OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 x / 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-302409/28/KLi/JB

Datum:
Linz, 6. Dezember 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde des G W-G, x, vertreten durch H B & P Rechtsanwälte, x, x, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 28. Mai 2019, GZ: 0036673/2016, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG; Unterentlohnung gemäß § 7i Abs. 5 AVRAG in acht Fällen), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird im Hinblick auf die Spruchpunkte 1 – A T und 2 – R T (betreffend eine Baustelle in x, Kontrolle am 21. Jänner 2016) sowie im Hinblick auf die Spruchpunkte 6 – M E, 7 – L J und 8 – N K (betreffend eine Baustelle in x, Kontrolle am 3. Februar 2016) Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Strafverfahren eingestellt.

II. Der Beschwerde gegen die Strafhöhe im Hinblick auf die Spruchpunkte 3 – S O, 4 – E P und 5 – A S (betreffend eine Baustelle in X, Kontrolle am 12. Februar 2016) wird insofern Folge gegeben, als die Geldstrafen auf jeweils 600 Euro, insgesamt 1.800 Euro, und die Ersatzfreiheitsstrafen auf jeweils 19 Stunden, insgesamt 57 Stunden, herabgesetzt werden. Darüber hinaus wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

III. Hinsichtlich Spruchpunkte 1, 2, 6, 7 und 8 hat der Beschwerdeführer weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten

Behörde, noch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu bezahlen.

IV. Hinsichtlich Spruchpunkte 3, 4 und 5 reduzieren sich die Kosten im Verfahren vor der belangten Behörde auf 180 Euro. Im Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fallen keine Kosten an.

V. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz (in der Folge: belangte Behörde) vom 28. Mai 2019, GZ: 0036673/2016, wurden G W-G (in der Folge: Beschwerdeführer, Bf) acht Übertretungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) in der Form von Unterentlohnung gemäß § 7i Abs. 5 AVRAG wie folgt vorgeworfen:

„I. Tatbeschreibung
Der Beschuldigte, Herr G W-G, x, x, x, hat als verwaltungsstrafrechtlich verantwortlicher handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma H W P GmbH (FN x) mit Sitz in x, x, gemäß § 9 Abs.1 VStG zu vertreten:
Die H W P GmbH (A) hat als Arbeitgeberin - im nachstehend tabellarisch jeweils angeführten Zeitraum - folgende Arbeitnehmer beschäftigt, ohne diesen zumindest das nach dem Kollektivvertrag für Bauindustrie und Baugewerbe (Lohntafel 2015) unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien (entsprechend ihrer tatsächlichen Tätigkeit) zustehende Entgelt geleistet zu haben:

1. T A, x
Die B (B) hat aufgrund einer Kontrolle am 21.01.2016 beim Bauvorhaben ‚A P' x in x und anschließender Erhebungen festgestellt, dass Herr T A zumindest ab 19.11.2015 Facharbeitertätigkeiten (‚Mauern') durchgeführt hat. Als solchem gebührte ihm ein kollektivvertraglicher Mindestbruttolohn (Lohngruppe II lit. b ‚Facharbeiter' wie Maurer) von zumindest 13,45 Euro brutto je Stunde. Zuvor - zumindest seit 01.10.2015 - gebührte ihm zumindest ein kollektivvertraglicher Mindestbruttolohn (Lohngruppe III lit. c ‚Angelernte Bauarbeiter' wie Schaler) von 12,84 Euro brutto je Stunde. Nach den überprüften Lohnunterlagen wurde aber lediglich ein Grundlohn von 12,80 Euro brutto je Stunde abgerechnet und zur Auszahlung gebracht. Daraus ergeben sich wie tabellarisch dargestellt folgende Entgeltsdifferenzen:

1.a. T A							
		Geleistetes Entgelt		Gebührendes Entgelt		Differenz	
Entgeltart	Zeitraum	Stunden * Satz	Entgelt	Stunden * Satz	Entgelt	Euro	Prozent
Grundlohn	01.10.2015-31.10.2015	168 * 12,80	2.150,40	168 * 12,84	2.157,12	6,72	
Grundlohn	01.11.2015-18.11.2015	101 * 12,80	1.292,80	101 * 12,84	1.296,84	4,04	
Grundlohn	19.11.2015-30.11.2015	70 * 12,80	896,00	70 * 13,45	941,50	45,50	
Grundlohn	01.12.2015-31.12.2015	141 * 12,80	1.804,80	141 * 13,45	1.896,45	91,65	
Grundlohn	01.01.2016-31.01.2016	96,50 * 12,80	1.235,20	96,50 * 13,45	1.297,93	62,72	
Grundlohn	01.02.2016-29.02.2016	165 * 12,80	2.112,00	165 * 13,45	2.219,25	107,25	
Nichtleistungsentgelte	2015		449,43		629,46	180,03	
Weihnachtsrem.	2015		1.562,05		1.574,31	22,26	
Schlechtwetter	Jän.16		145,92		153,33	7,41	
Gesamt	10/15 - 02/16		11.648,60		12.166,39	517,58	4,25

Im Hinblick auf die nicht zumindest kollektivvertragsgemäße Entlohnung dieses Arbeitnehmers für den Zeitraum 01.10.2015 bis 29.06.2016, liegt hier eine Unterentlohnung im Ausmaß von 4,25 % vor (Differenzbetrag: € 517,58), weshalb die H W P GmbH als Arbeitgeber somit gegen § 7i Abs. 3 AVRAG verstoßen hat.

2. T R, x

Die B (B) hat aufgrund einer Kontrolle am 21.01.2016 beim Bauvorhaben ‚A P' x in x (der Arbeitnehmer verrichtete vor Ort Schalzimmerertätigkeiten) und anschließender Erhebungen festgestellt, dass Herr T R zumindest ab 19.11.2015 Facharbeitertätigkeiten (Mauern) durchgeführt hat. Als solchem gebührte ihm ein kollektivvertraglicher Mindestbruttolohn (Lohngruppe II lit. b Facharbeiter wie Maurer) von zumindest 13,45 Euro brutto je Stunde. Zuvor - zumindest seit 01.10.2015 - gebührte ihm zumindest ein kollektivvertraglicher Mindestbruttolohn (Lohngruppe lll lit. c ‚Angelernte Bauarbeiter' wie ‚Schaler') von 12,84 Euro brutto je Stunde. Nach den Lohnunterlagen wurde aber lediglich ein Grundlohn von 12,06 Euro brutto je Stunde abgerechnet und zur Auszahlung gebracht. Daraus ergeben sich wie tabellarisch dargestellt folgende Entgeltsdifferenzen:

1.b. T R							
		Geleistetes Entgelt		Gebührendes Entgelt		Differenz	
Entgeltart	Zeitraum	Stunden * Satz	Entgelt	Stunden * Satz	Entgelt	Euro	Prozent
Grundlohn	01.10.201S- 31.10.2015	162*12,06	1953,72	162*12,84	2.080,08	126,36	
Grundlohn	01.11.2015-18.11,2015	101*12,06	1.218,06	101*12,34	1.296,34	78,78	
Grundlohn	19.11.2015-30.11.2015	70*12,06	844,20	70*13,45	941,50	97,30	
Grundlohn	01.12. 2015-31.12.2015	109,80*12,06	1.324,19	109,80*13,45	1.476,81	152,62	
Grundlohn	01.01.2016-31.01.2016	104,3*12,06	1.257,86	104,30*13,45	1.402,84	144,98	
Grundlohn	01.02.2016-29.02.2016	165*12,06	1.989,90	165*13,45	2.219,25	229,35	
Nichtleistungsentgelte	2015		449,43		629,46	180,03	
Weihnachtsrem.	2015		1.487,70		1.513,62	25,92	
Schlechtwetter	Jän. 16		137,56		153,33	IS,77	
Gesamt	10/15 - 02/16		10.662,62		11.713,73	2.051,11	8,97

Im Hinblick auf die nicht zumindest kollektivvertragsgemäße Entlohnung dieses Arbeitnehmers für den Zeitraum 01.10.2016 bis 29.06.2016 liegt hier eine Unterentlohnung im Ausmaß von 8,97 % (Differenzbetrag: € 1.051,11) vor, weshalb die H W P GmbH als Arbeitgeber somit gegen § 7i Abs. 5 AVRAG verstoßen hat.

3. O S, x

Die B (B) hat aufgrund einer Kontrolle am 12.02.2016 beim Bauvorhaben ‚N B' x (der Arbeitnehmer verrichtete vor Ort Schalzimmerertätigkeiten) und anschließender Erhebungen festgestellt, dass Herr O S für den tabellarisch nachstehenden Zeitraum lediglich 12,06 Euro brutto je Stunde ausbezahlt erhalten hat, obwohl der kollektivvertragliche Mindestlohn der Lohngruppe III c, Angelernte Arbeiter, konkret: Schaler, nach dem Kollektivvertrag für Bauindustrie und Baugewerbe (2015) pro Stunde 12,84 Euro brutto vorsieht.

2.a. O S							
		Geleistetes Entgelt		Gebührendes Entgelt		Differenz	
Entgeltart	Zeitraum	Stunden * Satz	Entgelt	Stunden * Satz	Entgelt	Euro	Prozent
Grundlohn inkl. Mehrst.	18.01 2016-31.01.2016	90 * 12,06	1085,40	90 * 12,84	1.155,60	70,20	
Grundlohn inkl. Mehrst.	01.02.2016-29.02.2016	189 * 12,06	2.279,34	189 * 12,84	2.426,76	147,42	
Mehrstd. 50% Zuschlag	01. / 02. 2016	0	0	37,20 * 6,42	238,824	238,82	
Üstd. Zuschlag	01. / 02. 2016	18,50 * 6,03	111,56	18,50 * 7,70	142,45	30,90	
Gesamt	01/2016 - 02/2016		3.476,30		3.963,63	487,34	12,30

Im Hinblick auf die zumindest nicht kollektivvertragsgemäße Entlohnung dieses Arbeitnehmers für den Zeitraum 18.01.2016 bis 29.02.2016 liegt hier eine Unterentlohnung im Ausmaß von 12,30 % vor (Differenzbetrag: € 487,34), weshalb die H W P GmbH als Arbeitgeber somit gegen § 7i Abs. 5 AVRAG verstoßen hat.

4. P E, x

Die B (B) hat aufgrund einer Kontrolle am 12.02.2016 beim Bauvorhaben ‚N B' x (der Arbeitnehmer verrichtete vor Ort Schalzimmererertätigkeiten) und anschließender Erhebungen festgestellt, dass Herr P E für den tabellarisch nachstehenden Zeitraum lediglich 12,06 Euro brutto je Stunde ausbezahlt erhalten hat, obwohl der kollektivvertragliche Mindestlohn der Lohngruppe III c, Angelernte Arbeiter, konkret: Schaler, nach dem Kollektivvertrag für Bauindustrie und Baugewerbe (2015) pro Stunde 12,84 Euro brutto vorsieht.

2.b. Przepiora Edward							
		Geleistetes Entgelt		Gebührendes Entgelt		Differenz	
Entgeltart	Zeitraum	Stunden *	Entgelt	Stunden * Satz	Entgelt	Euro	Prozent
Grundlohn inkl. Mehrst.	18.01.2016-31.01.2016	90*12,06	1.085,40	90*12,84	1.155,60	70,20	
Grundlohn inkl. Mehrst.	01.02.2016-29.02.2016	189*12,06	2.279,34	189*12,84	2.426,76	147,42	
Mehrstd. 50% Zuschlag	01./02.2016	0	0	37,20*6,42	238,82	238,82	
Üstd. Zuschlag	01./02.2016	32,50*6,03	195,98	32,50*7,70	250,25	54,28	
Gesamt	03/2016 - 02/2016		3.560,72		4.071,43	510,72	12,54

Im Hinblick auf die zumindest nicht kollektivvertragsgemäße Entlohnung dieses Arbeitnehmers für den Zeitraum 18.01.2016 bis 29.02.2016 liegt hier eine Unterentlohnung im Ausmaß von 12,54 % vor (Differenzbetrag: € 510,72), weshalb die H W P GmbH als Arbeitgeber somit gegen § 7i Abs. 5 AVRAG verstoßen hat.

5. S A, x

Die B (B) hat aufgrund einer Kontrolle am 12.02.2016 beim Bauvorhaben ‚N B' x (der Arbeitnehmer verrichtete vor Ort Schalzimmererertätigkeiten) und anschließender Erhebungen festgestellt, dass Herr S A für den tabellarisch nachstehenden Zeitraum lediglich 12,06 Euro brutto je Stunde ausbezahlt erhalten hat, obwohl der kollektivvertragliche Mindestlohn der Lohngruppe III c, Angelernte Arbeiter, konkret: Schaler, nach dem Kollektivvertrag für Bauindustrie und Baugewerbe (2015) pro Stunde 12,84 Euro brutto vorsieht.

2.c. Szczerba Andrzej							
		Geleistetes Entgelt		Gebührendes Entgelt		Differenz	
Entgeltart	Zeitraum	Stunden * Satz	Entgelt	Stunden * Satz	Entgelt	Euro	Prozent
Grundlohn inkl. Mehrst.	18.01.2016-31.01.2016	90*12,06	1.085,40	90*12,84	1.155,60	70,20	
Grundtohn inkl. Mehrst.	01.02.2016-29.02.2016	189*12,06	2.279,34	189*12,84	2.426,70	147,42	
Mehrstd. 50% Zuschlag	01. / 02.2016	o	0	37,20*6,42	238,82	238,82	
Üstd. Zuschlag	01. / 02.2016	28,50*6,03	171,86	28,50*7,70	219,45	47,60	
Gesamt	01/2016 - 02/2016		3.536,60		4.040,53	504,04	12,47

Im Hinblick auf die zumindest nicht kollektivvertragsgemäße Entlohnung dieses Arbeitnehmers für den Zeitraum 18.01.2016 bis 29,02.2016 liegt hier eine Unterentlohnung im Ausmaß von 12,47 % vor (Differenzbetrag: € 504,04), weshalb die H W P GmbH als Arbeitgeber somit gegen § 7i Abs. 5 AVRAG verstoßen hat.

6. E M, x

Die B (B) hat aufgrund einer Kontrolle am 03.02.2016 beim Bauvorhaben ‚S' x, x (der Arbeitnehmer verrichtete vor Ort ausschließlich Schalungsarbeiten) und anschließender Erhebungen festgestellt, dass Herr E M für den tabellarisch nachstehenden Zeitraum lediglich 12,06 Euro brutto je Stunde ausbezahlt erhalten hat, obwohl der kollektivvertragliche Mindestlohn der Lohngruppe III c, Angelernte Arbeiter, konkret: Schaler, nach dem Kollektivvertrag für Bauindustrie und Baugewerbe (2015) pro Stunde 12,84 Euro brutto vorsieht.

3.a. E M							
		Geleistetes Entgelt		Gebührendes Entgelt		Differenz	
Entgeltart	Zeitraum	Stunden * Satz	Entgelt	Stunden *	Entgelt	Euro	Prozent
Grundlohn	12.10.2015-31.10.2015	111 * 12,06	1.338,66	111*12,84	1.425,24	86,58	
Grundlohn	01.11.2015-30.11.2015	165 * 12,06	1.989,90	165*12,34	2.118,60	128,70	
Grundlohn	01.12.2015-31.12.2015	92,10*12,06	1.110,73	92,10*12,84	1.132,56	71,84	
Grundlohn	01.01.2016-31.01.2016	92,10*12,06	1.110,73-	92,10*12,84	1.182,56	71,84	
Nichtleistungsentgelte	2015/2016		524,16		701,06	176,90	
Weihnachtsrem.	2015		1.421,87		1.453,68	31,81	
Schlechtwetter	2015/2016		21,72		23,10	1,38	
Gesamt	10/15 -01/15		7.517,76		8.086,81	569,05	7,04

Im Hinblick auf die zumindest nicht kollektivvertragsgemäße Entlohnung dieses Arbeitnehmers für den Zeitraum 12.10.2015 bis 31.01.2016 liegt hier eine Unterentlohnung im Ausmaß von 7,04 % vor (Differenzbetrag: € 569,05), weshalb die H W P GmbH als Arbeitgeber somit gegen § 7i Abs. 5 AVRAG verstoßen hat.

7. J L, x

Die B (B) hat aufgrund einer Kontrolle am 03.02.2016 beim Bauvorhaben ‚S' x, x (der Arbeitnehmer verrichtete vor Ort ausschließlich Schalungsarbeiten) und anschließender Erhebungen festgestellt, dass Herr J L für den tabellarisch nachstehenden Zeitraum lediglich 12,06 Euro brutto je Stunde ausbezahlt erhalten hat, obwohl der kollektivvertragliche Mindestlohn der Lohngruppe III c, Angelernte Arbeiter, konkret: Schaler, nach dem Kollektivvertrag für Bauindustrie und Baugewerbe (2015) pro Stunde 12,84 Euro brutto vorsieht.

3.b. J L							
		Geleistetes Entgelt		Gebührendes Entgelt		Differenz	
Entgeltart	Zeitraum	Stunden*Satz	Entgelt	Stunden* Satz	Entgelt	Euro	Prozent
Grundlohn	01.07.2015-31.07.2015	87*11,45	996,15	87*12,84	1117,08	120,93	
Grundlohn	01.08.2015-31.08.2015	156*11,45	1.786,20	156*12,84	2.003,04	216,84	
Grundlohn	01.09.2015-30.09.2015	174 * 11,45	1.992,30	174 * 12,84	2.234,16	241,86	
Grundlohn	01.10.2015-31.10.2015	162 * 11,45	1.854,90	162 * 12,84	2.080,08	225,16	
Grundlohn	01.11.2015-30.11.2015	165 * 11,45	1.889,25	165 * 12,84	2.118,60	229,35	
Grundlohn	01.12.2015-31.12.2015	92,10 * 11,45	1.054,55	92,10 * 12,84	1.182,56	128,02	
Grundlohn	01.01.2016-31.01.2016	115,50 * 11,45	1.322,48	115,50 * 12,84	1.483,02	160,55	
Nichtleistungsentgelte	2015/2016		490,31		701,06	210,75	
Weihnachtsrem.	2015		912,97		1.011,67	98,70	
Schlechtwetter	2015/2016		75,57		84,70	9,13	
Gesamt	7/15-01/16		12.374,67		14.015,97	1.641,30	11,71

Im Hinblick auf die zumindest nicht kollektivvertragsgemäße Entlohnung dieses Arbeitnehmers für den Zeitraum 01.07.2015 bis 31.01.2016 liegt hier eine Unterentlohnung im Ausmaß von 11,71 % vor (Differenzbetrag: € 1.641,30), weshalb die H W P GmbH als Arbeitgeber somit gegen § 7i Abs. 5 AVRAG verstoßen hat.

8. K N, x

Die B (B) hat aufgrund einer Kontrolle am 03.02.2016 beim Bauvorhaben ‚S' x, x (der Arbeitnehmer verrichtete vor Ort ausschließlich Schalungsarbeiten) und anschließender Erhebungen festgestellt, dass Herr K N für den tabellarisch nachstehenden Zeitraum lediglich 12,06 Euro brutto je Stunde ausbezahlt erhalten hat, obwohl der kollektivvertragliche Mindestlohn der Lohngruppe III c, Angelernte Arbeiter, konkret Schaler, nach dem Kollektivvertrag für Bauindustrie und Baugewerbe (2015) pro Stunde 12,84 Euro brutto vorsieht.

3.c. K N

Entgeltart	Zeitraum	Geleistetes Entgelt		Gebührendes Entgelt		Differenz	
		Stunden * Satz	Entgelt	Stunden * Satz	Entgelt	Euro	Prozent
Grundlohn	01.07.2015-31.07.2015	174*12,06	2.098,44	174*12,84	2.234,16	135,72	
Grundlohn	01.08.2015-31.08.2015	111*12,06	1.333,66	111*12,84	1.425,24	86,58	
Grundlohn	01.09.2015-30.09.2015	141*12,06	1.700,46	141*12,84	1.810,44	109,98	
Grundlohn	01.10.2015-31.10.2015	162*12,06	1.953,72	162*12,84	2.080,03	126,36	
Grundlohn	01.11.2015-30,11.2015	165*12,06	1.989,90	165*12,84	2.118,60	128,70	
Grundlohn	01.12.2015-31.12.2015	92,10*12,06	1.110,73	92,10*12,84	1.182,56	71,84	
Grundlohn	01.01.2016-31.01.2015	115,5*12,06	1.392,93	115,50*12,84	1.483,02	90,09	
Nichtleistungsentgelte	2015/2016		524,16		701,06	176,90	
Weihnachtsrem.	2015		2.079,89		2.158,88	83,99	
Schlechtwetter	2015/2016		86,88		92,40	5,52	
Gesamt	7/15-01/16		14.275,77		15.296,44	2.020,68	6,67

Im Hinblick auf die zumindest nicht kollektivvertragsgemäße Entlohnung dieses Arbeitnehmers für den Zeitraum 01.07.2015 bis 31.01,2016 liegt hier eine Unterentlohnung im Ausmaß von 6,67 % vor (Differenzbetrag: € 1.020,68), weshalb die H W P GmbH als Arbeitgeber somit gegen § 7i Abs. 5 AVRAG verstoßen hat."

[Hervorhebungen im Original]

Der Bf habe jeweils § 7i Abs. 5 AVRAG verletzt. Hinsichtlich Spruchpunkt 1 und 2 werde eine Geldstrafe von jeweils 2.000 Euro, hinsichtlich Spruchpunkt 3 bis 5 eine Geldstrafe von jeweils 1.000 Euro und hinsichtlich Spruchpunkt 6 bis 8 eine Geldstrafe von jeweils 2.000 Euro verhängt, insgesamt 13.000 Euro. Für den Fall der Uneinbringlichkeit werde hinsichtlich Spruchpunkt 1 und 2 eine Ersatzfreiheitsstrafe von jeweils 67 Stunden, hinsichtlich Spruchpunkt 3 bis 5 eine Ersatzfreiheitsstrafe von jeweils 33 Stunden und hinsichtlich Spruchpunkt 6 bis 8 eine Ersatzfreiheitsstrafe von jeweils 67 Stunden verhängt, insgesamt 434 Stunden. Ferner habe der Bf einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens von 1.300 Euro zu bezahlen.

Sodann führte die belangte Behörde unter Wiedergabe der gesetzlichen Bestimmungen aus, dass gemäß § 7i Abs. 5 AVRAG eine Verwaltungsübertretung begehe, wer als Arbeitgeber einen Arbeitnehmer beschäftige, ohne ihm zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt zu leisten. Im hier anzuwendenden Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie sei unter § 5 Z 15 geregelt, dass Arbeitnehmer, die zu Arbeiten herangezogen würden, welche einem erlernten Beruf entsprechen würden, für die Dauer dieser Beschäftigung, wenn ihre Arbeit der eines Facharbeiters gleichkomme, Anspruch auf den Lohn des Facharbeiters hätten. Wie sich aus den vorliegenden Beweismitteln ergäbe, hätten sämtliche oben angeführte Arbeitnehmer auf den jeweiligen Baustellen Facharbeiter-Tätigkeiten geleistet, seien jedoch nicht entsprechend dem Kollektivvertrag entlohnt worden. Der Tatbestand der dem Bf angelasteten Verwaltungsübertretung sei in objektiver Hinsicht erfüllt.

Hinsichtlich der Schuldfrage sehe das AVRAG keine eigene Regelung hinsichtlich des Verschuldens vor. Es komme daher § 5 Abs. 1 VStG zum Tragen. Der Bf habe

im vorliegenden Fall ein Ungehorsamsdelikt begangen. Der Schuldentlastungsbeweis iSd vorstehenden Gesetzesbestimmung habe mit der Rechtfertigung des Bf nicht erbracht werden können. Die ggst. Verwaltungsübertretung sei daher auch hinsichtlich der subjektiven Tatbestandsmäßigkeit erwiesen.

Zur Strafzumessung führte die belangte Behörde aus, dass als strafmildernd die relativ lange Verfahrensdauer, die bisherige verwaltungsrechtliche Unbescholtenheit und die teilweise geständige Verantwortung gewertet werde, straferschwerend sei kein Umstand. Bei der Berücksichtigung der Vermögens-, Einkommens- und Familienverhältnisse des Bf würden die verhängten Geldstrafen dem Unrechtsgehalt der Tat sowie dem Verschulden des Bf angemessen sein.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die Beschwerde vom 4. Juli 2019, mit welcher das Straferkenntnis im Hinblick auf die Spruchpunkte 1, 2, 6, 7 und 8 in vollem Umfang angefochten wird. Hinsichtlich der Spruchpunkte 3, 4 und 5 richtet sich die Beschwerde gegen die Strafhöhe.

Begründend bringt der Bf hinsichtlich Spruchpunkt 1 betreffend A T vor, dass dieser Mitarbeiter für diverse Bautätigkeiten eingesetzt worden sei. Diese Tätigkeiten hätten hauptsächlich unterstützende Tätigkeiten auf der Baustelle betroffen. Grundsätzlich habe es sich um bessere Bauhilfsarbeiter-Tätigkeiten gehandelt. Zum Vorwurf der Schalungstätigkeiten sei anzumerken, dass dieser Dienstnehmer nach Vorgabe der jeweiligen Vorarbeiter die jeweiligen Schalungselemente am Lagerplatz vorsortiert und zusammengestellt habe, um diese anschließend an die benötigten Arbeitsorte auf der Baustelle zu befördern. Allenfalls unterstützende Tätigkeiten beim Schalen würden eine Einstufung als Schaler noch nicht rechtfertigen, zumal es der allgemeinen Lebenserfahrung entspreche, dass gerade die Aufgabe eines Bauhilfsarbeiters jene sei, bei den unterschiedlichsten Aufgaben am Bau unterstützend zu helfen. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte die belangte Behörde daher erkennen müssen, dass die Einstufung und somit Entlohnung dieses Dienstnehmers jedenfalls zu Recht erfolgt sei und hätte daher das Verwaltungsstrafverfahren einstellen müssen.

Unabhängig davon sei der Bescheid in diesem Punkt auch in sich widersprüchlich und nicht nachvollziehbar, wenn dem Bf vorgeworfen werde, dass im Zeitraum von 1. Oktober 2015 bis 29. Juni 2016 eine Unterentlohnung erfolgt sei. Laut Feststellung habe eine Kontrolle am 21. Jänner 2016 stattgefunden, wobei festgestellt worden sei, dass zumindest seit 19. November 2015 die Arbeiten durchgeführt worden seien. Dem gegenüber gäbe es keine Feststellungen, auf die sich die Ausführungen der belangten Behörde beziehen könnten, dass eine Unterentlohnung im Zeitraum von 1. Oktober 2015 bis 29. Juni 2016 erfolgt sei. Wie die belangte Behörde auf diesen Zeitraum komme, sei nicht nachvollziehbar. Es liege ein wesentlicher Begründungsmangel vor.

Ebenfalls mangelhaft sei das Straferkenntnis, wenn dem Bf ein Verstoß gegen § 7i Abs. 3 AVRAG angelastet werde. Diesbezüglich gäbe es in den Feststellungen keinerlei Anhaltspunkte, welche einen derartigen Vorwurf rechtfertigen würden.

Hinsichtlich Spruchpunkt 2 betreffend R T führte der Bf aus, dass dieser ebenfalls als Bauhilfsarbeiter für sämtliche, auf der Baustelle anfallenden Tätigkeiten herangezogen worden sei, sodass wie zu Spruchpunkt 1 reine Bauhilfstätigkeiten vorliegen würden. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte die belangte Behörde daher zu dem Ergebnis kommen müssen, dass die Einstufung und somit Entlohnung jedenfalls zu Recht erfolgt sei und hätte das Verwaltungsstrafverfahren einstellen müssen.

Unabhängig davon sei der Bescheid im Hinblick auf die Tatzeiträume – ebenso wie zu Spruchpunkt 1 – mangelhaft.

Zu den Spruchpunkten 6 (M E), 7 (L J) und 8 (N K) führte der Bf aus, dass diese Mitarbeiter von einem Unternehmen in x am x als Hilfsarbeiter angefordert und an dieses überlassen worden seien. Dieses Unternehmen unterliege nicht dem Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie, sondern dem Handelskollektivvertrag.

Gemäß Arbeitskräfteüberlassungsgesetz gebühre der überlassenen Arbeitskraft ein angemessenes Entgelt, wobei zur Beurteilung der Angemessenheit des Entgeltes auf das kollektivvertraglich festgelegte Entgelt Bedacht zu nehmen sei, welches im Betrieb des Beschäftigers vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlen sei. Es sei daher im Ergebnis das Entgelt nach dem Kollektivvertrag für den Beschäftiger mit dem Entgelt aus dem Kollektivvertrag des Überlassers zu vergleichen und das höhere Entgelt heranzuziehen. Da gegenständlich diese drei Mitarbeiter einen höheren als im Handelskollektivvertrag vorgesehenen Stundenlohn erhalten hätten, sei eine Einstufung im Handelskollektivvertrag nicht vorzunehmen gewesen. Der Bf habe darauf vertrauen dürfen, dass er nicht bestraft würde, wenn er entsprechend dem AÜG handle und die überlassenen Arbeitskräfte dem Kollektivvertrag des Beschäftigers unterwerfe bzw. wenn er ohnedies freiwillig einen höheren Lohn ausbezahle. Zudem sei die gegenständliche Arbeitskräfteüberlassung dem Beschäftigerbetrieb mit Umsatzsteuer verrechnet worden. Wären Bauarbeiten Umfang und Inhalt der Arbeitskräfteüberlassung gewesen, wäre hingegen eine Abrechnung ohne Umsatzsteuer erfolgt. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte die belangte Behörde rechtlich richtig erkennen müssen, dass die genannten Arbeitnehmer nicht dem Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie unterliegen würden und hätte somit das Verwaltungsstrafverfahren diesbezüglich einstellen müssen.

Zudem sei der bekämpfte Bescheid betreffend Spruchpunkt 7 auch hinsichtlich der Berechnung mangelhaft. Laut Feststellung seien 12,06 Euro brutto pro Stunde ausbezahlt worden, wobei in der angeführten Tabelle zur Berechnung ein Brutto-Stundenlohn von 11,45 Euro angeführt werde. Der Bescheid sei daher nicht nachvollziehbar und in sich widersprüchlich, sodass ein wesentlicher Mangel vorliege.

Insgesamt könne angeführt werden, dass dem Bf keinerlei Verschulden bzw. Fahrlässigkeit im Zusammenhang mit einer Unterentlohnung bzw. einer falschen Einstufung im Kollektivvertrag angelastet werden könne. Sofern die überlassenen Arbeiter vom Beschäftiger für diverse Arbeiten eingesetzt worden seien, entziehe sich die konkret verwendete Tätigkeit der Kenntnis des Bf. Die zuvor angeführten Mitarbeiter seien beim Unternehmen des Bf mangels entsprechender fachlicher Qualifikationen – z.B. Fehlen eines Facharbeiterbriefes – eben nicht als Facharbeiter angestellt und eingestuft worden. Angefordert worden seien Bauhilfskräfte und keine Facharbeiter.

Unabhängig davon habe der Bf die ihm nunmehr vorgeworfenen Sachverhalte zum Anlass genommen, intern noch mehr Kontrollmechanismen zu implementieren, um eben eine mögliche falsche Einstufung zu verhindern. Schon daraus zeige sich, dass der Bf, der seit der Gründung des Unternehmens im Jahr 2009 immer seriös gearbeitet habe und sich nie etwas zu Schulden kommen lassen habe, aus diesen Fehlern gelernt habe. Auch dies hätte im ggst. Verfahren entsprechend berücksichtigt werden müssen.

Darüber hinaus sei bei der Bemessung der Geldstrafen in sämtlichen Punkten sowie des damit einhergehenden Beitrages zu den Kosten des Strafverfahrens nicht berücksichtigt worden, dass neben dem Bf auch noch gegen die beiden übrigen handelsrechtlichen Geschäftsführer, C H und A H, gleichlautende Straferkenntnisse zu den GZ: 0036681/2016 und 0036676/2016, erlassen worden seien.

Gemäß § 9 Abs. 7 VStG würden juristische Personen für die genannten natürlichen Personen zur ungeteilten Hand haften. Diese Solidarhaftung würde jedoch weder beim Bf, noch bei den beiden anderen Straferkenntnissen entsprechend berücksichtigt.

Somit würden für die zuvor genannten angelasteten Zuwiderhandlungen eine Geldstrafe von 39.000 Euro, sowie ein Kostenbeitrag von insgesamt 3.900 Euro entstehen. Diese Vorgehensweise würde jedoch § 9 Abs. 7 VStG zuwiderlaufen und stehe auch nicht im Einklang mit der Begründung des angefochtenen Straferkenntnisses, dass mit der „Mindeststrafe das Auslangen gefunden“ werden könne.

Aus diesen Gründen stelle der Bf sohin die Anträge, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge eine mündliche Verhandlung anberaumen, die angebotenen Beweise aufnehmen, den angefochtenen Bescheid (Straferkenntnis) vom 28. Mai 2019, GZ: 0036673/2016, ersatzlos aufheben und das Verfahren einstellen.

I.3. Mit Vorlageschreiben vom 9. Juli 2019 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Straferkenntnis und dem Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu erlassen. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich entscheidet durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

I.4. Die B als Organpartei erstattete zu dieser Beschwerde eine Stellungnahme vom 24. September 2019, in welcher die Strafanzeige vollständig aufrecht gehalten wurde.

Zusammengefasst brachte die B hinsichtlich der Spruchpunkte 1 und 2 vor, dass im Zuge der Baustellenkontrolle durch den Baustellenverantwortlichen der Beschäftigerfirma eine Einsatzbestätigung über die von den Arbeitnehmern ausgeübten Tätigkeiten auf dem kontrollierten Bauvorhaben ausgestellt worden sei. Der Einsatzbestätigung folgend seien beide Arbeitnehmer als Maurer im Einsatz gewesen.

In den von den Arbeitnehmern eigenständig und unabhängig voneinander ausgefüllten Baustellenerhebungsprotokollen hätten die Arbeitnehmer außerdem angegeben, dass sie als Schaler und Mauerer tätig gewesen seien, wobei sie von September an Schalungen gearbeitet hätten und ab November als Maurer tätig gewesen seien.

Der Baustellenerheber der B habe diese Arbeitnehmer bei Schalungsarbeiten angetroffen. Die beiden Arbeitnehmer hätten angegeben, als Schaler bzw. Maurer auf dem Baustellenvorhaben tätig zu sein. Die Einsatzbestätigung des Baustellenverantwortlichen belege, dass beide Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Kontrolle als Maurer – und somit als Facharbeiter – auf dem Bauvorhaben tätig gewesen seien. Die Arbeitsverträge würden beide Arbeitnehmer als „qualifizierte Arbeiter“ ausweisen, die Überlassungsmitteilungen als „angelernte Zimmerer“. Ein Bauhilfsarbeiter könne und dürfe solche qualifizierten Arbeiten nicht durchführen.

In der Beschwerde werde weiters ausgeführt, dass der Tatzeitraum unrichtig sei und es für einen Tatzeitraum bis 29. Juni 2016 keine Anhaltspunkte gäbe und somit ein wesentlicher Begründungsmangel vorliegen würde. Dem sei insofern jedoch bloß teilweise zuzustimmen, als dass es sich bei dem Ende des schriftlich angeführten Tatzeitraumes, dem 29. Juni 2016 um einen vermutlichen Tippfehler

der Behörde erster Instanz handle, in den im Straferkenntnis ebenfalls enthaltenen Tabellen werde der Tatzeitraum von 1. Oktober 2015 bis 29. Februar 2016 festgelegt. Es sei wohl davon auszugehen, dass hier ein Ziffernsturz passiert sei.

Für die Höhe des Strafausmaßes und für die Unterentlohnung an sich mache dieser Ziffernsturz jedoch keinen Unterschied, da die Tabellen, in denen die Berechnungen vorgenommen worden seien, hinsichtlich des Tatzeitraumes richtig seien und insbesondere die Höhe der absoluten Beträge der Unterentlohnung sowie die prozentuelle Höhe der Unterentlohnung sowohl in der Tabelle als auch in dem darunter stehenden Fließtext identisch seien.

Hinsichtlich Spruchpunkte 3, 4 und 5 seien diese Arbeitnehmer in X bei einer Baustellenkontrolle am 12. Februar 2016 angetroffen worden. Hinsichtlich dieser Arbeitnehmer sei kein Vorbringen erstattet und keine Beschwerde erhoben worden. Das Straferkenntnis sei nicht seinem gesamten Inhalt nach angefochten bzw. bekämpft worden. Die B gehe daher davon aus, dass die Spruchpunkte 3 bis 5 des Straferkenntnisses erster Instanz in Rechtskraft erwachsen seien.

Hinsichtlich der Spruchpunkte 6 bis 8 seien die Arbeitnehmer auf einer Baustelle in x bei einer Baustellenkontrolle am 3. Februar 2016 angetroffen worden. In der Rechtfertigung vom 29. Dezember 2016 habe der Bf ausgeführt, diese Arbeitnehmer hätten Betonierarbeiten, Stemmarbeiten, Erd- und Isolierungsarbeiten sowie andere anfallende Tätigkeiten ausgeübt.

Nunmehr werde vorgebracht, diese Arbeitnehmer seien nicht dem Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie, sondern dem Handelskollektivvertrag zu unterstellen. Die B trete dem insofern entschieden entgegen, als dass der B die Überlassungsmitteilungen sowie die Ausgangsrechnungen des Unternehmens des Bf vorliegen würden, welche an ein Bauunternehmen und nicht an ein Handelsunternehmen gestellt worden seien. Beschäftigerfirma sei ein Bauunternehmen gewesen. Weiters werde vorgebracht, es sei Umsatzsteuer verrechnet worden, was nicht der Fall gewesen wäre, wenn Bauarbeiten Umfang und Inhalt der Arbeitskräfteüberlassung gewesen wären. Der B liege jedoch die Rechnung des Unternehmens des Bf vor, der zu entnehmen sei, dass keine Umsatzsteuer verrechnet worden sei. Außerdem seien die Arbeitnehmer für das Bauunternehmen tätig gewesen. Es werde wohl am Bf liegen, sein Vorbringen mit den der B vorliegenden Beweismitteln in Einklang zu bringen und Aufklärung hinsichtlich dieser Umstände zu leisten.

Unabhängig von der aus Sicht der B eindeutigen Beweislage hätten die Arbeitnehmer überdies in den von ihnen ausgefüllten Baustellenerhebungsprotokollen unabhängig voneinander und eigenhändig angegeben, dass sie Schalungsarbeiten verrichtet hätten.

Das Vorbringen zu den Spruchpunkten 6 bis 8 sei aus Sicht der B als Schutzbehauptung zu sehen.

Zur Einstufung der genannten Arbeitnehmer in den Spruchpunkten 1 und 2 sowie 6 bis 8 sei abschließend auf die Bestimmung des Kollektivvertrages für Baugewerbe und Bauindustrie hingewiesen, welcher in § 5 Z 14 und Z 15 normiere, dass, wer als Facharbeiter aufgenommen bzw. vermittelt worden sei, für die Dauer dieses Dienstverhältnisses den Anspruch auf den Facharbeiterlohn behalte; sowie Arbeitnehmer, die zu Arbeiten herangezogen würden, welche einem erlernten Beruf entsprechen würden, für die Dauer dieser Beschäftigung, wenn ihre Arbeit der eines Facharbeiters gleichkomme, Anspruch auf den Lohn des Facharbeiters hätten.

Der hier anzuwendende Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie regle demnach eindeutig und zweifelsfrei, dass Arbeitnehmer, wenn diese für Facharbeiter-Tätigkeiten herangezogen würden, jedenfalls auch mit Facharbeiterlohn zu vergüten seien, unabhängig davon, ob, wie vorgebracht, ein Facharbeiterbrief vorliege oder nicht.

Insgesamt sei das Beschwerdevorbringen daher nicht geeignet, eine Änderung des dem Straferkenntnis zugrundeliegenden Sachverhaltes herbeizuführen. Ebenso wenig würden Gründe für eine außerordentliche Strafmilderung nach § 20 VStG vorliegen. Gründe, welche eine Einstellung des Verfahrens oder den Anspruch einer Ermahnung nach den Bestimmungen den AVRAG erlauben würden, seien bislang gleichfalls nicht zu Tage getreten. Zu § 9 Abs. 7 VStG würde der Bf übersehen, dass eine gesellschaftsrechtliche Haftung nicht mit der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung gleichzusetzen sei. Vielmehr habe jeder Geschäftsführer die Verletzung einer verwaltungsstrafrechtlichen Bestimmung zu verantworten und sei jeder Geschäftsführer für die begangene Verwaltungsübertretung gleichermaßen zu bestrafen. Die Abwälzung einer Verwaltungsstrafe auf eine juristische Person sei nicht vorgesehen. Die Anzahl der Geschäftsführer einer Gesellschaft könne jedenfalls kein Milderungsgrund sein. Es wäre wohl alleine aus Gründen der Sachlichkeit nicht nachvollziehbar, weshalb ein Einzelunternehmer für die gleiche Verwaltungsübertretung eine höhere Strafe erhalten sollte, als die Geschäftsführer einer GmbH, nur weil die GmbH aufgrund ihrer Größe über mehrere Geschäftsführer verfüge. Die Größe einer juristischen Person und die Anzahl der für die juristische Person verwaltungsstrafrechtlich verantwortlichen Personen könnten keinesfalls zu einer Milderung der Strafe führen.

Zur Berücksichtigung der Einkommensverhältnisse hätte der Bf die Möglichkeit gehabt, ein entsprechendes Vermögensverzeichnis abzugeben bzw. sein Einkommen offen zu legen. Diese Möglichkeit sei nicht wahrgenommen worden. Auch in der nunmehrigen Beschwerde würden dazu keine Beweise vorgelegt.

Abschließend werde angemerkt, dass die erkennende Behörde den Strafrahmen unrichtig angewendet habe, da insgesamt acht Arbeitnehmer von einer Unterentlohnung betroffen seien und daher der höhere Strafrahmen von 2.000 Euro bis 20.000 Euro anzuwenden gewesen wäre. Es sei jedoch für die Strafbemessung der niedrigere Strafrahmen, welcher bei Unterentlohnung von bis zu drei Arbeitnehmern zur Anwendung gelange, herangezogen worden, da hier wohl nicht von insgesamt acht Arbeitnehmern, sondern je Baustellenerhebung von einmal zwei Arbeitnehmern und zweimal drei Arbeitnehmern ausgegangen worden sei. Aus Sicht der B gehe auch die Beschwerde hinsichtlich der Strafhöhe daher jedenfalls ins Leere.

Die B beantrage, die ggst. Beschwerde abzuweisen und das Straferkenntnis zu bestätigen.

I.5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beraumte für 1. Oktober 2019 eine öffentliche Verhandlung an, zu welcher der Bf, die beiden weiteren Geschäftsführer (ebenfalls als Bf), sowie deren rechtsfreundlicher Vertreter und die belangte Behörde sowie die B als Organpartei geladen wurden. Sämtliche Bf wurden vernommen. Die Sach- und Rechtslage wurde mit sämtlichen Parteien umfassend erörtert.

Darüber hinaus wurden die Erhebungsorgane der B, M S und R E, als Zeugen vernommen. Ebenfalls als Zeuge vernommen wurde der Polier, A G, auf der Baustelle in X (Spruchpunkte 3, 4 und 5).

Darüber hinaus wurde versucht, auch das Erhebungsorgan der B betreffend die Baustelle in x (Spruchpunkte 1 und 2) zu laden. Dieser Zeuge ist nicht mehr bei der B beschäftigt und unentschuldigt nicht zur Verhandlung erschienen. Darüber hinaus wurde der Zeuge J K als Polier für die Baustelle in x (Spruchpunkte 1 und 2) als Zeuge geladen. Dieser ist mittlerweile in Pension und war für die Verhandlung urlaubsbedingt entschuldigt. Außerdem wurde der Zeuge Ing. G J betreffend die Baustelle in X (Spruchpunkte 3, 4 und 5) als Zeuge geladen; dieser ist unentschuldigt nicht erschienen. Für die Baustelle in x (Spruchpunkte 6, 7 und 8) wurde der Zeuge E H als Polier geladen. Dieser war krankheitsbedingt entschuldigt. Er hat eine schriftliche Stellungnahme abgegeben.

I.6. Im Anschluss an die Verhandlung wurde dem Bf die Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme zu den in der Verhandlung hervorgekommenen Beweisergebnissen sowie zu einer allfälligen Nachzahlung hinsichtlich der Arbeitnehmer auf der Baustelle in X (Spruchpunkte 3, 4 und 5) eingeräumt.

Mit Eingabe vom 22. Oktober 2019 teilte der Bf mit, dass hinsichtlich dieser drei Arbeitnehmer Nachzahlungen – nämlich jene, die von der B angezeigt und von der belangten Behörde im Straferkenntnis vorgeworfen worden seien – erfolgt seien.

S O habe demnach eine Lohnnachzahlung von 487,34 Euro, A S eine Lohnnachzahlung von 504,04 Euro und E P eine Lohnnachzahlung von 510,72 Euro erhalten.

Dazu würden auch entsprechende Überweisungsbestätigungen vorgelegt werden.

I.7. Das erkennende Gericht hat der B mit Schreiben vom 25. Oktober 2019 die Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme zum Vorbingen des Bf eingeräumt.

Mit Eingabe vom 8. November 2019 brachte die B vor, dass der Bf die Auftragsunterlagen über die Baustelle in x nicht vorgelegt habe, wodurch die Prüfung des Sachverhaltes neuerlich erschwert worden sei. Die Überweisungen an die Arbeitnehmer auf der Baustelle in X seien erst am 17. Oktober 2019 erfolgt; außerdem seien die Bruttobeträge überwiesen und die Löhne daher nicht versteuert worden. Die Nachzahlungen seien erst über Nachfrage der belangten Behörde und nach dreieinhalb Jahren erfolgt. Eine solche Nachzahlung könne aus Sicht der B lediglich strafmildernd berücksichtigt werden.

Zur Einstufung im Kollektivvertrag wiederholte die B das Vorbringen in der Beschwerde, insbesondere dahingehend, dass die Arbeiter dann, wenn sie für Facharbeitertätigkeiten und nicht nur für Hilfsarbeitertätigkeiten herangezogen würden, Anspruch auf den Facharbeiterlohn hätten.

Zur unbeschränkten Haftung aller drei Geschäftsführer brachte die B vor, dass dies das Wesen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung sei. Wären die beiden weiteren Geschäftsführer bloß an der GmbH beteiligt gewesen, so hätte eine Gesellschafterstellung ausgereicht, mit welcher keine Vertretungsbefugnis und keine Haftung verbunden gewesen wären.

Die nunmehr vorgelegten Einkommensverhältnisse würden wohl im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen sein. Darüber hinaus hätten die Beschwerdeführer keine Angaben zu ihren Vermögenverhältnissen im Hinblick auf Gewinnausschüttungen gemacht.

Die B verweise auf das bisherige Vorbringen, beantrage, die gegenständlichen Beschwerden abzuweisen und die Straferkenntnisse der belangten Behörde zu bestätigen.

Auf die Durchführung einer weiteren Verhandlung werde verzichtet.

I.8. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat der belangten Behörde mit Schreiben vom 18. November 2019 die Möglichkeit eingeräumt, zu den Vorbringen des Bf vom 22. Oktober 2019 und der B vom 8. November 2019 eine Stellungnahme abzugeben.

Die belangte Behörde brachte zusammengefasst vor, die vom Bf vorgelegten Unterlagen seien nicht dazu geeignet den Vorwurf der Unterentlohnung zu entkräften. Die erfolgten Nachzahlungen könnten lediglich strafmildernd berücksichtigt werden. Im Übrigen schließe sich die belangte Behörde dem Vorbringen der B an.

Beantragt werde, die Strafen unter Berücksichtigung der jeweiligen projektbezogenen Verantwortung tat- und schuldangemessen festzusetzen.

I.9. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat dem Bf mit Schreiben vom 18. November 2019 die Möglichkeit eingeräumt, zum Vorbringen der B vom 8. November 2019 eine Stellungnahme abzugeben.

Der Bf brachte zusammengefasst vor, dass der Umstand, dass die Nachzahlung erst 3,5 Jahre nach den Erhebungen erfolgt sei, einzig und alleine von der belangten Behörde zu verantworten sei. Die überlange Verfahrensdauer stelle einen wesentlichen Milderungsgrund dar. Der Bf habe seit seiner Eingabe im Dezember 2016 bis zur Zustellung des Straferkenntnisses im Juni 2019 keine Reaktion der belangten Behörde erhalten. Es habe keinen Grund für eine Zahlung gegeben, zumal der Bf zuvor nicht mit einem Verfahren rechnen habe müssen.

Bestritten werde auch, dass der Bf die Arbeiter willkürlich im Kollektivvertrag eingestuft habe. Tatsache sei, dass die Arbeiter Hilfsarbeiter gewesen seien, als sie beim Unternehmen des Bf eingestellt worden seien. Der Kollektivvertrag sehe für Hilfsarbeiter einen Lohn von 11,61 Euro vor. Der Bf habe die Arbeiter über diesem kollektivvertraglichen Mindestlohn entlohnt. Die ursprüngliche Einstufung als Bauhilfsarbeiter sei zu Recht erfolgt. Es gehe rein um die damalige Beschäftigung auf der Baustelle und nicht um eine grundsätzliche Einstufung.

Die Behauptung der B, die Arbeiter seien in der „Kategorie e)“ eingestuft worden, entbehre jeder Grundlage.

Nicht nachvollziehbar sei, dass die Einkommensverhältnisse nur zögerlich vorgebracht worden seien. Der Bf habe bereitwillig seinen Jahreseinkommenssteuerbescheid des Finanzamtes aus dem Jahr 2016 vorgelegt, aus welchem das Jahresnettoeinkommen klar hervorgehen würde. Zusätzliche Einkünfte würden nicht bestehen.

II. Nachfolgender S A C H V E R H A L T steht fest:

II.1. Allgemeines zum Verfahrensgang:

II.1.1. Zum Verfahrensgang an sich ist auszuführen, dass Kontrollorgane der B zunächst auf drei Baustellen Kontrollen durchgeführt haben, auf welchen überlassene Arbeitskräfte des Unternehmens des Bf angetroffen wurden. Bei den Kontrollorganen der B hat sich dazu der Verdacht der Unterentlohnung ergeben. Demnach erfolgte eine Anzeige der B, datiert mit 16. Juni 2016, an die belangte Behörde. Die belangte Behörde übermittelte sodann an den Bf eine Aufforderung zur Rechtfertigung vom 17. November 2016. Der Bf erstattete in Reaktion darauf eine Rechtfertigung vom 29. Dezember 2016.

In weiterer Folge wurden – nach dem Akteninhalt – von der belangten Behörde bis zum 8. Mai 2019 keine weiteren Schritte gesetzt.

Am 8. Mai 2019 übermittelte die belangte Behörde die Rechtfertigung des Bf vom 29. Dezember 2016 an die B zur Gewährung von Parteiengehör. Mit einer Stellungnahme vom 17. Mai 2019 hielt die B ihre Anzeige vom 16. Juni 2016 aufrecht.

Am 28. Mai 2019 erließ die belangte Behörde das nunmehr in Beschwerde gezogene Straferkenntnis. Dieses wurde mit Beschwerde vom 4. Juli 2019 angefochten. Mit Vorlageschreiben vom 9. Juli 2019 legt die belangte Behörde den Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor.

II.1.2. Im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat zunächst die B eine (oben zu Punkt I.4. dargestellte) Stellungnahme abgegeben. Sodann fand am 1. Oktober 2019 die oben zu Punkt I.5. beschriebene öffentliche mündliche Verhandlung statt, woraufhin weitere Stellungnahmen der Verfahrensparteien (Punkt I.6. bis I.9.) eingeholt wurden.

II.2. Allgemeines zum Unternehmen des Bf:

II.2.1. Die H W P GmbH hat ihren Firmensitz in x, x. Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer dieses Unternehmens. Laut Firmenbuchauszug sind auch C H und A H handelsrechtliche Geschäftsführer dieses Unternehmens.

Eine Geschäftsverteilung, wonach einer der drei Geschäftsführer speziell für Personalangelegenheiten bzw. Lohneinstufungsfragen zuständig wäre, wurde nicht vereinbart.

II.2.2. Ungeachtet dessen ist C H der hauptverantwortliche Geschäftsführer für Personalangelegenheiten, insbesondere für die Vermittlung und Überlassung von Arbeitskräften an andere Unternehmen und für die Lohneinstufung dieser Arbeitskräfte.

A H spielt diesbezüglich nur eine „untergeordnete Rolle“, als sie zwar handelsrechtliche Geschäftsführerin ist, jedoch hauptsächlich im Innendienst für administrative Angelegenheiten zuständig ist.

Der Bf ist Gründungsmitglied und handelsrechtlicher Geschäftsführer im Tatzeitraum. Allerdings ist er nicht im Unternehmen beschäftigt. Sein Einkommen bezieht er aus einer anderen Arbeitstätigkeit. Im Zeitpunkt der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht war er nicht mehr handelsrechtlicher Geschäftsführer.

II.2.3. Gesellschafter des Unternehmens waren im Tatzeitraum der Bf sowie C H und A H. An die Stelle des Bf ist mittlerweile die GW A V als Gesellschafterin getreten.

Die GW A V hat ihren Sitz in x, x, wo auch die H W P GmbH ihren Sitz hat. Geschäftszweig der GW A V ist der Besitz und die Verwaltung von Geschäftsanteilen. Alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer dieses Unternehmens ist der Bf. Im Ergebnis ist damit der Bf nach wie vor in das verfahrensgegenständliche Unternehmen involviert und trägt durch die vorliegende „Verkettung“ der beiden Unternehmen auch weiterhin die Verantwortung mit.

II.2.4. Die belangte Behörde hat auch gegen C H ein Straferkenntnis (GZ. 0036681/2016) mit gleichlautendem Tatvorwurf und Verhängung gleichlautender Strafen erlassen. Das Beschwerdeverfahren ist vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu GZ. LVwG-302407-2019 anhängig.

II.2.5. Die belangte Behörde hat auch gegen A H ein Straferkenntnis (GZ. 0036676/2016) mit gleichlautendem Tatvorwurf und Verhängung gleichlautender Strafen erlassen. Das Beschwerdeverfahren ist vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu GZ. LVwG-302408-2019 anhängig.

II.3. Zu Spruchpunkt 1 und 2 (Baustelle in x):

II.3.1. Am 21. Jänner 2016 führte der Baustellenerheber der B, T S, eine Kontrolle des Bauvorhabens „A P“ in x, Steingasse 6, durch.

Die „A P“ setzte sich aus den Bauunternehmen H H T GmbH, SB GmbH und PB GmbH zusammen. Nach den Ergebnissen dieser Baustellenkontrolle beauftragte die „A P“ das Unternehmen des Bf mit der Zurverfügungstellung von Arbeitskräften.

II.3.2. Im Zuge der Kontrolle wurden die Arbeitnehmer A T (Spruchpunkt 1) und R T (Spruchpunkt 2) auf dieser Baustelle angetroffen.

II.3.3. Mit einer Einsatzbestätigung vom 21. Jänner 2016 (dem Kontrolltag) bestätigte der auf der Baustelle anwesende Polier, J K (- aufgrund der unleserlichen Schreibweise des Erhebungsorganes T S der B, zunächst fälschlich als K bezeichnet -), dass die beiden Arbeiter von 19. November 2015 bis voraussichtlich Ende März 2016 beschäftigt seien und bezeichnete die ausgeübte Tätigkeit als „Maurer“. Diese Einsatzbestätigung wurde vom Kontrollorgan der B handschriftlich ausgefüllt und vom Polier unterfertigt.

Später wurde festgestellt, dass dieser Polier nicht J K hieß, sondern J K. Auch die B ging aber zunächst von dem erstgenannten Namen aus.

Darüber hinaus wurden auf der Baustelle sogenannte „Baustellenerhebungsprotokolle/Niederschriften“ ausgefüllt. Diese Baustellenerhebungsprotokolle waren zweisprachig auf Deutsch/Polnisch verfasst. Allerdings füllten – entgegen dem Vorbringen der B – nicht die beiden Arbeitnehmer diese Baustellenerhebungsprotokolle aus, sondern wurden diese jeweils vom Erhebungsorgan der B ausgefüllt. Dies zeigt sich schon an der durchgehend gleichen Handschrift auf allen Dokumenten, nämlich der Einsatzbestätigung und den beiden Baustellenerhebungsprotokollen.

Im Baustellenerhebungsprotokoll wurde als Tätigkeitsbeginn unter Anmerkungen vom Kontrollorgan das Datum mit 19. November 2015 festgehalten und das voraussichtliche Ende mit „Ende März 2016“. Dabei handelt es sich offensichtlich um ein „allgemeines Formular“. Sodann wurden noch Niederschriften hinsichtlich der beiden Arbeitnehmer – ebenfalls wieder vom Erhebungsorgan – ausgefüllt.

Hinsichtlich A T findet sich bei „ausgeübte Tätigkeit auf der Baustelle“ die Bezeichnung „Schaler und Maurer“ und „bei Berufsausbildung für die ausgeübte Tätigkeit“ steht „Maurer“. Unter „Seit wann arbeiten Sie auf dieser Baustelle?“ findet sich das Datum „September 2015 / wieder 11. Jänner 2016“ und bei „Bis wann arbeiten Sie voraussichtlich noch auf dieser Baustelle (Datum)?“ findet sich „Ende März 2016“.

Hinsichtlich R T füllte ebenfalls das Erhebungsorgan die Niederschrift aus. Unter „ausgeübte Tätigkeit auf der Baustelle“ findet sich „Schaler+Maurer“ und bei „Berufsausbildung für die ausgeübte Tätigkeit“ die Bezeichnung „Maurer“. Unter „Seit wann arbeiten Sie auf der Baustelle?“ findet sich (unleserlich) entweder „Sep 27.“ oder „Sep 17.“ wobei nicht genau ersichtlich ist um welches Datum es sich handelt. Allenfalls käme eine Jahreszahl in Betracht, dann wäre der Beginn im September 2017, was aber nach dem Kontrollzeitpunkt liegen würde.

Darüber hinaus wurde in den Kontrollblättern – soweit leserlich – hinsichtlich A T vom Erhebungsorgan noch vermerkt:

„Vor Sep Schalung, ab Nov 100 % Maurer“ sowie „Baufacharbeiten, Schalung – Betonieren - Maurer“ und „Schaler, seit Mitte November Maurer“, „derzeit Zusammenräumen, zum Mauern zu kalt“

Hinsichtlich des Arbeitnehmers R T füllte ebenfalls das Erhebungsorgan der B Nachfolgendes aus:
„Vor Sep Schalung, ab Nov Maurer“, „Baufacharbeit, Schalung – Betonieren - Maurer“, „Schalung, seit Mitte November Maurer“, „derzeit Zusammenräumen, zum Mauern zu kalt“

Die genannten Arbeitnehmer füllten selbst keine Protokolle bzw. Formulare aus.

Im Akt befinden sich verschiedene Rechnungen des Unternehmens des Bf an die A P.

In einer Rechnung Nr. x vom 22. Dezember 2015 wurde für mehrere Mitarbeiter eine Abrechnung übermittelt. Diese Abrechnung beinhaltete acht Arbeitnehmer, soweit vom Namen her ersichtlich polnischer Herkunft. Unter diesen acht Arbeitnehmern befanden sich auch die beiden in den Spruchpunkten 1 und 2 genannten Arbeitnehmer. Hinsichtlich dieser Rechnung ergibt sich, dass nur die Abrechnungen für die beiden verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmer beanstandet wurden – die übrigen Abrechnungen aber nicht. Auffällig dabei ist jedoch, dass für fünf Arbeitnehmer eine deckungsgleiche Abrechnung vorgenommen wurde, nämlich für die beiden verfahrensrelevanten Arbeitnehmer und drei weitere Arbeitnehmer. Nur zwei Arbeitnehmer wurden mit geringfügigeren Beträgen abgerechnet. Die Zeiträume in diesen Abrechnungen sind der 1. Dezember 2015 bis 6. Dezember 2015, 7. Dezember 2015 bis 13. Dezember 2015 und 14. Dezember 2015 bis 20. Dezember 2015.

In einer weiteren Abrechnung, Rechnung Nr. x, vom 17. November 2015 finden sich die zuvor genannten Arbeiter sowie noch zahlreiche weitere Arbeiter. Insgesamt wurde die Vermittlung von 19 Arbeitern verrechnet, unter diesen wiederum die beiden verfahrensrelevanten Arbeiter. Auch hier ist auffällig, dass sich die Abrechnungsbeträge im Wesentlichen decken, eine Beanstandung der B allerdings wieder nur für die beiden verfahrensgegenständlichen Arbeiter erfolgte.

Nicht ersichtlich ist, ob die übrigen Arbeiter im Zuge der Baustellenkontrolle überhaupt anwesend waren, überprüft wurden bzw. weshalb dies allenfalls nicht geschehen ist.

Hinsichtlich der Tätigkeiten der beiden Arbeitnehmer liegen verschiedene Vorbringen vor, nämlich einerseits jenes des Bf, dass es sich um Hilfsarbeiten gehandelt habe, sowie die Behauptung der B, dass es sich um Facharbeiten gehandelt habe.

II.3.4. Auch zur Unterentlohnung liegen unterschiedliche Vorbringen vor, wobei einerseits der Bf von einer Entlohnung für Hilfsarbeiten ausgeht, die B von einer Entlohnung für Facharbeiten, welche dann von der belangten Behörde übernommen wurde.

Die Unterentlohnung, wie sie dem Bf vorgeworfen wurde, ergibt sich aus dem oben zu Punkt I.1. dargestellten Straferkenntnis. Ob eine solche Unterentlohnung stattgefunden hat, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

II.3.5. Nachdem die Baustellenkontrolle bereits am 21. Jänner 2016 stattgefunden hat – also über drei Jahre zurückliegt – kann nicht mehr festgestellt werden, welche konkreten Tätigkeiten die beiden Arbeiter durchgeführt haben. Dazu liegen nur widerstreitende Aussagen des Bf und der B vor. Wie im Rahmen der Beweiswürdigung noch zu zeigen sein wird, konnten definitive Feststellungen, die es erlauben würden, eine Einstufung der Arbeiter vorzunehmen, nicht getroffen werden.

II.4. Zu Spruchpunkt 3, 4 und 5 (Baustelle in X):

II.4.1. Hinsichtlich dieser Spruchpunkte hat der Bf das Straferkenntnis im Hinblick auf den Schuldspruch nicht bekämpft, sodass dieser in Rechtskraft erwachsen ist. Auf die Darstellung zu Punkt I.1. wird zur Vermeidung von Wiederholung verwiesen.

Die Beschwerde richtet sich in diesen Spruchpunkten nur gegen die Strafhöhe. Schon in der Rechtfertigung vom 29. Dezember 2016 hat sich der Bf im Hinblick auf diese Spruchpunkte geständig verantwortet.

II.4.2. Eine Nachzahlung der Differenzbeträge hinsichtlich der Unterentlohnung ist im Verfahren vor der belangten Behörde nicht erfolgt.

Im Beschwerdeverfahren vor dem erkennenden Gericht hat der Bf nunmehr die Beträge, die ihm von der B vorgeworfen wurden, und für welche er auch bestraft wurde, an die genannten Arbeitnehmer nachbezahlt.

Aus den vorliegenden Überweisungsbestätigungen vom 17. Oktober 2019 ergibt sich, dass der Arbeitnehmer S O (Spruchpunkt 3) eine Nachzahlung von 487,34 Euro, der Arbeitnehmer E P (Spruchpunkt 4) eine Nachzahlung von 510,72 Euro und der Arbeitnehmer A S (Spruchpunkt 5) eine Nachzahlung von 504,04 Euro erhalten hat.

II.5. Zu Spruchpunkt 6, 7 und 8 (Baustelle x):

II.5.1. Am 3. Februar 2016 führte der Baustellenerheber der B, R E, eine Kontrolle des Bauvorhabens „S“ in x, x, durch. Im Zuge dieser Kontrolle wurde festgestellt, dass das Unternehmen des Bf drei Arbeitnehmer an das Unternehmen FBS Bau GesmbH überlassen hatte.

II.5.2. Bei den genannten Arbeitnehmern handelte es sich um M E (Spruchpunkt 6), L J (Spruchpunkt 7) und N K (Spruchunkt 8).

II.5.3. Zur durchgeführten Tätigkeit wurden auf der Baustelle „Baustellungserhebungsprotokolle/Niederschriften“ ausgefüllt. Dazu wurden keine zweisprachigen Formulare verwendet, sondern solche in deutscher Sprache.

Das Formular betreffend M E (Spruchpunkt 6) wurde vom Erhebungsorgan der B ausgefüllt. Unter „ausgeübte Tätigkeit auf der Baustelle“ findet sich „Schalungszimmerer“, die Fragen, ob eine Berufsausbildung für die ausgeübte Tätigkeit besteht oder ein Gewerbeschein für die ausgeübte Tätigkeit vorliegt, wurden jeweils mit „nein“ angekreuzt.

Die Frage „Welche Tätigkeit wird von Ihnen auf der Baustelle (in %) überwiegend ausgeübt?“ wurde mit „Schalungsarbeiten 100 %“ beantwortet.

Das vom Erhebungsorgan ausgefüllte Formular wurde vom Arbeitnehmer unterschrieben.

Das „Baustellenerhebungsprotokoll“ des Arbeitnehmers L J (Spruchpunkt 7) wurde teilweise vom Arbeitnehmer selbst ausgefüllt. Die Frage „ausgeübte Tätigkeit auf der Baustelle“ beantwortete er mit „Decke ausschalen“. Die Fragen nach der Berufsausbildung für die ausgeübte Tätigkeit und eines Gewerbescheines für die ausgeübte Tätigkeit wurde jeweils mit „nein“ beantwortet.

Die Frage „Welche Tätigkeit wird von Ihnen auf der Baustelle (in %) überwiegend ausgeübt?“ wurde mit „Schalungsarbeiten 100 %“ beantwortet. Die Frage „Welche Tätigkeiten üben Sie seit dem Beginn der Beschäftigung bei dem oben genannten Unternehmen aus?“ wurde mit „Schalungsarbeiten von Anfang an!“ beantwortet. Diese beiden letzten Antworten wurden vom Erhebungsorgan eingetragen.

Das Formular wurde sodann vom Arbeitnehmer unterfertigt.

Das Baustellenerhebungsprotokoll betreffend N K (Spruchpunkt 8) wurde wiederum vom Erhebungsorgan ausgefüllt. Die Frage „ausgeübte Tätigkeit auf der Baustelle“ wurde mit „Schalungszimmerer“ beantwortet. Die Fragen nach der Berufsausbildung für die ausgeübte Tätigkeit und nach einem Gewerbeschein für die ausgeübte Tätigkeit wurde jeweils mit „nein“ beantwortet.

Die Frage „Welche Tätigkeit wird von Ihnen auf der Baustelle (in %) überwiegend ausgeübt?“ wurde mit „Schalungsarbeiten 100 %“ beantwortet. Die Frage „Welche Tätigkeiten üben Sie seit dem Beginn der Beschäftigung bei dem oben genannten Unternehmen aus?“ wurde mit „Schalungsarbeiten, ein u. ausschalen“ beantwortet.

Dieses Protokoll wurde ebenfalls vom Arbeitnehmer unterfertigt.

Unter der Rubrik „Arbeitnehmer bei folgender Tätigkeit angetroffen:“ wurde für alle drei Arbeitnehmer vom Erhebungsorgan vermerkt „Befragung Container (starker Regen)“.

Im Zeitpunkt der Kontrolle wurden insofern keine Tätigkeiten von den angetroffenen Arbeitnehmern durchgeführt.

Auf den im Akt befindlichen „Wochenabrechnungen“ betreffend die drei angetroffen Arbeitnehmer wurde die Anzahl der Stunden vermerkt. Diese wurden vom Arbeitnehmer unterfertigt und vom zuständigen Polier, E H „gegengezeichnet bzw. bestätigt“. Eine konkrete Tätigkeit ergibt sich aus diesen Wochenabrechnungen nicht.

Der Polier, E H, wurde zur Verhandlung vor dem erkennenden Gericht als Zeuge geladen. Dieser Zeuge entschuldigte sich krankheitsbedingt.

Gemeinsam mit seinem Entschuldigungsschreiben legte der Zeuge eine Stellungnahme bzw. ein „Gedächtnisprotokoll“ über die Baustelle und die Kontrolle sowie die Tätigkeit der polnischen Arbeitskräfte vor.

In dieser Stellungnahme führte der Polier aus, dass die polnischen Arbeiter hauptsächlich Hilfsarbeiten verrichtet haben und nannte dazu: „Decke ausschalen, Zusammenräumen, Schalung putzen, Schalung ausnageln, Mithilfe bei Kanalarbeiten, Erdarbeiten per Hand, Mithilfe bei Betonierarbeiten, Schalung herbeifahren mit Lader vom Lagerplatz, Mitarbeit beim Einschalen von Decken und Wänden.“ Zusätzlich gab der Zeuge an, dass die polnischen Arbeitskräfte keine selbstständigen Facharbeiten durchgeführt haben und immer mit Facharbeitern und Vorarbeitern des Bauunternehmens mitgearbeitet haben.

II.5.4. Die B ging anhand der vorliegenden Erhebungsergebnisse von der zu Spruchpunkt I.1. im Straferkenntnis dargestellten Unterentlohnung aus, auf welche an dieser Stelle verwiesen wird.

II.5.5. Aufgrund der mittlerweile verstrichenen Zeit – seit der Kontrolle am 3. Februar 2016 sind mittlerweile über dreieinhalb Jahre vergangen – lässt sich aus den Erhebungsergebnissen nicht mit der für ein Strafverfahren notwendigen

Sicherheit feststellen, dass die genannten Arbeiter Facharbeiten durchgeführt hätten, die zu einer unrichtigen Einstufung im Kollektivvertrag geführt hätten. Eine Unterentlohnung ist insofern mit der für ein Strafverfahren notwendigen Sicherheit nicht feststellbar.

Die vorliegenden Beweisergebnisse lassen einerseits den Schluss zu, dass „Schalungsarbeiten“ als Facharbeiten zu qualifizieren sind. Andererseits aber gab der Polier des Bauunternehmens an, diese Arbeiter hätten stets mit Fach- und/oder Vorarbeitern des Bauunternehmens zusammengearbeitet und keine selbstständigen Arbeiten verrichtet. Auch die Aufzählung der Arbeiten in seiner Stellungnahme lässt den Schluss zu, dass diese Arbeiter nur Hilfsarbeiten durchgeführt haben.

Dies steht auch im Einklang mit den vom Erhebungsorgan ausgefüllten Formularen, wonach die drei Arbeiter weder über eine Berufsausbildung, noch über einen Gewerbeschein für die durchgeführten Arbeiten verfügen.

Die Bezeichnung „Schalungsarbeiten“ ist insofern sehr weit gefasst und kann sowohl die damit in Zusammenhang stehenden Facharbeiten als auch die notwendigen Hilfsarbeiten (Herbeiführen der Schalungstafeln, Reinigung derselben, etc.) umfassen. Welche konkreten Arbeiten dies waren, hat sich trotz intensiver Erhebungen nicht ergeben.

Darüber hinaus hat der Zeuge E in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einen ausgesprochen glaubwürdigen Eindruck hinterlassen, zumal dieser in seiner Aussage nicht nur die belastenden, sondern auch die entlastenden Feststellungen auf der Baustelle gleichermaßen dargestellt hat.

Dieser Aussage kommt insofern besonders hohe Glaubwürdigkeit zu.

II.6. Zu den persönlichen Verhältnissen des Bf:

II.6.1. Der Bf verfügt über ein monatliches Netto-Einkommen von zirka 2.200 bis 3.000 Euro. Als Geschäftsführergehalt erhält er dieses zwölf Mal jährlich. Dieses Einkommen bezieht der Bf aber von seinem eigenen Unternehmen. Der Bf hat Sorgepflichten für zwei schulpflichtige Kinder im Alter von 14 und 16 Jahren. An Vermögen hat der Bf ein Haus, er ist Hälfte-Eigentümer gemeinsam mit seiner Ehefrau. Der Bf hat keine privaten Schulden.

II.6.2. Der Bf ist unbescholten. Zu den Tatvorwürfen in den Spruchpunkten 3, 4 und 5 hat sich der Bf geständig verhalten. Zu diesen Tatvorwürfen ist mittlerweile eine Nachzahlung an die betroffenen Arbeitnehmer erfolgt.

II.6.3. Der Bf war bzw. ist im verfahrensgegenständlichen Unternehmen nicht operativ tätig. Im Unterschied dazu war C H hauptverantwortlich für die Überlassung von Arbeitskräften und deren kollektivvertragliche Lohneinstufung. A H verrichtete nur administrative Tätigkeiten.

Allerdings ist der Bf alleiniger Geschäftsführer und Gesellschafter der GW A V GmbH, die Gesellschafterin der HW P GmbH ist. Diese Verkettung der beiden Unternehmen ergibt sich aus den jeweiligen Firmenbuchauszügen; der Bf hat dies aber bei seiner Befragung verschwiegen.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Zum Verfahrensgang:

Der Verfahrensgang sowohl vor der belangten Behörde als auch vor dem erkennenden Gericht ergibt sich unstrittig und nachvollziehbar aus dem Akteninhalt.

III.2. Zum Unternehmen des Bf:

Die Sachverhaltsfeststellungen zum Unternehmen des Bf ergeben sich ebenfalls aus dem Akteninhalt, insbesondere aus dem Firmenbuchauszug. Daraus ergibt sich auch, dass sowohl der Bf als auch zwei weitere Geschäftsführer im Unternehmen tätig sind.

Eine Geschäftsverteilung dahingehend, dass etwa nur einer der im Firmenbuch aufscheinenden Geschäftsführer für Personalangelegenheiten bzw. Lohneinstufungen zuständig wäre, hat sich nicht ergeben.

Die Sachverhaltsfeststellungen zur GW A V ergeben sich aus deren Firmenbuchauszug sowie aus dem Firmenbuchauszug der HW P GmbH.

III.3. Zu Spruchpunkt 1 und 2 (Baustelle in x):

III.3.1. Die durchgeführte Kontrolle, das Datum sowie die Örtlichkeit und die Eckdaten auf der Baustelle selbst ergeben sich aus dem Akteninhalt, insbesondere aus den Erhebungen der B und der diesbezüglichen Anzeige. Die konkreten Eckdaten zur Baustelle selbst, zur Örtlichkeit, zu den Arbeitnehmern und dass solche vom Unternehmen des Bf überlassen wurden, wurden auch vom Bf zugestanden. Diesbezüglich ist der Sachverhalt unstrittig.

III.3.2. Auch die Feststellungen zu den Arbeitnehmern auf der Baustelle ergeben sich aus dem Akteninhalt. Diesbezüglich ist auch unstrittig, dass diese im Unternehmen des Bf tätig waren bzw. von diesem auf die genannte Baustelle für das Bauvorhaben „A P“ überlassen wurden. Auch in diesem Punkt ist der Sachverhalt unstrittig.

III.3.3. Im Hinblick auf die von den genannten Arbeitnehmern durchgeführten Tätigkeiten ist der Sachverhalt allerdings strittig und stellt sich die für die Beurteilung der Unterentlohnung relevante Frage, welche Tätigkeiten diese Arbeitnehmer verrichtet haben. Dazu bestehen durchwegs unterschiedliche Auffassungen.

Von der B wurde diesbezüglich angezeigt, dass die Arbeitnehmer Facharbeiten im Hinblick auf Schalungsarbeiten und Maurerarbeiten durchgeführt hätten. Dies wurde allerdings nur vom Erhebungsorgan der B selbst handschriftlich in den Niederschriften und Protokollen vermerkt. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass dessen Handschrift sehr unleserlich war.

Dies führte zu diversen Schwierigkeiten bei der Sachverhaltsfeststellung und zeigt sich zunächst schon darin, dass der korrekte Name des Poliers auf der Baustelle nicht sogleich identifizierbar war, zumal die Handschrift sowohl „K“ als auch „K“

zulässt. Dass auch die B zunächst von der Schreibweise „K“ ausging zeigt sich darin, dass dieser Name in der Anzeige genannt wurde.

Dieser Angabe in der Anzeige folgend hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zunächst versucht, den Polier mit dem Namen „J K“ beim zuständigen Mitglied der „A P“, nämlich der H H T GmbH. zu laden. Dieses Unternehmen hat daraufhin mitgeteilt, einen solchen Dienstnehmer nicht zu beschäftigen.

Weitere Nachfragen bei den übrigen Mitgliedern bei der A, nämlich der SB GmbH. und der PB GmbH haben ergeben, dass auch dort ein solcher Dienstnehmer nicht beschäftigt wird.

Weitere Erhebungen der H H T GmbH. haben sodann ergeben, dass aufgrund einer falschen Schreibweise dieser Zeuge nicht “J K“, sondern „J K“ heißt, mittlerweile aber in Pension ist. Die Ladung wurde ihm von seinem ehemaligen Dienstgeber weitergeleitet und eine ladungsfähige Anschrift bekanntgegeben. Der Zeuge hat sich daraufhin unter Vorlage einer Buchungsbestätigung urlaubsbedingt entschuldigt.

Zusätzliche Schwierigkeiten haben sich auch daraus ergeben, dass das Erhebungsorgan der B, T S, dort schon seit Mitte 2016 nicht mehr beschäftigt ist. Die erste Ladung hat das Erhebungsorgan nicht behoben. Nach Überprüfung der Adresse des Zeugen und einer nochmaligen Ladung, hat das ehemalige Erhebungsorgan die Ladung nicht behoben und ist zur Verhandlung unentschuldigt nicht erschienen. Die Vertreterin der B hat in der Verhandlung bekanntgegeben, dass dieser Zeuge zu den Verhandlungen, zu denen er als Zeuge benötigt würde, erfahrungsgemäß nicht erscheint und sich auch nicht entschuldigt.

Insofern haben sich schon daraus Schwierigkeiten bei der Feststellung der Tätigkeiten der genannten Arbeiter ergeben.

Auch wenn Auftragsunterlagen betreffend der Baustelle in x vom Bf nicht vorgelegt wurden, und dadurch der Eindruck entstehen kann, der Bf versuche, die wahre Tätigkeit der Arbeiter auf der Baustelle zu verschleiern, so lässt sich letzten Endes aus Auftragsunterlagen, die im Vorfeld des Bauvorhabens verfasst wurden, wohl nicht feststellen, für welche Tätigkeiten die überlassenen Arbeiter danach tatsächlich eingesetzt wurden.

Auch im Hinblick auf die Zeiträume, in denen die Arbeiter beschäftigt waren, liegen zahlreiche unterschiedliche Erhebungsergebnisse vor, die aber nicht dazu führen, Klarheit zu schaffen. Vielmehr ergeben sich zu den Zeiträumen aus den oben dargestellten Rechnungen Nr. x und Nr. x weitere Unklarheiten.

In der Rechnung Nr. x werden die Zeiträume 1. Dezember 2015 bis 6. Dezember 2015, 7. Dezember 2015 bis 13. Dezember 2015, und 14. Dezember 2015 bis 20. Dezember 2015 genannt. In der Rechnung Nr. x erscheinen die Abrechnungszeiträume 2. November 2015 bis 8. November 2015 und 9. November 2015 bis 15. November 2015 auf. Zu welchen Zeiten nunmehr die Arbeitnehmer genau beschäftigt wurden, lässt sich daraus nicht abschließend feststellen, insbesondere nicht, ob auch eine Beschäftigung schon im September 2015 oder im Oktober 2015 begonnen hat. Insbesondere der Tatvorwurf, dass zumindest seit 1. Oktober 2015 eine Beschäftigung stattgefunden habe, lässt sich mit der für ein Strafverfahren notwendigen Sicherheit nicht verifizieren.

Auch aus den Kontrollblättern lässt sich dies nicht feststellen, zumal dort unter einer „Anmerkung“ als Beginn jeweils der 19. November 2015 aufscheint und das voraussichtliche Ende im März 2016. Dies ergibt sich auch aus den Einsatzbestätigungen, welche vom Polier unterfertigt wurden. Ein davorliegender Zeitpunkt – etwa der 1. Oktober 2015 – kann jedoch mit der für ein Strafverfahren notwendigen Sicherheit nicht festgestellt werden.

Aus den vom Erhebungsorgan ausgefüllten Einsatzprotokollen lassen sich zwar auch noch mögliche Zeiträume im September 2015 erblicken, wobei dies der 17. September 2015 oder der 27. September 2015 sein könnte, aber auch als September 2017 interpretiert werden könnte. Aus diesen Anmerkungen lässt sich daher ein für ein Strafverfahren notwendiger Tatvorwurf nicht ableiten.

Darüber hinaus zeigt auch das mangelnde Interesse des Erhebungsorgans an der Mitwirkung im Verfahren, das Nicht-Beheben der ersten Ladung sowie das unentschuldigten Fernbleiben nach der zweiten Ladung zur Gerichtsverhandlung, welche Bedeutung dieses offenbar den Ermittlungen auf der Baustelle beigemessen hat.

Außerdem ergeben sich noch weitere Schwierigkeiten, zumal die Erhebungsprotokolle mehrsprachig – auch in der polnischen Muttersprache der Arbeiter – verfasst waren. Dennoch hat das Erhebungsorgan diese Erhebungsprotokolle selbst ausgefüllt, obgleich vorgesehen ist, dass diese von den Arbeitern selbst ausgefüllt werden, wie dies auch die Vertreterin der B in der Verhandlung angegeben hat. Weshalb das Erhebungsorgan hier selbst das Ausfüllen übernommen hat, konnte nicht aufgeklärt werden.

Bezeichnend ist noch, dass diese Protokolle vom Erhebungsorgan im Wesentlichen gleichlautend und identisch ausgefüllt wurden. Das erkennende Gericht hat jedenfalls Zweifel daran, dass dies auch der Fall gewesen wäre, hätten die Arbeiter selbstständig bzw. eigenständig das Ausfüllen der Niederschriften übernommen.

Darüber hinaus lässt sich auch aus der Bezeichnung „Schaler und Maurer“ noch nicht ableiten, dass es sich zwingender Maßen um Facharbeiten gehandelt hat, zumal von diesem sehr weiten Begriff auch Hilfsarbeiten umfasst sein können. Dies sind aber nunmehr Mutmaßungen, aus denen sich für ein Strafverfahren nicht mit der notwendigen Sicherheit Feststellungen ableiten lassen, ob nun überhaupt Facharbeiten oder Hilfsarbeiten durchgeführt wurden.

Aus den im Akt befindlichen Lichtbildern, die die kontrollierte Baustelle zeigen, lässt sich zwar feststellen, dass unterschiedliche Bauarbeiten auf der Baustelle notwendig waren, zumal auf den Lichtbildern einerseits Betonwände zu sehen sind – also Schalungsarbeiten notwendig waren. Nachdem auch Ziegelmauern ersichtlich sind, waren wohl auch Maurerarbeiten zu verrichten. Allerdings lässt sich nicht feststellen, welche dieser Arbeiten von den angetroffenen Arbeitern durchgeführt wurden sowie, ob sie für diese Arbeiten Facharbeiten oder lediglich Hilfsarbeiten durchgeführt haben. Auf den Lichtbildern sind auch nur Teile des Bauvorhabens zu sehen, sodass daraus keine Rückschlüsse darauf gezogen werden können, welche Arbeiter welche Arbeiten verrichtet haben.

III.3.4. Die Unterentlohnungen, wie sie dem Bf im angefochtenen Straferkenntnis zu Spruchpunkt 1 und 2 – und auch in der Anzeige der B – vorgeworfen wurden, lassen sich anhand der vorliegenden Beweisergebnisse nicht mit der für ein Strafverfahren notwendigen Sicherheit feststellen.

Zumal schon die konkreten Tätigkeiten (Hilfsarbeiter- oder Facharbeitertätigkeiten) der Arbeitnehmer nicht mehr erhoben werden konnten, dies trotz Abwägung aller vorliegenden und noch einholbaren Beweisergebnisse, lässt sich in der Folge auch die Unterentlohnung nicht nachweisen.

III.3.5. In Zusammenschau der im Akt befindlichen Beweisergebnisse, insbesondere der Einsatzbestätigung, die im Rahmen der Kontrolle ausgefüllt wurde, sowie der Baustellenerhebungsprotokolle, welche allerdings nicht von den Arbeitern selbst, sondern vom Kontrollorgan ausgefüllt wurden, sowie anhand der vorliegenden Rechnungen lässt sich der konkrete Tatzeitraum nicht ermitteln.

Insbesondere ist nicht feststellbar, dass Beginn der Tätigkeit tatsächlich schon der 1. Oktober 2015 gewesen sein soll. Anhand der vorliegenden Rechnungen Nr. x und Nr. x lassen sich lediglich Zeiträume von 2. November 2015 bis 20. Dezember 2015 feststellen. Darüber hinausgehende – nämlich insbesondere davor liegende Zeiträume – haben sich jedoch nicht erwiesen.

Anhand der vorliegenden Baustellenerhebungsprotokolle der einzelnen Arbeiter und anhand der vorliegenden Einsatzbestätigung ergibt sich außerdem der Beginn der Arbeiten frühestens am 19. November 2015. Aufgrund dieser divergierenden Angaben kann nicht mit der für ein Strafverfahren notwendigen Sicherheit ein

konkretes Datum festgelegt werden. Jenes Datum, das in allen Fällen übereinstimmt, wäre der 19. November 2015, sodass bestenfalls dieser Tag als Beginn der Beschäftigung festgelegt werden kann, nicht aber ein davor liegendes Datum – jedenfalls nicht der 1. Oktober 2015.

Selbiges gilt aber auch für die konkreten Tätigkeiten der Arbeitnehmer. Die diesbezüglichen Beschreibungen wurden lediglich vom Kontrollorgan in den Baustellenerhebungsprotokollen ausgefüllt. Bezeichnenderweise stimmen diese Tätigkeitsbeschreibungen exakt überein. Obwohl diese Formulare in der Muttersprache der Arbeiter vorgefertigt waren und diese nach den Angaben der Vertreterin der B in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht üblicherweise auch von den Arbeitern selbst auszufüllen wären – war dies im vorliegenden Fall gerade nicht gegeben. Anhand der Handschrift lässt sich erkennen, dass sämtliche Einträge von einer einzigen Person stammen. Dies war eben das Kontrollorgan der B.

Zum Kontrollorgan der B selbst ist noch festzuhalten, dass dieses schon seit Mitte 2016 nicht mehr bei der B beschäftigt ist. Die Ladung des Kontrollorgans gestaltete sich schwierig. Aufgrund einer im Zentralen Melderegister aufscheinenden und aufrechten Meldeadresse des Kontrollorgans wurde zunächst eine Zustellung per RSb mit Versendung am 9. September 2019 vorgenommen. Das Kontrollorgan hat allerdings diese Zustellung nicht behoben, sodass eine Rückübermittlung an das erkennende Gericht mit Datum vom 16. September 2019 erfolgte. Ein neuerlicher Zustellversuch mit Versendung am 20. September 2019 scheiterte ebenfalls. Die Sendung wurde mit dem Vermerk „retour am 15. Oktober 2019, nicht behoben“ an das erkennende Gericht zurückübermittelt.

Die Vertreterin der B gab in der Verhandlung an, dass erfahrungsgemäß der ehemalige Kontrolleur der B zu keiner Verhandlung, zu welcher er bislang als Zeuge geladen wurde, erschienen ist. Wenngleich nunmehr dieser Zeuge nicht mehr bei der B Dienstnehmer ist, wäre er aber dennoch verpflichtet, Ladungen zu Gerichtsverhandlungen in Zusammenhang mit seiner vormaligen Beschäftigung Folge zu leisten. Wenngleich aus dem unentschuldigten Fernbleiben dieses Zeugen noch nicht geschlossen werden kann, dass dieser den Bf mit dem Ausfüllen der Kontrollformulare zu Unrecht belastet, zeigt dies doch, welche Bedeutung dieser Zeuge offensichtlich dem anhängigen Verfahren zumisst. Daraus nunmehr für den Bf nachteilige Folgen abzuleiten – welche angesichts der Höhe der Strafdrohung und der Konsequenzen (z.B. Ausschluss von öffentlichen Aufträgen) zuzumessen ist, erschiene es unbillig, aus der Abwesenheit dieses Zeugen für den Bf die Verwirklichung der erhobenen Tatvorwürfe abzuleiten.

Zu bedenken ist auch noch, dass seit der Kontrolle der B über dreieinhalb Jahre verstrichen sind, ohne dass von der B selbst oder von der belangten Behörde

Ermittlungsschritte gesetzt worden wären. Ungewiss ist daher, welche Erinnerungen etwaige Zeugen heute noch haben (können).

C und A H haben sich in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht kooperativ und um Wahrheitsfindung bemüht gezeigt, sowohl zu den hier relevanten Spruchpunkten 1 und 2 als auch zu den unten noch zu würdigenden Spruchpunkten 6, 7 und 8. Zu den Spruchpunkten 3, 4 und 5 haben sich alle Geschäftsführer geständig verantwortet. Der Bf konnte ansonsten keine Angaben machen.

III.4. Zu Spruchpunkt 3, 4 und 5 (Baustelle in X):

III.4.1. Zu diesen Tatvorwürfen hat sich der Bf von Beginn an geständig verantwortet. Das Geständnis ergibt sich zunächst schon aus der Rechtfertigung vom 29. Dezember 2016, sowie in der Folge aus der Beschwerde vom 4. Juli 2019 und aus der Aussage des Bf in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht am 1. Oktober 2019.

Diesbezüglich ist der Schuldspruch in Rechtskraft erwachsen. Auf die obige Darstellung zu Punkt I.1. wird verwiesen.

III.4.2. Zwischenzeitig hat der Bf die Unterentlohnungen ausgeglichen und Nachzahlungen an alle drei Arbeitnehmer geleistet. Diese Nachzahlungen entsprechen den Berechnungen des Differenzbetrages der B in der Anzeige vom 16. Juni 2016 sowie dem Straferkenntnis vom 27. Mai 2019. Die Nachzahlungen gehen aus den vorgelegten Überweisungsbestätigungen hervor, wenngleich es sich dabei – wie von der B vorgebracht – um die Bruttobeträge handelt.

III.4.3. Die konkrete Würdigung des Geständnisses und der Nachzahlungen wird im Rahmen der Strafzumessung, die eine Rechtsfrage darstellt, vorzunehmen sein.

III.5. Zu den Spruchpunkten 6, 7 und 8 (Baustelle in x):

III.5.1. Die Eckdaten zur Baustelle in x sowie der Kontrolltag am 3. Februar 2016 ergeben sich aus dem Akteninhalt und der Anzeige der B sowie aus der Aussage des C H in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht. Auch der vernommene Zeuge (Kontrollorgan) gab dies zu Protokoll. Außerdem errichtete dieser Zeuge ein Baustellenerhebungsprotokoll, aus welchem ebenfalls die Eckdaten der Kontrolle ersichtlich sind.

III.5.2. Die in der Anzeige und im Spruch des Erkenntnisses genannten Arbeitnehmer, M E, L J und N K, ergeben sich aus den Wahrnehmungen des

Kontrollorgans. Die Namen und Daten der Arbeitnehmer wurden ebenfalls in den Baustellenerhebungsprotokollen festgehalten. Dass es sich bei diesen Arbeitnehmern um Dienstnehmer des Unternehmens des Bf handelte, welche an das Bauunternehmen FBS Bau GmbH überlassen wurden, geht ebenfalls aus dem Akteninhalt hervor und wurde auch vom Bf zugestanden.

Eine Überlassung an das Unternehmen S GmbH – für welches allenfalls der Handelskollektivvertrag anzuwenden wäre – hat sich aber entgegen dem Vorbringen in der Beschwerde nicht ergeben.

III.5.3. Die Tätigkeiten der genannten Arbeitnehmer wurden im Zuge der Kontrolle auf der Baustelle vom Kontrollorgan erhoben.

Diesbezüglich hat zunächst C H angegeben, dass es sich bei diesen Arbeitern um Hilfsarbeiter handeln würde. Er hat seinen Kenntnisstand beschrieben. Er habe diese Baustelle selbst betreut und sei auch einige Male dort gewesen. Dazu schilderte er, dass keiner der drei Arbeiter eine spezielle Ausbildung habe. Nach seinen eigenen Wahrnehmungen, die er im Zuge der Kontrolle gemacht habe, hätten sie sämtliche auf der Baustelle anfallenden Arbeiten durchgeführt.

Zu dem Umstand, dass die drei Arbeiter die Baustellenerhebungsprotokolle selbst ausgefüllt hätten, gab er an, dass diese zwar sehr gut Deutsch verstehen würden, aber wohl zu unterscheiden sei, ob jemand gut Deutsch spreche oder gut Deutsch verstehe. Es sei also immer noch differenziert zu betrachten, ob jemand ein Baustellenprotokoll selbst ausfüllen könne oder nicht.

Tatsächlich hat sich im Zuge der Vernehmung des Erhebungsorgans dann ergeben, dass es sich bei den verwendeten Formularen um ältere Baustellenerhebungsprotokolle handelte, die noch nicht mehrsprachig (nämlich auch in der jeweiligen Sprache der angeroffenen Arbeiter) vorhanden waren. Es wurden lediglich Protokolle in deutscher Sprache verwendet. Beim Ausfüllen dieser Protokolle war auch noch nicht vorgesehen, dass diese von den Arbeitnehmern selbst ausgefüllt werden, sondern je nach Befragungsergebnis vom Erhebungsorgan. Insofern wurden diese Protokolle vom Erhebungsorgan, dem Zeugen E, handschriftlich ausgefüllt.

Aus den ausgefüllten Protokollen ergibt sich, dass weder M E, noch L J, noch N K über eine spezielle Ausbildung verfügte, noch einen eigenen Gewerbeschein hatte. Aus diesen Angaben lässt sich somit zunächst schließen, dass es sich bei den angetroffenen Arbeitern nicht um Facharbeiter handelte. Eine Facharbeiterausbildung hatten diese Arbeitnehmer nach ihren eigenen Angaben nicht. Diese Angaben decken sich mit der Aussage des Bf in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht.

Darüber hinaus hat das Kontrollorgan im Zuge der Kontrolle keine eigenen Wahrnehmungen und Beobachtungen gemacht, zumal es sehr stark regnete und die Befragung der Arbeiter daher im Baustellencontainer stattfand.

Letztendlich hat das Erhebungsorgan auch den Polier, E H, befragt. Der Zeuge der B gab dazu an, dass er zwar den Polier befragt und mit diesem die Tätigkeiten der anwesenden Arbeiter erhoben hatte. Konkrete damalige Angaben des Poliers konnte das Erhebungsorgan aber erwartungsgemäß aufgrund der verstrichenen Zeit aus dem Gedächtnis nicht mehr schildern.

Ungeachtet dessen machte der Zeuge der B einen besonders glaubwürdigen Eindruck, zumal er sämtliche sowohl belastende als auch entlastende Wahrnehmungen wiedergab und insofern um Aufklärung des objektiven Sachverhaltes und Wahrheitsfindung bemüht war. Dies zeigt sich auch in seiner Aussage, dass er „auch nicht dazu da sei, um jemandem zu mehr oder weniger Lohn zu verhelfen. Er schaue nur, ob es eben mit der Einstufung im Kollektivvertrag zusammenpasst und er schreibe das auf, was ihm die Leute sagen“ (Protokoll vom 1. Oktober 2019, ON 17, S. 15, Abs. 4).

III.5.4. Die Unterentlohnung, wie diese dem Bf in der Anzeige und im Straferkenntnis (Spruchpunkte 6, 7 und 8) vorgeworfen wurde, kann insofern nicht mit der für ein Strafverfahren notwendigen Sicherheit festgestellt werden, zumal sich die Tätigkeiten der einzelnen Arbeiter nur noch vage erheben ließen.

III.5.5. Im Zuge seiner Erhebungen hat das erkennende Gericht versucht, sämtliche Sachverhaltsfeststellungen anhand einer Vernehmung der drei Geschäftsführer sowie des damaligen Kontrollorgans und der vorliegenden Baustellenerhebungsprotokolle zu ermitteln.

Darüber hinaus wurde der Zeuge E H, der damals als Polier auf der Baustelle für die Einteilung der Arbeiter tätig war, als Zeuge geladen. Dieser hat sich jedoch krankheitsbedingt entschuldigt. Nach Erörterung des Sach- und Rechtslage wurde von einer neuerlichen Ladung dieses Zeugen Abstand genommen. Dem stimmten auch alle anwesenden Parteien zu, vor allem im Hinblick darauf, welche konkreten Erinnerungen der Polier zum damaligen Bauvorhaben noch haben könnte.

Der Zeuge hat außerdem eine Stellungnahme im Sinne eines „Gedächtnisprotokolls“ an das erkennende Gericht übermittelt. Eine Kopie dieser Stellungnahme wurde in der Verhandlung an alle Parteien übermittelt und wurden diese Angaben erörtert.

Aus den beschriebenen Arbeiten, so wie der Polier sie dargestellt hat, wurden diese Hilfsarbeiter zu beliebigen Arbeiten, die allesamt auf einer Baustelle anfallen können, eingesetzt, insbesondere zum Heranschaffen von Arbeitsmaterial,

Vorbereiten bzw. Reinigen dieses Materials, Aufräumtätigkeiten, etc. Insgesamt lassen sich diese Arbeiten nur als Hilfsarbeiten qualifizieren. Diese Arbeiten lassen allerdings nicht mit der für ein Strafverfahren notwendigen Sicherheit als Facharbeiten qualifizieren. Anhand der Erhebungen und Ergebnisse in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht lassen sich somit Facharbeiten, die zu einer Unterentlohnung führen würden, nicht erweisen.

III.6. Zu den persönlichen Verhältnissen des Bf:

III.6.1. Die Unbescholtenheit des Bf geht aus dem Akteninhalt hervor. Auch die belangte Behörde hat im Wege der Strafzumessung die Unbescholtenheit des Bf strafmildernd gewertet.

III.6.2. Ebenso wurde das teilweise Geständnis des Bf – betreffend die Baustelle in X, Spruchpunkt 3, 4 und 5 – strafmildernd gewertet. Dieses Geständnis hat der Bf in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht aufrecht gehalten.

III.6.3. Die Angaben zu den persönlichen Verhältnissen, nämlich zu den Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse gründen auf den Angaben des Bf in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht. Dass der Bf diese Angaben nicht schon im Verfahren vor der belangten Behörde gemacht hat, schadet insofern nicht, als im Beschwerdeverfahren kein Neuerungsverbot herrscht.

III.6.4. Letztendlich hat sich im Zuge der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht ergeben, dass C H für die Personalgebarung im Unternehmen hauptverantwortlich ist. Wenngleich eine konkrete (außenwirksame) Geschäftsverteilung unter den drei Geschäftsführern, zu welchen auch der Bf gehört, nicht vorgenommen wurde, so war es der zuvor genannte Geschäftsführer, der für die Personalwirtschaft und die konkrete Lohneinstufung verantwortlich war. Dies ändert zwar nichts an einer allfälligen Strafbarkeit der übrigen Geschäftsführer, wird aber im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen sein.

III.6.5. Die Verflechtung der beiden Unternehmen – HW P GmbH und GW A V – wird im Hinblick auf die Strafzumessung des Bf von Relevanz sein.

Der Bf hat in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht zu seinen Einkommensverhältnissen zwar angegeben sein Geschäftsführereinkommen aus der Tätigkeit bei einer anderen Gesellschaft zu beziehen, hat aber keine weiterführenden Angaben dazu gemacht, dass er selber alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der obigen Gesellschaft ist. Naheliegend ist für das erkennende Gericht, dass der Bf dort dieses Einkommen bezieht. Der Bf hat in der Verhandlung eher den Eindruck erweckt, seine persönlichen Verhältnisse möglichst

wenig bekannt geben (und sich auch sonst möglichst wenig am Verfahren beteiligen) zu wollen. Wenn die B in ihrer Stellungnahme ausführt, dass die Beschwerdeführer ihre Einkommensverhältnisse nur zögerlich vorgebracht haben, so bezieht das erkennende Gericht deren Vorbringen auf diesen Bf (und nicht auch auf die anderen beiden Beschwerdeführer).

IV. Rechtslage:

Das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), BGBl. Nr. 917/1993, idgF BGBl. I Nr. 113/2015 (Kundmachungsdatum 13. August 2015) hatte im Hinblick auf die Bestimmungen zur Unterentlohnung nachfolgenden Inhalt:

„Strafbestimmungen

§ 7i. (1) [...]
(2) [...]
(2a) [...]
(3) [...]
(4) [...]
(5) 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, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe zu bestrafen. Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, hegt 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.
(5a) Die Strafbarkeit nach Abs. 5 ist nicht gegeben, wenn der/die Arbeitgeber/in vor einer Erhebung der zuständigen Einrichtung nach den §§ 7f bis 7h die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem/der Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelt nachweislich leistet.
(6) Stellt die Bezirksverwaltungsbehörde fest, dass
1. der/die Arbeitgeber/in dem/der Arbeitnehmer/in die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem/der Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelt binnen einer von der Behörde festzusetzenden Frist nachweislich leistet, und

2. die Unterschreitung des nach Abs. 5 Z 1 maßgeblichen Entgelts unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien gering ist oder
3. das Verschulden des/der Arbeitgebers/in oder des/der zur Vertretung nach außen Berufenen (§ 9 Abs. 1 VStG) oder des/der verantwortlichen Beauftragten (§ 9 Abs. 2 oder 3 VStG) leichte Fahrlässigkeit nicht übersteigt,
hat sie von der Verhängung einer Strafe abzusehen. Ebenso ist von der Verhängung einer Strafe abzusehen, wenn der/die Arbeitgeber/in dem/der Arbeitnehmer/in die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem/der Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührende Entgelt vor der Aufforderung durch die Bezirksverwaltungsbehörde nachweislich leistet und die übrigen Voraussetzungen nach dem ersten Satz vorliegen. In Verwaltungsstrafverfahren nach Abs. 5 ist § 45 Abs. 1 Z 4 und letzter Satz VStG nicht anzuwenden. Weist der/die Arbeitgeber/in der Bezirksverwaltungsbehörde nach, dass er/sie die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem/der Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelt geleistet hat, ist dies bei der Strafbemessung strafmildernd zu berücksichtigen.
(7) Die Frist für die Verfolgungsverjährung (§ 31 Abs. 1 VStG) beträgt 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.
(7a) Für den Fall, dass der/die Arbeitgeber/in das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt für den betroffenen Zeitraum der Unterentlohnung nach Abs. 5 nachträglich leistet, beträgt die Dauer der Fristen nach § 31 Abs. 1 und 2 VStG ein Jahr (Verfolgungsverjährung) oder drei Jahre (Strafbarkeitsverjährung), soweit nicht aufgrund des Abs. 7 die Verjährung zu einem früheren Zeitpunkt eintritt; der Fristenlauf beginnt mit der Nachzahlung.
(8) [...]
(9) [...]
(10) Für die Beurteilung, ob ein Arbeitsverhältnis im Sinne dieses Bundesgesetzes vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend."

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen:

V.1. Im vorliegenden Fall stellen sich nunmehr zwei Rechtsfragen:

Einerseits fragt sich zu den Baustellen in x (Spruchpunkt 1 und 2) sowie in x (Spruchpunkt 6, 7 und 8) in wie fern anhand der getroffenen Sachverhaltsfeststellungen zu den konkreten Arbeiten der angetroffenen Arbeitnehmer und zur Feststellbarkeit (bzw. Nicht-Feststellbarkeit) einer Unterentlohnung eine Bestrafung mit der für ein Strafverfahren erforderlichen Sicherheit möglich ist, sowie andererseits in wie fern im Hinblick auf die Baustelle in X (Spruchpunkt 3, 4 und 5), zu welcher der Bf ein Geständnis abgelegt hat und

der Schuldspruch in Rechtskraft erwachsen ist, die Strafzumessung einer Überprüfung zu unterziehen ist.

V.2. Zu Spruchpunkt 1 und 2 (Baustelle in x):

V.2.1. Im vorliegenden Fall haben sich anhand der getroffenen Sachverhaltsfeststellungen sowie den Beweisergebnissen und den Erhebungen in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht sowie Würdigung aller Beweisergebnisse im von der belangten Behörde vorgelegten Verwaltungsstrafakt, Zweifel an der tatsächlichen Tätigkeit der genannten Arbeitnehmer ergeben.

Dazu liegen unterschiedliche Aussagen vor und konnten die diesbezüglichen Widersprüche nicht ausgeräumt werden. Dies ist einerseits auf die lange Verfahrensdauer und die Zeit, die seit der Kontrolle der B verstrichen ist, sowie der Zeit der Erhebungen des erkennenden Gerichtes verstrichen ist, sowie darauf zurückzuführen, dass in der Zwischenzeit von der belangten Behörde keine Erhebungen getätigt wurden.

Insofern ist der relevante Sachverhalt anhand der Protokolle des nicht mehr bei der B beschäftigten Erhebungsorgans sowie den Aussagen von C und A H festzustellen. Darüber hinaus ist, ohne eine Beweiswürdigung zu unterstellen, fraglich, welche Erinnerungen ein Erhebungsorgan, das schon seit über drei Jahren nicht mehr bei der B beschäftigt ist und darüber hinaus entweder gerichtliche Schriftstücke nicht behebt oder Ladungen nicht nachkommt, sowie ein mittlerweile seit mehr als drei Jahren pensionierter Polier überhaupt noch haben können. Offensichtlich handelte es sich auch um eine Großbaustelle, sodass zumindest fraglich ist, welche Aufklärung der pensionierte Polier zu dieser Großbaustelle, ausgerechnet zu einem Zeitpunkt im Jänner 2016 und genau zu diesen zwei Arbeitnehmern alleine bei Nennung deren Namen noch bringen kann.

V.2.2. Darüber hinaus konnten die widersprüchlichen Erhebungsergebnisse, welche schon innerhalb der oben dargestellten Dokumente, Baustellenbestätigung, Erhebungsprotokolle, Rechnungen, etc. vorliegen, trotz intensiver Verhandlung nicht aufgeklärt werden.

V.2.3. Der Grundsatz „in dubio pro reo“ spielt für die Klärung zweifelhafter Rechtsfragen keine Rolle [VwGH 30.05.2011, 2011/09/0073]. Nachdem eine solche verfahrensgegenständlich nicht zu klären war, sondern zu ermitteln war, ob bzw. in welcher Höhe eine Unterentlohnung der auf den Baustellen angetroffenen Arbeiter vorlag, liegt eine Sachverhalts- bzw. Beweiswürdigungsfrage vor.

Den Grundsatz „in dubio pro reo“ darf die Behörde nur anwenden, wenn sie nach Durchführung des Beweisverfahrens Zweifel an der Verwirklichung des Tatbildes durch den Beschuldigten hätte [VwGH 15.11.2000, 2000/03/0237]. Der Grundsatz

„in dubio pro reo“ greift nur Platz, wenn die für und gegen den Beschuldigten sprechenden Umstände nach der Beweiswürdigung der Behörde gleiches Gewicht (Hinweis E 12.02.1980, 2309/79, VwSlG. 10033 A/1980) haben [VwGH 09.05.1990, 89/03/0051, 24.10.1990, 89/03/0268]. Der Grundsatz „in dubio pro reo“ ist keine Beweiswürdigungsregel und kommt nur zur Anwendung, wenn auch nach dem Ergebnis der Beweiswürdigung noch Zweifel an der Täterschaft des Beschuldigten blieben (Hinweis E 10.04.1991, 90/03/0214) [VwGH 30.01.2015, 2011/17/0081].

Im vorliegenden Fall wurden mehrere Zeugen vernommen, die jeweils unter Wahrheitspflicht dazu befragt wurden, welche Tätigkeiten auf den jeweiligen Baustellen von den angetroffenen Arbeitern verrichtet wurden. Zur Baustelle in X wurden die Zeugen S und G vernommen, zur Baustelle in x der Zeuge E. Zur Baustelle in x musste mit der Vernehmung des Bf und dem Akteninhalt das Auslangen gefunden werden. Diese Beweisergebnisse sind im Hinblick auf die für ein Strafverfahren notwenige Sicherheit rechtlich zu würdigen.

Die Zeugen legten dazu unterschiedliche Aussagen ab, welchen im Hinblick auf die sie treffende Wahrheitspflicht jeweils gleiches Gewicht zukommt. Weder erweckten C und A H, noch die Zeugen G und E dazu den Eindruck, unrichtige Aussagen abzulegen. Weder erweckte der Zeuge G den Eindruck, den Bf zu Unrecht schützen zu wollen, noch erweckte das Kontrollorgan der B, der Zeuge E, den Eindruck, den Bf zu Unrecht belasten zu wollen. Vielmehr erweckte der Zeuge G geradezu den Eindruck, die tatsächlichen und üblicherweise auf einer Baustelle gegebenen Umstände und Einsätze von Arbeitskräften lebensnahe schildern zu wollen. Auch der Zeuge E vermittelte den Eindruck, objektiv um Wahrheitsfindung bemüht zu sein und den Bf weder zu belasten, noch zu entlasten, sondern die tatsächlichen Gegebenheiten auf der Baustelle soweit noch möglich zu rekonstruieren. Der Zeuge E H konnte zwar krankheitsbedingt in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht nicht vernommen werden, allerdings hinterließ auch dieser Zeuge den Eindruck, zur Wahrheitsfindung im gegebenen Fall beitragen zu wollen. Immerhin hat dieser Zeuge aus eigenem Antrieb neben einem Entschuldigungsschreiben auch eine Sachverhaltsdarstellung im Sinne eines Gedächtnisprotokolls an das erkennende Gericht übermittelt und darin seine Erinnerung an den Einsatz der Arbeitskräfte dargestellt. Entsprechend der obigen Beweiswürdigung kann im Ergebnis keine Entscheidung für oder gegen den Bf getroffen werden, sodass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes der Grundsatz „in dubio pro reo“ anzuwenden ist.

Verbleiben allenfalls nach Durchführung der Beweise nach eingehender Beweiswürdigung Zweifel an der Täterschaft des Beschuldigten, dann hat nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ die Einstellung des Verfahrens zu erfolgen (vgl. etwa da hg. Erkenntnis vom 26.06.1997, 96/16/0286) [VwGH 16.12.2010, 2009/16/0094, 03.07.1996, 95/13/0175]. Der Grundsatz „in dubio pro reo“ ist

eine Regel für jene Fälle, in denen im Wege des Beweisverfahrens und anschließender freier Würdigung der Beweise in dem entscheidenden Organ nicht mit Sicherheit die Überzeugung von der Richtigkeit des Tatvorwurfes erzeugt werden konnte. Nur wenn nach Durchführung aller Beweise trotzt eingehender Beweiswürdigung Zweifel an der Täterschaft des Beschuldigten bleiben, hat nach dem genannten Grundsatz ein Freispruch zu erfolgen [VwGH 12.03.1986, 84/03/0251; 08.03.1985, 85/18/0191; 29.08.1990, 90/02/0056; 28.11.1990, 90/02/0137; 14.06.1991, 89/17/0123; 19.09.1990, 90/03/0100; 18.09.1991, 90/03/0266; 08.09.1995, 95/02/0263].

Zusammengefasst lässt sich aufgrund der divergierenden Angaben der Zeugen sowie C und A H und Abwägung aller Beweisergebnisse, insbesondere der im Akt einliegenden Dokumente über die Kontrolle, nicht mit der für eine Bestrafung erforderlichen Sicherheit feststellen, ob bzw. welche Beschäftigung (Facharbeiter oder Hilfsarbeiter) die angetroffenen Arbeitnehmer verrichtet haben bzw. welche Lohneinstufung hier erfolgen hätte müssen.

Jedenfalls lässt sich nur eine Einstufung als Hilfsarbeiter mit der für ein Strafverfahren notwenigen Sicherheit feststellen. Letztendlich ergeben sich insofern Zweifel an der Verwirklichung des Tatvorwurfes des Unterentlohnung iSd § 7i Abs. 5 AVRAG; zumindest in dubio pro reo kann eine solche zu Lasten des Bf nicht festgestellt werden.

V.2.4. Im Ergebnis war daher im Hinblick auf die Baustelle im x (Spruchpunkt 1 und 2) der Beschwerde Folge zu geben, das Straferkenntnis aufzuheben und das Verfahren einzustellen.

V.3. Zu Spruchpunkt 3, 4 und 5 (Baustelle in X):

V.3.1. Im Hinblick auf die Baustelle in X, zu Spruchpunkt 3, 4 und 5 ist das Straferkenntnis hinsichtlich des Schuldspruches in Rechtskraft erwachsen, zumal sich der Bf dazu geständig verantwortet hat.

V.3.2. Daraus ergeben sich auch die Feststellungen entsprechend dem Schuldspruch des Straferkenntnisses zur Unterentlohnung. Dazu kann auf den Schuldspruch, wie dieser zu Punkt I.1. dargestellt wurde, verwiesen werden.

V.3.3. Dass zwischenzeitig eine Nachzahlung erfolgt ist, ergibt sich aus den vorgelegten Überweisungsbestätigungen des Bf. Es ergibt sich auch, dass genau jene Beträge nachbezahlt wurden, die dem Bf in der Anzeige der B und im angefochtenen Straferkenntnis vorgeworfen wurden.

Die Nachzahlung erfolgte allerdings nicht vor Erhebungen der B bzw. der belangten Behörde und auch nicht im Verfahren vor der belangten Behörde. Vielmehr erfolgte

diese Nachzahlung erst im Beschwerdeverfahren vor dem erkennenden Gericht. In wie fern eine solche Nachzahlung (noch) strafmildernd sein kann, ist eine Frage der weiter unten folgenden Strafzumessung. Umgekehrt ist dem Bf aber auch zugute zu halten, dass die belangte Behörde abgesehen von einer Aufforderung zur Rechtfertigung und der Einholung einer Stellungnahme der B über einen Zeitraum von zirka dreieinhalb Jahren keinerlei Ermittlungstätigkeiten unternommen hat.

Eine von der Bezirksverwaltungsbehörde festzusetzende Frist für eine nachweisliche Nachzahlung für Differenzbeträge im Sinn von § 7i Abs. 4 AVRAG wurde insofern nicht gesetzt. Auch dies wird bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sein.

Festzuhalten bleibt nur noch, dass der Bf – wie von der B vorgebracht – die Bruttolöhne anstatt der Nettolöhne unmittelbar an die Arbeitnehmer nachbezahlt hat.

V.4. Zu Spruchpunkt 6, 7 und 8 (Baustelle in x):

V.4.1. Die Sach- und Beweiswürdigungslage stellt sich auf dieser Baustelle so dar, wie jene auf der Baustelle in x. Vielmehr noch konnte hier zumindest das Erhebungsorgan der B vernommen werden und hat der zuständige Polier auf der Baustelle zumindest ein Gedächtnisprotokoll an das erkennende Gericht übermittelt. Ungeachtet dessen liegen hier – es gilt Entsprechendes wie zur Baustelle in x – unterschiedliche Beweisergebnisse vor, die sich auch nach den Erhebungstätigkeiten des erkennenden Gerichts nicht miteinander in Einklang bringen lassen.

V.4.2. Die bestehenden Zweifel an der vorliegenden Beschäftigung, insbesondere der Art der Tätigkeit (Facharbeiter oder Hilfsarbeiter) ließen sich nicht mit der für ein Strafverfahren notwendigen Sicherheit ausräumen; in weiterer Konsequenz daher auch nicht die Art und Höhe der Unterentlohnung.

V.4.3. Die Grundsätze zur Anwendung der Zweifelsregel „in dubio pro reo“ wurden bereits oben zu Punkt V.2.3. ausführlich unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dargestellt. Diese gelten entsprechend auch für die Baustelle in x.

V.4.4. In Ergebnis war daher auch hier der Beschwerde Folge zu geben und das Straferkenntnis im Hinblick auf die Spruchpunkte 6, 7 und 8 aufzuheben und das Verfahren einzustellen.

V.5. Strafzumessung zu Spruchpunkt 3, 4 und 5 (Baustelle in X):

V.5.1. Nachdem der Bf zu diesem Tatvorwurf ein Geständnis abgelegt hat, ist das Straferkenntnis im Hinblick auf den Schuldspruch in Rechtskraft erwachsen. Die Beschwerde richtet sich lediglich gegen die Strafzumessung, welche nunmehr einer Überprüfung zu unterziehen ist.

V.5.2. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG iVm § 38 VwGVG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Gemäß § 19 Abs. 2 VStG iVm. § 38 VwGVG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) und überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegen einander 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.

Bei der Strafbemessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 28.11.1966, 1846/65) innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfung des Ermessensaktes auf eine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetztes erforderlich ist (VwSlg. 8134 A/1971).

§ 19 Abs. 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind, egal ob sie durch Organmandat, Strafverfügung oder im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46 VStG) erfolgt. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbesondere Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

Gemäß § 32 Abs. 2 StGB hat das Gericht bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen können. Nach § 32 Abs. 3 StGB ist maßgeblich, wie intensiv ein Täter durch seine Handlung Pflichten verletzt

hat, wie reiflich er seine Tat überlegt hat, wie sorgfältig er sie vorbereitet oder wie rücksichtslos er sie ausgeführt hat. Besondere Milderungsgründe liegen u.a. im Fall eines reumütigen Geständnisses, eines bisherigen ordentlichen Lebenswandels bzw. bisheriger Unbescholtenheit, achtenswerter Beweggründe, bloßer Unbesonnenheit, einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung oder, wenn die Tat unter einem Umstand, der einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommt, begangen wurde, vor (vgl. § 34 StGB).

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Da die verfahrensgegenständliche Bestimmung über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt nach § 5 Abs. 1 VStG 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 (sog „Ungehorsamsdelikt“).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschuldigte initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (vgl. VwGH 23.12.1991, 88/17/0010 mwN). Der Bf hat keinerlei Umstände geltend gemacht, die geeignet wären, einen entsprechenden Entlastungsbeweis zu führen.

Der Bf hat somit sein objektiv rechtswidriges Verhalten auch (subjektiv) zu verantworten.

V.5.3. Gemäß § 20 VStG kann dann, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen, die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden.

V.5.4. Im vorliegenden Fall sind als Milderungsgründe zunächst im Hinblick auf die Spruchpunkte 3, 4 und 5 sowohl die Unbescholtenheit des Bf als auch sein Geständnis zu würdigen.

Darüber hinaus ist zwischenzeitig eine Nachzahlung jener Differenzbeträge an die genannten Arbeitnehmer erfolgt, die dem Bf in der Anzeige der B und im angefochtenen Straferkenntnis vorgeworfen wurden. Diese Nachzahlung ist zwar erst nach sehr langer Zeit der festgestellten Unterentlohnung erfolgt, andererseits ist aber auch gemäß § 7i Abs. 6 AVRAG eine entsprechende Strafmilderung dann vorzunehmen, wenn die belangte Behörde den Bf zur Nachzahlung aufgefordert und eine entsprechende Frist gesetzt hat. Dies ist im vorliegenden Fall nicht

geschehen. Anhand des von der belangten Behörde vorgelegten Aktes sind zwischen der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 29. Dezember 2016 und dem Straferkenntnis vom 27. Mai 2019 keine Erhebungstätigkeiten gesetzt worden. Eine solche Nachzahlung unter Fristsetzung der belangten Behörde scheitert daher auch am Verhalten der belangten Behörde und kann nicht alleine dem Bf angelastet werden.

Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass die eben angeführte Verfahrensdauer nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes einen weiteren Milderungsgrund bilden kann.

Als Tatzeitraum steht der 18. Jänner 2016 bis 29. Februar 2016 fest.

Diesbezüglich hat der Verfassungsgerichtshof im Erkenntnis vom 26. Juni 2008, Zl. B 304/07 ausgesprochen, dass die Angemessenheit der Verfahrensdauer nach der Rechtsprechung des EGMR nicht abstrakt, sondern im Lichte der besonderen Umstände jedes einzelnen Falles zu beurteilen ist. Die besonderen Umstände des Einzelfalles ergeben sich aus dem Verhältnis und der Wechselwirkung verschiedener Faktoren. Neben Faktoren, welche die Verfahrensdauer beeinflussen, nämlich die Schwierigkeit des Falles, das Verhalten des Beschwerdeführers und das Verhalten der staatlichen Behörden in dem bemängelten Verfahren, ist auch die Bedeutung der Sache für den Beschwerdeführer relevant (vgl. VfSlg. 17.307/2004; 17.582/2005; 17.644/2005). Nicht eine lange Verfahrensdauer schlechthin führt zu einer Verletzung, sondern nur eine Verzögerung, die auf Versäumnis der staatlichen Organe zurückzuführen ist. Der Rechtsprechung des EGMR ist daher keine fixe Obergrenze für die Angemessenheit der Verfahrensdauer zu entnehmen, ab deren Überschreitung jedenfalls eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK anzunehmen wäre (vgl. VfSlg. 16.385/2001 mH auf die Rechtsprechung des EGMR).

Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass der Bf selbst einen Beitrag zur Dauer des Verfahrens nicht zu verantworten hat. Eine besondere Schwierigkeit des Falles, die diese Verfahrensdauer erklären würde, liegt nicht vor. In der Zeit zwischen der Rechtfertigung des Bf vom 29. Dezember 2016 und der Übermittlung dieser Rechtfertigung an die B am 8. Mai 2019 sind keine Verfahrensschritte aktenkundig.

Wenn die B in ihrer Stellungnahme vom 8. November 2019 vorbringt, dass der Bf die Auftragsunterlagen betreffend der Baustelle in x entgegen dem Beweisantrag der B nicht vorgelegt und der Bf dadurch die Sachverhaltserhebungen neuerlich erschwert habe, so ist dem entgegenzuhalten, dass der Bf die Erhebungen bislang nicht erschwert hat, zumal ihm weder von der B noch von der belangten Behörde im behördlichen Strafverfahren irgendwelche Beweismittelvorlagen aufgetragen wurden.

Dass der Bf nunmehr trotz Erörterung der Sach- und Rechtslage keine Auftragsunterlagen vorgelegt hat, ist bei der Strafzumessung zu würdigen. Wenngleich vom Bf durchaus zu erwarten gewesen wäre, dass er die auf der Baustelle in X festgestellten Unterentlohnungen, zu denen er sich schon am 29. Dezember 2016 geständig verantwortet hat, längst nachbezahlt, ist auch zu bedenken, dass die belangte Behörde eine Aufforderung im Sinne des § 7i Abs. 6 AVRAG an den Bf im vorangegangenen Verfahren richten hätte können. Die lange Verfahrensdauer ist aber dem Bf somit nicht zurechenbar. Die lange Verfahrensdauer ist insofern ebenfalls als Milderungsgrund heranzuziehen.

Dem gegenüber konnten keine Erschwerungsgründe gefunden werden. Die Anzahl der beschäftigten Arbeitnehmer ist bereits strafsatzbestimmend und darf im Sinne des Doppelverwertungsverbotes bei der Strafzumessung nicht nochmals berücksichtigt werden.

Unter Zugrundelegung des Umstandes, dass insgesamt, bezogen auf die Baustelle in X und auch bezogen auf sämtliche kontrollierte Baustellen insgesamt nicht mehr als drei Arbeitnehmer angetroffen wurden. Insofern beträgt die Mindeststrafe pro Arbeitnehmer 1.000 Euro.

V.5.5. Eine Ermahnung ist nach den Bestimmungen des § 7i AVRAG im Falle der Unterentlohnung ex lege ausgeschlossen. Ein Vorgehen mittels Ermahnung kommt insofern von vornherein nicht in Betracht.

V.5.6. Nachdem § 7i Abs. 5 AVRAG somit eine Geldstrafe von 1.000 Euro pro angetroffenem Arbeitnehmer vorsieht, war die festgesetzte Geldstrafe im Wege der Strafzumessung neu zu bemessen. Zumal auch die Gründe für eine außerordentliche Strafmilderung vorliegen, konnte die Geldstrafe entsprechend reduziert werden.

Ein vollständiges Ausschöpfen der außerordentlichen Strafmilderung auf die Hälfte der Mindeststrafe kommt nicht in Betracht. Insbesondere ist nämlich zu berücksichtigen, dass der Bf ein Einkommen erzielt, das über jenem des hauptverantwortlichen C H und deutlich über jenem von A H liegt. Darüber hinaus hat der Bf in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht nicht nur den oben dargestellten zögerlichen Eindruck zu seinen persönlichen Verhältnissen hinterlassen, sondern auch den Eindruck erweckt, am Ausgang des Verfahrens nicht sonderlich interessiert zu sein. Demgegenüber haben C und A H einen wesentlich kooperativeren Eindruck hinterlassen. Das erkennende Gericht übersieht dabei nicht, dass im Wesentlichen nur C H Angaben zu den kontrollierten Baustellen machen konnte, ungeachtet dessen bemühte sich nämlich auch A H um aufklärende Angaben, während sich der Bf darauf zurückzog, ohnehin nichts zu

wissen. Immerhin bleibt er als Geschäftsführer dennoch für die vorliegenden Verwaltungsübertretungen verantwortlich.

Letztendlich war die Unterentlohnung nicht (mehr) geringfügig. Sie betrug im Hinblick auf den Arbeitnehmer S O 12,30 %, im Hinblick auf den Arbeitnehmer E P 12,54 % und im Hinblick auf den Arbeitnehmer A S 12,47 %.

In jedem Fall erscheint aber eine Herabsetzung der Geldstrafe auf 600 Euro pro angetroffenem Arbeitnehmer, insgesamt daher 1.800 Euro, angemessen. Eine derartige Strafzumessung wäre selbst bei Verhängung einer Gesamtstrafe angemessen.

V.5.7. Im Ergebnis war im Hinblick auf die Spruchpunkte 3, 4 und 5 der Beschwerde insofern Folge zu geben, als die Geldstrafen auf jeweils 600 Euro, insgesamt 1.800 Euro, sowie die Ersatzfreiheitsstrafen auf jeweils 19 Stunden, insgesamt 57 Stunden herabgesetzt wurden.

V.5.8. Bei diesem Verfahrensergebnis reduziert sich der Kostenbeitrag zum Strafverfahren vor der belangten Behörde auf 180 Euro.

Im Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fallen keine Kosten an.

V.6. Zusammenfassung:

V.6.1. Der Beschwerde wird im Hinblick auf die Spruchpunkte 1 – A T und 2 – R T (betreffend eine Baustelle in x, Kontrolle am 21. Jänner 2016) sowie im Hinblick auf die Spruchpunkte 6 – M E, 7 – L J und 8 – N K (betreffend eine Baustelle in x, Kontrolle am 3. Februar 2016) Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Strafverfahren eingestellt.

V.6.2. Der Beschwerde gegen die Strafhöhe im Hinblick auf die Spruchpunkte 3 – S O, 4 – E P und 5 – A S (betreffend eine Baustelle in X, Kontrolle am 12. Februar 2016) wird insofern Folge gegeben, als die Geldstrafen auf jeweils 600 Euro, insgesamt 1.800 Euro, und die Ersatzfreiheitsstrafen auf jeweils 19 Stunden, insgesamt 57 Stunden, herabgesetzt werden. Darüber hinaus wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

V.6.3. Hinsichtlich Spruchpunkte 1, 2, 6, 7 und 8 hat der Beschwerdeführer weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde, noch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu bezahlen.

V.6.4. Hinsichtlich Spruchpunkte 3, 4 und 5 reduzieren sich die Kosten im Verfahren vor der belangten Behörde auf 180 Euro. Im Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fallen keine Kosten an.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

VI.1. 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.

VI.2. Die konkreten Sachverhaltsfeststellungen sind Ergebnis der vorgenommenen konkreten Beweiswürdigung. Diese ist einzelfallbezogen und nicht verallgemeinerungsfähig. Das sich daraus ergebende Ergebnis iSd Zweifelsregel „in dubio pro reo“ steht im Einklang mit der oben dargestellten, nicht uneinheitlichen, Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes.

VI.3. Die konkrete Strafzumessung ist stets einzelfallbezogen und nicht verallgemeinerungsfähig. Sie orientiert sich jeweils am konkreten Bf und an dessen Verhalten. Auch die Abwägung der Milderungs- und Erschwernisgründe ist stets bezogen auf den konkreten Einzelfall sowie nicht verallgemeinerungsfähig und betrifft immer den jeweiligen Beschuldigten. Auch aus diesem Grund liegt eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung nicht vor und war die ordentliche Revision für unzulässig zu erklären.

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. Zur Verfahrenshilfe:

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. Zur Vorschreibung / Zum Zahlschein:

Bitte erachten Sie die /den von der Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelte/n Vorschreibung / Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der Behörde eine/n aktualisierte/n Vorschreibung / Zahlschein zugesandt.

3. Zur Eintragung in die Evidenz des Kompetenzzentrum LSDB:
Gemäß § 7n Abs. 2 AVRAG wird darauf hingewiesen, dass mit der rechtskräftigen Bestrafung die Eintragung in die Evidenz des Kompetenzzentrum LSDB verbunden ist.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Lidauer