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-301514/28/KL/CG

Datum:
Linz, 9. Mai 2018

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde des M H, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. M R, H, F, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung vom 23. Jänner 2017, GZ: SanRB96-26-2016, wegen Verwaltungsübertretungen nach dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) nach öffentlicher mündlicher Verhandlung am 23. November 2017 und 8. März 2018

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe abgewiesen, dass im Spruch nach dem Ausdruck „M s.r.o.“ die Wortfolge „als Arbeitgeberin“ einzufügen und anstelle der Wortfolge „Bauhilfsgewerbe als Hilfsarbeiter“ die Wortfolge „Bauhilfsgewerbe als angelernter Arbeiter“ zu treten hat.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren in der Höhe von insgesamt 1.600 Euro zu leisten.

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

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung vom 23. Jänner 2017, SanRB96-26-2016, wurde über den Beschwerdeführer in 4 Fällen jeweils eine Geldstrafe von 2.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 34 Stunden, wegen je einer Verwaltungsübertretung gemäß § 7i Abs. 5 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz – AVRAG (zum Tatzeitpunkt geltende Fassung) verhängt, weil er als zur Vertretung nach außen berufener Geschäftsführer der M s.r.o. mit der Geschäftsadresse c.p. x, J, T, verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten hat, dass nachstehende Arbeitnehmer am 25.02.2016 in dem Bau „W", H, G, beschäftigt wurden, ohne ihnen den zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien geleistet zu haben. Zustehender Grundlohn nach Kollektivvertrag für Bauhilfsgewerbe als Hilfsarbeiter mit einem Stundenlohn von 11,46 Euro brutto.

Folgende Personen wurden beschäftigt:
1.) Name: N P, geb.: x,
Staatsangehörigkeit: T,
zustehender Grundlohn nach Kollektivvertrag für das Bauhilfsgewerbe 11,46 Euro brutto
Ausbezahlter Betrag: 10,12 Euro brutto
Der Grundlohn wurde um 11,69 % unterschritten.

2.) Name: D P, geb.: x,
Staatsangehörigkeit; T,
zustehender Grundlohn nach Kollektivvertrag für das Bauhilfsgewerbe 11,46 Euro brutto
Ausbezahlter Betrag: 10,12 Euro brutto
Der Grundlohn wurde um 11,69 % unterschritten.

3.) Name: N M, geb. x,
Staatsangehörigkeit: T,
zustehender Grundlohn nach Kollektivvertrag für das Bauhilfsgewerbe 11,46 Euro brutto
Ausbezahlter Betrag: 10,12 Euro brutto
Der Grundlohn wurde um 11,69 % unterschritten.

4.) Name: L J, geb. x,
Staatsangehörigkeit: T,
zustehender Grundlohn nach Kollektivvertrag für das Bauhilfsgewerbe 11,46 Euro brutto

Ausbezahlter Betrag: 10,12 Euro brutto

Der Grundlohn wurde um 11,69 % unterschritten.

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und die Aufhebung des Straferkenntnisses und Einstellung des Strafverfahrens beantragt. Im Wesentlichen wurde vorgebracht, dass die Arbeiter nach Kollektivvertrag 2014 für Hilfsarbeiter mit einem Stundenlohn von 10,12 Euro entlohnt worden seien, tatsächlich aber von einem Bruttostundenlohn für Hilfsarbeiter in Höhe von 10,30 Euro auszugehen gewesen wäre, weshalb sich eine Unterentlohnung von 0,18 Euro pro Stunde ergebe, also 1,75 %. Es handle sich um eine geringfügige Unterentlohnung unter 5 %, welche bei geringfügigem Verschulden nicht zu sanktionieren sei. Jedenfalls seien die Arbeiter nach Kollektivvertrag entlohnt worden, allerdings aufgrund eines Versehens des tschechischen Steuerberaters sei der Kollektivvertrag aus 2014 zu Grunde gelegt worden. Dieser unterlaufene Fehler sei auch sofort durch Auszahlung des zuständigen Differenzbetrages an die Arbeiter berichtigt worden. Das Versehen des tschechischen Steuerberaters könne aber dem Beschwerdeführer nicht als Verschulden angelastet werden, da er auf eine richtige Verrechnung vertraut habe und in der Vergangenheit die Verrechnung immer gut und fehlerlos funktioniert habe.
Wenn die Behörde in der Begründung von einem Kollektivvertrag für „angelernte Arbeiter" ausgehe, so werde dem entgegengehalten, dass die betroffenen Arbeiter im gegenständlich relevanten Zeitraum lediglich Bauhilfsarbeiten ausgeführt hätten und nicht über die für angelernte Arbeiter notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt hätten. Der Lohnunterschied zeige auch, dass es für das Anlernen der Fähigkeiten und Kenntnisse eines bestimmten Zeitraumes bedarf. Dementsprechend seien P und M N seit Juli 2015 als entsendete Arbeitnehmer mit Hilfsarbeitertätigkeit beschäftigt gewesen, ab März 2016 aufgrund der zwischenzeitig erworbenen Fähigkeiten als angelernte Arbeiter eingestuft worden. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass diese Arbeiter schon vor dem März 2016 die entsprechenden Kenntnisse und Fähigkeiten eines angelernten Arbeiters gehabt hätten.
Die übrigen Arbeiter L und D seien für Hilfsarbeitertätigkeiten, insbesondere das Zubringen von Materialien zur weiteren Verarbeitung herangezogen worden. Es sei die Entlohnung als Hilfsarbeiter völlig gerechtfertigt gewesen. Es sei nicht erwiesen, dass die Arbeiter ständig Arbeiten eines angelernten Arbeiters durchgeführt hätten. Darüber hinaus seien P und M N erst ab März 2016 als angelernte Arbeiter eingestuft und der Stundenlohn von brutto 11,46 Euro laut Kollektivvertrag 2015 ausgezahlt worden. Auch hätten die Arbeiter gemäß Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie 96/71/EG 1996 eine Entsendezulage erhalten, die nicht als Erstattung für in Folge der Entsendung tatsächlich entstandene Kosten wie z.B. Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten bezahlt werde, und daher als Bestandteil des Mindestlohnes gelte. Es ergebe sich daher für L, D und M N zusätzlich ein Lohn von je 348,75 Euro, für P N von 438,75 Euro. Es ergebe sich sodann in keinem der vier Fälle eine Unterentlohnung.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung als belangte Behörde hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt und die Abweisung der Beschwerde beantragt. Zusammengefasst wird entgegnet, dass der Vorarbeiter der M H GmbH bestätigt habe, dass durch diese eine Trockenbau-Unterkonstruktion errichtet werde, von den Arbeitnehmern der M s.r.o. diese dann mit Rigipsplatten beplankt werde. Genau diese Arbeiten seien durch die Kontrollorgane wahrgenommen worden.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme. Weiters wurden zur Frage der Einstufung der Tätigkeit des Beplankens einer bereits hergestellten Unterkonstruktion mit Rigipsplatten im maßgeblichen Kollektivvertrag die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Oberösterreich und die Wirtschaftskammer Oberösterreich, Landesinnung Oberösterreich der Bauhilfsgewerbe, um Stellungnahme ersucht. Weiters wurde Beweis erhoben durch Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 22. November 2017, fortgesetzt am 8. März 2018, zu welchen der Beschwerdeführer und sein Rechtsvertreter sowie die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse erschienen sind. Die belangte Behörde hat sich entschuldigt. Weiters wurde der Zeuge S M geladen und einvernommen. Der weiters geladene Zeuge T S ist trotz Ladungsbescheid nicht erschienen.

4.1. Folgender Sachverhalt steht als erwiesen fest und wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Am 25. Februar 2016 wurden auf der Baustelle W, H, G, 4 tschechische Arbeiter der M s.r.o., nämlich P N, P D, M N und J L, bei Trockenbauarbeiten, nämlich Beplankung einer vorgefertigten Unterkonstruktion mit Rigipsplatten, angetroffen, wobei für alle Arbeiter ein Stundenlohn von 10,12 Euro brutto ausbezahlt wurde, obwohl der Lohn nach Kollektivvertrag für Bauhilfsgewerbe, Österreich außer Wien, für angelernte Arbeiter je Stunde von 11,46 Euro brutto, für Hilfsarbeiter je Stunde 10,30 Euro brutto beträgt. Der Grundlohn wurde um 11,69 % unterschritten. Der Beschwerdeführer ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der M s.r.o. mit Sitz in J, T. Die Arbeiter wurden von diesem Unternehmen zur Arbeitsleistung nach Österreich entsandt. Die Unterkonstruktion für die Ständerwände wurde von der H GmbH mit Sitz in P aufgestellt und wurde im Anschluss auch 70 % der Rigipswände durch die Firma beplankt. Lediglich die Abstellräume im 3. Geschoß wurden von den Arbeitern der M s.r.o. beplankt. Sie waren bereits 2 – 3 Wochen auf der Baustelle und haben der H GmbH mitgeholfen. Sie haben am Kontrolltag Material in das 3. Obergeschoß getragen und haben dort in den genannten Abstellräumen auch die Rigipsplatten montiert. Mitarbeiter der H GmbH waren am Kontrolltag nicht auf der Baustelle, lediglich der Vorarbeiter der Fa. H, S M, war am Kontrolltag anwesend. Im 3. Obergeschoß bei den Abstellräumen mussten auch abgeschrägte Flächen, also schiefe Ebenen beplankt

werden, wobei zwei Leute die Platte halten und ein dritter die Platte anschraubt. Wo die Rigipsplatte angeschraubt wird, ist durch die Unterkonstruktion vorgegeben, allerdings muss zu den Kanten bzw. Ecken hin die Platte jeweils zugeschnitten werden. Auch das Zuschneiden übernehmen die Leute der M s.r.o.
Die Arbeiter füllten Baustellenerhebungsprotokolle in tschechischer Sprache jeweils getrennt aus, wonach sämtliche Arbeiter angaben, von Montag bis Freitag jeweils 6 Stunden zu arbeiten. M und P N gaben eine Berufsausbildung für die ausgeübte Tätigkeit an, die übrigen Arbeiter keine Ausbildung. Als Entgelt werden 273,4 tschechische Kronen angegeben. Weiters führen sie zur Frage eines Aufwandersatzes (z.B. Essen, Unterkunft, Fahrt ……) Diäten in Höhe von 540 Kronen an. Auf die Frage, ob sie sonstige Zulagen oder Zuschüsse erhalten, wird dies mit „Nein“ angekreuzt. Es wird kein Partieführer angegeben. Für die Arbeiter gibt es A1-Bescheinigungen. Je Arbeiter gibt es einen Dienstvertrag mit der M s.r.o. in tschechischer und deutscher Sprache. In sämtlichen Verträgen ist zur Dienstverwendung die Aufnahme als Hilfsarbeiter und die Erbringung der Tätigkeit vor allem in der Tschechischen Republik und in Österreich festgelegt. Die Arbeitszeit wird mit höchstens 130 Stunden pro Monat bestimmt. Das Stundenentgelt wurde brutto mit 10,12 Euro bestimmt. Abgerechnet wird nach tatsächlich geleisteten Stunden. Weitere Lohnbestandteile enthält der Dienstvertrag nicht. Die vorgelegten Lohnzettel weisen für Februar 2016 für den Arbeitnehmer L einen Bruttolohn von 27.344 Kč und einen Überweisungsbetrag von 20.900 Kč sowie Diäten von 6.083 Kč auf. In den Lohnzetteln ist ein Stundenentgelt von 273,4 Kč ausgewiesen und ist die Lohnberechnung durch die ebenfalls vorgelegten Stundenaufzeichnungen nachvollziehbar. Die ausgezahlten Diäten „Diäten 2/16“ sowie der ausgezahlte Lohn sind durch Auszahlungsbelege nachgewiesen. Auch die Lohnzettel der übrigen Arbeitnehmer weisen einen Stundenlohn von jeweils 274,3 Kč aus, sowie eine Berechnung des Bruttomonatslohnes nach geleisteten Arbeitsstunden. Weiters weisen die Lohnzettel außer einer Anweisung des Lohnes eine Anweisung von Diäten aus, wobei sich das ausgezahlte Diätengeld aus den tatsächlich gearbeiteten Tagen und der Höhe von 540 Kronen pro Tag errechnet. Weitere Zahlungen sind aus den Lohnzetteln nicht ersichtlich. Es gibt für sämtliche Arbeitnehmer Erstmeldungen bei der BUAK. Weiters gibt es für sämtliche Arbeitnehmer A1-Bestätigungen. Aus den weiters vorgelegten Lohnzetteln ist auch ersichtlich, dass Feiertage und Urlaube entsprechend bei der Lohnberechnung berücksichtigt wurden. Für Februar 2016 ist bei keinem der Arbeiter in den Arbeitszeitaufzeichnungen ein Urlaubstag eingetragen und ist auch in den Lohnzetteln kein Urlaubsentgelt ersichtlich. Auch wurden für Februar 2016 keine Urlaubstage der BUAK gemeldet und von dieser kein Urlaubsentgelt verrechnet.
Nach dem am Kontrolltag geltenden Kollektivvertrag für Bauhilfsgewerbe vom 1.5.2015 ist für Hilfsarbeiter ein Stundenlohn von 10,30 Euro, für angelernte Arbeiter von 11,46 Euro vorgesehen.

Die Wirtschaftskammer Oberösterreich gibt in der Stellungnahme vom 18.4.2017 hinsichtlich der Einstufung bekannt:
„Angelernte Arbeiter, Lohnkategorie 5
Werden Tätigkeiten verrichtet, die als Facharbeiten zu qualifizieren sind, ohne dass die für die Facharbeitereinstufung formale Voraussetzung der Zurücklegung einer Lehrzeit vorliegt, ist jedenfalls in die Kategorie 5 „angelernte Arbeiter“ einzustufen. Hier fehlt lediglich die formale Voraussetzung für eine höhere Einstufung.
Auch sonstige Tätigkeiten, die über eine Hilfsarbeitertätigkeit hinausgehen (z.B. Staplerfahrer, Kraftfahrer ohne Lehrzeit) begründen einen Lohnanspruch nach der Kategorie 5.

Hilfsarbeiter, Lohnkategorie 6 und 7
Hilfsarbeiter sind Arbeiter, die Tätigkeiten verrichten, die grundsätzlich von jedermann ohne entsprechende Ausbildung und Berufserfahrung durchgeführt werden können („Allerweltstätigkeiten“). Einweisungen in eine Tätigkeit oder Unterweisungen machen Hilfsarbeitertätigkeiten nicht schon zu einer ‚angelernten‘ Arbeit.“

Die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Oberösterreich führt in der Stellungnahme vom 4.5.2017 aus:
„Gemäß dem Berufsbild für den Lehrberuf Stuckateure/-in und Trockenbauer/-in ist das Anbringen von den Stoffen und deren Verankerungen sowie das Anbringen von Putzsysteme für den Innen- und Außenputz eine Teiltätigkeit der Berufsausbildung und somit auch die Tätigkeit von Facharbeitern. Sohin ist das von Ihnen beschriebene Planken mit Rigipsplatten im Tätigkeitsbereich der Stuckateure und Trockenausbauer sicherlich nicht als Hilfsarbeitertätigkeit zu qualifizieren, sondern viel mehr sind Arbeitnehmer, welche diese Tätigkeiten ausüben, in der Lohngruppe 5 angelernte Arbeiter im Kollektivvertrag für das Bauhilfsgewerbe einzustufen. Auch im maßgeblichen Zeitraum bzw. Zeitpunkt Februar 2016 ist diese Qualifizierung gültig gewesen.“

Hinsichtlich der Diäten für Auslandsreisen wurde auf das tschechische Arbeitsgesetzbuch (Gesetz Nr. 262/2006 GSlg) vom Beschwerdeführer hingewiesen, nach dessen § 170 mit Verordnung der Tagesgrundpreis für die Auslandszulage festgelegt ist und mindestens 75 % des Tagesgrundpreises zu bezahlen ist. Gemäß Verordnung vom 4. November 2014 über die Festsetzung der Grundzollsätze für ausländische Diäten – Auslands-Zulage für 2015 wird der Grundpreis für die Auslands-Zulage für 2015 für Österreich mit 45 Euro bestimmt. Nach dieser Verordnung sind die Grundpreise der Auslands-Zulage mit „Grundpreise ausländischer Verpflegung“ definiert.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den der Anzeige beigeschlossenen Fotos, den Aussagen des Zeugen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung, den eingeholten Stellungnahmen, sowie insbesondere auch aus den über Aufforderung

der BUAK vorgelegten Unterlagen, nämlich Dienstvertrag, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweis bzw. Banküberweisungsbeleg, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen, sowie die Angaben der Arbeitnehmer anlässlich der Kontrolle durch Ausfüllen des Personenblattes. Die vom Beschwerdeführer im Zuge des Beschwerdeverfahrens vorgelegten Lohnunterlagen differieren nicht zu denen, die über Aufforderung der BUAK vorgelegt wurden. Hingegen verwickelte sich der Beschwerdeführer hinsichtlich der Wertung der Entgeltsbestandteile bzw. hinsichtlich weiterer Entgeltzahlungen in Widersprüche. Insbesondere beruft er sich zunächst auf eine Entsendezulage nach tschechischem Recht, in weiterer Folge auf Nachzahlungen von Urlaubsentgelten nach tschechischem Recht. Diesen Ausführungen kann jedoch nicht gefolgt werden, wie unter der rechtlichen Beurteilung dann noch auszuführen sein wird. Zur Entsendezulage ist auch noch anzuführen, dass diese für Verpflegungskosten nach tschechischem Arbeitsrecht zu leisten ist und daher, wie auch von den Arbeitnehmern im Personenblatt ausgefüllt ist, als Diäten, nämlich Aufwandsentschädigung zu werten ist. Aus diesen Gründen ist auch die Einholung eines Sachverständigengutachtens eines Steuerberaters oder Lohnverrechners nicht erforderlich. Die Einstufung der Arbeiter stützt sich auf das Beweisverfahren und ist daher eine zusätzliche beantragte Einvernahme der Arbeiter nicht erforderlich, zumal bereits aus den Aussagen des einvernommenen Zeugen sowie auch im Zusammenhang mit den Fotos über die Örtlichkeit kein Zweifel besteht und eine zweifelsfreie Zuordnung möglich ist.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Gemäß § 7b Abs. 1 Z. 1 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), BGBl.Nr. 459/1993 in der Fassung BGBl. I Nr. 152/2015 (zum Tatzeitpunkt geltende Fassung) hat 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, unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts für die Dauer der Entsendung zwingend Anspruch auf zumindest jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern/Arbeiternehmerinnen von vergleichbaren Arbeitgebern/ Arbeitgeberinnen gebührt (ausgenommen Beiträge nach § 6 BMSVG und Beiträge oder Prämien nach dem BPG).

Gemäß § 7b Abs. 1 letzter Satz AVRAG hat der/die Arbeitgeber/in, wenn das nach Abs. 1 Z. 1 anzuwendende Gesetz, der Kollektivvertrag oder die Verordnung Sonderzahlungen vorsieht, diese dem/der Arbeitnehmer/in aliquot für die jeweilige Lohnzahlungsperiode zusätzlich zum laufenden Entgelt (Fälligkeit) zu leisten.

Gemäß § 7i Abs. 5 AVRAG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe zu bestrafen, 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.
……
Sind von der Unterentlohnung höchstens 3 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 3 Arbeitnehmer/innen betroffen, für jede/n Arbeitnehmer/in 2.000 Euro bis 20.000 Euro, im Wiederholungsfall 4.000 Euro bis 50.000 Euro.

5.2. Aufgrund der aufliegenden Unterlagen ist erwiesen, dass zum Kontrollzeitpunkt 25.2.2016 im Februar und in den Vormonaten sämtliche angetroffenen Arbeitnehmer der Fa. M s.r.o. als Hilfsarbeiter eingestuft und bezahlt wurden und hiefür einen Stundenlohn von 10,12 Euro erhielten. Dies entspricht dem Kollektivvertrag für das Jahr 2014. Zum maßgeblichen Zeitpunkt Februar 2016 war jedoch der Kollektivvertrag vom 1.5.2015 anzuwenden und betrug der Stundenlohn für Hilfsarbeiter 10,30 Euro. Die Differenz zum geltenden Kollektivvertrag wurde den Arbeitern im Juli 2016 nachgezahlt. Aus den Stellungnahmen der Interessenvertretungen ist aber ersichtlich, dass die tatsächlich zum Kontrollzeitpunkt ausgeführte Tätigkeit sämtlicher angetroffener Arbeiter jener von angelernten Arbeitern entspricht. Der Stundenlohn des anzuwendenden Kollektivvertrags 2015 für angelernte Arbeiter beträgt 11,46 Euro. Es liegt daher eine Unterentlohnung um 11,69 % vor. Es ist daher der objektive Tatbestand der Verwaltungsübertretung gemäß § 7i Abs. 5 AVRAG erfüllt. Der Beschwerdeführer als handelsrechtlicher Geschäftsführer der M s.r.o. hat daher die Übertretungen gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten.

5.3.1. Dem Beschwerdevorbringen, dass zum Tatzeitpunkt eine Zuordnung zu angelernten Arbeitern nicht gegeben war, sind die eingeholten Stellungnahmen entgegenzuhalten. Darüber hinaus wird von der BUAK zu Recht darauf hingewiesen, dass ab März 2016 die Arbeitnehmer P und M N sodann als angelernte Arbeiter lt. den vorliegenden Lohnzetteln entlohnt wurden. Darüber hinaus ist aber auch auf das Beweisergebnis in der öffentlichen mündlichen Verhandlung hinzuweisen, dass nämlich die Arbeiter nicht nur Hilfsarbeiten wie das Herbeibringen von Material durchgeführt haben, sondern die Platten auch auf ein vorgefertigtes Gerüst befestigt haben. Hiezu war es nach glaubwürdiger Aussage des einvernommenen Zeugen auch erforderlich, dass Platten zugeschnitten werden mussten. Das Vermessen und Zuschneiden ist aber eindeutig eine über Hilfsarbeiten hinausgehende Tätigkeit. Auch ist insofern auf die Zeugenaussage zu verweisen, dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass 2 Arbeiter nur

Material herangetragen haben, da eindeutig nach dieser Zeugenaussage jedenfalls 3 Personen mit dem Montieren beschäftigt waren.

5.3.2. Zu der vom Beschwerdeführer eingewendeten Entsendezulage, welche zum Lohn hinzuzurechnen sei, ist auszuführen, dass bereits aus der vom Beschwerdeführer beigebrachten Verordnung zum Arbeitsgesetzbuch der Tschechei zu entnehmen ist, dass diese Auslandszulage für die ausländische Verpflegung dient. Darüber hinaus errechnet sich aus den vom Beschwerdeführer vorgelegten Unterlagen für Februar 2016 hinsichtlich dieser von ihm angesprochenen Zulage ein Tagessatz zwischen 18,35 und 20,5 Euro pro Tag. Dies entspricht im Durchschnitt auch jenem Betrag, den die Arbeitnehmer beim Ausfüllen des Personenblattes angeben, nämlich Diäten von 540 Kč pro Tag; dies entspricht 19,96 Euro pro Tag.
Nach dem Entgeltbegriff des § 7i Abs. 5 1. Satz AVRAG sind aber für die Berechnung des zustehenden Entgeltes die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile ausgenommen. Dazu gehören insbesondere Auslagenersatz für durch dienstliche Verrichtungen veranlasste Aufwendungen des Dienstnehmers, wie insbesondere Fahrkostenvergütungen einschl. der Vergütungen für Wochenendheimfahrten, Tages- und Nächtigungsgelder, soweit sie nach § 26 des Einkommenssteuergesetzes 1988, BGBl.Nr. 400, nicht der Einkommenssteuer(Lohnsteuer)pflicht unterliegen. Unter Tages- und Nächtigungsgelder fallen auch Vergütungen für den bei Arbeiten außerhalb des Betriebes oder mangels zumutbarer täglicher Rückkehrmöglichkeit an den ständigen Wohnort (Familienwohnsitz) verbundenen Mehraufwand, wie Bauzulage, Trennungsgelder, Übernachtungsgelder, Zehrgelder, Entfernungszulagen, Aufwandentschädigungen sowie Tages- und Nächtigungsgelder nach § 3 Abs. 1 Z. 16b des Einkommenssteuergesetzes 1988. Dieser steuerfreie Betrag liegt zurzeit bei 26,40 Euro. Dieser Betrag entspricht auch der Auslöse gemäß § 8 Z. 4 des anzuwendenden Kollektivvertrags für Stukkateure und Gipser 5/2017. Die Auslöse steht je Kalendertag zu, wenn der Arbeitnehmer nicht täglich zurückkehren kann und nur wenn Verpflegung nicht beigestellt wird (*vgl. dazu RDB, Mosler/Müller/Pfeil, der SV-Kommentar, § 49 ASVG, Rz 78 ff.*). Es waren daher die „Diäten“ bzw. die „Entsendezulage“ gemäß § 7i Abs. 5 Satz 1 AVRAG iVm § 49 Abs. 3 ASVG nicht zu berücksichtigen (*vgl. Christoph Wiesinger in RdW 2015, 373, Heft 6 vom 16.6.2015, sowie Rolf Gleißner in RDB, ZAS 2015/4, Heft 1/2015, Seite 19 ff, sowie Erwin Rath in RDB, ASoK 2016, 42, Heft 2/2016, S. 47 ff*).

5.3.3. Wenn hingegen der Beschwerdeführer Sonderzahlungen (Urlaubsgeld) nachträglich in Anrechnung bringen will, so ist ihm § 7b Abs. 1 letzter Satz AVRAG entgegenzuhalten, wonach nach Gesetz, Kollektivvertrag oder Verordnung vorgesehene Sonderzahlungen aliquot für die jeweilige Lohnzahlungsperiode zusätzlich zum laufenden Entgelt (Fälligkeit) zu leisten sind. Die für Februar 2016

vorgelegten Lohnzettel und Auszahlungsnachweise weisen keine aliquoten Sonderzahlungen auf. Auf die monatliche Fälligkeit ist besonders hinzuweisen (vgl. Erläuterungen der RV Nr. 692 der Beilagen XXV. GP zu § 7i Abs. 5 vierter Satz AVRAG). Urlaubsentgelt ist als Entgeltfortzahlung während der Inanspruchnahme des Urlaubs laufendes Entgelt und daher dem Urlaubszeitraum zuzuordnen. Daher ist weder eine Verteilung des Urlaubsentgeltes auf zwölf Monate zulässig, noch eine Zuweisung zum jeweiligen Dezember eines Jahres (vgl. RDB, Müller in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm, § 49 ASVG, RZ 42/1 mwN). Die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Zahlungen waren daher nicht nachträglich zu berücksichtigen. Auch sind für Februar 2016 keine Auszahlungen von BUAK-Geld nachgewiesen. Dazu ist auszuführen, dass dem Arbeitnehmer gemäß § 8 BUAG (im Entsendebereich iVm § 33f BUAG) bei Antritt des Urlaubs ein Urlaubsentgelt, das sich zu 50 % aus dem Urlaubsgeld und zu 50 % aus dem Urlaubszuschuss zusammensetzt, gebührt. Es ist sohin die Sonderzahlung durch den Urlaubszuschuss abgedeckt (vgl. Erl.Bem. der RV Nr. 319 der Beilagen XXV. GP zu § 7i AVRAG). In den Arbeitszeitaufzeichnungen und in den Lohnzetteln von Februar 2016 scheinen keine Urlaubstage auf. Sonstige Sonderzahlungen und Überzahlungen scheinen im Dienstvertrag der Arbeitnehmer nicht auf.

5.4. 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, wobei zur Strafbarkeit bereits Fahrlässigkeit ausreicht und Fahrlässigkeit im Sinne der zitierten Bestimmungen ohne weiteres anzunehmen ist, sofern vom Berufungswerber kein Entlastungsnachweis erbracht wird.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bw 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 aus.

Eine solche Glaubhaftmachung ist dem Beschwerdeführer nicht gelungen. Insbesondere ist ihm als Gewerbetreibenden zuzumuten, dass er die Bestimmungen hinsichtlich der Ausübung seines Gewerbes kennt oder sich zumindest eine entsprechende Kenntnis vor Gewerbeausübung bei den zuständigen Stellen, insbesondere bei der Bezirkshauptmannschaft verschafft. Insbesondere bei einer grenzüberschreitenden Tätigkeit wäre es dem Beschwerdeführer zuzumuten, dass er sich bei den Behörden über die

entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen erkundigt. Solches Vorgehen wurde vom Beschwerdeführer nicht vorgebracht und unter Beweis gestellt. Es ist ihm daher die Sorgfaltswidrigkeit und Sorgfaltsverletzung als zumindest fahrlässige Tatbegehung im Rahmen des Verschuldens anzulasten. Es ist daher auch die subjektive Tatseite gegeben.

5.5. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG idF BGBl. I Nr. 33/2013, in Geltung ab 1. Juli 2013, sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind 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 Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des StGB sinngemäß anzuwenden.
Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten 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 soweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

Im Hinblick auf 4 angetroffene Arbeitnehmer und deren Unterentlohnung ist der erhöhte Strafrahmen von 2.000 Euro bis 20.000 Euro je Arbeitnehmer heranzuziehen. Im Rahmen des Unrechtsgehaltes der Tat war auch zu berücksichtigen, dass die Unterentlohnung nicht geringfügig war, sondern 11,69 % betrug. Es war daher jedenfalls die Voraussetzung für das Absehen von der Strafe nicht gegeben. Die Anwendung des § 45 Abs. 1 Z. 4 VStG ist gemäß § 7i Abs. 6 vorletzter Satz AVRAG ausdrücklich ausgenommen. Hingegen war zu berücksichtigen, dass zwar die Differenz vom Kollektivvertrag 2014 zum tatsächlich anzuwendenden Kollektivvertrag 2015 bei Einstufung als Hilfsarbeiter umgehend bezahlt wurde, dass aber eine Entlohnung entsprechend der erforderlichen Einstufung als angelernter Arbeiter nicht berücksichtigt und nachgezahlt wurde. Es liegen daher auch nicht die Voraussetzungen für ein Absehen von der Strafe nach § 7i Abs. 6 erster Satz AVRAG vor. Die tatsächlich verhängte Geldstrafe je Arbeiternehmer und daher je Delikt entspricht der gesetzlich vorgesehenen Mindeststrafe. Diese ist auch tat- und schuldangemessen und auch den persönlichen Verhältnissen des Beschwerdeführers unter Zugrundelegung von durchschnittlichen Einkommensverhältnissen angemessen.

Es konnten daher die verhängten Geldstrafen und Ersatzfreiheitsstrafen bestätigt werden.
Ein erhebliches Überwiegen der Milderungsgründe war nicht festzustellen, sodass eine außerordentliche Milderung nach § 20 VStG nicht in Betracht zu ziehen war.

5.6. Die Ergänzung des Spruches ist in den gesetzlichen Bestimmungen begründet; weiters waren offensichtliche Versehen im Spruch zu berichtigen.

5.7. Weil die Beschwerde keinen Erfolg hatte, war ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren in der Höhe von 1.600 Euro gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG zu bestimmen.

6. 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. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Im Übrigen handelt es sich um eine Einzelfallentscheidung, die sich auf den im Beweisverfahren festgestellten Sachverhalt stützt. Im Übrigen wird auch nicht von der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes und des Europäischen Gerichtshofes abgewichen.

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

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

2. Gemäß § 7n Abs. 2 AVRAG wird darauf hingewiesen, dass mit der rechtskräftigen Bestrafung die Eintragung des Beschuldigten und jenes Unternehmens, dem die Bestrafung zuzurechnen ist, in die Evidenz beim Kompetenzzentrum LSDB verbunden ist.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt