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-302332/10/Kü/LiS

Datum:
Linz, 10. August 2020

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde von H.P., vertreten durch Rechtsanwalt T.K., X, B., Deutschland, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshautmannschaft Kirchdorf vom 27. März 2019, GZ: SanRB96-101-2018, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als die verhängten Geldstrafen auf jeweils 500 Euro und die Ersatzfreiheitstrafen auf jeweils 17 Stunden herabgesetzt werden. Im Übrigen wird das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass in allen drei Spruchpunkten das Beschäftigungsausmaß auf „Mo. – Fr. (9 Stunden) und Sa. (6 Stunden)“ und im Spruchpunkt 1. der Betrag der Unterentlohnung auf „682,82 Euro“ richtiggestellt werden.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde wird auf 150 Euro herabgesetzt.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 27. März 2019, GZ: SanRB96-101-2018, wurden über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen gemäß § 29 Abs. 1 iVm § 3 Abs. 3 Lohn- und Sozialdumping - Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) zwei Geldstrafen in Höhe von jeweils 2.500 Euro und eine Geldstrafe in Höhe von 2.000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit jeweils Ersatzfreiheitsstrafen, verhängt.

Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben als Verantwortlicher, nämlich handelsrechtlicher Geschäftsführer, der Firma ‚R. Sp.z.o.o.' in x, D. (Polen), diese ist Arbeitgeber, zu verantworten, dass nachstehende Arbeitnehmer beschäftigt wurden, ohne ihnen zumindest das gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, geleistet zu haben.

Folgende Personen wurden beschäftigt:
1) Name: R.M., geb. x
Staatsangehörigkeit: Polen
Tätigkeit: Vorarbeiter, Maurer
Einstufung und Kollektivvertrag: Feuerferst- und Schornstein-(Kamin-)-Bau 2018
Beschäftigungszeitraum: 16.07.2018 bis 31.07.2018
Beschäftigungsausmaß: Mo. - Fr. (10 Stunden) und Sa. (8 Stunden)
Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender Sonderzahlungen und Zulagen in EURO: 3086,42
Tatsächlich geleistetes Entgelt in EURO: 2403,60
Unterentlohnung in EURO: 666,38
Unterentlohnung in Prozent: 22,12 %
Beschäftigungs- bzw. Arbeitsort: ‚V.K.', X, S.
Tatzeit (Kontrollzeitpunkt): 18.07.2018 um 08:45 Uhr

2) Name: S.H., geb. x
Staatsangehörigkeit: Polen
Tätigkeit. Hilfsarbeiten
Einstufung und Kollektivvertrag: Feuerferst- und Schornstein-(Kamin-)-Bau 2018
Beschäftigungszeitraum: 16.07.2018 bis 31.07.2018
Beschäftigungsausmaß: Mo. - Fr. (10 Stunden) und Sa. (8 Stunden)
Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender Sonderzahlungen und Zulagen in EURO: 1815, 81
Tatsächlich geleistetes Entgelt m EURO: 1450,80
Unterentlohnung in EURO: 365,01
Unterentlohnung in Prozent: 20,10 %
Beschäftigungs- bzw. Arbeitsort: ‚V.K.' X, S.
Tatzeit (Kontrollzeitpunkt): 18.07.2018 um 08:45 Uhr

3) Name: S.L., geb. x
Staatsangehörigkeit: Polen
Tätigkeit: Zimmermann
Einstufung und Kollektivvertrag: Zimmerergewerbe 2018
Beschäftigungszeitraum: 16.07.2018 bis 31.07.2018
Beschäftigungsausmaß: Mo. - Fr. (10 Stunden) und Sa. (8 Stunden)
Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender Sonderzahlungen und Zulagen in EURO: 1915,81
Tatsächlich geleistetes Entgelt in EURO: 1624,80
Unterentlohnung in EURO: 291,01
Unterentlohnung in Prozent: 15,19 %
Beschäftigungs- bzw. Arbeitsort: ‚V.K.', X, S.
Tatzeit (Kontrollzeitpunkt): 18.07.2018 um 08:45 Uhr

I.2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde in der beantragt wird, das Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen, in eventu den Bf zu ermahnen.

Begründend wurde ausgeführt, dass bei einem so großen Unternehmen, wie der R. Sp.z.o.o., es schlicht unmöglich sei, von einem Geschäftsführer Kenntnis von sämtlichen Vorgängen und Abläufen zu verlangen und solche Vorgänge zu kontrollieren. Die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers scheidet daher aus, weil er keine Sorgfaltspflichtverletzung begangen habe. Die Aufgaben in Verbindung mit Auslandseinsätzen seien an eine eigene Abteilung übertragen worden. Die dort tätigen Mitarbeiter seien sehr sorgfältig ausgesucht und eingewiesen worden und würden regelmäßig überwacht und kontrolliert. Fehler dieser Abteilung könnten dem Geschäftsführer nicht angelastet werden.

Die durch die belangte Behörde vorgenommenen Berechnungen seien unzutreffend, aber auch nicht nachvollziehbar. Der Arbeitnehmer R. sei als Feuerungsmaurer auf der betreffenden Baustelle eingesetzt worden. Laut Kollektivvertrag erhalte ein Feuerungsmaurer eine Vergütung von 17,38 Euro pro Stunde. Diese Vergütung sei auch gezahlt worden. Da Herr R. nicht als Vorarbeiter beschäftigt worden sei, sei die Einstufung der Behörde unzutreffend.

Hinsichtlich des Arbeitnehmers S. würden konkrete Angaben zur Einstufung durch die Behörde fehlen, sodass eine konkrete Auseinandersetzung mit dem Vorwurf nicht erfolgen könne. Unter Zugrundelegung des Kollektivvertrages für das Bauhilfsgewerbe müsse der Arbeitnehmer 10,88 Euro pro Stunde erhalten. Hingegen sei der Arbeiter mit 12,09 Euro pro Stunde, höher als im Kollektivvertrag vorgesehen, entlohnt worden.

Ebenfalls die Einstufung des Mitarbeiters S. sei unzutreffend erfolgt. Nach der kollektivvertraglichen Regelung sei es völlig unerheblich, welche Ausbildung ein

Arbeitnehmer absolviert habe. Vielmehr komme es auf die ausgeübte Tätigkeit an. Der Arbeitnehmer sei auf dem betreffenden Bauvorhaben nicht als Zimmermann eingesetzt worden.

Darüber hinaus sei die Länge der zugrunde gelegten Arbeitszeit falsch. Die Arbeitnehmer hätten in den Personenblättern angegeben, 9 Stunden Montag bis Freitag und 6 Stunden Samstag gearbeitet zu haben. Die Behörde habe sich darüber hinweggesetzt und eine Arbeitszeit von 10 Stunden Montag bis Freitag und 8 Stunden samstags völlig willkürlich angesetzt.

Abschließend wurde darauf hingewiesen, dass die Firma R. Sp.z.o.o. dennoch eine Nachberechnung vorgenommen habe und die Differenzbeträge unverzüglich an die Arbeitnehmer ausbezahlt habe, nachdem sie von dem vermeintlichen Verstoß Kenntnis erlangt habe.

I.3. Die Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf als belangte Behörde hat die gegenständliche Beschwerde mit Schreiben vom 15. Mai 2019 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt. Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 22. Juli 2020, an welcher der Sohn des Bf als dessen Vertreter in Form einer Videokonferenz und eine Vertreterin der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) teilgenommen haben. Ein Vertreter der belangten Behörde ist zur mündlichen Verhandlung nicht erschienen.

I.5. Folgender Sachverhalt steht fest:

Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma R. Sp.z.o.o. mit dem Sitz in Polen, X, D.

Die Firma R. Sp.z.o.o. wurde von der Firma M. AG, mit dem Sitz in Zürich, beauftragt im „V.K.“ in S., im Kalkofen R1P die Montage des Feuerfestmaterials durchzuführen. Vereinbart war, dass diese Arbeiten mit 16. Juli 2018 beginnen sollten und bis 15. Oktober 2018 abgeschlossen sind.

Am 18. Juli 2018 wurde die Baustelle Kalkofen im „V.K.“ in S. von einem Baustellenerheber der BUAK kontrolliert. Das Kontrollorgan hat bei der Überprüfung drei Arbeitnehmer der Firma R. Sp.z.o.o. bei Vorbereitungsarbeiten zu den Arbeiten am Kalkofen angetroffen. Als Vorarbeiter gab sich Herr M.R. zuerkennen. Die weiteren Arbeiter waren H.S. und L.S. Eine Verständigung des Kontrollorgans mit den Arbeitern in Deutsch war möglich.

Während der Kontrolle füllten die angetroffenen Arbeiter ein Baustellenerhebungsprotokoll in polnischer Sprache aus und gaben dabei an, Montag bis Freitag 10 Stunden und samstags 8 Stunden zu arbeiten. Herr R. gab an, als Vorarbeiter zu arbeiten und einen Stundenlohn von 17,38 Euro zu erhalten, Herr S. gab an, als Feuerfesthelfer zu arbeiten und einen Stundenlohn von 12,09 Euro zu erhalten und Herr S. erklärte als Zimmermann zu arbeiten und einen Stundenlohn von 13,54 Euro zu erhalten. Diese Entlohnungsangaben stimmen mit den Angaben in den am 12. Juli 2018 erstatteten ZKO3-Meldungen, welche bei der Kontrolle vorgelegt werden konnten, überein. Ebenso wurden bei der Kontrolle Anhänge zu den Arbeitsverträgen für sämtliche drei Arbeitnehmer vorgelegt, die die Angaben im Baustellenerhebungsprotokoll bestätigen.

Aufgrund des Umstandes, dass bei der Kontrolle Lohnunterlagen nicht vorgelegt werden konnten, wurde Herrn R. als Ansprechperson der R. Sp.z.o.o. eine schriftliche Aufforderung übergeben, wonach innerhalb von zwei Werktagen, und zwar bis zum 20. Juli 2018, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung für alle drei Arbeitnehmer vorzulegen sind. Für die Übermittlung der Lohnzettel und Lohnauszahlungsnachweise, sowie Banküberweisungsbelege für den Lohnmonat Juli 2018, wurde eine Frist bis zum 20. des Folgemonats eingeräumt. Diese angeforderten Unterlagen langten zeitgerecht bei der BUAK ein.

Aufgrund dieser Erhebungen stufte die BUAK den Arbeitnehmer R. als Vorarbeiter bei Feuerfestbauten, den Arbeitnehmer S. als Bauhilfsarbeiter und den Arbeitnehmer S. als Facharbeiter (Zimmereitechniker) ein. Der den Arbeitern zustehende Bruttostundenlohn ergibt sich hinsichtlich des Arbeitnehmer R. aus dem Kollektivvertrag für Feuerfest- und Schornstein-(Kamin-)Bau 2018, für den Arbeitnehmer S. aus dem Kollektivvertrag für das Baugewerbe und Bauindustrie 2018 und für den Arbeitnehmer S. aus dem Kollektivvertrag für das Zimmerergewerbe 2018.

Aus den vorliegenden Arbeitszeitaufzeichnungen ist ersichtlich, dass die drei Arbeitnehmer im Zeitraum 16. - 31. Juli 2018 jeweils 120 Stunden gearbeitet haben. Diese Arbeitsaufzeichnungen dokumentieren, dass montags bis freitags je 9 Stunden und samstags je 6 Stunden gearbeitet wurde. Ausgehend von den im Kollektivvertrag vorgesehenen Arbeitszeiten bedeutet dies, dass im Zeitraum 16. - 31. Juli 2018 die Normalarbeitszeit insgesamt 98 Stunden betragen hat und von den Arbeitnehmern sohin 22 Stunden an Mehrleistungen erbracht wurden.

Für den Arbeiter R. lässt sich feststellen, dass dieser gemäß dem nachträglich übermittelten Anhang zum Arbeitsvertrag mit einem Stundenlohn von 20,03 Euro entlohnt wurde. Bei 120 Arbeitsstunden ergibt dies einen Betrag von 2.403,60 Euro. Tatsächlich gebührt dem Arbeitnehmer gemäß dem Kollektivvertrag, ein Stundenlohn von 20,55 Euro. 98 Stunden zu einem Stundensatz von

20,55 Euro ergeben 2.013,90 Euro, 22 Mehrstunden zu einem Stundensatz von 36,99 Euro summieren sich auf 813,78 Euro. Diese Beträge ergänzt um das gebührende anteilige Weihnachtsgeld für die geleisteten 120 Arbeitsstunden in Höhe von 258,74 Euro ergeben in Summe ein gebührendes Bruttoentgelt von 3.086,42 Euro. Aus der Differenz des gebührenden Entgelts mit dem bezahlten Entgelt resultiert ein Unterentlohnungsbetrag von 682,82 Euro, welcher einem Wert von 22,12 % entspricht.

Dem Arbeitnehmer S. wurde für die 120 Arbeitsstunden, bei einem Stundensatz von 12,09 Euro, insgesamt ein Bruttoentgelt von 1.450,80 Euro bezahlt. Diesem Arbeitnehmer wurde zwar der in Österreich gebührende Bruttostundensatz geleistet, doch ergibt sich aus der Nichtleistung des Zuschlages für die Mehrstunden und dem nicht ausbezahlten anteiligen Weihnachtsgeld eine Unterentlohnung. Für die Normalarbeitszeit von 98 Stunden zum Stundensatz von 12,09 Euro gebührt ein Entgelt von 1.184,82 Euro, die 22 Mehrstunden zu einem Stundensatz von 21,76 Euro ergeben ein Entgelt von 478,76 Euro. Diese Beträge ergänzt um das anteilige Weihnachtsgeld in Höhe von 152,22 Euro führen in Summe zu einem zustehenden Entgelt von 1.815,81 Euro. Das gebührende Entgelt minus dem geleisteten Bruttoentgelt ergibt den Unterentlohnungsbetrag von 365,01 Euro, welcher einem Wert von 20,10 % entspricht.

Gleich verhält es sich beim Arbeitnehmer S., der als Zimmermann für 120 geleistete Arbeitsstunden, bei einem Stundensatz von 13,54 Euro, ein Entgelt von 1.624,80 Euro brutto erhalten hat. Das gebührende Entgelt für 98 Stunden zu 13,54 Euro, sowie 22 Stunden Mehrleistungen zu einem Stundensatz von 20,31 Euro und das anteilige Weihnachtsgeld ergeben ein gebührendes Brutto-entgelt von 1.915,81 Euro. Dieses gebührende Bruttoentgelt minus dem geleisteten Bruttoentgelt ergibt eine Differenz, und somit Unterentlohnung, von 291,01 Euro, was einem Wert von 15,19 % entspricht.

Diese Unterentlohnungsbeträge wurden von der BUAK in der Anzeige vom 7. Dezember 2018 berechnet und dem Bf in Form der Aufforderung zur Rechtfertigung durch die belangte Behörde vom 18. Dezember 2018 zur Kenntnis gebracht.

In seiner Stellungnahme zur Aufforderung zur Rechtfertigung vom 14. Jänner 2019 erklärte der Bf, dass auf Grund einer Neuberechnung der Löhne den Arbeitnehmern bereits am 4. Dezember 2018 folgende Beträge in Bar und somit netto ausbezahlt wurden:
Dem Arbeitnehmer R. 2.604,95 zl (entspricht 906,25 Euro), dem Arbeitnehmer S. 1.115,30 zl (entspricht 260,85 Euro) und dem Arbeitnehmer S. 971,81 zl (entspricht 227,29 Euro). Zum Nachweis der bezahlten Beträge legte der Bf die Barauszahlungsbelege vor und verwies gleichzeitig darauf, dass somit die

geforderten Löhne bereits ausbezahlt wurden und keine Unterentlohnung vorgekommen ist.

I.6. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus der Anzeige der BUAK vom 7. Dezember 2018, welcher die im Zuge der durchgeführten Kontrolle vorgelegten, beziehungsweise über schriftliche Aufforderung nach der Kontrolle angeforderten Unterlagen beiliegen. Den vorliegenden Arbeitsaufzeichnungen des Bf ist zu entnehmen, dass die Arbeiter montags bis freitags 9 Stunden und samstags 6 Stunden gearbeitet haben, was im Zeitraum 16. Juli bis 31. Juli 2018 eine Gesamtarbeitszeit von 120 Stunden ergibt. Aufgrund der kollektivvertraglichen Normalarbeitszeitregelung bedeutet dies, dass die Arbeiter 98 Stunden Normalarbeitszeit und 22 Stunden Mehrleistungen in diesem genannten Zeitraum erbracht haben. Diese Stundenanzahl wurde von der BUAK auch der Berechnung des gebührenden Entgelts zugrunde gelegt.

Festzuhalten ist, dass sich die Einstufungen in die jeweilig anzuwendenden Kollektivverträge aus den Angaben der Arbeitnehmer im Zuge der Kontrolle ergeben. Diese Angaben bestätigen die vorgelegten Anhänge zu den Arbeitsverträgen, welchen zu entnehmen ist, dass Herr R. als Vorarbeiter zu einem Stundensatz von 20,03 Euro, Herr S. als Feuerfesthelfer mit einem Stundenlohn von 12,09 Euro und Herr S. als Zimmermann mit einem Stundenlohn von 13,54 Euro (jeweils Bruttobeträge) im Zeitraum 16. Juli bis 31. Juli 2018 bei der gegenständlichen Baustelle Kalkwerk S. beschäftigt worden sind.

Aufgrund des Umstandes, dass zwar den Arbeitnehmern diese Beträge ausbezahlt wurden, allerdings ursprünglich keine korrekte Verrechnung der Zuschläge zu den Mehrleistungen, sowie des anteiligen Weihnachtsgeldes erfolgt ist, ergeben sich die im Sachverhalt dargestellten Unterentlohnungen. Die dargestellten Berechnungen der BUAK wurden vom Vertreter des Bf in der mündlichen Verhandlung nicht bestritten, sodass diese der Sachverhaltsfeststellung zu Grunde gelegt werden konnten.

Der ursprünglich von der Firma des Bf vorgelegten Lohnabrechnung für Juli 2018 ist nicht zu entnehmen, für welche Stundenanzahl diese Entgelte geleistet wurden, beziehungsweise welcher Entgeltbestandteil der Arbeitsleistung in Österreich zurechenbar ist. Aufgrund dieser Gesamtlohnabrechnung konnte daher das tatsächlich für die Tätigkeit in Österreich ausbezahlte Entgelt nicht eruiert werden.

Aus den vom Bf vorgelegten Nachzahlungsbelegen ergibt sich, dass allen drei Arbeitnehmern nachträglich Beträge für ihre Arbeitsleistungen in Österreich ausbezahlt wurden. Festzustellen ist, dass die im Sachverhalt genannten Nachzahlungsbeträge Nettobeträge darstellen, im Gegensatz zu den im Straferkenntnis ausgewiesenen Bruttobeträgen der Unterentlohnung.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

II.1. Rechtslage:

Die im gegenständlichen Fall maßgeblichen Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016, lauten:

„Anspruch auf Mindestentgelt

§ 3.
[...]
(3) Ein durch einen Arbeitgeber mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat, EWR-Staat oder einem Drittstaat nach Österreich zur Arbeitsleistung entsandter Arbeitnehmer hat unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts für die Dauer der Entsendung zwingend Anspruch auf zumindest jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt (ausgenommen Beiträge nach § 6 des Betrieblichen Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetzes – BMSVG, BGBl. I Nr. 100/2002 oder vergleichbaren österreichischen Rechtsvorschriften und Beiträge oder Prämien nach dem Betriebspensionsgesetz – BPG, BGBl. Nr. 282/1990), das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebührt.

(4) Sind nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag Sonderzahlungen vorgesehen, hat der Arbeitgeber diese dem entsandten Arbeitnehmer oder der grenzüberschreitend überlassenen Arbeitskraft aliquot für die jeweilige Lohnzahlungsperiode zusätzlich zum laufenden Entgelt (Fälligkeit) zu leisten.
[...]

Unterentlohnung

§ 29. (1) Wer als Arbeitgeber einen Arbeitnehmer beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, zu leisten, 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. Entgeltzahlungen, die das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt übersteigen, sind auf allfällige Unterentlohnungen im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum anzurechnen. Hinsichtlich von Sonderzahlungen für dem ASVG unterliegende Arbeitnehmer liegt eine Verwaltungsübertretung nach dem ersten Satz nur dann vor, wenn der Arbeitgeber die Sonderzahlungen nicht oder nicht vollständig bis spätestens 31. Dezember des jeweiligen Kalenderjahres leistet. Sind von der Unterentlohnung höchstens drei Arbeitnehmer betroffen, beträgt die Geldstrafe für jeden Arbeitnehmer 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Wiederholungsfall 2 000 Euro bis 20 000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer betroffen, für jeden Arbeitnehmer 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Wiederholungsfall 4 000 Euro bis 50 000 Euro. Ebenso ist zu bestrafen, wer als Auftraggeber im Sinne des § 14 Abs. 1 Z 3

einen Heimarbeiter beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm zumindest das nach Gesetz oder Verordnung gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, zu leisten.

(2) Die Strafbarkeit nach Abs. 1 ist nicht gegeben, wenn der Arbeitgeber vor einer Erhebung der zuständigen Einrichtung nach den §§ 12, 14 und 15 die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt nachweislich leistet.

(3) Stellt die Bezirksverwaltungsbehörde fest, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt binnen einer von der Behörde festzusetzenden Frist nachweislich leistet, und

1. die Unterschreitung des nach Abs. 1 maßgeblichen Entgelts unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien gering ist oder
2. das Verschulden des Arbeitgebers oder des zur Vertretung nach außen Berufenen (§ 9 Abs. 1 VStG) oder des verantwortlichen Beauftragten (§ 9 Abs. 2 oder 3 VStG) leichte Fahrlässigkeit nicht übersteigt,

hat sie von der Verhängung einer Strafe abzusehen. Ebenso ist von der Verhängung einer Strafe abzusehen, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt vor der Aufforderung durch die Bezirksverwaltungsbehörde nachweislich leistet und die übrigen Voraussetzungen nach dem ersten Satz vorliegen. Ist die Entscheidung der Bezirksverwaltungsbehörde von der Klärung einer Vorfrage im Sinne des § 38 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 – AVG, BGBl. Nr. 51/1991, abhängig, die den Gegenstand eines beim zuständigen Gericht anhängigen oder gleichzeitig anhängig gemachten Verfahrens bildet, hat die Bezirksverwaltungsbehörde das Verwaltungsstrafverfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Vorfrage auszusetzen; das verwaltungsbehördliche Strafverfahren gilt als unterbrochen, die Parteien sind davon in Kenntnis zu setzen. In Verwaltungsstrafverfahren nach Abs. 1 ist § 45 Abs. 1 Z 4 und letzter Satz VStG nicht anzuwenden. Weist der Arbeitgeber der Bezirksverwaltungsbehörde nach, dass er die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt geleistet hat, ist dies bei der Strafbemessung strafmildernd zu berücksichtigen.
[...].“

II.2. Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht fest, dass die von der Firma des Bf nach Österreich entsandten Arbeitnehmer trotz richtiger Einstufung gemäß den anzuwendenden Kollektivverträgen, wegen der nicht ordnungsgemäßen Abrechnung von Mehrleistungen sowie zustehenden Sonderzahlungen bezüglich ihrer Tätigkeit in Österreich im Juli 2018 unterentlohnt wurden. Das einem nach Österreich entsandten Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt umfasst auch Mehrstunden-zuschläge, die in einem prozentmäßigen Aufschlag auf den jeweils zur Anwendung gelangenden Stundensatz zu berechnen sind. Gemäß § 3 Abs. 4 LSD-BG hat der Arbeitgeber dem entsandten Arbeitnehmer, wenn nach Gesetz, Verordnung oder

Kollektivvertrag Sonderzahlungen vorgesehen sind, diese aliquot für die jeweilige Lohnzahlungsperiode zusätzlich zum laufenden Entgelt (Fälligkeit) zu leisten. Dies bedeutet, dass Sonderzahlungen bei entsandten Arbeitnehmern, welche nicht dem ASVG unterliegen, mit Abschluss der Lohnzahlungsperiode, im vorliegenden Fall somit bereits zum Monatsende, fällig werden.

Insofern steht – wie bereits erwähnt – fest, dass aufgrund des Umstandes, dass den drei Arbeitern das jeweilig zustehende Entgelt pro geleisteter Arbeitsstunde am Ende der Lohnzahlungsperiode Juli 2018 zwar ausbezahlt worden ist, aufgrund der Nichtberücksichtigung der Zuschläge für die 22 geleisteten Mehrstunden sowie des aliquot zustehenden Weihnachtsgeldes es zum Zeitpunkt Ende Juli 2018 zu einer Unterentlohnung für die Tätigkeit in Österreich gekommen ist. Insofern ist dem Bf die angelastete Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht vorwerfbar.

Da die im Straferkenntnis angeführten Beschäftigungsausmaße nicht den Tatsachen entsprechen, war im Hinblick auf die vorliegenden Arbeitszeitaufzeichnungen, die auch Grundlage für die Lohnberechnungen waren, eine Richtigstellung vorzunehmen. Zudem war im Spruchpunkt 1. die Differenz zwischen gebührendem und geleistetem Entgelt rechnerisch richtig zu stellen.

II.3. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

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

Im Verfahren sind keine Umstände hervorgekommen, die ein mangelndes Verschulden des Bf aufzeigen würden. Der Bf ist als handelsrechtlicher Geschäftsführer der R. Sp.z.o.o. nach außen vertretungsbefugtes Organ dieses Unternehmens und grundsätzlich für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften verantwortlich. Mit dem Verweis auf die Zuständigkeiten im Unternehmen kann sich der Bf nicht entlasten, zumal die Bestellung eines verantwortlich Beauftragten, dem anstelle des Geschäftsführers die Verantwortung innerhalb des Unternehmens

übertragen worden wäre, vom Bf nicht behauptet wurde. Dieser Umstand war daher nicht weiter zu prüfen.
Auch mit dem Einwand, dass niemals die Absicht bestanden hat, den Arbeitern zu wenig Lohn auszubezahlen und vielmehr ein Versehen der Lohnabteilung der Firma vorliegt, die nicht alle notwendigen Informationen einholen konnte, speziell bezogen auf das anteilige Weihnachtsgeld, kann sich der Bf nicht entlasten. Gerade vor einer erstmaligen Tätigkeit muss erwartet werden, dass der ausländische Arbeitgeber genaue Erkundigungen über die Rechtslage in dem Land, in dem er einen Auftrag annehmen möchte, anstellt. Insofern ist mit dem Einwand, wonach nie die Absicht bestanden hat, bestehende Rechtsvorschriften in Österreich zu umgehen, für den Bf nichts zu gewinnen. Damit kann der Bf ein den betrieblichen Verhältnissen angepasstes Kontrollsystem, das die Einhaltung der in Österreich gültigen Mindestentgelte jedenfalls erwarten lässt, nicht belegen. Der Bf als Geschäftsführer hat für die Vorgänge in seinem Unternehmen ein funktionierendes Kontrollsystem einzurichten. Für die mangelnde Effektivität seines Kontrollsystems hat der Dienstgeber unabhängig von seinem Verschulden einzustehen (vgl. z.B. VwGH 03.12.2013, 2012/08/0026; 17.01.2014, 2013/08/0281; 14.03.2014, 2012/08/0029; 26.05.2014, 2012/08/0207).

Insgesamt hat daher der Bf als nach außen vertretungsbefugtes Organ der Arbeitgeberin die Unterentlohnungen im dargelegten Ausmaß in der Schuldform der Fahrlässigkeit zu verantworten, weshalb ihm die angelasteten Verwaltungsübertretungen auch in subjektiver Hinsicht vorwerfbar sind.

II.4. Tatsache ist, dass der Bf nach Beginn der Erhebungen der BUAK nach Vornahme einer Neuberechnung des zustehenden Entgelts durch die Lohnabteilung der R. Sp.z.o.o. die festgestellten Entgeltdifferenzen an die Arbeitnehmer am 4. Dezember 2018 in bar ausbezahlt hat. Da die Neuberechnung der Löhne Bruttobeträge ausweist, konnten diese mit den tatsächlich ausbezahlten Nettobeträgen nicht direkt verglichen werden. Im Zweifel muss aber zugunsten des Bf von einer gänzlichen Nachzahlung der Unterentlohnungen ausgegangen werden. Im Fall von M.R. hat überdies eine Überzahlung stattgefunden.

Gemäß § 29 Abs. 2 LSD-BG ist die Strafbarkeit nach Abs. 1 nicht gegeben, wenn der Arbeitgeber vor einer Erhebung der zuständigen Einrichtung (diesfalls die BUAK) die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt nachweislich leistet. Die Erhebungen der BUAK haben aber bereits mit der Kontrolle der Baustelle am 18. Juli 2019 begonnen und waren diese auch der Grund für die vom Bf vorgenommenen Neuberechnungen des zustehenden Entgelts. Insofern findet dieser Strafausschließungsgrund im gegenständlichen Fall keine Anwendung.

II.5. Gemäß § 29 Abs. 3 LSD-BG ist von der Verhängung einer Strafe dann abzusehen, wenn der Arbeitgeber die Lohndifferenz binnen einer von der Behörde festzusetzenden Frist nachweislich leistet und die Unterschreitung gering ist oder das Verschulden des Arbeitgebers leichte Fahrlässigkeit nicht übersteigt. Gegenständlich hat es keine Aufforderung der belangten Behörde zur Leistung der Lohndifferenz gegeben.

Nachdem der Bf allerdings die Lohndifferenzen auch ohne Aufforderung nachgezahlt hat, ist gemäß § 29 Abs. 3 zweiter Satz LSD-BG von der Verhängung einer Strafe abzusehen, wenn das zustehende Entgelt nachweislich geleistet wird und die übrigen Voraussetzungen (das sind geringfügige Unterschreitungen des Entgelts und leichte Fahrlässigkeit des Arbeitgebers) vorliegen.

Zur Frage der geringfügigen Unterschreitung des Grundlohns hält der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 23. September 2014, Zl. Ro 2014/11/0083, fest, dass bei einer Unterentlohnung im Ausmaß von zumindest 6,6 % nicht mehr von einer bloß geringfügigen Unterschreitung des Grundlohns gesprochen werden kann, dies auch unter dem Gesichtspunkt, dass die Unterentlohnung in den überwiegenden Fällen über mehrere Monate bestanden hat. Im gegenständlichen Fall bestehen Unterentlohnungen im Ausmaß von 15 bis 22 %, sodass sich insgesamt Beträge ergeben haben, die im Sinne der Judikatur nicht als geringfügig eingestuft werden können.

Zudem hat der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen, dass der Umstand, dass mehrere Arbeitnehmer von der Unterentlohnung im Sinne des § 7i Abs. 3 AVRAG (nunmehr § 29 LSD-BG) betroffen sind, das Verschulden des Beschäftigers nicht mehr als geringfügig ansehen lässt (VwGH 23.10.2014, Ro 2014/11/0071; 10.06.2015, 2013/11/0121).

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass die im § 29 Abs. 3 LSD-BG normierten Voraussetzungen für das Absehen von der Verhängung einer Strafe im vorliegenden Fall der Unterentlohnung nicht erfüllt sind. Zudem ist dem Antrag des Bf auf Erteilung einer Ermahnung insofern nicht zu entsprechen, da § 29 Abs. 3 vierter Satz LSD-BG explizit festlegt, dass in Verwaltungsstrafverfahren nach Abs. 1 (Unterentlohnung) § 45 Abs. 1 Z 4 und letzter Satz VStG (Ausspruch einer Ermahnung) nicht anzuwenden ist.

II.6. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Nach § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander

abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs. 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

II.7. Gemäß § 29 Abs. 3 letzter Satz LSD-BG, ist bei der Strafbemessung mildernd zu berücksichtigen, wenn der Arbeitgeber nachweist, dass er die Differenz zwischen dem tatsachlich geleisteten und dem den Arbeitnehmern nach österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelt geleistet hat. Wie bereits erwähnt, hat der Bf nachweislich am 4. Dezember 2018 den drei Arbeitnehmern das gebührende Entgelt zur Gänze bezahlt. Im Rahmen der Strafbemessung ist zudem zu berücksichtigen, dass die kollektivvertragliche Einstufung der gebührenden Stundensätze zwar richtig vorgenommen wurde und die Unterentlohnung auf der nicht vorgenommenen Berechnung der Mehrleistungen und Sonderzahlungen beruht. Diese Vorgangsweise rechtfertigt zwar das Vorgehen des Bf nicht, ist aber im Rahmen der Strafbemessung bei der Bewertung des Ausmaßes des Verschuldens als mildernd zu berücksichtigen. Zudem ist dem Bf zugute zu halten, dass er bislang unbescholten ist und sich auch in der mündlichen Verhandlung einsichtig gezeigt hat.

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

Wie oben dargestellt, sind dem Bf gewichtige Milderungsgründe zugute zu halten und im Rahmen des Beschwerdeverfahrens Erschwerungsgründe nicht hervorgekommen. Insofern kann ein beträchtliches Überwiegen der Milderungsgründe, wobei diesbezüglich die gänzliche Nachzahlung des zustehenden Entgelts vor der Anzeigelegung durch die BUAK besonders gewichtet wird, festgestellt werden. Unter den gegebenen Umständen bewirkt zwar die Nachzahlung mangels Erfüllen der gesetzlichen Voraussetzungen kein Absehen von der Strafe, die Anwendung des § 20 VStG erscheint aber doch gerechtfertigt. Insofern waren daher die

gesetzlich vorgesehenen Mindeststrafen um die Hälfte zu reduzieren und somit wie im Spruch zu entscheiden.

III. Verfahrenskosten:

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Bf keine Kosten für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu entrichten, da seinem Beschwerdebegehren teilweise entsprochen wurde. Der Kostenbeitrag für das Verfahren vor der belangten Behörde war aufgrund der Herabsetzung der verhängten Geldstrafen mit 10 % der nunmehrigen Strafhöhen neu festzusetzen.

IV. 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 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 e

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