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-302562/15/GS

Datum: Linz, 24. September 2020

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Saxinger über die Beschwerde von H P, vertreten durch Rechtsanwalt T K, x, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 18. Oktober 2019, GZ: 0019637/2018, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird hinsichtlich der Schuld mit der Maßgabe abgewiesen, dass die verletzten Verwaltungsvorschriften zu lauten haben: § 29 Abs. 1 iVm § 3 Abs. 3 und 4 Lohn-und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), StF. BGBl. I Nr. 44/2016, idF BGBl. Nr. 64/2017. Weiters werden die festgestellten Unterentlohnungen wie folgt ergänzt:

1. C P: Kollektivvertrag für Feuerfest- und Schornstein-(Kamin-)Bau, Österreich, 2017

Vorarbeiter bei Feuerfestbauten

Entgeltart	Zeitraum	Geleistetes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Gebührendes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Differenz Euro
Grundlohn	Juli 2017	40,00h/€16,69/€667,60	40,00h/€20,03/€801,20	€133,60
Weihn.rem	Juli 2017	40,00h/€ 0,00/€ 0,00	40,00h/€20,03/€84,06	€84,06
Gesamt		€ 667,60	€885,26	€217,66

Für Herrn C P ergibt sich daher eine Unterentlohnung von 24,59 %.

2. K S T und K Z: Kollektivvertrag für Feuerfest- und Schornstein-(Kamin-)Bau, Österreich, 2017

Feuerungsmaurer

Entgeltart	Zeitraum	Geleistetes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Gebührendes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Differenz Euro
Grundlohn	Juli 2017	40,00h/€16,69/€ 667,60	40,00h/€16,94/€677,60	€10,00
Weihn.rem.	Juli 2017	40,00h/€0,00/€ 0,00	40,00h/€16,94/€71,10	€71,10
Gesamt		€ 667,60	748,70€	€81,10

Für Herrn K S T und Herrn K Z ergibt sich daher eine Unterentlohnung von 10,83 %.

3. K K M: Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie, Österreich, 2017

Angelernter Bauarbeiter (Schaler)

Entgeltart	Zeitraum	Geleistetes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Gebührendes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Differenz Euro
Grundlohn	Juli 2017	40,00h/€13,02/€520,80	40,00h/€13,22/€528,80	€8,00
Weihn.rem.	Juli 2017	40,00h/€0,00/€0,00	40,00h/€13,22/€55,48	€55,48
Gesamt		€ 520,80	€584,28	€63,48

Für Herrn K K M ergibt sich daher eine Unterentlohnung von 10,87 %.

4. S M und K K P: Kollektivvertrag für Feuerfest- und Schornstein-(Kamin-)Bau, Österreich, 2017

Bauhilfsarbeiter / Feuerungsmaurer

Entgeltart	Zeitraum	Geleistetes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Gebührendes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Differenz Euro
Grundlohn	Juli 2017	40,00h/€11,61/€464,40	40,00h/€11,78/€471,20	€6,80
Weihn.rem.	Juli 2017	40,00h/€0,00/€0,00	40,00h/€11,78/€49,44	€49,44
Gesamt		€ 464,40	€520,64	€56,24

Für Herrn S M und Herrn K ergibt sich daher eine Unterentlohnung von 10,80 %.

Hinsichtlich des Strafausspruches wird der Beschwerde insofern Folge gegeben, als die verhängten Geldstrafen auf jeweils 1.000 Euro und die Ersatzfreiheitstrafen auf jeweils 17 Stunden herabgesetzt werden.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde wird auf 600 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 des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 18. Oktober 2019, GZ: 0019637/2018, wurden über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen gemäß § 29 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) insgesamt 6 Geldstrafen in Höhe von 1 x 2.500 Euro und 5 x 2.000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit jeweils Ersatzfreiheitsstrafen, verhängt.

Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„I. Tatbeschreibung:
Der Beschuldigte, H P, hat als verwaltungsstrafrechtlich verantwortlicher zur Vertretung nach außen berufener Geschäftsführer der x sp.z.o.o. (heute nach Umbenennung x sp.z.o.o.) mit Sitz in x, folgende Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) gemäß § 9 Abs. 1 VStG zu verantworten:
Von der x sp.z.o.o. (heute nach Umbenennung x sp.z.o.o.) als Arbeitgeberin wurde den Arbeitnehmern

1. C P
2. K S T
3. K Z
4. K K M
5. S M
6. K K P

im Prüfzeitraum Juli 2017 nicht zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, geleistet.

II. Verletzte Verwaltungsvorschrift(en) in der gültigen Fassung:
ad 1. bis 6. jeweils § 29 Abs 1 LSD-BG

III. Strafausspruch:

Über den Beschuldigten wird (werden) folgende Geldstrafe(n) verhängt:

Ad 1.: € 2500,--
Ad 2.: € 2000,--
Ad 3.: € 2000,--
Ad 4.: € 2000,--
Ad 5.: € 2000,--
Ad 6.: € 2000,-
Gesamt: 12500,--

Im Falle der Uneinbringlichkeit wird (werden) folgende Ersatzfreiheitsstrafe(n) verhängt:

Ad 1.: 42 Stunden
Ad 2.: 33 Stunden
Ad 3.: 33 Stunden
Ad 4.: 33 Stunden
Ad 5.: 33 Stunden
Ad 6.: 33 Stunden
Gesamt: 207 Stunden

Rechtsgrundlage: § 29 Abs 1 LSD-BG, §§ 9,16,19 und 22 VStG idgF

IV. Kostenentscheidung:

Als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens haben Sie 10% der verhängten Strafe zu leisten, das sind € 1250,--.

Rechtsgrundlage: § 64 Abs. 1 und 2 VStG idgF.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher
€ 13750,--.

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt:

„Anlässlich der am 26.07.2017 durch die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) durchgeführten Baustellenkontrolle am Arbeits(Einsatz)ort x und der folgenden Kontrolle der Lohnunterlagen wurde festgestellt, dass sechs Arbeitnehmer im Prüfzeitraum unterkollektivvertraglich entlohnt wurden.
Aufgrund der Ergebnisse der Baustellenkontrolle und der ausgeübten Tätigkeiten der Arbeitnehmer S M (Bauhilfsarbeiter), K K M (Abgelernter Bauarbeiter) und K K P (Bauhilfsarbeiter) kommt für diese der Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie, Österreich, 2017 zur Anwendung, für die Arbeitnehmer C P (Vorarbeiter bei Feuerfestbauten), K S T (Feuerungsmaurer) und K Z (Feuerungsmaurer) kommt der Kollektivvertrag für Feuerfest- und Schornstein-(Kamin) Bau, Österreich, 2017 zur Anwendung.
Mit Anfang Mai 2017 ist eine neue Lohnordnung zum Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie, Österreich, 2017 bzw Kollektivvertrag für Feuerfest- und Schornstein-(Kamin-) Bau, Österreich, 2017 in Kraft getreten. Bis Ende April 2017 betrug der kollektivvertragliche Mindestlohn für Vorarbeiter bei Feuerfestbauten EUR 19,73 brutto, für Feuerungsmaurer EUR 16,69 brutto, für Angelernte Bauarbeiter EUR 13,02 brutto und für Bauhilfsarbeiter EUR 11,61 brutto. Ab Anfang Mai 2017 beträgt der kollektivvertragliche Mindestlohn für Vorarbeiter bei Feuerfestbauten EUR 20,03 brutto, für Feuerungsmaurer EUR 16,94 brutto, für Angelernte Bauarbeiter EUR 13,22 brutto und für Bauhilfsarbeiter EUR 11,78 brutto. Diesen Kollektivvertragssprung hatte die x sp.z.o.o jedoch nicht berücksichtigt.
Arbeitgeber müssen nach § 3 Abs 4 LSD-BG im Kollektivvertrag vorgesehen Sonderzahlungen Arbeitnehmern aliquot für die jeweilige Lohnzahlungsperiode zusätzlich zum laufenden Entgelt (Fälligkeit) leisten. Der Kollektivvertrag für Bauindustrie und Baugewerbe bzw der Kollektivvertrag für Feuerfest- und Schornstein-(Kamin-) Bau,

Österreich, 2017 sehen in § 12 ein Weihnachtsgeld nach einmonatiger Betriebszugehörigkeit vor. Es liegt kein Hinweis auf Auszahlung vor, obwohl alle oben genannten Arbeitnehmer länger als einen Monat betriebszugehörig waren.

Die Unterentlohnung stellt sich wie folgt dar:

1. C P

Entgeltart	Zeitraum	Geleistetes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Gebührendes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Differenz Euro
Grundlohn	Juli 2017	40,00h/€16,69/€667,60	40,00h/€20,03/€801,20	€133,60
Weihn.rem.	Juli 2017	40,00h/€ 0,00/€ 0,00	40,00h/€20,03/€84,06	€84,06
Gesamt		€ 667,60	€885,26	€217,66

Für Herrn C P ergibt sich daher eine Unterentlohnung von 24,59 %.

2. K S T

Entgeltart	Zeitraum	Geleistetes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Gebührendes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Differenz Euro
Grundlohn	Juli 2017	40,00h/€16,69/€ 667,60	40,00h/€16,94/€677,60	€10,00
Weihn.rem.	Juli 2017	40,00h/€0,00/€ 0,00	40,00h/€16,94/€71,10	€71,10
Gesamt		€ 667,60	748,70€	€81,10

Für Herrn K S T ergibt sich daher eine Unterentlohnung von 10,83 %.

3. K Z

Entgeltart	Zeitraum	Geleistetes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Gebührendes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Differenz Euro
Grundlohn	Juli 2017	40,00h/€16,69/€667,60	40,00h/€16,94/€677,60	€10,00
Weihn.rem.	Juli 2017	40,00h/€0,00/€ 0,00	40,00h/€16,94/€71,10	€71,10
Gesamt		€ 667,60	748,70€	€81,10

Für Herrn K Z ergibt sich daher eine Unterentlohnung von 10,83 %.

4. K K M

Entgeltart	Zeitraum	Geleistetes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Gebührendes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Differenz Euro
Grundlohn	Juli 2017	40,00h/€13,02/€520,80	40,00h/€13,22/€528,80	€8,00
Weihn.rem.	Juli 2017	40,00h/€0,00/€0,00	40,00h/€13,22/€55,48	€55,48
Gesamt		€ 520,80	€584,28	€63,48

Für Herrn K K M ergibt sich daher eine Unterentlohnung von 10,87 %.

5. S M

Entgeltart	Zeitraum	Geleistetes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Gebührendes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Differenz Euro
Grundlohn	Juli 2017	40,00h/€11,61/€464,40	40,00h/€11,78/€471,20	€6,80
Weihn.rem.	Juli 2017	40,00h/€0,00/€0,00	40,00h/€11,78/€49,44	€49,44
Gesamt		€ 464,40	€520,64	€56,24

Für Herrn S M ergibt sich daher eine Unterentlohnung von 10,80 %.

6. K K P

Entgeltart	Zeitraum	Geleistetes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Gebührendes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Differenz Euro
Grundlohn	Juli 2017	40,00h/€11,61/€464,40	40,00h/€11,78/€471,20	€6,80
Weihn.rem.	Juli 2017	40,00h/€0,00/€0,00	40,00h/€11,78/€49,44	€49,44
Gesamt		€ 464,40	€520,64	€56,24

Für Herrn K K P ergibt sich daher eine Unterentlohnung von 10,80 %.

Es ist somit der Tatbestand der Ihnen angelasteten Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht erfüllt.

Schuldfrage:

Das LSD-BG sieht keine eigene Regelung hinsichtlich des Verschuldens vor. Es kommt daher § 5 Abs. 1 VStG zum Tragen, wonach zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt. Fahrlässigkeit ist immer dann anzunehmen, wenn

- einem Verbot zuwidergehandelt oder ein Gebot nicht befolgt wird und
- zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört (sogenanntes Ungehorsamsdelikt) und
- der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Der Beschuldigte hat im vorliegenden Fall ein Ungehorsamsdelikt begangen.

Bei einem Ungehorsamsdelikt belastet der Gesetzgeber den Täter schon durch seinen objektiven Tatbestand und präsumiert die Schuld bis zum Beweis des Gegenteils durch den Beschuldigten (VwGH 18.11.1971, Slg 8108 A, 13.12.1979, 2969/76 uva.). Da es gegenüber der Belastung, die der äußere Tatbestand für den Beschuldigten schafft eines besonderen Entlastungsbeweises bedarf, hat die Behörde demnach nicht wie bei den Erfolgsdelikten den Nachweis des Verschuldens zu erbringen, sondern hat der Beschuldigte selbst durch Beibringung von Beweismittel bzw. Stellung von entsprechenden Beweisanträgen darzutun, dass ihn kein Verschulden treffe (VwGH 30.6.1955, 1644/51, 15.11.1976, Slg 9180 A - 17.9.1985, 84/04/0237).

Den Einwänden des rechtsfreundlichen Vertreters des Beschuldigten in der Rechtfertigung ist folgendes entgegen zu halten:

Das verantwortliche Organ ist strafbar, wenn es nicht genügende Vorkehrungen getroffen hat, um die Verwirklichung des Tatbildes durch den unmittelbaren Täter zu verhindern. Es liegt ihm daher eine Unterlassung zur Last. In einem solchen Fall besteht gemäß § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG von vornherein die Vermutung eines Verschuldens (in Form fahrlässigen Verhaltens) des Täters, welche aber von ihm widerlegt werden kann.

Solange daher die Beschuldigte nicht glaubhaft macht, dass sie an der Verwaltungsübertretung kein Verschulden trifft, hat die Behörde anzunehmen, dass der Verstoß bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte vermieden werden können. Es war daher Sache der Beschuldigten, glaubhaft zu machen, dass sie an der Begehung der Verwaltungsübertretung kein Verschulden traf (vgl. VwGH vom 19. Oktober 2005, Zl. 2004/09/0064, und die darin zitierte Judikatur). Wie der Verwaltungsgerichtshofschon mehrfach ausgesprochen hat, ist für die Befreiung von der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers die Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems entscheidend (vgl. VwGH vom 19. Oktober 2001, Zl. 2000/02/0228). Die Erteilung von Weisungen entschuldigt den Arbeitgeber (bzw. den zur Vertretung nach außen Berufenen) nur dann, wenn er darlegt und glaubhaft gemacht hat, dass er Maßnahmen ergriffen hat, um die Einhaltung der erteilten Anordnungen betreffend die Beachtung der Rechtsvorschriften über die Beschäftigung von Dienstnehmern/Ausländern zu gewährleisten, insbesondere welche Kontrollen er eingerichtet und wie er sich vom Funktionieren des Kontrollsystems informiert hat. Das entsprechende Kontrollsystem hat selbst für den Fall eigenmächtiger Handlungen von Arbeitnehmern Platz zu greifen (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 15. September 2004, Zl. 2003/09/0124, mwN). Die Beschuldigte hat weder das Bestehen eines Kontrollsystems behauptet, noch erkennbar dargelegt, wie dieses Kontrollsystem im Einzelnen funktionieren hätte sollen.
Für eine Nachzahlung des zustehenden Betrages wurden keine, wie in der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 18.09.2018 angeforderten, Belege vorgelegt.
Der Schuldentlastungsbeweis im Sinne der vorstehenden Gesetzesbestimmung konnte mit der Rechtfertigung nicht erbracht werden.
Die gegenständliche Verwaltungsübertretung ist daher auch hinsichtlich ihrer subjektiven Tatbestandsmäßigkeit erwiesen.
Zur Strafhöhe ist festzustellen, dass gemäß § 19 Abs. 1 VStG Grundlage für die Bemessung der Strafe stets die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat ist; insofern spielt auch das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat, eine entsprechende Rolle. Nach Abs. 2 leg.cit. sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 Strafgesetzbuch sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.
Dies bedeutet, dass die erkennende Behörde auf der Grundlage des § 19 Abs. 1 VStG ihre Wertung der Tat innerhalb der Grenzen des gesetzlichen Strafrahmens darzutun hat. Eine Strafbemessung innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens ist eine Ermessensentscheidung, die nach den in § 19 leg.cit. festgelegten Kriterien vorzunehmen ist.“

I.2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde in der im Wesentlichen vorgebracht wird, dass der Bf zwar Geschäftsführer sei, jedoch aufgrund der Größe des Unternehmens von der Möglichkeit Gebrauch gemacht worden wäre, bestimmte Angelegenheiten auf einzelne Mitarbeiter zu übertragen.

Dazu gehöre u.a. die Aufteilung der Aufgaben in Verbindung mit Auslandseinsätzen, beispielsweise mit der Republik Österreich. Dieser Aufgabenkreis sei auf die Abteilung „x“ übertragen worden. Die dort tätigen Mitarbeiter mit dem Direktor (Manager) seien sehr sorgfältig ausgesucht, eingewiesen und regelmäßig überwacht und kontrolliert worden. Es könne ein Fehler dieser Abteilung nicht dem Geschäftsführer angelastet werden. Dessen ungeachtet hätten die Mitarbeiter C P, K S T, K Z, K K, S M und K K die nach dem Gesetz, Verordnung und/oder Kollektivvertrag zustehenden Entgelte unter Beachtung der Einstufungskriterien erhalten.

I.3. Der Bürgermeister der Stadt Linz als belangte Behörde hat die gegenständliche Beschwerde mit Schreiben vom 19. November 2019 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt. Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin 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. Weiters ist eine Vertreterin der belangten Behörde zur mündlichen Verhandlung erschienen.

Mit E-Mail vom 5. August 2020 legte der Bf Unterlagen hinsichtlich der Nachzahlungen vor. Im Rahmen des Parteiengehörs gaben sowohl die belangte Behörde, als auch die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse Stellungnahmen dazu ab.

I.5. Folgender Sachverhalt steht fest:

Der Bf war jedenfalls im verfahrensgegenständlichen Zeitraum handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma x sp.z.o.o. (nunmehr nach Umbenennung x sp.z.o.o.) mit dem Sitz in P, x.

Am 26. Juli 2017 fand durch die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) eine Baustellenkontrolle in x, „Feuerfestbau“, statt. Dort wurden u.a. folgende Arbeitnehmer der x. bei Feuerfestmaurer- bzw. Schweißer- und Schalungs- sowie Hilfsarbeiten angetroffen:
C P, K S T, K Z, K K, S M und K K.

Das Auftragsverhältnis betreffend die kontrollierte Baustelle stellte sich wie folgt dar: Die L S GmbH beauftragte für das Gewerk „Feuerfestmaurer-Schweiß- und Schalungsarbeiten“ als Subunternehmen die x.

Die genannten Arbeitnehmer der x sp.z.o.o. gaben an, als „Feuerfestmaurer“ bzw. „Hilfsarbeiter“ oder „Schweisser“ 40 Stunden pro Woche auf dem gegenständlichen Bauvorhaben zu arbeiten. Weiters gaben die Arbeiter an, 16,69 Euro bzw. 11,61 Euro bzw. 13,02 Euro brutto (pro Stunde) zu verdienen.
Herr C gab an, als Feuerfestmaurer-Vorarbeiter tätig zu sein. Aufgrund der Ergebnisse der Baustellenkontrolle wurden C P als Vorarbeiter bei Feuerfestbauten, K S und K Z als Feuerfestmaurer, K K M als Angelernter Bauarbeiter (Schaler) und C M S, S M und K K P als Bauhilfsarbeiter eingestuft.

Aus den vorliegenden ZKO3-Meldungen ergibt sich für C P, K S und K Z ein Bruttostundenlohn iHv 16,69 Euro, für K K M ein Bruttostundenlohn iHv 13,02 Euro und für C M S, S M und K K P ein Bruttostundenlohn iHv 11,61 Euro. Diese Beträge sind den Anhängen zu den Arbeitsverträgen zu entnehmen und stimmen mit den Angaben der Arbeiter überein. Aus den ZKO-Meldungen ergibt sich, dass zum Kontrollzeitpunkt alle genannten Arbeiter länger als ein Monat betriebszugehörig waren.

Mit E-Mail vom 23. August 2017 wurde vom Bf u.a. eine Liste betreff „Klasse“ übermittelt, in welcher die Bruttostundenlöhne angegeben waren. Aus dieser ergaben sich die gleichen Beträge wie den ZKO3-Meldungen und den Angaben der Arbeiter zu entnehmen war.

Mit Anfang Mai 2017 ist eine neue Lohnordnung zum Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie, Österreich 2017, bzw. Kollektivvertrag für Feuerfest- und Schornstein-(Kamin-)Bau, Österreich 2017, in Kraft getreten. Bis Ende April 2017 betrug der kollektivvertragliche Mindestlohn für Vorarbeiter bei Feuerfestbauten 19,73 Euro brutto, für Feuerungsmaurer 16,69 Euro brutto, für angelernte Bauarbeiter 13,02 Euro brutto und für Bauhilfsarbeiter 11,61 Euro brutto. Ab Anfang Mai 2017 betrug der kollektivvertragliche Mindestlohn für Vorarbeiter bei Feuerfestbauten 20,03 Euro brutto, für Feuerungsmaurer 16,94 Euro brutto, für angelernte Bauarbeiter 13,22 Euro brutto und für Bauhilfsarbeiter 11,78 Euro brutto. Diesen Kollektivvertragssprung hatte die x sp.z.o.o. nicht berücksichtigt.

Aufgrund den Angaben in den ZKO3-Meldungen sowie den Angaben der Arbeiter und der vorgelegten Liste ergaben sich somit die Bruttostundenlöhne.

Vergleicht man bei den Arbeitern den sich daraus ergebenden Bruttostundenlohn mit dem den Arbeitern entsprechend dem Kollektivvertrag zumindest zustehenden Bruttostundenlohn, unter Berücksichtigung des Anspruches eines aliquoten Weihnachtsgeldes, ergeben sich folgende Unterentlohnung:

1. C P: Kollektivvertrag für Feuerfest- und Schornstein-(Kamin-)Bau, Österreich, 2017
Vorarbeiter bei Feuerfestbauten

Entgeltart	Zeitraum	Geleistetes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Gebührendes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Differenz Euro
Grundlohn	Juli 2017	40,00h/€16,69/€667,60	40,00h/€20,03/€801,20	€133,60
Weihn.rem	Juli 2017	40,00h/€ 0,00/€ 0,00	40,00h/€20,03/€84,06	€84,06
Gesamt		€ 667,60	€885,26	€217,66

Für Herrn C P ergibt sich daher eine Unterentlohnung von 24,59 %.

2. K S T und K Z: Kollektivvertrag für Feuerfest- und Schornstein-(Kamin-)Bau, Österreich, 2017

Feuerungsmaurer

Entgeltart	Zeitraum	Geleistetes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Gebührendes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Differenz Euro
Grundlohn	Juli 2017	40,00h/€16,69/€ 667,60	40,00h/€16,94/€677,60	€10,00
Weihn.rem.	Juli 2017	40,00h/€0,00/€ 0,00	40,00h/€16,94/€71,10	€71,10
Gesamt		€ 667,60	748,70€	€81,10

Für Herrn K S T und Herrn K Z ergibt sich daher eine Unterentlohnung von 10,83 %.

3. K K M: Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie, Österreich, 2017

Angelernter Bauarbeiter (Schaler)

Entgeltart	Zeitraum	Geleistetes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Gebührendes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Differenz Euro
Grundlohn	Juli 2017	40,00h/€13,02/€520,80	40,00h/€13,22/€528,80	€8,00
Weihn.rem.	Juli 2017	40,00h/€0,00/€0,00	40,00h/€13,22/€55,48	€55,48
Gesamt		€ 520,80	€584,28	€63,48

Für Herrn K K M ergibt sich daher eine Unterentlohnung von 10,87 %.

4. S M / K K P: Kollektivvertrag für Feuerfest- und Schornstein-(Kamin-)Bau, Österreich, 2017

Bauhilfsarbeiter / Feuerungsmaurer

Entgeltart	Zeitraum	Geleistetes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Gebührendes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Differenz Euro
Grundlohn	Juli 2017	40,00h/€11,61/€464,40	40,00h/€11,78/€471,20	€6,80
Weihn.rem.	Juli 2017	40,00h/€0,00/€0,00	40,00h/€11,78/€49,44	€49,44
Gesamt		€ 464,40	€520,64	€56,24

Für Herrn S M und Herrn K ergibt sich daher eine Unterentlohnung von 10,80 %.

Mit E-Mail vom 5. August 2020 wurde vom Bf folgende Nachzahlungsliste vorgelegt:

		EUR				PLN		
Lp.	Nazwisko i imie	Wyrownanie wynagrodzenia ze wzgledu na stawke	Wyrownanie wynagrodzenia ze wzgledu na dodatek	Razem wyrownanie EUR brutto	kurs z 31.07.2017	Wyröwnanie wynagrodzenia ze wzglgdu na stawk?	Wyröwnanie wynagrodzenia ze wzglgdu na dodatek	Razem wyröwnanie PLN brutto
1	C	133,60	81,96	215,56	4,2545	568,40	348,70	917,10
2	K S	10,00	69,32	79,32	4,2545	42,55	294,92	337,47
3	K Z	10,00	69,32	79,32	4,2545	42,55	294,92	337,47
4	K K	8,00	54,10	62,10	4,2545	34,04	230,17	264,20
5	S M	6,80	48,20	55,00	4,2545	28,93	205,07	234,00
6	K K	6,80	48,20	55,00	4,2545	28,93	205,07	234,00
		175,20	371,10	546,30		745,39	1 578,84	2 324,23

Als Nachweis dieser Nachzahlungsbeträge wurden vom Bf Überweisungsbelege vom 21. September 2017 hinsichtlich jedem genannten Dienstnehmer vorgelegt.

I.6. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus der Anzeige der BUAK vom 27. März 2018. Festzuhalten ist, dass sich der Bf in der Verhandlung umfassend geständig zeigte. Der Kollektivvertragssprung Anfang Mai 2017 wurde einfach übersehen. Im Beschwerdeverfahren wurden vom Bf Nachweise der Nachzahlung der festgestellten Unterentlohnungsbeträge übermittelt. Die Nachzahlung für Juli 2017 wurde zur Entlohnung für August 2017 addiert und im September 2017 als Gesamtbetrag ausbezahlt. Aus den vorgelegten Nachzahlungen ist ersichtlich, dass den Arbeitnehmern die Differenz zum jeweiligen Grundlohn immer vollständig nachgezahlt wurde. Die Differenz zur jeweiligen Weihnachtsremuneration wurde bis auf einen minimalen Betrag (zwischen 2,10 Euro und 1,24 Euro) jedem Dienstnehmer nachgezahlt. Die diesbezüglichen geringen Abweichungen ergeben sich wahrscheinlich aus Rundungsfehlern. Da vom Bf betreffend jeden Dienstnehmer ein Überweisungsbeleg vom 21. September 2017 vorgelegt wurde und die zu überweisenden Beträge mit den Zahlungsbelegen übereinstimmen, ist von einer tatsächlichen Auszahlung der festgestellten Lohndifferenzen auszugehen. In Anbetracht dieser Überweisungsbelege ist es unbeachtlich, dass vom Bf keine formellen Lohnzettel betreffend die nachgezahlten Lohndifferenzen vorgelegt wurden. Festgehalten wird, dass die Nachzahlungen erst am 21. September 2017, somit nach der Kontrolle, erfolgten. Offenbar war die Kontrolle Anlass für die vom Bf veranlassten Nachzahlungen. Da die Nachzahlungen somit jedenfalls verspätet erfolgten, ist es irrelevant, dass die Überweisungsbelege erst im Zuge der Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt wurden.

Nicht bestritten wurde in der Verhandlung, dass zum verfahrensgegenständlichen Zeitraum kein verantwortlicher Beauftragter bestellt war.

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.

Den ursprünglich von der Firma des Bf übermittelten Lohnzettel für Juli 2017 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 aus diesen Lohnabrechnungen nicht eruiert und daher auch nicht festgestellt werden.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

II.1. Rechtslage:

Die im gegenständlichen Fall maßgeblichen Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG), StF. BGBl. I Nr. 44/2016, idF BGBl. Nr. 64/2017, 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 eingestandener versehentlicher Nichtbeachtung eines Kollektivvertragssprunges mit Anfang Mai 2017 bezüglich ihrer Tätigkeit in Österreich im Juli 2017 unterentlohnt wurden (Grundlohn und Weihnachtsremuneration).

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 Arbeitern das jeweilig zustehende Entgelt pro geleisteter Arbeitsstunde am Ende der Lohnzahlungsperiode Juli 2017 sowie des aliquot zustehenden Weihnachtsgeldes nicht zur Gänze ausbezahlt wurde, es zum Zeitpunkt Ende Juli 2017 zu einer Unterentlohnung für die Tätigkeit in Österreich gekommen ist. Insofern ist dem Bf die angelastete Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht vorwerfbar.

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 x 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 nunmehr nicht mehr 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, kann sich der Bf nicht entlasten. Es muss vielmehr 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 x Sp.z.o.o. die festgestellten Entgeltdifferenzen an die Arbeitnehmer im September 2017 ausbezahlt hat. Da die Grundlohndifferenzen zur Gänze nachgezahlt wurden und die Weihnachtsremunerationen bis auf wenige Euro (1,24 bis 2,1 Euro) auch im Nachhinein tatsächlich beglichen wurden, kann von einer (fast gänzlichen) Nachzahlung der Unterentlohnung ausgegangen werden.

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 26. Juli 2017 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 die Lohndifferenzen auch ohne Aufforderung größtenteils nachgezahlt hat, ist § 29 Abs. 3 zweiter Satz LSD-BG nicht anzuwenden. Danach wäre 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, Ro 2014/11/0083, außerdem 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 10,8 bis zu 24,59 %, 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 scheidet auch die Erteilung einer Ermahnung aus, 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 im September 2017 den Arbeitnehmern das gebührende Entgelt (fast) zur Gänze bezahlt. Im Rahmen der Strafbemessung ist zudem zu berücksichtigen, dass Anfang Mai 2017 ein Kollektivvertragssprung stattgefunden hat und die kollektivvertragliche Einstufung und Entlohnung bis zu diesem Zeitpunkt richtig vorgenommen wurde. 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 (fast) gänzliche Nachzahlung des zustehenden Entgelts vor der Anzeigelegung durch die BUAK und die kollektivvertragsgemäße Entlohnung vor dem kurz zuvor eingetretenen Kollektivvertragssprunges besonders

gewichtet werden, festgestellt werden. Unter den gegebenen Umständen erscheint die Anwendung des § 20 VStG gerechtfertigt. Insofern waren daher die gesetzlich vorgesehenen Mindeststrafen um die Hälfte zu reduzieren.

Die Spruchergänzung wurde im Sinne des VwGH-Erkenntnisses vom 6. September 2019, Ra 2019/11/0053, vorgenommen.

Aus den angeführten Gründen war spruchgemäß 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

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. Saxinger