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-303170/11/Py/MG

Datum:
Linz, 2. Mai 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde des W M, vertreten durch P, Rechtsanwälte OG, X, R, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen vom 11. Jänner 2022, GZ: BHGR/920080033445/20, betreffend Verwaltungsübertretung nach dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 19. April 2023

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben 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 Grieskirchen (in der Folge: belangte Behörde) vom 11. Jänner 2022, GZ: BHGR/920080033445/20, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretung nach § 29 Abs. 1 erster Satz Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) eine Geldstrafe in Höhe von 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe in Höhe von 1 Tag und 9 Stunden verhängt. Des Weiteren wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 100 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„1. Datum/Zeit: 02.06.2020 – 24.07.2020
Ort: B, X

Sie haben es als gemäß § 9 VStG Verantwortlicher der Firma H SRL mit Sitz in X, H, Rumänien, zu verantworten, dass nachstehender Arbeitnehmer beschäftigt wurde, ohne ihm zumindest das gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, geleistet zu haben.
Folgende Person wurden beschäftigt:
Arbeitnehmer: M C
geb.: 20.6.1974
Staatsangehörigkeit: Rumänien
Tätigkeit: LKW-Fahrer
Einstufung und Kollektivvertrag: Kollektivvertrag Güterbeförderung für Arbeiter, Lohnkategorie 4 lit. a)
Beschäftigungszeitraum: 2.6.2020 bis 24.7.2020
Beschäftigungsausmaß:
Juni 2020 insgesamt 36 Stunden und 13 Minuten (= 36,22 Stunden)
Juli 2020 insgesamt 25 Stunden und 54 Minuten (= 25,90 Stunden)
Beschäftigungs- bzw. Ort der Kontrolle: B, X
Bundesstraße 137, Str.Km 13,0

BERECHNUNGEN JUNI 2020:
GEWÄHRTES BRUTTOENTGELT (505,57 EUR / 173,2 Std. x 36,22 Std.) 105,73 EUR
GEBÜHRENDES BRUTTOENTGELT LAUT KOLLEKTIVVERTRAG
36,22 Stunden x 9,66 EUR 349,89 EUR
Weihnachtsremuneration aliquot (4,33 x 386,40 EUR x 1,25 / 52 / 40 x 36,22) 36,42 EUR
Urlaubszuschuss aliquot (4,33 x 386,40 EUR x 1,25 / 52 / 40 x 36,22) 36,42 EUR
JUNI 2020 GESAMT 422,73 EUR
HÖHE DER UNTERENTLOHNUNG 317,00 EUR (=74,99%)
Somit ergibt sich eine Unterentlohnung im Juni 2020 von 317,00 EUR. Dies entspricht 74,99%.
BERECHNUNGEN JULI 2020:
GEWÄHRTES BRUTTOENTGELT (505,84 EUR / 173,2 Std. x 25,90 Std.) 75,64 EUR

GEBÜHRENDES BRUTTOENTGELT LAUT KOLLEKTIVVERTRAG
25,90 Stunden x 9,66 EUR 250,19 EUR
Weihnachtsremuneration aliquot (4,33 x 386,40 EUR x 1,25 / 52 / 40 x 25,90) 26,04 EUR
Urlaubszuschuss aliquot (4,33 x 386,40 EUR x 1,25 / 52 / 40 x 25,90) 26,04 EUR
JULI 2020 GESAMT 302,27 EUR
HÖHE DER UNTERENTLOHNUNG 226,63 EUR (=74,98%)
Somit ergibt sich eine Unterentlohnung im Juli 2020 von 226,63 EUR. Dies entspricht 74,98%."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. In der dagegen rechtzeitig vom Bf im Wege seiner rechtsfreundlichen Vertretung eingebrachten Beschwerde wird zusammengefasst vorgebracht, dass der gegen den Bf erhobene Tatvorwurf unberechtigt sei.

Der Arbeitnehmer war im Rahmen einer Entsendung im Juni 2020 an insgesamt 6 Tagen im Ausmaß von 36,2 Arbeitsstunden und im Juli 2020 an insgesamt 9 Tagen im Ausmaß von 25,90 Arbeitsstunden in Österreich als Lkw-Lenker beschäftigt. Das Entgelt richtet sich im gegenständlichen Fall nach dem Kollektivvertrag für Arbeiter im Güterbeförderungsgewerbe, woraus sich aus der Sicht der mitbeteiligten Partei ein Bruttostundenlohn für die Dauer der Entsendung von 9,66 Euro und im Juni 2020 somit ein Anspruchslohn in Höhe von brutto 422,73 Euro und im Juli 2020 von brutto 302,27 Euro inkl. Weihnachtsremuneration und Urlaubszuschuss (aliquot) ergibt.

Die belangte Behörde gehe davon aus, dass der Arbeitnehmer für die Dauer der Beschäftigung in Österreich im Juni 2020 lediglich mit brutto 105,73 Euro und im Juli 2020 mit brutto 75,64 Euro entlohnt wurde. Sie habe die dem Arbeitnehmer über das kollektivvertragliche Ausmaß geleisteten Diäten mit der Begründung, dass diesen ein konkreter Aufwand gegenübergestellt ist, nicht als Entgeltbestandteil berücksichtigt, wofür jedoch keinerlei Beweismittel vorliegen.

Zwar gelten Vergütungen des Dienstgebers an den Dienstnehmer, durch welche die durch dienstliche Verrichtungen für den Dienstgeber veranlassten Aufwendungen des Dienstnehmers abgegolten werden, grundsätzlich nicht als Entgelt und sind auch Tages- und Nächtigungsgelder darunter zu subsumieren und als Aufwandersatz zu sehen, jedoch sind pauschale Aufwandsentschädigungen, sofern sie überhöht sind und ihnen kein tatsächlicher Aufwand entgegensteht, als Entgelt zu betrachten.

Gemäß dem Kollektivvertrag für Arbeiter im Güterbeförderungsgewerbe gebührt 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 im Juni 2020 einen höchstmöglichen Diätenanspruch

in Höhe von 188,40 Euro und im Juli 2020 in Höhe von 297,60 Euro. Dem Arbeitnehmer wurden jedoch Diäten in Höhe von 73,50 Euro pro Tag und somit für 6 Tage im Juni 2020 insgesamt 441 Euro und im Juli 2020 für 9 Tage insgesamt 661,50 Euro netto geleistet. Im gegenständlichen Fall standen dem Überschuss in Höhe von 252,60 Euro im Juni 2020 und in Höhe von Netto 363,90 Euro im Juli 2020 keine tatsächlichen Aufwendungen entgegen und sind diese daher entsprechend der Judikatur nicht als Aufwandersatz im Sinn des § 49 Abs. 3 ASVG, sondern als Entgeltbestandteil, welcher dem rumänischen Steuersystem unterliegt, zu werten. Der bezahlte Überschuss hatte vor allem den Zweck, Lohnunterschiede zu anderen Mitgliedstaaten auszugleichen und ist die Berechnung daher entgegen den Ausführungen der belangten Behörde keinesfalls lebensfremd.

Weiters erhielt der Arbeitnehmer im Dezember 2020 eine freiwillige Prämie für das Jahr 2020 in Höhe von 446,77 Euro brutto. Bei der Festlegung des zustehenden Entgelts ist von einem weiten arbeitsrechtlichen Entgeltbegriff auszugehen und sind von diesem auch Prämien umfasst, die daher dem jeweiligen Lohnzahlungszeitraum aliquot zuzurechnen sind. Zudem sind gemäß § 29 Abs. 1 dritter Satz LSD-BG Entgeltzahlungen, die das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt übersteigen, auf allfällige Unterentlohnungen im jeweiligen Lohnzeitraum anzurechnen. Diese Bestimmung ist sowohl bei den überschüssigen Diäten als auch bei den gegenständlichen Prämien zu berücksichtigen, weshalb dem Juni-Lohn im Jahr 2020 noch eine Prämie in Höhe von 7,79 Euro brutto und dem Juli-Lohn 2020 in Höhe von 5,57 Euro brutto zuzurechnen ist. Im Juli errechnet sich zwischen dem tatsächlich geleisteten und demnach den österreichischen Rechtsvorschriften zustehenden Entgelt somit keine Differenz, sondern liege vielmehr eine Überentlohnung in Höhe von 142,84 Euro vor, die Differenz im Juni würde mit 56,61 Euro zwar eine Unterentlohnung in Höhe von 13,39 % ergeben, jedoch sei zu beachten, dass es sich bei den Überschussbeträgen für die Diäten um Nettobeträge handelt. Würden diese auf brutto hochgerechnet, würden sich entsprechend höhere anrechenbare Bruttobeträge ergeben und würde im Juni 2020, wenn überhaupt, höchstens eine Unterentlohnung von unter 10 % vorliegen und somit die Nachsichtsregelung im Sinn des § 29 Abs. 3 LSD-BG zur Anwendung kommen.

Zur Strafbemessung wird ausgeführt, dass neben den von der belangten Behörde angeführten Milderungsgründen noch die kurze Dauer der Beschäftigung des Arbeitnehmers zu beachten wäre und somit die verhängte Strafe geringer hätte ausfallen müssen. Des Weiteren wird vorgebracht, dass die belangte Behörde gegenständlich fälschlicherweise vom Vorliegen einer Mindeststrafe ausging und die Strafbemessung unter Berücksichtigung der neuen Rechtslage noch niedriger hätte ausfallen müssen.

3. Mit Schreiben vom 24. Februar 2022 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses ist gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht sowie Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 19. April 2023, an welcher der Bf in Begleitung seiner Rechtsvertreterin, eine Vertreterin der belangten Behörde sowie ein Vertreter der Österreichischen Gesundheitskasse als am Verfahren beteiligte Organpartei teilgenommen haben. Aufgrund des sachlichen Zusammenhangs der den Verfahren zugrunde liegenden Verwaltungsübertretungen wurde die mündliche Verhandlung gemeinsam mit der im Verfahren zu LVwG-303169 betreffend den weiteren Geschäftsführer der H SRL anberaumten Verhandlung durchgeführt. Des Weiteren wurden in das Verfahren die in den Beschwerdeverfahren zu LVwG-303159 sowie LVwG-303158, ergangenen Erkenntnisse vom 28. März 2023, LVwG-303158/8/Kü/MG sowie LVwG-303159/6/Kü/MG, sowie die Niederschrift über die dazu am 11. Jänner 2023 durchgeführte mündliche Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einbezogen und verlesen.

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

Der Bf ist sowohl Eigentümer als auch handelsrechtlicher Geschäftsführer der H SRL mit Sitz in C, X, Rumänien, und sohin nach außen vertretungsbefugtes Organ dieser Gesellschaft. Die H SRL ist im internationalen Gütertransport tätig. Zweiter handelsrechtlicher Geschäftsführer des Unternehmens ist Herr S H.

Der Bf ist auch Eigentümer und handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma M GmbH mit Sitz in H, X.

Für die Firma H SRL besteht am Firmenstandort der M GmbH in H die Möglichkeit, die Fahrzeuge dort zu parken bzw. können die Fahrer dort auch ihre Ruhezeiten verbringen. Zudem wird von H aus und zwar von der Firma M GmbH, die Disposition sämtlicher Fahrer der H SRL durchgeführt. Daten für eine Abwicklung der Fahrt werden von H nach Rumänien geschickt und erfolgt die Organisation der Transporte dann durch die H SRL von Rumänien aus. Die einzelnen Fahrer der H SRL erhalten ihre Anweisungen von Mitarbeitern im rumänischen Büro der Firma.

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

Die Anreise von Fahrern aus Rumänien nach Österreich erfolgt mit auf die Firma H SRL zugelassenen Bussen, für die das Unternehmen auch für die Betankung aufkommt.

Während der Tätigkeit der Fahrer anfallende Parkkosten sowie Tankkosten werden bei der Rückkehr von den Fahrern der Firma H SRL zur Abrechnung vorgelegt, allfällige Gutschriften für den Gastronomiebereich der Rastplätze verbleiben beim Fahrer. Am Jahresende wird unternehmensintern eine extra Prämie festgelegt, die im Dezember zur Auszahlung gelangt und die für den verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmer im Jahr 2020 446,77 Euro brutto betrug.

Am 15. Juli 2020 führten Erhebungsorgane der Finanzpolizei, Team 47, um 09:03 Uhr, eine Kontrolle nach dem LSD-BG in B, Bundesstraße 137, Strkm. 13,0, X, durch. Dabei wurde der rumänische Arbeitnehmer der Firma H SRL, C M, geb. x, angetroffen und einer Überprüfung unterzogen.

Aufgrund der sprachlichen Barriere wurde von der Aufnahme einer Niederschrift Abstand genommen und die Befragung in englischer Sprache geführt. Über deren Ergebnis wurde von den Kontrollbeamten ein Aktenvermerk angelegt. Auch ein vom Fahrer persönlich ausgefülltes Personenblatt liegt nicht vor.

Laut diesem Aktenvermerk habe der Arbeitnehmer unter anderem angegeben, dass er nach drei Wochen Arbeit den Lkw in H bei der Firma M GmbH stehen lasse und mit seinem Pkw nach Rumänien fahre.

Der Arbeiternehmer wurde von der Firma H SRL zur Arbeitsleistung nach Österreich entsandt. Seine Arbeitsleistung in Österreich unterliegt dem Kollektivvertrag Güterbeförderungsgewerbe-Arbeiter, welcher eine wöchentliche Normalarbeitszeit für alle Arbeitnehmer von 40 Stunden vorsieht. Laut Arbeitsvertrag und ZKO3T-Meldung ist der Arbeitnehmer seit 9. Dezember 2016 bei der H SRL beschäftigt. Somit ergibt sich, dass dem Arbeiter für die Tätigkeit in Österreich ein Bruttostundenlohn von 9,66 Euro zu gewähren ist.

Den Arbeitszeitaufzeichnungen für Juni 2020 ist zu entnehmen, dass dieser im Juni 2020 an 6 Tagen 36,22 Arbeitsstunden, und im Juli 2020 an 9 Tagen 25,90 Arbeitsstunden, gearbeitet hat. Laut Lohnzettel für Juni 2020 hat der Arbeitnehmer im Juni 2020 505,57 Euro für eine Arbeitszeit von 176 Stunden erhalten. Dies bedeutet, dass er für die Tätigkeit in Österreich ein Bruttoentgelt von 105,73 Euro (505,57/173,2 x 36,22) erhalten hat. Dem gegenüber steht ein kollektivvertraglicher Anspruchslohn von 349,89 Euro (9,66 Euro x 36,22 Stunden). Zudem steht ihm für seine Tätigkeit in Österreich ein aliquoter Anspruch auf Urlaubs- und Weihnachtsremuneration ausgehend von einem kollektivvertraglichen Wochenlohnanspruch von 386,40 Euro aliquot in Höhe von 36,43 Euro sowie ein Urlaubszuschuss aliquot in Höhe von 36,42 Euro, da der Lenker im Juni 2020 36,22 Stun-

den in Österreich gearbeitet hat. Für Juli 2020 ergibt sich auf die in Österreich geleisteten Arbeitsstunden von 25,90 Stunden ein Anspruch auf Sonderzahlung in Höhe von insgesamt 52,08 Euro. Diese Beträge addiert mit dem kollektivvertraglichen Anspruchslohn für Juni 2020 ergibt einen Gesamtanspruchslohn von 422,73 Euro brutto im Juni 2020 sowie 302,27 Euro brutto im Juli 2020.

Im Unternehmen H SRL wird den Kraftfahrern im Fall von grenzüberschreitenden Fahrten, unabhängig davon, in welchem Land sie tätig sind, zusätzlich zum eigentlichen Lohn täglich ein Betrag in Höhe von 73,50 Euro ausbezahlt. Dem Arbeitnehmer wurden somit im Juni 2020 für 6 Arbeitstage in Österreich 441 Euro und im Juli 2020 für 9 Arbeitstage in Österreich zusätzlich 661,50 Euro neben der eigentlichen Entlohnung ausbezahlt.

4.2. Diese Sachverhaltsfeststellungen ergeben sich aus dem vorliegenden Strafantrag der Oö. Gesundheitskasse, welche die vom Bf vorgelegten Unterlagen, wie Arbeitsvertrag, Arbeitszeitaufzeichnungen und Lohnzettel für März 2020 zugrunde liegen.

Dass der Lenker im vorliegenden Fall mit seinem Pkw von Rumänien nach Österreich angereist ist – und somit ein Kilometergeld als Aufwandersatz zu berücksichtigen wäre – konnte im Rahmen des Beweisverfahrens nicht zweifelsfrei festgestellt werden und wird vom Bf ausdrücklich bestritten. Das Vorbringen des Bf, dass die Fahrer mit einem Firmenbus von Rumänien nach Österreich gelangen, erscheint schon aus wirtschaftlichen Überlegungen nachvollziehbar und schlüssig. Vom gegenständlichen Fahrer liegt dazu weder eine von ihm unterfertigte niederschriftliche Aussage noch eine Angabe in einem mit ihm aufgenommenen Personenblatt vor. Es ist auch nicht völlig von der Hand zu weisen, dass diesbezüglich Verständigungs-, bzw. Übersetzungsschwierigkeiten bei der Kontrolle auftraten, zumal das Gespräch in einer Drittsprache, nämlich in englischer Sprache, geführt wurde. Es kann daher im Rahmen des Beweisverfahrens nicht mit der für ein Strafverfahren erforderlichen Sicherheit festgestellt werden, dass der Arbeitnehmer zweifelsfrei in seinem Privat-Pkw zur Arbeitsleistung nach Österreich anreiste.

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 36,22 Arbeitsstunden im Juni 2020 sowie 25,90 Arbeitsstunden im Juli 2020 ergibt. Die Stundenanzahl resultiert aus den vorliegenden Arbeitszeitaufzeichnungen. Der gebührende Anspruchslohn wird vom Bf dem Grunde nach auch nicht bestritten.

Wie vom Bf jedoch schlüssig ausgeführt wurde, wird jedem Lkw-Fahrer für internationale Fahrten pro Tag ein Betrag von 73,50 Euro neben dem zustehenden Lohn ausbezahlt, was von ihm auch aus den zusammen mit der Beschwerde vorgelegten

Taggeldabrechnungen einschließlich der nachgewiesenen Zahlungsbelege hervorgeht, weshalb für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich kein Zweifel daran besteht, dass diese Tagesgelder in den Monaten Juni und Juli 2020 dem Arbeitnehmer auch tatsächlich – als Nettobetrag – ausbezahlt wurden.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1.1. 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.
[...]“

5.1.2. 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.“

5.2. Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens steht im gegenständlichen Fall fest, dass der verfahrensgegenständliche rumänische Arbeitnehmer im Auftrag des vom Bf vertretenen Unternehmens im internationalen Gütertransport in Österreich tätig wurde. Aus den vorliegenden Arbeitszeitaufzeichnungen geht hervor, dass er am 2. und 3. Juni, am 9. und 10. Juni, am 12. Juni sowie am 29. Juni 2020 sowie vom 1. bis 3. Juli, vom 9. bis 10. Juli, vom 14. bis 15. Juli, am 21. Juli sowie am 24. Juli 2020 in Österreich an verschiedenen Orten zu verschiedenen Zeiten tätig gewesen ist und laut Aufzeichnungen auch gewisse Distanzen zurückgelegt hat. Insgesamt zeigt sich der regelmäßige Transport von Gütern in Österreich und ist zudem unbestritten, dass die Firma H SRL in H die Möglichkeit hatte, die Fahrzeuge abzustellen, die Zugmaschinen bei der Firma Scania in H zu servicieren, die Fahrer ihre Ruhezeiten in H verbrachten und von dort auch die Dispositionen der Fahrer vorgenommen wurden.

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.

5.3. Wie bereits angeführt, wurde der Lkw-Lenker von der Firma H SRL an 6 Tagen im Juni 2020 sowie an 9 Tagen im Juli 2020 zur Arbeitsleistung nach Österreich entsandt. Unbestritten blieb, dass er für die in Österreich erbrachten Arbeitsstunden im Juni 2020 einen Bruttolohn von 105,73 Euro sowie im Juli in Höhe von 75,64 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 wird, pro Tag zusätzlich der Betrag von 73,50 Euro (netto) ausbezahlt wird. Dieser Betrag stellt gleichsam eine Entsendezulage dar. Aus den vom Bf vorgelegten Abrechnungsunterlagen ergibt sich, dass im Juni bezogen auf die 6 Arbeitstage 441 Euro sowie im Juli 2020 bezogen auf die 9 Arbeitstage 661,50 Euro zusätzlich zum in Rumänien ausbezahlten Grundlohn für diesen Zeitraum gewährt wurden. Auch wenn der Lkw-Lenker von diesen Tagen nicht an allen zur Gänze in Österreich gearbeitet hat, ändert dies nichts daran, dass ihm pro Tag für seine insgesamt geleisteten Arbeitsstunden 73,50 Euro Entsendezulage gewährt wurden, sodass eine Aufteilung nach in Österreich geleisteten Arbeitsstunden sachlich nicht gerechtfertigt ist.

Gemäß Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie (EU) 2018/957 der Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG, gelten Entsendezulagen als Bestandteil der Entlohnung, sofern sie nicht als Erstattung von in Folge 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 Sattelfahrzeuge mit Betriebszugehörigkeit bis zu 5 Jahren im Tatzeitraum ein Bruttostundenlohn von 9,66 Euro zugestanden ist. Inklusive aliquoter Ansprüche auf Urlaubs- und Weihnachtsremuneration summiert sich, wie im Sachverhalt dargestellt – der Gesamtanspruchslohn des Arbeitnehmers für Juni 2020 für die in Österreich geleisteten Arbeitstage auf 422,73 Euro sowie für die im Juli 2020 in Österreich geleisteten Arbeitstage auf 302,27 Euro.

Der kollektivvertraglichen Regelung (Punk C 1.) folgend, gebührt einem Arbeitnehmer als Abgeltung für den erhöhten Lebensaufwand bei der Fahrtätigkeit 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 6 Tage im Juni ergibt ein Tagesgeld von 158,40 Euro sowie zwei Nächtigungsgelder von 30 Euro, somit insgesamt 180,40 Euro, für Juli 2020 Tagesgelder von 237 Euro sowie Nächtigungsgeld von 60 Euro, insgesamt somit 297,60 Euro, welche von der vom Unternehmen gewährten Entsendezulage in Abzug zu bringen sind. Damit ergibt sich im Juni ein Betrag von 252,60 Euro (netto) sowie im Juli ein Betrag 363,90 Euro (netto), der dem Arbeitnehmer über den pauschalierten Aufwandersatz hinaus ausbezahlt wurde. Dass diesem Betrag tatsächliche Aufwendungen des Lkw-Fahrers entgegenstehen und diese daher entsprechend der Judikatur nicht als Aufwandersatz im Sinn des § 49 Abs. 3 ASVG, sondern als Entgeltbestandteil zu werten sind, wurde nicht zweifelsfrei nachgewiesen. 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).

Zusammengefasst ergibt sich, dass dem Anspruchslohn des Lkw-Lenkers für seine Tätigkeit in Österreich neben der im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses angeführten Bruttoentlohnung auch eine gewährte Nettoüberzahlung pro Tag geleistet wurde. Der tatsächlich in Rumänien geleistete Lohn und der Anspruchslohn ist in Bruttobeträgen ausgewiesen, wohingegen die im Rahmen des Beschwerdeverfahrens vom Bf nachgewiesene Überzahlung einen Nettobetrag darstellt und entsprechend zu berücksichtigen ist. Im Ergebnis konnte daher im Rahmen des Beweisverfahrens die dem Bf im angefochtenen Straferkenntnis zur Last gelegte Unterentlohnung in der vorgeworfenen Höhe nicht nachgewiesen werden.

Da somit nicht mit der für ein Strafverfahren erforderlichen Sicherheit festgestellt werden konnte, dass die dem Bf angelastete Verwaltungsübertretung vorliegt, war das Straferkenntnis zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

II. Bei diesen Verfahrensergebnis entfällt die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen.

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

Dr. Panny