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-302994/4/Py/MaBe

Datum:
Linz, 6. Oktober 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde des F.B., X, M., Slowenien, vertreten durch Rechtsanwältin I.V., X, M., Slowenien, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Ried vom 16. März 2021, GZ: BHRI/921120002266/21, betreffend Verwaltungsübertretungen nach dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG)

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insoweit Folge gegeben, als eine Gesamtstrafe von 3.000 Euro verhängt wird. Die Ersatzfreiheitsstrafe wird mit 3 Tagen und 4 Stunden festgelegt. Des Weiteren wird der Spruch der belangten Behörde insofern konkretisiert, als hinsichtlich der Strafnorm die Bezeichnung *„idF BGBl. I Nr. 174/2021“* eingefügt wird und die Strafsanktionsnorm dahingehend abgeändert wird, dass diese nun *„§ 29 Abs. 1 zweiter Satz Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) idF BGBl. I Nr. 174/2021“* zu lauten hat.

II. Es ist kein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren zu leisten. Der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde verringert sich auf 300 Euro, das sind 10 % der nunmehr verhängten Geldstrafe.

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 Ried (in der Folge: belangte Behörde) vom 16. März 2021, GZ: BHRI/921120002266/21, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen zwei Verwaltungsübertretungen nach § 29 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. Nr. 44/2016 je eine Geldstrafe in Höhe von 2.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe in Höhe von 2 Tagen und 19 Stunden verhängt. Des Weiteren wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 400 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„1. Sie haben als Verantwortlicher der Firma O. d.o.o. in X, P., zu verantworten, dass nachstehender Arbeitnehmer beschäftigt wurde, ohne ihm zumindest das gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, geleistet zu haben.
Folgende Person wurde beschäftigt:
Arbeitnehmer: M.D.,
geb.: x
Staatsangehörigkeit: Rumänien
Tätigkeit: Zimmerer
Einstufung und Kollektivvertrag: Zimmerer ohne LAP nach dem ersten Verwendungsjahr
Beschäftigungszeitraum: 03.08. bis 17.08.2020
Beschäftigungsausmaß: 80 Stunden
Beschäftigungs- bzw. Arbeitsort: "Neubau Einfamilienhaus" K.
Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender Sonderzahlungen und Zulagen: 1193,57
Tatsächlich geleistetes Entgelt: 1047,20
Unterentlohnung in EURO: 146,37, Unterentlohnung in Prozent: 12,26%

2. Sie haben als Verantwortlicher der Firma O. d.o.o. in X, P., zu verantworten, dass nachstehender Arbeitnehmer beschäftigt wurde, ohne ihm zumindest das gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, geleistet zu haben.
Folgende Person wurde beschäftigt:
Arbeitnehmer: M.D.,
geb.: x
Staatsangehörigkeit: Rumänien
Tätigkeit: Zimmerer
Einstufung und Kollektivvertrag: Zimmerer ohne LAP nach dem ersten Verwendungsjahr
Beschäftigungszeitraum: 03.08. bis 17.08.2020
Beschäftigungsausmaß: 80 Stunden
Beschäftigungs- bzw. Arbeitsort: "Neubau Einfamilienhaus" K.
Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender Sonderzahlungen und Zulagen: 1193,57

Tatsächlich geleistetes Entgelt: 1047,20
Unterentlohnung in EURO: 146,37, Unterentlohnung in Prozent: 12,26%

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
1. § 29 Abs. 1 erster Satz LSD-BG iVm dem Kollektivvertrag für Holzbau-Meistergewerbe 2020
2. § 29 Abs. 1 erster Satz LSD-BG iVm dem Kollektivvertrag für Holzbau-Meistergewerbe 2020“

Begründend führt die belangte Behörde unter Wiedergabe des Verfahrensganges zusammengefasst aus, dass die Verwaltungsübertretungen am Kontrollort, in K., K., festgestellt wurden. Die O. d.o.o. habe M.D. und M.D. nicht das ihnen nach dem Kollektivvertrag zustehende Entgelt bezahlt und darum den objektiven Tatbestand der Unterentlohnung erfüllt. Die Arbeitnehmer würden nur einen Bruttostundenlohn von 13,09 Euro erhalten, nach dem anwendbaren Kollektivvertrag würde ihnen jedoch ein Bruttostundenlohn von 13,72 Euro zustehen. Zusätzlich gebühre den Arbeitnehmern ein aliquotes Weihnachtsgeld von 1,20 Euro pro geleisteter Arbeitsstunde. Auch der subjektive Tatbestand sei erfüllt, da gemäß § 5 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) bei einem Ungehorsamsdelikt wie hier fahrlässiges Verhalten genüge. Der Beschuldigte habe sich weder zu den Vorwürfen geäußert noch Nachweise für eine Nachzahlung vorgelegt.

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde in der zusammengefasst vorgebracht wird, der Stundenlohn betrage tatsächlich 19,21 Euro, eine Unterentlohnung liege daher nicht vor. Dieses höhere Entgelt ergäbe sich aus der Berücksichtigung des Entgelts für die Kosten der Fahrt und für Mahlzeiten (letzteres in der Höhe von 6,12 Euro pro Tag). Darüber hinaus würden die Arbeiter nur 38,5 Std./Woche arbeiten. Das Straferkenntnis solle daher nochmals überprüft und aufgehoben werden.

3. Die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) erstattete daraufhin eine Stellungnahme zum Beschwerdevorbringen des Bf. Darin wurde vorgebracht, dass die Behauptung, die Arbeitnehmer hätten nur 38,5 Stunden pro Woche gearbeitet, nicht mit den Arbeitszeitaufzeichnungen übereinstimmt. Ein Entgelt für Mahlzeiten in der Höhe von 6,12 Euro pro Tag erhöhe den Bruttostundenlohn um 0,765 Euro, die Behauptung der Stundenlohn würde 19,21 Euro betragen sei daher nicht nachvollziehbar. Überdies handle es sich bei dem Entgelt für Mahlzeiten und Kosten der Fahrt um Aufwandersätze im Sinne des § 49 Abs. 3 ASVG bzw. § 13 Abs. 5 LSD-BG, die auf das kollektivvertragliche Mindestentgelt nicht angerechnet werden dürfen. Schließlich habe der Bf auch keinerlei Beweis für seine Behauptungen angeboten.

4. Mit Schreiben vom 11. Mai 2021 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Auf Erlassung einer Beschwerdevorentscheidung wurde verzichtet. Dieses ist gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

5. Die Stellungnahme der BUAK wurde dem Bf mit Schreiben vom 20. Mai 2021 übermittelt, gleichzeitig wurde dem Bf Gelegenheit gegeben, dazu Stellung zu nehmen. Der Bf erstattete daraufhin eine Stellungnahme, in der zusammengefasst vorgebracht wurde, dass die Arbeitnehmer nur 38,5 Stunden pro Woche gearbeitet hätten. Dies ergäbe sich bereits unmittelbar aus den Vorschriften des slowenischen Arbeitsrechts. Die Pausen würden nie gesondert festgehalten, die Pausen wären vielmehr bereits in der Aufzeichnung der 8 Arbeitsstunden pro Tag inkludiert.

6. Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 3 Z 1 VwGVG abgesehen werden, auch hat keine Partei die Durchführung einer Verhandlung beantragt.

7.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem Sachverhalt aus:

Der Bf ist als handelsrechtlicher Geschäftsführer verwaltungsstrafrechtlich verantwortliches Organ des Unternehmens O. d.o.o. mit Geschäftsadresse X, P., Slowenien. M.D. und M.D. sind Arbeitnehmer von O. d.o.o.

Am 17. August 2020 erfolgte eine Kontrolle der Baustelle „Neubau Einfamilienhaus“, X, K., durch die BUAK. Die gegenständlichen Arbeitnehmer wurden bei der Montage einer Dachstuhlunterkonstruktion angetroffen und gaben an Zimmerer zu sein. Ihren Verdienst bezifferten die Arbeitnehmer mit 1.500 Euro netto. Aus den ZKO3-Meldungen sowie den Arbeitsverträgen ergibt sich ein Bruttostundenlohn von 13,04 bzw. 13,09 Euro.

Die Arbeitnehmer unterliegen dem Kollektivvertrag für das Holzbau-Meistergewerbe 2020 und sind als Zimmerer ohne Lehrabschlussprüfung einzustufen. Danach gebührt ihnen ein Bruttostundenlohn von 13,72 Euro zuzüglich einer aliquoten Anspruchs auf Weihnachtsgeld gemäß § 12 des Kollektivvertrags für das Holzbau-Meistergewerbe 2020 in der Höhe von 1,20 Euro brutto pro Stunde.

Ausgehend von einem Bruttostundenlohn in der Höhe von 13,09 Euro ergibt sich daher eine Differenz von 1,83 Euro zwischen dem geleisteten Entgelt und dem nach den kollektivvertraglichen Bestimmungen gebührenden Entgelt. Dies ergibt eine Unterentlohnung in der Höhe von 12,26 %.

Die wöchentliche Arbeitszeit wurde von den Arbeitnehmern übereinstimmend mit 40 Stunden (8 Stunden täglich, montags bis freitags) angegeben. Eine wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden geht auch aus den von dem Bf unterfertigten Arbeitszeitaufzeichnungen hervor. Nach diesen Aufzeichnungen begannen die Arbeitnehmer ihre Arbeit täglich um 8.00 Uhr, unterbrachen sie von 12.30 bis 13.00 Uhr für eine Pause, und beendeten sie um 16.30 Uhr.

In den Arbeitszeitaufzeichnungen wird der Beginn des Arbeitseinsatzes in Österreich mit dem 3. August 2020 angegeben. Jedenfalls waren die Arbeitnehmer bis zum Zeitpunkt der Baustellenkontrolle, dem 17. August 2020, in Österreich beschäftigt. Insgesamt waren die Arbeitnehmer für einen Zeitraum von 80 Stunden in Österreich beschäftigt. Die Summe des vorenthaltenen Entgelts beläuft sich daher auf 146,37 Euro je Arbeitnehmer oder gesamt 292,74 Euro.

7.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus der Anzeige der BUAK vom 27. November 2020, welcher Fotografien der Baustellen, Ausweiskopien der Arbeitnehmer, von den Arbeitnehmern ausgefüllte Baustellenerhebungsprotokolle, Arbeitsverträge, von dem Bf unterfertigte Arbeitszeitaufzeichnungen, ZKO3-Meldungen, A1 Entsendebescheinigungen sowie ein Auszug aus dem slowenischen Unternehmensregister zugrunde liegen.

Der Bf hat im Rahmen des Beschwerdevorbringens – ohne dafür Beweismittel anzubieten – angegeben, dass die Arbeitnehmer nur 38,5 Stunden pro Woche tätig gewesen seien. Neben den übereinstimmenden Aussagen der Arbeitnehmer, sie seien 40 Stunden tätig gewesen, sind es insbesondere auch die vom Arbeitgeber unterfertigten Arbeitszeitaufzeichnungen, die eine tatsächliche Arbeitszeit von 40 Stunden pro Woche nahe legen. Den Behauptungen des Bf kann das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich daher nicht folgen.

8. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

8.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG), BGBl. Nr. 44/2016 idF BGBl. I Nr. 174/2021 lauten:

„§ 1

(1) Dieses Bundesgesetz gilt für
1. Arbeitsverhältnisse, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen [...].
[...]

§ 3

(1) Ein Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich hat zwingend Anspruch auf das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt.

(2) Ein Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich, dessen Arbeitgeber seinen Sitz nicht in Österreich hat und nicht Mitglied einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft in Österreich ist, hat zwingend Anspruch auf jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebührt.
(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.
[...]
(6) Für entsandte Arbeitnehmer, die mit Bauarbeiten, die der Errichtung, der Instandsetzung, der Instandhaltung, dem Umbau oder dem Abriss von Bauwerken dienen, insbesondere mit Aushub, Erdarbeiten, Bauarbeiten im engeren Sinne, Errichtung und Abbau von Fertigbauelementen, Einrichtung oder Ausstattung, Umbau, Renovierung, Reparatur, Abbauarbeiten, Abbrucharbeiten, Wartung, Instandhaltung (Maler- und Reinigungsarbeiten) oder Sanierung sowie mit Reparaturen und Installationen an Anlagen in Kraftwerken beschäftigt sind, gelten die Abs. 3 und 4 jedenfalls ab dem ersten Tag der Beschäftigung in Österreich.
[...]

§ 29

(1) Wer als Arbeitgeber einen oder mehrere Arbeitnehmer beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm oder ihnen 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 unabhängig von der Anzahl der von der Verwaltungsübertretung betroffenen Arbeitnehmer eine einzige Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe bis zu 50 000 Euro zu bestrafen. Ist im Erstfall bei Arbeitgebern mit bis zu neun Arbeitnehmern die Summe des vorenthaltenen Entgelts geringer als 20 000 Euro beträgt die Geldstrafe bis zu 20 000 Euro. Ist die Summe des vorenthaltenen Entgelts höher als 50 000 Euro, beträgt die Geldstrafe bis zu 100 000 Euro. Ist die Summe des vorenthaltenen Entgelts höher als 100 000 Euro beträgt die Geldstrafe bis zu 250 000 Euro. Ist die Summe des vorenthaltenen Entgelts höher als 100 000 Euro und wurde das Entgelt in Lohnzahlungszeiträumen der Unterentlohnung vorsätzlich um durchschnittlich mehr als 40 vH des Entgelts vorenthalten, beträgt die Geldstrafe bis zu 400 000 Euro. Wirkt der Arbeitgeber bei der Aufklärung zur Wahrheitsfindung unverzüglich und vollständig mit, ist anstelle des Strafrahmens bis 100 000 Euro oder bis 250 000 Euro der jeweils niedrigere Strafrahmen anzuwenden. 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 Arbeitnehmer im Sinne des § 14 Abs. 1 Z 1 und 2 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. 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.

(4) Die Frist für die Verfolgungsverjährung (§ 31 Abs. 1 VStG) beträgt drei Jahre ab der Fälligkeit des Entgelts. Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, beginnt die Frist für die Verfolgungsverjährung im Sinne des ersten Satzes ab der Fälligkeit des Entgelts für den letzten Lohnzahlungszeitraum der Unterentlohnung. Die Frist für die Strafbarkeitsverjährung (§ 31 Abs. 2 VStG) beträgt bei Unterentlohnungen fünf Jahre; für den Beginn des Laufs der Strafbarkeitsverjährung sind erster und zweiter Satz maßgeblich. Hinsichtlich von Sonderzahlungen beginnen die

Verfolgungs- und Strafbarkeitsverjährungsfristen ab dem Ende des jeweiligen Kalenderjahres (Abs. 1 dritter Satz) zu laufen.
(5) Für den Fall, dass der Arbeitgeber das gebührende Mindestentgelt für den betroffenen Zeitraum der Unterentlohnung nach Abs. 1 nachträglich leistet, beträgt die Dauer der Fristen nach § 31 Abs. 1 und 2 VStG ein Jahr (Verfolgungsverjährung) oder drei Jahre (Strafbarkeitsverjährung), soweit nicht aufgrund des Abs. 4 die Verjährung zu einem früheren Zeitpunkt eintritt; der Fristenlauf beginnt mit der Nachzahlung.

§ 72

[...]
(10) Die §§ 1 Abs. 2, 3, 5 bis 9, 2 Abs. 2, 3 und 4, 3 Abs. 5 und 7, 12 Abs. 1 Z 3 bis 6, 14 samt Überschrift, 15 Abs. 2, 19, 21, 22, 24 Abs. 1 erster Satz, 25a, 26 bis 28 samt Überschriften, 29 Abs. 1, 33, 34 samt Überschrift, 35 Abs. 2 und 4 und die Überschrift zu § 3 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 174/2021 treten mit 1. September 2021 in Kraft und sind auf Entsendungen und Überlassungen anzuwenden, die nach dem 31. August 2021 begonnen haben. [...] Die §§ 26 bis 29 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 174/2021 sind auf alle zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Bestimmungen anhängigen Verfahren einschließlich von Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof und Verfassungsgerichtshof anzuwenden."

Die maßgebliche Bestimmung des Bundesgesetz vom 9. September 1955 über die Allgemeine Sozialversicherung (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG), BGBl. Nr. 189/1955 idF BGBl. I Nr. 114/2021 lautet:

„§ 49

[...]
(3) Als Entgelt im Sinne des Abs. 1 und 2 gelten nicht:
1. Vergütungen des Dienstgebers an den Dienstnehmer (Lehrling), durch welche die durch dienstliche Verrichtungen für den Dienstgeber veranlaßten Aufwendungen des Dienstnehmers abgegolten werden (Auslagenersatz); hiezu gehören insbesondere Beträge, die den Dienstnehmern (Lehrlingen) als Fahrtkostenvergütungen einschließlich der Vergütungen für Wochenend(Familien)heimfahrten, Tages- und Nächtigungsgelder gezahlt werden, soweit sie nach § 26 des Einkommensteuergesetzes 1988, BGBl. Nr. 400, nicht der Einkommensteuer(Lohnsteuer)pflicht unterliegen. § 26 des Einkommensteuergesetzes 1988 ist sinngemäß auch auf Vergütungen, die Versicherten nach § 4 Abs. 4 gezahlt werden, anzuwenden. Unter Tages- und Nächtigungsgelder fallen auch Vergütungen für den bei Arbeiten außerhalb des Betriebes oder mangels zumutbarer täglicher Rückkehrmöglichkeit an den ständigen Wohnort (Familienwohnsitz) verbundenen Mehraufwand, wie Bauzulagen, Trennungsgelder, Übernachtungsgelder, Zehrgelder, Entfernungszulagen, Aufwandsentschädigungen, Stör- und Außerhauszulagen uä.; sowie Tages- und Nächtigungsgelder nach § 3 Abs. 1 Z 16b des Einkommensteuergesetzes 1988; [...]

12. freie oder verbilligte Mahlzeiten, die der Dienstgeber an nicht in seinen Haushalt aufgenommene DienstnehmerInnen zur Verköstigung am Arbeitsplatz freiwillig gewährt; Gutscheine für Mahlzeiten gelten bis zu einem Wert von 8 Euro pro Arbeitstag nicht als

Entgelt, wenn sie nur am Arbeitsplatz oder in einer Gaststätte zur dortigen Konsumation eingelöst werden; können die Gutscheine auch zur Bezahlung von Lebensmitteln verwendet werden, die nicht sofort konsumiert werden müssen, so gelten sie bis zu einem Betrag von 2 Euro pro Arbeitstag nicht als Entgelt;
13. Getränke, die der Dienstgeber zum Verbrauch im Betrieb unentgeltlich oder verbilligt abgibt; [...]."

8.2. Zur Anwendbarkeit des LSD-BG idF BGBl. I Nr. 174/2021:

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat seine Entscheidung an der zum Zeitpunkt der Entscheidung maßgeblichen Sach- und Rechtslage auszurichten (vgl. etwa VwGH 9.3.2021, Ra 2019/04/0143 Rz 30). Gemäß § 72 Abs. 10 letzter Satz LSD-BG sind die §§ 26 bis 29 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 174/2021 auf alle zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Bestimmungen anhängigen Verfahren einschließlich von Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof und Verfassungsgerichtshof anzuwenden. Da die Bestimmungen mit 1. September 2021 in Kraft traten, waren sie der Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich zu Grunde zu legen.

Daraus ergibt sich auch kein Widerspruch zu Art. 7 der Europäischen Menschenrechtskonvention bzw. Art. 49 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Der Tatbestand der Unterentlohnung war sowohl vor als auch nach der Novelle BGBl. I Nr. 174/2021 strafbar, durch die Novelle wurde lediglich die Strafsanktion adaptiert (vgl. auch ErlRV 943 BlgNR XXVII. GP, 10 f). Eine höhere Strafe als im angefochtenen Bescheid darf schon aufgrund von § 42 VwGVG nicht verhängt werden.

8.3. Für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich steht aufgrund der vorliegenden Unterlagen wie Arbeitsvertrag, ZKO3-Meldungen und den Feststellungen des Baustellenerhebers im Zuge der Kontrolle fest, dass die vom Unternehmen des Bf nach Österreich entsandten Arbeitnehmer für ihre Tätigkeit in Österreich dem Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie 2020 zu unterstellen sind. Die Arbeitnehmer waren unbestrittenermaßen als Zimmerer tätig, weshalb diesen ein kollektivvertraglicher Stundenlohn von 13,72 Euro und ein aliquoter Teil des Weihnachtsgeldes, da diese bereits mehr als einen Monat im Betrieb des Bf beschäftigt gewesen waren, in Höhe von 1,20 Euro pro Stunde gebührte. Somit hatten die Arbeitnehmer einen Anspruch auf Bezahlung des kollektivvertraglichen Stundenlohnes für ihre Tätigkeit in Österreich in Höhe von 14,92 Euro brutto. Wie bereits festgehalten wurde, wurde tatsächlich nur ein Bruttostundenlohn von 13,09 Euro ausbezahlt. Insofern ergibt sich ein Differenzbetrag im Ausmaß von 1,83 Euro pro Stunde, was einem Wert von 12,26 % an Unterentlohnung entspricht. Hinweise darauf, dass der Bf dem Arbeitnehmer diesen fehlenden Betrag nachträglich ausbezahlt hat, finden sich nicht.

Der Bf behauptet, dass der tatsächliche Bruttostundenlohn 19,21 Euro betragen würde, da den Arbeitnehmer auch ein Entgelt für die Fahrten zum Arbeitsplatz und für die Kosten der Mahlzeit gewährt wurde. Selbst wenn dies zutreffen sollte – die Entrichtung eines solchen Entgelts konnte vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht festgestellt werden – wären solche Leistungen des Arbeitgebers als Aufwandersatz einzustufen, die gemäß § 29 Abs. 1 erster Satz LSD-BG iVm § 49 Abs. 3 ASVG auf das kollektivvertragliche Mindestentgelt nicht angerechnet werden dürfen. Dieses Ergebnis wird auch durch Art. 3 Abs. 7 Abs. 2 der Entsenderichtlinie bestätigt, der maßgeblich für die Auslegung des Begriffs des Entgelts im Sinne des § 29 LSD-BG ist. Demnach gelten Entsendungszulagen als Bestandteil des Mindestlohns, soweit sie nicht als Erstattung für infolge der Entsendung tatsächlich entstandenen Kosten wie z.B. Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten gezahlt werden (vgl. auch EuGH 12.2.2015, C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry*; VwGH 15.2.2021, Ra 2020/11/0179). Da mit den gegenständlichen Zahlungen nach den Angaben des Bf nur tatsächlich entstandene Kosten für den Transport und die Verpflegung ersetzt werden sollen, handelt es sich nicht um Entsendungszulagen und damit auch nicht um Bestandteile des Mindestentgelts. Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass eine *tägliche* Zulage für die Verpflegung in der Höhe von 6,12 Euro den Bruttostundenlohn nicht um 6,12 Euro erhöhen kann, sondern allenfalls um 0,765 Euro je geleisteter Stunde. Die Arbeitnehmer wären also weiterhin unter dem kollektivvertraglich gebotenen Mindestentgelt entlohnt worden.

Sohin geht das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich davon aus, dass die beiden Arbeitnehmer für ihre Tätigkeit in Österreich nicht dem Kollektivvertrag entsprechend entlohnt wurden, weshalb dem Bf die angelastete Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht anzulasten ist.

8.4. 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 (jüngst VwGH 16.9.2020, Ra 2019/09/0143). 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 Geschäftsführer der O. d.o.o. nach außen vertretungsbefugtes Organ dieses Unternehmens und grundsätzlich für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften verantwortlich. Allein aufgrund einer Schutzbehauptung nach Bezahlung eines entsprechenden Stundenlohnes, welche den Angaben der Arbeitnehmer entgegensteht, ist eine subjektive Entlastung nicht gegeben. Auch kann mit dieser Behauptung der Bf ein den betrieblichen Verhältnissen angepasstes Kontrollsystem, dass die Einhaltung der in Österreich gültigen Mindestentgelte jedenfalls erwarten lässt, jedenfalls nicht belegen. Insgesamt hat der Bf die Unterentlohnungen im dargelegten Ausmaß in der Schuldform der Fahrlässigkeit zu verantworten, weshalb ihm die angelastete Verwaltungsübertretung auch in subjektiver Hinsicht vorwerfbar ist.

8.5. 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. Gemäß Art. 130 Abs. 3 B-VG besteht in Verwaltungsstrafsachen kein Vorbehalt des verwaltungsbehördlichen Ermessens. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat daher vor allem bei der Strafbemessung eigenes Ermessen zu üben und dieses an Stelle jenes der Behörde zu setzen (vgl. jüngst etwa VwGH 6.3.2020, Ro 2019/02/0007).

Im gegenständlichen Fall sind zwei Arbeitnehmer von einer Unterentlohnung im Sinne des § 29 Abs. 1 LSD-BG betroffen. Wie bereits festgestellt wurde, betrug die Summe des vorenthaltenen Entgelts gesamt 292,74 Euro. Da daher weniger als

zehn Arbeitnehmer betroffen sind und die Summe des vorenthaltenen Entgelts unter 20.000 Euro liegt, ist gemäß § 29 Abs. 1 zweiter Satz LSD-BG idF BGBl. I Nr. 174/2021 eine Geldstrafe bis zu 20.000 Euro zu verhängen. Als mildernde Umstände können daher neben der bisherigen Unbescholtenheit des Bf auch die geringe Anzahl an betroffenen Arbeitnehmern sowie die niedrige Summe des vorenthaltenen Entgelts gewertet werden. Dabei handelt es sich um keine unzulässige Doppelverwertung, da beispielsweise auch eine Unterentlohnung von acht Arbeitnehmern oder vorenthaltenes Entgelt in der Höhe von gesamt 18.000 Euro zur Anwendung des gleichen Strafsatzes geführt hätte (vgl. VwGH 20.6.2011, 2008/09/0097; jüngst etwa VwGH 30.3.2020, Ra 2019/09/0085; VwGH 20.9.2020, Ra 2020/09/0025).

Entgegen dem Ausspruch der Behörde, der noch zur Rechtslage vor der Novelle BGBl. I Nr. 174/2021 ergangen ist, war daher nunmehr eine Gesamtstrafe zu verhängen. Nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich ist mit den nunmehr verhängten Strafhöhen eine ausreichende Sanktion gesetzt, um dem Bf die Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens eindringlich vor Augen zu führen und ihn künftig zu einem gesetzeskonformen Verhalten anzuleiten.

8.6. Die Spruchergänzung bezüglich der Fundstelle war aufgrund der Novelle BGBl. I Nr. 174/2021 erforderlich. Eine Schlechterstellung des Bf erfolgte dadurch nicht.

Es war somit wie im Spruch zu entscheiden.

II. Da der Beschwerde zumindest teilweise Folge gegeben wurde entfällt gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG die Verpflichtung zur Leistung eines Kostenbeitrages zum Beschwerdeverfahren. Der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde war auf 10 % der nunmehr verhängten Geldstrafen herabzusetzen.

III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage 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

Dr. Panny