OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-301865/5/Py/PP

Datum:
Linz, 13. Dezember 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde des A.B., vertreten durch Rechtsanwälte W., X, S., gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 12. Jänner 2018, GZ: Ge-1276/15, betreffend Verwaltungsübertretungen nach dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 2. Mai 2018

zu Recht:

I. Der auf die Strafhöhe eingeschränkten Beschwerde zu Spruchpunkt C) 1. bis 3. wird insofern Folge gegeben, als eine Gesamtstrafe in Höhe von 2.000 Euro und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 67 Stunden verhängt wird. Hinsichtlich der übrigen Spruchpunkte wird der Beschwerde Folge gegeben, das Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Der Kostenbeitrag des Beschwerdeführers zum Verfahren vor der belangten Behörde verringert sich auf 200 Euro. Zum Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht ist kein Kostenbeitrag 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

I.1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 12. Jänner 2018, GZ: Ge-1276/15, wurden über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 7i Abs. 5 iVm § 7e Abs. 3 Arbeits-vertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) zu Spruchpunkt A) vier Geldstrafen in Höhe von je 2.000 Euro, zu Spruchpunkt B) eine Geldstrafe in Höhe von 1.000 Euro, zu Spruchpunkt C) drei Geldstrafen in Höhe von je 1.000 Euro und zu Spruchpunkt D) vier Geldstrafen in Höhe von je 2.000 Euro verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 2.000 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegen folgende Tatvorwürfe zugrunde:
„Sie haben es als Direktor und somit als zur Vertretung nach außen befugtes Organ der Firma I., in X, P. (Slowenien) als grenzüberschreitender Überlasserin, verwaltungsstrafrechtlich zu vertreten, dass
A)
1.
der Arbeitnehmer ggst. Firma Hr. T.G. (geb. am x) im Februar 2015 von oa. Firma auf der Baustelle in S., X, mit Elektroinstallationsarbeiten beschäftigt wurde und diesem hiefür ein Bruttomonatslohn in Höhe von € 790,40 gewährt wurde. Dem steht ein Anspruchslohn in Höhe von € 1.861,86 gegenüber. Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung in Höhe von € 1.071,46. Da der Arbeitgeber an die beschäftigten Arbeitnehmer zumindest den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zu leisten hat, stellt obiger Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.
2.
der Arbeitnehmer ggst. Firma Hr. T.G. (geb. am x) im März 2015 von oa. Firma auf der Baustelle in S., X, mit Elektroinstallationsarbeiten beschäftigt wurde und diesem hiefür ein Bruttomonatslohn in Höhe von € 790,40 gewährt wurde. Dem steht ein Anspruchslohn in Höhe von € 2.048,05 gegenüber. Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung in Höhe von € 1.257,81. Da der Arbeitgeber an die beschäftigten Arbeitnehmer zumindest den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zu leisten hat, stellt obiger Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.
3.
der Arbeitnehmer ggst. Firma Hr. T.G. (geb. am x) im April 2015 von oa. Firma auf der Baustelle in S., X, mit Elektroinstallationsarbeiten beschäftigt wurde und diesem hiefür ein Bruttomonatslohn in Höhe von € 790,40 gewährt wurde. Dem steht ein Anspruchslohn in Höhe von € 2.048,05 gegenüber. Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung in Höhe von € 1.257,81. Da der Arbeitgeber an die beschäftigten Arbeitnehmer zumindest den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zu leisten hat, stellt obiger Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.
4.
der Arbeitnehmer ggst. Firma Hr. T.G. (geb. am x) im Mai 2015 von oa. Firma auf der Baustelle in S., X, mit Elektroinstallationsarbeiten beschäftigt wurde und diesem hiefür ein Bruttomonatslohn in Höhe von zumindest € 434,72 zustand. Dem steht ein Anspruchslohn

in Höhe von € 1.024,02 gegenüber. Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung in Höhe von € 589,30. Da der Arbeitgeber an die beschäftigten Arbeitnehmer zumindest den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zu leisten hat, stellt obiger Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.

B)

der Arbeitnehmer ggst. Firma Hr. A.K. (geb. am x) im Mai 2015 von oa. Firma auf der Baustelle in S., X, mit Elektroinstallationsarbeiten beschäftigt wurde und diesem hiefür ein Bruttomonatslohn in Höhe von zumindest € 434,72 zustand. Dem steht ein Anspruchslohn in Höhe von € 1.024,02 gegenüber. Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung in Höhe von € 589,30. Da der Arbeitgeber an die beschäftigten Arbeitnehmer zumindest den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zu leisten hat, stellt obiger Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.

C)

1.

der Arbeitnehmer ggst. Firma Hr. I.M. (geb. am x) im März 2015 von oa. Firma auf der Baustelle in S., X, mit Elektroinstallationsarbeiten beschäftigt wurde und diesem hiefür ein Bruttomonatslohn in Höhe von € 790,40 gewährt wurde. Dem steht ein Anspruchslohn in Höhe von € 2.048,05 gegenüber. Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung in Höhe von € 1.257,81. Da der Arbeitgeber an die beschäftigten Arbeitnehmer zumindest den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zu leisten hat, stellt obiger Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.

2.

der Arbeitnehmer ggst. Firma Hr. I.M. (geb. am x) im April 2015 von oa. Firma auf der Baustelle in S., X, mit Elektroinstallationsarbeiten beschäftigt wurde und diesem hiefür ein Bruttomonatslohn in Höhe von € 790,40 gewährt wurde. Dem steht ein Anspruchslohn in Höhe von € 2.048,05 gegenüber. Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung in Höhe von € 1.257,81. Da der Arbeitgeber an die beschäftigten Arbeitnehmer zumindest den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zu leisten hat, stellt obiger Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.

3.

der Arbeitnehmer ggst. Firma Hr. I.M. (geb. am x) im Mai 2015 von oa. Firma auf der Baustelle in S., X, mit Elektroinstallationsarbeiten beschäftigt wurde und diesem hiefür ein Bruttomonatslohn in Höhe von zumindest € 395,12 zustand. Dem steht ein Anspruchslohn in Höhe von € 1.024,02 gegenüber. Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung in Höhe von € 628,90. Da der Arbeitgeber an die beschäftigten Arbeitnehmer zumindest den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zu leisten hat, stellt obiger Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.

D)

1.

der Arbeitnehmer ggst. Firma Hr. D.V. (geb. am x) im Februar 2015 von oa. Firma auf der Baustelle in S., X, mit Elektroinstallationsarbeiten beschäftigt wurde und diesem hiefur ein Bruttomonatslohn in Höhe von € 790,40 gewährt wurde. Dem steht ein Anspruchslohn in Höhe von € 1.861,86 gegenüber. Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung in Höhe von € 1.071,46. Da der Arbeitgeber an die beschäftigten Arbeitnehmer zumindest den nach

Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zu leisten hat, stellt obiger Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.
2.
der Arbeitnehmer ggst. Firma Hr. D.V. (geb. am x) im März 2015 von oa. Firma auf der Baustelle in S., X, mit Elektroinstallationsarbeiten beschäftigt wurde und diesem hiefür ein Bruttomonatslohn in Höhe von € 790,40 gewährt wurde. Dem steht ein Anspruchslohn in Höhe von € 2.048,05 gegenüber. Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung in Höhe von € 1.257,81. Da der Arbeitgeber an die beschäftigten Arbeitnehmer zumindest den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zu leisten hat, stellt obiger Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.
3.
der Arbeitnehmer ggst. Firma Hr. D.V. (geb. am x) im März 2015 von oa. Firma auf der Baustelle in S., X, mit Elektroinstallationsarbeiten beschäftigt wurde und diesem hiefür ein Bruttomonatslohn in Höhe von € 790,40 gewährt wurde. Dem steht ein Anspruchslohn in Höhe von € 2.048,05 gegenüber. Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung in Höhe von € 1.257,81. Da der Arbeitgeber an die beschäftigten Arbeitnehmer zumindest den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zu leisten hat, stellt obiger Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.
4.
der Arbeitnehmer ggst. Firma Hr. D.V. (geb. am x) im März 2015 von oa. Firma auf der Baustelle in S., X, mit Elektroinstallationsarbeiten beschäftigt wurde und diesem hiefür ein Bruttomonatslohn in Höhe von zumindest € 434,72 zustand. Dem steht ein Anspruchslohn in Höhe von € 1.024,02 gegenüber. Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung in Höhe von € 589,30. Da der Arbeitgeber an die beschäftigten Arbeitnehmer zumindest den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zu leisten hat, stellt obiger Tatbestand eine Übertretung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes dar.“

In der Begründung führt die belangte Behörde unter Wiedergabe des Verfahrensganges und der Rechtsgrundlagen aus, dass von Organen der Finanzpolizei Team 43 die gegenständlichen Tatbestände erhoben und an die Wiener Gebietskrankenkasse weitergeleitet wurden, welche Anzeige erstattet hat. Die Übertretungen waren aufgrund dieser Anzeige und des durchgeführten Ermittlungsverfahrens als erwiesen anzusehen.

Zur verhängten Strafhöhe wird ausgeführt, dass als strafmildernd die zum Tatzeitpunkt vorliegende völlige verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Beschuldigten gewertet wurde. Weitere mildernde oder erschwerende Umstände wurden nicht bekannt und ging die Behörde – mangels Bekanntgabe durch den Beschuldigten – von einem monatlichen Nettoeinkommen in Höhe von 3.000 Euro sowie keinen Sorgepflichten aus.

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig vom Bf im Wege seiner rechtsfreundlichen Vertretung eingebrachte Beschwerde in der zusammengefasst

vorgebracht wird, dass der gegenständliche Tatvorwurf nicht zutreffe. Tatsächlich lag eine Entsendung von Arbeitnehmern vor um den zwischen I.M. und der B. GmbH & Co KG geschlossenen Werkvertrag zu erfüllen. Diesbezüglich wird auf die Bezug nehmenden Entscheidungen des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich verwiesen.

Der Vorwurf der Behörde liegt in der behaupteten Unterentlohnung der nach Österreich entsandten Mitarbeiter, wobei von Seiten der Behörde keine entsprechende Begründung in das Straferkenntnis aufgenommen wurde. Entgegen der Auffassung der Behörde wurde den entsandten Mitarbeitern für die Dauer ihrer Tätigkeit in Österreich ein höheres (Netto-)Entgelt ausbezahlt als vergleichbaren Arbeitnehmern in Österreich aufgrund kollektivvertraglicher Vorschriften zustand. Die angenommene Unterentlohnung ist daher rechtlich verfehlt.

Die Behörde hat nicht berücksichtigt, dass jeden Mitarbeiter, welcher im EU-Ausland zur Verrichtung von Arbeiten entsandt wurde, eine Entsende- bzw. Gehaltszulage in Höhe von 44 Euro pro Tag bezahlt wurde. Dies erfolgte als Ausgleich zu dem in Slowenien herrschenden niedrigen Lohnniveau. Neben dem Entgelt wurden den Mitarbeitern auch verschiedene sonstige Barauslagen wie Internet- bzw. Telefonkarten oder Werkzeug bezahlt und diese Kosten den Arbeitnehmern im Rahmen eines Barauslagenersatzes ersetzt. Die Gehaltszulage und die sonstigen Barauslagen wurden im Lohnzettel jeweils pauschal als „Spesen“ deklariert. Den Arbeitnehmern sind auch keine Kosten für Logis und Unterkunft bzw. Transport von Slowenien nach Österreich entstanden sondern wurden diese direkt von der I.M. mit dem Leistungserbringer abgerechnet. Hinsichtlich der angeführten Gehaltszulage wird auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes zu Ro 2015/11/0015 verwiesen, welche wiederum auf das Urteil des EuGH zu C-396/13 Bezug nimmt. Eine unrichtige Bezeichnung als „Spesen“ ist unschädlich und ist der Entscheidung des EuGH folgend auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt abzustellen. Diesbezüglich wird angemerkt, dass auch das österreichische Steuerrecht nicht auf die Bezeichnung sondern auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt abstellt. Dies zeigt sich darin, dass an Arbeitnehmer geleistete „Schichtzulagen“ entgegen der Bezeichnung nicht als Aufwandersatz, sondern als Entgelt steuer- bzw. abgabenrechtlich behandelt wird.

Stelle man auf die – in der Beschwerde näher bezifferten – an die Mitarbeiter in den vorgeworfenen Zeiträumen ausbezahlten Nettoentgelte ab, so würden diese erheblich über den Entgelten vergleichbarer Arbeitnehmer in Österreich liegen.

Selbst wenn das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich wider Erwarten von einer Unterentlohnung der entsandten Mitarbeiter ausgehen sollte, ist die Verhängung einer Gesamtstrafe von 20.000 Euro keinesfalls gerechtfertigt. Diesbezüglich wird auf die maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen verwiesen,

wonach bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, eine einzige Verwaltungsübertretung vorliegt.

Ergänzend wird vorgebracht, dass beim Mitarbeiter D.V. ergänzend eingewandt wird, dass im Straferkenntnis die Unterentlohnung im März 2015 insgesamt drei Mal vorgeworfen und mit Geldstrafe von jeweils 2.000 Euro bedacht wurde. Dies widerspricht dem Doppelbestrafungsverbot und verstößt sohin gegen tragende Grundsätze des (Verwaltungs-)Strafrechts.

Zu den Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen wird vorgebracht, dass der Bf sorgepflichtig für zwei Kinder ist und ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen in Höhe von 1.800 Euro bezieht.

3. Mit Schreiben vom 13. März 2018 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses ist gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht und Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 2. Mai 2018. An dieser haben der Bf mit seinem Rechtsvertreter sowie ein Vertreter der Wiener Gebietskrankenkasse als am Verfahren beteiligte Organpartei teilgenommen. Auf die Einvernahme der Zeugin H.G. wurde einvernehmlich verzichtet.

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

Im Zuge von Kfz-Anhaltungen in S. durch Organe der Finanzpolizei Team 43 am 15. Mai 2015 wurde festgestellt, dass die vier Arbeitnehmer
- T.G., geb. x, slowenischer Staatsbürger
- A.K., geb. x, slowenischer Staatsbürger
- I.M., geb. x, kroatischer Staatsbürger
- D.V., geb. x, slowenischer Staatsbürger

des Arbeitgebers I. mit Sitz in P., X, Slowenien (in der Folge: Firma I.M.), im Objekt der Firma B., Gebäude x der B. GmbH & Co KG (Niederlassung Österreich) in S., X, Elektroinstallationsarbeiten durchführen. Die Arbeiter wurden im Rahmen eines mit der Firma B. GmbH & Co KG abgeschlossenen Werkvertrages von der Firma I.M. entsandt.

Im Beweisverfahren konnte lediglich hinsichtlich des Arbeitnehmers I.M. zweifelsfrei festgestellt werden, dass eine Unterentlohnung nach den Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes vorliegt. Hinsichtlich der übrigen Arbeiter konnten weder konkrete Feststellungen betreffend ihr berufliche

Qualifikation noch betreffend der von ihnen auf der gegenständlichen Baustelle tatsächlich durchgeführten Tätigkeiten getroffen werden.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 2. Mai 2018. In dieser hat der Bf – durchaus glaubwürdig vorgebracht – dass lediglich Herr I.M. auf der Baustelle als Facharbeiter tätig gewesen ist und es sich im Übrigen um Elektrohilfsarbeiten gehandelt hat. Die diesbezüglich entgegengesetzten Angaben der Arbeiter in den mit ihnen aufgenommenen Personenblättern könnten dem Umstand geschuldet sein, dass sich diese beim Ausfüllen an den Angaben des Herrn M. orientierten. Da die verfahrensgegenständliche Anzeige jedoch nicht auf einer Baustellenkontrolle sondern einer Straßenkontrolle des Baufahrzeuges fußt, sind von den kontrollierenden Beamten auch keine Angaben zu den tatsächlichen Tätigkeiten, die von den zur Anzeige gebrachten Arbeitern auf der Baustelle verrichtet wurden, möglich. Zudem blieben sowohl die Ausbildung als auch die beruflichen Vorkenntnisse und Erfahrungen der Arbeiter – ausgenommen I.M. – strittig. Es war dem Landesverwaltungsgericht daher nicht möglich, zweifelsfreie Feststellungen hinsichtlich der auf die übrigen Arbeiter anzuwendenden Einstufungskriterien bezüglich des ihnen gebührenden Entgelts zu treffen.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. Gemäß § 7i Abs. 5 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (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 einen/e Arbeitnehmer/in beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihn/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. 7 AVRAG beträgt die Frist für die Verfolgungsverjährung (§ 31 Abs. 1 VStG) drei Jahre ab der Fälligkeit des Entgelts. Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, beginnt die Frist für die Verfolgungsverjährung im Sinne des ersten Satzes ab der Fälligkeit des Entgelts für den letzten Lohnzahlungszeitraum der Unterentlohnung. Die Frist für die Strafbarkeitsverjährung (§ 31 Abs. 2 VStG) beträgt in diesen Fällen fünf Jahre. Hinsichtlich von Sonderzahlungen beginnen die Fristen nach den beiden ersten Sätzen ab dem Ende des jeweiligen Kalenderjahres (Abs. 5 dritter Satz) zu laufen.

Gemäß § 7b Abs. 1 AVRAG 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);
2. bezahlten Urlaub nach § 2 Urlaubsgesetz, sofern das Urlaubsausmaß nach den Rechtsvorschriften des Heimatstaates geringer ist; nach Beendigung der Entsendung behält dieser/diese Arbeitnehmer/in den der Dauer der Entsendung entsprechenden aliquoten Teil der Differenz zwischen dem nach österreichischem Recht höheren Urlaubsanspruch und dem Urlaubsanspruch, der ihm/ihr nach den Rechtsvorschriften des Heimatstaates zusteht; ausgenommen von dieser Urlaubsregelung sind Arbeitnehmer/innen, für die die Urlaubsregelung des BUAG gilt;
3. die Einhaltung der kollektivvertraglich festgelegten Arbeitszeitregelungen;
4. die Bereithaltung der Aufzeichnung im Sinne der Richtlinie des Rates über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen (91/533/EWG) in Österreich durch den Arbeitgeber oder den mit der Ausübung des Weisungsrechts des Arbeitgebers gegenüber den entsandten Arbeitnehmern Beauftragten.

5.2. Primäres Ziel der § 7b ff AVRAG 1993 ist die Sicherstellung einer Mindestentlohnung der nach Österreich entsendeten Arbeitnehmer, wie sie in § 7b Abs. 1 AVRAG 1993 umschrieben ist (vgl. z.B. VwGH 30.06.2016, Ra 2016/11/0007). § 7i Abs. 5 AVRAG 1993 enthält die für einen Verstoß gegen die Mindestentlohnungsverpflichtung vorgesehene Strafdrohung. Die Beurteilung, wie ein bestimmter Arbeitnehmer nach dem Kollektivvertrag bzw. den gehaltsrechtlichen Vorschriften einzuordnen ist, ist regelmäßig nach den Umständen des Einzelfalls vorzunehmen (vgl. VwGH 30.07.2018, Ra 2018/11/0140). Für das gegenständliche Verfahren bedeutet dies, dass hinsichtlich der im Spruch der Behörde

angeführten Arbeitnehmer – ausgenommen dem unter Spruchpunkt C) angeführten Arbeitnehmer I.M., hinsichtlich dessen Unterentlohnung vom Bf ein Verschulden eingestanden wurde – zu prüfen ist, welche Entgeltansprüche ihnen bei Arbeitsleistungen für einen österreichischen Arbeitgeber jedenfalls zugestanden wären. In diesem Zusammenhang war es dem Landesverwaltungsgericht jedoch nicht möglich, dazu zweifelsfreie Feststellungen zu treffen, zumal sie nicht bei Tätigkeiten beobachtet wurden und die Angaben der Arbeiter in den mit ihnen aufgenommenen Personenblättern in Bezug auf die damit verbundene Einstufung bzw. Ausbildung und tatsächliche Verwendung auf der Baustelle vom Bf bestritten wurde.

Im Hinblick auf die Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK, wonach bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld vermutet wird, dass der wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte unschuldig ist, war daher mangels ausreichender Beweise für einen Schuldspruch des Bf hinsichtlich der im Straferkenntnis zu A) B) und D) angeführten Arbeiter das Straferkenntnis zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

5.3. Hinsichtlich Spruchpunkt C) wurde – wie bereits ausgeführt – das Vorliegen einer Unterentlohnung vom Bf nicht bestritten. Jedoch wurden von der Behörde – obwohl ein durchgehender Lohnzeitraum betroffen war – Einzelübertretungen hinsichtlich jedes Monats unter Strafe gestellt. Diesbezüglich war jedoch eine Gesamtstrafe zu verhängen (vgl. § 7i Abs. 5 2. Satz AVRAG). Im Hinblick auf den Umstand, dass die vorgeworfene Unterentlohnung nicht nur von kurzer Dauer war, ist die Verhängung einer über der gesetzlichen Mindeststrafe (beim Vorliegen einer Unterentlohnung von unter drei Arbeitnehmern) liegenden Strafhöhe angemessen und gerechtfertigt. Nach Ansicht des Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist mit der über den Bf verhängten Strafhöhe nunmehr eine ausreichende Sanktion gesetzt, um ihm die Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens eindringlich vor Augen zu führen und ihn künftig zu einem gesetzeskonformen Verhalten anzuleiten.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

II. Bei diesem Verfahrensergebnis entfällt gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG die Verpflichtung zur Leistung eines Verfahrenskostenbeitrags zum Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde war gemäß § 64 VStG, der gemäß § 38 VwGVG auch im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Anwendung findet, neu festzusetzen.

III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s e

1. Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder

einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Panny