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-302963/8/Kü/LB

Datum:
Linz, 30. März 2022

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde von R. H., X, X P. (U.), gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 17. Dezember 2020, GZ: Ge-261/19, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben als anstelle der zu Spruchpunkten 1. – 9. ausgesprochenen Einzelstrafen eine Gesamtstrafe von 4.500 Euro und für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 75 Stunden festgesetzt werden.
Des Weiteren wird der Spruch der belangten Behörde dahingehend konkretisiert, als hinsichtlich der verletzten Rechtsvorschrift die Bezeichnung „idF BGBl. I Nr. 174/2021“ eingefügt wird.
Im Übrigen, wird das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

II. Der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde verringert sich auf 450 Euro. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens 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 Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 17. Dezember 2020, GZ: Ge-261/19, wurden über den Beschwerdeführer (in Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 29 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) neun Geldstrafen in Höhe von jeweils 2.750 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit jeweils Ersatzfreiheitsstrafen von 72 Stunden verhängt.

Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zu Grunde:
„Sie haben es als zur Vertretung nach außen befugtes Organ der Firma F.-C. Kft. mit Sitz in X, X B., U., verwaltungsstrafrechtlich zu vertreten, dass
1. der Arbeitnehmer oa. Firma Hr. C. L. auf der Baustelle oa. Firma in X S., X, mit Dämmarbeiten (Dachsanierung bei der Halle 9 der Fa. M.) beschäftigt wurde. An diesen Arbeitnehmer wurde von oa. Firma im Zeitraum Juli 2018 ein Brutto-Entgelt von € 11,78 geleistet. Nach den österreichischen Gesetzen und Verordnung hätte Hm. C. L.I da dessen Tätigkeit der eines angelernten Arbeiters entsprach, eine Entlohnung gemäß dem Kollektivvertrag für das Bauhilfsgewerbe 2018 gebührt. Es hätte ihm somit ein Brutto-Entgelt von € 13,27 gebührt. Es wurde somit dieser Arbeitnehmer in einem Ausmaß von € 1,49 (= 11,26 %) unterentlohnt. Dies stellt eine Übertretung der Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) dar.
2. der Arbeitnehmer oa. Firma Hr. A. B. auf der Baustelle oa. Firma in X S., X, mit Dämmarbeiten (Dachsanierung bei der Halle 9 der Fa. M.) beschäftigt wurde. An diesen Arbeitnehmer wurde von oa. Firma im Zeitraum Juli 2018 ein Brutto-Entgelt von € 11,78 geleistet. Nach den österreichischen Gesetzen und Verordnung hätte Hm. A. B. da dessen Tätigkeit der eines angelernten Arbeiters entsprach, eine Entlohnung gemäß dem Kollektivvertrag für das Bauhilfsgewerbe 2018 gebührt. Es hätte ihm somit ein Brutto-Entgelt von € 13,27 gebührt. Es wurde somit dieser Arbeitnehmer in einem Ausmaß von € 1,49 (= 11,26 %) unterentlohnt. Dies stellt eine Übertretung der Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) dar.
3. der Arbeitnehmer oa. Firma Hr. L. P. auf der Baustelle oa. Firma in X S., X, mit Dämmarbeiten (Dachsanierung bei der Halle 9 der Fa. M.) beschäftigt wurde. An diesen Arbeitnehmer wurde von oa. Firma im Zeitraum Juli 2018 ein Brutto-Entgelt von € 11,78 geleistet. Nach den österreichischen Gesetzen und Verordnung hätte Hm. L. P. da dessen Tätigkeit der eines angelernten Arbeiters entsprach, eine Entlohnung gemäß dem Kollektivvertrag für das Bauhilfsgewerbe 2018 gebührt. Es hätte ihm somit ein Brutto-Entgelt von € 13,27 gebührt. Es wurde somit dieser Arbeitnehmer in einem Ausmaß von € 1,49 (= 11,26 %) unterentlohnt. Dies stellt eine Übertretung der Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) dar.
4. der Arbeitnehmer oa. Firma Hr. M. B. auf der Baustelle oa. Firma in X S., X, mit Dämmarbeiten (Dachsanierung bei der Halle 9 der Fa. M.) beschäftigt wurde. An diesen Arbeitnehmer wurde von oa. Firma im Zeitraum Juli 2018 ein Brutto-Entgelt von € 11,78 geleistet. Nach den österreichischen Gesetzen und Verordnung hätte Hm. M. B. da dessen Tätigkeit der eines angelernten Arbeiters entsprach, eine Entlohnung gemäß dem Kollektivvertrag für das Bauhilfsgewerbe 2018 gebührt. Es hätte ihm somit ein Brutto-Entgelt von € 13,27 gebührt. Es wurde somit dieser Arbeitnehmer in einem Ausmaß von

€ 1,49 (= 11,26 %) unterentlohnt. Dies stellt eine Übertretung der Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) dar.

5. der Arbeitnehmer oa. Firma Hr. R. F. auf der Baustelle oa. Firma in X S., X, mit Dämmarbeiten (Dachsanierung bei der Halle 9 der Fa. M.) beschäftigt wurde. An diesen Arbeitnehmer wurde von oa. Firma im Zeitraum Juli 2018 ein Brutto-Entgelt von € 11,78 geleistet. Nach den österreichischen Gesetzen und Verordnung hätte Hm. R. F. da dessen Tätigkeit der eines angelernten Arbeiters entsprach, eine Entlohnung gemäß dem Kollektivvertrag für das Bauhilfsgewerbe 2018 gebührt. Es hätte ihm somit ein Brutto-Entgelt von € 13,27 gebührt. Es wurde somit dieser Arbeitnehmer in einem Ausmaß von € 1,49 (= 11,26 %) unterentlohnt. Dies stellt eine Übertretung der Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) dar.

6. der Arbeitnehmer oa. Firma Hr. G. G. auf der Baustelle oa. Firma in X S., X, mit Dämmarbeiten (Dachsanierung bei der Halle 9 der Fa. M.) beschäftigt wurde. An diesen Arbeitnehmer wurde von oa. Firma im Zeitraum Juli 2018 ein Brutto-Entgelt von € 11,78 geleistet. Nach den österreichischen Gesetzen und Verordnung hätte Hm. G. G. da dessen Tätigkeit der eines angelernten Arbeiters entsprach, eine Entlohnung gemäß dem Kollektivvertrag für das Bauhilfsgewerbe 2018 gebührt. Es hätte ihm somit ein Brutto-Entgelt von € 13,27 gebührt. Es wurde somit dieser Arbeitnehmer in einem Ausmaß von € 1,49 (= 11,26 %) unterentlohnt. Dies stellt eine Übertretung der Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) dar.

7. der Arbeitnehmer oa. Firma Hr. A. S. auf der Baustelle oa. Firma in X S., X, mit Dämmarbeiten (Dachsanierung bei der Halle 9 der Fa. M.) beschäftigt wurde. An diesen Arbeitnehmer wurde von oa. Firma im Zeitraum Juli 2018 ein Brutto-Entgelt von € 11,78 geleistet. Nach den österreichischen Gesetzen und Verordnung hätte Hm. A. S. da dessen Tätigkeit der eines angelernten Arbeiters entsprach, eine Entlohnung gemäß dem Kollektivvertrag für das Bauhilfsgewerbe 2018 gebührt. Es hätte ihm somit ein Brutto-Entgelt von € 13,27 gebührt. Es wurde somit dieser Arbeitnehmer in einem Ausmaß von € 1,49 (= 11,26 %) unterentlohnt. Dies stellt eine Übertretung der Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) dar.

8. der Arbeitnehmer oa. Firma Hr. M. Z. L. auf der Baustelle oa. Firma in X S., X, mit Dämmarbeiten (Dachsanierung bei der Halle 9 der Fa. M.) beschäftigt wurde. An diesen Arbeitnehmer wurde von oa. Firma im Zeitraum Juli 2018 ein Brutto-Entgelt von € 11,78 geleistet. Nach den österreichischen Gesetzen und Verordnung hätte Hm. M. Z. L. da dessen Tätigkeit der eines angelernten Arbeiters entsprach, eine Entlohnung gemäß dem Kollektivvertrag für das Bauhilfsgewerbe 2018 gebührt. Es hätte ihm somit ein Brutto-Entgelt von € 13,27 gebührt. Es wurde somit dieser Arbeitnehmer in einem Ausmaß von € 1,49 (= 11,26 %) unterentlohnt. Dies stellt eine Übertretung der Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD- BG) dar.

9. der Arbeitnehmer oa. Firma Hr. Z. C. auf der Baustelle oa. Firma in X S., X, mit Dämmarbeiten (Dachsanierung bei der Halle 9 der Fa. M.) beschäftigt wurde. An diesen Arbeitnehmer wurde von oa. Firma im Zeitraum Juli 2018 ein Brutto-Entgelt von € 11,78 geleistet. Nach den österreichischen Gesetzen und Verordnung hätte Hrn. Z. C. da dessen Tätigkeit der eines angelernten Arbeiters entsprach, eine Entlohnung gemäß dem Kollektivvertrag für das Bauhilfsgewerbe 2018 gebührt. Es hätte ihm somit ein Brutto-Entgelt von € 13,27 gebührt. Es wurde somit dieser Arbeitnehmer in einem Ausmaß von € 1,49 (= 11,26 %) unterentlohnt. Dies stellt eine Übertretung der Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) dar.“

I.2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde in der die Einstellung des Verfahrens beantragt wird.

Begründend wurde festgehalten, dass die Arbeiter weder Dämmarbeiten noch andere angelernte Arbeiten auf der Baustelle durchgeführt hätten. Dies würde auch der bereits vorgelegten Stellungnahme des Bauleiters entsprechen. Aus den vorliegenden Bildern sei nur ein sehr geringer Zeitraum erkennbar und zudem sechs arbeitende Personen. Die Gesichter der sechs Arbeiter seien nicht zu erkennen, es sei daher nicht zu erkennen, ob es sich dabei um Angestellte der Firma F.-C. Kft. gehandelt habe. Zudem würden zwei Arbeiter nur herumsitzen und ein Arbeiter Material bewegen und nur drei Arbeiter mit der Verlegung von Dämmmaterial beschäftigt sein. Es sei daher nicht gerecht, den Bf mit den im Straferkenntnis genannten Verwaltungsübertretungen zu beschuldigen.

Der Bf sei weder als Privatmensch noch als Vertreter der Firma F.-C. Kft. in der Lage, eine so hohe Strafe ohne Schuld einzuzahlen.

I.3. Der Bürgermeister der Stadt Steyr als belangte Behörde, hat die gegenständliche Beschwerde samt Verwaltungsstrafakt mit Schreiben vom 13. April 2021 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt. Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 24. November 2021, an welcher der Vertreter der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK), der vor Ort die Kontrolle durchgeführt hat, als Zeuge einvernommen wurde. Eine weitere Vertreterin der BUAK war zur mündlichen Verhandlung entschuldigt. Der ordnungsgemäß geladene Bf ist zur mündlichen Verhandlung unentschuldigt nicht erschienen. Die mündliche Verhandlung konnte sohin in Abwesenheit des Bf durchgeführt werden.

I.5. Folgender Sachverhalt steht fest:

Der Bf ist Geschäftsführer der F.-C. Kft. mit der Geschäftsadresse X, X B., U., und sohin als nach außen vertretungsbefugtes Organ dieser Gesellschaft tätig.

Am 31. Juli 2018 führten Organe der BUAK im Werksgelände der Firma M. in S., X, X S., bei der Baustelle „Halle 9“ (Dachsanierung) eine Kontrolle durch.

Die Kontrollorgane haben sich zu Beginn der Kontrolle bei der Werkssicherung der Firma M. in S. angemeldet und sodann bei der Baustelle Halle 9 einen Vorarbeiter ausfindig gemacht, bei dem sie die Kontrolle angemeldet haben. Die Baustelle war den Kontrollorganen bereits von vorangegangenen Überprüfungen bekannt. Auf

diese Weise konnte festgestellt werden, dass bei der Hallensanierung vor Ort mehrere Firmen tätig gewesen sind. Angetroffen wurden Arbeiter einer Firma, die im Metallgewerbe tätig ist, welche nicht dem Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz unterliegt. Neben dieser Firma wurden Arbeiter der Firma F.-C. Kft. und einen weiteren ungarischen Firma angetroffen. Die Erhebungen ergaben, dass insgesamt neun Arbeitnehmer der F.-C. Kft. auf der Baustelle Arbeitsleistungen erbracht haben. Die Firma F.-C. Kft. wurde von der Firma B. D. Kft. für das Gewerk Isolierung als Subunternehmen herangezogen. Aufgrund dieser Umstände sind die Arbeitsverhältnisse der angetroffenen Arbeiter der F.-C. Kft. dem Kollektivvertrag für das Bauhilfsgewerbe 2018 zu unterstellen.

Alle neun Arbeitnehmer der F.-C. Kft. gaben an, dass Herr Z. C. als ihr Vorarbeiter auf der Baustelle im Einsatz ist. Zudem gaben die Arbeitnehmer im eigenhändig ausgefüllten Baustellenerhebungsprotokoll an, dass sie als Hilfsarbeiter tätig sind, über keine Berufsausbildung verfügen und einen Bruttostundenlohn von 11,78 Euro erhalten.

Die Kontrollorgane sind auch auf das Dach der Halle gestiegen, auf dem die Isolierarbeiten im Gange waren. Zu Beweissicherungszwecken wurden Fotos angefertigt, auf denen ersichtlich ist, dass die Arbeiter der F.-C. Kft. Dämmmaterial auf das Hallendach aufgebracht haben.

Die angetroffenen Arbeiter konnten ZKO3-Meldungen, A1-Sozialversicherungsbescheinungen sowie Arbeitsverträge zur Einsichtnahme vorlegen. Ein Auftragsschreiben oder ein Werkvertrag, abgeschlossen zwischen der Firma F.-C. Kft. und der Firma Baumetall konnte bei der Kontrolle nicht vorgezeigt werden. Derartige Unterlagen wurden von der Firma F.-C. Kft. auch im Zuge des weiteren Verfahrens nicht vorgelegt.

I.6. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Strafantrag der BUAK, welchem die bei der Kontrolle aufgenommen Lichtbilder sowie die von den einzelnen Arbeitern ausgefüllten Baustellenerhebungsprotokolle angeschlossen sind. Zudem gründen die festgestellten Arbeiten der Arbeitnehmer der F.-C. Kft. auf den glaubwürdigen und nachvollziehbaren Aussagen des Zeugen in der mündlichen Verhandlung. Dieser bestätigt, dass die Arbeiter am Hallendach Dämmmaterial verlegt haben, was auch eindeutig auf den Lichtbildern zu erkennen ist. Insofern bestehen hinsichtlich der durchgeführten Arbeiten keine Bedenken.

Die Feststellungen zum bezahlten Entgelt ergeben sich einerseits aus den ZKO3-Meldungen sowie den vorliegenden Dienstzetteln der einzelnen Arbeitnehmer. Der bezahlte Betrag wird auch von den Arbeitnehmern in den eigenhändig ausgefüllten Baustellenerhebungsprotokollen, welche den Arbeitern in ungarischer Sprache vorgelegt wurden, bestätigt. In diesen Baustellungserhebungsprotokollen haben die Arbeiter auch in Ungarisch angegeben, dass sie als Hilfsarbeiter eingesetzt

werden. Diese Angaben stehen allerdings nicht im Einklang mit den Feststellungen des Kontrollorganes, da die Arbeitnehmer – wie bereits erwähnt – bei Dämmarbeiten angetroffen wurden. Zudem gaben alle Arbeiter übereinstimmend an, dass Herr Z. C. als Partieführer arbeitet, was insgesamt darauf hindeutet, dass von der Firma F.-C. Kft. die Dämmarbeiten zur Gänze übernommen wurden. Ein Partieführer stellt jedenfalls ein wesentliches Indiz dafür dar, dass Arbeiten ausgeführt werden, die fachtechnische Kenntnisse erfordern. Insofern kann dem Vorbringen des Bf, wonach ausschließlich Hilfsarbeiten erbracht wurden, kein Glauben geschenkt werden und entspricht dies nicht den Tatsachen.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

II.1. Rechtslage:

Im gegenständlichen Fall sind folgende Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016 i.d.F. BGBl. I Nr. 174/2021, maßgeblich:

Der im Tatzeitpunkt geltende § 29 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz - LSD-BG, BGBl. I Nr. 44/2016, lautete (auszugsweise):

„Unterentlohnung

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

Durch die Novelle BGBl. I Nr. 174/2021 wurden die Strafbestimmungen des § 29 Abs. 1 und der §§ 26 bis 28 LSD-BG neu gefasst (vgl. RV 943 BlgNR XXVII. GP, 1). §§ 29 und 72 LSD-BG in der Fassung dieser Novelle lauten (auszugsweise):

„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.“

II.2. Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens geht das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich davon aus, dass die Arbeiter der F.-C. Kft. auf der Baustelle in S. das Gewerk Isolierung durchgeführt haben. Dies entspricht auch den Feststellungen der Kontrollorgane, die die Arbeiter bei der Aufbringung von Dämmmaterial am Hallendach gesehen haben und diese Tätigkeit zu Beweiszwecken fotografiert haben. Die fachmännische Aufbringung einer

Wärmedämmisolierung auf einem Hallendach, stellt jedenfalls keine Hilfsarbeitertätigkeit dar. Der BUAK kann sohin nicht entgegengetreten werden, wenn sie die Arbeiten der Kategorie angelernte Arbeiter zuordnet. Die festgestellten Tätigkeiten unterliegen in Österreich dem Kollektivvertrag für das Bauhilfsgewerbe. Aus dem im Jahr 2018 gültigen Kollektivvertrag ergibt sich, dass einem angelernten Arbeiter ein Stundenlohn von 12,11 Euro zusteht. Dem gegenüber steht das vom Unternehmen des Bf tatsächlich geleistete Entgelt von 11,78 Euro pro Stunde.

Sofern von den Arbeitern im Zuge der Kontrolle angegeben wurde, dass sie Aufwandsentschädigungen erhalten ist festzustellen, dass Aufwandsentschädigungen keine Lohnbestandteile darstellen und deshalb nicht in das ausbezahlte Bruttoentgelt miteinzurechnen sind.

Gemäß § 3 Abs. 4 LSD-BG hat der Arbeitgeber dem entsandten Arbeitnehmer, wenn nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag Sonderzahlungen vorgesehen sind, diese aliquot für die jeweilige Lohnzahlungsperiode zusätzlich zum laufenden Entgelt (Fälligkeit) zu leisten. Dies bedeutet, dass Sonderzahlungen bei entsandten Arbeitnehmern, welche nicht dem ASVG unterliegen, mit Abschluss der Lohnzahlungsperiode, im vorliegenden Fall somit bereits zum Monatsende fällig werden. Insofern steht fest, dass den Arbeitnehmern das aliquot zustehende Weihnachtsgeld bereits zum Zeitpunkt Ende Juli 2018 zugestanden ist. Diese Sonderzahlungen sind daher dem gebührenden Entgelt hinzuzurechnen.

Gemäß § 9 des Kollektivvertrages für das Bauhilfsgewerbe besteht der Anspruch auf Weihnachtsgeld nach einmonatiger Betriebszugehörigkeit. Dieses Weihnachtsgeld wird generell nach der Berechnungsformel „Jahresstunden/39 x KollV-Lohn x 3,26 x 1,15“ berechnet. Diese Berechnungsformel angewendet auf den kollektivvertraglichen Stundenlohn für den angelernten Arbeiter von 12,11 Euro ergibt ein aliquotes Weihnachtsgeld in Höhe von 1,16 Euro pro geleisteter Arbeitsstunde.
Da gemäß den Angaben in der ZKO3-Meldung sowie den schriftlichen Angaben der Arbeitnehmer zu Folge alle im Tatzeitraum seit mehr als einem Monat im Unternehmen der F.-C. Kft. beschäftigt waren, steht diesen ein aliquoter Anspruch auf Weihnachtsgeld (entsprechend der oben dargestellten Berechnung) zu.

Sohin ergibt sich, dass sämtlichen Arbeitnehmern für die in Österreich geleisteten Tätigkeiten der bereits von der belangten Behörde im Spruch des Straferkenntnisses genannte Stundenlohn von 13,27 Euro (Stundenlohn 12,11 Euro + aliquotes Weihnachtsgeld 1,16 Euro) zugestanden ist.

Da den Arbeitnehmern gemäß ihren eigenen Angaben sowie den Angaben in der ZKO3-Meldung allerdings nur ein Stundenlohn von 11,87 Euro für die Arbeitsleistung in Österreich bezahlt wurde, ergibt sich eine Differenz zum zustehenden Stundenlohn von 1,49 Euro und sohin ein Wert von 11,26 % an Unterentlohnung.

Dieser Vergleich zeigt, dass den Arbeitern nicht das für ihre Tätigkeit in Österreich gebührende Entgelt bezahlt wurde, weshalb dem Bf die angelasteten Verwaltungsübertretungen in objektiver Hinsicht vorwerfbar sind.

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

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

Im Verfahren sind keine Umstände hervorgekommen, die ein mangelndes Verschulden des Bf aufzeigen würden. Der Bf ist als Geschäftsführer der F.-C. Kft. nach außen vertretungsbefugtes Organ dieses Unternehmens und grundsätzlich für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften verantwortlich. Ein den betrieblichen Verhältnissen angepasstes Kontrollsystem, dass die Einhaltung der in Österreich gültigen Mindestentgelte jedenfalls erwarten lässt, konnte der Bf schon mangels diesbezüglichen Vorbringens nicht belegen. Allein mit dem Einwand, wonach auf den vorliegenden Fotos die einzelnen Arbeiter und deren Arbeitsleistungen nicht erkennbar sind, ist für den Bf nichts zu gewinnen. Der Bf als Geschäftsführer hat für die Vorgänge in seinem Unternehmen ein funktionierendes Kontrollsystem einzurichten. Für die mangelnde Effektivität seines Kontrollsystems hat der Dienstgeber unabhängig von seinem Verschulden einzustehen (VwGH 26.05.2014, 2012/08/0207).

Geschäftsführer sind verpflichtet, sich mit den im Fall einer grenzüberschreitenden Entsendung für die Beschäftigung von Arbeitnehmern einschlägigen Vorschriften, zu denen u.a. auch ein einschlägiger Kollektivvertrag zählt, vertraut zu machen (vgl. VwGH 22.11.2017, Ra 2017/03/0098 und 0099, mwN). Es wäre Sache der 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).

Dem Bf ist sohin zumindest fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen und ist es ihm mit seinem Vorbringen nicht gelungen Zweifel an seinem schuldhaften Verhalten

hervorzurufen. In diesem Sinne sind dem Bf daher die angelasteten Verwaltungsübertretungen auch in subjektiver Hinsicht vorwerfbar.

II.4. Die Strafbestimmungen der §§ 26 bis 28 und § 29 Abs. 1 LSD-BG 2016 in der Fassung vor der Novelle BGBl. I Nr. 174/2021 sahen einheitlich vor, dass bei einer Verwaltungsübertretung für jeden einzelnen Arbeitnehmer jeweils eine Geldstrafe nach demselben Strafrahmen zu verhängen war. Hingegen wird nach der Novelle BGBl. I Nr. 174/2021 unabhängig von der Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer nur eine einzige Verwaltungsübertretung begangen, die mit einer (einzigen) Geldstrafe zu bestrafen ist, wodurch - unabhängig von der Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer - in jedem Fall eine Höchstgrenze der zu verhängenden Geldstrafe sichergestellt ist. Mindeststrafen sehen die Straftatbestände der §§ 26 bis 28 und § 29 Abs. 1 LSD-BG 2016 in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 174/2021 - im Unterschied zur früheren Gesetzeslage - nicht mehr vor (vgl. VwGH 12.10.2021, Ra 2021/11/0033).

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).

Dieser gesetzlichen Anordnung folgend hat das Landesverwaltungsgericht in Verwaltungsstrafsaschen nach dem LSD-BG 2016 eine Prüfung am Maßstab des § 29 Abs. 1 LSD-BG 2016 in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 174/2021 vorzunehmen. Danach wird bei Unterentlohnung unabhängig von der Anzahl der von der Verwaltungsübertretung betroffenen Arbeitnehmer eine einzige Verwaltungsübertretung begangen, und ist dafür nur eine (einzige) Strafe zu verhängen. Gegenständlich ist aufgrund der Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer und dem Umstand, dass eine erstmalige Übertretung vorliegt, der erste Strafsatz des § 29 Abs. 1 LSD-BG für die Bemessung der Gesamtstrafe heranzuziehen.

II.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 Milderungs-

gründe, 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.

Im abgeführten Verfahren wurde vom Bf nicht vorgebracht bzw. liegen darüber keine Anhaltspunkte vor, dass die festgestellte Lohndifferenz den Arbeitern im Nachhinein ausbezahlt worden wäre. Die in § 29 Abs. 2 und Abs. 3 LSD-BG vorgesehenen Strafausschließungsgründe bzw. Strafmilderungsgründe sind gegenständlich daher nicht anzuwenden.

Im vorliegenden Fall kann die Intensität der Beeinträchtigung des geschützten Rechtsgutes nicht als gering gewertet werden. Bei Unterschreitung des kollektivvertraglichen Lohnes von mehr als zehn Prozent, kann insgesamt nicht von bloß geringer Unterentlohnung gesprochen werden. Zudem sind neun Arbeitnehmer von der Unterentlohnung betroffen, weshalb das Verschulden nicht als geringfügig angesehen werden kann.
Als mildernd kommen dem Bf die Unbescholtenheit und nach der Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts die mittlerweile eingetretene überlange Verfahrensdauer zugute. Auch sind die im Beschwerdeverfahren dargelegten Einkommensverhältnisse des Bf im Vergleich zum von der belangten Behörde angenommen Einkommen als nicht unerheblich geringer anzunehmen.

Diesen Milderungsgründen sind hingegen die Uneinsichtigkeit des Bf sowie das Ausmaß der Unterentlohnungen entgegenzuhalten. Die nunmehr festgesetzte Gesamtstrafe ist auch erforderlich, um unter Zugrundelegung dieses Ausmaßes 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 auch andere Normunterworfene von einer Tatbegehung abzu-

schrecken. Es ist daher das nunmehr verhängte Strafausmaß tat- und schuldangemessen und den geltenden gesetzlichen Vorgaben sowie den persönlichen Verhältnissen des Bf angepasst und steht auch insgesamt in Relation zum allenfalls erzielten wirtschaftlichen Erfolg des Einsatzes der ausländischen Arbeiter in Österreich.

Es war somit wie im Spruch zu entscheiden.

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 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. Kühberger