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-303340/9/Py/PP

Datum:
Linz, 7. Februar 2024

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde des D__, c/o E__ A__, Polen, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 19. Oktober 2022, GZ: Ge-79/22, 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. Es entfällt die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen.

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 19. Oktober 2022, GZ: Ge-79/22, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretung nach § 29 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016 idgF, eine Geldstrafe in Höhe von 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe in Höhe von 48 Stunden verhängt.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Sie haben es als zur Vertretung nach außen befugtes Organ der Firma E__. D__ i B__ mit Sitz in S-Strasse [...], A__, Polen, verwaltungsstrafrechtlich zu vertreten, dass der Arbeitnehmer oa. Firma Hr. C__ (geb. tt.mm.jjjj) von oa. Firma im Zeitraum vom 2.11.2021 bis zum 17.11.2021 in Österreich als Fahrer beschäftigt wurde.
An diesen Arbeitnehmer wurde von oa. Firma in oa. Zeitraum vom 2.11.2021 bis zum 17.11.2021 ein Brutto-Entgelt von € 119,54 geleistet.
Nach den österreichischen Gesetzen und Verordnung hätte Hrn. L__ für dessen Tätigkeit (Fahrer) eine Entlohnung gemäß dem Kollektivvertrag „Klein-Transportgewerbe“ gebührt. Ihm hätte somit ein Brutto-Entgelt von € 155,10 gebührt.
Es wurde somit dieser Arbeitnehmer in einem Ausmaß von € 35,56 (= 22,9%) unterentlohnt.
Dies stellt eine Übertretung der Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) dar.“

Begründend verweist die belangte Behörde auf die Anzeige der Österreichischen Gesundheitskasse. Die zur Rechtfertigung übermittelten Unterlagen hätten den Tatvorwurf nicht entkräftet und sei die erfolgte Unterentlohnung als nicht bloß geringfügig anzusehen.

2. In der dagegen rechtzeitig erhobenen Beschwerde führt der Bf zusammengefasst aus, der gegenständliche Fahrer habe sich vom 2. November 2021, 21:50 Uhr, bis 3. November 2021, 10:00 Uhr, in Österreich aufgehalten sowie am 17. November 2021 von 00:20 Uhr bis 18:30 Uhr. Eine Unterentlohnung liege, wie aus dem in der Beschwerde näher angeführten Entgeltbestandteilen erkennbar sei, nicht vor. Bei der Berechnung des Entgelts wurden stets die Bestimmungen des Kollektivvertrags für das Kleintransportgewerbe und die Richtlinien, die auf der Entsendeplattform enthalten sind, berücksichtigt.

3. Mit Schreiben vom 14. Dezember 2022 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsakt 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. Der Österreichischen Gesundheitskasse als am Verfahren beteiligten Organpartei wurde mit Schreiben vom 10. Jänner 2023 Gelegenheit gegeben, eine Stellungnahme zum Beschwerdevorbringen abzugeben. Insbesondere wurde um Beweismittel ersucht, aus denen im vorliegenden Fall auf das Vorliegen einer Entsendung geschlossen werden kann.

Mit Schreiben vom 25. Jänner 2023 teilte die Österreichische Gesundheitskasse dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit, dass alle dem Kompetenzzentrum vorliegenden relevanten Unterlagen im behördlichen Verfahren vorgelegt wurden. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge daher dem Bf die Vorlage entsprechender Ergänzung der Dokumente auftragen.

Der dazu mit Schreiben vom 19. Oktober 2023 ergangenen Aufforderung an den Bf, dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich Nachweise über die vom Arbeitnehmer im vorgeworfenen Tatzeitraum durchgeführten Frachtaufträge vorzulegen, kam dieser mit Eingabe vom 14. November 2023 nach.

Über Aufforderung durch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich gab dazu die Österreichische Gesundheitskasse mit Schreiben vom 27. November 2023 eine weitere Stellungnahme ab, in der zusammengefasst ausgeführt wird, dass auf den vorliegenden Sachverhalt die Bestimmung des § 1 Abs. 8 Z 1 LSD-BG idF BGBl. I Nr. 174/2021, zur Anwendung gelangt, in der eine Ausnahme vom Entsendebetrieb lediglich für den Transitverkehr vorgesehen war, der gegenständlich jedoch nicht vorliegt.

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

Der Bf ist zur Vertretung nach außen berufenes Organ der Firma E__, einem international tätigen Transportunternehmen mit Sitz in Polen.

Vom 2. November 2021 bis 3. November 2021 sowie am 17. November 2021 führte der Arbeitnehmer der Firma E__, die im internationalen Transportgewerbe tätig ist, eine Transportfahrt von Italien nach Österreich durch, für die jeweils ein gesonderter Frachtbrief vorliegt, nämlich von der Firma U__ S.p.A., Italien, zur Firma F__ GmbH, G__, Österreich, sowie von der Firma H__, Italien, zur Firma I__ GmbH, V__, Österreich.

Im Verfahren konnte nicht zweifelsfrei festgestellt werden, dass es sich bei den vorliegenden Fahrten um Entsendungen von Kraftfahrern im Rahmen des Güterverkehrs handelte.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt sowie den von den Verfahrensparteien übermittelten Stellungnahmen und Unterlagen, die das Vorliegen einer bilateralen Beförderung von Italien nach Österreich jeweils mit einem gesonderten Frachtbrief nachweisen. Da weder aus den der verfahrensgegenständlichen Anzeige angeschlossenen Unterlagen, noch aus den ergänzend vorgelegten Nachweisen erkennbar ist, ob es sich bei den Fahrten um bilaterale Beförderungen mit zusätzlichen Tätigkeiten gehandelt hat oder nicht, konnten ausreichende Feststellungen, ob die gegenständlichen Fahrten im Rahmen einer Entsendung gemäß den europarechtlichen Richtlinien durchgeführt wurden, oder nicht den Entsendevorschriften unterliegende Transportfahrten.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. Die Richtlinie (EU) 2020/1057 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2020 legt besondere Regelungen im Zusammenhang mit der 96/71/EG und der Richtlinie 2014/67/EU für die Entsendung von Kraftfahrern im Straßenverkehrssektor und zur Änderung der Richtlinie 2006/22/EG bezüglich der Durchsetzungsanforderungen und der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 fest. Es wird zwischen Arten von Beförderungen unterschieden, die den Entsendevorschriften unterliegen, und jenen, die ihnen nicht unterliegen. Als allgemeines Kriterium dient der Grad der Verbindung mit dem Hoheitsstaat.

Im Einzelnen gelten gemäß der Richtlinie (EU) 2020/1057 Kraftfahrer, die Beförderungen in anderen Mitgliedsstaaten als dem Mitgliedsstaat durchführen, in dem der Arbeitgeber des Kraftfahrers seine Niederlassung hat, bei der Durchführung von Beförderungen zwischen zwei Mitgliedsstaaten oder zwischen einem Mitgliedsstaat und einem Drittland, von denen keiner der Niederlassungsmitgliedsstaat des Unternehmens ist, das diese Beförderung durchgeführt hat (Dreiländerverkehr) und gewerbliche innerstaatliche Beförderungen, die zeitweilig im Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaats von einem in einem anderen Mitgliedsstaat niedergelassenen Unternehmen durchgeführt werden (Kabotagen).

Der Kraftfahrer gilt nicht als entsandt, wenn er grenzüberschreitende bilaterale Beförderungen, begrenzte zusätzliche Be- und Entladungen, eine Transitfahrt oder Zu- oder Ablaufstrecken einer Beförderung im kombinierten Verkehr durchführt.

Die Bestimmung des § 1 LSD-BG, BGBl. I Nr. 44/2016 in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl. I Nr. 174/2021, lautete:

„§ 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.

(2) Ausgenommen sind
1. Arbeitsverhältnisse zum Bund, auf die dienstrechtliche Vorschriften anzuwenden sind, welche den Inhalt der Arbeitsverhältnisse zwingend regeln,
2. Arbeitsverhältnisse zu Ländern, Gemeindeverbänden und Gemeinden,
3. die Überlassung von Arbeitskräften im Sinne des § 3 Abs. 4 AÜG durch den Bund, ein Land, eine Gemeinde oder einen Gemeindeverband,
4. Arbeitsverhältnisse zu Stiftungen, Anstalten oder Fonds, auf die gemäß § 1 Abs. 2 des Vertragsbedienstetengesetzes (VBG), BGBl. Nr. 86/1948, die Bestimmungen des VBG sinngemäß anzuwenden sind,
5. Arbeitsverhältnisse zu einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft eines Mitgliedstaates des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR), der schweizerischen Eidgenossenschaft oder eines sonstigen Drittstaats, auf die im Sinne der Z 1 und Z 2 gleichartige dienstrechtliche Vorschriften anzuwenden sind, welche den Inhalt der Arbeitsverhältnisse zwingend regeln.

(3) (Verfassungsbestimmung) Dieses Bundesgesetz findet mit Ausnahme der §§ 3 bis 6, 8 Abs. 2 und 20 Abs. 3 auf Arbeitsverhältnisse der land- und forstwirtschaftlichen Arbeiter im Sinne des Landarbeitsgesetzes 2021 (LAG 2021), BGBl. I Nr. 78/2021 Anwendung; die §§ 3 bis 6 finden nur Anwendung, soweit diese die Entsendung von land- und forstwirtschaftlichen Arbeitern betreffen. Die Zulässigkeit der Überlassung von land- und forstwirtschaftlichen Arbeitern im Sinne des LAG 2021 bestimmt sich nach Maßgabe des LAG 2021.

(4) Soweit im Folgenden nichts anderes bestimmt ist, gilt dieses Bundesgesetz unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis sonst anzuwendenden Rechts auch für aus der Europäischen Union (EU), dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), der schweizerischen Eidgenossenschaft oder aus einem sonstigen Drittstaat zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandte Arbeitnehmer oder grenzüberschreitend überlassene Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 AÜG. Die Entsendung von Arbeitnehmern oder die grenzüberschreitende Überlassung von Arbeitskräften aus der Schweizerischen Eidgenossenschaft ist wie die Überlassung oder Entsendung aus dem EWR zu behandeln. Das dritte Hauptstück, ausgenommen § 41, findet auf aus der Schweizerischen Eidgenossenschaft entsandte Arbeitnehmer oder überlassene Arbeitskräfte keine Anwendung. Die §§ 17 bis 21, 23 und 26 und das dritte Hauptstück, ausgenommen § 41, finden auf die Entsendung von Arbeitnehmern oder die Überlassung von Arbeitskräften aus Drittstaaten keine Anwendung.

(5) Dieses Bundesgesetz findet keine Anwendung, wenn der Arbeitnehmer ausschließlich zur Erbringung folgender Arbeiten von geringem Umfang und kurzer Dauer nach Österreich entsandt wird:
1. geschäftliche Besprechungen ohne Erbringung von weiteren Dienstleistungen oder
2. die Teilnahme an Seminaren und Vorträgen ohne Erbringung von weiteren Dienstleistungen oder

3. die Teilnahme an Messen und messeähnlichen Veranstaltungen im Sinne des § 17 Abs. 3 bis 6 des Arbeitsruhegesetzes (J__), BGBl. Nr. 144/1983, mit der Maßgabe, dass die Untergrenze des § 17 Abs. 4 ARG nicht gilt, ausgenommen Vorbereitungs- und Abschlussarbeiten für die Veranstaltung (Auf- und Abbau der Ausstellungeinrichtungen und An- und Ablieferung des Messegutes), oder
4. der Besuch von und die Teilnahme an Kongressen und Tagungen oder
5. die Teilnahme an und die Abwicklung von kulturellen Veranstaltungen aus den Bereichen Musik, Tanz, Theater oder Kleinkunst und vergleichbaren Bereichen, die im Rahmen einer Tournee stattfinden, bei welcher der Veranstaltung (den Veranstaltungen) in Österreich lediglich eine untergeordnete Bedeutung zukommt, soweit der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung zumindest für einen Großteil der Tournee zu erbringen hat, oder
6. die Teilnahme an und die Abwicklung von internationalen Wettkampfveranstaltungen (Internationale Meisterschaften) im Sinne des § 3 Z 5 des Bundes-Sportförderungsgesetzes 2017 (BSFG 2017), BGBl. I Nr. 100/2017, ausgenommen Vorbereitungs- und Abschlussarbeiten für die Veranstaltung (Auf- und Abbau der im Zusammenhang mit der Veranstaltung stehenden Einrichtungen) sowie Verabreichung von Speisen und Ausschank von Getränken im Rahmen der Veranstaltung.

(6) Dieses Bundesgesetz findet auf vorübergehende Konzernentsendungen im Sinne der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. Nr. L 18 vom 21.01.1997 S. 1, in der Fassung der Richtlinie (EU) 2018/957 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. Nr. L 173 vom 09.07.2018 S. 16, einer besonderen Fachkraft nach Österreich innerhalb eines Konzerns im Sinne des § 15 des Aktiengesetzes (AktG), BGBl. Nr. 98/1955 und des § 115 des GmbH-Gesetzes (GmbHG), RGBl. Nr. 58/1906, die insgesamt zwei Monate je Kalenderjahr nicht übersteigen dürfen, keine Anwendung, wenn die Einsätze konzernintern
1. zum Zweck der Forschung und Entwicklung, der Abhaltung von Ausbildungen durch die Fachkraft, der Planung der Projektarbeit oder
2. zum Zweck des Erfahrungsaustausches, der Betriebsberatung, des Controlling oder der Mitarbeit im Bereich von für mehrere Länder zuständigen Konzernabteilungen mit zentraler Steuerungs- und Planungsfunktion oder
3. für Arbeiten bei Lieferung, Inbetriebnahme (und damit verbundenen Schulungen), Wartung, Servicearbeiten und Reparatur von Maschinen, Anlagen und EDV-Systemen

erfolgen.

(7) Dieses Bundesgesetz findet keine Anwendung auf nach Österreich für längere Dauer zu Schulungszwecken entsandte Arbeitnehmer oder überlassene Arbeitskräfte, wenn
1. der ausländische Arbeitgeber oder Vertragspartner dem inländischen Betrieb keine Arbeitsleistung schuldet und der Einsatz des Arbeitnehmers oder der Arbeitskraft dessen Einschulung oder Weiterbildung auf der Grundlage eines Schulungs- oder Weiterbildungsprogrammes des Arbeitgebers oder österreichischen Unternehmens dient, und
2. die allenfalls vom Arbeitnehmer oder der Arbeitskraft schulungsbedingt durchgeführten Tätigkeiten oder erstellten Produkte, Dienstleistungen und Zwischenergebnisse für den Produktionsprozess und das Betriebsergebnis in dem Betrieb, in dem die Schulung stattfindet, unwesentlich sind, und

3. soweit der zu schulende Arbeitnehmer oder die Arbeitskraft im Schulungsbetrieb nicht länger tätig ist, als dies für den Erwerb der geforderten Kenntnisse und Fähigkeiten erforderlich ist.

(8) Dieses Bundesgesetz findet keine Anwendung auf

1. die Tätigkeit als mobiler Arbeitnehmer im Sinne des Abs. 9 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;
2. die Tätigkeit als Arbeitnehmer, der in den letzten zwei Entgeltperioden vor der Entsendung oder Überlassung und während der Entsendung oder Überlassung nachweislich eine monatliche Bruttoentlohnung von durchschnittlich mindestens 120 vH des Dreißigfachen der Höchstbeitragsgrundlage für den Kalendertag gemäß § 108 Abs. 3 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955, erhält;
3. die Tätigkeit als Arbeitnehmer im Sinne des § 14 Abs. 1 Z 1 und 2, der nachweislich eine monatliche Bruttoentlohnung von mindestens 120vH des Dreißigfachen der Höchstbeitragsgrundlage für den Kalendertag gemäß § 108 Abs. 3 ASVG erhält;
4. auf Entsendungen oder Überlassungen im Rahmen von Austausch-, Aus- und Weiterbildungs- oder Forschungsprogrammen oder als entsandter oder überlassener Vortragender an Universitäten im Sinne des Universitätsgesetzes 2002, BGBl. I Nr. 120/2002, an pädagogischen Hochschulen im Sinne des Hochschulgesetzes 2005, BGBl. I Nr. 30/2006, oder Fachhochschulen im Sinne des Fachhochschulgesetzes, BGBl. Nr. 340/1993;
5. Lieferung von Waren durch entsandte Arbeitnehmer des Verkäufers oder Vermieters sowie das Abholen von Waren durch entsandte Arbeitnehmer des Käufers oder Mieters;
6. Tätigkeiten, die für die Inbetriebnahme und Nutzung von gelieferten Gütern unerlässlich sind und von entsandten Arbeitnehmern des Verkäufers oder Vermieters mit geringem Zeitaufwand durchgeführt werden.

(9) Im Sinne dieses Bundesgesetzes sind mobile Arbeitnehmer Personen, die als Fahrer oder als Begleitpersonal in der Personen- und Güterbeförderung tätig sind sowie Arbeitnehmer eines Arbeitgebers, der in einer anderen Branche als der Personen- und Güterbeförderung tätig ist, der aber die Arbeitnehmer in Österreich vorwiegend in der Personen- und Güterbeförderung einsetzt.“

Mit der Bestimmung der § 1a LSD-BG, BGBl. I Nr. 44/2016 idF BGBl. I Nr. 111/2022, erfolgte die Umsetzung der Bestimmungen der Richtlinie EU 2020/1057 wie folgt:

„§ 1a

(1) Ein mobiler Arbeitnehmer, der bei einem in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft niedergelassenen Verkehrsunternehmer beschäftigt ist, gilt nicht als nach Österreich entsandt, wenn er – im Rahmen einer Entsendung nach Art. 1 Abs. 3 lit. a der Richtlinie 96/71/EG – bilaterale Beförderungen von Gütern oder Fahrgästen oder kombinierten Verkehr im Sinne des Art. 1 Abs. 3 oder 4 oder 6 der Richtlinie (EU) 2020/1057 durchführt. Gleiches gilt für einen mobilen Arbeitnehmer, der bei einem in einem EU-Mitgliedstaat niedergelassenen Verkehrsunternehmer beschäftigt ist, wenn er – im Rahmen einer Entsendung nach Art. 1 Abs. 3

lit. a der Richtlinie 96/71/EG – über eine bilaterale Beförderung hinaus zusätzliche Tätigkeiten der Be- und/oder Entladung von Gütern oder des Aufnehmens oder Absetzens von Fahrgästen vornimmt, auf die nach Art. 1 Abs. 3 oder 4 der Richtlinie (EU) 2020/1057 die Ausnahme für bilaterale Beförderungen anzuwenden ist.

(2) Eine – die Entsendung nach Österreich ausschließende – bilaterale Beförderung von Gütern im Sinne des Abs. 1 erster Satz bedeutet die Verbringung von Gütern auf der Grundlage eines Beförderungsvertrags von einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder von der Schweizerischen Eidgenossenschaft, jeweils als Niederlassungsmitgliedstaat im Sinne des Art. 2 Z 8 der Verordnung (EG) Nr. 1071/2009 zur Festlegung gemeinsamer Regeln für die Zulassung zum Beruf des Kraftverkehrsunternehmers, ABl. Nr. L 300 vom 14.11.2009 S. 51, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) 2020/1055, ABl. Nr. L 249 vom 31.07.2020 S. 17, in einen anderen der vorgenannten Staaten oder einen Drittstaat oder von einem anderen der vorgenannten Staaten oder einem Drittstaat in den Niederlassungsmitgliedstaat.

(3) Eine – die Entsendung nach Österreich ausschließende – zusätzliche Tätigkeit der Be- oder Entladung von Gütern im Sinne des Abs. 1 zweiter Satz liegt vor, wenn der Fahrer über eine bilaterale Beförderung hinaus in den Mitgliedstaaten oder Drittstaaten, durch die er fährt, eine Tätigkeit der Be- und/oder Entladung vornimmt, sofern der Fahrer die Waren nicht in demselben Mitgliedstaat lädt und entlädt.

(4) Erfolgt im Anschluss an eine bilaterale Beförderung von Gütern, die im Niederlassungsmitgliedstaat beginnt und während der keine zusätzliche Tätigkeit im Sinne des Abs. 3 ausgeführt wird, eine bilaterale Beförderung von Gütern in den Niederlassungsmitgliedstaat, so umfassen die über die bilaterale Beförderung hinausgehenden – die Entsendung nach Österreich ausschließenden – zusätzlichen Tätigkeiten im Sinne des Abs. 1 zweiter Satz höchstens zwei zusätzliche Tätigkeiten der Be- und/oder Entladung, sofern der Fahrer die Waren nicht in demselben Mitgliedstaat lädt und entlädt.

(5) Eine – die Entsendung nach Österreich ausschließende – zusätzliche Tätigkeit nach Abs. 1 zweiter Satz und den Abs. 3 und 4 liegt nur bis zu dem Tag vor, ab dem Fahrzeuge, die in einem Mitgliedstaat erstmals zugelassen werden, gemäß Artikel 8 Absatz 1 Unterabsatz 4 der Verordnung (EU) Nr. 165/2014 über den Fahrtenschreiber im Straßenverkehr, ABl. Nr. L 60 vom 28.02.2014 S. 1, in der Fassung der Verordnung (EU) 2020/1054 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 561/2006 und der Verordnung (EU) Nr. 165/2014, ABl. Nr. L 249 vom 31.07.2020 S. 1, mit intelligenten Fahrtenschreibern ausgerüstet sein müssen, die die Anforderungen an die Aufzeichnung von Grenzüberschreitungen und zusätzlichen Tätigkeiten gemäß Artikel 8 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Verordnung (EU) Nr. 165/2014 erfüllen. Ab diesem Tag gelten die Ausnahmeregelungen für zusätzliche Tätigkeiten im Sinne des Abs. 1 zweiter Satz und der Abs. 3 und 4 nur noch für mobile Arbeitnehmer, die Fahrzeuge nutzen, die mit intelligenten Fahrtenschreibern gemäß den Art. 8, 9 und 10 der Verordnung (EU) Nr. 165/2014 ausgestattet sind.

(6) Eine – die Entsendung nach Österreich ausschließende – bilaterale Beförderung von Fahrgästen im Sinne des Abs. 1 erster Satz ist im grenzüberschreitenden Gelegenheits- oder Linienverkehr im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1073/2009 über gemeinsame Regeln

für den Zugang zum grenzüberschreitenden Personenkraftverkehrsmarkt, ABl. Nr. L 300 vom 14.11.2009 S. 88, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) Nr. 517/2013, ABl. Nr. L 158 vom 10.06.2013 S. 1, berichtigt durch ABl. Nr. L 272 vom 16.10.2015 S. 15, dann gegeben, wenn ein Fahrer eine der folgenden Tätigkeiten ausführt:

1. Fahrgäste in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft, jeweils als Niederlassungsmitgliedstaat, aufnimmt und in einem anderen der vorgenannten Staaten oder in einem Drittstaat wieder absetzt, oder
2. Fahrgäste in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder in der Schweizerischen Eidgenossenschaft oder in einem Drittland aufnimmt und sie in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft, jeweils als Niederlassungsmitgliedstaat, wieder absetzt, oder
3. Fahrgäste in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft, jeweils als Niederlassungsmitgliedstaat, aufnimmt und wieder absetzt, um örtliche Ausflüge in einen anderen Mitgliedstaat oder in ein Drittland gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1073/2009 durchzuführen.

(7) Eine – die Entsendung nach Österreich ausschließende – zusätzliche Tätigkeit in Bezug auf Fahrgäste im Sinne des Abs. 1 zweiter Satz liegt vor, wenn der Fahrer zusätzlich zu einer bilateralen Beförderung einmal Fahrgäste aufnimmt; und/oder einmal in den EU-Mitgliedstaaten oder Drittstaaten, durch die er fährt, Fahrgäste wieder absetzt, sofern der Fahrer keine Beförderung von Fahrgästen zwischen zwei Orten innerhalb des Durchfuhrmitgliedstaats anbietet. Dasselbe gilt für die Rückfahrt.

(8) Eine – die Entsendung nach Österreich ausschließende – zusätzliche Tätigkeit nach Abs. 1 zweiter Satz und Abs. 7 liegt nur bis zu dem Tag vor, ab dem Fahrzeuge, die in einem EU-Mitgliedstaat erstmals zugelassen werden, mit einem den in Art. 8 Abs. 1 Unterabs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 165/2014 genannten Spezifikationen entsprechenden intelligenten Fahrtenschreiber ausgerüstet sein müssen, der die in Art. 8 Abs. 1 Unterabs. 4 derselben Verordnung genannten Anforderungen an die Aufzeichnung von Grenzüberschreitungen und zusätzlichen Tätigkeiten erfüllt. Ab diesem Tag gilt die Ausnahmeregelung für zusätzliche Tätigkeiten nach Abs. 1 zweiter Satz und Abs. 7 nur noch für mobile Arbeitnehmer, die Fahrzeuge nutzen, die mit intelligenten Fahrtenschreibern im Sinne der Art. 8, 9 und 10 der genannten Verordnung ausgestattet sind.

(9) Eine – die Entsendung nach Österreich ausschließende – Beförderung im kombinierten Verkehr im Sinne des Abs. 1 erster Satz liegt vor, wenn der Fahrer im Sinne der Richtlinie 92/106/EWG über die Festlegung gemeinsamer Regeln für bestimmte Beförderungen im kombinierten Güterverkehr zwischen Mitgliedstaaten, ABl. Nr. L 368 vom 17.12.1992 S. 38, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2013/22/EU zur Anpassung bestimmter Richtlinien im Bereich Verkehr aufgrund des Beitritts der Republik Kroatien, ABl. Nr. L 158 vom 10.06.2013 S. 356, die Zu- oder Ablaufstrecke auf der Straße zurücklegt, sofern die auf der Straße zurückgelegte Teilstrecke selbst aus bilateralen Beförderungen im Sinne von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie (EU) 2020/1057 besteht.

(10) Ein Kraftfahrer, der eine Kabotagebeförderung im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1072/2009 über gemeinsame Regeln für den Zugang zum Markt des grenzüberschreitenden Güterkraftverkehrs, ABl. Nr. L 300 vom 14.11.2009 S. 72, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) 2020/1055, ABl. Nr. L 249 vom 31.07.2020 S. 17, oder der

Verordnung (EG) Nr. 1073/2009, durchführt, gilt als entsandt im Sinne dieses Bundesgesetzes.

(11) Ein mobiler Arbeitnehmer, der bei einem Verkehrsunternehmer mit Sitz im Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland beschäftigt ist, gilt nicht als entsandt, wenn er Beförderungen auf der Grundlage eines Beförderungsvertrags im Sinne des Art. 462 Absatz 1 Buchstabe a des Abkommens mit dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland durchführt."

5.2. Die Organpartei führt in ihrer Stellungnahme unter Hinweis auf den vorgeworfenen Tatzeitraum aus, dass die Bestimmung des § 1 Abs. 1 LSD-BG, BGBl. I Nr. 44/2016 idF BGBl. I Nr. 174/2021, zur Anwendung gelangt und gegenständlich keine Transitfahrten vorlagen, weshalb bei der Beurteilung des gegenständlichen Sachverhalts von einer Entsendung des verfahrensgegenständlichen Kraftfahrers nach Österreich auszugehen ist.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass durch die mit der Novelle zur Stammfassung BGBl. I Nr. 111/2022 LSD-BG durchgeführten Novellierung in § 1 LSD-BG lediglich eine Klarstellung hinsichtlich grenzüberschreitender Beförderungen, die keine Entsendung im Sinn des LSD-BG darstellen, durchgeführt wurde. Es handelt sich dabei insbesondere um bilaterale Beförderungen vom oder in den Niederlassungsmitgliedsstaat und damit allfällig zusammenhängend gewisse zusätzliche Beförderungstätigkeiten. Vor dieser Klarstellung durch den österreichischen Gesetzgeber ist daher zur Beurteilung, ob es sich um eine Entsendung im Sinne des § 1 Abs. 4 LSD-BG handelt und somit die Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes auf die Tätigkeit des Kraftfahrers Anwendung finden, auf die Richtlinie (EU) 2020/1057 über die Entsendung von Kraftfahrern im Rahmen des Güterverkehrs zurückzugreifen.

In diesem Sinn wurde von der europäischen Kommission, Generaldirektion Mobilität und Verkehr, Direktion C – Landverkehr Referat C.1-Straßenverkehr, ein Katalog an Fragen und Antworten zur Entsendung von Kraftfahrern gemäß der Richtlinie (EU) 2020/1057 im Rahmen des Güterverkehrs erstellt. Diese Fragen und Antworten wurden vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich als Auslegungshilfe herangezogen.

Gegenständlich ist weder aus den im Rahmen der Anzeige durch die Organpartei vorliegenden Beweismitteln noch aufgrund der ergänzenden Erhebungen durch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zweifelsfrei feststellbar, dass die vorliegende, jeweils mit einem eigenen Frachtbrief durchgeführte Beförderungsfahrt eine den Entsendevorschriften unterliegende Tätigkeit darstellt, da daraus keine ausreichenden Erkenntnisse über die jeweiligen Beförderungsfahrten gewonnen werden können, die zweifelsfrei auf eine Tätigkeit im Rahmen einer Entsendung schließen lassen, zumal etwa nicht festgestellt werden kann, ob es

sich jeweils um bilaterale Beförderungen mit begrenzten zusätzlichen Be- oder Entladungen handelte, etwa auf dem Rückweg zum Entsendestaat nach Polen. Eine solche Fahrt unterliegt aufgrund des Umstandes, dass die Art des Dienstes eng mit dem Niederlassungsmitgliedsstaat verbunden ist, nicht dem Entsendebegriff (vgl. Erwägungsgrund 10 der Richtlinie (EU) 2020/1057: *„Wenn ein Kraftfahrer bilaterale Beförderungen von dem Mitgliedsstaat, in dem das Unternehmen niedergelassen ist (im Folgenden 'Niederlassungsmitgliedsstaat') in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaates oder eines Drittlandes oder zurück in den Niederlassungsmitgliedsstaat durchführt, ist die Art des Dienstes eng mit dem Niederlassungsmitgliedsstaat verbunden. Es ist möglich, dass ein Kraftfahrer während einer Fahrt mehrere bilaterale Beförderungen durchführt.“*).

In Anlehnung an die Ausführung des genannten Leitfadens zur Auslegung der Bestimmungen, wann ein Kraftfahrer gemäß der Richtlinie (EU) 2020/1057 als entsandt gilt und wann nicht, kann das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich daher nicht mit der für ein Strafverfahren erforderlichen Sicherheit feststellen, dass die gegenständliche Arbeitstätigkeit des Arbeitnehmers des vom Bf vertretenen Unternehmens in Österreich im Rahmen einer Entsendung durchgeführt wurde.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG, der gemäß § 38 VwGVG auch für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Anwendung findet, ist von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet.

Im Hinblick auf die Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK, wonach bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld vermutet wird, dass der wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte unschuldig ist, war daher mangels ausreichender Beweise für einen Schuldspruch des Bf spruchgemäß zu entscheiden.

II. Bei diesem Verfahrensergebnis entfällt gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen.

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