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-302385/33/GS

Datum:
Linz, 6. Oktober 2022

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 der Wiener Gebietskrankenkasse, nunmehr Österreichische Gesundheitskasse, Kompetenzzentrum LSDB, x, gegen den Einstellungsbescheid des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 28.3.2019, GZ Pol-303-SV04-67-2018/3, betreffend Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens hinsichtlich Unterentlohnung gemäß § 29 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13. November 2019 im fortgesetzten Verfahren

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird mit der Maßgabe Folge geben, dass der Spruch betreffend I K zu lauten hat:
„Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer der F Kft., x, Ungarn, zu verantworten, dass –wie aufgrund einer Kontrolle am 15.11.2018 auf der Baustelle beim BV „F“ in x festgestellt wurde- nachstehende Arbeitnehmer von 29.10.2018 bis 02.11.2018 auf der Baustelle beim BV „F“ in x mit Ladenbauarbeiten der neu errichteten „x“ beschäftigt wurden, ohne dass zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, geleistet wurden:
a.) H P, geb. x, Staatsangehörigkeit: x
Einstufung und Kollektivvertrag: Kollektivvertrag für Arbeiter im Bauhilfsgewerbe (Oberösterreich), Lohngruppe 5-angelernter Arbeiter

Beschäftigungsausmaß: 24 Stunden im Oktober und 8 Stunden im November
Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender Sonderzahlungen und Zulagen:
Oktober 2018: 318,58 EURO; November 2018: 106,19 Euro.

Tatsächlich geleistetes Entgelt:
Oktober 2018: 240,19 Euro; November 2018: 72,80 Euro.
Unterentlohnung:
Oktober 2018: 78,39 Euro, das sind 24,6 %
November 2018: 33,39 Euro, das sind 31,44 %.

b.) N Z, geb. x, Staatsangehörigkeit: x
Einstufung und Kollektivvertrag: Kollektivvertrag für Arbeiter im Bauhilfsgewerbe (Oberösterreich), Lohngruppe 6-Hilfsarbeiter
Beschäftigungsausmaß: 24 Stunden im Oktober und 8 Stunden im November
Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender Sonderzahlungen und Zulagen:
Oktober 2018: 286,22 Euro
November 2018: 95,41 Euro
Tatsächlich geleistetes Entgelt:
Oktober 2018: 240,19 Euro
November 2018: 72,80 Euro
Unterentlohnung:
Oktober 2018: 46,03 Euro, das sind 16,08 %
November 2018: 22,61 Euro, das sind 23,7 %.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt: § 29 Abs. 1 iVm § 3 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. I. Nr. 44/2016 idF. BGBl. I Nr 32/2018.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt: Geldstrafe von 1.000 Euro, falls diese uneinbringlich ist, eine Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Stunden, gemäß § 29 Abs. 1 2. Satz iVm § 72 Abs. 10 letzter Satz LSD-BG, BGBl. I Nr. 44/2016 idF. BGBl. I Nr. 174/2021.

II. Es ist kein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten.

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 Einstellungsbescheid vom 28.3.2019, Pol-303-SV04-67-2018/3, hat der Bürgermeister der Stadt Wels (im Folgenden: belangte Behörde) das Verwaltungsstrafverfahren, wonach I K, x, als zur Vertretung nach außen berufenes und damit gemäß § 9 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) verwaltungsstrafrechtlich verantwortliches Organ der Firma F Kft. x, Ungarn, zu verantworten hat, dass durch diese Firma als Arbeitgeber im Sinne des LSD-BG nicht das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zumindest zustehende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien im Zeitraum vom 29.10.2018 bis 16.11.2018 für die Arbeitnehmer T B, P H, T L, Z N, T P, S V und Z V geleistet wurde, wie im Rahmen einer Kontrolle durch die Finanzpolizei – Finanzamt Grieskirchen Wels am 15.11.2018 auf der Baustelle in x („BV“ F) festgestellt wurde, gemäß § 45 VStG eingestellt.

I.2. Dagegen richtet sich die Beschwerde der Wiener Gebietskrankenkasse, nunmehr Österreichische Gesundheitskasse, Kompetenzzentrum LSDB, vom 9.5.2019.

I.3. Die gegenständliche Beschwerde wurde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich von der belangten Behörde am 13. Juni 2019 zur Entscheidungsfindung übermittelt. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich entscheidet gemäß § 2 VwGVG durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13.11.2019.

I.5. Mit Beschluss vom 16. April 2020, GZ. LVwG-302385/20/GS, wurde die Beschwerde mangels rechtsgültiger Erlassung des angefochtenen Bescheides als unzulässig zurückgewiesen.

I.6. Mit Erkenntnis vom 14. Oktober 2021, Ra 2020/11/0125-8, hat der Verwaltungsgerichtshof den angefochtenen Beschluss auf Grund der Revision der Österreichischen Gesundheitskasse wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

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

Der Beschuldigte I K war zusammen mit R I handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma F Kft., mit Sitz in x, Ungarn. Am 02.11.2018 hat der Beschuldigte seine Geschäftsführertätigkeit zurückgelegt.

Unternehmensgegenstand der Firma F Kft. ist die Montage von Ladeneinrichtungen und Ladenstrukturen.

Am 15.11.2018, gegen 12:07 Uhr, führten Organe der Abgabenbehörde (Finanzamt Grieskirchen Wels, Finanzpolizei) beim Bauvorhaben „F“, x, eine Kontrolle durch. Bei dieser Kontrolle wurden im Innenbereich der neu errichteten „x“ folgende Personen bei Ladenbauarbeiten angetroffen:

T B, geb. x, x Staatsbürger
P H, geb.x, x Staatsbürger
T L, geb.x, x Staatsbürger
Z N, geb.x, x Staatsbürger
T P, geb.x, x Staatsbürger
Z V, geb. x, x Staatsbürger

Des Weiteren wurde bekannt, dass der x Arbeitnehmer V S, geb. x, von 5.11.2018 bis 9.11.2018 auf der gegenständlichen Baustelle als Arbeiter eingesetzt war.
Alle genannten Personen waren jedenfalls im verfahrensgegenständlichen Zeitraum Dienstnehmer der ungarischen Firma F Kft. Für alle diese Dienstnehmer wurden Dienstzettel bzw. Arbeitsverträge vorgelegt, in denen jeweils die F Kft. als Arbeitgeber genannt ist.

Vom Beschuldigten wurde folgende Aussage zur Lohnklassifizierung vorgelegt:

„F Kft., die Unterzeichnete, bestätigt, dass die Montagedienstleistung in den x von M in Österreich gemäß Kollektivvertrag unter Montageprivileg fällt.
Laut unserem Vertrag hat die M GmbH unsere Monteure angelernt, um die auch von Unternehmensgruppe R Kft. gelieferten Möbeln zu montieren.
An allen Baustellen ist ein erfahrener Mitarbeiter von M GmbH da, der unsere Mitarbeiter vor Ort koordiniert.
Es gibt solche Monteure bei der Firma F Kft., die seit 1-2 Jahren diese Arbeit machen und solche auch, von denen Handlagerdienste gemacht sind oder Lernarbeiter sind.
Mitarbeiter, die seit 1-2 Jahren, aber nicht ständig in den x von M GmbH arbeiten und an der Bausteile in W da waren:
H P - V Z
Hilfsarbeiter oder Lernarbeiter:
L T – P T - N Z T – B T – V S
In allen Fällen arbeiten mehrere Monteurgruppen an einem Ort, wegen den verschiedenen beruflichen Kenntnissen.

T, 16. November 2018“

Vom Beschuldigten wurden hinsichtlich der in Österreich eingesetzten Arbeitnehmer ZKO3-Meldungen (Meldung einer Entsendung) erstattet.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat mit Erkenntnis vom 1.9.2020, GZ: LVwG-302393, aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse jedoch festgestellt, dass es sich um grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung gehandelt hat.

Bei der Kontrolle wurden neben den ZKO3-Meldungen, PD A1-Formulare, Dienstzettel und Stundenzettel für die KW 44 bis KW 48 vorgelegt. Im Zuge des weiteren Verfahrens wurden Arbeitsverträge und Lohnunterlagen für die Monate Oktober 2018 und November 2018 übermittelt. In allen Arbeitsverträgen bzw. Dienstzetteln ist als Dienstgeberin die Firma F Kft. genannt. Das auf den Stundenzetteln festgehaltene Stundenausmaß wurde vom Bf in der mündlichen Verhandlung außer Streit gestellt.

Laut Arbeitsvertrag ist H P seit 1.2.2013 bei der F Kft. beschäftigt. Aus den Dienstzetteln und den Arbeitsaufzeichnungen resultiert, dass er jedenfalls von 29.10.2018 bis 16.11.2018 in Österreich gearbeitet hat.
Laut Arbeitsvertrag ist N Z seit 1.8.2018 bei der F Kft. beschäftigt. Laut dem Dienstzettel und den Arbeitsaufzeichnungen ist jedenfalls er von 29.10.2018 bis 16.11.2018 in Österreich eingesetzt gewesen.
Laut Arbeitsvertrag ist B T seit 2.10.2017 bei der F Kft. beschäftigt. Aus den Arbeitsaufzeichnungen ist ersichtlich, dass er jedenfalls von 12.11.2018 bis 16.11.2018 in Österreich auf der Baustelle gearbeitet hat.
Laut Arbeitsvertrag ist L T seit 18.01.2016 bei der F Kft. beschäftigt. Aus dem Dienstzettel und den Arbeitsaufzeichnungen geht hervor, dass er jedenfalls von 12.11.2018 bis 16.11.2018 in Österreich gearbeitet hat.
Laut Arbeitsvertrag ist T P seit 16.8.2018 bei der F Kft. beschäftigt. Nach dem Dienstzettel und den Arbeitsaufzeichnungen hat er jedenfalls von 5.11.2018 bis 16.11.2018 in Österreich gearbeitet.
Laut Arbeitsvertrag ist V S seit 9.1.2015 bei der F Kft. beschäftigt. Laut dem Dienstzettel und den Arbeitsaufzeichnungen war er mindestens von 5.11.2028 bis 9.11.2018 in Österreich tätig.
Laut Arbeitsvertrag ist V Z seit 4.1.2016 bei der F Kft. beschäftigt. Aufgrund des Dienstzettels und den Arbeitsaufzeichnungen war er mindestens von 12.11.2018 bis 16.11.2018 in Österreich eingesetzt.

In den Arbeitsverträgen wird unter Punkt 4. Folgendes bestimmt: „Der Stundenlohn des Arbeitnehmers beträgt in Ungarn 2.300 HUF brutto, bei Arbeitsausführung im anderen Teil Europas 10 Euro brutto.“

Vergleicht man die von den Arbeitern laut Arbeitsverträgen zustehenden Bruttolöhne in Zusammenhang mit den von den Arbeitern geführten Stundenlisten

mit dem den Arbeitnehmern laut dem Kollektivvertrag für Arbeiter im Bauhilfsgewerbe (Oberösterreich) tatsächlich zustehenden Bruttolohn, ergeben sich folgende Unterentlohnungen:

H P:

Berechnung Oktober 2018:

Der Arbeitnehmer hat im Oktober 2018 laut Arbeitsaufzeichnungen drei Tage zu je acht Stunden in Österreich gearbeitet. Aus diesem Grund wird der Betrag in Höhe von 337.064 HUF für 104 geleistete Stunden in Teilen Europas auf die geleisteten 24 Stunden in Österreich aliquotiert. Als tatsächlich erhaltenes Bruttoentgelt für die Arbeit in Österreich entfallen daher 240,19 Euro (337.064 HUF/104 Std x 24 Std in Ö/323,84).

Tatsächliches Bruttoentgelt(337.064 HUF/104 Std in Ö/323,84)	240,19 Euro
Anspruchslohn laut Kollektivvertrag	
24 Std x 12,11 Euro	290,64 Euro
Weihnachtsremuneration aliquot (3,26x12,11 Euro x 1,15 x (24/39)]	27,94 Euro
Oktober 2018 gesamt	318,58 Euro
Höhe der Unterentlohnung	78,39 Euro

Somit ergibt sich eine Unterentlohnung im Oktober 2018 von 78, 39 Euro, das entspricht 24,6 %.

Berechnung November 2018:

Am 02.11.2018 leistete der Arbeitnehmer 8 Arbeitsstunden.
H erhielt für 88 Arbeitsstunden 258.120 HUF, was bei einem EZB-Referenzkurs von 322,33 800,79 Euro entspricht; der aliquote Lohn für 8 Stunden ist daher 72,80 Euro. Dem steht ein Anspruchslohn von 106,19 Euro (8 Stunden x 12,11 Euro Stundenlohn + aliquote Weihnachtsremuneration (3,26 x 12,11 Euro x 1,15 x (8/39)] gegenüber.
Die Unterentlohnung des Arbeitnehmers H für den 02.11.2018 beträgt also 33,39 Euro, das entspricht 31,44 %.

N Z:

Berechnung Oktober 2018:

Der Arbeitnehmer hat im Oktober 2018 laut Arbeitsaufzeichnungen 24 Stunden in Österreich gearbeitet.

Tatsächliches Bruttoentgelt (77.784 HUF/323,84)	240,19 Euro
Anspruchslohn laut Kollektivvertrag	
24 Std x 10,88	261,12 Euro
Weihnachtsremuneration aliquot (3,26x10,88 Eurox1,15x(24/39)	25,10 Euro
Oktober 2018 gesamt	286,22 Euro
Höhe der Unterentlohnung	46,03 Euro

Somit ergibt sich eine Unterentlohnung im Oktober 2018 von 46,03 Euro, das entspricht 16,08 %.

Berechnung November 2018:

Am 02.11.2018 leistete der Arbeitnehmer 8 Arbeitsstunden.
N erhielt für 88 Arbeitsstunden258.120 HUF, was bei einem EZB-Referenzkurs von 322,33 800,79 Euro entspricht; der aliquote Lohn für 8 Stunden ist daher 72,80 Euro. Dem steht ein Anspruchslohn von 95,41 Euro (8 Stunden x 10,88 Euro Stundenlohn + aliquote Weihnachtsremuneration (3,26 x 10,88 Euro x 1,15 x (8/39)] eggenüber.
Die Unterentlohnung des Arbeitnehmers N für den 02.11.2018 beträgt also 22,61 Euro, das entspricht 23,7 %.

Die in der Anzeige genannten einschlägigen Vorstrafen des Beschuldigten sind mittlerweile getilgt (Rechtskraft der Straferkenntnisse jeweils mit 20.04.2016).

III. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt grundsätzlich aus den vorgelegten Verwaltungsakten und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung am 13.11.2019 sowie einer Stellungnahme der Rechtsvertreterin des Beschuldigten vom 10.12.2019 ergibt. In der mündlichen Verhandlung bestätigte der zweite Geschäftsführer bezüglich S V, dass dieser bei der Kontrolle zwar nicht anwesend war, jedoch davor auf der Baustelle gearbeitet hat.

Da kein Vertreter der Firma R Kft. vor Ort auf der Baustelle war und diesbezüglich Angaben machen hätte können, ist die beantragte Einvernahme nicht entscheidungsrelevant. Da sich bereits aus den Aussagen des anderen Geschäftsführers in der mündlichen Verhandlung eine Einbindung der Arbeiter der Firma F Kft. in die Firma M ergab, war eine weitere Einvernahme zu diesem Thema mangels Entscheidungsrelevanz abzuweisen. Ebenso nicht von Relevanz war, wer die Stundenlisten ausgefüllt hat. Fest steht, dass die Stundenlisten der ungarischen Arbeiter vom einzigen auf der Baustelle der Firma M Anwesenden gegengezeichnet wurden. Dem vom Beschuldigten am 10.12.2019 vorgelegten

Lohnverzeichnis kommt für den gegenständlichen Fall keine Beweiskraft zu, da das Stundenausmaß mit den geführten (unstrittigen) Stundenlisten nicht übereinstimmt.

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat rechtlich erwogen:

Die maßgeblichen Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes – LSD-BG, StF: BGBl. I Nr. 44/2016 idF BGBl. I Nr. 32/2018 (Tatzeitpunkt) bzw. BGBl. I Nr. 174/2021 (Strafbestimmung), lauten auszugsweise:

„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 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. [...]

Inkrafttreten

§ 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 §§ 2 Abs. 3 und 35 Abs. 6 in der Fassung vor dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 174/2021 treten mit Ablauf des 31. August 2021 außer Kraft und sind auf Sachverhalte anzuwenden, die sich vor dem 1. September 2021 ereignet haben. Die §§ 2 Abs. 3 und 3 Abs. 7 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 174/2021 gelten nicht für Arbeitnehmer im Sinne des § 1 Abs. 9. Die §§ 11 Abs. 1 Z 3, 20 Abs. 1 und 2 Z 1, 32 Abs. 1 Z 2 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 174/2021 treten mit Ablauf des Tages der Kundmachung dieses Bundesgesetzes in Kraft. 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.“

Der Entgeltanspruch der nach Österreich überlassenen Arbeitskräfte bemisst sich nach dem § 10 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz – AÜG. (vgl. ErläutRV 1111 BlgNR 25. GP 6,7 (§§ 3, 4 und 6 LSD-BG)).

Der maßgebende § 10 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG), StF: BGBl. Nr. 196/1988, in der hier maßgebenden Fassung BGBl. I Nr. 38/2017, lautet:

„Ansprüche der Arbeitskraft

§ 10. (1) Die Arbeitskraft hat Anspruch auf ein angemessenes, ortsübliches Entgelt, das mindestens einmal monatlich auszuzahlen und schriftlich abzurechnen ist. Normen der kollektiven Rechtsgestaltung, denen der Überlasser unterworfen ist, bleiben unberührt. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist für die Dauer der Überlassung auf das im Beschäftigerbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende kollektivvertragliche oder gesetzlich festgelegte Entgelt Bedacht zu nehmen. Darüber hinaus ist auf die im Beschäftigerbetrieb für vergleichbare Arbeitnehmer mit vergleichbaren Tätigkeiten geltenden sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art Bedacht zu nehmen, es sei denn, es gelten ein Kollektivvertrag, dem der Überlasser unterworfen ist, sowie eine kollektivvertragliche, durch Verordnung festgelegte oder gesetzliche Regelung des Entgelts im Beschäftigerbetrieb.

(1a) Werden Arbeitnehmer für mehr als vier Jahre an einen Beschäftiger, der seinen Arbeitnehmern eine Leistungszusage im Sinne des § 2 Z 1 des Betriebspensionsgesetzes (BPG), BGBl. Nr. 282/1990, erteilt hat, überlassen, so gilt der Beschäftiger nach Ablauf des vierten Jahres ab diesem Zeitpunkt für die weitere Dauer der Überlassung als Arbeitgeber der überlassenen Arbeitnehmer im Sinne des BPG, sofern nicht eine gleichwertige Vereinbarung des Überlassers für die überlassenen Arbeitnehmer besteht. Der Beschäftiger hat jedenfalls nach Ablauf des vierten Jahres für die überlassenen Arbeitnehmer nach Maßgabe der für seine Arbeitnehmer geltenden Leistungszusage – ungeachtet einer allfällig vereinbarten Wartezeit – für die weitere Dauer der Überlassung Beiträge in eine Pensionskasse oder Prämien in eine betriebliche Kollektivversicherung zu leisten. Bei

Beendigung der Überlassung kann der überlassene Arbeitnehmer über den zu diesem Zeitpunkt gebührenden fiktiven Unverfallbarkeitsbeitrag nach Maßgabe der §§ 5 oder 6c BPG verfügen, sofern ein hinsichtlich der Dauer der Beschäftigung vergleichbarer Arbeitnehmer des Beschäftigers nach Maßgabe der für ihn geltenden Leistungszusage zu diesem Zeitpunkt über einen Unverfallbarkeitsbetrag verfügen könnte. Der fiktive Unverfallbarkeitsbetrag berechnet sich nach denselben Rechenregeln, die der Berechnung des Unverfallbarkeitsbetrages nach den Vorschriften des BPG bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu Grunde zu legen sind.

(2) Ist die Arbeitskraft nachweislich zur Leistung bereit und kann sie nicht oder nur unter dem vereinbarten Ausmaß beschäftigt werden, gebührt das Entgelt auf Basis der vereinbarten Arbeitszeit. War das tatsächliche Beschäftigungsausmaß der Arbeitskraft während der letzten 13 Wochen überwiegend höher als die vereinbarte Arbeitszeit, so gebührt durch 14 Tage Entgelt nach dem Durchschnitt der letzten 13 Wochen. Dies gilt nicht, wenn für die Dauer eines von vornherein mit einem bestimmten Kalendertag befristeten Beschäftigungsverhältnisses mit dem Arbeitnehmer eine längere als die ursprünglich vorgesehene Arbeitszeit vereinbart wird.

(3) Während der Überlassung gelten für die überlassene Arbeitskraft die im Beschäftigerbetrieb für vergleichbare Arbeitnehmer gültigen gesetzlichen, kollektivvertraglichen sowie sonstigen im Beschäftigerbetrieb geltenden verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art, die sich auf Aspekte der Arbeitszeit und des Urlaubs beziehen.

(4) Die Vergleichbarkeit ist nach der Art der Tätigkeit und der Dauer der Beschäftigung im Betrieb des Beschäftigers sowie der Qualifikation der Arbeitskraft für diese Tätigkeit zu beurteilen.

(5) Bei Kündigung des Vertrages zwischen Arbeitskraft und Überlasser ist eine Kündigungsfrist von 14 Tagen einzuhalten, sofern nicht durch Gesetz, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder Arbeitsvertrag eine längere Frist festgesetzt ist.

(6) Der Beschäftiger hat der überlassenen Arbeitskraft Zugang zu den Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen in seinem Betrieb unter den gleichen Bedingungen wie seinen eigenen Arbeitskräften zu gewähren, es sei denn, eine unterschiedliche Behandlung ist aus sachlichen Gründen gerechtfertigt. Zu den Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen zählen insbesondere Kinderbetreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegung und Beförderungsmittel.“

Das Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) regelt in § 9 unter der Überschrift „Besondere Fälle der Verantwortlichkeit“ Folgendes:

„§ 9. (1) Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.“

A.) Geschäftsführer – wirksame Beendigung:

Der Beschuldigte bringt vor, dass er am 02.11.2018 seine Geschäftsführertätigkeit zurückgelegt hat. Die Zurücklegung seiner Geschäftsführerbefugnis wurde in der Gesellschafterversammlung vom 09.11.2018 zur Kenntnis genommen.

Es ist daher festzustellen, ob nach ungarischem Recht schon mit der Zurücklegung der Geschäftsführertätigkeit am 02.11.2018 oder erst nach der Gesellschafterversammlung am 09.11.2018 eine wirksame Beendigung vorgelegen ist.

Nach ungarischem Recht ist eine Amtsniederlegung grundsätzlich sofort wirksam, ein wichtiger Grund ist nicht erforderlich. Eine Ausnahmeregelung gibt es lediglich für die Niederlegung des Amtes zur Unzeit: Führt die sofortige Niederlegung des Amtes dazu, dass die Kft handlungsunfähig wird, weil zB kein weiterer Geschäftsführer bestellt ist, wird die Niederlegung erst 60 Tage nach deren Zugang bei der Gesellschaft wirksam (sh. „Die Rechtsstellung des ungarischen GmbH-Geschäftsführers, RIW 2001, 765 (Heft 10), Pajor-Bytomski Magdalena). Eine Niederlegung zur Unzeit liegt gegenständlich nicht vor, da der weitere Geschäftsführer R I seine Befugnis nicht zurückgelegt hat. Somit lag beim Bf bereits mit der Zurücklegung seiner Geschäftsführertätigkeit am 02.11.2018 eine wirksame Beendigung dieser Tätigkeit vor. Dem Bf sind daher nur die Unterentlohnungen von H P und N Z im Zeitraum von 29.10.2018 bis 02.11.2018 anzulasten.

B.) Zur Unterentlohnung gemäß § 29 LSD-BG:

- Adressat der Strafnorm:

Der Straftatbestand der Unterentlohnung des § 29 LSD-BG setzt die Existenz eines Arbeitsverhältnisses insofern voraus, da er die Beschäftigung eines Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber verlangt. Darunter fällt auch der Einsatz eines Arbeitnehmers durch den Überlasser im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung (sh. Kozak, Kurzkommentar zum LSD-BG, § 29 Anm. 3).

Der Beschuldigte als handelsrechtlicher Geschäftsführer ist daher auch im Rahmen der nunmehr festgestellten Arbeitskräfteüberlassung als Überlasser Adressat des Straftatbestandes der Unterentlohnung im Sinne des § 29 LSD-BG.

Zum Tatbild gehört, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer beschäftigt oder, wenn das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt der Kontrolle durch die zuständige Behörde beendet ist, beschäftigt hat (sh. Kozak, Kurzkommentar zum LSD-BG, § 29 Anm. 5).

Aufgrund der vom Beschuldigten vorgelegten Arbeitsverträge bzw. Dienstzettel wurden sämtliche im Spruch des genannten Straferkenntnisses genannte Arbeiter

unstrittig von der Firma des Beschuldigten beschäftigt. Der Beschuldigte ist daher Adressat der vorgeworfenen Strafnorm.

- Nichtanwendbarkeit des Montageprivilegs:

Der Beschuldigte wendet ein, dass das Montageprivileg, welches die Bindung an österreichische Mindestlohnbedingungen für den Zeitraum einer Entsendung ausschließt, zur Anwendung käme. Da jedoch aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens im gegenständlichen Fall von einer Arbeitskräfteüberlassung auszugehen ist, kommt eine Anwendung des Montageprivilegs im Sinne des § 3 Abs. 5 LSD-BG a priori nicht in Frage. Das Montageprivileg könnte nur im Falle einer festgestellten Entsendung zur Anwendung kommen.
Darüber hinaus wird jedoch festgehalten, dass auch im Fall einer Entsendung nicht von der Anwendung des Montageprivilegs auszugehen ist. Anlagen sind selbständige und ortsfeste oder ortsfest benutzte Funktionseinheiten; betrieblich verbundene, aber unselbständige Funktionseinheiten gelten hingegen nicht als Anlagen. Die Montage der Parfümerie-, Strümpfe-, Bio- und Naturhochregale sowie Gondeln, … entspricht nicht dieser Definition. Außerdem wurden die Regale nicht von der Firma des Bf produziert.

- Anzuwendender Kollektivvertrag:

Aufgrund der Angaben auf den Personenblättern, den vorgelegten Arbeitsverträgen und der beobachteten Tätigkeit durch Organe der Finanzpolizei bei der Kontrolle ist gegenständlich der Kollektivvertrag für Arbeiter im Bauhilfsgewerbe (Oberösterreich) anzuwenden, welcher eine wöchentliche Normalarbeitszeit für alle Arbeitnehmer von 39 Stunden vorsieht. Der Einwand der Anwendung des Kollektivvertrages für Arbeitnehmer im kunststoffverarbeitenden Gewerbe ist aufgrund der durchgeführten reinen Montagetätigkeiten nicht nachvollziehbar. Darüber hinaus existiert ohnehin kein Kollektivvertrag für Arbeitnehmer im kunststoffverarbeitenden Gewerbe. Auch wenn der Kollektivvertrag für das Holz- und Kunststoffverarbeitende Gewerbe gemeint ist, ist der Einwand nicht nachvollziehbar, da die Lohngruppen des Hilfsarbeiters und des angelernten Arbeiters („Lernarbeiters“) – wie in der „Aussage zur Lohnqualifizierung“ vorgebracht – im besagten Kollektivvertrag in der für die Kunststoffverarbeiter geltenden Fassung nicht vorkommen.

- Einstufung laut Kollektivvertrag:

Laut „Werkvertrag“ zwischen der R Kft. und der F Kft. sowie aufgrund der vom Bf vorgelegten „Aussage zur Lohnklassifizierung“ der F Kft. sind die Arbeitnehmer H P und V Z in die Lohngruppe 5 – angelernte Arbeiter – einzustufen. Die restlichen Arbeitnehmer sind aufgrund des „Werkvertrages“ und der „Aussage zur Lohnqualifizierung“ in die Lohngruppe 6 – Hilfsarbeiter – einzustufen. Entgegen den Einwänden wurde die jeweils richtige Einstufung vorgenommen.

- Kollektivvertragsbestimmungen:

Folgende Bestimmungen des genannten Kollektivvertrages sind maßgebend:

Gemäß § 3a (5) ist Mehrarbeit das Ausmaß der Verkürzung der wöchentlichen Normalarbeitszeit (bei bisher 40 Stunden 1 Stunde in jeder Woche), welche nicht auf das erlaubte Überstundenausmaß angerechnet wird. Es gebührt ein Zuschlag von 50 %.
Arbeitnehmer haben nach § 9 (1) des Kollektivvertrags nach einmonatiger Betriebszugehörigkeit Anspruch auf Weihnachtsgeld in der Höhe von 3,26 Stundenlöhnen für während des laufenden Arbeitsverhältnisses im Kalenderjahr jeweils geleistete 39 Stunden. Bei Abrechnung sind allfällige Reststundungen aliquot zu berücksichtigen. Als Stundenlohn für die Errechnung des Weihnachtsgeldes gilt der kollektivvertragliche Stundenlohn der jeweiligen Lohnkategorie zuzüglich eines Zuschlages von 15 %.

Der Urlaub gemäß Bauarbeiter-Urlaubs-Abfertigungsgesetz – BUAG- bzw. UrlG sowie entgeltpflichtige Betriebsabwesenheit sind einzurechnen.

- Überprüfung der Entlohnung:

In den Arbeitsverträgen wird unter Punkt 4. Folgendes bestimmt: „Der Stundenlohn des Arbeitnehmers beträgt in Ungarn 2.300.- HUF, bei Arbeitsausführung im anderen Teil Europas 10 Euro brutto.“ Demnach wird als tatsächlich erhaltenes Bruttoentgelt der zweite Betrag unter der Postenüberschrift „Arbeitslohn brutto“ aliquot für die geleisteten Stunden laut Arbeitsaufzeichnungen herangezogen. Die Richtigkeit der Angabe dieser Stundenanzahl wurde durch den Bf in der mündlichen Verhandlung bekräftigt.

Gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 LSD-BG iVm § 49 Abs. 3 Z 1 ASVG und auch nach § 13 Abs. 5 LSD-BG dürfen Aufwandersätze und Sachbezüge für die Zwecke der Bestimmungen des kollektivvertraglichen Entgelts nicht angerechnet werden. Als Folge daraus werden die Zahlungen unter der Überschrift „Sonstige Zahlungen“, insbesondere die Posten „Fahrgeld“ und „Nächtigungsgeld“, nicht in die anschließende Entgeltkontrolle miteinbezogen.

Nach der Lohnordnung des genannten Kollektivvertrages haben von 1.5.2018 bis 30.4.2019 angelernte Arbeitnehmer Anspruch auf einen Stundenlohn von 12,11 Euro brutto, Hilfsarbeiter hingegen haben Anspruch auf einen Stundenlohn von 10,88 Euro brutto.

Der durchschnittliche EZB Referenzkurs für einen Euro betrug im Oktober 2018 ungarische Forint 323,84 und im November ungarische Forint 322,33.

Aufgrund dieser Ausführungen und den Sachverhaltsfeststellungen ergeben sich die Unterentlohnungen wie folgt:

Beim Arbeitnehmer P H beträgt die Höhe der Unterentlohnung im Oktober 2018 78,39 Euro (= 24,6 %) und für November 2018 33,39 Euro (= 31,44 %).
Beim Arbeitnehmer N Z beträgt die Unterentlohnung im Oktober 2018 46,03 Euro (= 16,08 %) und im November 2018 22,61 Euro (= 23,7 %).

Insofern ist dem Beschuldigten die angelastete Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht vorzuwerfen.

Subjektive Tatseite:

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 Beschuldigte 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 Beschuldigten aufzeigen würden. Der Beschuldigte ist als handelsrechtlicher Geschäftsführer der F Kft. 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 Beschuldigte nicht entlasten, zumal die Bestellung eines verantwortlich Beauftragten, dem anstelle des Geschäftsführers die Verantwortung innerhalb des Unternehmens übertragen worden wäre, vom Beschuldigte nicht behauptet wurde. Dieser Umstand war daher nicht weiter zu prüfen. Der Beschuldigte kann ein den betrieblichen Verhältnissen angepasstes Kontrollsystem, das die Einhaltung der in Österreich gültigen Mindestentgelte jedenfalls erwarten lässt, nicht belegen. Der Beschuldigte 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 3.12.2013, 2012/08/0026; 17.1.2014, 2013/08/0281; 14.3.2014, 2012/08/0029; 26.5.2014, 2012/08/0207).

Geschäftsführer sind verpflichtet, sich mit den einer grenzüberschreitenden Entsendung bzw. Überlassung für die Beschäftigung von Arbeitnehmern einschlägigen Vorschriften, zu denen ua. auch ein einschlägiger Kollektivvertrag zählt, vertraut zu machen (vgl. VwGH 22.11.2017, Ra 2017/03/0098 und 0099 mwN). Es wäre Sache des Bf gewesen, sich – etwa durch Anfrage bei einer zuständigen Stelle – über die Anwendbarkeit und den Inhalt eines im gegenständlichen Fall maßgeblichen Kollektivvertrages zu unterrichten (vgl. VwGH 12.10.2021, Ra 2019/11/0015).

Insgesamt hat daher der Beschuldigte als nach außen vertretungsbefugtes Organ der Arbeitgeberin die Unterentlohnungen im dargelegten Ausmaß in der Schuldform der Fahrlässigkeit zu verantworten, weshalb ihm die angelastete Verwaltungsübertretung auch in subjektiver Hinsicht vorwerfbar ist.

Die durch die LSD-BG Novelle BGBl. I Nr. 174/2021 geänderten Strafbestimmungen der §§ 26 bis 28 und § 29 Abs. 1 LSD-BG 2016 traten mit 1. September 2021 in Kraft und sind gemäß dem eindeutigen Wortlaut des § 72 Abs. 10 letzter Satz LSD-BG 2016 auf alle in diesem Zeitpunkt anhängigen Verfahren einschließlich von Verfahren vor dem VwGH und dem VfGH anzuwenden. Der Gesetzgeber hat mit dieser Übergangsbestimmung erkennbar das Ziel verfolgt, in allen im Zeitpunkt des Inkrafttretens (am 1. September 2021) dieser Bestimmungen anhängigen Strafverfahren wegen Lohn- und Sozialdumpings, unabhängig davon, vor welcher Behörde oder welchem Gericht ein solches Verfahren gerade anhängig war, die Anwendung derselben Gesetzeslage sicherzustellen (vgl. VwGH 12.10.2021, Ra 2021/11/0033).

Es wurde vom Beschuldigten grundsätzlich nicht vorgebracht bzw. liegen keine Anhaltspunkte vor, dass die festgestellte Lohndifferenz den Arbeitnehmern im Nachhinein ausbezahlt worden wäre. Die in § 29 Abs. 2 und Abs. 3 LSD-BG vorgesehenen Strafausschließungs- bzw. Strafmilderungsgründe sind gegenständlich daher nicht anzuwenden.

Zur Frage der geringfügigen Unterschreitung des Grundlohns hält der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 23.9.2014, Zl. Ro 2014/11/0083, fest, dass bei einer Unterentlohnung im Ausmaß von zumindest 6,6 % nicht mehr von einer bloß geringfügigen Unterschreitung des Grundlohns gesprochen werden kann, dies auch unter dem Gesichtspunkt, dass die Unterentlohnung in den überwiegenden Fällen über mehrere Monate bestanden hat. Im gegenständlichen Fall kann daher nicht von bloß geringer Unterentlohnung gesprochen werden. Nachdem zwei Arbeitnehmer betroffen sind, kann das Verschulden nicht als geringfügig angesehen werden. Der Verwaltungsgerichtshof hat 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; 10.6.2015, 2013/11/0121).

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass die im § 29 Abs. 3 LSD-BG normierten Voraussetzungen für das Absehen von der Verhängung einer Strafe im vorliegenden Fall der Unterentlohnung nicht erfüllt sind. Zudem ist auch die Erteilung einer Ermahnung ausgeschlossen, 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.

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.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist Zweck der Regelungen des AVRAG 1993 (nunmehr LSD-BG), Lohn- und Sozialdumping zu verhindern, weil dadurch nicht nur Arbeitnehmer/Innen das ihnen zustehende Entgelt für die erbrachte Arbeitsleistung vorenthalten, sondern auch ein fairer Wettbewerb zwischen den Unternehmern untergraben wird (vgl. die RV 1076 Blg NR 24. GP, 1). Dieses Ziel kann aber nur erreicht werden, wenn für die rechtmäßige Entlohnung von Arbeitskräften effiziente und durchsetzbare Kontrollmechanismen bestehen und im Fall von Übertretungen wirksame Sanktionen zur Verfügung stehen.

Mindestlohnsätze gehören zum „harten Kern“ der Arbeitnehmerschutzvorschriften, die unabhängig von der Beschäftigungs- oder Überlassungsdauer einzuhalten sind. Sich mit den geltenden lohnrechtlichen Vorschriften, die eben einen besonders wichtigen Teil der Arbeitnehmerschutzvorschriften darstellen, vertraut zu machen, stellt also eine wesentliche Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Unternehmers dar. Diese Pflicht wurde im konkreten Fall völlig außer Acht gelassen und ist somit von grober Fahrlässigkeit auszugehen (VwGH 10.6.2015, 2013/11/0121; 23.9.2014, Ro 2014/11/0083).

In der Strafanzeige sind laut beiliegender Auskunft aus der Verwaltungsstrafevidenz zwei einschlägige Verwaltungsstrafen (jeweils rechtskräftig mit 20.04.2016) angeführt. Beide gelten jedoch gemäß § 55 VStG als getilgt und dürfen bei der Bemessung im Verwaltungsstrafverfahren nicht berücksichtigt werden. Daher kommt nunmehr der Strafrahmen bis 20.000 Euro zur Anwendung. Als mildernd kommt dem Bf die nun gegebene Unbescholtenheit und nach der Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts die mittlerweile eingetretene lange Verfahrensdauer zugute. Außerdem wurde gegenüber der Strafanzeige der Tatzeitraum und die Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer eingeschränkt. Erschwerungsgründe traten keine hervor. Aus den angeführten Gründen wird daher mit der festgesetzten Strafe das Auslangen gefunden. Die nunmehr festgesetzte Geldstrafe ist jedoch erforderlich, um in Würdigung des Gesamtausmaßes der Unterentlohnung eine angemessene Sanktion zu setzen, die dem Bf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens eindringlich vor Augen führt. Die verhängte Geldstrafe ist geeignet, den Bf in Hinkunft zu gesetzeskonformen Verhalten anzuleiten, sowie andere Normunterworfene von einer Tatbegehung abzuschrecken. Die verhängte Strafe ist tat- und schuldangemessen, entspricht den geltenden gesetzlichen Vorgaben und steht auch insgesamt in Relation zum allenfalls wirtschaftlichen Erfolg des Einsatzes der ausländischen Arbeiter in Österreich.

Im Ergebnis war daher der Beschwerde wie begründet Folge zu geben.

Verfahrenskosten:

Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG hat der Beschuldigte keinen Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu bezahlen, da kein Straferkenntnis bestätigt wurde.

Aus den angeführten Gründen war somit spruchgemäß zu entscheiden.

V. 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