OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

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

Geschäftszeichen:
LVwG-302000/19/Kü/LB

Datum:
Linz, 19. Oktober 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde der S L, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. T K, L.Straße, W, vom 20. März 2018, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau vom 23. Februar 2018, GZ: Wi96-46-2017-Kw, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes aufgrund des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 6. September 2019, Zl. Ra 2019/11/0055-8, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Die Beschwerdeführerin hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde noch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu bezahlen.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau vom 23. Februar 2018, GZ: Wi96-46-2017-Kw, wurden über die Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 7e Abs. 3 iVm § 7i Abs. 5 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) 5 Geldstrafen in Höhe von jeweils 2.000 Euro, im Falle der Uneinbringlichkeit jeweils Ersatzfreiheitsstrafen von 33 Stunden, verhängt.

Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zu Grunde:
„Sie haben als handelsrechtliche Geschäftsführerin und somit Verantwortliche der B s.r.o. mit Sitz in M, M zu verantworten, dass folgende Arbeitnehmer von genannter Firma auf der Baustelle Privathaus H, U, St. F, beschäftigt wurden, ohne dass vom 07.09.2016 bis zum 08.09.2016 das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zumindest zustehende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien geleistet wurde:

1. Herr L N, geb. x, StA. Slowakei
2. Herr O P, geb. x, StA. Slowakei
3. Herr P P, geb. x, StA. Slowakei
4. Herr L H, geb. x, StA. Slowakei
5. Herr M B, geb. x, StA. Slowakei

Die Unterentlohnung betrug bei den Herren P, P, und H 37,7 % des zustehenden Entgelts. Bei den Herren N und B betrug die Unterentlohnung 41,3 % des zustehenden Entgelts.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend wurde von der belangten Behörde nach Darstellung der Arbeitszeiten und der Anspruchslöhne der im Spruch genannten Arbeiter ausgeführt, dass sich dieser Sachverhalt aus den vorliegenden Arbeitsverträgen und ZKO-Meldungen sowie der Aussage des Baustellenkoordinators ergeben würde. Das nicht der dem Kollektivvertrag zustehende Grundlohn geleistet worden sei, sei durch den Strafantrag der Wiener Gebietskrankenkasse als erwiesen anzusehen.

Ein Absehen von der Verhängung einer Strafe gemäß § 7i Abs. 6 AVRAG komme gegenständlich – trotz Nachzahlung des Entgeltes – mangels Vorliegen der geringen Unterschreitung des maßgeblichen Entgelts nicht in Betracht. Als strafmildernd würde von der belangten Behörde die im Tatzeitpunkt bestehende verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit gewertet, straferschwerend seien keine Umstände zu werten gewesen.

I.2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig im Wege der rechtsfreundlichen Vertretung eingebrachte Beschwerde, in der beantragt wird das Straferkenntnis ersatzlos zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Begründend wurde festgehalten, dass die zitierten Gesetzesbestimmungen des AVRAG nicht mehr in Kraft seien. Zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung sei lediglich § 7 vorhanden gewesen, ein § 7i AVRAG sei überhaupt nicht mehr in Kraft.

Auch die angegebenen Berechnungen seien durchwegs falsch. An der Baustelle, die im Spruch angeführt sei, sei nie von der Einschreiterin als Geschäftsführerin eine Tätigkeit der Arbeiter geplant oder bewilligt gewesen. Tatsächlich sollten die im Straferkenntnis angeführten Arbeiter in ihrer Wohnunterkunft warten und erst danach wäre ihnen eine neue Beschäftigung von der Unternehmensleitung zugewiesen worden. Offensichtlich habe es sich bei der Baustelle um eine private Baustelle gehandelt, die der Vorarbeiter für sich und die Arbeiter organisiert habe, um die Zeit zu überbrücken und nicht 2 Tage untätig zuwarten zu müssen. Die Beschäftigung sei daher in keinster Weise der Firma B s.r.o. zuzurechnen und habe die Einschreiterin keine Verantwortlichkeit dafür, welche Tätigkeiten die Bauarbeiter in ihrer Freizeit durchführen würden.

Der Ehegatte der Einschreiterin sei am 8. September 2016 auf die Baustelle gerufen worden und sei von der Slowakei zu dieser Baustelle gefahren, die er nicht gekannt habe. Auf der Baustelle sei ihm ohne eine Übersetzungsmöglichkeit von den Beamten der Finanzpolizei sofort unterstellt worden, für diese verantwortlich zu seien. Tatsächlich sei weder der Ehegatte der Einschreiterin noch sie selbst für diese Baustelle verantwortlich gewesen, da die Arbeiter, die im Spruch angeführt seien, offensichtlich von sich aus eine Schwarzarbeit angestrebt hätten und dies ohne Wissen der Geschäftsführung der B s.r.o. durchgeführt hätten.

Es sei darauf hinzuweisen, dass der Baukoordinator, der Baustellen in Österreich für die Geschäftsführung koordiniert habe, Herr P J, in weiterer Folge vom Unternehmen entlassen worden sei, da dieser offensichtlich auch Geld gestohlen habe und andere Unregelmäßigkeiten begangen habe. Die Aussagen des Herrn J vor der Bezirkshauptmannschaft würden daher als unrichtig bestritten.

Zudem würde darauf hingewiesen, dass Herr J völlig illegal ein Unternehmen J-Bau geführt habe und dabei offensichtlich die Arbeitnehmer der B s.r.o. verwendet habe. Die Einschreiterin und ihr Ehegatte seien dann in weiterer Folge draufgekommen, dass Herr J dies tue und sollte jedenfalls berücksichtigt werden, dass dann natürlich bei derartigen Schwarzarbeiten sämtliche Arbeiter angegeben hätten, dass sie bei der B s.r.o. beschäftigt seien und Herr J dies auch bestätigt hätte. So sei Herr J einer Verfolgung durch die Verwaltungsstrafbehörde entgangen und würde sämtliche Verantwortung auf die Einschreiterin und ihren Ehegatten abgewälzt, obwohl diese von den Machenschaften nichts gewusst hätten und tatsächlich auch nicht dafür verantwortlich seien.

I.3. Mit undatiertem Vorlageschreiben, eingelangt am 12. Juli 2018, legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor. Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

I.4. Mit Erkenntnis vom 23. Jänner 2019, GZ: LVwG-302000/2/Kü/JW, hat das Landesverwaltungsgericht der Beschwerde Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben. Diese Entscheidung hat der Verwaltungsgerichtshof aufgrund einer Revision der Wiener Gebietskrankenkasse als Kompetenzzentrum LSDB mit Erkenntnis vom 6. September 2019, Zl. Ra 2019/11/0055-8, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes, zumal gemäß § 50 VwGVG keine Entscheidung in der Sache erfolgt ist, aufgehoben. Die aufhebende Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes bewirkt, dass das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich gehalten ist, in Anlehnung an die vom Verwaltungsgerichtshof vertretene Rechtsansicht neuerlich eine Entscheidung über die von der Bf eingebrachte Beschwerde zu treffen.

I.5. In Fortführung des Ermittlungsverfahrens hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 28. Jänner 2020, an welcher die Bf in Begleitung ihres Rechtsvertreters sowie ein Vertreter der Österreichischen Gesundheitskasse teilgenommen haben. Ein Vertreter der belangten Behörde war zur mündlichen Verhandlung entschuldigt.

I.6. Folgender Sachverhalt steht fest:

Der Ehegatte der Bf war bis Mitte des Jahres 2016 unter dem Firmennamen „B L, M – St“ als Einzelunternehmer in den Geschäftszweigen Bau, Tischlerei und Schlosserei tätig. Der Sitz des Unternehmens befand sich in der Slowakei.

Ebenfalls im Jahr 2016 hat die Bf zusammen mit ihrem Ehegatten in der Slowakei die Firma B s.r.o. gegründet. Sowohl die Bf als auch ihr Ehegatte sind handelsrechtliche Geschäftsführer dieser Firma. Die B s.r.o. ist seit 24. Mai 2016 im Handelsregister eingetragen. Ab Juli 2016 hat der Ehegatte der Bf nicht mehr als Einzelunternehmer gearbeitet sondern wurden Aufträge nur mehr von der Firma B s.r.o. abgewickelt.

Am 8. September 2016 führten Erhebungsorgane der Finanzpolizei auf der Baustelle „Privathaus H“ in U, St. F, eine Kontrolle durch. Von den Kontrollorganen wurden die slowakischen Staatsangehörigen L N, O P, P P, L H und M B bei der Montage von Vollwärmeschutzplatten an der Fassade des Hauses angetroffen. Die Arbeiter verständigten den Baukoordinator der Baustelle, Herrn P J. Dieser wurde sodann von den Kontrollorganen einvernommen und gab an, dass die Firma B

s.r.o., welche Arbeitgeber der angetroffenen slowakischen Arbeiter ist, seit 24. Mai 2016 besteht und er selbst seit 12. Juli 2016 als Baukoordinator bei dieser Firma beschäftigt ist.

Herr J gab gegenüber den Kontrollorganen weiters an, dass die Arbeiter seit 7. September 2016 auf dieser Baustelle in U tätig sind und die Arbeiten wahrscheinlich bis 16. September 2016 andauern würden. Am 7. September 2016 haben die Arbeiten um 7:30 Uhr begonnen, die tägliche Arbeitszeit gab Herr J von Montag bis Freitag von 07:30 bis 17:00 Uhr mit einer Stunde Mittagspause an.

Zur Bezahlung führt Herr J in der mit ihm aufgenommenen Niederschrift aus, dass die Arbeiter N und B 8 Euro sowie die Arbeiter P, P und H je 8,50 Euro netto pro Stunde ausbezahlt bekämen. Weiters würden die Arbeiter 15 Euro für die Mittagsverpflegung sowie die Unterkunft erhalten.

Im Zuge der Kontrolle konnten die gemäß Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz geforderten Unterlagen nicht vorgelegt werden. Seitens der B s.r.o. wurde bei der Zentralen Koordinationsstelle am 8. September 2016 eine ZKO-3-Meldung eingebracht. In der ZKO-3-Meldung ist angegeben, dass die fünf Arbeiter jeweils ein Monatsgehalt von 410 Euro erhalten.

Die Gewerbebehörde hat auf Grund der Kontrolle die Arbeiten auf der Baustelle am 8. September 2016 um 10:40 Uhr eingestellt und dies dem Baukoordinator telefonisch mitgeteilt.

Einen Tag nach der Kontrolle, am 9. September 2016 erschien Herr P J mit dem Ehegatten der Bf im Büro der Finanzpolizei in Schärding und übergab den Ermittlungsbeamten Arbeitsverträge, Lohnzettel und den Werkvertrag bezüglich der Baustelle.

Zwischen der B s.r.o. und dem privaten Bauherrn als Auftraggeber wurde am 5. September 2016 ein Werkvertrag über die Isolierarbeit am Haus, St. F, U, abgeschlossen. Im Vertrag setzten die Vertragsparteien für die Werkleistung einen Schätzpreis in der Höhe von 6.000 Euro plus 8.000 Euro Material fest. Diesen Preis kann gemäß den Vertragsbedingungen der Werkunternehmer einseitig im Umfang von bis zu 20 % erhöhen. Falls der tatsächliche Preis den Schätzungspreis wesentlich übertrifft, hat der Werkunternehmer den Werkbesteller darauf aufmerksam zu machen.

Wegen des Verdachtes der Unterentlohnung hat die Finanzpolizei die Erhebungsergebnisse dem Kompetenzzentrum LSDB (nunmehr Österreichische Gesundheitskasse) vorgelegt. In der vom Kompetenzzentrum LSDB am 13. Juni 2017 erstatteten Strafanzeige wird festgestellt, dass im einschlägigen Kollektivvertrag „Baugewerbe – Industrie Arbeiter“ für den Facharbeiter ein Anspruchslohn in Höhe

von 13,64 Euro pro Stunde vorgesehen ist. Davon ausgehend, dass die fünf slowakischen Arbeiter am 7. September 2016 von 07:30 Uhr bis 17:00 Uhr (eine Stunde Mittagspause) und am 8. September 2016 von 07:30 bis 11:00 Uhr gearbeitet haben, ergibt das eine Arbeitszeit von 12 Stunden sowie bei einem Stundenlohn von 13,64 Euro pro Stunde einen Anspruchslohn in Höhe von 163,68 Euro brutto. Dem gegenüber gestellt wurden die laut Angaben von Herrn J ausbezahlten Stundenlöhne von 8,50 Euro bzw. 8 Euro. Entgegen den Angaben von Herrn J ist das Kompetenzzentrum LSDB bei der Erstellung der Anzeige davon ausgegangen, dass es sich bei den 8,50 Euro bzw. 8 Euro pro Stunde um Bruttobeträge handelt. Dies entspricht nicht den Angaben des Baukoordinators, da dieser angegeben hat, dass diese Stundenbeträge netto ausbezahlt werden.

In der Anzeige geht das Kompetenzzentrum LSDB davon aus, dass den Arbeitern P, P und H ein Anspruchslohn von 163,68 Euro zugestanden ist, diese aber nur einen Bruttolohn von 102 Euro erhalten haben und sich somit ein Unterentlohnungsbetrag von 61,68 Euro brutto ergibt. Laut Strafanzeige beträgt die Unterentlohnung sohin 37,68 %.

Die Arbeiter N und B haben beim Anspruchslohn von 163,68 Euro laut Anzeige einen Bruttolohn von 96 Euro (12 Stunden x 8 Euro) erhalten, was einen Unterentlohnungsbetrag von 67,68 Euro bzw. 41,35 % entspricht. Diese Angaben in der Anzeige hat die belangte Behörde im Spruch des Straferkenntnisses übernommen.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung führte die Bf aus, dass es über die Arbeitszeiten und Lohnauszahlungen in der Buchhaltung Belege gibt. Der Aufforderung, diese nachzureichen, kam die Bf mit Eingabe von 2. März 2020 nach. Von der Bf wurden Arbeitsaufzeichnungen, Lohnzettel für den Monat September 2016 sowie Banküberweisungsbelege und Ausgabenscheine vorgelegt. Aus den Arbeitsaufzeichnungen ergibt sich, dass alle fünf slowakischen Arbeiter auf der Baustelle in U am 7. September 2016 von 07:30 bis 17:00 Uhr bei einer Stunde Mittag und am 8. September 2016 von 07:30 bis 11:00 Uhr gearbeitet haben. In den Arbeitsaufzeichnungen findet sich am 7. September 2016 fälschlicherweise bei der Aufsummierung die Stundenanzahl 9,5. Richtig ist vielmehr, dass – wie sich auch schon bei der Kontrolle herausgestellt hat – 8,5 Stunden am 7. September 2016 und 3,5 Stunden am 8. September 2016, somit zusammen Stunden gearbeitet wurde.

Den Arbeitsaufzeichnungen für den Monat 09/2016 ist am Ende in Tabellenform zu entnehmen, dass ein Vertragsgrundlohn von 410 Euro, Reisekosten von 238 Euro und für die Baustelle H 182 Euro (13 Stunden zu je 14 Euro) geleistet werden. Diese Beträge sind in den Arbeitsaufzeichnungsblättern für alle fünf slowakischen Arbeiter ident. In einer weiteren Zeile in dieser Tabelle sind unter der Bezeichnung

„Firma + Feiertag“ bei den einzelnen Arbeitern unterschiedliche Beträge ausgewiesen.

Dem Arbeiter B ist aufgrund des Lohnzettels für den Monat 09/2016 bei einem Grundlohn von 410 Euro brutto ein Betrag von 358,19 Euro ausbezahlt worden. Dieser Betrag ist durch einen Banküberweisungsbeleg vom 18. Oktober 2016 belegt. Zudem wurde von der Bf ein weiterer Banküberweisungsbeleg vom 18. Oktober 2016 vorgelegt, aus dem ersichtlich ist, dass dem Arbeiter B unter dem Verwendungszweck „dieta 09/2016“ ein Betrag von 779,31 Euro ausbezahlt wurde.

Auch dem Arbeiter H wurde laut Lohnzettel im September 2016 ein Betrag von 358,19 Euro ausbezahlt. Dies ergibt sich aus dem vorliegenden Bank-überweisungsbeleg vom 18. Oktober 2016. Gemäß einem weiteren Banküber-weisungsbeleg vom selben Tag erhielt der Arbeiter H unter dem Verwendungszweck „dieta 09/2016“ den Betrag von 437,06 Euro ausbezahlt.

Dem Arbeiter N wurde aufgrund des Lohnzettels für den Monat 09/2016 ein Betrag von 347,82 Euro, welcher durch Banküberweisungsbeleg vom 18. Oktober 2016 bestätigt ist, bezahlt. Auch dem Arbeiter N wurden unter dem Verwendungszweck „dieta 09/2016“ 871,93 Euro (Banküberweisungsbeleg vom 18. Oktober 2016) ausbezahlt.

Der Arbeiter P hat gemäß slowakischen Lohnzettel 358,19 Euro ausbezahlt erhalten. Dies ist durch einen Ausgabenschein vom 18. Oktober 2016 belegt. Weiters wurden dem Arbeiter P 321,31 Euro gemäß Ausgabenschein vom 18. Oktober 2016 unter dem Verwendungszweck „dieta09/2016“ ausbezahlt.

Gemäß Lohnzettel von Monat 09/2016 wurden dem Arbeiter P 306,67 Euro ausbezahlt, wobei dieser Betrag durch Banküberweisungsbeleg vom 21. Oktober 2016 dokumentiert ist. Zudem erhielt der Arbeiter P gemäß weiteren Banküberweisungsbeleg vom 21. Oktober 2016 einen Betrag von 692,58 Euro unter dem Verwendungszweck „dieta09/2016“ überwiesen.

Hinsichtlich der Auszahlungsbeträge mit dem Verwendungszweck „dieta 09/2016“ ist festzustellen, dass sich aus sämtlichen Arbeitsaufzeichnungen für die fünf Arbeiter für den Monat September 2016 ergibt, dass am 6. September und 9. September 2016 Reisekosten für die An- und Abreise zur Baustelle in U angefallen sind. Ansonsten ist in den Arbeitsaufzeichnungen ausgewiesen, dass sämtliche fünf slowakischen Arbeiter in den sonstigen Zeiten im September 2016 am Firmenstandort in der Slowakei beschäftigt worden sind.

I.7. Eingangs ist - obwohl im schriftlichen Beschwerdevorbringen noch gegen-teiliges behauptet wird - klarzustellen, dass die fünf slowakischen Arbeiter im

Auftrag der B s.r.o. am 7. und 8. September 2016 an der gegenständlichen Baustelle in U insgesamt 12 Stunden gearbeitet haben. Diese Feststellung ergibt sich sowohl aus den Angaben des bei der Kontrolle von den Erhebungsorganen einvernommenen Baukoordinators als auch aus den Arbeitsaufzeichnungen der B s.r.o., die nach Durchführung der mündlichen Verhandlung vorgelegt wurden. Es bestehen daher keine Zweifel, dass der Arbeiter der B s.r.o. insgesamt 12 Stunden Arbeitsleistungen in Österreich erbracht haben.

Die Berechnungen des Kompetenzzentrum LSDB in der Strafanzeige vom 13. Juni 2017 beruhen offensichtlich ausschließlich auf den inhaltlichen Angaben des Herrn P J, der gegenüber den Kontrollorganen als Baukoordinator aufgetreten ist. Obwohl von Herrn J in seiner Einvernahme angegeben wird, dass die Arbeiter 8,50 bzw. 8 Euro netto in der Stunde erhalten würden, finden sich diese Beträge aufsummiert mit den 12 geleisteten Arbeitsstunden in den Berechnungen als gewährte Bruttostundenlöhne. Obwohl Herr N als Bauhelfer vom Baukoordinator bezeichnet wird, werden alle fünf Arbeiter als Facharbeiter mit einem gebührenden kollektivvertraglichen Stundensatz von 13,64 Euro brutto eingestuft. Von der belangten Behörde wurden die in der Strafanzeige ausgewiesenen Prozentwerte der Unterentlohnung ungeprüft in den Spruch des Straferkenntnisses übernommen, obwohl nachweislich offensichtlich Netto- mit Bruttobeträgen verglichen wurden und daher die ausgewiesenen Unterentlohnungen – selbst bei der Annahme, dass die Aussagen des Herrn J uneingeschränkt Glauben zu schenken ist – so nicht der Wahrheit entsprechen können.

Die Bf hat bereits im Beschwerdevorbringen, sowie in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, dass der Arbeiter J das Unternehmen der Bf mehrfach betrogen hat und eine Parallelstruktur hinsichtlich Arbeitsleistungen auf eigene Rechnung aufgebaut hat. Die Bf konnte in der mündlichen Verhandlung glaubwürdig und nachvollziehbar darstellen, dass der bei ihr beschäftigte Baukoordinator J auf eigene Rechnung in Österreich Baustellen abgewickelt hat und nur dann, wenn es zu Kontrollen gekommen ist, die Firma der Bf als Arbeitgeber gegenüber den Kontrollorganen angegeben hat. Die Bf kann ihr Vorbringen dadurch stichhaltig untermauern, als sie Rechnungen vorlegt, die von einem Unternehmen „J Bau – P J“ mit dem Sitz in der Slowakei ausgestellt worden sind. Es handelt sich dabei um Rechnungen aus dem Jahr 2015 die von Herrn P J für Umbauarbeiten in U ausgestellt worden sind. Aufgrund dieser Umstände, hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich den Zeugen J unter seiner bekannt gegebenen Adresse in der Slowakei zur mündlichen Verhandlung geladen. Die Ladung wurde vom Zeugen aber nicht übernommen und daher nicht zugestellt und an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich retourniert. Ein weiterer Aufenthaltsort des Zeugen, allenfalls in Österreich, konnte nicht erhoben werden. Vom Ehegatten der Bf wurde zu diesem Umstand in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass auch er mit dem Zeugen J keinen Kontakt mehr hat und dieser wahrscheinlich in Deutschland aufhältig ist. Insofern war das

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht in der Lage mit den zur Verfügung stehenden Mitteln den Aufenthaltsort des Zeugen J zu ermitteln und mit diesem in Kontakt zu treten.

Die Angaben von Herrn J gegenüber den Kontrollorganen hinsichtlich der pro Stunde an die Arbeiter ausgezahlten Nettobeträge sind daher für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht als erwiesen anzusehen, zumal von der Bf nach der mündlichen Verhandlung Arbeitsaufzeichnungen sowie Gehaltsabrechnungen und Auszahlungsbelege – wie im Sachverhalt festgestellt – vorgelegt worden sind. Auch wenn in den Gehaltsabrechnungen für den Monat September 2016 keine Positionen für die 12 in Österreich erbrachten Arbeitsstunden aufgelistet sind, ist nicht davon auszugehen, dass den fünf slowakischen Arbeitern im September 2016 ausschließlich der für die Tätigkeit in der Slowakei gebührende Grundlohn von 410 Euro brutto gewährt worden ist. Die Banküberweisungsbelege bzw. Auszahlungsscheine belegen, dass neben einem Grundlohn unter dem Verwendungszweck „dieta 09/2016“ weitere, in Summe höhere Eurobeträge, ausbezahlt worden sind. Allein aus dem bezeichneten Verwendungszweck dieser Auszahlungen kann aber nicht darauf geschlossen werden, dass es sich hierbei ausschließlich um die Auszahlung von Aufwandsentschädigungen handelt. Reisekosten sind gemäß den Aufzeichnungen nur am 6. und 9. September 2016 entstanden, ansonsten erfolgten die Arbeitsleistungen der Arbeiter im Monat September 2016 am Firmenstandort. Aufwandsentschädigungen für die Verpflegung können nur am 7. und 8. September 2016 entstanden sein. Die Reisekosten sind in den Arbeitsaufzeichnungen mit 238 Euro angegeben. Die Auszahlungsbelege verdeutlichen aber diesen Wert übersteigende Vergütungen, sodass von einer reinen Aufwandsentschädigung daher nicht auszugehen ist. Insofern kann der Bf nicht wirksam entgegen getreten werden, wenn sie unter Hinweis auf die in der Buchhaltung vorliegenden Aufzeichnungen darauf verweist, dass den Arbeitern ein Bruttobetrag von 14 Euro pro geleisteter Arbeitsstunde in Österreich zur Auszahlung gelangt ist. Dies wird dem Grunde nach auch in den vorgelegten Arbeitsaufzeichnungen dokumentiert.

Für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist es daher nachvollziehbar, dass den Arbeitern mehr als 410 Euro Grundgehalt brutto im Monat September 2016 ausbezahlt wurde. Allein auf diesen Betrag kann daher eine Unterentlohnung für die Arbeitsleistungen in Österreich nicht gestützt werden. Die vorliegenden Unterlagen belegen eine diesen Betrag übersteigende Auszahlung. Sofern vom Kompetenzzentrum LSDB im Rahmen des Parteiengehörs nach Durchführung der mündlichen Verhandlung basierend auf diesem Grundlohn von 410 Euro brutto neue Berechnungen hinsichtlich der Unterentlohnung angestellt werden, muss sohin festgehalten werden, dass das dieses Bruttoentgelt allein nicht als Basis für neue Berechnungen herangezogen werden kann.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die im Spruch ausgewiesenen Unterentlohnungen nicht erwiesen werden konnten und so der Entscheidung auch nicht zu Grunde zu legen gewesen sind.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

II.1. Rechtslage:

Die im gegenständlichen Fall maßgeblichen Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl. I Nr. 94/2014 lauten wie folgt:

„Ansprüche gegen ausländische Arbeitgeber/innen mit Sitz in einem EU- oder EWR-Mitgliedstaat

§ 7b. (1) Ein/e Arbeitnehmer/in, der/die von einem/einer Arbeitgeber/in mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wird, hat unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts für die Dauer der Entsendung zwingend Anspruch auf

1. zumindest jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern/Arbeitnehmerinnen von vergleichbaren Arbeitgebern/Arbeitgeberinnen gebührt (ausgenommen Beiträge nach § 6 BMSVG und Beiträge oder Prämien nach dem BPG);

[...]

Kompetenzzentrum LSDB

§ 7e. (1) Für die Kontrolle des dem/der nicht dem ASVG unterliegenden Arbeitnehmer/in nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag in Österreich unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zustehenden Entgelts im Sinne des § 7i Abs. 5 wird die Wiener Gebietskrankenkasse als Kompetenzzentrum Lohn- und Sozialdumping Bekämpfung (Kompetenzzentrum LSDB) eingerichtet.

[...]

(3) Stellt das Kompetenzzentrum LSDB fest, dass der/die Arbeitgeber/in dem/der Arbeitnehmer/in im Sinne des Abs. 1 nicht zumindest das nach Abs. 1 zustehende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien leistet, hat es Anzeige an die zuständige Bezirksverwaltungsbehörde zu erstatten. Mit der Anzeige ist ein bestimmtes Strafausmaß zu beantragen. Die Anzeige ist der Abgabenbehörde zum Zwecke der Nachverrechnung von Abgaben elektronisch zur Kenntnis zu übermitteln. Auf Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag beruhende Überzahlungen bei den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgeltbestandteilen sind auf allfällige Unterentlohnungen im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum anzurechnen.

(4) Das Kompetenzzentrum LSDB kann die Kollektivvertragspartner, die den für den/die Arbeitnehmer/in maßgeblichen Kollektivvertrag abgeschlossen haben, zur Ermittlung des dem/der Arbeitnehmer/in unter Beachtung der Einstufungskriterien nach Abs. 1 zustehenden Entgelts anhören. Erhebt ein/e Arbeitgeber/in begründete Einwendungen gegen die vom Kompetenzzentrum LSDB angenommene Einstufung, hat das Kompetenzzentrum LSDB die Kollektivvertragspartner anzuhören. Eine Stellungnahme der Kollektivvertragspartner hat eine gemeinsame zu sein. Aufwandersätze und Sachbezüge dürfen, soweit der Kollektivvertrag nicht anderes bestimmt, für die Zwecke der Bestimmung des kollektivvertraglichen Entgelts nicht angerechnet werden.
[...]

Strafbestimmungen
§ 7i

[...]
(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, liegt eine einzige Verwaltungsübertretung vor. Auf Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag beruhende Überzahlungen bei den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgeltbestandteilen sind auf allfällige Unterentlohnungen im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum anzurechnen. Hinsichtlich von Sonderzahlungen für dem ASVG unterliegende Arbeitnehmer/innen liegt eine Verwaltungsübertretung nach dem ersten Satz nur dann vor, wenn der/die Arbeitgeber/in die Sonderzahlungen nicht oder nicht vollständig bis spätestens 31. Dezember des jeweiligen Kalenderjahres leistet. Sind von der Unterentlohnung höchstens drei Arbeitnehmer/innen betroffen, beträgt die Geldstrafe für jede/n Arbeitnehmer/in 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Wiederholungsfall 2 000 Euro bis 20 000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer/innen betroffen, für jede/n Arbeitnehmer/in 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Wiederholungsfall 4 000 Euro bis 50 000 Euro.“

II.2. Wie bereits unter Punkt I.7. ausgeführt, ergibt sich im abgeführten Beschwerdeverfahren kein Nachweis dafür, dass bei der Beschäftigung der fünf slowakischen Arbeiter auf der Baustelle in U am 7. und 8. September 2016 die in der Entscheidung der belangten Behörde ausgewiesenen Unterentlohnungen auch faktisch stattgefunden haben. Die ausgewiesenen Prozentwerte basieren auf einem Vergleich des zustehenden Bruttoentgeltes mit dem vermeintlich ausbezahlten Nettoentgelt und können daher in dieser Weise nicht einem Straferkenntnis zu Grunde gelegt werden. Zudem ist anzumerken, dass die Bf im Rahmen des Beschwerdeverfahrens durch Vorlage entsprechender Unterlagen insbesondere Überweisungs- und Auszahlungsbelegen, an deren Richtigkeit nicht zu zweifeln ist, erwiesen hat, dass jedenfalls höhere Beträge für den Monat September 2016 ausbezahlt wurden als es dem in der Slowakei gewährten Grundlohn entsprechen würde. Sohin ist belegt, dass den fünf Arbeitern jedenfalls Zahlungen geleistet wurden, welche nicht nur als Aufwandsentschädigungen zu

werten sind und jedenfalls den in der Slowakei gebührenden Vertragsgrundlohn bei Weitem übersteigen. Die im Rahmen des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde angestellten Berechnungen der Unterentlohnung können daher der Entscheidung nicht zu Grunde gelegt werden. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass im Beschwerdeverfahren die angelasteten Verwaltungsübertretungen nicht erwiesen werden konnten, zumal die Bf ihre Angaben durch bestätigende schriftliche Unterlagen zu untermauern vermochte. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht daher im Zweifel gemäß Art. 6 Abs. 2 EMRK davon aus, dass die der Bf angelastete Verwaltungsübertretung nicht mit der für ein Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit erwiesen ist und die Bf daher nicht zur Verantwortung zu ziehen ist. Demgemäß war sohin dem Beschwerdevorbringen zu folgen, das Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bereits im Erkenntnis dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen. Diese Rechtsprechung ist nicht als uneinheitlich zu beurteilen und es liegen keine Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Darüber hinaus ist der festgestellte Sachverhalt ein Ergebnis der Beweiswürdigung und wurde dieser nach Durchführung einer Verhandlung und Vorlage von Unterlagen festgestellt und entsprechend begründet. Es handelt sich dabei um keine Rechtsfrage, jedenfalls nicht um eine solche von grundsätzlicher Bedeutung.

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

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den

Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

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

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kühberger