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-303158/8/Kü/MG

Datum:
Linz, 28. März 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde von S H, vertreten durch P, Rechtsanwälte OG, X, X, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 30. Dezember 2021, GZ: BHKI/920090017585/20, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

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

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich noch zu den Kosten des Strafverfahrens vor der belangten Behörde 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 der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 30. Dezember 2021, GZ: BHKI/920090017585/20, wurde über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 29 Abs. 1 erster Satz Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) eine Geldstrafe von 1.000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag und 9 Stunden verhängt.

Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zu Grunde:

„1. Datum/Zeit: 02.03.2020 – 31.03.2020
Ort: 4550 Kremsmünster, Greiner Straße 70

Sie haben als Verantwortliche(r) der Firma H L SRL in X, X, zu verantworten, dass nachstehende/r 1 Arbeitnehmer/in/innen beschäftigt wurde/n, ohne ihm/ihr/ihnen zumindest das gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, geleistet zu haben.
Folgende Person/en wurden beschäftigt:
Arbeitnehmer/in A V,
geb.: x
Staatsangehörigkeit: Rumänien
Tätigkeit: LKW-Lenker
Einstufung und Kollektivvertrag: Güterbeförderung Arbeiter
Beschäftigungszeitraum: 02.03.-31.03.2020
Beschäftigungsausmaß: 40-Stunden-Woche
Beschäftigungs- bzw. Arbeitsort: 4550 Kremsmünster, Greinerstraße 70
Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender Sonderzahlungen und Zulagen: 334,96 Euro
Tatsächlich geleistetes Entgelt: 75,32 Euro
Unterentlohnung in EURO: 259,64, Unterentlohnung in Prozent: 78%“

I.2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde in der beantragt wird das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben, in eventu die Strafe unter Berücksichtigung eines weiteren Milderungsgrundes jedenfalls im untersten Bereich festzusetzen.

Begründend wurde ausgeführt, dass der Arbeitnehmer im Zeitraum von 2. März 2020 bis 31. März 2020 insgesamt an 8 Tagen in Österreich beschäftigt worden sei. Das zu zahlende Entgelt richte sich im gegenständlichen Fall nach dem Kollektivvertrag für Arbeiter im Güterbeförderungsgewerbe. Daraus ergebe sich ein Bruttostundenlohn für die Dauer der Entsendung von 9,66 Euro, woraus sich aus Sicht der mitbeteiligten Partei ein Anspruchslohn in Höhe von 334,96 Euro ergebe.

Laut anzuwendendem Kollektivvertrag würden Tagesgelder als Abgeltung für den erhöhten Lebensaufwand bei der Fahrttätigkeit oder Dienstleistung außerhalb des Dienstortes dienen. Im anzuwendenden Kollektivvertrag sei in Punkt C 1. keine Regelung dahingehend enthalten, dass Tages- und Nächtigungsgelder nach Anzahl der pro Tag geleisteten Arbeitsstunden aliquotiert zu leisten seien. Die diesbezüglichen Ausführungen der mitbeteiligten Partei seien daher nicht nachvollziehbar und sei daher eine Aliquotierung grundsätzlich nicht möglich.

Gemäß dem Kollektivvertrag für Arbeiter im Güterbeförderungsgewerbe gebühre dem Arbeitnehmer ein Tagesgeld in Höhe von 26,40 Euro und ein Nächtigungsgeld in Höhe von 15 Euro pro Kalendertag, sohin Diäten in Höhe von insgesamt 41,40 Euro pro Tag. Der Arbeitnehmer hätte folglich für die Dauer der Beschäftigung in Österreich (für 8 Tage) Anspruch auf Tages- bzw. Nächtigungsgeld in Höhe von 331,20 Euro. Dem Arbeitnehmer seien jedoch Diäten in Höhe von 73,50 Euro pro Tag für 8 Tage, insgesamt somit 588 Euro, geleistet worden. Der sich pro Tag ergebende Überschuss betrage folglich 32,10 Euro und insgesamt 256,80 Euro für die Anzahl der in Österreich beschäftigten Tage. Im gegenständlichen Fall würden dem Überschuss in Höhe von 256,80 Euro keine Aufwendungen entgegenstehen und seien daher diese entsprechend der Judikatur nicht als Aufwandersatz im Sinne des § 49 Abs. 3 ASVG sondern als Entgeltbestandteil, welcher dem rumänischen Steuersystem unterliege, zu werten.

In Summe betrage im gegenständlichen Fall das dem Arbeitnehmer für die Dauer der Beschäftigung tatsächlich geleistete Entgelt, daher 332,12 Euro (75,32 Euro brutto + 256,80 Euro netto). Die Differenz zwischen dem nach dem anzuwendenden Kollektivvertrag und dem tatsächlich geleisteten Entgelt betrage folglich lediglich 2,84 Euro und ergebe sich daraus eine prozentuelle Unterentlohnung von nur 0,86 %. Zu beachten sei dabei jedoch, dass der Überschuss in Höhe von 256,80 Euro einen Nettobetrag darstelle. Würde dieser auf Brutto hochgerechnet werden, würde sich ein entsprechend höherer anrechenbarer Bruttobetrag ergeben. Unter Zugrundelegung dieses Aspektes würde sich daher tatsächlich keine Unterentlohnung des Arbeitnehmers errechnen.

Bei Nichtvornahme einer Hochrechnung des Nettobetrages auf den Bruttobetrag würde hier lediglich eine geringfügige Unterentlohnung vorliegen und käme die Nachsichtregelung im Sinne des § 29 Abs. 3 LSD-BG zur Anwendung.

Selbst unter der unrichtigen Annahme, dass eine Aliquotierung zu erfolgen habe, sei die von der belangten Behörde angenommene Unterentlohnung in Höhe von 78 % unberechtigt. Für die 5 vollen Arbeitstage in Österreich habe der Arbeitnehmer Anspruch auf Diäten in Höhe von 207 Euro, tatsächlich würden an diesen 5 Tagen jedoch 367,50 Euro geleistet. Somit ergebe sich ein Überschuss in Höhe von 160,50 Euro. An den restlichen 3 Tagen habe der Arbeitnehmer stundenweise

in Österreich gearbeitet. Eine Aufteilung der zustehenden Diäten entsprechend der geleisteten Arbeitsstunden am jeweiligen Tag in Gegenüberstellung mit dem für diese Stunden tatsächlich geleisteten Diäten würde sich insgesamt ein Überschuss von 47,43 Euro ergeben. Insgesamt würde sich daher auch bei Aliquotierung ein Überschuss von 208,23 Euro ergeben, sodass bei dieser Annahme insgesamt ein Entgelt von 283,50 Euro geleistet wurde. Dies würde einer Unterentlohnung von maximal 15,01 % entsprechen. Auch diese Unterentlohnung sei als geringfügig anzusehen. Da nach den Ausführungen der belangten Behörde von fahrlässiger Begehung auszugehen sei, hätte der Bf auch bei diesen Annahmen einen Rechtsanspruch auf Anwendung der Nachsichtsregel gemäß § 29 Abs. 3 LSD-BG gehabt.

Zur Strafbemessung sei auszuführen, dass neben den von der belangten Behörde angeführten Milderungsgründen noch die kurze Dauer der Beschäftigung des Arbeitnehmers zu beachten wäre und sohin die zu verhängende Strafe geringer hätte ausfallen müssen.

I.3. Die Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf als belangte Behörde hat die gegenständliche Beschwerde mit Schreiben vom 17. Februar 2022 samt Verwaltungsstrafakt 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 11. Jänner 2023, an welcher der Bf in Begleitung seiner Rechtsvertretung teilgenommen hat. Der Verhandlung wurde vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eine Dolmetscherin für die rumänische Sprache beigezogen. Darüber hinaus haben an der mündlichen Verhandlung der weitere Geschäftsführer der H L SRL und ein Vertreter der Oö. Gesundheitskasse teilgenommen.

I.5. Folgender Sachverhalt steht fest:

Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der H L SRL mit dem Sitz in X, X, Rumänien, und sohin nach Außen vertretungsbefugtes Organ dieser Gesellschaft. Die H L SRL ist im internationalen Gütertransport tätig. Zweiter handelsrechtlicher Geschäftsführer des Unternehmens ist Herr W M, der auch Eigentümer der H L SRL ist. Zudem betreibt der zweite Geschäftsführer in Österreich ein Unternehmen und zwar die M GmbH mit dem Sitz in X.

Die Firma H LSRL hat insofern einen Anknüpfungspunkt in Österreich, als für dieses Unternehmen in X die Möglichkeit besteht, die Fahrzeuge zu parken bzw. die Fahrer dort auch ihre Ruhezeiten verbringen können. Zudem wird von X aus und zwar von der Firma M GmbH, die Disposition sämtlicher Fahrer der H L SRL

durchgeführt. Die Daten für eine Abwicklung der Fahrt werden von X nach Rumänien geschickt und erfolgt die Organisation der Transporte dann durch die H L SRL von Rumänien aus. Die einzelnen Fahrer der H L SRL erhalten ihre Anweisungen von Mitarbeitern im rumänischen Büro der Firma.

Die H L SRL verfügt über Scania Zugmaschinen, welche in der Werkstätte der Firma Scania in Haag am Hausruck serviciert werden. Die Verrechnung der Servicearbeiten erfolgt direkt zwischen der Firma S und der H L SRL ohne Zwischenschaltung der M GmbH.

Am 5. März 2020 um 10:45 Uhr kontrollierten Organe der Finanzpolizei am Standort Greiner Straße 70, 4550 Kremsmünster, einen LKW der H L SRL. Gelenkt wurde das Fahrzeug vom rumänischen Staatsangehörigen V A, der für das Unternehmen des Bf im internationalen Gütertransport tätig ist. Die Kontrollorgane forderten den Lkw-Lenker auf, die gemäß dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz erforderlichen Unterlagen vorzulegen.

Vom angetroffenen Lkw-Lenker konnte keine Entsendemeldung und kein A1-Sozialversicherungsdokument zur Einsichtnahme vorgelegt werden. Die Dokumente werden zwar dem LKW-Lenker in Rumänien zur Verfügung gestellt und wird dieser angewiesen, diese Dokumente bei seinen Fahrten mitzuführen. Die H L SRL hat am 5. Dezember 2019 eine Entsendemeldung (ZKO3T) für verschiedene Fahrzeuge und Lkw-Lenker, darunter auch der bei der Kontrolle angetroffene Lkw-Lenker, abgegeben.

Faktum ist auch, dass über Antrag der H L SRL von der zuständigen rumänischen Stelle am 2. Dezember 2019 das A1-Sozialversicherungsdokument hinsichtlich des angetroffenen Lkw-Lenkers für die Dauer seiner Tätigkeit im Zeitraum 24. August 2019 bis 23. August 2021 ausgestellt wurde.

Mit Aufforderungsschreiben vom 5. März 2020 wurde die H L SRL von der Finanzpolizei aufgefordert, das A1-Sozialversicherungsdokument und die Entsendemeldung innerhalb einer Frist bis zum 9. März 2020 vorzulegen. Dieses Schreiben wurde dem Lkw-Lenker ausgehändigt.

Mit E-Mail vom 5. März 2020 hat die H L SRL die ZKO3T-Meldung und den in rumänischer Sprache verfassten Antrag auf Ausstellung des A1-Sozialversicherungsdokumentes vom 28. August 2019 der Finanzpolizei zur Einsicht vorgelegt. Zudem wurde der Arbeitsvertrag in rumänischer und englischer Sprache für den betreffenden Lkw-Lenker vorgelegt.

Aufgrund des Arbeitsvertrages, der ZKO3T Meldung und den Angaben des Arbeitnehmers in dem von ihm persönlich ausgefüllten Personenblatt ergibt sich, dass die Arbeitsleistung des Lkw-Fahrers in Österreich dem Kollektivvertrag

Güterbeförderungsgewerbe - Arbeiter unterliegt, welcher eine wöchentliche Normalarbeitszeit für alle Arbeitnehmer von 40 Stunden vorsieht. Laut Arbeitsvertrag arbeitet der Kraftfahrer seit 14. August 2019 im Unternehmen des Bf. Somit ergibt sich, dass dem Arbeiter für die Tätigkeit in Österreich ein Bruttostundenlohn von 9,66 Euro zu gewähren ist.

Den Arbeitsaufzeichnungen für März 2020 ist zu entnehmen, dass der Lkw-Fahrer insgesamt 28 Stunden und 42 Minuten (sohin 28,7 Stunden) in Österreich gearbeitet hat. Laut Lohnzettel für März 2020 hat der Arbeitnehmer einen Bruttolohn von 2.230 RON für eine Arbeitszeit von 176 Stunden erhalten. Dies bedeutet, dass der Arbeiter für die Tätigkeit in Österreich einen Lohn von 363,64 RON (2.230/176x28,7) erhalten hat, umgerechnet mit dem EZB Referenzkurs für 1 Euro im März 2020 von 4,82 RON hat der Arbeitnehmer einen Betrag von 75,32 Euro erhalten. Dem gegenüber steht ein kollektivvertraglicher Anspruchslohn von 277,24 Euro (9,66 Euro x 28,7 Stunden). Zudem steht dem rumänischen Arbeitnehmer für seine Tätigkeit in Österreich ein aliquoter Anspruch auf Urlaubs- und Weihnachtsremuneration zu. Ausgehend von einem kollektivvertraglichen Wochenlohnanspruch von 386,40 Euro brutto, errechnet sich ein Betrag an Urlaubs- sowie Weihnachtsremuneration von grundsätzlich 40,22 Euro pro Woche (386,40x4,33x25/52). Da der rumänische Lkw-Lenker 28,7 Stunden im März 2020 in Österreich gearbeitet hat, ergibt sich sohin ein wöchentlich zustehender Betrag an Urlaubs- sowie Weihnachtsremuneration von 28,86 Euro (40,22/40x28,7). Somit besteht ein Anspruch auf Sonderzahlung von 57,72 Euro. Dieser Betrag addiert mit dem kollektivvertraglichen Anspruchslohn von 277,24 Euro, ergibt einen Gesamtanspruchslohn von 334,96 Euro für die Tätigkeit des rumänischen Arbeitnehmers in Österreich im Zeitraum März 2020.

Im Unternehmen H L SRL wird den Kraftfahrern im Fall von grenzüberschreitenden Fahrten, unabhängig davon in welchem Land sie tätig sind, zusätzlich zum eigentlichen Lohn täglich ein Betrag von 73,50 Euro ausbezahlt. Dem rumänischen Lkw-Lenker wurden somit für die 8 Arbeitstage in Österreich insgesamt 588 Euro neben der eigentlichen Entlohnung ausbezahlt.

I.6. Diese Sachverhaltsfeststellungen ergeben sich aus dem vorliegenden Strafantrag der Oö. Gesundheitskasse, welchem die vom Bf vorgelegten Unterlagen wie Arbeitsvertrag, Arbeitsaufzeichnungen und Lohnzettel für März 2020 zugrunde liegen. Unbestritten ist, dass die Tätigkeit des mobilen Arbeitnehmers in Österreich dem Kollektivvertrag Güterbeförderungsgewerbe - Arbeiter unterliegt und sich daraus der Anspruchslohn für die in Österreich geleisteten 28,7 Stunden im März 2020 ergibt. Die Stundenanzahl resultiert aus den vorliegenden Arbeitsaufzeichnungen. Der gebührende Anspruchslohn wird vom Bf dem Grunde nach auch nicht bestritten.

Der Bf führt in der mündlichen Verhandlung aus, dass jedem Lkw-Fahrer für internationale Fahrten pro Tag 73,50 Euro neben dem zustehenden Lohn ausbezahlt werden. Belegt wurde dies vom Bf bereits mit der zusammen mit der Beschwerde vorgelegten Tagesabrechnung aus der sich für den mobilen Arbeitnehmer ergibt, dass dieser im Zeitraum März 2020, 24 Mal das Tagesgeld in Höhe von 73,50 Euro ausbezahlt erhalten hat. Für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich bestehen insgesamt keine Zweifel daran, dass diese Tagesgelder auch tatsächlich bezahlt werden.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

II.1. Rechtslage:

II.1.1. Im gegenständlichen Fall sind folgende Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016 idF BGBl. I Nr. 174/2021, maßgeblich:

„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.
[...]“

II.1.2. 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 idF 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. Im gegenständlichen Fall steht fest, dass der rumänische Lkw-Lenker im Auftrag der H L SRL im internationalen Gütertransport in Österreich tätig geworden ist. Aus den vorliegenden Arbeitsaufzeichnungen ist ersichtlich, dass der Lenker von 2. März bis 6. März, am 16. März, am 23. und 24. März sowie am 31. März 2020, in Oberösterreich an verschiedenen Orten zu verschiedenen Zeiten tätig gewesen ist und laut Aufzeichnungen auch gewisse Distanzen zurückgelegt hat. Aus den Aufzeichnungen ist zwar, nach den Angaben des Bf in der mündlichen Verhandlung, nicht abzuleiten, dass an jedem der eingetragenen Orte Be- und Entladungen stattgefunden haben, doch zeigt sich der regelmäßige Transport von Gütern in Österreich. Zudem hat der Bf im Beschwerdeverfahren angegeben, dass die H L SRL in X die Möglichkeit hat, die Fahrzeuge abzustellen, die Fahrer ihre Ruhezeiten auch dort verbringen können und die Dispositionen der Fahrer von X

aus vorgenommen wird. Ein weiterer Anknüpfungspunkt nach Österreich besteht auch dadurch, als die Zugmaschinen der H L SRL bei der Firma S in Haag am Hausruck serviciert werden.

All diese Umstände verdeutlichen für das Landesverwaltungsgericht, dass der rumänische Lkw-Lenker im Hinblick auf die von ihm durchzuführenden Transportfahrten in Österreich eine hinreichende Verbindung zum österreichischen Hoheitsgebiet aufweist und dadurch davon auszugehen ist, dass der Lkw-Lenker als entsandter Arbeitnehmer im Sinne von Art. 1 Abs. 1 und 3 und Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG (Entsenderichtlinie) gilt. Aufgrund der Tatsache, dass im gegenständlichen Fall von einer Entsendung des Kraftfahrers durch das Unternehmen des Bf auszugehen ist, sind bei den Transportfahrten die einschlägigen Bestimmungen des LSD-BG hinsichtlich der Bereithaltung von Unterlagen während der Fahrt bzw. Vorlage von Unterlagen nach Aufforderung einzuhalten. Zudem gelten für den Zeitraum der Transportfahrten die österreichischen Lohn- und Entgeltbestimmungen.

II.3. Wie bereits oben ausgeführt, wurde der Lkw-Lenker vom Unternehmen des Bf an 8 Tagen im März 2020 zur Arbeitsleistung nach Österreich entsandt. Die Arbeitszeitaufzeichnungen dazu verdeutlichen, dass der Arbeiter insgesamt 28 Stunden und 42 Minuten in Österreich gearbeitet hat. Unbestritten steht fest, dass der Arbeitnehmer im März 2020 für 176 Arbeitsstunden vom Unternehmen des Bf einen Bruttolohn von 2.230 RON erhalten hat. Dieser Lohn umgerechnet auf die in Österreich erbrachten Arbeitsstunden ergibt, dass er für die Tätigkeit in Österreich ein Lohn von 363,64 RON, entspricht 75,32 Euro, erhalten hat.

Darüber hinaus besteht im Unternehmen des Bf die Regelung, dass einem Lkw-Lenker, für internationale Fahrten, unabhängig davon, ob in mehreren Ländern und in welchem Land gefahren wurde, pro Tag zusätzlich der Betrag von 73,50 Euro (netto) bezahlt wird. Dieser Betrag stellt gleichsam eine Entsendezulage dar. Der vorliegende Überweisungsbeleg zeigt, dass der Lkw-Lenker im Zeitraum März 2020 insgesamt 24 Mal diese Entsendezulage in Höhe von 73,50 Euro täglich ausbezahlt erhalten hat. Bezogen auf die in Österreich erbrachten Arbeitsleistungen an 8 Tagen ergibt sich, dass 588 Euro (8 x 73,50 Euro) zusätzlich zum in Rumänien ausbezahlten Grundlohn für diesen Zeitraum gewährt wurden. Auch wenn der LKW-Lenker von diesen 8 Tagen 5 Tage zur Gänze und an 3 Tagen nur teilweise in Österreich gearbeitet hat, ändert dies nichts daran, dass ihm pro Tag für seine insgesamt geleisteten Arbeitsstunden 73,50 Euro Entsendezulage gewährt wurde, sodass eine Aufteilung nach in Österreich geleisteten Arbeitsstunden sachlich nicht gerechtfertigt ist.

Gemäß Art. 3 Abs. 7 UAbs. 2 der Richtlinie 96/71/EG (Entsenderichtlinie) gelten Entsendungszulagen als Bestandteil der Entlohnung, sofern sie nicht als Erstattung

von infolge der Entsendung tatsächlich entstandenen Kosten wie z.B. Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten gezahlt werden.

Unbestritten ist, dass im gegenständlichen Fall für die Tätigkeit des angetroffenen Lkw-Lenkers in Österreich die Bestimmungen des Kollektivvertrags Güterbeförderungsgewerbe - Arbeiter Anwendung finden. Daraus ergibt sich, dass einem Kraftfahrer für Sattelkraftfahrzeuge mit Betriebszugehörigkeit bis zu 5 Jahren im März 2020 ein Bruttostundenlohn von 9,66 Euro zugestanden ist. Inklusive aliquoter Ansprüche auf Urlaubs- und Weihnachtsremuneration summiert sich – wie im Sachverhalt dargestellt – der Gesamtanspruchslohn des Lkw-Lenkers für die 8 Arbeitstage in Österreich auf 334,96 Euro.

Der kollektivvertraglichen Regelung (Punkt C.1.) folgend, gebührt einem Arbeitnehmer als Abgeltung für den erhöhten Lebensaufwand bei der Fahrttätigkeit oder Dienstleistung außerhalb des Dienstortes ein Tagesgeld in Höhe von 26,40 Euro und ein Nächtigungsgeld in Höhe von 15 Euro, zusammen somit 41,40 Euro pro Tag. Diese Gelder stellen einen pauschalen Aufwandersatz dar. Dieser Tagessatz multipliziert für 8 Tage ergibt den Betrag von 331,20 Euro, der von der Entsendezulage in Höhe von 588 Euro, welche dem Lenker für seinen 8-tägigen Einsatz in Österreich gewährt wurde, in Abzug zu bringen ist. Damit ergibt sich ein Betrag von 256,80 Euro (netto), der dem Lkw-Lenker über den pauschalen Aufwandersatz hinaus ausbezahlt wurde. Dem Bf ist bezogen auf diesen Betrag zu folgen, wenn er im Beschwerdevorbringen ausführt, dass dem zuletzt genannten Betrag keine Aufwendungen entgegenstehen und dieser daher entsprechend der Judikatur nicht als Aufwandersatz im Sinne des § 49 Abs. 3 ASVG, sondern als Entgeltbestandteil zu werten ist. Pauschale Aufwandsentschädigungen sind, sofern sie überhöht sind, im Ausmaß der Überhöhung als Entgelt zu betrachten (Vgl. z.B. Kemetter, Der Aufwandersatz im Arbeits-, Sozial- und Steuerrecht, ecolex 2008, 254).

Zusammenfassend ergibt sich, dass dem Lkw-Lenker für seine 8-tägige Arbeitstätigkeit in Österreich ein Anspruchslohn von 334,96 Euro brutto zugestanden ist. Dem gegenüber steht das tatsächlich geleistete Entgelt in Höhe von 332,12 Euro (75,32 Euro brutto entsprechend der Entlohnung in Rumänien plus 256,80 Euro netto aus den gewährten Überzahlungen pro Tag). Somit errechnet sich lediglich eine Differenz von 2,84 Euro zwischen Anspruchslohn und tatsächlich geleistetem Entgelt. Zu diesem Betrag ist aber festzustellen, dass der tatsächlich in Rumänien geleistete Lohn und der Anspruchslohn in Bruttobeträgen ausgewiesen sind, hingegen die Überzahlung von 256,80 Euro einen Nettobetrag darstellt. Insofern kann dem Bf nicht entgegengetreten werden, wenn er davon spricht, dass der Unterschiedsbetrag von 2,84 Euro bei Hochrechnung des Betrages von 256,80 Euro auf einen Bruttobetrag keine Unterentlohnung des Lkw-Lenkers zu begründen vermag.

Insgesamt steht daher aufgrund der vorliegenden Unterlagen (Lohnzettel und Nachweis über die Auszahlung des Betrages von 73,50 Euro an den betroffenen Arbeitnehmer für jeden im Ausland erbrachten Arbeitstag) nicht fest, dass im März 2020 bezogen auf acht Arbeitstage in Österreich eine Unterentlohnung des Lkw-Fahrers stattgefunden hat. Der Bf hat damit die angelastete Verwaltungsübertretung aus den oben dargestellten Gründen nicht begangen. In Folge dessen war daher dem Beschwerdevorbringen zu folgen, das angefochtene Straferkenntnis zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

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, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. 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