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-303316/6/Py/PP

Datum:
Linz, 10. Jänner 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde des J W , vertreten durch Steuerberater Mag. R K, X, W, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau vom 14. Juli 2022, GZ: BHBR/921040002479/21, betreffend Verwaltungsübertretung nach dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG)

zu Recht:

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

II. Es entfällt die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen.

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 Braunau (in der Folge: belangte Behörde) vom 14. Juli 2022, GZ: BHBR/921040002479/21, 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 von 1 Tag und 9 Stunden verhängt. Des Weiteren wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 100 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Datum/Zeit: 21.10.2020
Ort: T, X

Sie haben als Verantwortliche(r) der Firma X in T, ul. X, P, zu verantworten, dass nachstehende/r <<04>> 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 P M, geb.: x
Staatsangehörigkeit: Polen
Tätigkeit: Facharbeiter
Einstufung und Kollektivvertrag: Baugewerbe und Bauindustrie 2020
Beschäftigungszeitraum: 14.10.2020 - 21.10.2020
Beschäftigungsausmaß: 40 Stunden pro Woche
Beschäftigungs- bzw. Arbeitsort: Neubau Einfamilienhaus in T., X
Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder
Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender Sonderzahlungen und Zulagen: 722,40 Euro
Tatsächlich geleistetes Entgelt: 471,36 Euro
Unterentlohnung in EURO: 251,04, Unterentlohnung in Prozent: 34,75%“

Begründend verweist die belangte Behörde zusammengefasst auf die Anzeige der am Verfahren beteiligten Organpartei vom 28. Jänner 2021, sowie deren Stellungnahme zur Rechtfertigung des Beschuldigten vom 30. August 2021, wonach der vornehmlich zur Auszahlung gelangte Bruttostundenlohn in Höhe von 15,14 Euro den kollektivvertraglich vorgesehenen Bruttostundenlohn von 15,05 Euro zwar übersteige, da jedoch keine Auszahlungsnachweise vorgelegt wurden könne man nicht prüfen, ob tatsächlich eine korrekte Lohnauszahlung erfolgt sei.

2. In der dagegen rechtzeitig vom Bf im Wege seiner steuerlichen Vertretung eingebrachten Beschwerde bringt dieser zusammengefasst vor, dass Lohnauszahlungsbelege bislang nicht verlangt oder thematisiert wurden, nunmehr

daher die Bankbestätigung der Lohnüberweisung für Oktober 2020 vorgelegt werde.

3. Mit Schreiben vom 17. November 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. Des Weiteren wurde das vom Bf vorgelegte Beweismittel hinsichtlich der Lohnüberweisung für Oktober 2020 der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse als am Verfahren beteiligte Organpartei zur Stellungnahme übermittelt.

In der dazu eingegangenen Stellungnahme vom 5. Dezember 2022 wird zunächst angeführt, dass laut dem verfahrensgegenständlich anwendbaren Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie im Anhang III § 2 lit. a für die Berechnung des Zuschlages für Überstunden und Mehrarbeiten als Berechnungsbasis der jeweilige kollektivvertragliche Stundenlohn zuzüglich 20 % vorgesehen ist, weshalb der korrekte Zuschlag für eine Überstunde daher 9,03 Euro betrage, was jedoch gegenständlich ohne Belang ist, da in der gelegten Anzeige Überstunden nicht berechnet wurden. Hinsichtlich des Beschwerdevorbringens zur Leistung von Sonderzahlungen wird ausgeführt, dass sämtliche bei der Kontrolle angetroffenen Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Kontrolle in Österreich zur Sozialversicherung gemeldet waren und somit dem ASVG unterlagen. Der Fälligkeitszeitpunkt des Weihnachtsgeldes ist daher mit 31.12. des jeweiligen Kalenderjahres festzusetzen, weshalb gegenständlich kein Weihnachtsgeld in die Berechnung der Unterentlohnung und die gelegte Anzeige aufgenommen wurde.

Zur Anzeige gebracht wurden jene Tage, die vom Arbeitnehmer eigenständig im Baustellenerhebungsprotokoll angegeben wurden und Arbeitsleistungen in Österreich betrafen. Der ausgewiesene Bruttostundenlohn in Höhe von 15,14 Euro übersteigt den gebührenden kollektivvertraglichen Bruttostundenlohn von 15,05 Euro, die Überstunden wurden hingegen falsch berechnet und gebühre in einer Höhe von 9,03 Euro je Überstunde. Das Feiertagsentgelt wurde mit dem falschen Stundensatz berechnet und gebührt dieses ebenfalls in Höhe von 15,05 Euro und nicht in Höhe von 12,82 Euro. Am Feiertag 26. Oktober 2020 wurden laut Arbeitsaufzeichnungen 8 Stunden Arbeitsleistung erbracht, der gebührende Zuschlag von 100 % wurde hingegen nur für 6 Stunden ausbezahlt und würde unter diesen Prämissen für den Zeitraum 1. bis 31. Oktober 2022 eine letztlich sehr geringe Unterentlohnung in Höhe von 1,58 % bzw. 38,80 Euro vorliegen.

Im gegenständlich angezeigten Tatzeitraum 14. bis 21. Oktober 2020 und laut den Arbeitszeitaufzeichnungen über die dort geleisteten 24 Stunden (inkl. 6 Überstunden) ergibt sich nur mehr eine Unterentlohnung von 0,48 % bzw. 4,14 Euro, was jedenfalls als geringfügig anzusehen ist. Im Ergebnis verzichtet die Organpartei daher aufgrund der geringen absoluten Höhe sowie der prozentuellen Höhe der Unterentlohnung auf die Durchführung einer Verhandlung und spricht sich nicht gegen die Einstellung des Verfahrens aus.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. § 29 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016 idF BGBl. I Nr. 174/2021, der gemäß § 72 Abs. 10 letzter Satz auf alle zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Bestimmung anhängigen Verfahren einschließlich von Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof und Verfassungsgerichtshof anzuwenden ist, 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, 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. 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.

Gemäß § 29 Abs. 2 LSD-BG ist die Strafbarkeit nach Abs. 1 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.

Gemäß § 29 Abs. 3 LSD-BG hat die Bezirksverwaltungsbehörde von der Verhängung einer Strafe abzusehen, wenn sie feststellt, 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.

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 ist § 45 Abs. 1 Z 4 letzter Satz 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.

5.2. Im gegenständlichen Beschwerdeverfahren konnte der Bf nachweisen, dass er dem verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmer im gegenständlichen Tatzeitraum 14. bis 21. Oktober 2020 und laut Arbeitszeitaufzeichnungen ein Bruttoentgelt bezahlt hat, das nur 0,48 % bzw. 4,14 Euro unter dem von der Anzeigenlegerin erhobenen gebührenden Bruttoentgelt gelegen ist. Dieses Entgelt wurde dem Arbeitnehmer am 9. November 2020 und somit bereits vor der verfahrens-

gegenständlichen Anzeige der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse nachweislich ausbezahlt. Im Hinblick auf dieses Ergebnis des Beweisverfahrens ist daher festzuhalten, dass aufgrund der im Behördenverfahren sowie im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vom Bf vorgelegten Unterlagen die zur Anzeige gebrachte Unterentlohnung in Höhe von 34,75 % nicht erwiesen werden konnte und somit das behördliche Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 VStG eingestellt werden kann.

II. Bei diesem 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 bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten, 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 e

1. 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.

2. Bitte erachten Sie die von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelte Vorschreibung als hinfällig.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Panny