde. Aus den Strafanträgen ergibt sich auch, dass das Sozialversicherungsdokument und der Arbeitsvertrag zwei Tage nach der Kontrolle vorgelegt wurden sowie der Lohnzettel des betreffenden Arbeitnehmers am 14. März 2019 der Finanzpolizei zur Vorlage gebracht wurde. Überdies bestätigt der Bf im Beschwerdevorbringen, dass ein Lohnauszahlungsbeleg nicht vorgelegt wurde, auch nicht nach neuerlicher Aufforderung durch die Finanzpolizei. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der Sachverhalt dem Grunde nach 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 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 die E. BUS s.r.o. ihren Arbeitnehmer J. K. in der Zeit von 17.02. – 22.02.2019 zur Erbringung von Arbeitsleistungen nach Österreich entsendet hat und sohin die Bestimmungen des LSD-BG Anwendung finden.

Im Spruch der angefochtenen Entscheidung wird dem Bf als Verantwortlichem der E. BUS s.r.o. angelastet, dass für den namentlich genannten Arbeitnehmer im Transportbereich keine Arbeitsaufzeichnungen in deutscher Sprache im Fahrzeug bereitgehalten oder den Abgabenbehörden vor Ort in elektronischer Form zugänglich gemacht worden sind, obwohl dazu die Verpflichtung bestanden hätte.
Der Bf wendet dagegen ein, dass die Arbeitsaufzeichnungen für Februar 2019 ordnungsgemäß im digitalen Tachograf eingetragen gewesen sind.

Dem Strafantrag der Finanzpolizei, welcher dem Verwaltungsstrafverfahren zugrunde liegt, ist zu entnehmen, dass bei der Kontrolle Lohnunterlagen in deutscher Sprache, außer die Arbeitsaufzeichnungen, nicht vorgelegt worden sind. Zudem ergibt sich aus den amtlichen Vermerken, in dem vom angetroffenen Lenker bei der Kontrolle ausgefüllten Personenblatt, dass die Arbeitsaufzeichnungen fotografiert worden sind.

Der im Spruch des Straferkenntnisses enthaltene Tatvorwurf, dass keine Arbeitsaufzeichnungen in deutscher Sprache im Fahrzeug bereitgehalten wurden und den Abgabenbehörden vorgelegt wurden, entspricht sohin nicht den tatsächlichen Geschehnissen bei der Kontrolle. Vielmehr ergibt sich aus dem Strafantrag, dass Arbeitsaufzeichnungen vorgewiesen und auch fotografiert wurden. Für das Landesverwaltungsgericht steht daher fest, dass der Bf die ihm vorgeworfene Verwaltungsübertretung nicht begangen hat, weshalb dem Beschwerdevorbringen zu folgen, das Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen war.

III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen 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 e

1. 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.

2. Bitte erachten Sie die von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelte Vorschreibung als hinfällig.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kühberger