OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

6021 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-302860/15/BMa/Rd

Datum:
Linz, 12. Juli 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde der A M, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. J P, x, gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 28.07.2020, GZ: Ge-34/20, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass die Bezeichnung der Fassung des LSD-BG „i.d.g.F." durch „BGBl. I Nr. 64/2017" ersetzt wird.

II. Die Beschwerdeführerin hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von 200 Euro 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

Zu I.:

1.1. Mit dem in der Präambel angeführten Bescheid wurde A M (in der Folge: Bf) wie folgt schuldig gesprochen und bestraft:

„Es wird Ihnen zur Last gelegt, folgende Verwaltungsübertretungen begangen zu haben: (Taten einschließlich Ort, Datum und Zeit der Begehung)

Sie haben es als zur Vertretung nach außen befugtes Organ der Firma SG s.r.o. mit Sitz in x, verwaltungsstrafrechtlich zu vertreten, dass der Arbeitnehmer oa. Firma Hr. J F (geb. am x) durch oa. Firma zumindest am 22.1.2020 um 12.50 Uhr zu einer Arbeitsleitung nach Österreich entsandt wurde, sodass dieser zu oa. Tatzeitpunkt in x (bei der Firma B D), als Fahrer eines Klein-LKWs beschäftigt wurde.
Dieser konnte keine gültigen Sozialversicherungsunterlagen (A1-Formular) oder einen Antrag auf deren Ausstellung in deutscher Sprache vorlegen.
Da Beschäftiger für jede nach Österreich entsandte Arbeitskraft für die Dauer der Entsendung die Unterlagen gem. § 21 (1) Ziff. 1 LSD-BG (Sozialversicherungsunterlagen) bereitzuhalten haben, stellt dies eine Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) dar.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 21 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. § 26 Abs. 1 Ziff. 3 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, BGBl. I Nr. 44/2016 i.d.g.F.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von EURO		falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	gemäß
€	1.000,--	---	-	§ 26 Abs. 1 Ziff. 3 leg.cit.

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

EUR 100,— als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe,

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

EUR 1.100,-- Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen (§ 54 d VStG).“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Dagegen richtet sich die rechtzeitige Beschwerde der anwaltlich vertretenen A M, die dem LVwG OÖ gemeinsam mit dem Behördenakt vorgelegt wurde. Die Beschwerde macht im Wesentlichen Verfahrensmängel und eine unrichtige rechtliche Beurteilung, die insbesondere darin bestehe, dass J F nicht Arbeitnehmer der Bf gewesen sei, sondern selbständig tätiger Unternehmer mit entsprechender Gewerbeberechtigung, geltend. Abschließend wurde die

Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung und die Aufhebung des bekämpften Bescheids und Einstellung des Verfahrens beantragt.

2. Das LVwG OÖ hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und am 15.02.2021 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt. Das Verfahren wurde mit weiteren die Bf betreffenden Verwaltungsstrafverfahren sowie mit solchen gegen einen weiteren Geschäftsführer der Firma SG s.r.o. verbunden. Die beiden Bf haben ebenso wie ihr Rechtsvertreter durch Videokonferenz an der Verhandlung teilgenommen. Zur Verhandlung gekommen ist ein Vertreter des Amts für Betrugsbekämpfung. Als Zeugen wurden J F über Videokonferenz und S V d H vom Amt für Betrugsbekämpfung persönlich bei der Verhandlung einvernommen. Es wurde auch eine Videodolmetscherin für die slowakische Sprache beigezogen, die vom Beschwerdeführer, der Beschwerdeführerin und vom Zeugen F zur Übersetzung benötigt wurde. Die Akten LVwG-302837, LVwG-302838, LVwG-302856, LVwG-302857, LVwG-302858, LVwG-302859, LVwG-302860 und LVwG-302861, wurden zur gemeinsamen Verhandlung verbunden.

3. Erwägungen des LVwG OÖ:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird der Entscheidung zugrunde gelegt:

Die Bf ist zur Vertretung nach außen berufenes Organ der Firma SG s.r.o. mit Sitz in x. Zum Kontrollzeitpunkt am 22.01.2020 um 12.50 Uhr wurde von dieser Firma J F als Fahrer eines Klein-Lkws beschäftigt. Dieser wurde zur vorgeworfenen Tatzeit in x (bei der Firma B D) angetroffen und konnte keine gültigen Sozialversicherungsunterlagen (A1-Formular) oder einen Antrag auf deren Ausstellung in deutscher Sprache vorlegen oder in elektronischer Form zugänglich machen.

Das erstinstanzliche Verfahren wurde gegen die Bf in schriftlicher Form in deutscher Sprache geführt. Auch das Straferkenntnis wurde ihr nur in deutscher Sprache zugestellt. Das erstinstanzliche Straferkenntnis ist dem österreichischen Rechtsvertreter der Bf innerhalb offener Beschwerdefrist zugekommen und dieser hat rechtzeitig Beschwerde dagegen erhoben. Anlässlich der Kontrolle am 22.01.2020 wurde im Personenblatt, in dem die Fragen sowohl in deutscher als auch in slowakischer Sprache angegeben wurden, von F vermerkt, dass er für die Fa. SG s.r.o. arbeite und Arbeitsanweisungen von dieser Firma bekomme. Er sei seit 01.01.2020 für diese Firma tätig und übe die Beschäftigung schon seit 26.05.2017 aus. Als Arbeitszeit hat er angegeben, dass er von Montag bis Freitag jeweils neun Stunden arbeiten würde und dafür ein monatliches Bruttoeinkommen von 1.300 Euro beziehe, sodass er netto ca. 1.000 Euro monatlich auf sein Konto überwiesen bekomme. Einen Gehaltszettel bekomme er nicht und es gebe auch keine schriftliche Vereinbarung, z.B. einen Dienstzettel oder einen Arbeitsvertrag.

F hat gegenüber den Kontrollorganen angegeben, die Tätigkeit als selbständiger Fahrer zu erledigen. Das von F verwendete Fahrzeug für diese Tätigkeit gehöre der Fa. SG s.r.o.
F konnte bei der Kontrolle keinen Überlassungs- oder Mietvertrag bzgl. des Fahrzeugs vorlegen.
Der Transportauftrag, den F zur Tatzeit erledigt hat, wurde von der Fa. B D an die Fa. iT erteilt und diese hat den Auftrag weiter an die Fa. SG s.r.o. gegeben.
Auf den Lieferdokumenten bei der Fa. B D ist die Fa. SG s.r.o. als weiterer Frachtführer, neben der Fa. T, angeführt. F bzw. die Fa. des F scheint auf keinem Frachtdokument als Frachtführer auf.
F hat den Antrag auf Gewerbeberechtigung für Kraftfahrer zur Benutzung eines Kfz mit einem Transportvolumen bis 3,5 Tonnen gestellt, um für die Firma der Bf oder für eine andere Firma zu arbeiten (S. 10 des Verhandlungsprotokolls vom 15.02.2021). Er hat jedoch nie als Kraftfahrer für eine andere Firma, außer jene Firmen, die jeweils vom zweiten Beschwerdeführer betrieben wurden, gearbeitet (S. 13 des VHP vom 15.02.2021). Anlässlich der Transporte oder der Übergabe der Ware ist es nie zu Schadensfällen gekommen, sodass die Frage der Haftung im Fall der Beschädigung der Ware oder der nicht zeitgerechten Lieferung und Abrechnung jedes einzelnen Transportauftrags nie schlagend geworden ist.
Mit F wurde ein „Vertrag über Zusammenarbeit“ geschlossen, der mit 01.01.2020 datiert. Als Zweck des Vertrages wurde angegeben, dass der Spediteur das Fahrzeug (Lkw bis zu 3,5 Tonnen) dem Fahrer zur vorübergehenden Verwendung überlässt, wodurch der Fahrer die Transportleistung für den Spediteur sichert. Als Preis für die Transportleistung und Zahlungsbedingungen wurde angegeben, dass der Fahrer und der Spediteur sich nach dem Testzeitraum (1 Monat) auf einen variablen Preis von 0,00 Euro pro Kilometer einigen. Nach dem Erreichen von 10.000 Kilometer ändert sich der Satz auf 0,09 Euro pro Kilometer. Während des Testzeitraums beträgt der Preis 0,08 Euro pro Kilometer. Mahlzeiten und Tagegeld oder die obligatorische Versicherung werden vom Fahrer als selbständig gewerbetätige Person aus eigenen Mitteln bezahlt. Der Fahrer stellt dem Spediteur monatlich den Gesamtbetrag der Transportleistung in Rechnung, die anhand der Anzahl der gefahrenen Kilometer ermittelt wird. Der dem Fahrer zustehende Betrag wird innerhalb von 14 Tagen nach Ausstellung der Rechnung gezahlt. Urlaub hat der Fahrer binnen 48 Stunden nach dessen Beginn zu melden, ansonsten wird diesem ein Betrag von 40 Euro pro Tag für die Nichterfüllung des Transports abgezogen. Der Auftraggeber kann den Fahrer in Höhe des Frachtpreises sanktionieren, wenn der Auftraggeber aufgrund der Nichteinhaltung der dem Fahrer erteilten Anweisungen sanktioniert wird. Standzeiten zwischen Be- und Entladen für weniger als 34 Stunden werden nicht bezahlt.
Unter Punkt 4 des Vertrags wurden die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien wie folgt geregelt:

„Pflichten des Fahrers während der Geschäftsreise:
1. Er darf keinen Alkohol, keine Drogen oder ähnliche Betäubungsmittel konsumieren.

2. Er muss das Fahrzeug unter Berücksichtigung des normalen Verschleißes in dem Zustand übergeben, in dem es übernommen wurde. Wenn der Anbieter dem Auftraggeber am Kraftfahrzeug Schaden zufügt, werden alle Reparaturen auf Kosten des Anbieters bezahlt.
3. Er muss die Ladefläche vor jeder neuen Beladung reinigen. Die Überprüfung des technischen Zustands bei anschließender Wartung des Kraftfahrzeugs und der damit verbundenen Wartungskosten trägt der Auftraggeber.
4. Er muss die Glühlampen überprüfen und, falls eine davon Fehlfunktion aufweist, muss er diese ersetzten.
5. Er muss auf alle Dokumente aus dem Auto sowie auf die Ladedokumente achten.
6. Er muss an der vom Spediteur angegebenen Stelle be- und entladen, und jeden Kilometer der Beladung, Entladung muss er in den Frachtfahrzeug vermerken.
7. Er muss auf kürzeren Strecken fahren, die ihm der Spediteur befiehlt.
8. Er muss jeden Kaufnachweis aufbewahren und dem Auftraggeber übergeben.
9. Er muss von jeder Ladung einen gestempelten CMR / Lieferschein mit dem Stempel und anderen Dokumenten in Bezug auf das Laden mitbringen.
10. Am Ende der Reise muss er alle Dokumente (CMR, Kassenbelege, Ringe oder Fahrerkarte zum Herunterladen von Daten auf einen PC, Mautnachweis usw.) übergeben.
11. Er darf keine unbekannten Personen ohne Zustimmung des Arbeitgebers mitnehmen.
12. Er muss immer saubere Bekleidung mitnehmen.
13. Er darf nicht auf CMR schreiben.
14. Er muss das Fahrzeug und die Ladung vor Diebstahl schützen, insbesondere indem er sich nicht unnötig und lange vom Fahrzeug entfernt.
15. Er muss dem Europäischen Übereinkommen über die Arbeit von Besatzungen von Fahrzeugen entsprechen, die im internationalen Straßenverkehr tätig sind (AETR-Übereinkommen). In Bezug auf Fahrzeiten, Pausen und Ruhezeiten.
16. Er muss die Verkehrsregeln einhalten.
17. Er muss sicherstellen, dass sich das Fahrzeug, an dem er die Beförderung durchführt, in einem guten technischen Zustand befindet. Er muss dem Spediteur etwaige Mängel oder sonstige Unfähigkeit des Fahrzeugs unverzüglich melden, wenn er es nicht selbst beheben kann.
18. Seine Dokumente (wie Führerschein, Personalausweis) müssen in der Europäischen Union gültig sein.
19. Es ist strengstens verboten, Geld von einem Firmenkonto für private Zwecke abzuheben. Falls Firma A M CSIGA-MA ein Defizit auf dem Konto festgestellt, kann dem Anbieter eine Geldstrafe von 50 EUR für eine unangekündigte Abbuchung vom Firmenkonto auferlegt werden, und das Defizit wird von der nächsten Rechnung abgezogen.
20. Es ist strengstens untersagt, einen LKW ohne schriftliche Zustimmung des Spediteurs für private Zwecke zu nutzen. Wird ein Missbrauch des Kraftfahrzeugs für private Zwecke festgestellt, kann der Spediteur dem Fahrer eine Geldstrafe von 50 EUR + den verbrauchten Kraftstoffpreis in Rechnung stellen.“

Als „Pflichten des Spediteurs“ wurden festgelegt:

„Die Funktionalität und Transportkapazität des Fahrzeugs sowie alle erforderlichen Formulare sicherzustellen.
Die Fahrzeug- und Frachtversicherung zu sichern.

Bei Fahrzeugüberladung wird die Geldstrafe vom Auftraggeber bezahlt."

In dem vorerwähnten Vertrag wurden auch Haftungsfragen des Fahrers festgelegt, die insbesondere Regelungen hinsichtlich eines Diebstahls der Ware und der Verpflichtung zur Einhaltung von Verkehrsregeln enthalten. Der Vertrag wurde auf unbestimmte Zeit mit einer Kündigungsfrist von 14 Tagen geschlossen.
Ebenso wurde ein Kfz-Mietvertrag zwischen der Fa. SG s.r.o. und dem „Ausborger" J F am 01.01.2020 geschlossen. In diesem scheint F als Vermieter des Kfz auf und als Mieter die Fa. SG s.r.o.
In diesem Vertrag ist geregelt, dass der Vermieter dem Mieter einmal monatlich eine Miete von 0,03 Euro für den gefahrenen Kilometer zahlt und der Mietbetrag einmal monatlich auf das Konto des Mieters überwiesen wird. Als Verleiher oder „Abgebender" ist in diesem Mietvertrag die Fa. SG s.r.o. und als „Ausborger" J F angeführt. Dieser Kfz-Mietvertrag regelt nur jenen Fall, dass F an die Fa. SG s.r.o. 0,03 Euro pro Kilometer zu zahlen hat, wenn F mit dem Auto andere Touren macht und das Fahrzeug privat benützt. Dieser Fall ist aber nie eingetreten (S. 5 des VPH vom 15.02.2021).
Die Abwicklung der Aufträge ist in der Form erfolgt, dass das Kfz dem F übergeben wurde. Sobald ein Auftrag abzuarbeiten war, wurde F über ein ihm von der Fa. SG s.r.o. zur Verfügung gestelltes Diensthandy telefonisch oder per SMS verständigt. Dabei wurde ihm der Auftrag mitgeteilt und auch die Fahrtrouten wurden vorgegeben. F musste den Urlaub bei der Firma der Bf melden (S. 7 des VHP vom 15.02.2021). F wurde eine Tankkarte von der Fa. SG s.r.o. übergeben, damit dieser bei seinen Fahrten tanken konnte. Nach Abarbeitung eines Auftrags hat F die Frachtpapiere in die Firma der Bf gebracht. Auf den Frachtpapieren ist die Firma der Bf als Frachtführer aufgeschienen. F konnte nicht als Frachtführer aufscheinen, weil er Kraftfahrer war und als Kraftfahrer das Auto der Bf benutzt hat (S. 7 des VHP vom 15.02.2021).
F hat seit 01.01.2020 für die Fa. SG s.r.o. gearbeitet. Er hat aber davor seit dem Erwerb seines slowakischen Gewerbescheins für mehrere andere Firmen des zweiten Beschwerdeführers gearbeitet (Seite 10 des VHP vom 15.02.2021). Er hat seinen Gewerbeschein zu diesem Zweck erworben. Die Gewerbeberechtigung des F zur Gewerbeausübung der Erbringung des Dienstes zum Führen eines fremden Kraftfahrzeuges wurde am 25.05.2017 erteilt. Die Sozialversicherung zur Ausübung einer selbständigen Tätigkeit wurde von F am 27.01.2020, also einige Tage nach der gegenständlichen Kontrolle, rückwirkend ab dem 01.01.2020, beantragt (Beilage ./D zur Beschwerde).

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorgelegten Behördenakt und dem Ergebnis der beim LVwG OÖ am 15.02.2021 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung ergibt. Dabei ist anzumerken, dass bedingt durch die Videokonferenz, bei der der Zeuge F in den Räumlichkeiten der beiden Bf befragt wurde, nicht ausgeschlossen werden kann, dass dieser seine Aussage nicht vollständig unbeeinflusst getätigt hat, hat er doch

während der Befragung immer wieder Blickkontakt in einen Bereich des Zimmers, in dem er sich bei der Vernehmung befunden hat, gesucht, der bei der Videokonferenz nicht ersichtlich war und teilweise verzögert geantwortet.
Zur Eigenschaft des F als Kraftfahrer für den Betrieb der Bf wurde von der Bf auf Seite 7 des Verhandlungsprotokolls vom 15.02.2021 selbst angegeben, dass F nicht als Frachtführer aufscheinen konnte, weil F ja Kraftfahrer war und als Kraftfahrer das Auto der Bf benutzt hat.

3.3. Das LVwG OÖ hat in rechtlicher Hinsicht erwogen:

3.3.1. Rechtsgrundlagen:

Gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 LSD-BG gilt dieses Bundesgesetz für Arbeitsverhältnisse, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen.

Gemäß § 2 Abs. 1 LSD-BG ist für die Beurteilung, ob ein Arbeitsverhältnis, eine grenzüberschreitende Entsendung oder Überlassung im Sinne dieses Bundesgesetzes vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform sachverhaltsmaßgebend. Nach Abs. 3 leg.cit. setzt das Vorliegen einer Entsendung im Sinne dieses Bundesgesetzes nicht den Abschluss eines Dienstleistungsvertrages zwischen einem Arbeitgeber ohne Sitz in Österreich und einem im Inland tätigen Dienstleistungsempfänger voraus.

§ 21 Abs. 1 Z 1 LSD-BG in der zur Tatzeit geltenden Fassung:
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.

§ 26 Abs. 1 Z 3 LSD-BG in der zur Tatzeit geltenden Fassung:
Wer als Arbeitgeber oder Überlasser im Sinne des § 19 Abs. 1 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.

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

3.3.2. Vorweg ist zu prüfen, ob gegen die Bf eine wirksame Verfolgungshandlung gesetzt wurde, wurde doch die Aufforderung zur Rechtfertigung vom 27.02.2020 und das angefochtene Straferkenntnis vom 28.07.2020 der in der Slowakei wohnenden Bf nur in deutscher Sprache ohne Übersetzung zugestellt.
Aus dem Erkenntnis des VwGH vom 15.02.2021, ECLI:AT:VwGH:2021: Ra 2019170079.L00, wonach der VwGH ausgesprochen hat, dass es im Zusammenhang mit der Pflicht zur Übersetzung von Verfahrensurkunden nach Art. 15 Abs. 3 Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, BGBl. III Nr. 65/2005, für die Qualifikation einer behördlichen Handlung als taugliche Verfolgungshandlung im Sinn des § 32 Abs. 2 VStG nur darauf ankommt, dass der behördliche Wille nach außen tritt und nicht darauf, dass (auch) eine ordnungsgemäße Zustellung (behördliche Erledigungen) innerhalb der Verjährungsfrist stattfindet, ergibt sich, dass mit der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 27.02.2020 eine wirksame Verfolgungshandlung im Sinn des § 32 Abs. 2 VStG gesetzt wurde.
Das Straferkenntnis vom 28.07.2020 hingegen wurde der Bf – zunächst - nicht wirksam zugestellt, weil dieses nur in deutscher Sprache verfasst war, obwohl die Bf in einem der verbundenen Verfahren in erster Instanz vorgebracht hat, dass sie der deutschen Sprache nicht ausreichend mächtig sei. Diesbezüglich ist jedoch gemäß § 7 Zustellgesetz von einer Heilung der zunächst nicht rechtswirksamen Zustellung durch Übergabe des Straferkenntnisses an den von der Bf gewählten österreichischen Rechtsanwalt auszugehen. Diesem war es auch möglich, innerhalb offener Frist eine wirksame Beschwerde einzubringen, sodass der Bf durch die Erlassung des Straferkenntnisses nur in deutscher Sprache keine Nachteile entstanden sind.

3.3.3. Gemäß dem Beschwerdevorbringen ist zu prüfen, ob es sich bei der Tätigkeit des J F um eine selbständige Tätigkeit handelt oder ob dieser bei Durchführung der Transportfahrt am 22.01.2020 um 12.50 Uhr in x, Arbeitnehmer der Firma SG s.r.o. war.

Der Begriff „Arbeitgeber“ bzw. „Arbeitnehmer“ im Sinne des LSD-BG wird im Gesetz nicht eigens definiert. Diesbezüglich kann aber die Judikatur zur Vorgängerbestimmung des AVRAG herangezogen werden, wonach der VwGH in seinem

Erkenntnis vom 08.09.2016, Ra 2014/11/0083, ausführt, dass mit dieser Formulierung zum Ausdruck gebracht wird, dass der persönliche Geltungsbereich des AVRAG insofern mit der Vertragstheorie korrespondiert, als für die Anwendbarkeit des Gesetzes die Arbeitnehmer– bzw. Arbeitgebereigenschaft iSd Arbeitsvertragsrecht zu prüfen ist. Als Arbeitnehmer ist demnach zu qualifizieren, wer sich aufgrund eines Arbeitsvertrag einem anderen zur Arbeitsleistung in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet (§ 1151 ABGB). Arbeitgeber (als Gegenstück zum Arbeitnehmer) ist damit jene Person, der sich der Arbeitnehmer aufgrund eines Arbeitsvertrags auf gewisse Zeit zu Dienstleistungen verpflichtet hat (vgl. auch UGH 02.06.2009, 9 ObA 43/09b).
Zur Beantwortung der Frage, ob es sich beim „Vertrag über Zusammenarbeit“ um einen Werk- oder einen Arbeitsvertrag handelt, ist nach § 2 Abs. 1 LDS-BG der wahre wirtschaftliche Gehalt dieser Verträge anhand der für diese Vertragstypen jeweils gekennzeichneten Kriterien im Rahmen einer umfassenden Gesamtbetrachtung zu beurteilen. Ob ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis vorliegt, ist daher nach § 1151 Abs. 1 ABGB zu bestimmen. Demnach ist davon auszugehen, dass Arbeitnehmer ist, wer einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt unterliegt. Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit (VwGH v. 21.02.2001, Zl. 96/08/0028).
Die Beantwortung der Frage, ob bei Erfüllung einer übernommenen Arbeitspflicht die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit, gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen, hängt davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder – wie bei anderen Formen einer Beschäftigung (z.B. aufgrund eines freien Dienstvertrages) nur beschränkt ist.
Unterscheidungskräftige Kriterien dieser Abgrenzung sind nur die Bindung des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene (grundsätzlich) persönliche Arbeitspflicht, während das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie z.B. die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffende Weisungsrecht des Empfängers der Arbeit), dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt (VwGH v. 19.02.2003, Zl. 99/08/0054).

Bei der Beurteilung, ob die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit ihrem Gewicht und ihrer Bedeutung nach überwiegen, ist gem. § 2 Abs. 1 LSD-BG auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt abzustellen.

3.3.4. Weil zwischen der Firma der Bf und F ein privatrechtlicher Vertrag gem. § 1 Abs. 1 Z 1 LSD-BG zur Erfüllung der Transportaufträge geschlossen wurde, ist die Arbeitnehmereigenschaft nach österreichischem Recht zu beurteilen, obwohl F zum Zeitpunkt der Kontrolle über einen Gewerbeschein der Slowakischen Republik verfügt hat. Denn dieser Gewerbeschein trifft nach österreichischem Recht keine Aussage darüber, ob F eine selbständige Tätigkeit ausgeübt hat, sondern ist lediglich eine Bestätigung dafür, dass er eine bestimmte Tätigkeit ausüben darf.
Auch nach dem Erkenntnis des VwGH vom 21.12.2011, 2010/08/0129, steht der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit nicht entgegen, dass der Arbeiter Inhaber eines Gewerbescheins ist, weil die Innehabung solcher Gewerbescheine oftmals Teil eines verbreiteten Missbrauchs der Gewerbeordnung ist, der zur Verschleierung abhängiger Beschäftigungsverhältnisse dient.
Demnach ist zu prüfen, ob im konkreten Fall aufgrund des vertraglichen Verhältnisses zwischen F und der Bf, insbesondere aufgrund des „Vertrags über Zusammenarbeit“ von einem Werkvertrag auszugehen ist, oder ob mit diesem ein Arbeitsverhältnis geregelt wurde.
Im gegenständlichen Fall hat F ausschließlich für die Firma der Bf gearbeitet und hat von dieser das Kfz, ein Diensthandy und eine Tankkarte zur Verfügung gestellt bekommen. Zwar wurde ein Entgelt für jeden gefahrenen Kilometer vereinbart, F hat jedoch monatlich 1.000 Euro netto auf sein Konto überwiesen bekommen. Im Falle eines Urlaubs musste sich F innerhalb einer Frist von 48 Stunden nach Beginn des Urlaubs bei der Firma der Bf melden, ansonsten wären ihm 40 Euro pro Tag für die Nichterfüllung des Transports abgezogen worden. F selbst hat auch im Personenblatt angegeben, dass die Fa. SG s.r.o. Dienstgeber ist und dass er seine Arbeitsanweisungen von dieser Firma erhält. Von den Fahrtaufträgen hat er über Anruf oder SMS auf dem Diensthandy erfahren und es konnte laut der Vereinbarung über die Erbringung seiner Arbeitsleistung auch die Route, die er zu fahren hatte, von der Firma der Bf vorgegeben werden. Er bzw. seine Firma waren nicht Frachtführer, F wurde lediglich als Fahrer zur Abarbeitung der der Firma der Bf erteilten Frachtaufträge eingesetzt. Daraus ergibt sich, dass der Arbeitnehmer kein wirtschaftliches Risiko für seine Tätigkeit tragen musste und lediglich seine persönliche Arbeitskraft dem Unternehmen der Bf zur Verfügung gestellt hat.
Auch hat sich F mit dem „Vertrag über Zusammenarbeit“ auf unbestimmte Zeit mit einer Kündigungsfrist von 14 Tagen verpflichtet, die Dienstleistungen als Fahrer zu erbringen und es wurde kein konkretes Werk vereinbart. Es ist hier von einem Dauerschuldverhältnis auszugehen.
Weil F in Bezug auf seine ausgeübte Tätigkeit keine Entscheidungsbefugnis inne hatte, war er in den Betrieb der Bf integriert, so war auch seine gesamte Tätigkeit von der Firma der Bf vorgegeben und es hat sich um eine einfache Tätigkeit, nämlich die Durchführung von Transportfahrten gehandelt, bei der er auch die Weisungen des Spediteurs hinsichtlich der Fahrtroute beachtet hat.
Weitere Weisungen waren aufgrund der ausgeführten Tätigkeit auch gar nicht mehr erforderlich. Damit aber ist insgesamt festzustellen, dass F nach dem wahren

wirtschaftlichen Gehalt, obwohl dieser über einen slowakischen Gewerbeschein verfügt und einen Vertrag über die Zusammenarbeit mit der Firma der Bf abgeschlossen hatte, Arbeitnehmer der Firma der Bf war, weil die Merkmale der unselbständigen Beschäftigung gegenüber der äußeren Form der getroffenen Vereinbarungen, überwiegen.

Somit hat die Bf ihren Fahrer F zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt, ohne dafür gesorgt zu haben, dass für die Dauer der Entsendung die Unterlagen gemäß § 21 Abs. 1 Z 1 LSD-BG (Sozialversicherungsunterlagen, A 1-Formular oder ein Antrag auf deren Ausstellung in deutscher Sprache) zum Kontrollzeitpunkt vor Ort bereitgehalten oder zugänglich gemacht wurden.
Damit aber hat sie als gem. § 9 Abs.1 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher das Tatbild der ihm vorgeworfenen Verwaltungsübertretung erfüllt.

3.3.5. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. 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.

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat die Bf initiativ alles darzulegen, was für ihre Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die „Glaubhaftmachung“ nicht.

Die Beschwerde bringt vor, dass die Bf davon ausgegangen ist, dass F als selbständiger Unternehmer nach slowakischem Recht kein Arbeitnehmer ihrer Firma ist, für den sie beim zuständigen Sozialversicherungsträger ein Sozialversicherungsdokument (A1-Formular) vor Entsendung zu beantragen gehabt hätte. Damit aber hat sich die Bf in einem Tatbildirrtum befunden, der ihr als Rechtsirrtum vorwerfbar ist. So hat sie sich beim Einsatz ihres Fahrers in Österreich über die österreichischen Vorschriften zu erkundigen und es wäre auch an ihr gelegen, das entsprechende Sozialversicherungsdokument oder gleichwertige Unterlagen bereitzuhalten oder zugänglich zu machen. Weil sie ihrer Erkundungspflicht nicht nachgekommen ist, hat die Bf zumindest fahrlässig gehandelt und auch die subjektive Tatseite der vorgeworfenen Verwaltungsübertretung erfüllt.

3.3.6. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG idgF sind Grundlagen für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Nach Abs. 2 leg.cit. sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) 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 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Die Bf hat in der öffentlichen mündlichen Verhandlung beim LVwG OÖ am 15.02.2021 angegeben, ein monatliches Nettoeinkommen von 740 Euro zu beziehen, Hälfteeigentümerin eines Einfamilienhauses zu sein und keine Sorgepflichten zu haben. Die belangte Behörde hat bei der Strafausmessung ein geschätztes monatliches Nettoeinkommen von 2.000 Euro zugrunde gelegt. Strafmildernd wurde die völlige verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit der Bf gewertet.
Auch im Verfahren beim LVwG OÖ wird dieser Strafmilderungsgrund bei der Strafbemessung berücksichtigt.
Straferschwerungsgründe sind im Verfahren keine zutage getreten. Bei einem Strafrahmen bis zu 10.000 Euro kann der Strafbemessung durch die belangte Behörde, die die Strafe mit 10 % der möglichen Höchststrafe festgelegt hat, nicht entgegengetreten werden.
Die Verhängung einer Geldstrafe in der im Spruch ersichtlichen Höhe entspricht dem Unrechts- und Schuldgehalt der Übertretung und sie war aus spezialpräventiven Gründen notwendig, um die Bf künftig von der Begehung gleichartiger Delikte abzuhalten. Sie war aber auch aus generalpräventiven Gründen geboten.

3.3.7. Die Spruchergänzung bezüglich der Fundstelle der Übertretungs- bzw Strafnorm erfolgte in Entsprechung der Entscheidung des VwGH vom 06.06.2020, Ra 2020/0/0013-5. Eine Schlechterstellung der Bf erfolgte dadurch nicht.

Zu II.:
Weil die Beschwerde nicht erfolgreich war, waren Verfahrenskosten vor dem LVwG OÖ in Höhe von 20 % der verhängten Strafe gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG vorzuschreiben.

Zu 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. Insbesondere weicht die gegenständliche Entscheidung von der als einheitlich zu beurteilenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu den Bestimmungen des LSD-BG nicht ab.

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.

Mit der rechtskräftigen Bestrafung ist die Eintragung des Beschuldigten und jenes Unternehmens, dem die Bestrafung zuzurechnen ist, in die beim Kompetenzzentrum LSD-BG zu führende Evidenz verbunden (§ 35 Abs. 2 LSD-BG).

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bergmayr-Mann