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
DVR: 4011090

Geschäftszeichen: LVwG-301306/9/Kü/JB

Datum: Linz, 20. Dezember 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde des Z.Z., X, CZ-Z., vertreten durch B. Rechtsanwälte GmbH, X, W., vom 10. Oktober 2016 gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 7. September 2016, GZ: SanRB96-22-2016, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 25. Oktober 2017

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird teilweise stattgegeben und die zu Spruchpunkt a) verhängte Geldstrafe auf 4.000 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 86 Stunden, die zu Spruchpunkt b) verhängte Geldstrafe auf 3.500 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 75 Stunden und die zu Spruchpunkt c) verhängte Geldstrafe auf 3.000 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 65 Stunden herabgesetzt.

Im Übrigen wird das Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt als der dritte, vierte und fünfte Satz im Spruch des Straferkenntnisses wie folgt zu lauten haben:

„*Dem Arbeitnehmer H.J. wurde bei einem Anspruchslohn von € 4.398,41 ein tatsächlicher Lohn in Höhe von € 1.469,56 gewährt, was einer Unterentlohnung iHv. € 2.928,85 bzw. 66,59 % entspricht. Dem Arbeitnehmer K.M. wurde bei einem Anspruchslohn von € 4.398,41 ein tatsächlicher Lohn in Höhe von € 1.776,33 gewährt, was einer Unterentlohnung iHv. € 2.622,08 bzw. 59,61 % entspricht. Dem Arbeitnehmer S.J. wurde bei einem Anspruchslohn von € 5.065,73 ein tatsächlicher Lohn in Höhe von € 2.735,79 gewährt, was einer Unterentlohnung iHv. € 2.329,94 bzw. 45,99 % entspricht.*“

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten. Der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde wird auf 1.050 Euro herabgesetzt.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 7. September 2016, GZ: SanRB96-22-2016, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 7i Abs. 5 iVm § 7b Abs. 3 Z 1 iVm § 7e Abs. 3 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) Geldstrafen in Höhe von 4.450 Euro, 4.000 Euro und 3.600 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen von 96 Stunden, 86 Stunden und 78 Stunden verhängt.

Diesem Straferkenntnis liegt folgenden Tatvorwurf zu Grunde:
„Sie haben es als Verantwortlicher und zur Vertretung nach außen Berufener der tschechischen Firma G. s.r.o. zu verantworten, dass diese Firma mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich, als Arbeitgeberin, die Arbeitnehmer

a) H.J., geb. x, tschechischer Staatsbürger
b) K.M., geb. x, tschechischer Staatsbürger
c) S.J., geb. x tschechischer Staatsbürger

beschäftigt und zur Erbringung einer fortgesetzten Arbeitsleistung nach Österreich entsandt hat, ohne ihnen zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zu leisten. Sämtliche Arbeitnehmer wurden – wie aus der Strafanzeige der Wiener Gebietskrankenasse als Kompetenzzentrum LSDB vom 05.04.2016 und der ergänzenden Stellungnahme vom 26.08.2016 hervorgeht – im Tatzeitraum unterentlohnt. Dem Arbeitnehmer H.J. wurde bei einem Anspruchslohn von € 4.398,41 ein tatsächlicher Lohn in Höhe von € 1.4722,69 gewährt, was einer Unterlohnung iHv. € 2.975,72 bzw. 67.65 % entspricht. Dem Arbeitnehmer K.M. wurde bei einem Anspruchslohn von € 4.398,41 ein tatsächlicher Lohn in Höhe von € 1.703,41 gewährt, was einer Unterentlohnung iHv. € 2.695,00 bzw. € 61,27 % entspricht. Dem Arbeitnehmer S.J. wurde bei einem Anspruchslohn von € 5.065,73 ein tatsächlicher Lohn in Höhe von € 2.626,42 gewährt, was einer Unterentlohnung iHv. € 2.439,31 bzw. 48,15 % entspricht.

Art der Arbeiten: Elektroinstallationsarbeiten
Tatzeitraum: 07.04.2015 bis 27.05.2015, 13:15 Uhr (Kontrollzeitpunkt)
Tatort: Baustelle M. X, Tunnel G., Fahrtrichtung F., beim Stromverteiler X“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig im Wege der rechtsfreundlichen Vertretung eingebrachte Beschwerde in der beantragt wird, das angefochtene Straferkenntnis – gegebenenfalls nach berichtigter Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes – im angefochtenen Ausmaß aufzuheben, in eventu das Straferkenntnis dahingehend abzuändern, als die Höhe der verhängten Verwaltungsstrafe auf ein tat- und schuldangemessenes Maß herabgesetzt wird

und dem Bf hinsichtlich (der herabgesetzten) Strafe eine Ratenzahlung gewährt wird.

Begründend wurde festgehalten, dass im Zeitraum April bis Juni 2015 von der G. s.r.o. drei Mitarbeiter und zwar Herr J.H., Herr M.K. und Herr J.S. nach Österreich zur Durchführung von Elektroinstallationsarbeiten entsandt worden seien. Die Arbeiter sollten auf der Baustelle X Tunnel G. Fahrtrichtung F., beim Stromverteiler X die Verdrahtung der bereits installierten Kabel vornehmen. Bei der Kontrolle am 27.5.2015 seien bei den angeführten Arbeitnehmern – abgesehen von Herrn J.H., welcher einen Lohnzettel für April 2015 vorweisen habe können – keine entsprechenden Lohnunterlagen gemäß § 7d AVRAG vorgefunden worden. Alle drei Mitarbeiter hätten jedoch den Kontrollorganen ihr monatliches Gehalt bekannt gegeben und darauf hingewiesen, dass die Unterkunft in Österreich auch bezahlt würde, sodass hier keine zusätzlichen Kosten anfallen würden.

Am 30.6.2016 habe der Beschwerdeführer der Behörde sämtliche Lohnzettel, eine Auflistung der Mitarbeiter samt Berechnung des Gehalts, sowie sämtliche Nachweise über die durch G. s.r.o. bezahlten Beträge für die entsandten Arbeitnehmer übermittelt.

Die belangte Behörde habe für die ggst. Mitarbeiter den Kollektivvertrag für Arbeiter im Eisen- und Metallgewerbe zur Beurteilung, ob eine Unterentlohnung vorliege, herangezogen. Bei ihren Berechnungen sei die Behörde irrtümlicherweise davon ausgegangen, dass die unter Reisevergütung bezeichneten Beträge nicht zum Lohn hinzuzurechnen seien.

Nicht unter den Begriff des Entgelts würden freie oder verbilligte Mahlzeiten, die der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz oder in einer Gaststätte zur dortigen Konsumation einlösen könne, zählen. Einkaufsgutscheine, die vom Arbeitnehmer jederzeit, insbesondere unabhängig von einer tatsächlichen Leistungserbringung am Tag der Inanspruchnahme dieser verwendet werden können, würden sehr wohl zum Entgeltbegriff zählen. Anstatt solcher Einkaufsgutscheine seien diese Beträge in Bargeld an die Arbeitnehmer der G. s.r.o. ausbezahlt worden. Zur Ausbezahlung solcher Beträge sei der Beschwerdeführer auch nach tschechischen Gesetzen verpflichtet, sodass diese Beträge jedenfalls bezahlt werden müssten. Eine Nichtberücksichtigung dieser Beträge würde zu einer Verschlechterung gegenüber inländischen Arbeitnehmern führen, was der EU-Dienstleistungsfreiheit aber auch der EU-Wettbewerbsfreiheit widersprechen würde. Wenn diese Beträge, die wie erwähnt auszubezahlen seien, aber nicht zum Lohn hinzuzurechnen seien, wären die Lohnkosten eines ausländischen Arbeitnehmers um ein vielfaches höher als jene eines österreichischen Arbeitnehmers. Hierdurch wäre eine Ausübung ihrer Tätigkeit in Österreich wirtschaftlich gesehen nicht mehr möglich und wären sie in ihrer Wettbewerbsfreiheit zweifelsfrei beeinträchtigt.

Diese Beträge würden auch nicht dazu dienen Reisekosten, wie etwa Auto, Benzin, Gebühren, Hotel etc., die dem Arbeitnehmer während der Ausübung seiner Tätigkeit für die G. s.r.o. entstehen würden, abzugelten, da diese ohnehin durch die G. s.r.o. unabhängig vom Entgelt bezahlt würden. Vielmehr diene dieser Betrag unter anderem dafür, dass die Arbeitnehmer sich in Österreich verpflegen könnten. Die Beträge könnten von den Arbeitnehmern aber auch anderweitig verwendet werden. Der Sinn und Zweck dieser Zahlung sei daher ähnlich jenen von Einkaufsgutscheinen. Wenn jedoch Einkaufsgutscheine zum Entgeltbegriff gezählt würden, nicht jedoch Bargeld, komme es zu einer Ungleichbehandlung, welche keine gesetzliche Rechtfertigung finde. Aus diesem Grund hätten die irrtümlich als Reisevergütung bezeichneten Beträge hinzugerechnet werden müssen.

Ferner würde der Beschwerdeführer für seine Mitarbeiter einen Teilbetrag an die von ihnen privat ausgewählte Pensionsanstalt bezahlen. Hierbei handle es sich nicht um einen Betriebsfonds, sondern würden die Beträge an private Pensionskassen bezahlt, welche sich der Mitarbeiter selbst aussuchen könne. Mit anderen Worten, anstatt dem Mitarbeiter den Betrag auszubezahlen, der anschließend diesen Betrag selbst bei seiner privaten Rentenversicherung einbezahle, würde dies durch die Firma des Bf vorgenommen und direkt an die Rentenversicherung übermittelt. Dieser Betrag sei damit aber ebenso Teil des Entgelts und hätte von der Behörde hinzugerechnet werden müssen.

Die belangte Behörde führe im Straferkenntnis richtig aus, dass seit 1.1.2015 zwingend auf einen Monatslohn umzustellen sei und eine Berechnung des Monatslohns auf Basis der geleisteten Stunden nicht mehr zulässig sei. Dennoch würde die belangte Behörde in weiterer Folge den tatsächlich erhaltenen Lohn der Arbeitnehmer der G. s.r.o. auf Stundensatzbasis berechnen.

Zur konkreten Berechnung der einzelnen Arbeitnehmer wird in der Beschwerde wie folgt ausgeführt (wörtlich wiedergegeben):

„3.3.1. Arbeitnehmer Herr J.S.
Herr J.S. hat seine Matura als Elektroniker abgelegt. Bei der Firma G. E. s.r.o. war er ab 2003 tätig. Er war nicht als Bauleiter, sondern lediglich als Vorarbeiter tätig. Die unrichtige Bezeichnung in der ZK03-Meldung ist dadurch entstanden, dass es bei der Übersetzung der Position dieses Arbeitnehmers zu Missverständnissen kam. Dass Herr S. lediglich als Vorarbeiter tätig war, wurde, wie die Behörde richtig ausführt, auch von der Finanzpolizei Team 44, bestätigt.

Entgegen den Ausführungen der belangten Behörde ist eine Qualifizierung des Herrn S. in die Lohngruppe ‚LG 2. Qualifizierter Facharbeiter' nicht gerechtfertigt. Als qualifizierter Facharbeiter wird nach dem Kollektivvertrag jemand bezeichnet der;

‚Abgeschlossene Berufsausbildung (Lehrabschlussprüfung), große Fachkenntnisse; Befähigung, alle berufseinschlägigen Arbeiten nach kurzer Anweisung selbständig unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte, verantwortungsbewusst zu verrichten. Fähigkeit zum Einsatz beigestellter Arbeitskräfte und zur Beratung von Kunden.‘

Jene Aufgaben wurden von Herrn S. weder verrichtet, noch ist er dazu befähigt, solche Arbeiten durchzuführen. Insbesondere ist hervorzuheben, dass Herr S. keine Lehrausbildung hat. Nachdem es Herrn S. an dieser doch sehr wesentlichen Voraussetzung fehlt, ist eine Einstufung in die Lohngruppe LG 2 jedenfalls nicht möglich. Aufgrund der mangelnden Lehrabschlussprüfung ist eine Einstufung auch in die Lohngruppe LG 3 nicht gerechtfertigt. Unter großzügiger Bewertung könnte eine Einstufung in die Lohngruppe LG 5 erfolgen, wobei wie bereits ausgeführt, eine solche Einstufung aufgrund der Ausbildung des Herrn S. großzügig bemessen wäre,

‚Zweckausbildung, entsprechende Arbeitserfahrung und Verantwortung.‘

Eine Einstufung in diese Lohngruppe könnte einzig und allein aufgrund der bisherigen Arbeitserfahrung (Zweckausbildung) angenommen werden. Jedenfalls ist aber eine Einstufung in die von der Behörde vorgenommen Lohngruppe nicht gerechtfertigt.

In der Lohngruppe LG 5 wäre Herrn S. ein Mindestlohn von EUR 1.795,38 auszubezahlen, sohin ein Stundenlohn von EUR 10,75.
Hieraus würde sich nachstehende Berechnung für einen österreichischen Arbeitnehmer ergeben (Übernahme der Bezeichnung aus dem Straferkenntnis):

April

Bezeichnung	Stundenanzahl	Stundenlohn EUR	Gesamt EUR
NAZ	142	10,75	1.526,91
MAZ	3	10,75	32,25
MAZ zu 50 %	3	5,38	16,13
Überstunden	9	12,56	113,00
Zuschlag	9	6,28	56,50
WR	52	3,43	178,36
UR	52	3,43	178,36
Gesamt			2.101,20

Mai

Bezeichnung	Stundenanzahl	Stundenlohn EUR	Gesamt EUR
NAZ	120,3	10,75	1.293,32
MAZ	2,7	10,75	29,03
MAZ zu 50 %	2,7	5,38	14,51
Überstunden	4,5	12,56	56,50
Zuschlag	4,5	6,28	28,25
Feiertagsentgelt	23,1	13,90	321,09
WR	52	3,86	200,72
UR	52	3,86	200,72
Gesamt			2.144,14

In Summe gebührt dem Arbeitnehmer ein Betrag von insgesamt EURO 4.245,34

Aufgrund der unter Punkt 3.1.3 und 3.1.4 näher ausgeführten Gründe, setzt sich das Entgelt von Herrn S., entgegen der Berechnung der beklagten Behörde wie folgt zusammen:

Lohn April	EUR 1.220,89	Lohn Mai	EUR 1.142,83
Feiertagsgeld	EUR 0,00	Feiertagsgeld	EUR 14,55
Privater Pensionsfonds	EUR 54,67	Privater Pensionsfond	EUR 54,75
Quartalsprämie 1/3	EUR 230,81	Quartalsprämie 1/3	EUR 231,17
Verpflegung/Essen	EUR 645,00	Verpflegung/Essen	EUR 705,00
Summe	EUR 2.151,37	Summe	EUR 2.148,30

Herr S. erhielt eine Quartalsmäßige Sonderzahlung in Höhe von insgesamt CZK 19.000,00. Unter Berücksichtigung des jeweiligen Umrechnungskurses der belangten Behörde ergibt sich daher für den Monat April ein Teilbetrag von EUR 230,81 und für den Monat Mai ein Teilbetrag von EUR 231,17. Diese Berechnung ist auch jedenfalls in die Berechnung des Entgelts hineinzurechnen.

Der in Österreich nach den gesetzlichen Bestimmungen anerkannte Lohn von Herrn S. beträgt daher in Summe EUR 4.299,67.

Aus dieser Berechnung ergibt sich, dass es zu keiner Unterentlohnung dieses Arbeitnehmers kam und die gegen mich verhängte Strafe daher zu Unrecht ausgesprochen wurde.
[...]

3.3.2. Arbeitnehmer Herr M.K.
Herr M.K. hat seine Matura als Mechaniker-Elektroniker abgelegt. Bei der Firma G. E. s.r.o. war er ab 2009 bis 2015 als Monteur tätigt.

Entgegen den Ausführungen der belangten Behörde ist eine Qualifizierung des Herrn K. in der Lohngruppe ‚LG 3 Facharbeiter'

‚Abgeschlossene Berufsausbildung (Lehrabschlussprüfung), auch Lehrabschlussprüfung in technologisch verwandten bzw. technologisch ähnlichen Berufen; Befähigung, berufseinschlägige Arbeiten nach Anweisung verantwortungsbewusst zu verrichten'

nicht gerechtfertigt. Wie bereits ausgeführt war er lediglich als Monteur bei uns tätig und hat auch in Österreich lediglich solche Arbeiten ausgeführt. Ferner ist auch zu betonen, dass Herr K. keinen Lehrabschluss hat und daher bereits aus diesem Grund nicht in die Lohngruppe ‚LG 3 Facharbeiter' eingestuft werden kann.

Eine Einstufung in die Lohngruppe ‚LG 6 Arbeitnehmer mit Zweckausbildung' ist aufgrund der Dauer der Beschäftigung des Herrn K. in unserem Betrieb hingegen gerechtfertigt.

In der Lohngruppe LG 6 wäre Herrn K. ein Mindestlohn von EUR 1.720,43 auszubezahlen, sohin ein Stundenlohn von EUR 10,30.

April

Bezeichnung	Stundenanzahl	Stundenlohn EUR	Gesamt EUR
NAZ	142	10,30	1.462,88
MAZ	3	10,30	30,91
MAZ zu 50 %	3	5,15	15,45
Überstunden	9	12,03	108,28
Zuschlag	9	6,02	54,14
WR	52	3,43	178,36
UR	52	3,43	178,36
Gesamt			2.028,38

Mai

Bezeichnung	Stundenanzahl	Stundenlohn EUR	Gesamt EUR
NAZ	120,3	10,30	1.239,33
MAZ	2,7	10,30	27,82
MAZ zu 50 %	2,7	5,15	13,91
Überstunden	4,5	12,03	54,14
Zuschlag	4,5	6,02	27,07
Feiertagsentgelt	23,1	13,90	321,09
WR	52	3,86	200,72
UR	52	3,86	200,72
Gesamt			2.084,79

In Summe gebührt dem Arbeitnehmer ein Betrag von insgesamt EUR 4.113,17

Aufgrund der unter Punkt 3.1.3 und 3.1.4 näher ausgeführten Gründe, setzt sich das Entgelt von Herrn K., entgegen der Berechnung der beklagten Behörde wie folgt zusammen:

Lohn April	EUR 844,35	Lohn Mai	EUR 717,16
Feiertagsgeld	EUR 0,00	Feiertagsgeld	EUR 11,06
Privater Pensionsfond	EUR 36,44	Privater Pensionsfond	EUR 36,50
Quartalsprämie 1/3	EUR 0,00	Quartalsprämie 1/3	EUR 0,00
Verpflegung/Essen	EUR 577,00	Verpflegung/Essen	EUR 627,00
Summe	EUR 1.457,79	Summe	EUR 1.391,71

Der in Österreich nach den gesetzlichen Bestimmungen anerkannte Lohn von Herrn K. beträgt daher in Summe EUR 2.849,50.

Die von der belangten Behörde behauptete Unterentlohnung liegt daher in einem weitaus geringeren Ausmaß vor, als von der belangten Behörde berechnet und ist dies bei der Strafzumessung ebenso zu beachten. Diesbezüglich verweise ich auch Punkt 4.2. dieser Beschwerde.

3.3.3. Arbeitnehmer Herr J.H.
Herr J.H. war bei uns seit 2008 bis 2015 tätig und hat davor eine 3-jährige Lehre, welche jedoch nicht einer solchen in Österreich gleichzusetzen ist, abgeschlossen. Bei uns war er als Monteur tätigt.

Eine Einstufung in die Kategorie ‚LG 3 Facharbeiter' ist nicht gerechtfertigt, da wie bereits ausgeführt, die abgeschlossene Lehre nicht einer solchen in Österreich gleichzusetzen ist und damit die wichtigste Voraussetzung für die Einstufung in diese Lohngruppe fehlt.

Nachdem er im Vergleich zu den anderen Arbeitnehmern die geringste Berufserfahrung hat, ist eine Einstufung in die Lohngruppe ‚LG 5 Qualifizierter Arbeitnehmer' gerechtfertigt. Dies aber auch nur deswegen, weil ihm die Ausbildung zugutekommt. Eine höhere Einstufung wäre nur dann möglich, wenn die durch Herrn H. abgeschlossene Lehrausbildern als mit einer österreichischen gleichwertig anzusehen wäre, was sie jedoch nicht ist.

In der Lohngruppe LG 5 wäre Herrn H. ein Mindestlohn von EUR 1.795,38 auszubezahlen, sohin ein Stundenlohn von EUR 10,75.

April

Bezeichnung	Stundenanzahl	Stundenlohn EUR	Gesamt EUR
NAZ	142	10,75	1.526,91
MAZ	3	10,75	32,25
MAZ zu 50 %	3	5,38	16,13
Überstunden	9	12,56	113,00
Zuschlag	9	6,28	56,50
WR	52	3,43	178,36
UR	52	3,43	178,36
Gesamt			2.101,20

Mai

Bezeichnung	Stundenanzahl	Stundenlohn EUR	Gesamt EUR
NAZ	120,3	10,75	1.293,32
MAZ	2,7	10,75	29,03
MAZ zu 50 %	2,7	5,38	14,51
Überstunden	4,5	12,56	56,50
Zuschlag	4,5	6,28	28,25
Feiertagsentgelt	23,1	13,90	321,09
WR	52	3,86	200,72
UR	52	3,86	200,72
Gesamt			2.144,14

In Summe gebührt dem Arbeitnehmer ein Betrag von insgesamt EUR 4.245,34

Aufgrund der unter Punkt 3.1.3 und 3.1.4 näher ausgeführten Gründe, setzt sich das Entgelt von Herrn H., entgegen der Berechnung der belangten Behörde wie folgt zusammen:

Lohn April	EUR 712,85	Lohn Mai	EUR 672,34
Feiertagsgeld	EUR 0,00	Feiertagsgeld	EUR 10,37
Privater Pensions-fond	EUR 36,44	Privater Pensions-fond	EUR 36,50
Quartalsprämie 1/3	EUR 0,00	Quartalsprämie 1/3	EUR 0,00
Verpflegung/Essen	EUR 577,00	Verpflegung/Essen	EUR 627,00
Summe	EUR 1.326,30	Summe	EUR 1.346,21

Der in Österreich nach den gesetzlichen Bestimmungen anerkannte Lohn von Herrn H. beträgt daher in Summe EUR 2.672,51.

Die von der belangten Behörde behauptete Unterentlohnung liegt daher in einem weitaus geringeren Ausmaß vor, als von der belangten Behörde berechnet und ist dies bei der Strafzumessung ebenso zu beachten. Diesbezüglich verweise ich auch Punkt 4.3. dieser Beschwerde."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Zur Strafzumessung führt die Beschwerde weiters aus, dass bei Herrn S. keine Unterentlohnung vorliege, weshalb auch keine Strafe zu verhängen gewesen wäre. Sollte das Gericht den Ausführungen nicht folgen, wäre die Strafe dennoch zu hoch bemessen, da die von der belangten Behörde angenommene Lohngruppe jedenfalls nicht gerechtfertigt sei. Selbst unter Berücksichtigung, dass die privaten Rentenbeträge und die als Reisevergütung bezeichneten Beträge nicht hinzu zu rechnen wären, würde sich eine weitaus geringere Unterentlohnung ergeben, als durch die Behörde berechnet. Das laut Kollektivvertrag zu bezahlende Entgelt betrage maximal 4.244,67 Euro und wäre das tatsächlich ausbezahlte Entgelt mit insgesamt 2.840,25 Euro zu bewerten, sodass lediglich eine Unterentlohnung im Ausmaß von 33,09 % vorliege und nicht wie von der Behörde berechnet mit 48,15 %.

Auch beim Arbeitnehmer K. liege eine Unterentlohnung in weitaus geringeren Ausmaß als von der Behörde angenommen vor. Der auszubezahlende Betrag laut Kollektivvertrag betrage 4.113,17 Euro und sei dem Mitarbeiter ein Betrag von 2.849,50 Euro tatsächlich ausbezahlt worden. Die Differenz betrage lediglich 30,72 %. Unter Berücksichtigung der von der belangten Behörde richtig vorgegebenen Milderungsgründe sei die gegen den Bf erhobene Strafe jedenfalls zu hoch bemessen.

Auch hinsichtlich dem Arbeiter H. liege eine Unterentlohnung in einem weitaus geringem Ausmaß vor als von der Behörde angenommen, der auszubezahlende Betrag laut Kollektivvertrag betrage 4.244,67 Euro und sei dem Mitarbeiter ein Betrag von 2.672,51 Euro ausbezahlt worden. Die Differenz betrage lediglich 37,04 %.

I.3. Die belangte Behörde hat die Beschwerde samt Verwaltungsstrafakt mit Schreiben vom 17. Oktober 2016 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidungsfindung vorgelegt. Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 25. Oktober 2017, an welcher ein weiterer Geschäftsführer der G. s.r.o. in Begleitung seiner Rechtsvertreterin, sowie Vertreter der Wiener Gebietskrankenkasse und der belangten Behörde teilgenommen haben.

Aufgrund der Beweisergebnisse in der mündlichen Verhandlung hinsichtlich der konkreten Ausbildung und Arbeitsleistungen der drei beschäftigten Arbeitnehmer sah sich das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich veranlasst, wegen der strittigen Einstufung der Arbeitnehmer in eine Lohngruppe des Kollektivvertrages für Arbeiter im Eisen- und Metallverarbeitenden Gewerbe gemäß § 7 Abs. 4 AVRAG die Kollektivvertragspartner zu befragen. Die von der Bundesinnung der Elektro-, Gebäude-, Anlagen- und Kommunikationstechniker sowie der ÖGB Produktionsgewerkschaft PRO-GE abgegebenen Stellungnahmen, wonach der Vorarbeiter (J.S.) in Lohngruppe 2 und die beiden Monteure (J.H. und M.K.) in Lohngruppe 3 des Kollektivvertrages einzustufen sind, wurden den Verfahrensparteien in Wahrung des Parteiengehörs schriftlich zur Kenntnis gebracht. Innerhalb der gesetzten Frist langten weder vom Bf noch von den sonstigen Verfahrensparteien Stellungnahmen ein.

I.5. Folgender Sachverhalt steht fest:

Der Bf ist neben Ing. A.U. und V.H. handelsrechtlicher Geschäftsführer der G. s.r.o. mit Sitz in P., Tschechische Republik.

Die G. s.r.o. wurde von ihrer Schwesterfirma der O. GmbH mit dem Sitz in A., damit beauftragt im Tunnel G. der X M. Elektroinstallationsarbeiten bei den im Tunnel befindlichen Umspannwerken durchzuführen. Auf Grund dieses Auftrages hat die G. s.r.o. ihre Arbeitnehmer, und zwar J.H., M.K. und J.S. in der Zeit vom 7.4.2015 bis 27.5.2015 mit der Durchführung dieser Arbeiten betraut. Aufgabe der drei Arbeitnehmer war es, die bereits in den vorhandenen Schächten eingezogenen neuen Kabel in den einzelnen Schaltanlagen zu installieren und anzuschließen. Zudem sollten die Arbeitnehmer in den Schaltkästen auch neue Komponenten installieren. Die Planungsarbeiten für diese Installationen bzw. auch das erforderliche Material wurde von anderen Firmen gestellt und war nicht Aufgabe der G. s.r.o. Aufgabe der drei Arbeitnehmer der G. s.r.o. war anhand der vorliegenden Strompläne die einzelnen Kabel und Komponenten anzuschließen, also die reine Montagearbeit. Die drei Arbeitnehmer waren bereits vor ihrer

Entsendung nach Österreich längere Zeit bei der G. s.r.o. beschäftigt und in Tschechien sozialversichert.

Zur Ausbildung der einzelnen Arbeitnehmer ist Folgendes festzuhalten:

1. Herr J.S. hat nach Absolvierung der Grundschule die 4-jährige Fachmittelschule (Fach Elektrotechnik) besucht und diese Schule mit der Matura abgeschlossen. Herr S. ist seit 2003 bei der G. s.r.o. beschäftigt und war in Österreich als Vorarbeiter tätig.

2. Herr M.K. hat ebenfalls nach der Absolvierung der Grundschule die Fachmittelschule (Fach Mechaniker-Elektroniker) besucht und diese nach vier Jahren mit der Matura abgeschlossen. Herr K. war im Unternehmen in der Zeit von 2009-2015 beschäftigt und in Österreich als Elektromonteur tätig.

3. Herr J.H. hat nach der Grundschule eine 3-jährige Schulausbildung als Elektromonteur absolviert und war bei der G. s.r.o. von 2008-2015 beschäftigt.

Alle drei Arbeiter haben die praktischen Ausbildungen im Rahmen ihres Schulbesuchs nicht bei einzelnen Firmen, etwa im Vergleich der Lehre in Österreich, absolviert, sondern erfolgte diese praktische Ausbildung zur Gänze in den Schullabors bzw. Schulwerkstätten.

Die Tätigkeit der drei Arbeitnehmer unterliegt in Österreich dem Kollektivvertrag für Arbeiter im Eisen- und Metallverarbeitenden Gewerbe.

Dieser Kollektivvertrag legt im Punkt IX „Entlohnung“ ab 1.1.2015 folgende monatliche Mindestgrundlöhne fest und beschreibt in Punkt 2 die Lohngruppenmerkmale wie folgt:

„IX. ENTLOHNUNG

Monatliche Mindestgrundlöhne
1. Lohngruppen:

LG Techniker ..... € 2842,97
LG 1 Spitzenfacharbeiter ..... € 2602,80
LG 2 Qualifizierter Facharbeiter ..... € 2321,73
LG 3 Facharbeiter ..... € 2015,12
LG 4 Besonders qualifizierter
Arbeitnehmer ..... € 1885,66
LG 5 Qualifizierter Arbeitnehmer ..... € 1795,38
LG 6 Arbeitnehmer mit Zweckausbildung..... € 1720,43
LG 7 Arbeitnehmer ohne Zweckausbildung € 1701,70

2. Lohngruppenmerkmale:
LG Techniker:

Arbeitnehmer mit langjähriger Berufspraxis in der Lohngruppe 1, die inhaltlich so anspruchsvolle Arbeiten selbständig ausführen, dass dafür praktische und theoretische Fachkenntnisse, die über das im Rahmen der Berufsausbildung (Lehrabschlussprüfung) vermittelte Fachwissen hinausgehen, Voraussetzung sind und die hervorragende Verantwortung tragen. Die genannten Qualifikationen müssen entsprechend nachgewiesen werden.

LG 1 Spitzenfacharbeiter:

Abgeschlossene Berufsausbildung (Lehrabschlussprüfung), hervorragende Fachkenntnisse; Befähigung, ohne Anweisung selbständig unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte, alle berufseinschlägigen Arbeiten verantwortungsbewusst zu verrichten. Fähigkeit zum zweckmäßigen Einsatz beigestellter Arbeitskräfte und Materialien sowie zur Beratung von Kunden.

LG 2 Qualifizierter Facharbeiter:

Abgeschlossene Berufsausbildung (Lehrabschlussprüfung), große Fachkenntnisse; Befähigung, alle berufseinschlägigen Arbeiten nach kurzer Anweisung selbständig unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte, verantwortungsbewusst zu verrichten. Fähigkeit zum Einsatz beigestellter Arbeitskräfte und zur Beratung von Kunden.

LG 3 Facharbeiter:

Abgeschlossene Berufsausbildung (Lehrabschlussprüfung), auch Lehrabschlussprüfung in technologisch verwandten bzw. technologisch ähnlichen Berufen; Befähigung, berufseinschlägige Arbeiten nach Anweisung verantwortungsbewusst zu verrichten.

LG 4 Besonders qualifizierter Arbeitnehmer:

Längere Zweckausbildung, große Arbeitserfahrung und dementsprechende Verantwortung.

LG 5 Qualifizierter Arbeitnehmer:

Zweckausbildung, entsprechende Arbeitserfahrung und Verantwortung.

LG 6 Arbeitnehmer mit Zweckausbildung:

Entsprechende Arbeitserfahrung und Verantwortung. Auch Arbeitnehmer ohne Zweckausbildung in Produktion oder Montage, sofern sie mehrere Arbeiten (Arbeitsvorgänge) beherrschen oder sich besondere Fertigkeiten angeeignet haben, spätestens jedoch nach 3-jähriger Betriebszugehörigkeit.

LG 7 Arbeitnehmer ohne Zweckausbildung.“

Aufgrund ihrer Ausbildungen sowie die konkreten Arbeitsleistungen in Österreich sind die drei Arbeitnehmer der G. s.r.o. folgenden Lohngruppen des ggst. Kollektivvertrages zuzuordnen:

- J.S. ist als Vorarbeiter der Lohngruppe 2 zuzuordnen,
- M.K. und J.H. sind als Monteure der Lohngruppe 3 zuzuordnen.

Ausgehend von diesen Lohngruppeneinstufungen und den festgesetzten Monatslöhnen gebühren den drei Arbeitnehmern für ihre Arbeitsleistungen in Österreich in der Zeit von 7.4.2015 bis 27.5.2015 nachstehende Entgelte, wobei sich die Normalarbeitszeit (NAZ) und die Mehrarbeitszeit (MAZ) aus den vorliegenden Arbeitsaufzeichnungen der drei Arbeitnehmer ergeben:

Arbeiter: J.S. (Lohngruppe 2, Monatslohn: 2321,73 Euro, bei 167 Stunden Normalarbeitszeit im Monat ergibt sich ein Stundenlohn von 13,90 Euro; Weihnachts- und Urlaubsgeld anteilig für gearbeitete Wochen):

Bezeichnung	Stundenanzahl	Stundenlohn EUR	Gesamt EUR

NAZ	262,30	13,90	3.645,97
MAZ	5,70	13,90	79,23
MAZ zu 50 %	5,70	6,95	39,62
Überstunden 50%	13,50	16,24	219,24
Zuschlag	13,50	8,12	109,62
Feiertagsentgelt	23,10	13,90	321,09
Urlaubsentgelt	0,00	13,90	0,00
WR (52 Wo)	7,29 Wo	44,65 (ML:52)	325,48
UR (52 Wo)	7,29 Wo	44,65 (ML:52)	325,48
Anspruchslohn			5.065,73

Arbeiter: J.H. und M.K. (Lohngruppe 3, Monatslohn: 2015,12 Euro, bei 167 Stunden Normalarbeitszeit im Monat ergibt sich ein Stundenlohn von 12,07 Euro; Weihnachts- und Urlaubsgeld anteilig für gearbeitete Wochen):

Bezeichnung	Stundenanzahl	Stundenlohn EUR	Gesamt EUR
NAZ	262,30	12,07	3.165,96
MAZ	5,70	12,07	68,80
MAZ zu 50 %	5,70	6,04	34,43
Überstunden 50%	13,50	14,09	190,22
Zuschlag	13,50	7,05	95,18
Feiertagsentgelt	23,10	12,07	278,82
Urlaubsentgelt	0,00	13,90	0,00
WR (52 Wo)	7,29 Wo	38,75 (ML:52)	282,50
UR (52 Wo)	7,29 Wo	38,75 (ML:52)	282,50
Anspruchslohn			4.398,41

Diesem gemäß Kollektivvertrag zustehenden Entgelt sind die an die jeweiligen Arbeiter geleisteten Auszahlungsbeträge, welche sich aus den vorgelegten Lohnunterlagen ergeben, gegenüber zu stellen (Umrechnung der Beträge von CZK in Euro erfolgt gemäß den Referenzkursen der EZB für April und Mai 2015):

- J.S.:

Lohn April	EUR	1.068,27	Lohn Mai	EUR	984,05
Feiertagsgeld	EUR	0,00	Feiertagsgeld	EUR	112,07
Privater Pensions-fonds	EUR	54,67	Privater Pensions-fonds	EUR	54,75
Quartalsprämie 1/3	EUR	230,81	Quartalsprämie 1/3	EUR	231,17
Summe	EUR	1.353,75	Summe	EUR	1.382,04
Gesamt				EUR	2.735,79
Verpflegung/Essen für Auslandseinsatz	EUR	645,00	Verpflegung/Essen für Auslandseinsatz	EUR	705,00

- J.H.:

Lohn April	EUR	673,49	Lohn Mai	EUR	592,18
Feiertagsgeld	EUR	0,00	Feiertagsgeld	EUR	79,85

Privater Pensions-fonds	EUR	36,44	Privater Pensions-fonds	EUR	36,50
Quartalsprämie 1/3	EUR	0,00	Quartalsprämie 1/3	EUR	0,00
Zuschläge			Zuschläge	EUR	51,10
Summe	EUR	709,93	Summe	EUR	759,63
Gesamt				EUR	1.469,56
Verpflegung/Essen für Auslandseinsatz	EUR	577,00	Verpflegung/Essen für Auslandseinsatz	EUR	627,00

- M.K.:

Lohn April	EUR	718,39	Lohn Mai	EUR	631,66
Feiertagsgeld	EUR	0,00	Feiertagsgeld	EUR	85,12
Privater Pensions-fonds	EUR	36,44	Privater Pensions-fonds	EUR	36,50
Quartalsprämie 1/3	EUR	36,44	Quartalsprämie 1/3	EUR	36,50
Zuschläge	EUR	117,90	Zuschläge	EUR	77,38
Summe	EUR	909,17	Summe	EUR	867,16
Gesamt				EUR	1.776,33
Verpflegung/Essen für Auslandseinsatz	EUR	577,00	Verpflegung/Essen für Auslandseinsatz	EUR	627,00

Aus diesen Gegenüberstellungen ergeben sich folgende Unterentlohnungen:

- J.S. hat Anspruch auf einen Lohn von 5.065,73 Euro, der dem ausbezahlten Lohn von 2.735,79 Euro gegenübersteht, woraus sich eine Unterentlohnung von 2.329,94 Euro oder 45,99 % ergibt.

- M.K. hat Anspruch auf einen Lohn von 4.398,41 Euro, der dem ausbezahlten Lohn von 1.776,33 Euro gegenübersteht, woraus sich eine Unterentlohnung von 2.622,08 Euro oder 59,61 % ergibt.

- J.H. hat Anspruch auf einen Lohn von 4.398,41 Euro, der dem ausbezahlten Lohn von 1.469,56 Euro gegenübersteht, woraus sich eine Unterentlohnung von 2.928,85 Euro oder 66,59 % ergibt.

Eine Nachzahlung der Lohndifferenzen wurde vom Unternehmen des Bf bislang nicht leistet.

I.5.2. Die Sachverhaltsfeststellungen hinsichtlich der Ausbildung der drei Arbeitnehmer, deren Beschäftigungszeiten sowie der konkreten Arbeitsleistung dieser Personen in Österreich ergeben sich aus den Darstellungen des Geschäftsführers Ing. A.U. im Zuge der mündlichen Verhandlung. Wie bereits

festgehalten, wurde aufgrund der unterschiedlichen Auffassungen hinsichtlich der Einstufung der Arbeiter in die Lohngruppen des ggst. Kollektivvertrages eine Anfrage an die Kollektivvertragspartner gerichtet. Die Feststellung, wonach der Vorarbeiter in die Lohngruppe 2 und die beiden Monteure K. und H. in die Lohngruppe 3 einzuordnen sind, ergeben sich aus den Antworten der beiden Kollektivvertragspartner, die mit jeweils gesonderten Schreiben dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mitgeteilt wurden. Insofern konnten dies Lohngruppeneinstufungen dem Sachverhalt zu Grunde gelegt werden, zumal im Rahmen des gewährten Parteiengehörs vom Bf diesbezüglich keine Einwände erhoben wurden.

Diese Lohngruppeneinstufungen hat die Wiener Gebietskrankenkasse ihren Berechnungen über das in Österreich zustehende Entgelt bereits im Verfahren vor der belangten Behörde herangezogen, sodass diese ausgewiesenen Anspruchslöhne dem Sachverhalt zu Grunde gelegt werden konnten.

Das den drei Arbeitnehmern ausbezahlte Entgelt bzw. sonstig ausbezahlte Leistungen wie beispielsweise die in der Beschwerde genannte Verpflegung/Essen, ergeben sich aus den vorliegenden Lohnunterlagen und stehen diese Beträge unbestritten fest und wurden diese vom Bf im Beschwerdevorbringen auch so dargestellt. Zu betonen ist, dass lediglich die rechtliche Einordnung von ausbezahlten Beträgen strittig ist und dies im Rahmen der rechtlichen Würdigung eine Erklärung zu führen ist und nicht im Rahmen der Beweiswürdigung.

Zur Frage der Nachzahlung der Lohndifferenzen führt Ing. A.U. in der mündlichen Verhandlung aus, dass seitens seiner Firma bislang keine Nachzahlung an die Arbeiter geleistet wurde, da in rechtlicher Sicht noch nicht eindeutig geklärt sei, ob Nachzahlungen und wenn ja in welcher Höhe überhaupt erforderlich sind.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

II.1. Rechtslage:

Die im ggst. Fall maßgeblichen Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung lauten wie folgt:

„Ansprüche gegen ausländische Arbeitgeber/innen mit Sitz in einem EU- oder EWR-Mitgliedstaat

§ 7b. (1) Ein/e Arbeitnehmer/in, der/die von einem/einer Arbeitgeber/in mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wird, hat unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts für die Dauer der Entsendung zwingend Anspruch auf

1. zumindest jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern/Arbeitnehmerinnen von vergleichbaren Arbeitgebern/Arbeitgeberinnen gebührt (ausgenommen Beiträge nach § 6 BMSVG und Beiträge oder Prämien nach dem BPG);
[...]

Kompetenzzentrum LSDB

§ 7e. (1) Für die Kontrolle des dem/der nicht dem ASVG unterliegenden Arbeitnehmer/in nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag in Österreich unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zustehenden Entgelts im Sinne des § 7i Abs. 5 wird die Wiener Gebietskrankenkasse als Kompetenzzentrum Lohn- und Sozialdumping Bekämpfung (Kompetenzzentrum LSDB) eingerichtet.
[...]

(3) Stellt das Kompetenzzentrum LSDB fest, dass der/die Arbeitgeber/in dem/der Arbeitnehmer/in im Sinne des Abs. 1 nicht zumindest das nach Abs. 1 zustehende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien leistet, hat es Anzeige an die zuständige Bezirksverwaltungsbehörde zu erstatten. Mit der Anzeige ist ein bestimmtes Strafausmaß zu beantragen. Die Anzeige ist der Abgabenbehörde zum Zwecke der Nachverrechnung von Abgaben elektronisch zur Kenntnis zu übermitteln. Auf Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag beruhende Überzahlungen bei den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgeltbestandteilen sind auf allfällige Unterentlohnungen im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum anzurechnen.

(4) Das Kompetenzzentrum LSDB kann die Kollektivvertragspartner, die den für den/die Arbeitnehmer/in maßgeblichen Kollektivvertrag abgeschlossen haben, zur Ermittlung des dem/der Arbeitnehmer/in unter Beachtung der Einstufungskriterien nach Abs. 1 zustehenden Entgelts anhören. Erhebt ein/e Arbeitgeber/in begründete Einwendungen gegen die vom Kompetenzzentrum LSDB angenommene Einstufung, hat das Kompetenzzentrum LSDB die Kollektivvertragspartner anzuhören. Eine Stellungnahme der Kollektivvertragspartner hat eine gemeinsame zu sein. Aufwandersätze und Sachbezüge dürfen, soweit der Kollektivvertrag nicht anderes bestimmt, für die Zwecke der Bestimmung des kollektivvertraglichen Entgelts nicht angerechnet werden.
[...]

Strafbestimmungen

§ 7i.
[...]

(5) Wer als Arbeitgeber/in einen/e Arbeitnehmer/in beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm/ihr zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, zu leisten, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe zu bestrafen. Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, liegt eine einzige Verwaltungsübertretung vor. Auf Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag beruhende Überzahlungen bei den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgeltbestandteilen sind auf allfällige Unterentlohnungen

im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum anzurechnen. Hinsichtlich von Sonderzahlungen für dem ASVG unterliegende Arbeitnehmer/innen liegt eine Verwaltungsübertretung nach dem ersten Satz nur dann vor, wenn der/die Arbeitgeber/in die Sonderzahlungen nicht oder nicht vollständig bis spätestens 31. Dezember des jeweiligen Kalenderjahres leistet. Sind von der Unterentlohnung höchstens drei Arbeitnehmer/innen betroffen, beträgt die Geldstrafe für jede/n Arbeitnehmer/in 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Wiederholungsfall 2 000 Euro bis 20 000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer/innen betroffen, für jede/n Arbeitnehmer/in 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Wiederholungsfall 4 000 Euro bis 50 000 Euro.“

II.2. Unbestritten ist, dass vom Unternehmen des Bf die drei tschechischen Arbeiter im Zeitraum 7.4.2015 bis 27.5.2015 zur Erbringung von Arbeitsleistungen nach Österreich entsandt wurden. Der Arbeitnehmer S. hat auf der Baustelle M. X, Tunnel G., als Vorarbeiter fungiert, die Arbeiter K. und H. waren als Monteure im Einsatz. Feststeht auch, dass sich der den Arbeitern zustehende Grundlohn aus dem Kollektivvertrag für Arbeiter im Eisen- und Metallverarbeitenden Gewerbe und dessen Einstufungskriterien ergibt. Aufgrund der Einwände des Bf sowohl in der Beschwerde als auch in der mündlichen Verhandlung hinsichtlich der korrekten Einstufung der drei Arbeitnehmer in die Lohngruppen des genannten Kollektivvertrages, wurde vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eine Anfrage an die Kollektivvertragspartner gestellt. Ausgehend von der im Sachverhalt dargestellten Ausbildung der Arbeiter sowie deren konkreten Arbeitsleistungen in Österreich, erfolgte – auch nach Prüfung durch die Kollektivvertragspartner – die von der Wiener Gebietskrankenkasse vorgenommene Einstufung des Vorarbeiters in Lohngruppe 2 und der Monteure in die Lohngruppe 3 zu Recht. Der Vorarbeiter sind demnach als qualifizierter Facharbeiter und die Monteure als Facharbeiter iSd Kollektivvertrages einzustufen. Darauf aufbauend gebühren die im Kollektivvertrag in Punkt IX.1. (Entlohnung – Lohngruppen) festgesetzten monatlichen Mindestgrundlöhne. Diese kollektivvertraglichen Mindestgrundlöhne wurden auch von der Wiener Gebiets-krankenkasse im Rahmen ihrer Berechnungen über das den Arbeitern zustehende Entgelt herangezogen und konnten die berechneten Anspruchslöhne daher auch dem Beschwerdeverfahren – wie im Sachverhalt dargestellt – zu Grunde gelegt werden. Eine Umrechnung der monatlichen Mindestlöhne auf Stundensätze war – wie auch im Kollektivvertrag vorgesehen – insofern geboten, zumal die drei Arbeiter nur bestimmte Tage im April und Mai 2015 eingesetzt wurden und nicht ein volles Kalendermonat. Laut Kollektivvertrag ist in diesem Fall der Monatslohn durch 167 zu teilen, was in der Berechnung des Anspruchslohns seinen Niederschlag gefunden hat.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht daher bei der rechtlichen Beurteilung von jenem Anspruchslohn aus, den bereits die belangte Behörde im Spruch des Straferkenntnisses angeführt hat. Der Einwand des Bf nach anderer Einstufung der Arbeiter ist nach den Beweisergebnissen nicht berechtigt.

Der den drei Arbeitern ausbezahlte tatsächliche Lohn ergibt sich aus den vom Unternehmen des Bf vorgelegten Lohnunterlagen, die von der Wiener Gebietskrankenkasse entsprechend ausgewertet wurden. Zu erwähnen ist, dass dem Vorarbeiter S. und dem Monteur K. für April und Mai 2015 Bonuszahlungen (bezeichnet als Quartalsboni bzw. Vergütung/Gewinnbeteiligung) ausbezahlt wurden, welche als Überzahlung dem tatsächlichen Lohn zurechenbar sind. Derartige Quartalszahlungen wurden dem Monteur H. nicht gewährt. Dieser erhielt, wie auch der Arbeiter K., allerdings Zuschläge, bezeichnet als Fahren eines Autos – Freizeit und Zuschlag – Reise, welche ebenfalls als Überzahlung dem tatsächlich gewährten Lohn anrechenbar sind. Die Höhe dieser Beträge sind in Punkt I.5. entsprechend aufgelistet.

Zu den auf den Lohnzetteln der Arbeiter angeführten „privaten Pensionsfonds“ führte Ing. A.U. in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar aus, dass es sich hierbei um eine Zahlung an einen Pensionsfonds handelt, die vom Arbeitgeber im Auftrag des Arbeitnehmers vorgenommen wird. Der Grund für diese direkte Zahlung durch den Arbeitgeber liegt darin, dass in Tschechien steuerliche Vorteile mit diesem Betrag verbunden sind, da die Steuerbemessungsgrundlage für den Arbeitnehmer in Höhe dieses Betrages vermindert wird. Wegen der Direktzahlung des Arbeitgebers an den Pensionsfonds ist dieser Betrag aber auch dem tatsächlichen Lohn zurechenbar.

Hinsichtlich der vom Bf ins Treffen geführten Leistungen des Arbeitgebers für „Verpflegung/Essen“ – wie in der Beschwerde dargestellt – ist festzuhalten, dass der Bf selbst anführt, dass es sich hierbei um pauschalierte Tagesgebühren, die dem Arbeitnehmer für Auslandseinsätze zu bezahlen sind, handelt. Dem ist zu entgegnen, dass gemäß § 7e Abs. 4 AVRAG Aufwandersätze und Sachbezüge, soweit der Kollektivvertrag nicht anderes bestimmt, zum zustehenden kollektivvertraglichen Entgelt nicht angerechnet werden dürfen. Der ggst. Kollektivvertrag sieht eine solche Aufrechnung nicht vor. Diese pauschalierten Tagesgebühren sind daher nicht dem kollektivvertraglich zustehenden Grundlohn aufzurechnen (vgl. VwGH 28.01.2016, Ra 2015/11/0112). Dies bedeutet aber, dass die vom Bf als Arbeitgeber gewährte pauschalierte Tagesgebühr für den Auslandseinsatz nicht dem tatsächlichen Lohn zugerechnet werden kann, weshalb diese Beträge auch im Sachverhalt gesondert ausgewiesen und nicht aufsummiert wurden.

Dem Argument des Bf, dass bei Nichteinrechnung dieser Beträge eine Wettbewerbsverzerrung vorliege, ist zu entgegnen, dass auch österreichischen Arbeitnehmern zusätzlich zum Grundlohn gemäß dem Kollektivvertrag Aufwands-entschädigungen zustehen. Bei Entsendung oder Überlassung ins Ausland erhöhen sich diese und treffen den österreichischen Arbeitgeber.

Zusammenfassend ergibt sich damit aufgrund der gegebenen Umstände für den Vorarbeiter S. eine Unterentlohnung von 2.735,79 Euro (45,99 % gegenüber dem kollektivvertraglich in Österreich zustehenden Lohn), für den Arbeiter H. eine Unterentlohnung von 1.469,56 Euro (66,59 %) und für den Arbeiter K. eine Unterentlohnung von 1.776,33 Euro (59,61 %). Aufgrund dieser Daten ist daher dem Bf die angelastete Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht vorzuwerfen.

II.3. 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 Verwaltungsgerichtshofs hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine 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.

Im Verfahren sind keine Umstände hervorgekommen, die ein mangelndes Verschulden des Bf aufzeigen würden. Mit dem Einwand, wonach es nicht einfach sei in Österreich Einstufungen in eine Lohngruppe des jeweiligen Kollektivvertrages und darauf aufbauend Lohnabrechnungen durchzuführen, kann sich der Bf nicht entlasten. Gerade vor einer erstmaligen Tätigkeit muss erwartet werden, dass der ausländische Arbeitgeber genaue Erkundigungen über die Rechtslage in dem Land, in dem er einen Auftrag annehmen möchte, anstellt. Insofern ist mit dem Einwand, wonach kein Unrechtsbewusstsein und nie die Absicht bestanden hat bestehende Rechtsvorschriften in Österreich zu umgehen, für den Bf nichts zu gewinnen. Damit kann der Bf ein den betrieblichen Verhältnissen angepasstes Kontrollsystem, das die Einhaltung der in Österreich gültigen Mindestentgelte jedenfalls erwarten lässt, nicht belegen. Insgesamt hat daher der Bf als nach außen vertretungsbefugtes Organ der Arbeitgeberin G. s.r.o. die Unterentlohnungen im dargelegten Ausmaß in der Schuldform der Fahrlässigkeit zu verantworten.

II.4. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Nach § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren 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 Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs. 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

Vorliegend ist die Strafe nach dem ersten Strafsatz des § 7i Abs. 5 AVRAG zu bemessen, wonach bei höchstens drei von der Unterentlohnung betroffenen Arbeitnehmern/innen die Geldstrafe für jede/n Arbeitnehmer/in 1.000 Euro bis 10.000 Euro beträgt.
Die Einhaltung von Mindestlohnsätzen zählt zum harten Kern der Schutzbestimmungen gegen Lohn- und Sozialdumping, die vom Dienstleistungserbringer unabhängig von der Dauer der Entsendung der Arbeitnehmer einzuhalten sind (VwGH v. 27.01.2014, 2013/11/0249). Zudem dient diese Norm, wie die Materialien zeigen, auch der Sicherung eines fairen wirtschaftlichen Wettbewerbs zwischen den Unternehmen (VwGH 10.06.2015, 2013/11/0121).

Zum Grad des Verschuldens ist festzuhalten, dass von leichter Fahrlässigkeit nicht auszugehen ist, zumal dem Bf als Gewerbetreibenden obliegt, sich über die in Österreich geltenden Rechtsvorschriften bei der Ausübung seines Gewerbes rechtzeitig ausreichend Kenntnis zu verschaffen. Unbestritten ist zudem, dass der den Arbeitnehmern vorenthaltene Lohn nicht vor dem Einschreiten der belangten Behörde nachgezahlt wurde, sodass kein entlastender Umstand anzunehmen ist.
Im Beschwerdeverfahren hat sich ein geringeres Ausmaß der Unterentlohnung ergeben und war deshalb zu Gunsten des Bf, nicht zuletzt auch auf Grund der bisherigen Verfahrensdauer, eine Anpassung der Strafbeträge vorzunehmen. Festzustellen ist allerdings, dass die Differenz zum gebührenden Anspruchslohn noch als erheblich zu bewerten ist und damit die Übertretung mit einer Strafe deutlich über der gesetzlich vorgesehenen Mindeststrafe zu sanktionieren ist. Damit ist aber eine weitere Reduktion der verhängten Strafen nicht in Erwägung

zu ziehen, zumal auch im Beschwerdeverfahren keine weiteren Milderungsgründe, als von der belangten Behörde bereits angeführt, hervorgekommen sind.

Hinsichtlich des in der Beschwerde gestellten Antrages auf Ratenzahlung wird der Bf darauf hingewiesen, diesen zuständigkeitshalber bei der belangten Behörde einzubringen.

III. Verfahrenskosten:

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Bf keine Kosten für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu entrichten. Der Kostenbeitrag für das Verfahren vor der belangten Behörde war aufgrund der Herabsetzung der verhängten Strafe mit 10 % der nunmehrigen Strafhöhe neu festzusetzen.

IV. 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 bereits im Erkenntnis dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen. Diese Rechtsprechung ist nicht als uneinheitlich zu beurteilen und es liegen keine Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Darüber hinaus ist der festgestellte Sachverhalt ein Ergebnis der Beweiswürdigung und wurde dieser nach Durchführung einer Verhandlung festgestellt und entsprechend begründet. Es handelt sich dabei um keine Rechtsfrage, jedenfalls nicht um eine solche von grundsätzlicher Bedeutung.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis 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.

H i n w e i s e

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

Mit der rechtskräftigen Bestrafung ist die Eintragung des Beschuldigten und jenes Unternehmens, dem die Bestrafung zuzurechnen ist, in die Evidenz des Kompetenzzentrums LSDB verbunden.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kühberger