



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38650
Telefax: (43 01) 4000 99 38650
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-041/036/2534/2020-8
A. B.

Wien, 05.06.2020
Pi

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Fritz über die Beschwerde des Herrn A. B. (wohnhaft in Portugal), vertreten durch Rechtsanwältin, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt ..., vom 17.01.2020, Zl. ..., betreffend Übertretungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG 2016), zu Recht erkannt:

Gemäß § 50 VwGVG wird der auf die Bekämpfung der Strafhöhe eingeschränkten Beschwerde insofern Folge gegeben, als die beiden Geldstrafen unter Anwendung des § 20 VStG von je 4.000,-- Euro auf je 500,-- Euro (zusammen: 1.000,-- Euro) sowie die für den Fall der Uneinbringlichkeit festgesetzten beiden Ersatzfreiheitsstrafen von je 4 Tagen auf je 1 Tag und 12 Stunden (zusammen: 3 Tage) herabgesetzt werden.

Dementsprechend verringert sich der Kostenbeitrag der belangten Behörde gemäß § 64 Abs. 2 VStG von je 400,-- Euro auf je 50,-- Euro (zusammen: 100,-- Euro).

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG wird dem Beschwerdeführer kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens auferlegt.

Die D. S.A. haftet für die über Herrn A. B. verhängte Geldstrafe von insgesamt 1.000,-- Euro und die Verfahrenskosten in der Höhe von insgesamt 100,-- Euro sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gemäß § 9 Abs. 7 VStG zur ungeteilten Hand.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Der Beschwerdeführer (Bf) ist unbestrittenermaßen ein Verantwortlicher (Geschäftsführer) der Firma D. S.A. (in der Folge: Firma D.) mit dem Sitz in Portugal und damit gemäß § 9 Abs. 1 VStG für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften (hier: des LSD-BG 2016) verantwortlich.

Dem gegenständlichen Verfahren liegt eine Anzeige der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) vom 18.04.2019 zugrunde. Nach dem Inhalt der Anzeige fand am 21.03.2018 (also mehr als ein Jahr zuvor) beim „Umbau“ E.-straße, Wien, eine Kontrolle statt. Die Firma D. sei für Abbrucharbeiten auf dem gegenständlichen Bauvorhaben tätig gewesen. Die Arbeitsverhältnisse der angetroffenen Arbeitnehmer würden dem Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie 2017 unterliegen. Einer der drei angetroffenen Personen sei als Bauleiter vor Ort tätig gewesen und unterliege als Angestellter nicht der Kontrolle der BUAK, weshalb dieser in weiterer Folge von der Anzeige ausgenommen sei. Weiters ist in der Anzeige Folgendes festgehalten worden:

„Die von den Arbeitnehmern ausgefüllten Baustellenerhebungsprotokolle sind in deutscher, italienischer, spanischer und portugiesischer Sprache verfasst und wurden von den Arbeitnehmern eigenständig in deren Muttersprache ausgefüllt. Die angetroffenen Arbeitnehmer konnten sich gegenüber der Baustellenerheberin ausweisen.

An Meldeunterlagen gemäß § 21 LSD-BG wurden die:

- A1-Entsendebescheinigungen

der Arbeitnehmer auf dem Bauvorhaben bereitgehalten.

Nicht bereitgehalten wurden die ZK03-Meldungen. Bereitgehalten wurden jedoch ein nicht unterschriebenes Formular zur Meldung einer Entsendung für den Arbeitnehmer F. G., diesem fehlt jedoch das Datum und die Unterschrift.

Lohnunterlagen gemäß § 22 Abs 1 LSD-BG wurden keine auf dem Bauvorhaben bereitgehalten.

Insbesondere die:

- Arbeitszeitaufzeichnungen für den Zeitraum 12.02.-21.03.2018 (Tag der Baustellenkontrolle)
- Lohnzettel und Lohnzahlungsnachweise für den Lohnmonat 02/2019 und
- Unterlagen betreffend die Lohneinstufung

hätten auf dem Bauvorhaben bereitgehalten werden müssen.

Aufforderungsschreiben:

Die Baustellenerheberin übergab dem Bauleiter Herrn H. K. als Ersatzempfänger, wegen der fehlenden Melde- und Lohnunterlagen, das Aufforderungsschreiben in deutscher und portugiesischer Sprache zur Weitergabe an seinen Arbeitgeber. Dasselbe Aufforderungsschreiben wurde von der Baustellenerheberin überdies an die in Österreich ansässige Steuerberatungskanzlei, L., zH Frau C., postalisch übermittelt.

Dem Schreiben ist die Aufforderung zu entnehmen, der BUAK gemäß § 15 Abs 2 LSD-BG die

- I. fehlenden Meldeunterlagen iSd § 21 Abs. 1 LSD-BG, dies ist die ZK03-Meldung und
 - II. fehlenden Lohnunterlagen iSd § 22 Abs 1 LSD-BG, insbesondere die
 - Arbeitszeitaufzeichnungen
 - Lohnzettel und Lohnzahlungsnachweise für den Lohnmonat 02/2018 und
 - Unterlagen betreffend die Lohneinstufung
- binnen zwei Werktagen (diesfalls bis zum 23.03.2018) zu übermitteln.

Für die Übermittlung der Lohnzettei / Lohnaufzeichnungen, Lohnzahlungsnachweise / Banküberweisungsbelege für den Kontrollmonat März 2018 wurde eine Frist bis zum 20. des Folgemonats eingeräumt.

Mit E-Mail vom 21.03.2018 bestätigte Herr M., Mitarbeiter der Steuerberatungskanzlei L. den Erhalt des Aufforderungsschreibens.

Bis dato wurden der BUAK keine Unterlagen übermittelt.

Beweis:

- Zeugin: Frau N., p.A. Anzeigenlegerin
- Konvolut Fotografien der Baustelle, Beilage ./A
- Ausweiskopie der hg Arbeitnehmers, Beilage ./B
- Baustellenerhebungsprotokolle der hg Arbeitnehmer vom 21.03.2018, Beilage ./C
- A1-Entsendebescheinigungen, Beilage ./D
- Formular zur Meldung einer Entsendung für den Arbeitnehmer G., Beilage ./E
- Aufforderungsschreiben vom 21.03.2018, Beilage ./E
- E-Mail der Baustellenerheberin an die Steuerberatungskanzlei vom 21.03.2018, Beilage ./F
- E-Mail L. vom 21.03.2018, Beilage ./G
- Aktueller Auszug aus dem portugiesischen Unternehmensregister (IMI-Anfrage), Beilage ./H

Einstufung laut Kollektivvertrag

...
...

Nach den Ergebnissen der Baustellenkontrolle waren die hg Arbeitnehmer als Hilfsarbeiter auf dem Bauvorhaben tätig, dies deckt sich mit den eigenen Angaben der hg Arbeitnehmer und den Angaben des Arbeitgebers in den vorliegenden Arbeitsverträgen und entspricht überdies den Wahrnehmungen der Baustellenerheberin.

Die Arbeitsverhältnisse der hg Arbeitnehmer fallen daher - wie bereits ausgeführt - gem. §§ 1 ff iVm 33d BUAG in den Anwendungsbereich des Gesetzes und unterliegen dem Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie 2017.

Aufgrund dieser Erhebung stuft die BUAK die Arbeitnehmer P. R. und S. T. (vorsichtig) als Hilfsarbeiter ein.

Nach der Arbeitszeit pro Woche befragt, teilten die Arbeitnehmer mit, montags bis freitags täglich von 08:00 bis 17:00 Uhr auf dem Bauvorhaben tätig zu sein, 40 Stunden wöchentlich zu arbeiten, und einen Nettomonatslohn in Höhe von EUR 713,50 zu verdienen.

Bruttostundenlohn

Der BUAK liegen keine Arbeitgeberangaben im Sinne von Arbeitsverträgen, ZK03-Meldungen oder Lohnzetteln vor weshalb sich die BUAK hinsichtlich des ausbezahlten Bruttomonatslohns vollinhaltlich auf die schriftlichen Erstangaben der Arbeitnehmer in den Baustellenerhebungsprotokollen stützt. Die BUAK weist jedoch auf die Anmeldeunterlage zur ZK03-Meldung hin, welche auf dem Bauvorhaben hinterlegt war, und die Angaben des Arbeitnehmers F. G. insofern bestätigt, als auch dort ein Monatsnettolohn von EUR 713,50 ausgewiesen ist.

Zur Umrechnung des angegebenen Nettomonatslohns auf den Bruttomonatslohn wurde ein portugiesischer Brutto-Netto-Rechner herangezogen. Ein Monatsnettolohn von EUR 713,50 entspricht einem Bruttomonatslohn von EUR 910,-.

Eine in der Lohnverrechnung gängige Umrechnungsmethode vom Monatslohn auf den Wochenlohn erfolgt mit dem Teiler 4,33. Der Wochenlohn kann dann durch die Anzahl der Wochenstunden dividiert werden, um den Stundenlohn zu errechnen. Der Bruttostundenlohn wird daher mit folgender Formel berechnet:

$$\text{Bruttomonatslohn} / 4,33 / \text{Wochenstunden}^4.$$

Für die Arbeitnehmer F. G. und U. V. ergibt dies bei einem Bruttomonatslohn von EUR 910,- einen Bruttostundenlohn von EUR 5,25 bei 40 geleisteten Wochenstunden.

Der kollektivvertragliche Bruttostundenlohn für Hilfsarbeiter beträgt im März 2018, EUR 11,78.

Neben der Unterschreitung des Grundstundenlohns weist die BUAK auch auf den Verdacht der Unterentlohnung hinsichtlich weiterer Entgeltbestandteile hin.

Arbeitgeber müssen nach § 3 Abs 4 LSD- BG Arbeitnehmern im Kollektivvertrag vorgesehene Sonderzahlungen aliquot für die jeweilige Lohnzahlungsperiode zusätzlich zum laufenden Entgelt (Fälligkeit) leisten.

Weihnachtsremuneration

Der Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie sieht in § 12 ein Weihnachtsgeld nach einmonatiger Betriebszugehörigkeit vor. Dieses Weihnachtsgeld wird generell nach der folgenden Formel berechnet:

$$\text{Jahresstunden}/39 \times \text{KolIV-Lohn} \times 3,41 \times 1,2$$

Für die Arbeitnehmer P. R. und S. T. ergibt dies auf Basis des kollektivvertraglichen Stundenlohns von EUR 11,78, ein aliquotes Weihnachtsgeld in Höhe von EUR 1,24 je tatsächlich geleisteter Arbeitsstunde in Österreich.

Die Voraussetzungen für den Anspruch auf Bezahlung des aliquoten Weihnachtsgeldes war im Zeitpunkt der Baustellenerhebung jedenfalls erfüllt. Dies geht aus den eigenen Angaben der Arbeitnehmer in den Baustellenerhebungsprotokollen hervor.

Mehrstundenzuschlag

Der Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie sieht in § 2 Z 1 eine Wochenarbeitszeit von 39 Stunden vor. Den eigenen Angaben der hg Arbeitnehmer zufolge waren diese wöchentlich montags bis freitags jeweils 9 Stunden auf dem Bauvorhaben tätig, somit (abzüglich einer Mittagspause von einer Stunde täglich) 40 Stunden pro Woche. Jede die 39. Arbeitsstunde übersteigende tatsächlich geleistete Arbeitsstunde gilt als Mehrarbeitsstunde für welche ein Mehrstundenzuschlag von 50 % gebührt.

Der Kollektivvertrag für das Baugewerbe und Bauindustrie sieht in Anhang III zum genannten Kollektivvertrag in § 2 lit a für die Berechnung des Zuschlags für Überstunden und Mehrarbeit als Berechnungsbasis den jeweiligen kollektivvertraglichen Stundenlohn zuzüglich 20 % vor.

Aufgrund der fehlenden Lohnunterlagen und Arbeitszeitaufzeichnungen kann das Entstehen von und eine allfällige Auszahlung der geleisteten Mehrstunden nicht überprüft werden.

Aus verfahrensrechtlicher Vorsicht bezieht die BUAK diese Zuschläge vorerst nicht in die Berechnung der Unterentlohnung ein, weist jedoch darauf hin, dass bei Berücksichtigung des Mehrstundenzuschlages die Unterentlohnung noch höher ausfallen würde.

Unterentlohnung

Aufgrund der fehlenden Arbeitszeitaufzeichnungen und der fehlenden Lohnzettel berechnet die BUAK die Unterentlohnung anhand einer einzelnen geleisteten Arbeitsstunde, wobei die sich daraus ergebende Unterentlohnung gleichermaßen für jede tatsächlich geleistete Arbeitsstunde auf diesem Bauvorhaben gilt.

Den Arbeitnehmern gebührt ein Bruttostundenlohn von EUR 11,78 (Bauhilfsarbeiter) zuzüglich des aliquoten Weihnachtsgelds.

Vergleicht man nunmehr den ausbezahlten Bruttostundenlohn mit dem den Arbeitnehmern laut Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie 2017 zustehenden Bruttostundenlohn unter Berücksichtigung des Weihnachtsgeldes ergeben sich folgende Unterentlohnungen:

Tabelle (Grafik) nicht anonymisierbar

Die BUAK hielt abschließend fest, es liege bei beiden Dienstnehmern bezüglich der einen Stunde eine Unterentlohnung von 59,67 % (= jeweils 7,77 Euro) vor, weshalb in beiden Fällen jeweils eine Geldstrafe in der Höhe von 4.000,-- Euro beantragt werde.

Schon an dieser Stelle ist freilich anzumerken, dass für den Fall, dass die Arbeitnehmer im Monat nur an einigen wenigen Tagen für einige Stunden in Österreich gearbeitet haben, die Angabe eines pauschalen Monatslohnes (also für ihre Tätigkeiten in Österreich und in Portugal) wenig aussagekräftig für die Beantwortung der Frage ist, ob sie für ihre Beschäftigungszeiten in Österreich (und zwar für die konkreten Stunden) eine entsprechende Entlohnung im Sinne des § 29 Abs. 1 LSD-BG erhalten haben oder nicht.

Anzumerken ist weiters, dass von Seiten der BUAK keine Anzeige wegen Nichtbereithalten der Lohnunterlagen gelegt worden ist (die Strafsätze des § 28 LSD-BG sind ident mit denen des § 29 Abs. 1 LSD-BG). Wenn nämlich Lohnunterlagen, wie etwa Arbeitsverträge, Stundenaufzeichnungen, Lohnzettel etc. fehlen, dann erscheint es eigentlich nicht möglich zu sein, zielführende Berechnungen zur ordnungsgemäßen Entlohnung anzustellen.

Von Seiten des Kontrollorgans ist dem Bauleiter ein Aufforderungsschreiben wegen der fehlenden Lohnunterlagen zur Weitergabe an seinen Arbeitgeber übergeben worden. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass der Aufforderung, Lohnunterlagen für den aktuellen Lohnmonat März 2018 bis zum 20. des Folgemonates vorzulegen, die gesetzliche Grundlage fehlt. Innerhalb der gesetzlichen Frist sind die Unterlagen nicht übermittelt worden (auch diesfalls

wären also die entsprechenden Verwaltungsstraftatbestände verwirklicht worden).

Wie bereits ausgeführt, hat die BUAK weder das Nichtbereithalten von Lohnunterlagen noch das Nichtübermitteln (innerhalb der gesetzten Frist) von Unterlagen zur Anzeige gebracht (solche Anzeigen könnten viel zeitnahe zur Kontrolle gelegt und erledigt werden), sondern hat dann erst mehr als ein Jahr nach der Kontrolle eine Anzeige wegen Verdachtes von Übertretungen des § 29 Abs. 1 LSD-BG gelegt, eine Vorgangsweise, die eigentlich nicht nachvollziehbar ist.

Zur Rechtfertigung (mit Schreiben der belangten Behörde vom 16.07.2019) aufgefordert, brachte die Vertreterin des Bf bei einer niederschriftlichen Äußerung am 27.08.2019 vor, die beiden Arbeiter seien nach portugiesischem Kollektivvertrag für die Baubranche eingestuft und sogar überkollektivvertraglich entlohnt worden. Weiters habe die Arbeitgeberin alle zusätzlichen Kosten (wie z.B. Wohnkosten, Transportkosten) für die Arbeiter übernommen. In den ZKO-Meldungen sei die Entlohnung pro Stunde bekannt gegeben worden. Danach habe die BUAK immer die Zuschlagsverrechnungsliste monatlich übermittelt und Informationen über zu zahlende Beiträge übermittelt. Der Arbeitgeber habe die Beiträge immer pünktlich bezahlt. Für August und September 2018 habe der Arbeitgeber eine Zuschlagsverrechnungsliste der BUAK erhalten, aus der sich ergeben habe, dass keine offenen Beiträge zu bezahlen seien. In weiterer Folge habe die BUAK einen der vermeintlich unterentlohten Arbeiter (Herrn V.) ein Schreiben zugeschickt, worin ihm bekannt gegeben werde, welchen Urlaubsanspruch dieser habe und seine Ansprüche per 01.03.2019 seien mit 4.100,09 Euro festgestellt worden. Der Arbeiter habe seine Bankkontonummer bekannt gegeben und die Rückzahlung sei durchgeführt worden. Aus diesen Gründen erkläre sich der Bf und die Firma D. mit der Strafe als nicht einverstanden.

Nach Einholung einer Stellungnahme der BUAK vom 16.09.2019 und einer weiteren Stellungnahme des Bf vom 31.10.2019 erließ der Magistrat der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt ... gegen den Bf unter dem Datum 17.01.2020 ein Straferkenntnis, dessen Spruch folgenden Wortlaut hat:

„1. Datum: 19.03.2018 -21.03.2018
 Ort: Wien, E.-Straße
 Firma D. sa mit Sitz in W.

Sie haben als Verantwortlicher (als Geschäftsführer und somit gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen Berufener) der Firma D. sa in W., Portugal, zu verantworten, dass nachstehende/r Arbeitnehmer/in/innen beschäftigt wurde/n, ohne ihm/ihr/ihnen 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:

1)

Arbeitnehmer/in: F. G.,
 geb.: 1991

Staatsangehörigkeit: Portugal

Tätigkeit: Abbrucharbeiten / Hilfsarbeiter

Einstufung und Kollektivvertrag: Hilfsarbeiter und Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie 2017

Beschäftigungszeitraum: 19.03.2018 - 21.03.2018

Beschäftigungsausmaß: 40h/Woche

Beschäftigungs- bzw. Arbeitsort: „Umbau“ E.-straße, Wien

Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender Sonderzahlungen und Zulagen: € 13,02 pro Stunde

Tatsächlich geleistetes Entgelt: € 5,25 pro Stunde

Unterentlohnung in EURO: € 7,77, Unterentlohnung in Prozent: 59,67%

Grafik – nicht anonymisierbar

2. Datum: 12.02.2018 -21.03.2018
 Ort: Wien, E.-Straße
 Firma D. sa mit Sitz in W.

2)

Arbeitnehmer/in: U. V.,

geb.: 1992 Staatsangehörigkeit: Portugal

Tätigkeit: Abbrucharbeiten / Hilfsarbeiter

Einstufung und Kollektivvertrag: Hilfsarbeiter und Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie 2017

Beschäftigungszeitraum: 12.02.2018-21.03.2018

Beschäftigungsausmaß: 40h/Woche

Beschäftigungs- bzw. Arbeitsort: „Umbau“ E.-straße, Wien

Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender Sonderzahlungen und Zulagen: € 13,02 pro Stunde

Tatsächlich geleistetes Entgelt: € 5,25 pro Stunde

Unterentlohnung in EURO: € 7,77, Unterentlohnung in Prozent: 59,67%

Grafik – nicht anonymisierbar

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

1. § 29 Abs. 1 erster Satz Bundesgesetz, mit dem ein Gesetz zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping erlassen wird (Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz - LSD-BG) StF: BGBl. I Nr. 44/2016 idgF. i.V.m. dem/der angeführten Gesetz/Verordnung/Kollektivvertrag
2. § 29 Abs. 1 erster Satz LSD-BG i.V.m. dem/der angeführten Gesetz/Verordnung/Kollektivvertrag

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird (werden) über Sie folgende Strafe(n) verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Gemäß
1. € 4.000,00	4 Tage(n) 0 Stunde(n) 0 Minute	§ 29 Abs. 1 1. Strafsatz Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016
2. € 4.000,00	4 Tage(n) 0 Stunde(n) 0 Minute	§ 29 Abs. 1 1. Strafsatz Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:

€ 800,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens € 10 für jedes Delikt.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher € 8.800,00

Die D. sa haftet für die mit diesem Bescheid über den zur Vertretung nach außen Berufenen, Herrn A. B. verhängten Geldstrafen von € 4.000,00 und € 4.000,00 und die Verfahrenskosten in der Höhe von € 800,00 sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gemäß § 9 Abs.7 VStG zur ungeteilten Hand."

Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf fristgerecht Beschwerde. Darin brachte er im Wesentlichen vor, ihn würde – wenn überhaupt – nur leichte Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden können. Auch seien die Strafen zu hoch bemessen.

Diese Beschwerde wurde der BUAK mit der Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme im Rahmen des Parteiengehörs zur Kenntnisnahme übermittelt. Hiezu erstattete die BUAK mit Schreiben vom 15.04.2020 eine umfangreiche Stellungnahme.

Mit Schreiben vom 23.04.2020 teilte der Bf mit, dass die Beschwerde auf die Bekämpfung der Strafhöhe (Anwendung des § 20 VStG) eingeschränkt werde. Es wurde auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Die maßgebenden Bestimmungen des LSD-BG, BGBl. I Nr. 44/2016, in der für die angelastete Tatzeit maßgebenden Fassung gemäß BGBl. I Nr. 64/2017, lauten auszugsweise:

„Geltungsbereich

§ 1 (1) Dieses Bundesgesetz gilt für

1. Arbeitsverhältnisse, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen,
2. die Beschäftigung von Arbeitskräften im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG), BGBl. Nr. 196/1988,

...

Anspruch auf Mindestentgelt

§ 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.

...

Kompetenzzentrum LSDB

§ 13 (1) Für die Kontrolle des dem nicht dem ASVG unterliegenden Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort außerhalb Österreichs nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag in Österreich unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zustehenden Entgelts im Sinne des § 29 Abs. 1 wird das Kompetenzzentrum LSDB eingerichtet.

(2) Das Kompetenzzentrum LSDB hat im übertragenen Wirkungsbereich nach den Weisungen des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz die folgenden Aufgaben wahrzunehmen:

1. Entgegennahme der Erhebungsergebnisse der Abgabenbehörden,
2. Ersuchen an die Abgabenbehörden, konkret zu bezeichnende weitere Erhebungen zu übermittelten Erhebungsergebnissen oder Erhebungen auf Grund von begründeten Mitteilungen durch Dritte durchzuführen,
3. Erstattung der Strafanzeige nach Abs. 4,
4. Führung der Verwaltungs(straf)evidenz und Auskunftserteilung nach § 35,
5. Wahrnehmung der Parteistellung und der damit verbundenen Berechtigungen nach § 32 Abs. 1,
6. Information des Arbeitnehmers über eine sein Arbeitsverhältnis betreffende Anzeige nach Abs. 4 in Verfahren nach § 29 Abs. 1, soweit die Anschrift in der Meldung gemäß § 19 angeführt ist.

(3) Die Aufwendungen des Kompetenzzentrums LSDB trägt der Bund.

(4) Stellt das Kompetenzzentrum LSDB fest, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Sinne des Abs. 1 nicht zumindest das nach Abs. 1 zustehende maßgebliche Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien leistet, hat es Anzeige an die zuständige Bezirksverwaltungsbehörde zu erstatten. Mit der Anzeige ist ein bestimmtes Strafausmaß zu beantragen. Die Anzeige ist der Abgabenbehörde zum Zwecke der Nachverrechnung von Abgaben elektronisch zur Kenntnis zu übermitteln. Entgeltzahlungen, die das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt übersteigen, sind auf allfällige Unterentlohnungen im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum anzurechnen.

(5) Das Kompetenzzentrum LSDB kann die Kollektivvertragspartner, die den für den Arbeitnehmer maßgeblichen Kollektivvertrag abgeschlossen haben, zu Entgeltfragen, insbesondere zur Ermittlung des dem Arbeitnehmer unter Beachtung der Einstufungskriterien nach Abs. 1 zustehenden Entgelts, anhören. Erhebt ein Arbeitgeber begründete Einwendungen gegen das vom Kompetenzzentrum LSDB angenommene Entgelt, insbesondere die angenommene Einstufung, hat das Kompetenzzentrum LSDB die Kollektivvertragspartner anzuhören. Eine Stellungnahme der Kollektivvertragspartner hat eine gemeinsame zu sein. Aufwändersätze und Sachbezüge dürfen, soweit der Kollektivvertrag nicht anderes bestimmt, für die Zwecke der Bestimmung des kollektivvertraglichen Entgelts nicht angerechnet werden.

(6) Stellt das Kompetenzzentrum LSDB fest, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Abs. 1 gebührenden Entgelt nach Mitteilung des

Kompetenzzentrums LSDB binnen einer vom Kompetenzzentrum LSDB 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 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG, BGBl. Nr. 52/1991) oder des verantwortlichen Beauftragten (§ 9 Abs. 2 oder 3 VStG) leichte Fahrlässigkeit nicht übersteigt,

hat es von einer Anzeige an die zuständige Bezirksverwaltungsbehörde abzusehen. Ebenso ist von einer Anzeige abzusehen, wenn der Arbeitgeber das dem Arbeitnehmer nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührende Entgelt vor der Mitteilung durch das Kompetenzzentrum LSDB nachweislich leistet und die übrigen Voraussetzungen nach dem ersten Satz vorliegen. § 25 Abs. 3 VStG, ist nicht anzuwenden. Von einer Anzeige ist auch abzusehen, wenn ein Strafaufhebungsgrund nach § 29 Abs. 2 vorliegt.

(7) Das Kompetenzzentrum LSDB ist berechtigt, gegen Kostenersatz andere Gebietskrankenkassen mit der Vertretung im Namen des Kompetenzzentrums LSDB vor der Bezirksverwaltungsbehörde und dem Verwaltungsgericht zu beauftragen.

...

Feststellung von Übertretungen durch die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse

§ 15 (1) teilt 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.

...

Unterentlohnung

§ 29 (1) Wer als Arbeitgeber einen Arbeitnehmer beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, zu

leisten, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe zu bestrafen. Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, liegt eine einzige Verwaltungsübertretung vor. Entgeltzahlungen, die das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt übersteigen, sind auf allfällige Unterentlohnungen im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum anzurechnen. Hinsichtlich von Sonderzahlungen für dem ASVG unterliegende Arbeitnehmer liegt eine Verwaltungsübertretung nach dem ersten Satz nur dann vor, wenn der Arbeitgeber die Sonderzahlungen nicht oder nicht vollständig bis spätestens 31. Dezember des jeweiligen Kalenderjahres leistet. Sind von der Unterentlohnung höchstens drei Arbeitnehmer betroffen, beträgt die Geldstrafe für jeden Arbeitnehmer 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Wiederholungsfall 2 000 Euro bis 20 000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer betroffen, für jeden Arbeitnehmer 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Wiederholungsfall 4 000 Euro bis 50 000 Euro. Ebenso ist zu bestrafen, wer als Auftraggeber im Sinne des § 14 Abs. 1 Z 3 einen Heimarbeiter beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm zumindest das nach Gesetz oder Verordnung gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, zu leisten.

(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.“

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.

Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) 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 §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Überwiegen die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich, so kann im Grunde des § 20 VStG die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden.

Durch § 20 VStG wird der Strafsatz (§ 10 leg.cit.) insofern geändert, als für die darin angeführten Fälle die Mindeststrafe die Hälfte der für die jeweilige Übertretung vor-gesehenen Mindeststrafe beträgt. Diese Bestimmung räumt der Behörde ungeachtet der Verwendung des Wortes "kann" kein Ermessen ein.

Überwiegen die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich, dann hat der Beschuldigte einen Rechtsanspruch auf Anwendung des außerordentlichen Milderungsrechtes. Die Behörde hat in diesem Fall der Strafbemessung einen Strafrahmen zugrunde zu legen, dessen Untergrenze die Hälfte der (gesetzlichen) Mindeststrafe beträgt und ausgehend davon die Strafe innerhalb des solcherart (nach unten) geänderten Strafrahmens festzusetzen. Die Strafzumessung innerhalb dieses sich aus der Anwendung des § 20 VStG ergebenden Strafrahmens ist - wie in den Fällen, in denen das außerordentliche Milderungsrecht nicht zur Anwendung gelangt - in das Ermessen der Behörde gestellt, das sie nach den Kriterien des § 19 VStG auszuüben hat (vgl. z.B. das Erkenntnis des VwGH vom 21.05.1992, Zl. 92/09/0015).

Im vorliegenden Fall ist (aufgrund der Einschränkung der Beschwerde auf die Strafhöhe) sachverhältnismäßig davon auszugehen, dass es der Bf als Geschäftsführer der Firma D. zu verantworten hat, dass diese Gesellschaft zwei namentlich genannte Arbeitnehmer in der Zeit von 19.03.2018 bis 21.03.2018 bzw. 12.02.2018 bis 21.03.2018 mit Abbrucharbeiten (als Hilfsarbeiter) beschäftigt hat, wobei die Gesellschaft diesen nicht das ihnen nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inklusive allfällig gebührender Sonderzahlungen und Zulagen zustehende Entgelt bezahlt hat, wobei – und dies sei an dieser Stelle nochmals klargestellt – die anzeigelegende BUAK und die belangte Behörde die Unterentlohnung nur bezüglich einer einzelnen geleisteten Arbeitsstunde (statt 13,02 Euro pro Stunde nur 5,25 Euro pro Stunde) festgestellt hat. Die Arbeitgeberin ist wegen Unterentlohnungen bisher nicht auffällig geworden. Bemerkenswert ist, wenn die BUAK in ihrer Anzeige davon spricht, dass aufgrund der fehlenden Arbeitsaufzeichnungen und der fehlenden Lohnzettel die Unterentlohnung anhand einer einzelnen geleisteten Arbeitsstunde berechnet werde, wobei die sich daraus ergebende Unterentlohnung gleichermaßen für jede tatsächlich geleistete Arbeitsstunde auf diesem Bauvorhaben gelte. Um zu solchen Feststellungen seriös zu gelangen, wäre es wohl notwendig zu wissen, an welchen Tagen wie viele Stunden der einzelne Arbeitnehmer tatsächlich geleistet hat (anhand von Arbeitsaufzeichnungen) bzw. welchen Lohn er dann hierfür tatsächlich in welcher Höhe erhalten hat (Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise). Es kann dem Spruch (auch dem Inhalt der Anzeige) nicht entnommen werden, an welchem Tag (zu welcher Zeit) der

jeweilige Arbeitnehmer die eine Stunde geleistet haben solle, für die er nicht ordnungsgemäß (im Sinne des § 29 Abs. 1 LSD-BG) entlohnt worden sein solle. Wie auch schon angeführt, entspricht eine solche Vorgangsweise der BUAK (die letztlich in das Straferkenntnis eingeflossen ist) nicht dem Gesetz. Von Seiten des portugiesischen Unternehmens sind auf der Baustelle bei der Kontrolle näher angeführte Lohnunterlagen nicht bereitgehalten worden (die aber für eine Berechnung des Entgeltes erforderlichen wären). Diesfalls hätte dem Bf ein Nichtbereithalten der Lohnunterlagen (siehe § 28 Z. 1 LSD-BG) angelastet werden können. Es hätte ein solches Verfahren (Anmerkung: mit den gleichen Strafsätzen) zeitnah und verfahrensökonomisch abgeführt werden können. Die BUAK hat dies aber nicht gemacht, sondern Monate mit der Anzeigelegung zugewartet und sich dann dazu entschlossen, in aufwendigen Berechnungen den Nachweis zu versuchen, dass den beiden Dienstnehmern nicht das zustehende Entgelt nach § 29 Abs. 1 LSD-BG ausbezahlt worden sei. Die BUAK räumte in der Anzeige selbst ein, die Berechnung habe nur für eine Stunde aufgrund der fehlenden Arbeitsaufzeichnungen und der fehlenden Lohnzettel erfolgen können.

Hierzu ist anzumerken, dass es, um seriöse Berechnungen nach § 29 Abs. 1 LSD-BG anstellen zu können, natürlich erforderlich ist, dass die anzeigelegende Behörde eine genaue Übersicht über die geleisteten Arbeitsstunden der Arbeitnehmer auf der österreichischen Baustelle hat (deshalb gibt es auch die Verpflichtung, entsprechende Arbeitszeitaufzeichnungen auf der Baustelle bereitzuhalten; wenn dem nicht entsprochen wird, dann gibt es eben eine eigene Strafbestimmung). Wenn nämlich völlig unklar ist, wie viele Stunden der auf dem Lohnzettel aufgelistete Arbeitsstunden der einzelne Arbeitnehmer auf der österreichischen Baustelle geleistet hat, dann erscheint es (zumindest seriös) unmöglich zu sein, Berechnungen anstellen zu können, ob nun eine Unterentlohnung vorliegt oder nicht.

Es wird auch übersehen, dass § 3 Abs. 3 LSD-BG nicht etwa die unmittelbare Geltung eines Kollektivvertrages für ein ihm nicht unterliegendes Beschäftigungsverhältnis anordnet. Wortlaut und Normzweck gehen dahin, dass österreichische Arbeitsbedingungen im Zuge der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit nicht im Wege eines Sozialdumpings unterlaufen werden sollen. Soweit es dabei um das Arbeitsentgelt geht, genügt es daher diesem

Gesetzeszweck, dass das vertraglich bedungene Entgelt das jeweils kollektivvertraglich gebührende nicht unterschreitet. Gebührt dieses Arbeitsentgelt nach den getroffenen Vereinbarungen nur zwölf Mal jährlich, sieht der Kollektivvertrag hingegen (wie im Regelfall) auch Sonderzahlungen vor, dann ist dieser Günstigkeitsvergleich auf eine Jahresbetrachtung zu erweitern; ein Unterlaufen der österreichischen Arbeitsbedingungen ist nämlich insoweit nicht zu besorgen, als ein zwölf Mal im Jahr ausbezahltes Entgelt insgesamt nicht niedriger ist als das kollektivvertragliche gebührende Entgelt einschließlich der Sonderzahlungen. Eine ausdrückliche Abdingung der Sonderzahlungen im Hinblick auf eine überkollektivvertragliche Entlohnung kann daher auch von redlichen und vernünftigen, den Gesetzeszweck des § 7 AVRAG (nunmehr vergleichbar: § 3 Abs. 3 LSD-BG) bedenkenden Vertragsparteien – anders als im Falle von Arbeitsverhältnissen, die unmittelbar dem Kollektivvertrag unterliegen – gar nicht erwartet werden (siehe zum Ganzen das Erkenntnis des VwGH vom 15.10.2003, ZI. 2000/08/0003).

Bei der Strafbemessung war als – wesentlicher – Milderungsgrund zu berücksichtigen, dass der Bf zur Tatzeit noch verwaltungsstrafrechtlich unbescholten gewesen ist. Im vorliegenden Fall wurde dem Bf angelastet, er hätte bezüglich zweier Dienstnehmer für jeweils eine Stunde statt 13,02 Euro 5,25 Euro an Entgelt geleistet, sodass von einer Unterentlohnung von 7,77 Euro auszugehen sei. Hierzu ist anzumerken, dass von Seiten der anzeigelegenden BUAK weder Stundenlisten noch irgendwelche Lohnzettel vorgelegt werden konnten. Die BUAK hat einfach aufgrund von Angaben der Dienstnehmer zu einem Nettomonatslohn und von Angaben auf Meldungen Berechnungen zu einem Stundenlohn angestellt, was letztlich zu einer angenommenen Unterentlohnung für eine Stunde geführt hat. Eine verlässliche Grundlage, um einen Bruttostundenlohn für die Tage einer tatsächlichen Tätigkeit in Österreich berechnen zu können, bieten allein eigene Angaben der Dienstnehmer nicht. Die BUAK hatte angezeigt, dass die Differenz des Stundenlohnes für eine Stunde 7,77 Euro betragen hat. Nur wenn Stundenlisten vorliegen bzw. Lohnzettel (bezüglich der in der Vergangenheit geleisteten Arbeitsstunden) kann seriös berechnet werden, ob eine dem LSD-BG entsprechende Entlohnung stattgefunden hat oder nicht. Letztlich bleibt als Vorwurf nur übrig, dass die beiden Dienstnehmer die eine angelastete Arbeitsstunde irgendwann einmal (es

gibt ja keine Arbeitszeitaufzeichnungen) innerhalb des Zeitraumes vom 19.03.2018 bis 21.03.2018 bzw. vom 12.02.2018 bis 21.03.2018 geleistet haben. Bemerkenswert ist auch die Angabe der BUAK in der Äußerung zur Beschwerde, wonach sich der Bf durch das Unterlassen der Vorlage von Lohnunterlagen einer umfassenden Prüfung entziehe, gleichzeitig aber lastete sie dem Bf – wie oben dargestellt, aufgrund einer fragwürdigen Vorgangsweise – eine Unterentlohnung an.

Gemäß § 20 VStG kann die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen; dafür kommt es nicht auf die Zahl der gegebenen Milderungs- und Erschwerungsgründe an, sondern ausschließlich auf deren Bedeutung im Rahmen des konkret gegebenen Sachverhaltes (vgl. dazu das Erkenntnis des VwGH vom 23.04.2008, ZI. 2008/03/0012). Der im vorliegenden Fall zu berücksichtigende Milderungsgrund bedeutet beim Fehlen von Erschwerungsgründen – bei der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation – nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes Wien ein beträchtliches Überwiegen der Milderungsgründe über die Erschwerungsgründe im Sinne des § 20 VStG. Es war daher von der Möglichkeit der außerordentlichen Milderung der Strafe nach § 20 VStG Gebrauch zu machen.

Der Bf machte im Verfahren keine Angaben zu seinen Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen. Das Verwaltungsgericht Wien nahm daher aufgrund der Tätigkeit des Bf als Geschäftsführer der Firma D. durchschnittliche Einkommensverhältnisse und fehlendes Vermögen an. Sorgepflichten konnten mangels Angaben in diese Richtung nicht berücksichtigt werden.

Unter Bedachtnahme auf diese Strafzumessungsgründe konnte – unter Anwendung der außerordentlichen Strafmilderung des § 20 VStG – die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe in beiden Fällen unterschritten und eine Geldstrafe von jeweils 500,-- Euro verhängt werden. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes Wien sollten die nunmehr verhängten milden Strafen ausreichend sein, um den Bf zukünftig von Verwaltungsübertretungen der gleichen Art abzuhalten.

Die Kostenentscheidungen gründen sich auf § 64 Abs. 2 VStG und auf § 52 Abs. 8 VwGVG. Der Haftungsausspruch stützt sich auf § 9 Abs. 7 VStG.

Die ordentliche Revision war nicht zuzulassen, weil sich keine über die Bedeutung des Einzelfalles hinausgehenden Rechtsfragen stellten.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Verfahrenshilfe ist einer Partei so weit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen als sie 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.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. 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.

Verwaltungsgericht Wien

Mag. Fritz
Richter