



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38640
Telefax: (43 01) 4000 99 38640
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-041/078/353/2019-8
A. B.

Geschäftsabteilung: VGW-F

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Marcus Osterauer über die Beschwerde des Herrn A. B. gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien vom 14. November 2018, ZI. MBA ..., betreffend Verwaltungsübertretungen nach dem LSD-BG

zu Recht e r k a n n t:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und die Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 zweiter Fall VStG eingestellt.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Beschwerdeführer keinen Beitrag zu den Kosten des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

Entscheidungsgründe

1. Bekämpftes Straferkenntnis:

Mit dem verfahrensgegenständlichen Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien (in Folge: belangte Behörde) vom 14. November 2018, MBA ... wurden über den Beschwerdeführer als zur Vertretung nach außen berufenem Organ der „C., Lda“ mit Sitz in Portugal wegen Übertretung des § 29 Abs. 1 LSD-BG (Unterentlohnung) in drei Fällen gemäß § 29 Abs. 1 erster Strafsatz LSD-BG drei Geldstrafen in der Höhe von je 3.000,00 Euro, für den Fall von deren Uneinbringlichkeit drei Ersatzfreiheitsstrafen von je 1 Woche und 12 Stunden verhängt. Auf das Wesentlichste zusammengefasst wird dem Beschwerdeführer im Straferkenntnis zur Last gelegt, dass nach einer Anzeige der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (in Folge: BUAK) den drei betroffenen nach Österreich entsandten Arbeitnehmern in den Lohnzahlungszeiträumen 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017, 1. November 2017 bis 30. November 2017 und 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 nicht das diesen nach dem Gesetz und dem Kollektivvertrag zustehende Entgelt bezahlt worden sei. Die nachträgliche Zahlung des Differenzbetrages zwischen dem den betroffenen Arbeitnehmern zunächst geleisteten und dem diesen nach dem Kollektivvertrag zustehenden Entgelt sei nur strafmildernd zu berücksichtigen, habe jedoch keine schuldbefreiende Wirkung.

2. Beschwerde und Beschwerdeverfahren:

2.1. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde an das Verwaltungsgericht. In der Begründung führte der Beschwerdeführer (auf das Wesentlichste zusammengefasst) aus, dass es zutreffe, dass das Weihnachtsgeld irrtümlich quartalsweise abgerechnet worden sei. Der Abrechnung der Überstunden sei irrtümlich der kollektivvertragliche Stundenlohn und nicht der um 20% erhöhte kollektivvertragliche Mindestlohn pro Stunde zugrunde gelegt worden. Für die Unterentlohnungen seien noch vor Aufforderung zur Rechtfertigung durch die belangte Behörde Nachzahlungen geleistet worden, sodass die Voraussetzungen für einen Entfall der Strafbarkeit gemäß § 29 Abs. 2 LSD-BG vorliegen würden. Eine mündliche Verhandlung wurde beantragt.

2.2. Die belangte Behörde nahm von einer Beschwerdeentscheidung Abstand und legte den Akt dem Verwaltungsgericht Wien vor.

2.3. Das Verwaltungsgericht Wien machte der BUAK gemäß § 10 VwGVG Mitteilung der Beschwerde. In ihrer Stellungnahme vom 29. Jänner 2019 führte die BUAK (auf das Wesentlichste zusammengefasst) aus, dass im Zeitpunkt der Baustellenkontrolle durch die BUAK sowie in dem dem Straferkenntnis zugrunde liegenden Zeitraum keine Nachzahlungen erfolgt seien, sodass zu diesem Zeitpunkt bzw. Zeitraum eine Unterentlohnung im angezeigten Ausmaß jedenfalls bestanden habe. Die Nachzahlungen seien erst nach den Erhebungen durch die BUAK erfolgt, sodass § 29 Abs. 2 LSD-BG nicht anwendbar sei. Auch die Voraussetzungen für die Anwendung des § 29 Abs. 3 LSD-BG würden nicht vorliegen, da weder von leichter Fahrlässigkeit noch – angesichts einer Unterentlohnung im Erhebungszeitpunkt von 11,38% bzw. 11,29% - von einer geringen Unterentlohnung gesprochen werden könne. Der Umstand, dass aufgrund der nunmehr vollständig vorliegenden Lohnunterlagen davon auszugehen sei, dass die zur Anzeige gebrachte Unterentlohnung mit 20. Juli 2018 ausgeglichen worden sei, werde im Rahmen der Strafzumessung vom Verwaltungsgericht zu würdigen sein.

2.3. Am 3. Dezember 2019 fand vor dem Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, in der die BUAK außer Streit stellte, dass die verfahrensgegenständlichen Unterentlohnungen durch Nachzahlungen behoben wurden und zwar betreffend die Weihnachtsremunerationen durch Überweisungen im Jänner 2018 und betreffend die Überstundenentgelte im Juli 2018.

3. Festgestellter Sachverhalt und Beweiswürdigung:

3.1. Folgender Sachverhalt wird festgestellt:

3.1.1. Der Beschwerdeführer ist zur Vertretung nach außen Berufenes Organ der „C., Lda“ mit Sitz in Portugal.

3.1.2. Die „C., Lda“ beschäftigte auf der Baustelle in Wien, D.-Straße/E.-straße „F.“, vom 21. August 2017 bis zumindest 31. Dezember 2017 die von ihr zur Erbringung einer fortgesetzten Arbeitsleistung nach Österreich entsandten Arbeitnehmer G. K. als Vizepolier und H. K. als angelernten Arbeiter (Schaler) sowie von 12. September 2017 bis zumindest 31. Dezember 2017 den von ihr zur Erbringung einer fortgesetzten Arbeitsleistung nach Österreich entsandten Arbeitnehmer L. M. als angelernten Arbeiter (Schaler).

3.1.3. Am 19. Oktober 2017 führte die BUAK auf der Baustelle in Wien, D.-Straße/E.-straße „F.“, eine Kontrolle durch. Anlässlich dieser Kontrolle übergaben die Ermittlerinnen der BUAK an G. K. ein Aufforderungsschreiben in portugiesischer Sprache zur Weitergabe an die „C., Lda“. Dieses Schreiben enthielt unter anderem die Aufforderung, näher bezeichnete Lohnunterlagen für den aktuellen Lohnmonat Oktober 2017 sowie die folgenden Lohnmonate November und Dezember 2017 jeweils bis zum 20. des Folgemonats zu übermitteln. In weiterer Folge übermittelte die „C., Lda“ am 16. November 2017 Lohnunterlagen für den Oktober 2017, am 15. Dezember 2017 für den November 2017 und am 19. Jänner 2017 für den Dezember 2017.

3.1.4. Mit Schreiben vom 27. August 2018 erstattete die BUAK bei der belangten Behörde gegen den Beschwerdeführer wegen der Unterentlohnung von G. K., H. K. und L. M. betreffend die Lohnzahlungszeiträume 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017, 1. November 2017 bis 30. November 2017 und 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017.

3.1.5. Die „C., Lda“ zahlte G. K. an Grundlohn für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 für 172,50 Stunden 2.703,07 Euro (172,5 x 15,67), für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 für 174 Stunden 2.726,58 Euro (174 x 15,67) und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 für 86,50 Stunden 1.355,46 Euro (86,5 x 15,67). Der G. K. zustehende kollektivvertragliche Mindestgrundlohn für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 betrug für 174 Stunden 2.717,88 Euro (174 x 15,62), für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 für 174 Stunden 2.717,88 Euro (174 x 15,62) und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 1.351,13 Euro (86,5 x 15,62). Daraus ergibt sich hinsichtlich des Grundlohns für den

Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 eine Unterentlohnung von 14,81 Euro (2.717,88 – 2.703,07, für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 eine Überzahlung von 8,70 Euro (2.726,58 – 2.717,88) und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 eine Überzahlung von 4,33 Euro (1.355,46 – 1.351,13). G. K. stand für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 ein Anspruch auf anteiliges Weihnachtsgeld in der Höhe von 324,50 Euro, für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 in der Höhe von 333,52 Euro und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 in der Höhe von 153,24 Euro zu. Am 15. Jänner 2018 bezahlte die „C., Lda“ Weihnachtsgeld für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 in Höhe von 324,72 Euro, für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 in Höhe von 333,74 Euro und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 in Höhe von 153,34 Euro, was hinsichtlich des Weihnachtsgeldes für den Zeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 eine Überzahlung von 0,22 Euro (324,72 – 324,50), für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 eine Überzahlung von 0,22 Euro (333,74 – 333,52) und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 eine Überzahlung von 0,10 Euro (153,34 – 153,24) ergibt. Der G. K. zustehende Anspruch für Mehrstunden betrug für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 für 24 Mehrstunden 674,88 Euro (24 x 28,12), für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 für 29,5 Mehrstunden 829,42 Euro (29,5 x 28,12) und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 für 7 Mehrstunden 196,84 Euro (7 x 28,12). Bezahlt wurden für die Mehrstunden zum jeweiligen Fälligkeitszeitpunkt am 15. der Folgemonate für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 für 25,5 Mehrstunden 599,38 Euro (25,5 x 23,51), für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 für 29,5 Mehrstunden 693,40 Euro (29,5 x 23,51) und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 für 7 Mehrstunden 164,54 Euro (7 x 23,51). Dies ergab hinsichtlich der Mehrstunden für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 eine Unterentlohnung von 75,50 Euro (674,88 – 599,38), für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 eine Unterentlohnung von 136,02 Euro (829,42 – 693,40) und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 eine Unterentlohnung von 32,30 Euro (196,84 – 164,54). Am 20. Juli 2018 erfolgte eine weitere Zahlung von

831,07 Euro für 173,50 im Zeitraum von 07/2017 bis 04/2018 geleistete Mehrstunden, sohin von 4,79 Euro ($831,07/173,50$) für jede Mehrstunde. Dies ergibt eine Nachzahlung von 122,15 Euro für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 ($25,5 \times 4,79$), von 141,31 Euro für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 ($29,5 \times 4,79$) und von 33,53 Euro für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017. Daraus ergibt sich hinsichtlich der Mehrstunden eine Überzahlung von 46,65 Euro ($122,15 - 75,50$) für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017, von 5,29 Euro ($141,31 - 136,02$) für den Zeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 und von 1,23 Euro ($33,53 - 32,30$) für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017. Insgesamt ergibt sich somit unter Berücksichtigung von Grundlohn, anteiligem Weihnachtsgeld und Mehrstunden für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 eine Überzahlung von 32,06 Euro ($-14,81 + 0,22 + 46,65$), für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 eine Überzahlung von 14,21 Euro ($8,70 + 0,22 + 5,29$) und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 eine Überzahlung von 5,66 Euro ($4,33 + 0,10 + 1,23$).

3.1.6. Die „C., Lda“ zahlte L. M. an Grundlohn für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 für 172,50 Stunden 2.287,35 Euro ($172,5 \times 13,26$), für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 für 174 Stunden 2.307,24 Euro ($174 \times 13,26$) und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 für 86,50 Stunden 1.146,99 Euro ($86,5 \times 13,26$). Der L. M. zustehende kollektivvertragliche Mindestgrundlohn für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 betrug für 174 Stunden 2.300,28 Euro ($174 \times 13,22$), für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 für 174 Stunden 2.300,28 Euro ($174 \times 13,22$) und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 1.143,53 Euro ($86,5 \times 13,22$). Daraus ergibt sich hinsichtlich des Grundlohns für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 eine Unterentlohnung von 12,93 Euro ($2.287,35 - 2.300,28$), für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 eine Überzahlung von 6,96 Euro ($2.307,24 - 2.300,28$) und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 eine Überzahlung von 3,46 Euro ($1.146,99 - 1.143,53$). L. M. stand für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 ein Anspruch auf anteiliges Weihnachtsgeld der Höhe von 274,64 Euro, für den Lohnzeitraum 1. November

2017 bis 30. November 2017 in der Höhe von 282,27 Euro und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 in der Höhe von 125,53 Euro zu. Am 15. Jänner 2018 bezahlte die „C., Lda“ Weihnachtsgeld für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 in Höhe von 275,22 Euro, für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 in Höhe von 282,87 Euro und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 in Höhe von 125,80, was hinsichtlich des Weihnachtsgeldes für den Zeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 eine Überzahlung von 0,42 Euro ($275,22 - 274,64$), für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 eine Überzahlung von 0,42 Euro ($282,87 - 282,27$) und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 eine Überzahlung von 0,27 Euro ($125,80 - 125,53$) ergibt. Der L. M. zustehende Anspruch für Mehrstunden betrug für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 für 24 Mehrstunden 572,00 Euro ($24 \times 23,80$), für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 für 29,5 Mehrstunden 702,10 Euro ($29,5 \times 23,80$) und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 für 4 Mehrstunden 95,20 Euro ($4 \times 23,80$). Bezahlt wurden für die Mehrstunden zum jeweiligen Fälligkeitszeitpunkt am 15. der Folgemonate für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 für 25,5 Mehrstunden 507,20 Euro ($25,5 \times 19,89$), für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 für 29,5 Mehrstunden 586,76 Euro ($29,5 \times 19,89$) und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 für 4 Mehrstunden 79,56 Euro ($4 \times 19,89$). Dies ergab hinsichtlich der Mehrstunden für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 eine Unterentlohnung von 64,00 Euro ($571,20 - 507,20$), für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 eine Unterentlohnung von 115,34 Euro ($702,10 - 586,76$) und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 eine Unterentlohnung von 15,64 Euro ($95,20 - 79,56$). Am 20. Juli 2018 erfolgte eine weitere Zahlung von 610,50 Euro für 150,00 im Zeitraum von 07/2017 bis 04/2018 geleistete Mehrstunden, sohin von 4,07 Euro ($610,50/150$) für jede Mehrstunde. Dies ergibt eine Nachzahlung von 103,79 Euro für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 ($25,5 \times 4,07$), von 120,07 Euro für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 ($29,5 \times 4,07$) und von 16,28 Euro ($4 \times 4,07$) für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017. Daraus ergibt sich hinsichtlich der Mehrstunden eine Überzahlung von 39,79 Euro ($103,79 - 64,00$) für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis

31. Oktober 2017, von 4,73 Euro (120,07 - 115,34) für den Zeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 und von 0,64 Euro (16,28 - 15,64) für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017. Insgesamt ergibt sich somit unter Berücksichtigung von Grundlohn, anteiligem Weihnachtsgeld und Mehrstunden für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 eine Überzahlung von 27,28 Euro (-12,93 + 0,42 + 39,79), für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 eine Überzahlung von 12,29 Euro (6,96 + 0,60 + 4,73) und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 eine Überzahlung von 4,37 Euro (3,46 + 0,27 + 0,64).

3.1.7. Die „C., Lda“ zahlte H. K. an Grundlohn für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 für 172,50 Stunden 2.287,35 Euro (172,5 x 13,26), für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 für 174 Stunden 2.307,24 Euro (174 x 13,26) und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 für 86,50 Stunden 1.146,99 Euro (86,5 x 13,26). Der H. K. zustehende kollektivvertragliche Mindestgrundlohn für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 betrug für 174 Stunden 2.300,28 Euro (174 x 13,22), für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 für 174 Stunden 2.300,28 Euro (174 x 13,22) und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 für 86,5 Stunden 1.143,53 Euro (86,5 x 13,22). Daraus ergibt sich hinsichtlich des Grundlohns für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 eine Unterentlohnung von 12,93 Euro (2.287,35 - 2.300,28), für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 eine Überzahlung von 6,96 Euro (2.307,24 - 2.300,28) und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 eine Überzahlung von 3,46 Euro (1.146,99 - 1.143,53). H. K. stand für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 ein Anspruch auf anteiliges Weihnachtsgeld der Höhe von 274,64 Euro, für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 in der Höhe von 282,27 Euro und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 in der Höhe von 129,69 Euro zu. Am 15. Jänner 2018 bezahlte die „C., Lda“ Weihnachtsgeld für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 in Höhe von 275,22 Euro, für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 in Höhe von 282,87 Euro und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 in Höhe von 129,97, was hinsichtlich des Weihnachtsgeldes für den

Zeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 eine Überzahlung von 0,42 Euro (275,22 – 274,64), für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 eine Überzahlung von 0,60 Euro (282,87 – 282,27) und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 eine Überzahlung von 0,28 Euro (129,97 – 129,69) ergibt. Der H. K. zustehende Anspruch für Mehrstunden betrug für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 für 24 Mehrstunden 571,20 Euro (24 x 23,80), für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 für 29,5 Mehrstunden 702,10 Euro (29,5 x 23,80) und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 für 7 Mehrstunden 166,60 Euro (7 x 23,80). Bezahlt wurden für die Mehrstunden zum jeweiligen Fälligkeitszeitpunkt am 15. der Folgemonate für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 für 25,5 Mehrstunden 507,20 Euro (25,5 x 19,89), für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 für 29,5 Mehrstunden 586,76 Euro (29,5 x 19,89) und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 für 7 Mehrstunden 139,23 Euro (7 x 19,89). Dies ergab hinsichtlich der Mehrstunden für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 eine Unterentlohnung von 64,00 Euro (571,10 – 507,20), für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 eine Unterentlohnung von 115,34 Euro (702,10 – 586,76) und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 eine Unterentlohnung von 27,37 Euro (166,60 – 139,23). Am 20. Juli 2018 erfolgte eine weitere Zahlung von 783,48 Euro für 192,50 im Zeitraum von 07/2017 bis 04/2018 geleistete Mehrstunden, sohin von 4,07 Euro (783,48/192,50) für jede Mehrstunde. Dies ergibt eine Nachzahlung von 103,79 Euro für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 (25,5 x 4,07), von 120,07 Euro für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 (29,5 x 4,07) und von 28,49 Euro (7 x 4,07) für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017. Daraus ergibt sich hinsichtlich der Mehrstunden eine Überzahlung von 39,79 Euro (103,79 – 64,00) für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017, von 4,73 Euro (120,07 - 115,34) für den Zeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 und von 1,12 Euro (28,49 – 27,37) für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017. Insgesamt ergibt sich somit unter Berücksichtigung von Grundlohn, anteiligem Weihnachtsgeld und Mehrstunden für den Lohnzeitraum 1. Oktober 2017 bis 31. Oktober 2017 eine Überzahlung von 27,28 Euro (-12,93 + 0,42 + 39,79), für den Lohnzeitraum 1. November 2017 bis 30. November 2017 eine Überzahlung

von 12,29 Euro (6,96 + 0,60 + 4,74) und für den Lohnzeitraum 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2017 eine Überzahlung von 4,86 Euro (3,46 + 0,28 + 1,12).

3.2. Zur Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ist unstrittig und ergibt sich aus der Anzeige der BUAK und den vorgelegten Lohnunterlagen. Die Zahlungen wurden von den Parteien außer Streit gestellt.

4. Rechtliche Beurteilung:

4.1. Gemäß § 29 Abs. 1 LSD-BG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe zu bestrafen, 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. 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.

Gemäß § 29 Abs. 2 LSD-BG ist die Strafbarkeit nach Abs. 1 nicht gegeben, wenn der Arbeitgeber vor einer Erhebung der zuständigen Einrichtung nach den §§ 12, 14 und 15 die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt nachweislich leistet.

4.2. Nach den Sachverhaltsfeststellungen hat die „C., Lda“ den betroffenen Arbeitnehmern – für den Lohnzeitraum Oktober 2017 unter Berücksichtigung der Überzahlungen betreffend das Weihnachtsgeld und die Mehrstunden – die Differenz zwischen dem ursprünglich geleisteten und dem diesen zustehenden Entgelt nachträglich und vor Erstattung der Anzeige durch die BUAK bezahlt.

Strittig ist in diesem Zusammenhang einzig und allein die Frage, ob die Zahlung im Sinne des § 29 LSD-BG vor der „Erhebung“ durch die BUAK erfolgte und somit keine Strafbarkeit gegeben ist.

4.3. Eine „Erhebung“ durch die zuständige Einrichtung im Sinne des § 29 Abs. 2 LSD-BG kann sich nach dem klaren Gesetzeswortlaut nur auf (bereits vergangene) Zeiträume beziehen, für die bereits ein Entgeltanspruch des Arbeitnehmers besteht, da nur in diesem Fall überhaupt eine nachträgliche Leistung des Differenzbetrages zwischen dem zunächst tatsächlich geleisteten und dem zustehenden Entgelt überhaupt denkmöglich ist. Jede andere Auslegung des Gesetzes würde dazu führen, dass § 29 Abs. 2 LSD-BG sobald (irgendeine) Erhebung durch die zuständige Einrichtung für bereits vergangene Lohnzeiträume stattgefunden hat, ab dem Zeitpunkt der Erhebung auch für zukünftige Lohnzahlungszeiträume keine Anwendung mehr finden könnte.

Da gemäß dem Kollektivvertrag für die Arbeiter im Baugewerbe und in der Bauindustrie der Lohnzahlungszeitraum der Kalendermonat ist und die Löhne bis zum 15. des Folgemonats zu bezahlen sind, konnten sich die Erhebungen durch die BUAK anlässlich der Baustellenkontrolle am 19. Oktober 2017 im Sinne des § 29 Abs. 2 LSD-BG somit nur auf vor dem Oktober 2017 liegende Lohnzahlungszeiträume beziehen, nicht jedoch die verfahrensgegenständlichen Lohnzahlungszeiträume Oktober, November und Dezember 2017. Für die Lohnzahlungszeiträume Oktober, November und Dezember 2017 konnte am 19. Oktober 2017 eine Unterentlohnung noch gar nicht vorliegen.

Da sich die Erhebungen der BUAK im Sinne des § 29 Abs. 2 LSD-BG immer nur auf Zeiträume beziehen können, für die bereits ein Entgeltanspruch besteht, kann auch die anlässlich der Baustellenkontrolle am 19. Oktober 2017 übergebene schriftliche Aufforderung durch die BUAK zur Übermittlung von Lohnunterlagen für die Lohnzahlungszeiträume Oktober, November und Dezember 2017 nicht als „Erhebung“ im Sinne des § 29 Abs. 2 LSD-BG angesehen werden.

Als „Erhebung“ im Sinne des § 29 Abs. 2 LSD-BG kann weiters nur eine Erhebung angesehen werden, die auf einer gesetzlichen Grundlage beruht. Die im gegenständlichen Fall gemäß § 33d BUAG anzuwendenden §§ 23, 23a und

33g BUAG sehen keine Verpflichtung zur Übermittlung von Lohnunterlagen für künftige Lohnzeiträume durch das entsendende Unternehmen vor. Gemäß § 15 Abs. 2 LSD-BG ist die BUAK im Rahmen ihrer Tätigkeit zwar 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 auf die Aufforderung zweitfolgenden Werktages abzusenden sind. Die §§ 21 und 22 LSD-BG beziehen sich jedoch auf die „Bereithaltung“ von Unterlagen, somit auf Unterlagen, die bereits vorhanden sind oder zumindest (bei gesetzeskonformen Verhalten) vorhanden sein müssten. Aus § 15 Abs. 2 LSD-BG lässt sich daher keine Berechtigung der BUAK ableiten, die Übermittlung von Lohnunterlagen zu fordern, die weder vorhanden sind noch vorhanden sein müssen. Es gibt somit keine gesetzliche Grundlage dafür eine „Erhebung“ im Sinne des § 29 Abs. 2 LSD-BG dadurch durchzuführen, dass der Arbeitgeber zur Übermittlung von Lohnunterlage für erst zukünftige Lohnzahlungszeiträume aufgefordert wird (vgl. Verwaltungsgericht Wien, 3. Juni 2019, VGW-041/036/1281/2019). Es kann somit weder die Aufforderung zur Übermittlung von Lohnunterlagen für die Lohnzahlungszeiträume Oktober, November und Dezember 2017 noch die auf Grund dieser Aufforderung erfolgte Übermittlung dieser Unterlagen durch das entsendende Unternehmen als „Erhebung“ durch die BUAK im Sinne des § 29 Abs. 2 LSD-BG angesehen werden.

Die Zahlung des Differenzbetrages erfolgte daher im gegenständlichen Fall vor einer „Erhebung“ durch die BUAK im Sinne des § 29 Abs. 2 LSD-BG und auch vor Anzeigenerstattung durch die BUAK.

4.4. Da die Zahlung des Differenzbetrages vor einer Erhebung durch die BUAK erfolgte, ist gemäß § 29 Abs. 2 LSD-BG die Strafbarkeit gemäß § 29 Abs. 1 LSD-BG nicht mehr gegeben. Der Beschwerde war daher spruchgemäß stattzugeben, das bekämpfte Straferkenntnis aufzuheben und die Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 zweiter Fall VStG einzustellen.

4.5. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG war dem Beschwerdeführer kein Beitrag zu den Kosten des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen.

Zum Ausspruch über die Zulässigkeit der ordentlichen Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Im vorliegenden Fall war auszusprechen, dass die ordentliche Revision zulässig ist, da eine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Im gegenständlichen Fall war die Frage zu klären, ob der Umstand, dass die erhebende Einrichtung im Sinne des § 29 Abs. 2 LSD-BG das entsendende Unternehmen zur Übermittlung von Lohnunterlagen für Lohnzeiträume aufgefordert hat, für die das Entgelt noch nicht fällig war und für die in der Folge auch Lohnunterlagen übermittelt wurden, dazu führt, dass die nach Übermittlung dieser Lohnunterlagen erfolgte Leistung des Differenzbetrages zwischen dem für diese Lohnzeiträume zunächst tatsächlich geleisteten und dem zustehenden Entgelt einem Entfall der Strafbarkeit nach § 29 Abs. 2 LSD-BG entgegensteht, da die Zahlung nicht „vor“ der Erhebung durch die zuständige Einrichtung erfolgt ist. Soweit ersichtlich fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu dieser Frage. Der zu lösenden Rechtsfrage kommt daher grundsätzliche Bedeutung zu.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis kann innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde bzw. Revision ist durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen. Die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem einzubringen. Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof kann Verfahrenshilfe beantragt werden. 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. 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. Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof binnen sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des gegenständlichen Erkenntnisses unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Der Antrag auf Verfahrenshilfe für das ordentliche Revisionsverfahren ist ebenfalls binnen sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des gegenständlichen Erkenntnisses beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen.

Auf die Revision an den Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof kann verzichtet werden. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht Wien und bei einem Verzicht auf die Beschwerde dem Verfassungsgerichtshof jeweils schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde durch die verzichtende Partei 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

Wien, am 6. Februar 2020

Mag. Marcus Osterauer
(Richter)