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-303500/14/Kü/MG

Datum:
Linz, 29. Juli 2024

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde der A__, E__, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau vom 31. März 2023, GZ: BHBR/921040000218/21, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

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

II. Es entfallen sämtliche Verfahrenskostenbeiträge

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 (im Folgenden: belangte Behörde) vom 31. März 2023, GZ: BHBR/921040000218/21, wurde über die Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 29 Abs. 1 1. Satz LSD-BG eine Geldstrafe von 8.000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 11 Tagen und 4 Stunden verhängt.

Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„1. Datum/Zeit: 20.07.2020 – 30.07.2020
Ort: C__,

Sie haben als Verantwortliche(r) der Firma D__, E__, zu verantworten, dass nachstehende/r 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 I__ F__,
geb.: tt.mm.jjjj
Staatsangehörigkeit: E__
Tätigkeit: Hilfsarbeiter
Einstufung und Kollektivvertrag: Baugewerbe und Bauindustrie 2020
Beschäftigungszeitraum: 07.07.2020 bis 30.07.2020
Beschäftigungsausmaß: 70 Stunden
Beschäftigungs- bzw. Arbeitsort: C__
Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender Sonderzahlungen und Zulagen: 897,40 Euro
Tatsächlich geleistetes Entgelt: 680,40 Euro
Unterentlohnung in EURO: 217,00 Euro, Unterentlohnung in Prozent: 24,18%

2. Datum/Zeit: 20.07.2020 – 30.07.2020
Ort: C__,

Sie haben als Verantwortliche(r) der Firma D__ spòlka z ograniczona odpowiedzialnoscia in 43-100 Tychy, E__, zu verantworten, dass nachstehende/r 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 J__ G__
geb.: tt.mm.jjjj
Staatsangehörigkeit: E__
Tätigkeit: Hilfsarbeiter
Einstufung und Kollektivvertrag: Baugewerbe und Bauindustrie 2020
Beschäftigungszeitraum: 20.07.2020 - 30.07.2020

Beschäftigungsausmaß: 70 Stunden
Beschäftigungs- bzw. Arbeitsort: C__
Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender Sonderzahlungen und Zulagen: 897,40 Euro
Tatsächlich geleistetes Entgelt: 680,40 Euro
Unterentlohnung in EURO: 217,00 Euro, Unterentlohnung in Prozent: 24,18%

3. Datum/Zeit: 06.07.2020 – 30.07.2020
Ort: C__

Sie haben als Verantwortliche(r) der Firma D__, zu verantworten, dass nachstehende/r 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 W__ H__,
geb.: tt.mm.jjjj
Staatsangehörigkeit: E__
Tätigkeit: Hilfsarbeiter
Einstufung und Kollektivvertrag: Baugewerbe und Bauindustrie 2020
Beschäftigungszeitraum: 06.07.2020 bis 30.07.2020
Beschäftigungsausmaß: 146 Stunden
Beschäftigungs- bzw. Arbeitsort: C__
Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender Sonderzahlungen und Zulagen: 2.068,11 Euro
Tatsächlich geleistetes Entgelt: 1.419,12 Euro
Unterentlohnung in EURO: 548,99 Euro, Unterentlohnung in Prozent: 31.38%“

I.2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde in der beantragt wird das Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Begründend wurde vorgebracht, dass der Bf keine Möglichkeit zur Darlegung und Verteidigung ihrer Position geboten wurde, sie falsch angewiesen wurde, dass eine Frist zur Abgabe einer Erklärung zur Position der Kontrollorgane bereits abgelaufen sei, die Entscheidung auf einer falsch festgestellten Tatsachengrundlage beruhe und eine sorgfältige Prüfung des Falles nicht stattgefunden habe. Es seien standardisierte Strafurteile ohne jegliche Berücksichtigung der von der Bf übermittelten Informationen und Dokumente erstellt worden.

Keinem der Mitarbeiter sei jemals eine zu niedrige Vergütung bezahlt worden. Die Vorwürfe würden auf unverständlichen BUAK-Berechnungen beruhen, welche von der Behörde bestätigt worden seien und zeuge dies von repressivem Handeln der Behörde gegenüber einem EU-Unternehmen.

Hinsichtlich I__ sei festzustellen, dass dieser erst am 20. Juli 2020 als neuer Mitarbeiter in der Firma zu arbeiten begonnen habe. Wenn das A1-Dokument erst am 24. Juli 2020 ausgestellt worden sei, hätte sich das auf einen späteren Arbeitsbeginn ausgewirkt. Der Arbeiter habe von 27. Juli bis 31. Juli 2020 39 Stunden in Österreich gearbeitet. Dafür gebühre ein Entgelt von 552,44 Euro (39 Stunden x 12,82 + 52,46 Weihnachtsgeld), tatsächlich seien aber 812,99 Euro bezahlt worden. Das Gehalt beinhaltet 512,82 Euro für 40 Stunden und einen versteuerten Bonus iHv 300,17 Euro brutto. Eine Unterentlohnung ergebe sich daher nicht.

Auch Herr J__ (Sohn der Bf) sei für einige Tage als Mitarbeiter in der Firma beschäftigt worden. Auch für diesen sei der Beschäftigungsbeginn der 20. Juli 2020 gewesen. Da das A1-Dokument am 24. Juli 2020 ausgestellt worden sei, habe dieser vom 27. Juli bis 30. Juli 2020 in Österreich gearbeitet. Das ergebe ein Stundenvolumen von 32 Stunden, für die ein Entgelt von 12,82 Euro pro Stunde und somit im Gesamten 410,24 Euro gebühret. Tatsächlich seien 440,95 Euro bezahlt wurden. Eine Unterentlohnung liege ebenfalls nicht vor.

Hinsichtlich K__ sei festzuhalten, dass dieser zwar ab 6. Juli 2020 fest angestellter Mitarbeiter gewesen sei, er allerdings wie die Anderen von 27. Juli 2020 bis 31. Juli 2020 und somit 39 Stunden in Österreich gearbeitet habe. Für diese Tätigkeit gebühre ein Entgelt von 552,44 Euro (39 Stunden x 12,82 + 52,46 Euro Weihnachtsgeld). Tatsächlich sei ein Entgelt von 945,97 Euro geleistet worden. Aufgrund der in E__ geltenden Bestimmungen ist ein Teil des Lohns für in Österreich geleistete Arbeit in anderen Zuschlägen (1.696,38 PLN) und im Grundgehalt (565,22 PLN) enthalten. Darüber hinaus erhalte der Mitarbeiter eine Prämie iHv 1.910,24 PLN, unter anderem als Zuschuss für seine in Österreich geleistete Arbeit. Insgesamt seien daher 4.171,84 PLN bezahlt worden, was bei einem Umrechnungskurs von 4,4101 einen Betrag von 945,97 Euro ergebe. Eine Unterentlohnung habe hier ebenfalls nicht stattgefunden.

Zum Beweis des Vorbringens würde auf die A1-Dokumente verwiesen, die mit Erhaltensdatum vom 24. Juli 2020 bestätigt seien. Ebenso sei von den Auftraggebern die Anwesenheitsliste bzgl. der eingesetzten Arbeiter im Juli 2020 bestätigt worden. Zudem würden den Arbeitnehmern während der Entsendung nach Österreich Tagesdiäten iHv 52 Euro/Tag ausbezahlt erhalten, welche optional und steuerfrei seien.

I.3. Die belangte Behörde hat die gegenständliche Beschwerde samt Verwaltungsstrafakt mit Schreiben vom 10. Mai 2023 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 10. April 2024, an welcher die Bf in Videokonferenz teilgenommen hat. Eine Dolmetscherin für die polnische Sprache wurde beigezogen, obwohl die Bf über ausreichende Deutschkenntnisse verfügt. Vertreter der L__ sowie der belangten Behörde waren zur mündlichen Verhandlung entschuldigt.

I.5. Folgender Sachverhalt steht fest:

Die Bf war im Jahr 2020 nach außen Vertretungsbefugte der Firma D__ mit dem Sitz in, E__.

Die Firma D__ wurde vom österreichischen N__ mit Auftragsbestätigung vom 1. Juli 2020 mit der Durchführung der Gewerke „Fassadenarbeiten, Innenausbauarbeiten und Außenanlagen (Haus 1 bis 3)“ beim Bauvorhaben in C__, beauftragt. Es war vereinbart, dass die Bauarbeiten am Gewerk Fassade grundsätzlich am 6. Juli 2020 beginnen sollten. Aufgrund des Umstands, dass andere Gewerke noch nicht abgeschlossen waren und zudem die Corona-Zeit herrschte und die Preise gestiegen sind, wurden die Arbeiten erst später und zwar am 27. Juli 2020 begonnen.

Am 30. Juli 2020 kontrollierte ein Baustellenerheber der L__ die Baustelle in C__. Bei dieser Kontrolle hat der Baustellenerheber insgesamt sechs Arbeiter der D__ bei der Montage der Fassadenkonstruktion angetroffen. Die Arbeiter gaben an, dass sie als Vorarbeiter, Fassadenarbeiter bzw. Hilfsarbeiter bei diesem Bauvorhaben tätig sind. Neben drei anderen wurden die Arbeiter I__, J__ und Q__ kontrolliert, welche Angaben als Hilfsarbeiter seit 27. Juli 2020 bzw. 6. Juli 2020 auf der Baustelle tätig zu sein. Bei der Kontrolle konnten von den Arbeitern die ZKO3-Meldungen, A1-Entsendebescheinigungen und Arbeitsverträge vorgewiesen werden.

Arbeitsaufzeichnungen für den Lohnmonat Juli/2020 konnten auf der Baustelle nicht vorgewiesen werden. Aus diesem Grund wurde dem Vorarbeiter vom Baustellenerheber ein Aufforderungsschreiben in deutscher und polnischer Sprache zur Weiterleitung an seinen Arbeitgeber übergeben. In diesem Aufforderungsschreiben wird das Unternehmen der Bf aufgefordert die Arbeitsaufzeichnungen für den Lohnmonat Juli/2020 binnen 2 Werktagen, somit bis 1. August 2020, der BUAK vorzulegen.

Weiters wurde für die Übermittlung der Lohnzettel/Lohnaufzeichnungen, Lohnzahlungsnachweise/Banküberweisungsbelege für den Lohnmonat Juli 2020 eine Frist bis zum 20. August 2020 eingeräumt.

Mit E-Mail vom 30. Juli 2020 übermittelte das Unternehmen der Bf der L__ das Auftragsschreiben für die konkrete Baustelle und die Arbeitsaufzeichnungen für den Zeitraum 27. – 31. Juli 2020.

Drei Arbeitnehmer der D__ und zwar R__, S__ und T__ haben angegeben bereits seit 6. Juli 2020 auf der Baustelle zu arbeiten. Im Baustellenerhebungsprotokoll haben die Arbeiter I__ und J__ eigenhändig angegeben, seit 27. Juli 2020 auf der Baustelle zu arbeiten. Der Arbeiter W__ hat angegeben seit 6. Juli 2020 auf der Baustelle zu arbeiten.

Die vorliegenden ZKO-Meldungen zeigen, dass hinsichtlich des Arbeiters W__ als Beginn der Beschäftigung der 6. Juli 2020 genannt ist, hinsichtlich der Arbeiter I__ und J__ der Arbeitsbeginn mit 20. Juli 2020 in den ZKO-Meldungen ausgewiesen ist. Auch in den A1-Entsendebescheinigungen ist als Datum des Arbeitsbeginns hinsichtlich der Arbeiter I__ und J__ der 20. Juli 2020 ausgewiesen. Im A1-Dokument den Arbeiter W__ betreffend ist als Beginn der Tätigkeit der 7. Jänner 2020 ausgewiesen.

Die im Zuge der Kontrolle vorgelegten Arbeitsverträge zeigen, dass mit dem Arbeiter I__ am 17. Juli 2020 ein Arbeitsvertrag mit dem Arbeitsort Österreich unterzeichnet wurde, welcher als Arbeitsbeginn den 20. Juli 2020 festlegt. Ein weiterer Arbeitsvertrag mit den identen Daten wurde vom Unternehmen der Bf mit dem Arbeiter J__ auch am 17. Juli 2020 für den Arbeitsort Österreich mit Arbeitsbeginn 20. Juli 2020 unterzeichnet. Der zwischen dem Unternehmen der Bf und dem Arbeiter W__ abgeschlossene und bei der Kontrolle vorgelegte Arbeitsvertrag zeigt, dass dieser am 14. September 2018 unterzeichnet wurde für den Arbeitsort Österreich, wobei ein Beginn des Arbeitsverhältnisses in diesem Vertrag mit 17. September 2018 ausgewiesen ist. In diesem Arbeitsvertrag wird eine Entlohnung von 12,09 Euro brutto für die Tätigkeit in Österreich festgelegt. In einem Änderungsvertrag vom 30. April 2019 wird der Bruttostundensatz auf 12,50 Euro angehoben. In einer weiteren Änderung vom 30. April 2020 wird der Stundensatz auf 12,82 Euro brutto angehoben.

In den Arbeitsverträgen mit den Arbeitern I__ und J__ ist eine Normalarbeitszeit von 39 Stunden und ein Stundenlohn für die Lohngruppe Hilfsarbeiter von 12,82 Euro brutto ausgewiesen.

Die von der D__ aufgrund des Aufforderungsschreibens der BUAK vorgelegten Arbeitsaufzeichnungen zeigen, dass die Arbeiter W__ und I__ in der Zeit vom 27. bis 31. Juli 2020 und der Arbeiter J__ in der Zeit vom 27. bis 30. Juli 2020 auf der Baustelle in C__ jeweils von 07:00 – 16:00 Uhr gearbeitet haben. Im Zeitraum 1. bis 26. Juli 2020 enthalten die Arbeits-aufzeichnungen, die in polnischer Sprache als „Arbeitszeittabellen für Österreich“ bezeichnet sind, keine Einträge.

Aus der Lohntafel zum Kollektivvertrag für das Baugewerbe und die Bauindustrie ergibt sich, dass einem Hilfsarbeiter ab 1. Mai 2020 ein Stundenlohn von 12,82 Euro gebührt.

Dem Arbeiter I__ wurden für die Tätigkeit in Österreich umgerechnet für die geleisteten 40 Stunden 813 Euro ausbezahlt. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus einem Grundgehalt für 40 Stunden von 2.261,60 PLN und einer Zulage für die Tätigkeit in Österreich in Höhe von 1.323,79 PLN (zusammen somit 3.585,39 PLN). Dies ergibt für den im Juli 2020 geltenden Umrechnungsfaktor von 4,41 den Betrag von 813 Euro. Bezogen auf den in Österreich zu bezahlenden Stundenlohn für den Hilfsarbeiter nach dem Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie von 12,82 Euro ergibt sich für eine 40 stündige Tätigkeit ein Bruttostundenlohn von 512,80 Euro.

Der Arbeiter W__ erhielt für seine Tätigkeit in Österreich in der Zeit von 27. bis 31. Juli 2020 für insgesamt 40 Stunden eine Entlohnung von 2.261,60 PLN und eine Zulage für die Arbeit in Österreich von 1.910,24 PLN (zusammen somit 4.171,84 PLN), was bei dem im Juli 2020 geltenden Umrechnungsfaktor den Betrag von 945,97 Euro für die Tätigkeit in Österreich ergibt. Für die Tätigkeit als Hilfsarbeiter gebührte für eine 40 stündige Tätigkeit bei einem Stundensatz von 12,82 Euro der Betrag von 512,80 Euro. Der Arbeiter W__ hat aufgrund seiner Betriebszugehörigkeit auch einen Anspruch auf aliquotes Urlaubs- und Weihnachtsgeld in Höhe von 1,35 Euro pro Stunde. Für eine 40 stündige Tätigkeit resultiert daraus ein Betrag von 54 Euro. In Summe ergibt sich somit ein Anspruchslohn für die Tätigkeit in Österreich von 566,80 Euro (512,80 + 54 Euro).

Der Arbeiter J__ hat für seine Arbeitsleistung in Österreich eine Entlohnung von 904,64 PLN und eine Zulage von 1.300 PLN (zusammen somit 2.204,64 PLN) erhalten. Bezogen ist diese Entlohnung auf eine Tätigkeit von 32 Stunden für die nach dem anzuwendenden Kollektivvertrag eine Entlohnung von umgerechnet 205,12 Euro gebührt. Laut Lohnaufzeichnungen hat der Arbeiter J__ am 31. Juli 2020 nicht in Österreich gearbeitet, sondern hat an diesem Tag 4 Stunden in E__ gearbeitet.

I.6. Beweiswürdigung:

Die im Straferkenntnis ausgewiesenen Arbeitszeiten und darauf basierenden Berechnungen des zustehenden Entgelts gründen auf der Anzeige der BUAK vom 27. November 2020. Zum Spruchpunkt 1. betreffend den Arbeiter I__ ist festzustellen, dass hier einmal von Beschäftigungszeiten 20. Juli bis 30. Juli 2020 und in weiterer Folge als Beschäftigungszeitraum 7. Juli 2020 bis 30. Juli 2020 für insgesamt 70 Stunden angegeben ist. Insofern besteht hier im Spruch bereits ein Widerspruch in den Arbeitszeiten. Festzustellen ist, dass entsprechend dem vorliegenden Arbeitsvertrag der Arbeiter I__ am 7. Juli 2020 noch gar nicht für

das Unternehmen der Bf gearbeitet hat. Insofern können diese im Spruch des Straferkenntnis angeführten Zeiten nicht stimmen.

Generell ist festzuhalten, dass die beiden Arbeiter I__ und J__ auch eigenhändig am Baustellenerhebungsprotokoll angegeben haben am 27. Juli mit der Arbeit in Österreich in C__ begonnen zu haben. Auch aus den vorliegenden Arbeitsaufzeichnungen des Unternehmens der Bf für die Tätigkeit der Arbeiter in Österreich geht dieser Arbeitsbeginn hervor. Offensichtlich wurden von der L__ die Beschäftigungszeiten von 20. Juli bis 30. Juli 2020 aus der Entsendemeldung entnommen. Dies steht aber im Widerspruch zu den eigenhändigen Angaben der beiden Arbeiter. Es ist durchaus möglich, dass ein Arbeitseinsatz der beiden Arbeiter ab dem 20. Juli 2020 geplant gewesen ist, es allerdings aufgrund von Verzögerungen auf der Baustelle zu einem verspäteten Arbeitsbeginn gekommen ist. Eine Verzögerung auf der Baustelle, wie von der Bf selbst im Rahmen der mündlichen Verhandlung eingewendet, stellt jedenfalls nichts Ungewöhnliches dar. Vielmehr ist es nachvollziehbar, dass Gewerke die davon abhängig sind, dass andere Gewerke bereits abgeschlossen sind, immer wieder in Verzug geraten. Sohin stellt das erkennende Gericht fest, dass die Aussagen der Bf in der mündlichen Verhandlung, wonach der geplante Arbeitsbeginn mit 6. Juli 2020 nicht gehalten werden konnte und nicht zuletzt aufgrund der Coronazeit Verzögerungen bei den einzelnen Gewerken eingetreten sind, durchaus glaubwürdig und nachvollziehbar sind. Es gibt jedenfalls keinen stichhaltigen Beweis dafür, dass bereits ab 6. Juli 2020 Arbeitsleistungen auf der Baustelle erbracht wurden. Der Bf kann auch nicht unterstellt werden, dass die Arbeitsaufzeichnungen für die Tätigkeiten in Österreich, welche über Aufforderung durch die BUAK vorgelegt wurden, nicht den Tatsachen entsprechen. Diesen Arbeitsaufzeichnungen ist sohin eine Beweiskraft dafür zuzumessen, dass die Arbeiten erst am 27. Juli 2020 auf der Baustelle in C__ begonnen haben und das Unternehmen der Bf insgesamt mit sechs Arbeitern vor Ort mit den Fassadenarbeiten begonnen hat. In diesem Lichte sind auch die Angaben des bereits längere Zeit beim Unternehmen der Bf beschäftigten Arbeiters W__ am Baustellenprotokoll zu sehen, wonach dieser den ursprünglichen geplanten Arbeitsbeginn von 6. Juli 2020 offensichtlich ins Protokoll eingetragen hat. Festzuhalten ist zudem, dass auch auf der tabellarischen Zusammenstellung auf Seite 2 der Anzeige der BUAK beim Arbeiter W__ angegeben ist, dass dieser seit 27. Juli 2020 auf der Baustelle tätig ist. Diese Angabe in der Anzeige entspricht aber nicht den handschriftlichen Angaben im Baustellenerhebungsprotokoll. Aufgrund der geschilderten Umstände, insbesondere der glaubwürdigen Aussage der Bf in der mündlichen Verhandlung, nachdem – wie bereits erwähnt – die Baustelle verspätet begonnen hat, erscheinen die in den Arbeitszeitaufzeichnungen dargestellten Arbeitszeiten auch auf den Arbeiter W__ bezogen als glaubwürdig. Die Datei der Aufzeichnungen ist in polnischer Sprache als Arbeitszeittabelle für Österreich bezeichnet, weshalb es damit nicht ungewöhnlich erscheint, dass in der Zeit von 1. Juli 2020 bis 26. Juli

2020 keine Einträge enthalten sind, da zu dieser Zeit das Unternehmen der Bf keine Arbeitsleistungen in Österreich erbracht hat.

Insofern ist festzuhalten, dass es keine Beweise dafür gibt, dass der Arbeiter W__ 146 Stunden in Österreich im Juli 2020 gearbeitet hat. Ebenso gibt es keine Nachweise dafür, dass die Arbeiter I__ und J__ für 70 Stunden Ende Juli 2020 in Österreich gearbeitet haben. Insofern sind die Lohnberechnungen, die auf Basis dieser Stundenangaben erfolgt sind, für das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren nicht von wesentlicher Bedeutung für die Frage, ob eine Unterentlohnung der Arbeiter für die Arbeitsleistung in Österreich vorliegt.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung wurde der Bf aufgetragen, eine nachvollziehbare Zusammenstellung über die tatsächlich geleisteten Entgelte für die drei Arbeiter für die Tätigkeit von 27. bis 30. bzw. 31. Juli 2020 in Österreich vorzulegen. Dieser Aufforderung ist die Bf mit Eingabe vom 22. April 2024 nachgekommen und hat für die einzelnen Arbeiter in tabellarischer Form dargestellt, welche Entgelte einerseits in E__ bzw. für die Tätigkeit in Österreich bezahlt wurden. Zudem wurden der geleistete Aufwandersatz (Diäten), welche nicht Lohnbestandteile sind, dargestellt. Die Auszahlung der dargestellten Beträge wurde durch Banküberweisungsbelege dokumentiert. Insgesamt bestehen für den erkennenden Richter an der detaillierten Aufstellung der bezahlten Entgelte keine Bedenken, dass diese nicht den Tatsachen entsprechen. Vielmehr ergibt sich - wie gesagt - aus den Überweisungsbelegen, dass diese Beträge auch ausbezahlt wurden. Entscheidend ist im Hinblick auf die der Bf zur Last gelegte Unterentlohnung, dass die Arbeiter nicht die Stundenanzahl, wie im Straferkenntnis dargestellt, erbracht haben. Aus der im Beschwerdeverfahren nachvollziehbar dargestellten geringeren Stundenanzahl ergibt sich folglich auch ein geringerer Anspruchsohn für die Tätigkeit in Österreich. Anhand der derart dargestellten Beträge zeigt sich, dass der für die Tätigkeit als Hilfsarbeiter lt. Kollektivvertrag zu bezahlende Stundenlohn auch tatsächlich geleistet wurde. Aufgrund der geringen Betriebszugehörigkeit haben die Arbeiter I__ und J__ keinen Anspruch auf aliquotes Weihnachtsgeld. Hinsichtlich des Arbeiters W__ wurde dieser anteilige Lohn auch berücksichtigt.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass aufgrund der vorliegenden Unterlagen sowie der persönlichen Angaben der Arbeiter bei der Kontrolle der Zeitraum der Arbeitsleistung im Juli 2020 in der Zeit von 27. bis 30. bzw. 31. Juli 2020 nachvollziehbar und durch Arbeitsaufzeichnungen belegt ist. Für diese Stunden wurden die entsprechenden Entgelte auch bezahlt. Die darüber hinaus gehenden Arbeitsleistungen im Ausmaß, wie in der Anzeige bzw. im Straferkenntnis dargestellt, haben sich im abgeführten Beschwerdeverfahren nicht bestätigt. Jedenfalls kann der detaillierten Aufstellung der Bf hinsichtlich der bezahlten Entgelte nicht wirksam entgegengetreten werden, sodass diese der Entscheidung aus den oben dargestellten Gründen auch zugrunde gelegt werden konnten.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

II.1. Rechtslage:

Die im gegenständlichen Fall maßgeblichen Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016 in der Fassung BGBl. I Nr. 174/2021, lauten wie folgt:

„Anspruch auf Mindestentgelt

§ 3.

[...]

(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.

[...]

Feststellung von Übertretungen durch die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse

§ 15. (1) Stellt die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse im Rahmen ihrer Tätigkeit fest, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Sinne des Abschnitts I BUAG oder im Sinne des § 33d BUAG nicht zumindest das ihm nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt im Sinne des § 29 Abs. 1 unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien leistet, gilt § 13 Abs. 4, Abs. 5 letzter Satz und Abs. 6 mit der Maßgabe, dass an die Stelle des Kompetenzzentrums LSDB die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse tritt.

(2) Die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse ist im Rahmen ihrer Tätigkeit berechtigt, die Bereithaltung der Unterlagen nach den §§ 21 und 22 zu überwachen, Einsicht zu nehmen und Ablichtungen dieser Unterlagen anzufertigen und deren Übermittlung zu fordern, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktages abzusenden sind. Erfolgt bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten die Kontrolle nicht am ersten Arbeits(Einsatz)ort, sind die Unterlagen der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktages abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.

[...]

§ 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.

(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.

(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.“

II.2. Die von der L__ in ihrer Anzeige berechnete Unterentlohnung basiert auf angenommenen Arbeitszeiten, die sich im Beschwerdeverfahren in dieser Form nicht bestätigt haben. Entgegen den Darstellungen in der Anzeige haben die Arbeiter I__ und J__ bei der Kontrolle eigenhändig angegeben erst ab 27. Juli 20202 auf der Baustelle gearbeitet zu haben. Die beiden haben somit den Arbeitsbeginn 20. Juli 2020 nie genannt, sodass von einer Tätigkeit im Juli 2020 im Ausmaß von 70 Stunden auf der Baustelle in Österreich nicht ausgegangen werden kann. Hinsichtlich des Arbeiters W__ ist zwar festzuhalten, dass dieser eigenen Angaben zur Folge am 6. Juli 2020 auf der Baustelle zu arbeiten begonnen hat, dies aber mit den Arbeitsaufzeichnungen nicht übereinstimmt. Festzuhalten ist zudem, dass die Bf bereits in Beantwortung der Aufforderung zur Rechtfertigung stets dargestellt hat, dass die Arbeiter I__ und W__ auf der Baustelle im Juli 2020 39 Stunden gearbeitet haben und der Arbeiter J__ 32 Stunden. Diese Angaben werden von der Bf auch nach Durchführung der mündlichen Verhandlung in ihrer Aufstellung bzgl. der bezahlten Entgelte so wiedergegeben. Faktum ist sohin, dass sich die Bf von Anfang an mit diesen Zeitangaben gerechtfertigt hat und in keiner Phase des Verfahrens widersprüchliche Angaben hinsichtlich des Arbeitseinsatzes der Arbeiter seitens der Bf gemacht wurden. Festzuhalten ist auch, dass seitens der belangten Behörde aufgrund der Beantwortung der Aufforderung zur Rechtfertigung keine weiteren Ermittlungen hinsichtlich der tatsächlichen Arbeitszeiten gemacht wurden, sondern ausschließlich basierend auf den Darstellungen in der Anzeige die Unterentlohnung berechnet wurde und so im Spruch dargestellt wurde. Wie bereits oben erläutert, stimmen im Spruchpunkt 1.

des angefochtenen Straferkenntnisses der Tatzeitraum und der Beschäftigungszeitraum bezogen auf die 70 Stunden nicht überein.

Zusammenfassend ist daher seitens des erkennenden Gerichtes festzuhalten, dass nicht zuletzt aufgrund des glaubwürdigen Vorbringens der Bf in der mündlichen Verhandlung – wie bereits oben näher ausgeführt – davon auszugehen ist, dass die in Spruchpunkten 1. bis 3. dargestellten Arbeitszeiten der einzelnen Arbeiter nicht den Tatsachen entsprochen haben, sodass die im Straferkenntnis dargestellten Unterentlohnungen in dieser Form jedenfalls nicht stattgefunden haben. Wie im Sachverhalt festgestellt, geht das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich davon aus, dass die Arbeiter W__ und I__ von 27. Juli bis 31. Juli 2020 insgesamt 39 Stunden auf der Baustelle gearbeitet haben und der Arbeiter J__ von 27. Juli bis 30. Juli 2020 32 Stunden auf der Baustelle gearbeitet hat.

Wie in den Sachverhaltsfeststellungen dargestellt, haben die Auszahlungsbeträge für die Arbeit in Österreich jedenfalls das nach Kollektivvertrag vorgesehene Mindestentgelt überschritten. Belegt ist dies durch die Auszahlungsbelege, welche von der Bf im Rahmen des Beschwerdeverfahrens vorgelegt wurden. Außerdem ist aus den tabellarischen Übersichten, welche die Bf über Aufforderung des Gerichtes erstellt hat, nachvollziehbar, welche Entgelte für die Arbeitsleistungen von 27. Juli bis 30. bzw. 31. Juli 2020 den einzelnen Arbeitern auch bezahlt wurden. An diesen Aufstellungen ist nach Ansicht des Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht zu zweifeln und wurde von der Bf nachvollziehbar belegt, wie die Entlohnung der Arbeit in Österreich stattgefunden hat. Nochmals sei an dieser Stelle erwähnt, dass für die in der Anzeige der BUAK angenommenen Arbeitszeiten im Beschwerdeverfahren keine Nachweise zu erbringen waren.

Mithin ist festzustellen, dass für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich aufgrund der durchgeführten Ermittlungen im Beschwerdeverfahren nicht erwiesen ist, dass den im Straferkenntnis genannten Arbeitern für ihre Arbeitsleistungen im Juli 2020 auf einer Baustelle in C__ nicht das gemäß dem anzuwendenden Kollektivvertrag zustehende Entgelt bezahlt wurde. Insofern kann daher anhand der vorliegenden Belege keine Unterentlohnung festgestellt werden. In diesem Sinne war daher der Beschwerde der Bf stattzugeben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

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.
Gesundheitskasse,

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kühberger