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-302839/5/BMa/TK

Datum:
Linz, 26. April 2021

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. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des G M, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 21.09.2020, GZ: BHWL/919180010771/19, wegen Übertretung des LSD-BG nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

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

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vor der belangten Behörde noch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

II. 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

Zu I:

1.1. Mit dem in der Präambel angeführten Erkenntnis wurde der Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wie folgt schuldig gesprochen und bestraft:

„Gemäß der Strafanzeige der Wiener Gebietskrankenkasse vom 25.10.2019 haben Sie es als Einzelunternehmer der S M G mit Sitz in x, verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass nachstehendem Arbeitnehmer zumindest im Zeitraum von 01.04.2019 bis 15.04.2019 nicht das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zumindest zustehende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien geleistet wurde:

Arbeitnehmer	Zeitraum	gewährter Lohn brutto	Anspruchslohn brutto	Unterentlohnung brutto	Unterentlohnung In %
M P R	01.04.2019-15.04.2019	187,82 Euro	255,61 Euro	67,79 Euro	26,5 %

Dies wurde aufgrund einer Kontrolle durch die Finanzpolizei Team 47 am 04.04.2019 in x, erhoben und zur weiteren Bearbeitung an das Kompetenzzentrum LSDB übermittelt.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

§ 29 Abs. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 4 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD- BG), BGBl. I Nr. 44/2016 in der zum Tatzeitpunkt anzuwendenden Fassung

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird (werden) über Sie folgende Strafe(n) verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Freiheitsstrafe von Ersatzfreiheitsstrafe von	Gemäß
€ 1.000,00	1 Tage(n) 9 Stunde(n)	§ 29 Abs. 1 (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:

€ 100,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens € 10,00 für jedes Delikt (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 100,00 angerechnet).

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher € 1.100,00“ [Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Mit Schriftsatz vom 18.10.2020 (eingelangt bei der belangten Behörde am 21.10.2020) hat der Bf dagegen rechtzeitig eine begründete Beschwerde erhoben und darin die Komponenten des Lohns des Arbeitnehmers M P R für den Zeitraum vom 01.04.2019 – 15.04.2019, die er berechnet und ausbezahlt hat, dargelegt. Abschließend wurde eine Gegenüberstellung der Berechnung der ÖGK und des aufgrund dieser Berechnung gebührenden Lohns sowie des vom Bf geleisteten

Lohns und den Zusatzzahlungen, die der Bf geleistet hat und die seiner Meinung nach dem Entgelt, das dem Dienstnehmer gezahlt wurde, zuzurechnen sind, aufgelistet. Nach dieser Gegenüberstellung würde sich eine Überzahlung des kollektivvertraglichen Lohns um 13,56 Euro ergeben.

2.1. Die belangte Behörde hat den Verwaltungsakt dem LVwG OÖ ohne Beschwerdevorentscheidung vorgelegt. Damit ergibt sich die Zuständigkeit des LVwG OÖ, welches durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin entscheidet.

2.2. Das LVwG OÖ hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Behördenakt samt Beschwerde und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13.04.2021, zu der ein Vertreter der Österreichischen Gesundheitskasse (ÖGK) gekommen war.

3. Das LVwG OÖ hat erwogen:

3.1. Folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Der Bf ist verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher seines Einzelunternehmens „S M G“ mit Sitz in x.

Für den Einsatz des M P R im Zeitraum vom 01.04.2019 bis 15.04.2019, durch das Unternehmen des Bf in Österreich, hat die ÖGK einen Anspruchslohn von 255,61 Euro errechnet.

Der von der Firma des Bf bezahlte Grundlohn brutto in Höhe von 236,22 Euro setzt sich zusammen aus dem Gehalt des polnischen Fahrers von 318,08 PLN zuzüglich einem zusätzlich ausgezahlten Betrag von 198,37 PLN.
Der Überschuss aus der Zahlung des Tagessatzes an den Fahrer, der dem gezahlten Entgelt an den Arbeitnehmer zuzurechnen ist, beträgt 114,93 Euro.

Dieser Betrag ergibt sich wie folgt:
Für den Aufenthalt in Österreich am 01.04.2019 wurde dem Fahrer ein Betrag von 17,33 Euro bezahlt, obwohl nach österreichischem Recht für einen bloß zweistündigen Aufenthalt kein Anspruch auf Tagesgeld bestanden hat. Es ist daher für diesen Tag von einem zusätzlichen Entgelt von 17,33 Euro auszugehen.

Für den Aufenthalt in Österreich vom 03.04.2019, 18.30 Uhr bis 05.04.2019, 19.38 Uhr, wurde dem Fahrer ein Tagesgeld von 104 Euro bezahlt. Insgesamt wäre aber nach der österreichischen Rechtslage ein Betrag von 57,20 Euro an Tagesgeld zu zahlen gewesen, sodass sich damit ein Überschuss an geleistetem Entgelt von 46,80 Euro ergibt, der dem Entgelt zuzuschlagen ist.

Für den Aufenthalt in Österreich im Zeitraum von 10.04.2019, 23.00 Uhr bis 11.04.2019, 14.40 Uhr wurden 52 Euro bezahlt. Für diesen Zeitraum ist ein Tagesgeld von 26,40 Euro zu zahlen gewesen, sodass der Überschuss 25,60 Euro beträgt, der dem Lohn des Fahrers hinzuzurechnen ist.

Für den Zeitraum des Aufenthalts in Österreich vom 14.04.2019, 7.40 Uhr bis 15.04.2019, 16.30 Uhr wurde dem Fahrer ein Tagesgeld von 78 Euro gezahlt. Für jeden der beiden Tage hat ein volles Tagesgeld in Höhe von 26,40 Euro gebührt, sodass sich für diesen Zeitraum ein Überschuss von 25,20 Euro an zu viel gezahltem Tagesgeld, dass der Entlohnung des Fahrers zuzuschlagen ist, ergibt.

Vom Bf wurde auch eine „Entschädigung“ für belastende Bedingungen in Höhe von 22,80 Euro an den Fahrer gezahlt, die nach österreichischem Kollektivvertrag nicht zu zahlen gewesen wäre und daher auch der Entlohnung des Fahrers zuzurechnen ist.

Unter Aufsummierung der oben dargestellten Überschüsse ergibt sich ein an den Fahrer gezahlter Lohn von 258,22 Euro.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13.04.2021 ergibt. In der öffentlichen mündlichen Verhandlung wurde die Berechnung des Bf gemeinsam mit dem Vertreter der ÖGK nachvollzogen und es hat sich bei der Berechnung ein Differenzbetrag von 19,39 Euro an Unterentlohnung ergeben, der einer Unterentlohnung von 7,5 % entspricht.

Bei dieser Berechnung wurde jedoch für den Aufenthalt des Fahrers vom 03.04.2019, 18.30 Uhr bis 05.04.2019, 9.38 Uhr ein gezahlter Betrag von 77,80 Euro – offenbar irrtümlich - der Berechnung zugrunde gelegt. Aus den vorgelegten Zahlungsbelegen (siehe Beilage zur Beschwerde, Seite 234/244 im Akt der belangten Behörde) ist für diesen Zeitraum ein ausgezahlter Betrag von 104 Euro ersichtlich. Gezahlt wurde vom Bf in diesem Zeitraum demnach ein Betrag von 104 Euro an Tagesgeld, wodurch sich ein Überschuss von 46,80 Euro (und nicht wie in der mündlichen Verhandlung berechnet, von 24,80 Euro) ergibt.

Die übrigen Feststellungen beruhen auch auf den unter Zugrundelegung der Angaben der Beschwerde durchgeführten Berechnungen in der mündlichen Verhandlung (Verhandlungsprotokoll vom 13.04.2021).
Demnach wurde für den Aufenthalt vom 01.04.2019 ein Überschuss von 17,33 Euro gezahlt. Denn nach der österreichischen Rechtslage hätte an diesem Tag überhaupt kein Tagesgeld bezahlt werden müssen.

Hinsichtlich des Aufenthalts beginnend mit 10.04.2019, 23.00 Uhr, ist für den ersten Tag, nämlich von 23.00 bis 24.00 Uhr kein Entgelt zu zahlen, aber für den zweiten Tag ist der Betrag von 26,40 Euro angefallen, sodass sich für das dem Fahrer gezahlte Entgelt ein anzurechnender Betrag von 25,60 Euro ergibt.

Hinsichtlich des Aufenthalts vom 14.04.2019 und 15.04.2019 wurden von der Firma des Bf 78 Euro gezahlt.
Der Bf hat in seine Berechnung des Tagesgelds eine Stundenanzahl von 9 Stunden am zweiten Tag einbezogen. Richtigerweise hat sich der Bf aber vom 14.04.2019, 7.40 Uhr bis 15.04.2019, 16.33 Uhr in Österreich aufgehalten, sodass der Fahrer auch am 15.04.2019 mehr als 12 Stunden, beginnend mit 0.00 Uhr in Österreich aufhältig war und ihm daher das volle Taggeld gebührt hätte und nicht nur den auf die Arbeitszeit berechnete Stundenanteil.
Somit ist ein Überschuss von 25,20 Euro dem Entgelt zuzurechnen.

Unter Aufsummierung der bezahlten Tagessätze ergibt sich ein zusätzliches Entgelt von 114,93 Euro (17,33 Euro + 46,80 Euro + 25,60 Euro + 25,20 Euro) als Entlohnung für den Fahrer.

Hinsichtlich dem vom Bf in seiner Beschwerde angeführten zusätzlich ausgezahlten Betrag von 46,26 Euro, (zusammengefasst ausgedrückt) für die Arbeit in Österreich (Seite 9/244 des Behördenaktes, Seite 3 des Sachverhaltstexts Strafanzeige gemäß § 29 Abs. 1 LSD-BG) wurden für die Arbeit in Österreich 516,45 PLN berechnet, was einem EZB – Referenzkurs von 120,49 Euro entspricht. Dieser Betrag wurde bereits dem vom Bf gezahlten Entgelt gemäß der Berechnung der ÖGK hinzugerechnet. Demnach sind dem vom Bf ausgewiesenen Gehalt für den polnischen Fahrer von 318,8 PLN der zusätzlich ausbezahlte Betrag von 198,37 PLN hinzuzurechnen, woraus sich der Gesamtbetrag von 516,45 PLN (236,22 Euro) ergibt.

Der in der Beschwerde angeführte Betrag für „unnötigerweise zur Entschädigung“ für belastende Bedingungen beim Transport von Möbeln hinzugefügt und bezahlt: 22,80 Euro, entspringt einem anderen Kollektivvertrag, den der Bf nach dem in Österreich geltenden Kollektivvertrag nicht zahlen hätte müssen. Der Betrag von 22,80 Euro ist daher ebenfalls dem Entgelt zuzurechnen.

Zusammenfassend ergibt sich Folgendes:
Dem aufsummierten Betrag von 120,49 Euro für das vom Bf sogenannte Gehalt des polnischen Fahrers inklusive dem zusätzlichen ausgezahlten Betrag, für die Arbeit in Österreich sind zuzurechnen 114,92 Euro für den Überschuss, resultierend aus dem ausbezahlten Tagesgeld und 22,80 Euro, resultierend aus der Entschädigung für die belastenden Bedingungen beim Transport, die nach österreichischem Kollektivvertrag nicht zu zahlen gewesen wären.

Demnach ergibt sich ein Betrag von 258,21 Euro, den der Bf tatsächlich als Lohn an den Fahrer gezahlt hat.
Der von der ÖGK berechnete Anspruchslohn von 255,61 Euro wurde vom Bf nicht in Zweifel gezogen.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das LVwG OÖ erwogen:

3.3.1. Rechtsgrundlagen:
§ 29 Abs. 1 LSD-BG:
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.

§ 13 Abs. 4 LSD-BG:
Stellt das Kompetenzzentrum LSDB fest, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Sinne des Abs. 1 nicht zumindest das nach Abs. 1 zustehende maßgebliche 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 dem Amt für Betrugsbekämpfung zum Zwecke der Nachverrechnung von Abgaben elektronisch zur Kenntnis zu übermitteln. Entgeltzahlungen, die das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt übersteigen, sind auf allfällige Unterentlohnungen im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum anzurechnen.

Auslandsreisesätze dürfen ab 01.01.2008 wahlweise nach der 24–Stunden–Regelung oder nach der Kalendertagsregelung verrechnet werden (Kuras, Arbeitsverhältnis[33], Kap.3.17.5).

§ 45 Abs.1 Z 2 VStG 1991 idgF:
Die Behörde hat von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen.

3.3.2. Wie in den Feststellungen ersichtlich, ergibt sich bei der Bezahlung des im Spruch des Erkenntnisses der belangten Behörde genannten Dienstnehmers der Firma des Bf keine Unterentlohnung, sondern eine Überzahlung von 2,60 Euro, sodass der Bf die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat und das Strafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG einzustellen war.

Damit aber erübrigt sich ein Eingehen auf das übrige Beschwerdevorbringen.

Zu II.:
Weil die Beschwerde erfolgreich war, sind gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG keine Kosten zum Rechtsmittelverfahren zu leisten.

Zu III.: Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage zu lösen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen. Die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen und es liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfragen vor.

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

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

Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

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

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

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bergmayr-Mann