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-301597/4/Py/PP

Datum:
Linz, 3. Oktober 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde des Herrn D O, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. M S, T, M, S, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung vom 30. März 2017, GZ: SanRB96-8-2016, wegen Verwaltungsübertretungen nach dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG)

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als die Ersatzfreiheitsstrafe auf je 34 Stunden (statt 3 Tage) herabgesetzt wird. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Kostenbeitrag zum Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche 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 Urfahr-Umgebung vom 30. März 2017, GZ: SanRB96-8-2016, wurden über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 7i Abs. 5 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) BGBl. Nr. 459/1993 idF BGBl. I. Nr. 94/2014 zwei Geldstrafen in Höhe von je 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafe in Höhe von je 3 Tagen verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 200 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben als Verantwortlicher und Inhaber des Einzelunternehmens „M D O s.p., S, L, Slowenien" zu verantworten, dass nachstehende Arbeitnehmer auf der Baustelle Neubauwohnungen „N" F, O beschäftigt wurden, ohne Ihnen den zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien geleistet zu haben. Zustehender Grundlohn nach Kollektivvertrag für das Metallgewerbe Arbeiter für 12 Arbeitsstunden 167,32 Euro (12 x Bruttostundenlohn 144,84 Euro + Urlaubszuschuss Mai aliquot 11,24 Euro + Weihnachtsrenumeration Mai aliquot 11,24 Euro)

Folgende Personen wurden beschäftigt:

1.) Name: J M, geb.: x,
Staatsangehörigkeit: x,
zustehender Grundlohn nach Kollektivvertrag für das Metallgewerbe Arbeiter
in der Höhe von € 167,32
Entlohnung insgesamt: 12 Arbeitsstunden am 18.05.2015 - 19.05.2015 € 133,68
Der Grundlohn wurde in diesem Zeitraum um 20,11 % (€ 33,64) unterschritten.

2.) Name: K D, geb.: x,
Staatsangehörigkeit: x,
zustehender Grundlohn nach Kollektivvertrag für das Metallgewerbe Arbeiter
in der Höhe von € 167,32
Entlohnung insgesamt: € 84,96 für 12 Arbeitsstunden am 18.05.2015 - 19.05.2015
von je 7,08 Euro
Der Grundlohn wurde in diesem Zeitraum um 49,22 % (€ 82,36) unterschritten.“

In der Begründung führt die belangte Behörde unter Wiedergabe des Verfahrensganges und der Rechtsgrundlagen zusammengefasst aus, dass aufgrund der ausgeübten Tätigkeit der genannten Arbeitnehmer im Hinblick auf die Bestimmungen des § 7b Abs. 1 Z 1 AVRAG für die Berechnung des zustehenden Grundlohnes der Kollektivvertrag für das Metallgewerbe Arbeiter heranzuziehen ist. Für die Arbeitnehmer wurden zwar Lohn- sowie Stundenlisten bzw. Überweisungsbelege vorgelegt, diese betreffen jedoch nur die Monate März und April und sind deshalb für Mai nicht relevant, weshalb von den Lohn- und Zeitangaben im Personenblatt ausgegangen werde. Unter Berücksichtigung der

von den Arbeitnehmern bei der Kontrolle unterfertigten Personenblättern sowie der von den Kontrollorganen beobachteten Tätigkeit ist laut Kollektivvertrag ab 01.01.2015 LG3 Facharbeiter pro Monat ein Bruttostundenlohn von 12,07 Euro heranzuziehen. Des Weiteren ist der Urlaubszuschuss für zwei Kalendertage sowie die Weihnachtsremuneration aliquot zu berücksichtigen, was einen Anspruchslohn von 167,32 Euro für den Zeitraum vom 18. bis 19. Mai 2015 ergibt. Der von Herrn J erhaltene Lohn in Höhe von 133,68 Euro stellt somit eine Unterentlohnung von 20,11 %, der Herrn K gezahlte Lohn in Höhe von 84,96 Euro stellt gegenüber dem Anspruchslohn von 167,32 Euro eine Unterentlohnung von 49,22 % dar.

Zur verhängten Strafhöhe führt die belangte Behörde aus, dass von fahrlässiger Tatbegehung, einem monatlichen Einkommen von zirka 1.000 bis 1.500 Euro, keine Sorgenpflichten und keinem Vermögen ausgegangen werde und die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe verhängt wurde.

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig vom Bf im Wege seiner rechtsfreundlichen Vertretung eingebrachte Beschwerde vom 4. Mai 2017. Darin führt der Bf aus, dass von der Behörde die Vorschriften des § 7i Abs. 5 und Abs. 6 AVRAG nicht richtig angewendet wurden. Die festgestellten Unterentlohnungen sind gering und hätte die Behörde dem Bf gemäß § 7i Abs. 6 AVRAG ermöglichen müssen die Differenzbeträge in einer von der Behörde festgesetzten Frist nachweislich zu leisten. Im Fall der Zahlung der Differenzbeträge hätte die Behörde gemäß § 7i Abs. 6 AVRAG von der Verhängung der Strafe absehen müssen. Wie aus der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 7. März 2016 ersichtlich ist, hat die Behörde dem Bf nicht auf die Möglichkeit einer Nachzahlung der Differenzbeträge hingewiesen, wie es bei anderen Behörden auch in Fällen von höheren Differenzbeträgen üblich ist. Obwohl der Bf bei seinem Standpunkt, dass er nicht absichtlich oder grob fahrlässig gegen österreichische Rechtsvorschriften verstoßen hat, bleibt, hat er die Differenzbeträge an die Arbeitnehmer nachgezahlt, wofür der Beschwerde Banknachweise beigelegt werden.

3. Mit Schreiben vom 1. Juni 2017 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt Bezug habenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses ist zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht. Da sich die Beschwerde nur gegen die Höhe der von der belangten Behörde verhängten Strafe richtet und zudem ein Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung von den Parteien nicht gestellt wurde, konnte von deren Durchführung gemäß § 44 Abs. 3 Z 2 VwGVG Abstand genommen werden. Der Wiener Gebietskrankenkasse als Kompetenzzentrum LSDB wurde als am Verfahren beteiligte Organpartei Gelegenheit gegeben, eine Stellungnahme zum Beschwerdevorbringen abzugeben. Mit Schreiben vom 11. Juli 2017 führt die

Organpartei dazu aus, dass die vorgelegten Lohnlisten den Zeitraum April 2015 betreffen und nicht den Tatzeitraum vom 18. Mai 2015 bis 19. Mai 2015. Zusammenfassend wird der Bescheid der belangten Behörde daher als korrekt angesehen.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. Da sich die Beschwerde gegen die von der belangten Behörde verhängte Strafhöhe richtet, ist der Schuldspruch in Rechtskraft erwachsen und ist es dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich somit verwehrt, sich inhaltlich mit der Entscheidung der belangten Behörde auseinanderzusetzen.

5.2. Gemäß § 7i Abs. 5 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) BGBl. Nr. 459/1993 idF BGBl. I. 94/2014 begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe zu bestrafen, wer als Arbeitgeber/in eine/n 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. 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.

Gemäß § 7i Abs. 5a AVRAG ist die Strafbarkeit nach Abs. 5 nicht gegeben, wenn der/die Arbeitgeber/in vor einer Erhebung der zuständigen Einrichtung nach den §§ 7f bis 7h die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem/der Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelt nachweislich leistet.

Gemäß 7i Abs. 6 AVRAG hat die Bezirksverwaltungsbehörde von der Verhängung einer Strafe abzusehen, wenn sie feststellt, dass

1. der/die Arbeitgeber/in dem/der Arbeitnehmer/in die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem/der Arbeitnehmer/in nach den

österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelt binnen einer von der Behörde festzusetzenden Frist nachweislich leistet, und

2. die Unterschreitung des nach Abs. 5 Z 1 maßgeblichen Entgelts unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien gering ist oder
3. das Verschulden des/der Arbeitgebers/in oder des/der zur Vertretung nach außen Berufenen (§ 9 Abs. 1 VStG) oder des/der verantwortlichen Beauftragten (§ 9 Abs. 2 oder 3 VStG) leichte Fahrlässigkeit nicht übersteigt.

Ebenso ist von der Verhängung einer Strafe abzusehen, wenn der/die Arbeitgeber/in dem/der Arbeitnehmer/in die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem/der Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührende Entgelt vor der Aufforderung durch die Bezirksverwaltungsbehörde nachweislich leistet und die übrigen Voraussetzungen nach dem ersten Satz vorliegen. In Verwaltungsstrafverfahren nach Abs. 5 ist § 45 Abs. 1 Z 4 und letzter Satz VStG nicht anzuwenden. Weist der/die Arbeitgeber/in der Bezirksverwaltungsbehörde nach, dass er/sie die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem/der Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelt geleistet hat, ist dies bei der Strafbemessung strafmildernd zu berücksichtigen.

5.3. Die belangte Behörde hat über den Bf wegen der Unterentlohnung der im Spruch des gegenständlichen Strafbescheides angeführten Arbeitnehmer die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe verhängt. Wenn der Bf in seiner Beschwerde vorbringt, es hätte § 7i Abs. 6 AVRAG zur Anwendung gelangen müssen, so ist dem entgegenzuhalten, dass die Unterentlohnung im vorliegenden Fall nicht als geringfügig einzustufen ist. Zwar sind die absoluten Beträge im Hinblick auf die zur Anzeige gebrachten zwei Beschäftigungstage nur geringfügig, jedoch liegt im Fall des Arbeitnehmers J eine Unterentlohnung in Höhe von insgesamt 20,11 % sowie im Fall des Arbeitnehmers K eine Unterentlohnung in Höhe von insgesamt 49,22 % vor. 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 (vgl. VwGH v. 27.01.2014, Zl. 2013/11/0249). Zu dem dient diese Norm wie die Materialien zeigen, auch der Sicherung eines fairen wirtschaftlichen Wettbewerbs zwischen den Unternehmen (vgl. auch VwGH v. 10.06.2015, Zl. 2013/11/0121). Dass lediglich leichte Fahrlässigkeit anzunehmen ist, konnte vom Bf nicht schlüssig dargelegt werden, zumal es ihm 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.

Da somit die gesetzlich erforderlichen Voraussetzungen für ein Absehen von der Strafe im gegenständlichen Fall nicht vorliegen, konnte dem Begehren des Bf auf Herabsetzung der verhängten Geldstrafen keine Folge geleistet werden.

Dem Beschwerdebegehren war jedoch insofern stattzugeben, als die verhängten Ersatzfreiheitsstrafen (3 Tage) auf das nunmehrige Ausmaß (34 Stunden) herabgesetzt werden konnten. Nach § 16 Abs.2 VStG darf die Ersatzfreiheitsstrafe das Höchstmaß der für die Verwaltungsübertretung angedrohten Freiheitsstrafe und, wenn keine Freiheitsstrafe angedroht und nicht anderes bestimmt ist, zwei Wochen nicht übersteigen. Die belangte Behörde hat eine Geldstrafe in Höhe von 1.000 Euro festgelegt, welche 10% der vorgesehenen Höchststrafe in Geld beträgt. Auch wenn ein fester Umrechnungsschlüssel nicht besteht, ist nach Auffassung des Landesverwaltungsgerichtes die Festlegung der Ersatzfreiheitsstrafe durch die belangte Behörde mit 28 Stunden nicht schlüssig, wenn diese angeordnete Ersatzfreiheitsstrafe wesentlich mehr als 10% (nämlich rd. 23%) der gesetzlich vorgesehenen Höchstgrenze für die Ersatzfreiheitsstrafe beträgt. Durch die Herabsetzung der Ersatzfreiheitsstrafe wurde dieses Missverhältnis beseitigt.

II. Da der Beschwerde aufgrund der Herabsetzung der verhängten Ersatzfreiheitsstrafen zumindest teilweise Folge gegeben werden konnte entfällt gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG die Verpflichtung zur Leistung von Kostenbeiträgen zum Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich.

III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision gegen dieses Erkenntnis an den Verwaltungsgerichtshof ist gemäß § 25a VwGG unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen, in der Entscheidung zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen. Weiters die dazu vorliegende Rechtsprechung auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen und 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 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

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Panny