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-303346/7/BZ

Datum:
Linz, 14. Juni 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Zauner über die Beschwerde des D E, vertreten durch X Rechtsanwalt GmbH, X, W, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 10. November 2022, GZ: 0013242/2019 AS/VS, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 200 Euro 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. Verfahrensgang:

I.1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz (in der Folge: belangte Behörde) vom 10. November 2022, GZ: 0013242/2019 AS/VS, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 29 Abs. 1 erster Satz Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) eine Geldstrafe von 1.000 Euro, im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 6 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von 100 Euro vorgeschrieben.

Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Der Beschuldigte, Herr D E, geboren am x, hat als verwaltungsstrafrechtlich verantwortliches zur Vertretung nach außen befugtes Organ der E (E Sp.z.o.o) mit Sitz in X, W, Polen, nachstehende Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) gemäß § 9 Abs. 1 VStG zu verantworten:
Anlässlich der am 22.08.2018 durch die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) durchgeführten Baustellenkontrolle am Arbeits(Einsatz)ort „V S“, X, L und der folgenden Erhebungen wurde festgestellt, dass zwei Arbeitnehmer im Prüfzeitraum unterkollektivvertraglich entlohnt wurden.
Aufgrund der Ergebnisse der Baustellenkontrolle und der ausgeübten Tätigkeiten kommt für die Arbeiter
1. G K, geb x
2. D D, geb x
der Kollektivvertrag für Feuerfest- und Schornstein-(Kamin-)Bau 2018 zur Anwendung und werden diese als Facharbeiter eingestuft.
Vergleicht man den ausbezahlten Bruttostundenlohn mit dem den Arbeitnehmern laut Kollektivvertrag für Feuerfest- und Schornstein-(Kamin-)Bau zustehenden Bruttostundenlohn unter Berücksichtigung weiterer Entgeltbestandteile, ergeben sich folgende Unterentlohnungen:

1. G K, geb x

		Geleistetes Entgelt brutto			Gebührendes Entgelt brutto			Differenz brutto	
Entgeltart	Zeitraum (von bis)	Stunden	Satz	Entgelt	Stunden	Satz	Entgelt	Euro	Prozent
Grundlohn	20.-31.08.2018	80	17,30	1.384,00	80	17,38	1.390,40	6,4	
Weihnachtsgeld			0,00	0,00	125,5	1,82	228,86	228,86	
Mehrstunden inkl. Zuschlag		pauschal	789,10	789,10	35,5	31,28	1.110,58	321,48	
Sonntagszulage 100 %		pauschal	311,48	311,48	10	17,38	173,80	-137,68	
Zulage	3 % Schmutz-u. Erschwernis Zulage		0,00	0,00	125,5	0,52	65,44	65,44	
Anwesenheitszulage		pauschal	124,04	124,04	125,5	0,00	0,00	124,04	
Gesamt				2.608,62			2.969,07	360,45	12,14

2. D D, geb x

		Geleistetes Entgelt brutto			Gebührendes Entgelt brutto			Differenz brutto	
Entgeltart	Zeitraum (von bis)	Stunden	Satz	Entgelt	Stunden	Satz	Entgelt	Euro	Prozent
Grundlohn	07.-26.08.2018	120	17,30	2.076,00	120	17,38	2.085,60	9,6	
Weihnachtsgeld			0,00	0,00	177,5	1,82	323,68	323,68	
Mehrstunden inkl. Zuschlag		pauschal	785,13	785,13	38,5	31,28	1.204,43	419,3	
Sonntagszulage 100 %		pauschal	736,49	736,49	19	17,38	330,22	-406,27	
Zulage	3 % Schmutz-u. Erschwernis Zulage		0,00	0,00	177,5	0,52	92,55	92,55	
Gesamt				3.597,62			4.036,48	438,86	10,87

"

I.2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 15. Dezember 2022 mit der die ersatzlose Behebung des angefochtenen Straferkenntnisses und Einstellung des Verfahrens in eventu die Erteilung einer Beratung und Ermahnung bzw. die Herabsetzung der verhängten Geldstrafe beantragt werden.

Begründend wurde zusammengefasst ausgeführt, dass eine angemessene Entlohnung erfolgt sei. Es sei von der Behörde bzw. der BUAK nicht berücksichtigt worden, dass den Arbeitern ein 100-Tage-Bonus sowie diverse Zulagen, wie Fahrzulage, Parken eines Firmenwagens und eine Pauschale für das Waschen von Kleidung, ausbezahlt worden sei. Weiters seien Überstundenzuschläge, Samstags-/Sonntagszuschläge, eine Urlaubsvergütung und eine Anwesenheitszulage ausbezahlt worden. Auch bestehe ein Überstundenkonto und haben die Arbeitnehmer die Möglichkeit Überstunden auf dieses Konto gutzuschreiben und diese Stunden in Form eines Zeitausgleichs zu konsumieren bzw. sich zu einem späteren Zeitpunkt ausbezahlen zu lassen. Zudem gebühre den beiden Arbeitern aufgrund ihrer Funktion als Ersthelfer bzw. Mannlochwache keine Schmutz- und Erschwerniszulage gebühre. Dass sie als Ersthelfer bzw. Mannlochwache eingesetzt waren, ergebe sich bereits aus den Entsendemeldungen, in denen die Funktion der Dienstnehmer bezeichnet sei.
Da der 100-Tage-Bonus mit dem Septembergehalt geleistet worden sei, liege eine geringfügige Verspätung bei der Bezahlung vor und seien die geleisteten Zahlungen jedenfalls als Nachzahlung zu qualifizieren, sodass von einer Bestrafung abzusehen sei. Der Bf sei jedenfalls bemüht gewesen und sei im Falle einer Bestrafung die lange Verfahrensdauer zu berücksichtigen.

I.3. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2022 legte die belangte Behörde diese Beschwerde samt dem Bezug habenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor. Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin zu entscheiden.

I.4. Mit Eingabe vom 11. Mai 2023 hat die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) eine schriftliche Stellungnahme zu den Beschwerdeausführungen abgegeben.

I.5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 23. Mai 2023. An dieser haben der Rechtsvertreter des Bf, eine Vertreterin der belangten Behörde und eine Vertreterin der BUAK teilgenommen. Zeugenschaftlich einvernommen wurde der Baustellenerheber der BUAK. In der mündlichen Verhandlung wurde vom Beschwerdevertreter auf die Einvernahme der beantragten Zeugen verzichtet, da die polnischen Arbeitnehmer schwer erreichbar sind.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Es steht folgender entscheidungsrelevante Sachverhalt fest:

Der Bf ist und war auch im inkriminierten Tatzeitraum handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit nach außen vertretungsbefugtes Organ der E Sp.z.o.o.

Die V und die E GmbH in Deutschland haben einen Werkvertrag über die Auskleidung des X 7 auf dem Gelände der V GmbH abgeschlossen. Für die Erfüllung dieses Auftrages wurden auch Arbeitnehmer der polnischen E Sp.z.o.o. entsendet. Bei der E GmbH handelt es sich um das Konzernunternehmen der gegenständlichen E Sp.z.o.o. und ist der Bf auch von der E GmbH in Deutschland Geschäftsführer. Bei der polnischen E Sp.z.o.o. waren 2018 rund 43 Arbeiter beschäftigt.

Am 22. August 2018 wurde durch Erhebungsorgane der BUAK eine Baustellenkontrolle beim „V S“ in der X, L, durchgeführt. Im Zuge der Kontrolle wurden unter anderem folgende Arbeitnehmer angetroffen:
G K, geboren x
D D, geboren x

Der Arbeitnehmer D war von 7. bis 26. August 2018 in Österreich tätig und hat dabei 120 Normalarbeitsstunden, 38,5 Überstunden und 19 Sonntagsstunden, insgesamt 177,5 Stunden, geleistet.

Der Arbeitnehmer K war von 20. bis 31. August in Österreich tätig und hat dabei 80 Normalarbeitsstunden, 35,5 Überstunden und 10 Sonntagsstunden, insgesamt 125,5 Stunden, geleistet.

Der Arbeitnehmer D ist seit 25. April 2014 und der Arbeitnehmer K seit 1. März 2018 beim polnischen Unternehmen jeweils als Monteur beschäftigt.

Die beiden Arbeitnehmer waren auf der Baustelle als Monteure tätig.

Die Arbeitnehmer unterliegen dem Kollektivvertrag für Feuerfest- und Schornstein-(Kamin)Bau 2018.
Daraus ergibt sich, dass den Arbeitnehmern ein Bruttostundenlohn von 17,38 Euro zu gewähren ist. Zudem steht den polnischen Arbeitern ein aliquoter Anspruch auf eine Weihnachtsremuneration sowie eine Schmutz- und Erschwerniszulage zu.
Auf Basis der generellen Berechnungsformel (1/39 x 1,2 x KollV-Lohn x 3,41) errechnet sich bei einem Kollektivvertrags-Bruttostundenlohn von 17,38 ein aliquotes Weihnachtsgeld von 1,82 Euro (brutto) für jede in Österreich geleistete Arbeitsstunde.

Für August 2018 wurden inklusive Mehrstunden- und Sonntagszuschlag sowie inklusive der dem Arbeitnehmer K gewährten Anwesenheitszulage dem Arbeitnehmer K insgesamt ein Bruttolohn von 2.608,62 Euro und dem Arbeitnehmer D ein Bruttolohn von insgesamt 3.597,62 Euro ausbezahlt.
Demgegenüber steht ein kollektivvertraglicher Anspruchslohn für den Arbeitnehmer K von insgesamt 2.969,07 Euro (1.390,40 Euro Grundlohn, 228,86 Euro aliquote Weihnachtsrenumeration, 1.110,58 Euro Mehrstundenzuschlag, 173,80 Euro Sonntagszulage, 65,44 Euro Schmutz- und Erschwerniszulage) und für den Arbeitnehmer D von insgesamt 4.036,48 Euro (2.085,60 Euro Grundlohn, 323,68 Euro aliquote Weihnachtsrenumeration, 1.204,43 Euro Mehrstundenzuschlag, 330,22 Euro Sonntagszulage, 92,55 Euro Schmutz- und Erschwerniszulage).

Eine Gegenüberstellung des geleisteten Bruttoentgelts gegenüber dem gebührenden Entgelt in Brutto ergab im vorgeworfenen Tatzeitraum hinsichtlich dem Arbeitnehmer K eine Differenz in Höhe von 360,45 Euro, das sind 12,14 % und hinsichtlich dem Arbeitnehmer D eine Differenz in Höhe von 438,86 Euro, das sind 10,87 %.

II.2. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt sowie dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 23. Mai 2023. Die Feststellungen hinsichtlich der Tätigkeit der polnischen Arbeitnehmer und der daraus folgenden Anwendbarkeit des Kollektivvertrages gründen auf den Angaben der Arbeitnehmer in den ausgefüllten Baustellenerhebungsprotokollen im Rahmen der Kontrolle. Diese haben die Protokolle eigenständig ausgefüllt und dabei angegeben, dass sie als Monteure tätig sind. Die beiden Arbeitnehmer wurden laut ihren Dienstverträgen auch als Monteure bei der polnischen Firma eingestellt. Demgegenüber stehen die Angaben in der ZKO3-Meldung, wonach die in Rede stehenden Arbeitnehmer als Helfer und Materialtransport angeführt wurden. Dazu ist jedoch anzumerken, dass Materialtransport eine andere Tätigkeit als Mannlochwache ist und die Angaben in der ZKO3-Meldung auch nicht überprüft

wurden. Zudem hat der Beschwerdevertreter in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 22. März 2023 zu LVwG-303345 (Verwaltungsstrafverfahren basierend auf einer Kontrolle am 8.8.2018, bei der Arbeitnehmer der deutschen E GmbH angetroffen wurden) vorgebracht, dass die Arbeitnehmer des deutschen Unternehmens als Mannlochwache und Ersthelfer eingesetzt waren und die polnischen Arbeitnehmer als Feuerfestmaurer tätig gewesen sind.
Schließlich könnte bei lebensnaher Betrachtung der Werkvertrag auch nicht ausgeführt werden, wenn alle Arbeitnehmer als Mannlochwache und Hilfsarbeiter tätig sind.
Zusammengefasst geht das erkennende Gericht davon aus, dass die beiden polnischen Arbeitnehmer als Monteure auf der Baustelle tätig waren.
Daraus ergibt sich auch, dass eine Schmutz- und Erschwerniszulage zu entrichten ist.

Die festgestellten Arbeitsstunden sind unstrittig. Der gebührende Anspruchslohn wird dem Grunde nach nicht bestritten. Strittig war diesbezüglich nur, ob ein 100-Tage-Bonus gewährt und folglich anzurechnen ist sowie ob ein allfällig bestehendes Überstundenkonto zu berücksichtigen ist. Diesbezüglich wird auf die Ausführungen in der rechtlichen Beurteilung verwiesen.

Dass keine Unterentlohnung im jeweils vorgeworfenen Beschäftigungszeitraum vorlag, konnte daher vom Bf nicht glaubwürdig nachgewiesen werden.

Vollständige Nachzahlungen der Lohndifferenz an die beiden polnischen Arbeitnehmer sind nicht erfolgt.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016 idF BGBl. I Nr. 174/2021, lauten:

„Anspruch auf Mindestentgelt, Aufwandersatz
und Bedingungen für angemessene Unterkünfte
§ 3

(1) Ein Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich hat zwingend Anspruch auf das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt.

(2) Ein Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich, dessen Arbeitgeber seinen Sitz nicht in Österreich hat und nicht Mitglied einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft in Österreich ist, hat zwingend Anspruch auf jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebührt.

(3) Ein durch einen Arbeitgeber mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat, EWR-Staat oder einem Drittstaat nach Österreich zur Arbeitsleistung entsandter Arbeitnehmer hat unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts für die Dauer der Entsendung zwingend Anspruch auf zumindest jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt (ausgenommen Beiträge nach § 6 des Betrieblichen Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetzes – BMSVG, BGBl. I Nr. 100/2002 oder vergleichbaren österreichischen Rechtsvorschriften und Beiträge oder Prämien nach dem Betriebspensionsgesetz – BPG, BGBl. Nr. 282/1990), das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebührt.

(4) Sind nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag Sonderzahlungen vorgesehen, hat der Arbeitgeber diese dem entsandten Arbeitnehmer oder der grenzüberschreitend überlassenen Arbeitskraft aliquot für die jeweilige Lohnzahlungsperiode zusätzlich zum laufenden Entgelt (Fälligkeit) zu leisten.

(5) Für einen entsandten Arbeitnehmer, der in Österreich im Zusammenhang mit der Lieferung einer im Ausland durch den Arbeitgeber oder einen mit diesem in einem Konzern im Sinne des § 15 AktG und des § 115 GmbHG verbundenen Arbeitgeber gefertigten Anlage an einen inländischen Betrieb mit Montagearbeiten, der Inbetriebnahme und damit verbundenen Schulungen oder mit Reparatur- und Servicearbeiten dieser Anlagen, die von inländischen Arbeitnehmern nicht erbracht werden können, beschäftigt wird, gilt Abs. 3 nicht, wenn diese Arbeiten in Österreich insgesamt jeweils nicht länger als drei Monate dauern.

(6) Für entsandte Arbeitnehmer, die mit Bauarbeiten, die der Errichtung, der Instandsetzung, der Instandhaltung, dem Umbau oder dem Abriss von Bauwerken dienen, insbesondere mit Aushub, Erdarbeiten, Bauarbeiten im engeren Sinne, Errichtung und Abbau von Fertigbauelementen, Einrichtung oder Ausstattung, Umbau, Renovierung, Reparatur, Abbauarbeiten, Abbrucharbeiten, Wartung, Instandhaltung (Maler- und Reinigungsarbeiten) oder Sanierung sowie mit Reparaturen und Installationen an Anlagen in Kraftwerken beschäftigt sind, gelten die Abs. 3 und 4 jedenfalls ab dem ersten Tag der Beschäftigung in Österreich.

(7) Ein entsandter Arbeitnehmer hat unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts für die Dauer der Entsendung zwingend Anspruch auf zumindest jenen gesetzlichen, durch Verordnung festgelegten oder kollektivvertraglichen Aufwandersatz für Reise-, Unterbringungs- oder Verpflegungskosten, die während der Entsendung in Österreich anfallen, der am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebührt. Dieser Aufwandersatz umfasst Kosten anlässlich von Reisebewegungen, wenn der Arbeitnehmer von einem regelmäßigen Arbeitsplatz im Inland zu einem anderen Arbeitsplatz im Inland reist.

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 Verwaltungsverfahrens-gesetzes 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.

(4) Die Frist für die Verfolgungsverjährung (§ 31 Abs. 1 VStG) beträgt drei Jahre ab der Fälligkeit des Entgelts. Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, beginnt die Frist für die Verfolgungsverjährung im Sinne des ersten Satzes ab der Fälligkeit des Entgelts für den letzten Lohnzahlungszeitraum der Unterentlohnung. Die Frist für die Strafbarkeitsverjährung (§ 31 Abs. 2 VStG) beträgt bei Unterentlohnungen fünf Jahre; für den Beginn des Laufs der Strafbarkeitsverjährung sind erster und zweiter Satz maßgeblich. Hinsichtlich von Sonderzahlungen beginnen die Verfolgungs- und Strafbarkeitsverjährungsfristen ab dem Ende des jeweiligen Kalenderjahres (Abs. 1 dritter Satz) zu laufen.

(5) Für den Fall, dass der Arbeitgeber das gebührende Mindestentgelt für den betroffenen Zeitraum der Unterentlohnung nach Abs. 1 nachträglich leistet, beträgt die Dauer der Fristen nach § 31 Abs. 1 und 2 VStG ein Jahr (Verfolgungsverjährung) oder drei Jahre (Strafbarkeitsverjährung), soweit nicht aufgrund des Abs. 4 die Verjährung zu einem früheren Zeitpunkt eintritt; der Fristenlauf beginnt mit der Nachzahlung.“

Gemäß § 72 Abs. 10 LSD-BG sind die §§ 26 bis 29 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 174/2021 auf alle zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Bestimmungen anhängigen Verfahren einschließlich von Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof und Verfassungsgerichtshof anzuwenden.

III.2. Verfahrensgegenständlich wendet sich der Bf gegen die ihm zur Last gelegte Unterentlohnung der beiden polnischen Arbeitnehmer K und D.

Die Berechnung einer allfälligen Unterentlohnung erfolgt gemäß § 3 Abs. 3 iVm § 29 LSD-BG auf Basis des anzuwendenden Kollektivvertrages.
Aus dem durchgeführten Beweisverfahren ergibt sich, dass die beiden Arbeitnehmer dem Kollektivvertrag für Feuerfest- und Schornstein-(Kamin)Bau aus dem Jahr 2018 unterliegen.
Daraus ergibt sich gemäß der Lohntafel zum Kollektivvertrag jeweils ein kollektivvertraglicher Bruttostundenlohn in der Höhe von 17,38 Euro.

Gemäß der Regelung des § 3 Abs. 4 LSD-BG hat der Arbeitgeber aliquot für die jeweilige Lohnzahlungsperiode Sonderzahlungen zusätzlich zum laufenden Entgelt (Fälligkeit) zu leisten, sofern diese nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag vorgesehen sind.

Nach dieser Bestimmung fallen Sonderzahlungen (insbesondere auch das Weihnachtsgeld) unter den Begriff des gebührenden und somit zu beachtenden Entgelts. Der diesbezügliche Anspruch besteht im aliquoten Teil der Sonderzahlung für die Dauer der Entsendung mit der jeweiligen Auszahlung des Entgelts.

Der Kollektivvertrag für Feuerfest- und Schornstein-(Kamin-)Bau 2018 sieht in § 2 vor, dass die Bestimmungen des Kollektivvertrages für Bauindustrie und Baugewerbe in der jeweils geltenden Fassung gelten, sofern im Kollektivvertrag für Feuerfest- und Schornstein-(Kamin-)Bau nichts anderes vereinbart ist.
Da in diesem Kollektivvertrag keine Regelungen hinsichtlich des Anspruchs auf Weihnachtsremuneration enthalten sind, ist daher entsprechend der Bestimmung des § 2 der Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie heranzuziehen.
Gemäß § 12 des Kollektivvertrages für Baugewerbe und Bauindustrie besteht als zusätzlicher Entgeltbestandteil ein Anspruch auf Weihnachtsgeld unter der Voraussetzung der einmonatigen Betriebszugehörigkeit. Unter der generell anerkannten Berechnungsformel „1/39 x 1,2 KollV-Lohn x 3,41“ errechnet sich bei einem Kollektivvertrags-Bruttostundenlohn von 17,38 Euro ein aliquotes Weihnachtsgeld von 1,82 Euro (brutto) für jede in Österreich geleistete Arbeitsstunde.

Da gemäß den getroffenen Feststellungen beide Arbeitnehmer im jeweiligen Tatzeitraum seit mehr als einem Monat im Unternehmen der E Sp.z.o.o. beschäftigt waren, steht diesen ein aliquoter Anspruch auf Weihnachtsgeld zu.

Aufgrund der festgestellten Einstufung der beiden Arbeitnehmer in den Kollektivvertrag für Feuerfest- und Schornstein- (Kamin-)Bau, ist der Bf mit seinem Vorbringen, dass den in Rede stehenden Arbeitern keine Schmutz- und Erschwerniszulage zustehe, nicht im Recht. Der Kollektivvertrag für Feuerfest- und Schornstein- (Kamin-)Bau sieht in § 5 Abs. 1 lit. c eine Schmutz- und Erschwerniszulage für die Reparatur bzw. Zustellung von u.a. Stoßöfen in Höhe von 6 % des kollektivvertraglichen Bruttostundenlohnes vor.

Hinsichtlich der Zulagen verweist die Regelung des § 29 Abs. 1 LSD-BG auf die Entgeltsbestimmung des § 49 Abs. 3 ASVG, welcher jene Lohnbestandteile auflistet, die nicht als Entgelt iSd § 49 Abs. 1 ASVG gelten. Gemäß § 49 Abs. 3 Z 2 ASVG gelten somit Schmutzzulagen, soweit diese nach § 68 Abs. 1, 5 und 7 des EStG nicht der Einkommenssteuer(Lohnsteuer)pflicht unterliegen, nicht als Entgelt und sind somit auch bei Berechnung des gebührenden Entgelts gemäß § 29 Abs. 1 LSD-BG nicht zu berücksichtigen. Die Erschwerniszulage findet sich demgegenüber nicht in der taxativen Auflistung des § 49 Abs. 3 ASVG.

Insofern ist somit die als Schmutz- und Erschwerniszulage kombinierte Zulage lediglich im halben Anteil der Erschwerniszulage als Entgeltsbestandteil zu werten

und kommt diese im verminderten Ausmaß von 3 % bei den verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmern zur Anwendung.

Zum Vorbringen, dass den beiden Arbeitnehmern weitere Zuschläge bezahlt worden seien, nämlich Überstundenzuschläge, Sonntagszuschläge, eine Anwesenheitszulage, eine Fahrgeld-Zulage, eine Zulage für das Parken eines Firmenwagens sowie eine Pauschale für das Waschen der Kleidung, ist anzumerken, dass die Überstunden- und Sonntagszuschläge sowie die an den Arbeitnehmer K geleistete Anwesenheitszulage bei der Berechnung berücksichtigt wurden. Zu den übrigen Zulagen ist anzumerken, dass es sich dabei um den Arbeitnehmern vergütete Ersätze für ihre Aufwendungen im Zusammenhang mit den Reisetätigkeiten handelt. Nach § 49 Abs. 3 ASVG bzw. § 13 Abs. 5 LSD-BG dürfen Aufwandsersätze – soweit der Kollektivvertrag nicht anderes bestimmt – nicht angerechnet werden und gelten diese nicht als Entgelt. Dass den Arbeitnehmern zusätzlich die Parkgebühren (z.B. für Kurzparkzonen etc.), die Aufwendungen im Zusammenhang mit den Anreisen oder die Kosten für die anfallende Reinigung der Arbeitskleidung bezahlt worden wäre, wurde im Verfahren nicht bewiesen. Es handelt sich somit bei der Fahrgeld-Zulage, der Zulage für das Parken eines Firmenwagens sowie der Pauschale für das Waschen der Kleidung um Aufwandsersätze, die nicht zu berücksichtigen sind.

Zum Beschwerdevorbringen, dass den Arbeitnehmern (im September) zusätzlich ein 100-Tage-Bonus ausbezahlt worden sei, ist Folgendes anzumerken: Dem als Nachweis für die Auszahlung vorgelegten Lohnzettel für Oktober 2018 ist zu entnehmen, dass ein zusätzlicher Lohnbestandteil auf dem Lohnzettel enthalten ist. Dieser ist mit „Premia chorobowe“ bezeichnet, was wörtlich übersetzt „Bonus Krankheit“ bedeutet. Es ist anzunehmen, dass es sich dabei um ein allfälliges Krankengeld handelt. Dieser Lohnbestandteil im Oktober 2018 stellt jedoch nach Ansicht des erkennenden Gerichts keinen Nachweis für die Auszahlung eines 100-Tage-Bonus dar und kann somit nicht als zusätzliches Entgelt für August 2018 berücksichtigt werden. Weitere Unterlagen, aus denen nachvollziehbar eine Auszahlung des 100-Tage-Bonus an die Arbeitnehmer hervorgeht, wurden nicht vorgelegt, sodass dieses Vorbringen ins Leere geht.

Weiters wurde vorgebracht, dass ein Überstundenkonto (Zeitausgleich-Konto) für die Arbeitnehmer bestehe und auf diesem Konto Überstunden gutgeschrieben wurden. Diese seien in der Folge ausbezahlt bzw. konsumiert worden. Auch dieses Vorbringen führt letztlich zu keinem anderen Ergebnis, da den dazu vorgelegten Unterlagen nicht hinreichend klar zu entnehmen ist, welche Stunden den Arbeitnehmern gutgeschrieben wurden, ob allfällige Zuschläge berücksichtigt wurden bzw. ob Zeitgutschriften konsumiert wurden. Auch wurden keine Nachweise über allfällige Zeitguthaben-Konsumationen sowie über allfällige Auszahlungen vorgelegt.

Zusammenfassend steht aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens fest, dass das vom Bf vertretene Unternehmen den Arbeitnehmern K und D im jeweiligen Beschäftigungszeitraum nicht zumindest das gebührende Entgelt unter Beachtung der Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, geleistet hat, sondern eine Unterentlohnung im Ausmaß von 12,14 % bzw. 10,87 % vorlag.

Der objektive Tatbestand der dem Bf zur Last gelegten Verwaltungsübertretung ist daher als erfüllt zu betrachten.

III.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 (Ungehorsamsdelikt).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung.

Es ist daher zu prüfen, ob sich der Bf entsprechend sorgfältig verhalten hat, um glaubhaft machen zu können, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringung von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die "Glaubhaftmachung" nicht.

Der Bf hat zu seiner Entlastung Unterlagen vorgelegt, wonach seiner Ansicht nach keine Unterentlohnung vorliege. Die von ihm vorgewiesenen Unterlagen können eine Glaubhaftmachung der Entlastung jedoch nicht bewirken. Als Gewerbetreibender ist ihm auch zuzumuten, dass er Kenntnis über die einschlägigen Vorschriften besitzt. Sofern er keine Kenntnis hat, ist ihm zuzumuten, dass er vor Beginn der Tätigkeit in Österreich bei der zuständigen Behörde Erkundigungen einholt. Es ist daher von zumindest fahrlässiger Tatbegehung auszugehen.

Die gegenständliche Verwaltungsübertretung ist dem Bf daher auch in subjektiver Hinsicht zuzurechnen.

III.4. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Nach § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten 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 der Entscheidung 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.

Zweck der Regelung des § 29 Abs. 1 LSD-BG ist es, Lohn- und Sozialdumping zu verhindern, da dadurch nicht nur den Arbeitnehmern das ihnen zustehende Entgelt für die erbrachte Leistung vorenthalten wird, sondern insbesondere auch ein fairer Wettbewerb zwischen den Unternehmen untergraben wird. Dieses Ziel kann nur dann erreicht werden, wenn im Fall von Übertretungen wirksame Sanktionen zur Verfügung stehen. Die durch das LSD-BG sichergestellten Mindestlohnsätze gehören zum harten Kern der Arbeitnehmerschutzvorschriften, die unabhängig von Beschäftigungs- oder Überlassungsdauer einzuhalten sind. Durch unterkollektivvertragliche Entlohnungen ist die Sicherung eines fairen wirtschaftlichen Wettbewerbs zwischen Unternehmen gefährdet und werden dadurch rechtswidrige Wettbewerbsvorteile geschaffen.

Die gegenständliche Verwaltungsübertretung in Form einer Unterentlohnung in zwei Fällen stellt in typischer Weise eine Beeinträchtigung des durch § 29 LSD-BG geschützten Rechtsgutes dar. Insofern war somit der objektive Unrechtsgehalt der angelasteten Tat keinesfalls unbedeutend.

Nach § 29 LSD-BG ist verfahrensgegenständlich ein Strafrahmen bis zu 50.000 Euro gegeben.

Die belangte Behörde hat über den Bf eine Geldstrafe von 1.000 Euro verhängt, das sind 2 % der Höchststrafe.

Als mildernd wurde von der belangten Behörde bereits die bisherige verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Beschuldigten sowie insbesondere die lange Verfahrensdauer gewertet. Straferschwerend wurde kein Umstand berücksichtigt.

Eine Herabsetzung der Strafe kam daher nicht in Betracht, insbesondere fehlen die Voraussetzungen für eine außerordentliche Milderung und liegen auch die Voraussetzungen für das Absehen von einer Strafe bzw. für die Aussprache einer Ermahnung nicht vor, zumal kein geringfügiges Verschulden vorliegt. Geringfügigkeit ist nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nur dann anzunehmen, wenn das Verhalten des Bf weit hinter dem in der Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt der Tat zurückbleibt. Dass dies der Fall sei, hat das abgeführte Beweisverfahren nicht ergeben. Da keine vollständige Nachzahlung der Lohndifferenz an die beiden polnischen Arbeitnehmer erfolgt ist, liegen die Voraussetzungen für das Absehen von der Verhängung einer Strafe nach § 29 Abs. 3 LSD-BG nicht vor.

Im Hinblick auf den Umstand, dass durch unterkollektivvertragliche Entlohnungen sowohl Arbeitnehmerrechte als auch die Sicherung eines fairen wirtschaftlichen Wettbewerbs zwischen Unternehmen gefährdet wird und dadurch rechtswidrige Wettbewerbsvorteile geschaffen werden, erscheint die von der belangten Behörde ohnehin im untersten Bereich festgesetzte Strafhöhe als angemessen und geeignet, um dem Bf die Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens vor Augen zu führen und ihn künftig zu einem gesetzeskonformen Verhalten anzuleiten. Auch aus generalpräventiven Überlegungen sind für derartige Übertretungen Geldstrafen zu verhängen.

III.5. Im Ergebnis ist daher die vorgeworfene Tat als Verwaltungsübertretung strafbar. Die Beschwerde war somit als unbegründet abzuweisen und das angefochtene Straferkenntnis zu bestätigen.

Bei diesem Ergebnis war dem Bf gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG ein Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht in der Höhe von 200 Euro (das sind 20 % der Strafe) vorzuschreiben.

IV. 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. Soweit die Entscheidung von der Beweiswürdigung abhängig war, wurde diese nach Durchführung einer Verhandlung getroffen 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. Zauner