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-301860/6/Py/PP

Datum:
Linz, 26. März 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde des F A P M, vertreten durch Rechtsanwalt MMag. H B, x, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 23. Jänner 2018, GZ: SanRB96-239-2017, betreffend Verwaltungsübertretungen nach dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 7. März 2019

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 500 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 17 Stunden herabgesetzt werden. Im Übrigen wird der Beschwerde keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Kostenbeitrag zum Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht zu leisten. Der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde wird auf 50 Euro herabgesetzt.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. 1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 23. Jänner 2018, GZ: SanRB96-239-2017, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 7e Abs. 3 iVm § 7i Abs. 5 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), BGBl. Nr. 459/1993 idF BGBl. I Nr. 94/2014 eine Geldstrafe in Höhe von 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe in Höhe von 100 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 100 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Sie haben als Geschäftsführer und somit zur Vertretung nach außen Berufener der 'S L' mit Sitz in P, R T de S E x, x, gemäß § 9 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass diese Firma den Arbeitnehmer C M A, geb. x, im Zeitraum vom 1. März 2016 bis 4. März 2016 als Schalungsarbeiter zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt hat, ohne den gesetzlich festgelegten Grundlohn auszubezahlen.

Die gesetzliche Einstufung dafür wäre:
Kollektivvertrag für Arbeiter im Baugewerbe, Gehaltsgruppe ‚Angelernte Bauarbeiter c)', Einstufung ab 1.05.2016: Bruttostundenlohn von Euro 12,84.

Anstelle des zustehenden Entgelts für Schalungsarbeiter von Euro 423,72 (Euro 33 x 12,84) im Zeitraum von 1. März 2016 bis 4. März 2016 wurde Herrn C M A lediglich ein Bruttoentgelt von Euro 310,80 ausbezahlt.

Dies ergibt eine Unterentlohnung für den genannten Zeitraum von Euro 112,92 (26,65 %).

Der Sachverhalt wurde durch die Wiener Gebietskrankenkasse als Kompetenzzentrum LSDB ermittelt, es liegt somit eine Unterentlohnung gemäß § 7i Abs. 5 AVRAG vor."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

In der Begründung führt die belangte Behörde unter Wiedergabe des Verfahrensganges und der Rechtsgrundlagen zusammengefasst aus, dass Herrn C M A anstelle des zustehenden Entgelts für Schalungsarbeiter von 423,72 Euro (33 x € 12,84) im Zeitraum vom 1. März 2016 bis 4. März 2016 lediglich ein Bruttoentgelt von 310,80 Euro ausbezahlt wurde. Dies ergibt eine Unterentlohnung von 112,92 Euro (26,65 %).

Zur verhängten Strafhöhe wird ausgeführt, dass die Behörde mangels Angaben durch den Beschuldigten von monatlichen Nettoeinkünften von 1.500 Euro und keinen Sorgepflichten ausgeht und die verhängte Geldstrafe im unteren Bereich des gesetzlich vorgesehenen Strafrahmens liegt und im Sinn der Spezialprävention

geboten ist, um den Beschuldigten in Zukunft von Übertretungen gleicher Art abzuhalten.

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig vom Bf im Wege seiner rechtsfreundlichen Vertretung eingebrachte Beschwerde in der zusammengefasst vorgebracht wird, dass der Arbeiter C M A tatsächlich nicht als Schalungsarbeiter eingesetzt war, sondern als Hilfsarbeiter. Seine Aufgabe bestand darin, den tatsächlichen Schalungsarbeitern zuzuarbeiten, gewisse Dinge auf die Baustelle zu bringen und wieder abzutransportieren, klassische Schalungsarbeiten im engeren Sinn wurden von ihm nicht verrichtet.

Zudem wird vorgebracht, dass die festgesetzte Strafe eine unbillige Härte darstellt und die Strafe auf jeden Fall herabzusetzen ist.

3. Mit Schreiben vom 9. März 2018 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsakt 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 und Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 7. März 2019. An dieser hat ein Vertreter der Wiener Gebietskrankenkasse als am Verfahren beteiligte Organpartei sowie ein an der gegenständlichen Kontrolle beteiligtes Organ der Finanzpolizei teilgenommen. Die belangte Behörde entschuldigte sich für die Verhandlung, der Bf sowie sein Rechtsvertreter sind zur Verhandlung trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht erschienen.

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

Der Bf ist nach außen vertretungsbefugtes Organ der Firma S L mit Sitz in P, R T de S E x, x.

Am 1. April 2016 führten Organe der Finanzpolizei L auf der Baustelle „B B T“ in x, x, eine Kontrolle durch, im Zuge derer die Entsendemeldungen an die Zentrale Koordinationsstelle des BMF für die Kontrolle illegaler Beschäftigung (ZKO3-Meldungen) der S L, die von der „A B T“ auf der Baustelle mit Schalungs- und Betonierarbeiten beauftragt war, überprüft wurden. Dabei stellte sich heraus, dass der Arbeiter der S L C M A, geb. x, im Zeitraum von 1. März 2016 bis 4. März 2016 Beton- und Schalungsarbeiten im Ausmaß von insgesamt 33 Stunden durchgeführt hat.

Dieser erhielt ein Bruttoentgelt in Höhe von 310,80 Euro. Dem steht ein Anspruchslohn für Schalungsarbeiter in Höhe von 423,72 Euro (33 x € 12,84) gegenüber, woraus sich eine Unterentlohnung in Höhe von 112,92 Euro (26,65 %) ergibt.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 7. März 2019.

Zunächst ist auszuführen, dass in der Vereinbarung zwischen der Arbeitsgemeinschaft B T und der S L die Ausführung von Schalungs- und Betonierarbeiten durch das vom Bf vertretene Unternehmen vereinbart wurde (sh. Auftragsschreiben vom 22.2.2016). Auch in der Entsendemeldung der S L vom 26. Februar 2016 wurde als Verwendung des Arbeitsnehmers C M A die Tätigkeit als „Schaler“ angeführt. Ebenso wurde in dem zwischen ihm und der S L abgeschlossenen Arbeitsvertrag die Funktion eines Einschalers als Arbeitstätigkeit festgehalten. Auch die von der Firma S L vorgelegten Gehaltsabrechnungen weisen auf die Tätigkeit als Schalungszimmermann hin. Weiters gab der Polier der A B T bei der Kontrolle gegenüber der Finanzpolizei an, dass die Arbeiter der S L auf der Baustelle eigenständig Beton- und Schalungsarbeiten durchgeführt hätten. Das Landesverwaltungsgericht gelangt daher zur Überzeugung, dass der verfahrensgegenständliche Arbeiter auf der Baustelle als Schalungsarbeiter tätig wurde.

Für die Berechnung des zustehenden Grundlohnes ist daher der Kollektivvertrag für Arbeiten im Baugewerbe maßgeblich. Laut diesem Kollektivvertrag sind Schalungsarbeiten der Gehaltsgruppe „Angelernte Bauarbeiter c)“ einzustufen, für welche ab 1. Mai 2015 ein Bruttostundenlohn in Höhe von 12,84 Euro vorgesehen ist.

Die geleisteten Arbeitsstunden sind den vorgelegten und im Akt einliegenden Stundenaufzeichnungen zu entnehmen.

Aus der vorgelegten Gehaltsabrechnung ergibt sich, dass der Arbeitnehmer ein Bruttoentgelt in Höhe von 310,80 Euro erhalten hat. Im Hinblick auf die geleisteten Arbeitsstunden laut Arbeitszeitaufzeichnung vom März 2016 von 33 Stunden bedeutet dies, dass er einen Lohnanspruch in Höhe von 423,72 Euro hatte woraus sich eine Unterentlohnung in Höhe von 112,92 Euro (26,65 %) ergibt.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. Gemäß § 7i Abs. 5 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), BGBl. Nr. 459/1993 in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl. I Nr. 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 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 die in § 7g Abs. 1 Z 1 und 2 genannten 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.

5.2. Zunächst ist festzuhalten, dass sowohl der bei der Kontrolle befragte zuständige Polier für die gegenständliche Baustelle als auch alle (Lohn)Unterlagen, die sich auf die Tätigkeit des Arbeitnehmers C M A beziehen, diesen als Schalungsarbeiter ausweisen. Dem Beschwerdevorbringen, der Arbeiter habe lediglich Hilfstätigkeiten verrichtet, kann daher im Hinblick auf die Unterlagen, die das vom Bf geführte Unternehmen bezüglich des Arbeitnehmers selbst vorlegt hat, kein Glauben geschenkt werden, da sowohl aus der gegenständlichen Entsendemeldung als auch aus dem vorgelegten Arbeitsvertrag sowie aus der Lohnabrechnung des Arbeiters eine Tätigkeit als Schalungsarbeiter hervorgeht.

Im Übrigen ist auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen, wonach der Grundsatz, dass sich die Einstufung in eine bestimmte Verwendungsgruppe eines Kollektivvertrages nach den tatsächlich geleisteten Diensten richtet, nicht gilt, wenn der Kollektivvertrag (zumindest auch) formale Voraussetzungen für die Einstufung ausdrücklich festlegt (vgl. VwGH 09.11.2016, Ra 2016/11/0120). Aus den vorliegenden Unterlagen wie etwa dem Arbeitsvertrag und der ZKO3-Meldung ergibt sich eine Einstufung als angelernter Bauarbeiter im Bereich Schalungsarbeiten, was im Übrigen auch durch die Aussage des Poliers der ARGE BETA Traun anlässlich der Kontrolle bestätigt wurde und sich auch aus der Bezeichnung der Tätigkeit in der vorgelegten Gehaltsabrechnung als „Schalungszimmermann“ ergibt. Im Übrigen ist auch aus dem Beschwerdevorbringen, es wäre eigentlich eine andere Tätigkeit vorgelegen, für den Bf nichts zu gewinnen, da selbst bei einer Tätigkeit als Bauhilfsarbeiter eine Unterentlohnung in Höhe von 67,35 Euro und somit eine Unterentlohnung in Höhe von 17,8 % vorliegen würde.

Der objektive Tatbestand der dem Bf zur Last gelegten Verwaltungsübertretung ist daher als erfüllt zu werten.

5.3. 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 (Ungehorsamsdelikt).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringung von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die "Glaubhaftmachung" nicht.

Es ist daher zu prüfen, ob sich der Bf entsprechend sorgfältig verhalten hat, um glaubhaft machen zu können, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Der Bf hat nicht glaubhaft gemacht, dass ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften ohne sein Verschulden nicht möglich war. Es ist daher auch vom Vorliegen der subjektiven Tatseite auszugehen.

6. 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 Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches 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 der Entscheidung 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.

Gemäß § 20 VStG kann die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen oder der Beschuldigte ein Jugendlicher ist.

Die belangte Behörde hat über den Bf die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe verhängt. Im Hinblick auf die lange Dauer des Verwaltungsstrafverfahrens sowie den kurzen zur Last gelegten Tatzeitraum erscheint jedoch die Anwendung des § 20 VStG gerechtfertigt. Nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich ist mit der nunmehr verhängten Strafhöhe eine ausreichende Sanktion gesetzt, um dem Bf die Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens vor Augen zu halten und ihn künftig zu einem gesetzeskonformen Verhalten anzuleiten. Eine Anwendung des § 45 Abs. 1 Z4 VStG war jedoch nicht in Erwägung zu ziehen, da die dafür erforderlichen kumulativen Voraussetzungen nicht vorliegen

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

II. Bei diesem Verfahrensergebnis entfällt gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG die Verpflichtung zur Leistung eines Kostenbeitrags zum Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht. Der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde war auf 10 % der nunmehr verhängten Geldstrafe herabzusetzen.

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