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-303255/4/Py/MG

Datum:
Linz, 20. Dezember 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde der S.V., X, R., Slowakei, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 27. Juni 2022, GZ: Ge-75/21, betreffend Verwaltungsübertretung nach dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG)

zu Recht:

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

II. Die Beschwerdeführerin hat keine Verfahrenskostenbeiträge 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 des Bürgermeisters der Stadt Steyr (in der Folge: belangte Behörde) vom 27. Juni 2022, GZ: Ge-75/21, wurde über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretung nach § 21 Abs. 1 Z 1 iVm § 26 Abs. 1 Z 3 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) eine Geldstrafe in Höhe von 2.000 Euro verhängt. Des Weiteren wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 200 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben es als zur Vertretung nach außen befugtes Organ der Firma S.V. ND mit Sitz in X, R., Slowakei, verwaltungsstrafrechtlich zu vertreten, dass der Arbeitnehmer Hr. M.Z. (geb. am x) zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wurde, sodass dieser am 25.11.2021 um 9.18 Uhr in x, auf der X bei der Einmündung der Nordspange, als LKW-Lenker beschäftigt wurde.
Hr. M.Z. konnte keine Sozialversicherungsunterlage (A1-Formular) vorlegen oder in elektronischer Form zugänglich machen.
Da Beschäftiger für jede nach Österreich entsandte Arbeitskraft für die Dauer der Entsendung die Unterlagen gem. § 21 (1) Ziff. 1 LSD-BG (Sozialversicherungsunterlagen) bereitzuhalten oder in elektronischer Form zugänglich zu machen haben, stellt dies eine Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) dar.“

Begründend verweist die belangte Behörde unter Wiedergabe des Verfahrensganges und der Gesetzesbestimmungen auf die Anzeige der Finanzpolizei und führt aus, dass die Bf als zur Vertretung nach außen befugtes Organ der gegenständlichen Firma die angezeigte Verwaltungsübertretung verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten hat.

Abschließend legt die belangte Behörde ihre für die Strafbemessung maßgeblichen Gründe dar.

2. In der dagegen rechtzeitig von der Bf eingebrachten Beschwerde bestreitet sie zusammengefasst die ihr zur Last gelegte Verwaltungsübertretung.

3. Mit Schreiben vom 1. August 2022 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses ist gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht. Des Weiteren wurde dem Amt für Betrugsbekämpfung, Finanzpolizei Team 43, Gelegenheit gegeben, eine Stellungnahme zur Beschwerde abzugeben. Im dazu eingelangten Schreiben vom 20. Oktober 2022 führt die

Organpartei zusammengefasst aus, dass aufgrund der bei der Kontrolle vorgelegten und der Stellungnahme angeschlossenen Tagesprotokollblätter von einer Entsendung auszugehen sei.
Von einer Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 2 VwGVG Abstand genommen werden. Zudem wurde eine solche von keiner der Verfahrensparteien beantragt.

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

Die Bf ist nach außen zur Vertretung berufenes Organ der S.V. ND mit Sitz in X, R., Slowakei (in der Folge: Firma S.V.).

Am 25. November 2021 um 09:18 Uhr wurde von Organen der Finanzpolizei in x, Parkplatz X Kreisverkehr X, eine Kontrolle auf Einhaltung der Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) durchgeführt. Im Zuge dieser Kontrolle wurde der slowakische Staatsangehörige M.Z., geb. x, im Führerhaus des Kleintransporters mit dem Kennzeichen (SK) X als Lenker kontrolliert, der im Auftrag der Firma S.V. unterwegs war.

Herr M.Z. gab gegenüber den Kontrollbeamten an, dass er seit 15. November 2021 selbständig tätig sei. Des Weiteren legte er eine Mandatsvereinbarung mit der Firma S.V. vor sowie Tageskontrollblätter für den Zeitraum 2. bis 4. und 15. bis 28. November 2021. Auf diesen scheint jeweils der Staat, in dem der Lkw am jeweiligen Tag gefahren wurde, auf. Demnach wurde das Fahrzeug am 2., 5., 18. und 24. sowie 25. November 2021 in Österreich gelenkt.

Nähere Angaben, ob bzw. wenn ja welche zusätzlichen Arbeiten oder Servicierungen in Österreich durchgeführt wurden, liegen nicht vor.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt, insbesondere den Angaben in der dem Verfahren zugrundeliegenden Strafanzeige vom 21. Dezember 2021, FP-AZ: 037/11099/13/4321, sowie den im Beschwerdeverfahren von der Organpartei vorgelegten ergänzenden Unterlagen.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. Die im gegenständlichen Fall maßgeblichen Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016 idF BGBl. I Nr. 104/2019, lauten wie folgt.

„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 Transits erbracht wird und nicht der gewöhnliche Arbeitsort in Österreich liegt,

[...]“

Die im gegenständlichen Fall maßgeblichen Bestimmungen hinsichtlich der Erhebungen des Amtes für Betrugsbekämpfung sowie hinsichtlich Vereitelungshandlungen im Zusammenhang mit der Lohnkontrolle des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016 idF BGBl. I Nr. 174/2021, lauten wie folgt:

„§ 21

(1) Arbeitgeber mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft haben folgende Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort im Inland während des Entsendezeitraums bereitzuhalten oder diese dem Amt für Betrugsbekämpfung 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 oder englischer 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 oder englischer Sprache (Antrag auf Ausstellung des Sozialversicherungsdokuments E 101 oder A 1 und Dokumente, aus denen sich ergibt, dass der Arbeitnehmer für die Dauer der Entsendung der ausländischen Sozialversicherung unterliegt) bereitzuhalten;

[...]

§ 26

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

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

[...]“

5.2. Im gegenständlichen Fall hat unstrittig eine Transportfahrt zwischen Deutschland und Österreich stattgefunden, sodass jedenfalls ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt. Die Bf als Arbeitgeberin des mobilen Arbeitnehmers treffen die im LSD-BG normierten Pflichten nur dann, wenn eine Entsendung oder grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung vorliegt. Zumal im LSD-BG selbst keine Bestimmungen darüber enthalten sind, wann von einer Entsendung auszugehen ist, sind gegenständlich die einschlägigen Bestimmungen der Entsenderichtlinie 96/71/EG maßgeblich. Gemäß Art. 2 Abs. 1 Entsenderichtlinie gilt als entsandter Arbeitnehmer jeder Arbeitnehmer, der während eines begrenzten Zeitraumes seine Arbeitsleistung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates als demjenigen erbringt, in dessen Hoheitsgebiet er normalerweise arbeitet.

Zu der im gegenständlichen Fall maßgeblichen Frage der Entsendung eines Kraftfahrers führt der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 24. Juni 2021, Ra 2017/09/005, wie folgt aus:
„Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitnehmer, der im Rahmen eines Chartervertrages zwischen den ihm beschäftigenden Unternehmen und einem in einem anderen Mitgliedstaat tätigen Unternehmen eine Tätigkeit als Fahrer im internationalen Straßenverkehrssektor ausübt, als entsandter Arbeitnehmer im Sinne von Art. 1 Abs. 1 und 3 und Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 gelten kann, sprach der EuGH aus, dass ein Arbeitnehmer im Hinblick auf die Richtlinie 96/71 nur dann als in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsandt angesehen werden kann, wenn seine Arbeitsleistung eine hinreichende Verbindung zu diesem Hoheitsgebiet aufweist, was eine Gesamtwürdigung aller Gesichtspunkte voraussetzt, die die Tätigkeit des betreffenden Arbeitnehmers kennzeichnet. Ein relevanter Gesichtspunkt für die Beurteilung des Vorliegens einer solchen Verbindung stellt auch die Art der Tätigkeiten dar, die dieser Arbeitnehmer im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats verrichtet. Bei mobilen Arbeitnehmern, wie im grenzüberschreitenden Verkehr tätigen Kraftfahrern ist hierfür auch von Bedeutung, wie eng die Verbindung zwischen den Tätigkeiten, die ein solcher Arbeitnehmer im Rahmen der Erbringung der ihm zugewiesenen Beförderungsleistung verrichtet, und dem Hoheitsgebiet jedes betroffenen Mitgliedstaats ist. Das Gleiche gilt für den Anteil dieser Tätigkeiten an der Gesamtheit der betreffenden Dienstleistungen. Insoweit sind das Be- oder Entladen von

Waren, die Instandhaltung oder die Reinigung von Transportfahrzeugen von Bedeutung, sofern sie tatsächlich von dem betreffenden Fahrer und nicht von Dritten durchgeführt werden. Dagegen kann ein Arbeitnehmer, der in dem Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats, in den er entsandt wird, Leistungen von sehr beschränktem Umfang erbringt, nicht als 'entsandt' im Sinne der Richtlinie 96/71 angesehen werden (vgl. EuGH 19.12.2019, Dobersberger, C-16/18).“

Wie sich aus den Feststellungen ergibt, liegen hinsichtlich des gegenständlichen Kraftfahrers keine Informationen vor, ob bzw. welche Tätigkeiten von ihm neben der eigentlichen Transportfahrt durchgeführt wurden. Auch im Zuge der von der Finanzpolizei durchgeführten Kontrolle am 25. November 2021 wurde von den Erhebungsorganen außer dem Lenken des Kraftfahrzeugs keine weitere Tätigkeit beobachtet. Jedenfalls sind diesbezüglich im Strafantrag keine Feststellungen enthalten. Im Ergebnis bedeutet dies, dass aufgrund des festzustellenden Sachverhalts keine Tätigkeiten hervorgekommen sind, die über die eigentliche Beförderungsleistung hinausgehen und ist somit keine hinreichende Verbindung der Arbeitsleistung zum österreichischen Hoheitsgebiet festzustellen. Insofern ist bei der gegebenen Sachlage im Sinne der Judikatur des EuGH bzw. VwGH davon auszugehen, dass durch die festgestellte Transportfahrt keine Entsendung des kontrollierten Kraftfahrers stattgefunden hat. Insofern kann dem Bf mangels zweifelsfreiem Vorliegen der Merkmale einer Entsendung bzw. grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung die Nichteinhaltung von Bestimmungen des LSD-BG im gegenständlichen Fall nicht zum Vorwurf gemacht werden, da aufgrund der durchgeführten Erhebungen eine hinreichende Verbindung der Arbeitsleistung des kontrollierten Kraftfahrers zum österreichischen Staatsgebiet im Sinne der Judikatur des EuGH und VwGH nicht mit der für einen Schuldspruch im Strafverfahren erforderlichen Sicherheit angenommen werden kann.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass die der Bf angelastete Verwaltungsübertretung nicht erwiesen ist und daher nicht von der Anwendbarkeit der Bestimmungen des LSD-BG auf den vorliegenden Sachverhalt auszugehen ist.

Ergänzend wird angemerkt, dass sich zwischenzeitig die Rechtslage für die Entsendung von Kraftfahrern im Straßenverkehrssektor durch die Richtlinie EU 2020/1057 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2020 zur Festlegung besonderer Regeln im Zusammenhang mit der Richtlinie 96/71 EG und der Richtlinie 2014/67/EU die Entsendung von Kraftfahrern im Straßenverkehrssektor geändert hat. Die Umsetzung der Vorgaben dieser Richtlinie erfolgte durch die Änderung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes und des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes durch BGBl. I Nr. 111/2022. Anzumerken ist, dass für bestimmte Konstellationen wie z.B. bilaterale Beförderungen, bei denen eine Tätigkeiten der Be- und/oder Entladung vorgenommen wird, sofern der Fahrer die Ware nicht in den selben Mitgliedsstaat lädt oder entlädt, nunmehr gesetzliche

Ausnahmen, welche eine Entsendung nach Österreich ausschließen, vorgesehen werden.

II. Da der Beschwerde Folge gegeben werden konnte entfallen die Verfahrenskosten zum erstinstanzlichen Verfahren und war für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG kein Kostenbeitrag vorzuschreiben.

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, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. 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

Dr. Panny