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-302170/4/KL/CG

Datum:
Linz, 19. März 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde des Herrn R H, A, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 6. November 2018, GZ: Ge-1179/18, wegen einer Übertretung nach dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz - LSD-BG

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben, als von der Verhängung einer Strafe abgesehen wird.
Im Übrigen wird das Straferkenntnis bestätigt.

II. Zum Beschwerdeverfahren ist kein Kostenbeitrag zu leisten.

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

1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 6. November 2018, GZ: Ge-1179/18, wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe von 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 24 Stunden, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 29 Abs. 1 LSD-BG verhängt, weil er es als zur Vertretung nach außen befugtes Organ der Firma Baufirma x mit Sitz in x, zu vertreten hat, dass der Arbeitnehmer oa. Firma Hr. Z C (geb. am x) am 16.1.2018 auf der Baustelle oa. Firma in x (Betriebsgelände der Fa. M), mit Dachdeckervorbereitungsarbeiten beschäftigt wurde. An diesen Arbeitnehmer wurde von oa. Firma im Zeitraum vom 15.1.2018 bis zum 22.1.2018 ein Entgelt von € 565,44 geleistet. Nach den österreichischen Gesetzen, Verordnung und Kollektivverträgen hätte Hrn. Z C jedoch in diesem Zeitraum der Betrag von € 622,08 zugestanden. Es wurde somit selbiger in einem Ausmaß von € 56,64 (= 9,10 %) unterentlohnt. Dies stellt eine Übertretung der Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) dar.

2. Dagegen wurde fristgerecht Einspruch (gemeint wohl Beschwerde) eingebracht und eine Bestätigung über die Nachzahlung von 56,64 Euro an den Arbeitnehmer C Z am 16.2.2018 angeschlossen. Es wurde um Aufhebung der Strafe ersucht.

3. Der Magistrat der Stadt Steyr hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt vorgelegt.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse im Rahmen des Parteiengehörs am Verfahren beteiligt. In ihrer Stellungnahme vom 2.1.2019 wies die x darauf hin, dass der Beschwerdeführer am 8.5.2018 zur Nachzahlung des ausständigen Bruttodifferenzbetrages unter Offenlegung der vorgenommenen Berechnungsmethode aufgefordert worden sei, die mit 15.6.2018 festgelegte Frist zum Nachweis der Nachzahlung jedoch vom Beschwerdeführer ungenützt verstrichen sei, sodass mit 30.6.2018 seitens der x Anzeige wegen festgestellter Unterentlohnung erstattet worden sei. Es erscheint verwunderlich, dass seitens des Beschwerdeführers die Nachzahlung des Bruttodifferenzbetrages bereits vor Aufforderung zur Nachzahlung geleistet wurde und der Nachweis gemäß dem Aufforderungsschreiben aber weder der x noch der Behörde erster Instanz vorgelegt wurde. Die Voraussetzungen nach § 29 Abs. 3 LSD-BG lägen nicht vor, ebenso wenig jene der außerordentlichen Strafmilderung.
4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme, insbesondere in die im Akt aufliegenden Unterlagen sowie die Stellungnahmen und in den mit der Beschwerde vorgelegten Nachweis der Zahlung.

Von einer Verhandlung konnte abgesehen werden, weil die Beschwerde nur eine unrichtige rechtliche Beurteilung behauptet und sich die Beschwerde gegen die Strafe richtet und keine Partei eine mündliche Verhandlung beantragt hat (§ 44 Abs. 3 VwGVG).

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht von folgendem erwiesenen Sachverhalt aus:
Bei einer Kontrolle der x am 16.1.2018 auf der Baustelle M x, wurde der Arbeitnehmer Z C der Baufirma x mit Sitz in U mit Dachdeckervorbereitungsarbeiten beschäftigt angetroffen, wobei für diesen Arbeitnehmer von der Baufirma x im Zeitraum von 15.1.2018 bis 22.1.2018 ein Entgelt von 565,44 Euro vorgesehen wurde (38 Wochenstunden zu einem Stundenlohn von brutto 11,78 Euro), obwohl für diesen Zeitraum nach österreichischen Gesetzen, Verordnung und Kollektivverträgen ein Betrag von 622,08 Euro zugestanden wäre. Die Unterentlohnung betrug daher 56,64 Euro, das sind 9,10 %. Es handelt sich dabei um die Partieführerzulage in Höhe von 10 % (1,18 Euro pro Stunde).
Mit Aufforderungsschreiben der x vom 2.5.2018 wurde auf die fehlende Partieführerzulage hingewiesen und das geschuldete Entgelt berechnet und zur Zahlung bis zum 15.6.2018 an den genannten Arbeiter und Übermittlung des Nachweises der Zahlung an die x bis zum 15.6.2018 aufgefordert. Ein Nachweis ist bei der x nicht eingelangt. Dieser Sachverhalt wurde dem Beschwerdeführer mit Aufforderung zur Rechtfertigung des Magistrates der Stadt Steyr vom 25. Juli 2018 vorgehalten. Ein Zahlungsnachweis wurde nicht eingefordert. Mit der Beschwerde legte der Beschwerdeführer eine vom Arbeitnehmer C unterfertigte Bestätigung vom 16.2.2018 über den Erhalt der Nachzahlung von 56,64 Euro vor.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Gemäß § 29 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz - LSD-BG begeht, wer als Arbeitgeber einen Arbeitnehmer beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, zu leisten, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe zu bestrafen. Sind von der Unterentlohnung höchstens 3 Arbeitnehmer betroffen, beträgt die Geldstrafe für jeden Arbeitnehmer 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Wiederholungsfall 2.000 Euro bis 20.000 Euro, sind mehr als 3 Arbeitnehmer betroffen, für jeden Arbeitnehmer 2.000 Euro bis 20.000 Euro, im Wiederholungsfall 4.000 Euro bis 50.000 Euro.

§ 29 Abs. 3 LSD-BG bestimmt, dass die Bezirksverwaltungsbehörde von der Verhängung einer Strafe abzusehen hat, wenn sie feststellt, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt binnen einer von der Behörde festzusetzenden Frist nachweislich leistet, und
1) die Unterschreitung des nach Abs. 1 maßgeblichen Entgelts unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien gering ist oder
2) das Verschulden des Arbeitgebers oder des zur Vertretung nach außen Berufenen (§ 9 Abs. 1 VStG) oder des verantwortlichen Beauftragten (§ 9 Abs. 2 oder 3 VStG) leichte Fahrlässigkeit nicht übersteigt.

Ebenso ist von der Verhängung einer Strafe abzusehen, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt vor der Aufforderung durch die Bezirksverwaltungsbehörde nachweislich leistet und die übrigen Voraussetzungen nach dem ersten Satz vorliegen.
Weist der Arbeitgeber der Bezirksverwaltungsbehörde nach, dass er die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt geleistet hat, ist dies bei der Strafbemessung strafmildernd zu berücksichtigen.

5.2. Im Grunde des erwiesenen Sachverhaltes wurde dem genannten Arbeiter die nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Partieführerzulage vom Arbeitgeber nachweislich geleistet, und zwar bestätigt am 16.2.2018, also noch vor einer Aufforderung durch die x (diese erfolgte erst am 8.5.2018) und vor einer Aufforderung durch die Bezirksverwaltungsbehörde, da diese eine Aufforderung nicht aussprach. Die Unterschreitung betrug 9,1 % und war daher unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien nicht gering. Allerdings konnte von einem geringen Verschulden des Arbeitgebers im Sinn einer leichten Fahrlässigkeit ausgegangen werden.
Der Verwaltungsgerichtshof geht in seiner zahlreichen Judikatur zur leichten Fahrlässigkeit von leichter Fahrlässigkeit im Sinn des § 1332 ABGB aus, nämlich dass nicht auffallend sorglos gehandelt werden darf, somit die im Verkehr mit Behörden oder Gerichten erforderliche und nach den persönlichen Fähigkeiten zumutbare Sorgfalt nicht in besonders nachlässiger Weise außer Acht gelassen wird (vgl. VwGH vom 10.9.2018, Ra 2018/19/0331, vom 1.3.2018, Ra 2017/19/0583, vom 1.6.2017, Ra 2017/06/0040 jeweils zu § 46 VwGG.) Nach dem letztgenannten Erkenntnis übersteigen Irrtümer und Fehler die leichte Fahrlässigkeit nicht, wenn sie trotz bisheriger objektiver Eignung und Bewährung unterlaufen und eine durch die konkreten Umstände des Einzelfalls bedingte entschuldbare Fehlleistung gewesen sind. Weiters führt der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 26.1.2017, Ra 2014/15/0007, aus, dass leichte Fahrlässigkeit dann vorliegt, wenn ein Fehler unterläuft, den

gelegentlich auch ein sorgfältiger Mensch begeht. Keine leichte Fahrlässigkeit liegt aber vor, wenn jemand auffallend sorglos handelt.
Im Lichte dieser Judikatur ist aber bezogen auf den konkret vorliegenden Fall festzustellen, dass eine Partie von 5 Arbeitnehmern auf der Baustelle angetroffen wurde, und sämtlichen Arbeitnehmern das nach österreichischem Recht zustehende Entgelt (Stundenlohn) entsprechend der konkreten Einstufung geleistet wurde. Es wurde dies durch die Angaben der Arbeiter vor Ort sowie auch durch Arbeitsvertrag bestätigt. Dass hinsichtlich des im Straferkenntnis genannten Arbeitnehmers, weil sich dieser als Partieführer darstellte, der zustehende Partieführerzuschlag übersehen wurde, kann dem Beschwerdeführer nicht als grobes Verschulden angelastet werden, zumal sich Partien laufend ändern und daher auch die Funktion eines Partieführers je Baustelle sich ändert. Der vom Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren beigebrachte Nachweis über eine Nachzahlung in Höhe des Differenzbetrages noch vor einer Aufforderung durch die x zeigt hingegen, dass der Differenzbetrag nicht bestritten wird und der Beschwerdeführer gewillt ist, das volle Entgelt zu bezahlen. Seitens der Bezirksverwaltungsbehörde hingegen ist eine – wie in § 29 Abs. 3 LSD-BG vorgesehen – Aufforderung überhaupt nicht ergangen. Da seitens des Beschwerdeführers nicht von einer auffallenden Sorglosigkeit auszugehen war, war daher gemäß § 29 Abs. 3 LSD-BG von der Verhängung einer Strafe abzusehen (argumentum „hat“, wonach kein Ermessen vorliegt).

Zusammenfassend war daher von der Erfüllung des objektiven Tatbestandes einer Unterentlohnung auszugehen, von der Verhängung einer Strafe aber im Grunde der Bestimmung des § 29 Abs. 3 LSD-BG abzusehen.

6. Weil die Beschwerde teilweise Erfolg hatte, entfällt ein Verfahrenskostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG.

7. 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

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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt