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-303184/9/BMa/TK

Datum:
Linz, 16. Mai 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des D M, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 10.05.2021, GZ: BHLL/920100054680/20, wegen Übertretungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, der angefochtene Bescheid aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren wird eingestellt.

II. Die beschwerdeführende Partei hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich noch zu den Kosten des Strafverfahrens vor der belangten Behörde 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 Strafbescheid der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 10.05.2021, GZ. BHLL/920100054680/20, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wie folgt abgesprochen:

„1. Datum/Zeit: 16.07.2019, 12:50 Uhr
Ort: 4511 Allhaming, Autobahnparkplatz Allhaming (Fahrtrichtung Linz)

Am 16.07.2019, 12:50 Uhr, führte die Finanzpolizei Linz eine Kontrolle auf Einhaltung der Bestimmungen des Lohn- Sozialdumping- Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) und des Ausländerbeschäftigungsgesetztes (AuslBG) auf der dem Autobahnparkplatz Allhaming (Fahrtrichtung Linz) 4511 Allhaming, durch, wobei der ua. Dienstnehmer angetroffen wurde. Dieser legte Lieferaufzeichnungen und einen Arbeitsvertrag in polnischer Sprache vor. Weiters wurde eine Entsendemeldung (Entsendezeitraum bis zum 19.04.2019) vorgelegt. Dem Dienstnehmer wurde ein Formular FinPol 12 ausgehändigt und die Firma P S D M aufgefordert, Sozialversicherungsdokumente (§ 21 Abs. 1 Z 1 LSD-BG), Meldung gemäß (§ 19 Abs. 1 LSD-BG), Arbeitsvertrag oder Dienstzettel in deutscher oder englischer Sprache, Unterlagen betreffend die Lohneinstufung, Lohnzahlungsnachweise/Banküberweisungsbelege und Lohnzetteln nachzureichen. Am 16.07.2019; 14:36 Uhr erfolgte eine Meldung an die Zentrale Koordinationsstelle. Andere Unterlagen wurden nicht übermittelt.
Sie haben als nach außen zur Vertretung Berufener der Firma "P S D M“ mit Sitz in x, gemäß § 9 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass die nachgeforderten Unterlagen des ua. entsandten/überlassenen Arbeitnehmer
C K, geb. x, polnischer Staatsbürger
nicht innerhalb der gesetzten Frist vollständig übermittelt wurden.

2. Datum/Zeit: 16.07.2019, 12:50 Uhr
Ort: 4511 Allhaming, Autobahnparkplatz Allhaming (Fahrtrichtung Linz)

Sie haben als nach außen zur Vertretung Berufener der Firma "P S D M“ mit Sitz in x, gemäß § 9 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass diese Firma als Arbeitgeber mit Sitz in einem EU- Mitgliedstaat die erforderlichen Unterlagen über die Anmeldung zur Sozialversicherung (A1) für den Arbeitnehmer
C K, geb. x, polnischer Staatsbürger
entgegen § 21 Abs. 1 LSD nicht bereitgehalten oder elektronisch zugänglich gemacht hat.

Im Zuge einer Kontrolle auf Einhaltung der Bestimmungen des Lohn- Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) und des Ausländerbeschäftigungsgesetztes (AuslBG) auf dem Autobahnparkplatz Allhaming (Fahrtrichtung Linz) 4511 Allhaming, durch die Finanzpolizei Linz am 16.07.2019 um 12:50 Uhr wurde der oa. Dienstnehmer angetroffen. Der Arbeitgeber hat keine entsprechenden Unterlagen über die Anmeldung des oa.

Arbeitnehmer zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokumente A1) am Arbeits(Einsatz)ort bereitgehalten oder diese den Organen der Finanzpolizei unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich gemacht.

3. Datum/Zeit: 16.07.2019, 12:50 Uhr
Ort: 4511 Allhaming, Autobahnparkplatz Allhaming (Fahrtrichtung Linz)

Sie haben als nach außen zur Vertretung Berufener der Firma "P S D M“ mit Sitz in x, gemäß § 9 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass diese Firma als Arbeitgeber mit Sitz in einem EU- Mitgliedstaat die Beschäftigung des nach Österreich entsandten Arbeitnehmers
C K, geb. x, polnischer Staatsbürger
nicht gemeldet hat.

Dies wurde im Zuge einer von der Finanzpolizei Linz am 16.07.2019 um 12:50 Uhr durchgeführten Kontrolle auf Einhaltung der Bestimmungen des Lohn- Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) und des Ausländerbeschäftigungsgesetztes (AuslBG) auf dem Autobahnparkplatz Enns Süd, 4470 Enns, festgestellt.

Die Meldung hat für jede Entsendung oder Überlassung gesondert zu erfolgen. Nachträgliche Änderungen bei den Angaben gemäß Abs. 3 oder Abs. 4 sind unverzüglich zu melden.

Sie haben entgegen § 19 LSD-BG die ZKO Meldung nicht erstattet. Eine Meldung an die Zentrale Koordinationsstelle erfolgt am 16.07.2019 um 14:36 Uhr.

4. Datum/Zeit: 16.07.2019, 12:50 Uhr
Ort: 4511 Allhaming, Autobahnparkplatz Allhaming (Fahrtrichtung Linz)

Sie haben als nach außen zur Vertretung Berufener der Firma "P S D M“ mit Sitz in x, gemäß § 9 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass diese Firma als Arbeitgeberin, die gesetzlich definierten Lohnunterlagen, insbesondere Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege und Unterlagen über die Lohneinstufung für den Arbeitnehmer
C K, geb. x, polnischer Staatsbürger
nicht ordnungsgemäß bereitgehalten und trotz Aufforderung der Abgabenbehörde nicht innerhalb der Frist von 14 Kalendertagen nach Ende des Kalendermonats in dem die Kontrolle erfolgte übermittelt hat.
Der oa. Arbeitnehmer wurde am 16.07.2019 um 12:50 Uhr auf dem Autobahnparkplatz Allhaming (Fahrtrichtung Linz) 4511 Allhaming, angetroffen.
Die Übertretung nach § 22 LSD-BG iVm § 28 Z 1 LSD-BG wurde von der Finanzpolizei Linz bei einer Kontrolle vor Ort festgestellt.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
1. § 27 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 Zif. 3 LSD-BG
2. § 26 Abs. 1 Zif. 3 i.V.m. § 21 Abs. 1 Zif. 1 LSD-BG
3. § 26 Abs. 1 Zif. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1 und Abs. 2 LSD-BG
4. § 28 Zif. 1 i.V.m. § 22 Abs. 1 LSD-BG

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird (werden) über Sie folgende Strafe(n) verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Gemäß
1. € 500,00	1 Tage(n) 9 Stunde(n) 0 Minute(n)	§ 27 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016
2. € 1.000,00	1 Tage(n) 9 Stunde(n) 0 Minute(n)	§ 26 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016
3. € 1.000,00	1 Tage(n) 9 Stunde(n) 0 Minute(n)	§ 26 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016
4. € 1.000,00	1 Tage(n) 9 Stunde(n) 0 Minute(n)	§ 28 erster Strafsatz Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016

Weitere Verfügungen (zB Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:
€ 350,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens € 10,00 für jedes Delikt (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 100,00 angerechnet).

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher € 3.850,00“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Dagegen hat der Bf eine begründete Beschwerde erhoben und darin im Wesentlichen vorgebracht, der Fahrer habe sämtliche Dokumente am Tag der Kontrolle zur Verfügung gehabt und der Bf sei vom Fahrer darüber informiert worden, dass er diese auch vorgelegt habe. Der Bf habe auch keine Aufforderung zur Übermittlung von Dokumenten erhalten. Darüber hinaus wurden Ausführungen zur korrekten Zahlung des Mindestlohns gemacht, obwohl diesbezüglich dem Bf in diesem Verfahren keine Verstöße vorgeworfen wurden. Die Beschwerde beantragt – konkludent – die Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens.

2.1. Die belangte Behörde hat den Verwaltungsakt dem LVwG OÖ ohne Beschwerdevorentscheidung vorgelegt. Damit ergibt sich die Zuständigkeit des LVwG OÖ, welches durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin entscheidet.

2.2. Das LVwG OÖ hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Akt der belangten Behörde samt Beschwerde, Erhebungen zur rechtzeitigen Einbringung der Beschwerde getätigt und am 02.05.2022 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der ein Vertreter des Amts für Betrugsbekämpfung (ABB) gekommen ist. Wenige Tage vor der öffentlichen mündlichen Verhandlung wurde vom Bf noch eine Stellungnahme per E-Mail vom 28.04.2022 dem LVwG OÖ übermittelt.

3. Das LVwG OÖ hat erwogen:

3.1. Folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Am 16.07.2019 um 12:50 Uhr wurde von Organen der Finanzpolizei eine Kontrolle auf dem Autobahnparkplatz Allhaming (Fahrtrichtung Linz), 4511 Allhaming, durchgeführt. Herr K T C wurde als Fahrer des Kfz mit dem amtlichen Kennzeichen x angetroffen. Der Fahrer war für die Firma P S D M (x), x, als Kraftfahrer tätig. Der Fahrer legte anlässlich der Kontrolle einen Arbeitsvertrag in polnischer/englischer und deutscher Sprache vor, ebenso eine Entsendemeldung mit der Transaktionsnummer x, die einen Entsendezeitraum bis zum 19.04.2019 umfasst hat. Ein Sozialversicherungsdokument wurde nicht vorgelegt. Die Kopie eines A1-Dokuments wurde für den Zeitraum von 01.07.2019 bis 30.06.2020 mit E-Mail des Bf vom 28.04.2022 im Rahmen des Verfahrens beim LVwG OÖ vorgelegt. Anlässlich der Kontrolle am 16.07.2019 wurde ein Schreiben vom selben Tag dem Fahrer K T C übergeben. Damit wurde die Fa. D M zur Übermittlung erforderlicher Unterlagen nachweislich aufgefordert.
Am 16.07.2019 um 14:36 Uhr, also nach der durchgeführten Kontrolle erfolgte unter ZKO3T/2019-265919f eine Meldung an die Zentrale Koordinationsstelle. Es wurden anlässlich der Kontrolle keine Lohnzettel, keine Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege und auch keine Unterlagen über die Lohneinstufung für den mobilen Arbeitnehmer C bereitgehalten und auch nicht innerhalb einer Frist von 14 Kalendertagen nach Ende des Kalendermonats, in dem die Kontrolle erfolgte, übermittelt. Es wurde auch keine Anmeldung des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung der Finanzpolizei über deren Aufforderung übermittelt. Anlässlich der Kontrolle hat der kontrollierte Fahrer eine Lieferanweisung am Handy vorgewiesen, wonach als Lieferadresse x (Fa. M F GmbH) angegeben war.
Es kann nicht festgestellt werden, welche Tätigkeiten der Lkw-Fahrer anlässlich der Abgabe der Ladung verrichtet hat. Es können auch keine anderen Tätigkeiten des Fahrers während seines Aufenthalts in Österreich am 16.07.2019 festgestellt werden. Es kann nicht festgestellt werden, dass eine Kabotage- oder eine bilaterale

Fahrt am 16.07.2019 durch den Fahrer des Fahrzeugs mit dem Kennzeichen x durchgeführt wurde.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem erstinstanzlichen Akt, den nachträglich vom Bf vorgelegten Unterlagen und dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 02.05.2022 ergibt. In der Verhandlung konnten vom Vertreter des ABB keine genaueren Angaben zur Tätigkeit des Fahrers zur vorgeworfenen Tatzeit oder zur mit dem Kfz zurückgelegten Strecke angeben werden, weil zum Zeitpunkt der Kontrolle durch die Finanzpolizei noch andere Sachverhaltskriterien gemäß der damals geltenden Rechtsprechung entscheidungsrelevant waren.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das LVwG OÖ erwogen:

3.3.1. Rechtsvorschriften jeweils in der zur Tatzeit geltenden Fassung:

§ 27 Abs. 1 LSD-BG:
Wer die erforderlichen Unterlagen entgegen den §§ 12 Abs. 1 Z 3 nicht übermittelt, 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. Ebenso ist zu bestrafen, wer entgegen den §§ 14 Abs. 2 oder 15 Abs. 2 die Unterlagen nicht übermittelt.

§ 12 Abs. 1 Z 3 LSD-BG:
Die Abgabenbehörden sind berechtigt, das Bereithalten der Unterlagen nach den §§ 21 und 22 zu überwachen sowie in Bezug auf Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort außerhalb Österreichs, die nicht dem ASVG unterliegen, die zur Kontrolle des unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zustehenden Entgelts (Lohnkontrolle) im Sinne des § 29 erforderlichen Erhebungen durchzuführen und in die zur Erhebung erforderlichen Unterlagen (§§ 21 und 22) Einsicht zu nehmen, Ablichtungen dieser Unterlagen anzufertigen und die Übermittlung dieser Unterlagen zu fordern, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktages abzusenden sind. Erfolgt bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten die Kontrolle nicht am ersten Arbeits(Einsatz)ort, sind die Unterlagen der Abgabenbehörde nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktages abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.

§ 26 Abs. 1 Z 3 LSD-BG:
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.

§ 21 Abs. 1 Z 1 LSD-BG:
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;
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.

§ 26 Abs. 1 Z 1 LSD-BG:
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, 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.

§ 19 Abs. 1 und 2 LSD-BG:
(1) Arbeitgeber und Überlasser mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft haben die Beschäftigung von nach Österreich entsandten Arbeitnehmern und nach Österreich überlassenen Arbeitskräften zu melden. Die Meldung hat für jede Entsendung oder Überlassung gesondert zu erfolgen. Nachträgliche Änderungen bei den Angaben gemäß Abs. 3 oder Abs. 4 sind unverzüglich zu melden. Ein Beschäftiger, der einen Arbeitnehmer zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsendet, gilt in Bezug auf die Meldepflichten nach diesem Absatz und den Abs. 2 und 3 als Arbeitgeber.

(2) Die Entsendung oder Überlassung im Sinne des Abs. 1 ist vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle zu melden. Im Fall von mobilen Arbeitnehmern im Transportbereich ist die Meldung vor der Einreise in das Bundesgebiet zu erstatten. Die Meldung hat ausschließlich automationsunterstützt über die elektronischen Formulare des Bundesministeriums für Finanzen zu erfolgen. Arbeitgeber

haben im Fall einer Entsendung der Ansprechperson nach § 23 oder, sofern nur ein Arbeitnehmer entsandt wird, diesem die Meldung in Abschrift auszuhändigen oder in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen.

§ 28 Z 1 LSD-BG:
Wer als Arbeitgeber entgegen § 22 Abs. 1 oder Abs. 1a 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.

§ 22 Abs. 1 LSD-BG:
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.

§ 27 Abs. 1 LSD-BG:
Wer die erforderlichen Unterlagen entgegen den §§ 12 Abs. 1 Z 3 nicht übermittelt, 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. Ebenso ist zu bestrafen, wer entgegen den §§ 14 Abs. 2 oder 15 Abs. 2 die Unterlagen nicht übermittelt.

§ 26 Abs. 1 LSD-BG:
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.

§ 28 Z 1 LSD-BG:

Wer als Arbeitgeber entgegen § 22 Abs. 1 oder Abs. 1a 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.

§ 9 Abs. 1 VStG idF BGBl. I Nr. 3/2008:

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.

§ 45 Abs. 1 Z 1 und 2 VStG idF BGBl. I Nr. 33/2013:

Die Behörde hat von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn

1. die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet;

[.....]

3.3.2. Sämtliche dem Bf vorgeworfene Übertretungen nach dem LSD-BG stellen darauf ab, dass der Arbeitnehmer der Firma des Bf von dieser entsandt oder überlassen wurde. Dabei ist für den relevanten Tattag von einer Beurteilung der Entsendung gemäß der Judikatur, die sich auf die zur Tatzeit geltenden Rechtsvorschriften bezieht, auszugehen.

Ob eine Entsendung des im Erkenntnis der belangten Behörde angeführten Fahrers am inkriminierten Tattag entsprechend der Entsenderichtlinie 96/71/EG vorliegt, ist daher aufgrund der die zu dieser Zeit geltenden Rechtsvorschriften, die europarechtskonform zu beurteilen sind, zu prüfen. Dazu hat der VwGH im Erkenntnis vom 24.06.2021, Ra 2017/09/0005-11, in diesem Zusammenhang ausgeführt, dass als erste Frage zu prüfen ist, ob eine Entsendung des Fahrers in der Transportbranche entsprechend der Entsenderichtlinie 96/71/EG vorliegt, unabhängig davon, ob der Fahrer als Arbeitskraft grenzüberschreitend überlassen oder entsendet wurde.

Nach der Judikatur des EuGH kann nur dann von einer Entsendung ausgegangen werden, wenn eine hinreichende Verbindung zwischen der Arbeitsleistung des Fahrers und dem Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaats als demjenigen besteht, in dessen Hoheitsgebiet er normalerweise arbeitet. Dafür ist eine

Gesamtwürdigung aller Gesichtspunkte vorzunehmen, die die Tätigkeit des betreffenden Arbeitnehmers kennzeichnet, was eine Gesamtwürdigung aller Gesichtspunkte voraussetzt.
Wie sich aus den Feststellungen ergibt, konnte die Tätigkeit des Fahrers zum relevanten Tattag am 16.07.2019 nur insofern festgestellt werden, als eine Ladung an eine Firma in x zuzustellen war.
Auf welche Weise diese Zustellung erfolgt ist, konnte jedoch nicht festgestellt werden und daher beschränken sich die Feststellungen darauf, dass der Fahrer einen Lkw in Österreich gelenkt hat und eine Zustellung an eine österreichische Adresse vorgenommen wurde. Bereits daraus ergibt sich – gemäß dem Grundsatz „in dubio pro reo“ – dass eine hinreichende Verbindung des Fahrers zum österreichischen Staatsgebiet im Sinne der Judikatur des EuGH nicht angenommen werden kann, setzt dies doch Feststellungen zu der vom einzelnen Fahrer in Österreich geleisteten Tätigkeit voraus. Weil zur Tätigkeit des Fahrers und dessen Verbindung zum Hoheitsgebiet von Österreich aber keine über das Lenken eines Lkw hinausgehende Feststellung getroffen werden konnte, war schon die erste, nach den Ausführungen des VwGH im Erkenntnis vom 24.06.2021, Ra 2017/09/0005-11, zu prüfende Frage, ob von einer Entsendung des Fahrers im Sinne des Art. 2 Abs. 1 der Entsenderichtlinie 96/71/EG in das Hoheitsgebiet von Österreich auszugehen ist, im Zweifel zugunsten des Bf zu verneinen.
Das durchgeführte Beweisverfahren hat nämlich keine Anhaltspunkte zutage gebracht, dass der eingesetzte Fahrer selbst Lade- oder Reparaturtätigkeiten, auf die gemäß der Judikatur des VwGH abzustellen ist, verrichtet hat. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Firma des Bf nach der Kontrolle noch eine ZKO3-T-Entsendemeldung für den Arbeitnehmer durchgeführt hat, denn die hier entscheidungsrelevante Judikatur des VwGH vom 24.06.2021, ist lediglich eine Klarstellung des auch für den inkriminierten Tattag geltenden europarechtlichen Auslegung des Entsendebegriffs, die erst nach Erstattung der ZKO3-T-Meldung erfolgte.

Zwischenzeitig hat sich die Rechtslage für die Entsendung von Kraftfahren im Straßenverkehrssektor geändert:
Die Richtlinie (EU) 2020/1057 des europäischen Parlaments und des Rates vom 15.07.2020 zur Festlegung besonderer Regeln im Zusammenhang mit der Richtlinie 96/71/EG und der Richtlinie 2014/67/EU für die Entsendung von Kraftfahrern im Straßenverkehrssektor und zur Änderung der Richtlinie 2006/22/EG bzgl. der Durchsetzungsanforderungen und der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 wäre bis 02.02.2022 innerstaatlich umzusetzen gewesen. Für gewisse Konstellationen wie z.B. für bilaterale Beförderungen, bei denen eine Tätigkeit der Be- und/oder Entladung vorgenommen wird, sofern der Fahrer die Waren nicht in demselben Mitgliedsstaat lädt oder entlädt werden Ausnahmen vorgesehen.
Hier jedoch konnte nicht festgestellt werden, ob es sich bei der am vorgeworfenen Tattag zurückgelegten Wegstrecke und der Tätigkeit des Fahrers um Kabotagefahrten oder bilaterale Fahrten handelt.

Darüber hinaus ist das Günstigkeitsprinzip nicht anwendbar, sondern es ist auf die Rechtslage zur vorgeworfenen Tatzeit abzustellen, denn das Günstigkeitsprinzip nach § 1 Abs. 2 VStG bezieht sich nicht auf die durch die Tat verletzte Verwaltungsvorschrift, sondern auf die Strafe (vgl. VwGH 02.03.2021, Ra 2020/06/0178 mwN).

Demnach war der Beschwerde aufgrund der zur Tatzeit geltenden Rechtslage, die nach den europarechtlichen Vorgaben zu interpretieren ist, gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG Folge zu geben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Zu II: Weil der Beschwerde Folge gegeben wurde, entfallen die Verfahrenskosten zum erstinstanzlichen Verfahren und für das Verfahren vor dem LVwG OÖ waren gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG keine Kosten vorzuschreiben.

Zu III: 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 solchen. Die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine 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. Bergmayr-Mann