

TE Lvwg Erkenntnis 2020/6/29 LVwG-1-382/2019-R7

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.06.2020

Entscheidungsdatum

29.06.2020

Norm

LSD-BG 2016 §29 Abs1

62018CJ0064 Maksimovic VORAB

VStG §22 Abs2

Text

Im Namen der Republik!

Erkenntnis

Das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg hat durch sein Mitglied Dr. Schlömmer über die Beschwerde des F A P M, P-V, vertreten durch Rechtsanwalt MMag. Hermann Bogensberger, Salzburg, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft F vom 26.09.2019, betreffend Übertretungen nach dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), zu Recht erkannt:

Gemäß § 50 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) wird der Beschwerde insoweit Folge gegeben, als die für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafen festgesetzten Ersatzfreiheitsstrafen der Spruchpunkte 1. und 3. auf jeweils 1 Tag und 9 Stunden sowie die für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe für Spruchpunkt 2. auf 1 Tag und 18 Stunden herabgesetzt werden. Im Übrigen wird der Beschwerde keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis mit folgenden Maßgaben bestätigt:

1. Im Spruchpunkt 1. hat der Text „14.09.2018, 00:00 Uhr“ sowie in den Spruchpunkten 2. und 3. hat der Text „14.09.2019, 00:00 Uhr“, jeweils durch den Text „September 2018“ ersetzt zu werden.
2. Im Spruch und dort in der Tatumschreibung wird nach dem Wort „ihnen“ der Text „für den Monat September 2018“ eingefügt.
3. Im Spruch und dort beim Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens wird die Zahl „950,00“ durch die Zahl „650,00“ ersetzt.
4. Im Spruch und dort beim zu zahlenden Gesamtbetrag wird die Zahl „7.450,00“ durch die Zahl „7.150,00“ ersetzt.

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

Begründung

1. Im angefochtenen Straferkenntnis wurde dem Beschwerdeführer Folgendes vorgeworfen:

„Spruch

1.

Datum/Zeit: 14.09.2018, 00:00 Uhr

Ort: R, Bstraße, Bauvorhaben "N B"

Sie haben als gemäß § 9 VStG verantwortliche Person der Firma B in P, zu verantworten, dass nachstehende drei Arbeitnehmer beschäftigt wurden, ohne ihnen zumindest das gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, geleistet zu haben.

Arbeitnehmer: S G A, geb.: XX.XX.XXXX, Staatsangehörigkeit: P, Tätigkeit: Schalungsarbeiten

Kollektivvertrag und Einstufung: KV Baugewerbe und Bauindustrie 2018, Facharbeiter

Beschäftigung seit 02.07.2018

Beschäftigungsausmaß: 45 Stunden pro Woche

Gebührendes Entgelt nach Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender Sonderzahlungen und Zulagen: EUR 2.839,89

Tatsächlich geleistetes Entgelt: EUR 2.411,16

Unterentlohnung: EUR 428,73, 15,10 %

2.

Datum/Zeit: 14.09.2019, 00:00 Uhr

Ort: R, Bstraße, Bauvorhaben "N B"

Arbeitnehmer: F D O A, geb.: YY.YY.YYYY, Staatsangehörigkeit: P, Tätigkeit: Schalungsarbeiten

Kollektivvertrag und Einstufung: KV Baugewerbe und Bauindustrie 2018, Facharbeiter

Beschäftigung seit 02.07.2018

Beschäftigungsausmaß: 48 Stunden pro Woche

Gebührendes Entgelt nach Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender Sonderzahlungen und Zulagen: EUR 2.581,01

Tatsächlich geleistetes Entgelt: EUR 1.842,50

Unterentlohnung: EUR 738,51, 28,60 %

3.

Datum/Zeit: 14.09.2019, 00:00 Uhr

Ort: R, Bstraße, Bauvorhaben "N B"

Arbeitnehmer: D S C J M, geb.: ZZ.ZZ.ZZZZ, Staatsangehörigkeit: P, Tätigkeit: Schalungsarbeiten

Kollektivvertrag und Einstufung: KV Baugewerbe und Bauindustrie 2018, Facharbeiter

Beschäftigung seit 02.07.2018

Beschäftigungsausmaß: 45 Stunden pro Woche

Gebührendes Entgelt nach Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender Sonderzahlungen und Zulagen: EUR 2.894,81

Tatsächlich geleistetes Entgelt: EUR 2.380,70

Untere Entlohnung: EUR 514,11, 17,76 %

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

1.

§ 29 Abs. 1 erster Satz LSD-BG i.V.m. Kollektivvertrag Baugewerbe und Bauindustrie 2018, Facharbeiter

2.

§ 29 Abs. 1 erster Satz LSD-BG i.V.m. Kollektivvertrag Baugewerbe und Bauindustrie 2018, Facharbeiter

3.

§ 29 Abs. 1 erster Satz LSD-BG i.V.m. Kollektivvertrag Baugewerbe und Bauindustrie 2018, Facharbeiter

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen werden über Sie folgende Strafen verhängt:

Geldstrafe von

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von

Freiheitsstrafe von

Gemäß

1. € 2.000,00

2 Tage(n) 19 Stunde(n) 0 Minute(n)

§ 29 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016

2. € 2.500,00

3 Tage(n) 12 Stunde(n) 0 Minute(n)

§ 29 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016

3. € 2.000,00

2 Tage(n) 19 Stunde(n) 0 Minute(n)

§ 29 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016

Weitere Verfügungen (zB Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):

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

€ 950,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens € 10,00 für jedes Delikt (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 100,00 angerechnet).

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

€ 7.450,00

(...)"

2.1. Gegen dieses Straferkenntnis hat der Einschreiter rechtzeitig Beschwerde erhoben. In dieser wird Folgendes vorgebracht:

„Das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft F vom 26.09.2019 wird zur Gänze angefochten. Es wird ausgeführt wie folgt:

Das angefochtene Straferkenntnis ist mit Rechtswidrigkeit des Inhalts sowie mit Verletzung von Verfahrensvorschriften behaftet und somit rechtswidrig.

Dem Beschwerdeführer wird zur Last gelegt, er habe als nach außen zur Vertretung der Firma „B P“ zu verantworten, dass drei Arbeitnehmern nicht das ihnen gebührende Entgelt geleistet worden sei.

Inhaltlich folgt die Behörde 1. Instanz ohne jede weitere Prüfung den Behauptungen der Anzeigerin. Der Beschwerdeführer hat schon im Verfahren 1. Instanz darauf hingewiesen, dass die drei in Rede stehenden Arbeiter mit einem Stundensatz in Höhe von € 14,20 angemeldet waren. Entscheidend ist das verrechnete und vereinbarte Bruttogehalt. Bei der Nettoauszahlung wurden bei allen drei Arbeitern geleistete Vorschüsse abgezogen. Wie dann die Behörde 1. Instanz zum Ergebnis gelangt, dass die drei Arbeiter zu wenig Lohn bekommen haben, ist schlicht und einfach nicht nachvollziehbar. Zum Beweis dafür, dass die drei Arbeiter korrekt angemeldet waren und die geleisteten Vorschüsse vom auszuzahlenden Nettobetrag abzuziehen waren und daher S G A, F d O A und D S C nicht unterentlohnt waren, wird noch einmal die zeugenschaftliche Einvernahme des

F O, R, B

beantragt. Die Behörde 1. Instanz übergeht diesen Beweisantrag ohne eine stichhaltige Begründung.

Es wird weiters beantragt, S G A, F d O A und D S C, alle p.A. des Beschwerdeführers, als Zeugen zum Beweis für das gesamte Beschwerdevorbringen einzuvernehmen.

Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass die geleisteten Vorschüsse zum jeweiligen Monatslohn zu berücksichtigen sind. Es ist daher hinsichtlich aller drei Arbeitnehmer keine Unterentlohnung vorliegend.

Die verhängte Strafe ist viel zu hoch bemessen. Diese gegenständliche Strafzumessung ist überzogen und unverhältnismäßig. Bei einem Vorliegen von 5 Unterhaltspflichten und einem Nettoeinkommen von € 1.400,00/Monat wäre mit einer deutlich geringeren Strafe vorzugehen gewesen.“

2.2. Die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) hat mit Schreiben vom 02.06.2020 eine Stellungnahme zur mündlichen Verhandlung mit folgendem Inhalt eingebracht:

„Die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) nimmt in Vorbereitung auf die Verhandlung am 17.06.2020 bezüglich der Beschwerde des Beschuldigten, Herrn F A P M, Stellung wie folgt:

1. Entscheidender Punkt für die Beurteilung einer Unterentlohnung und damit der Klärung des Sachverhaltes ist die Bewertung der einzelnen Lohnbestandteile in den Lohnzetteln für September 2018. Konkret ist die Bewertung des Postens „Vorschuss“ in den Lohnzetteln fraglich. Eine inhaltliche Klärung dessen erfolgte bis dato nicht. Die BUAK ist jedenfalls der Ansicht, dass der wirtschaftliche Gehalt des Postens „Vorschuss“ nicht nachvollziehbar ist. Für den Fall, dass dieser Betrag steuerfrei gewährt wurde, wonach dieser Betrag in der Berechnung des Bruttolohns bei allen Arbeitnehmern nicht zu berücksichtigen wäre, verweist die BUAK auf eine Entscheidung des LVwG Steiermark, in der das LVwG zur Frage der Anrechnungen von Zahlungen, von denen keine Steuern und Sozialversicherungsabgaben entrichtet wurden, erkannt hat, dass Arbeitnehmer selbst bei der Anrechnung dieser Beträge auf das kollektivvertragliche Entgelt um die Sozialversicherungsbeiträge für diese Zahlungen verkürzt wären, was ebenfalls dem Schutzzweck des LSD-BG widerspricht.

2. Zentrale Frage bleibt, aus welchem wirtschaftlichen Grund die Vorschüsse in dieser Höhe geleistet wurden. Eine weitere Frage, die sich stellt, wäre zB, ob der Vorschuss in Teilbeträge oder zur Gänze später vom Nettobetrag wieder abgezogen wurde und auch, in welchem Lohnzeitraum der Vorschuss gewährt wurde.

3. Als offene Frage bleibt auch, wenn der „Vorschuss“, wie behauptet, tatsächlich keinen Aufwandsersatz darstellt, ob der „eigentliche Aufwandsersatz“ – zB Essensgeld, Fahrtengeld, Unterkunft (die Arbeitnehmer gaben den Erhalt dessen in den Erhebungsprotokollen an) – an die Arbeitnehmer ausbezahlt wurde und ob dies womöglich extra berechnet und gesondert erfolgte, da diese Beträge in der Lohnabrechnung nicht aufscheinen. Fraglich ist auch, ob diese Beträge für Essen usw gegebenenfalls im Vorhinein bezahlt werden, damit der Arbeitnehmer zB diese Beträge nicht vorstrecken muss.

4. Für die BUAK ist auch fraglich, ob die vorliegenden Lohnzettel nur die Tätigkeit in Österreich betreffen.

5. Eine weitere Frage ist, wie die Lohnabrechnung im gegenständlichen Unternehmen grundsätzlich gehandhabt wird. Gibt es beispielsweise eine eigene Abteilung, welche die Lohnverrechnung durchführt?

6. Bis dato wurden auch keine Zahlungsbelege, die diesen „Vorschuss“ an die Arbeitnehmer ausweisen, vorgelegt.

Im Übrigen sei auf die Stellungnahme der BUAK an die BH Fvom 09.07.2019 verwiesen“.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung wurde durch die Vertreterin der BUAK Folgendes ergänzend vorgebracht:

„Betreffend den Posten „Vorschuss“ verweise ich als Beispiel auf die Abrechnungen des Dienstnehmer J M D S C. Bei den Abrechnungen in den Monaten Juli, September und Oktober ergibt sich jeweils ein auszuzahlender Nettobetrag von 2.100 Euro. Im Monat Juli beträgt bei 151 Einheiten (Stunden) der Vorschuss 527,16 Euro, im Monat September bei 184,5 Einheiten 623,30 Euro und im Monat Oktober bei 193 Einheiten 683,06 Euro. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass mit der Höhe der Einheiten (Stunden) der sog Vorschuss variiert bzw ansteigt, wobei der auszuzahlende Nettobetrag immer derselbe bleibt. Daher wird in Zweifel gezogen, dass es sich bei dem hier insbesondere im September ausgewiesenen Vorschuss von 623,30 Euro um einen tatsächlichen Gehaltsvorschuss handelt. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass dieser Betrag bzw Posten „Vorschuss“ zur Regulierung dahingehend dient, dass es vorliegend zu keiner Unterentlohnung nach dem LSD-BG kommen kann. Dieser Betrag könnte daher in den Lohnzetteln aus dem Grunde angeführt worden sein, um keine Unterentlohnung aufscheinen zu lassen, wobei der Betrag bzw Posten „Vorschuss“ nie im Sinne einer Gehaltsvorstreckung zur Auszahlung gelangt ist. Dazu wurde der Beschwerdeführer bzw die rechtliche Vertretung mehrfach aufgefordert Belege oder auch Bankauszüge betreffend die ausgewiesenen Vorschüsse vorzulegen, aus welchen die tatsächlichen Auszahlungen ableitbar gewesen wären. Es kann daher nicht nachvollzogen werden, ob diese hier angemerkten Beträge tatsächlich zur Auszahlung gelangt sind. Die BUAK geht daher davon aus, dass es sich hier nicht um Vorschüsse bzw Gehaltsvorschüsse im eigentlichen Sinne handelt.

Des Weiteren könnte es sich bei diesen Beträgen, falls diese tatsächlich gewährt worden wären, um vorab gegebene Aufwandsentschädigungen handeln. Wenn dem so ist, ist auszuführen, dass auch Aufwandsentschädigungen vom Entgelt in Abzug zu bringen sind und erst nach Abzug dieser Aufwandsentschädigung die Kontrolle nach dem LSD-BG durchgeführt wird. Wenn es sich daher bei den im jeweiligen Lohnzettel ausgewiesenen Vorschüssen um Aufwandsentschädigungen handeln würde, so sind diese in Abzug zu bringen, womit auch eine Unterentlohnung nach dem LSD-BG vorliegt.

Gemäß den Ausführungen des Beschwerdeführers im Rahmen des behördlichen Verfahrens, wonach die BUAK schlicht und einfach nicht gesehen habe, dass die geleisteten Vorschüsse rechtlich und auch faktisch zum entsprechenden Monatslohn zu berücksichtigen seien, ist festzuhalten, dass die diesbezüglichen Nachweise mehrfach eingefordert wurden und nicht vorgelegt worden sind. Es fehlen jegliche Belege, dass den Arbeitnehmern tatsächlich ein Vorschuss auf ihr jeweiliges Gehalt ausbezahlt worden ist.

Damit ist zusammenfassend festzustellen, dass es sich – gemäß den Einvernahmen der Arbeitnehmer – bei den gegenständlichen Vorschüssen entweder um Aufwandsersätze oder um lediglich verbuchte, fiktive Beträge handelt, die dazu dienen, bei einer Kontrolle dem Vorwurf einer möglichen Unterentlohnung zu entgehen. Jedenfalls handelt es sich nach Ansicht der BUAK um keine Vorschüsse im klassischen Sinne, da dafür keinerlei Belege vorgelegt werden konnten bzw vorgelegt worden sind. Solche Belege und Nachweise von ausbezahlten „Vorschüssen“ sind jedoch im Zusammenhang mit der Führung eines Betriebes bzw einer diesbezüglichen Lohnverrechnung ohne Weiteres zu erwarten.

Daher wird beantragt, der Beschwerde nicht Folge zu geben.“

3. Das Landesverwaltungsgericht hat in dieser Angelegenheit eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Folgender Sachverhalt steht fest:

Der Beschwerdeführer ist zur Vertretung nach außen befugtes Organ der Firma B P, mit Sitz an der Adresse R, V B, B, P.

Am 14.09.2018 um 08:30 Uhr führte der Baustellenerheber der BUAK eine Kontrolle auf dem Bauvorhaben N B, Bstraße, R, durch. Bei der Kontrolle vor Ort wurden durch den Baustellenerheber fünf Arbeitnehmer der genannten Firma angetroffen. Es wurden mit den Arbeitnehmern Baustellenerhebungsprotokolle (dazu siehe im Detail behördlicher Akt) aufgenommen, welche auch in der p Sprache ausgeführt waren. Alle fünf Arbeitnehmer haben auf

den Baustellenerhebungsprotokollen angegeben, einen Aufwandsersatz in der Höhe von 600, -- Euro für ihre Tätigkeit in Österreich zu erhalten, wobei dieser Betrag – nach den Angaben der Arbeitnehmer – bereits im Nettolohn inkludiert ist. Aufgrund eines bei der Kontrolle übergebenen Aufforderungsschreiben der BUAK betreffend der Übermittlung fehlender Unterlagen wurden durch die genannte Firma neben diversen Unterlagen (Arbeitsverträge samt Ergänzungen, A1-Entsendebescheinigungen, LohnEinstufungen der Arbeitnehmer, ZKO3-Meldungen, Arbeitsaufzeichnungen uam) auch die Lohnzettel für die Monate Juli, August, September und Oktober 2018 betreffend der bei der Kontrolle betretenen Arbeitnehmer mittels mehreren E-Mails an die BUAK übermittelt.

Aufgrund der Vorortkontrolle, der Angaben der angetroffenen Arbeitnehmer sowie der übermittelten Unterlagen wurde von der BUAK festgestellt, dass die Arbeitsverhältnisse dem Kollektivvertrag Baugewerbe und Bauindustrie 2018 unterliegen. Gemäß den Angaben der Arbeitnehmer waren diese mit Schalungsarbeiten beschäftigt und waren aufgrund der Ergebnisse der Baustellenkontrolle als Facharbeiter einzustufen, womit ihnen gemäß dem anzuwendenden Kollektivvertrag ein Bruttostundenlohn von 14,20 Euro zusteht.

Weiters wurde von der BUAK festgestellt, dass für die drei unter dem Punkt 1. angeführten Arbeitnehmer Unterentlohnungen im unter Punkt 1. wiedergegebenen Ausmaß jeweils für den Zeitraum September 2018 vorliegen.

Betreffend des Arbeitnehmers P d S konnte die BUAK eine Unterentlohnung in der Höhe von 1,02 % für den Monat September 2018 feststellen.

4. Dieser Sachverhalt wird aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens, insbesondere aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17.06.2020, als erwiesen angenommen.

Insbesondere ergibt sich der obige Sachverhalt neben der Aktenlage aus der Anzeige der BUAK vom 26.03.2019 aus den Stellungnahmen der BUAK vom 09.07.2019 und vom 02.06.2020, beide vorige Zahl, sowie aus der mündlichen Verhandlung vom 17.06.2020.

Lediglich das tatsächliche Vorliegen der von der BUAK festgestellten Unterentlohnungen, welche sich aufgrund der Nichtberücksichtigung des in den jeweiligen Lohnzetteln der betroffenen Arbeitnehmer ausgewiesenen Vorschusses für die Berechnung der jeweiligen Bruttolöhne ergeben, sind strittig. Dazu wird auf die diesbezüglichen Ausführungen zum wahren wirtschaftlichen Gehalt des Postens „Vorschuss“ unter dem Punkt 5.3. verwiesen, womit unter Berücksichtigung der genannten Ausführungen unter Punkt 5.3. vom obigen Sachverhalt auszugehen ist.

5.1. Unionsrechtskonformität des § 29 LSD-BG:

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 12.09.2019, Maksimovic u.a., C-64/18, C-40/18, C-106/18 und C-148/18, über mehrere Vorabentscheidungsersuchen entschieden, welche zum einen die Frage nach der Unionsrechtskonformität einer Norm wie § 7i Abs 4 des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) beinhalteten, wenn diese bei grenzüberschreitendem Arbeitskräfteeinsatz für die unterlassene Bereitstellung von Unterlagen einerseits Geldstrafen in Form von Mindeststrafen, die bei mehreren betroffenen Arbeitnehmern kumulativ und ohne Höchstgrenze verhängt werden und andererseits Ersatzfreiheitsstrafen vorsehen. Zum anderen betrafen die Vorabentscheidungsersuchen die Frage der Unionsrechtskonformität einer Norm, die (wie § 52 VwGVG im Falle der Abweisung der Beschwerde) zwingend den Betrag zu den Verfahrenskosten des Beschwerdeverfahrens mit 20 % der verhängten Strafe vorsieht. Der EuGH kam zu folgender Vorabentscheidung:

„Nach alledem ist auf die vorgelegten Fragen zu antworten, dass Artikel 56 AEUV dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, die für den Fall der Nichteinhaltung arbeitsrechtlicher Verpflichtungen in Bezug auf die Einholung verwaltungsbehördlicher Genehmigungen und auf die Bereithaltung von Lohnunterlagen die Verhängung von Geldstrafen vorsieht,

- die einen im Vorhinein festgelegten Betrag nicht überschreiten dürfen,
- die für jeden betreffenden Arbeitnehmer kumulativ und ohne Beschränkung verhängt werden,
- zu denen im Fall der Abweisung einer gegen den Strafbescheid erhobenen Beschwerde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 20 % verhängten Strafe hinzutritt und
- die im Fall der Uneinbringlichkeit in Ersatzfreiheitsstrafen umgewandelt werden.“

Diese Rechtsprechung wurde vom EuGH in weiterer Folge auch auf das LSD-BG übertragen (vgl. EuGH 19.12.2019, Rs NE gg. Bezirkshauptmannschaft Hartberg, C-645/18).

Der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) hat sich in seiner Entscheidung vom 15.10.2019, Ra 2019/11/0033, 0034, in weiterer Folge mit den Konsequenzen unter Berücksichtigung der im Urteil Maksimovic vom EuGH dargelegten Auslegung des Gemeinschaftsrechtes auf die Vollziehung (Verhängung von Strafen) nach dem AVRAG befasst. Dabei führte der VwGH aus, dass in einem Fall, in dem der beanstandete Sachverhalt nach der Rechtsprechung des EuGH (Nichtbereitstellung von Unterlagen) nicht von besonderer Schwere sei, sich die Verhängung von Mindeststrafen als nicht mit dem Unionsrecht vereinbar erweise. Sofern mehrere Arbeitnehmer von der Nichtbereitstellung der Lohnunterlagen betroffen seien, bleibe die Wortfolge „für jede/n Arbeitnehmer/in“ im § 7i Abs 4 AVRAG unangewendet, weil damit im Ergebnis dem sich aus Rn 42 und 47 des Urteils des EuGH ergebenden Erfordernis einer Höchstgrenze für die Summe aller Geldstrafen bei Verstößen gegen die Bereitstellungspflicht betreffend mehrerer Arbeitnehmer Rechnung getragen werde. Die Verhängung einer Ersatzfreiheitsstrafe (§ 16 VStG), erweise sich im Lichte der Ausführung des EuGH als eine nicht verhältnismäßige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit.

Diese Rechtsprechung wurde vom VwGH auf die einschlägigen, zum Teil gleichlautenden Bestimmungen des LSD-BG übertragen (dazu siehe VwGH 18.02.2020, Ra 2019/11/0195 sowie auch VfGH 27.11.2019, E 2893-2896/2019).

In der Entscheidung des VwGH vom 06.05.2020, Ra 2020/17/0001, hatte der Verwaltungsgerichtshof über eine Revision gegen eine Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark betreffend Übertretungen des Glücksspielgesetzes (GSpG) zu entscheiden. Das Landesverwaltungsgericht hatte ua (Spruchpunkt II.) der Beschwerde im Strafausmaß Folge gegeben und Geldstrafen auf jeweils 1.500 Euro sowie die Ersatzfreiheitsstrafen auf jeweils einen Tag herabgesetzt. Der gegenständlichen Bestrafung lagen verbotene Ausspielungen des Revisionswerbers mit zwei Eingriffsgegenständen (Glücksspielgeräten) zugrunde.

In weiterer Folge setzte sich der VwGH in seiner Entscheidung vom 06.05.2020 mit der Frage der unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeit der im § 52 Abs 2 erster Strafsatz GSpG vorgesehenen Strafsanktion auseinander, womit er die bereits oben wiedergegebene Judikatur des EuGH sowie des Verwaltungsgerichtshofes zum AVRAG und LSD-BG im Zusammenhang mit der unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeit auf die einschlägigen und zum Teil gleichlautenden Bestimmungen des GSpG übertragen hat. Weiters führt der VwGH in seiner Entscheidung aus, dass die Höhe der Summe der Strafen sich nach den bisherigen Ausführungen danach bemisst, mit wie vielen Geräten (oder Eingriffsgegenständen) jeweils eine Übertretung begangen worden sei. Da es sich bei der Bemessung jeder einzelnen Strafe gemäß § 52 Abs 2 erster Strafsatz GSpG nur um eine Konstellation mit höchstens drei Geräten (oder Eingriffsgegenständen) handeln könne, betrage bei drei Geräten (oder Eingriffsgegenständen) die höchstmögliche Summe der Geldstrafen 30.000 Euro. Da nach der Judikatur des EuGH ein System, bei dem die Höhe der zu verhängenden Sanktion etwa von der Höhe der nicht gemeldeten Barmittel oder von der Anzahl der Arbeitnehmer abhängen würde, nicht per se unverhältnismäßig sei, sei es unter Beachtung dieser Rechtsprechung auch nicht von vornherein unverhältnismäßig, wenn das Gesetz die Anzahl der Geräte (oder Eingriffsgegenstände), mit denen Übertretungen begangen worden seien, in den Strafrahmen und damit letztlich auch in die Strafbemessung einfließen lassen würde. Des Weiteren sei hervorzuheben, dass der erste Strafsatz des § 52 Abs 2 GSpG nicht nur eine klare Höchstgrenze für die einzelne Übertretung beinhalten würde, sondern – das unterscheide ihn von der in der Rs Maksimovic einschlägigen Strafsatz des AVRAG – auch eine Obergrenze für die Summe der Strafen. Der Strafsatz sei nämlich auf Übertretungen mit bis zu drei Glücksspielgeräten (oder Eingriffsgegenständen) beschränkt, was von vornherein eine Maximalstrafdrohung bewirke. Die Summe der Geldstrafen dürfe – wie bereits ausgeführt – dreimal 10.000 Euro (dies würde heißen 30.000 Euro) nicht überschreiten. Es sei nicht ersichtlich, dass eine solche Strafdrohung angesichts des in den Tatbildern des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG typisierten Unrechts- und Schuldgehaltes des üblicherweise daraus erzielten finanziellen Vorteils unverhältnismäßig wäre. Der VwGH kommt zum Schluss, dass daher zusammengefasst festzuhalten sei, dass weder die einzelnen Elemente der gemäß § 52 Abs 2 erster Strafsatz GSpG zu gegenwärtigen Sanktionen – Mindeststrafe(n), Höchststrafe(n) – noch die gemäß § 16 VStG zu bemessenden Ersatzfreiheitsstrafe(n) noch der Verfahrenskostenbeitrag gemäß § 64 VStG noch diese Elemente in ihrem Zusammenwirken als unverhältnismäßig zu beurteilen seien. Das Unionsrecht stehe der uneingeschränkten Anwendbarkeit des § 52 Abs 2 erster Strafsatz GSpG, des § 16 VStG sowie des § 64 VStG nicht entgegen.

Aus dem Spruch der bekämpften Entscheidung ergibt sich, dass dem Beschwerdeführer drei Übertretungen nach dem LSD-BG im Zusammenhang mit der Unterentlohnung von drei Arbeitnehmern vorgeworfen werden. Die

Ausführungen des VwGH in seiner Entscheidung vom 06.05.2020, Ra 2020/17/0001, sind auch auf die hier vorliegende Entscheidung anzuwenden. Wie im § 52 Abs 2 GSpG kommt es auch beim hier anzuwendenden § 29 Abs 1 LSD-BG zu denselben Fragen der unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeit. Wenn der VwGH im Zusammenhang mit dem GSpG von gewichtigen öffentlichen Interessen ausgeht und feststellt, dass bei einer Beschränkung bis drei Glücksspielgeräte eine Maximalstrafdrohung vorliege, womit die obige Judikatur des EuGH zum AVRAG und LSD-BG bis zu drei Glücksspielgeräte nicht anzuwenden ist, kann auch davon ausgegangen werden, dass mit bis zu drei Arbeitnehmern (aufgrund einer absoluten Höchstgrenze der Gesamtsumme bzw Maximalstrafdrohung) die zitierte Judikatur des EuGH zum LSD-BG nicht anzuwenden ist. Auch den Regelungen des LSD-BG, insbesondere dem § 29 LSD-BG, liegen gewichtige öffentliche Interessen (wie gesetzmäßige Mindestentlohnung der Arbeitnehmer, Wettbewerbsverzerrungen durch Unterentlohnung zu verhindern, Abgabenträchtigung in der erforderlichen Höhe, soziale und finanzielle Absicherung der Arbeitnehmer und der dazu eingerichteten Systeme uam) zugrunde. Daher sind die Ausführungen des VwGH betreffend die unionsrechtliche Verhältnismäßigkeit des § 52 Abs 2 GSpG auch auf den vorliegenden § 29 Abs 1 LSD-BG übertragbar.

Insgesamt ist daher festzustellen, dass im gegenständlichen Falle das Unionsrecht der uneingeschränkten Anwendung des § 29 Abs 1 LSD-BG, des § 16 VStG sowie des § 64 VStG nicht entgegen steht.

5.2. Gemäß § 29 Abs 1 LSD-BG, idFBGBl I Nr 44/2016, 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 im § 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. 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 iSd § 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 im § 49 Abs 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, zu leisten.

5.3. Rechtliche Würdigung:

Aus dem obigen Sachverhalt ergeben sich (unter Hinweis auf Punkt 1.) die dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Unterentlohnungen betreffend dreier Arbeitnehmer. Im Zuge des gegenständlich behördlich geführten Ermittlungsverfahrens bzw unter Hinweis auf die im behördlichen Akt erliegende Anzeige der BUAK vom 26.03.2019 als auch der Stellungnahme der BUAK vom 09.07.2019, beide ZI KORS/2019-00129-5/grtx, bleibt im Zusammenhang mit der vorliegend vorgeworfenen Unterentlohnung der drei Arbeitnehmer im Wesentlichen die Frage des wahren wirtschaftlichen Gehaltes des Postens „Vorschuss“, welcher sich aus den jeweiligen Lohnzetteln der Arbeitnehmer ergibt, offen.

Dazu hat zusammengefasst der Beschwerdeführer vorgebracht, er habe schon im behördlichen Verfahren darauf hingewiesen, dass die drei Arbeitnehmer mit einem Stundensatz in Höhe von 14,20 Euro angemeldet gewesen seien; entscheidend sei das verrechnete und vereinbarte Bruttoentgelt; bei der Nettoauszahlung seien bei allen drei Arbeitnehmern geleistete Vorschüsse abgezogen worden sowie die geleisteten Vorschüsse zum jeweiligen Monatslohn zu berücksichtigen seien, womit daher hinsichtlich aller drei Arbeitnehmer keine Unterentlohnung vorliegend sei. Im Rahmen des behördlichen Verfahrens wurde durch den Beschwerdeführer zusammengefasst ausgeführt, dass es sich um geleistete Vorschüsse handelt, die rechnerisch in Abzug gebracht wurden, womit sich ein entsprechend verringerter Nettoauszahlungsbetrag ergeben habe. Dieser geleistete Vorschuss sei auf den Monatslohn anzurechnen. Die BUAK habe schlicht und einfach nicht gesehen, dass die geleisteten Vorschüsse rechtlich und auch faktisch zum entsprechenden Monatslohn zu berücksichtigen seien (dazu siehe im Detail Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 15.05.2019).

Betreffend das Vorbringen der BUAK wird auf die oben wiedergegebene Stellungnahme der BUAK vom 02.06.2020 und insbesondere auf die Ausführungen der BUAK im Rahmen der mündlichen Verhandlung verwiesen. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung wurde zusammengefasst von der BUAK vorgebracht, dass betreffend den Posten „Vorschuss“ auf die Abrechnungen des Dienstnehmers J M D S C als Beispiel verwiesen werde. Im Monat Juli betrage bei 151 Einheiten (Stunden) der Vorschuss 527,16 Euro, im Monat September bei 184,5 Einheiten 623,30 Euro und im Monat Oktober bei 193 Einheiten 683,06 Euro. Interessant sei in diesem Zusammenhang, dass mit der Höhe der Einheiten (Stunden) der sogenannte Vorschuss variieren bzw ansteigen würde, wobei der auszahlende Nettobetrag immer derselbe bleibe. Es werde daher in Zweifel gezogen, dass es sich bei dem hier insbesondere im September ausgewiesenen Vorschuss von 623,30 Euro um einen tatsächlichen Gehaltsvorschuss handeln würde. Vielmehr sei davon auszugehen, dass dieser Betrag bzw Posten „Vorschuss“ zur Regulierung dahingehend diene, dass es vorliegend zu keiner Unterentlohnung nach dem LSD-BG kommen könne. Weiters geht die BUAK davon aus, dass der Betrag bzw Posten „Vorschuss“ nie im Sinne einer Gehaltsvorstreckung zur Auszahlung gelangt sei. Dazu sei der Beschwerdeführer bzw die rechtliche Vertretung mehrfach aufgefordert worden, Belege oder Bankauszüge betreffend die ausgewiesenen Vorschüsse vorzulegen, aus welchen die tatsächlichen Auszahlungen ableitbar gewesen wären. Die BUAK gehe davon aus, dass es sich hier nicht um Vorschüsse bzw Gehaltsvorschüsse im eigentlichen Sinne handle. Wenn es sich daher bei den im jeweiligen Lohnzettel ausgewiesenen Vorschüssen um Aufwandsentschädigungen handeln würde, so seien diese in Abzug zu bringen, womit auch eine Unterentlohnung nach dem LSD-BG vorliegen würde. Bei den gegenständlichen Vorschüssen würde es sich entweder um Aufwandsersätze oder um lediglich verbuchte fiktive Beträge handeln, die dazu dienen würden, bei einer Kontrolle dem Vorwurf einer möglichen Unterentlohnung zu entgehen. Jedenfalls handle es sich nach Ansicht der BUAK um keine Vorschüsse im klassischen Sinne, da dafür keinerlei Belege vorgelegt hätten werden können bzw vorgelegt worden seien. Solche Belege und Nachweise von ausgezahlten „Vorschüssen“ seien jedoch im Zusammenhang mit der Führung eines Betriebes bzw einer diesbezüglichen Lohnverrechnung ohne Weiteres zu erwarten.

Aus der Entscheidung der VwGH vom 20.11.1996, 95/15/0202, ergibt sich ua, dass maßgebendes Kriterium für die in wirtschaftlicher Betrachtungsweise vorzunehmende einkommenssteuerrechtliche Abgrenzung des von einem Dienstgeber einem Dienstnehmer gewährten Gehaltsvorschusses als Zahlung von Arbeitslohn oder als Hingabe eines Darlehens sei, ob der Vorschuss zu den seiner Hingabe unmittelbar nachfolgenden Lohnzahlungszeitpunkten zurückgezahlt werde; sei dies nicht der Fall, komme dem „Vorschuss“ in Wahrheit der Charakter eines Darlehens zu.

Ein Vorschuss im Sinne einer Lohn- bzw Gehaltsvorstreckung ist seinem Wortsinn nach gewissermaßen eine Beleihung des künftigen, folgenden Lohnes. Die Rückzahlung erfolgt grundsätzlich durch Abzug des Vorschusses vom zeitlich nächsten Lohn.

Sieht man nun die Ausführungen des Beschwerdeführers zum Posten „Vorschuss“, nämlich, dass die geleisteten Vorschüsse zum jeweiligen Monatslohn zu berücksichtigen seien, so ist davon auszugehen, dass es sich bei den in den Lohnzetteln der gegenständlichen Arbeitnehmer ausgewiesenen Posten „Vorschuss“ (nach Angaben des Beschwerdeführers) um eine Lohnvorstreckung handeln soll, die der jeweilige Arbeitnehmer mit dem zeitlich dem Vorschuss nachfolgenden Lohn zurückzahlt.

Untypisch für einen in diesem Sinne geleisteten Vorschuss ist jedoch, dass zB betreffend des Arbeitnehmers J M D S C der Betrag des jeweils gewährten Vorschusses in den Monaten Juli, September und Oktober 2018 mit der Anzahl der Stunden variiert bzw ansteigt. Wie kann es sein, wenn ein Vorschuss für den jeweiligen Monat im Vorhinein genehmigt worden ist (also ausbezahlt oder überwiesen wurde), dass dieser Vorschuss schlussendlich in seiner Höhe im Zusammenhang mit den tatsächlich im Nachhinein geleisteten Arbeitsstunden steht? Warum steht ein Vorschuss in einem Verhältnis zu den (künftigen) Arbeitsstunden? Dieses Abhängigkeitsverhältnis weist darauf hin, dass es sich nicht um einen Vorschuss im eigentlichen Sinne handelt, sondern vielmehr um einen Posten im Lohnzettel, der abhängig von den geleisteten Stunden in der Höhe variiert und schlussendlich im Zusammenhang mit einer Überprüfung nach dem LSD-BG dafür sorgt, dass es zu keiner Unterentlohnung kommen kann. Selbiges Bild zeigt sich grundsätzlich auch bei den weiteren von den gegenständlichen Unterentlohnungen betroffenen Arbeitnehmern.

Des Weiteren ist es auch für einen gewährten Vorschuss untypisch, dass der Vorschuss als ein Betrag mit Kommastellen zur Auszahlung gelangt. So zeigt sich zB betreffend des Arbeitnehmers J M D S C in dessen Lohnzetteln

für Juli 2018 ein Vorschuss von 527,16 Euro, im Lohnzettel für September 2018 ein Vorschuss von 623,30 Euro und im Lohnzettel für Oktober 2018 ein Vorschuss von 683,06 Euro. Solche Beträge sind wohl im Zusammenhang mit der Gewährung von Vorschüssen unüblich. Üblicherweise werden abgerundete Beträge, wie zB 650 Euro (anstatt 623,30 Euro) zur Auszahlung gebracht. Auch darin ist ein wichtiges Indiz zu sehen, dass es sich vorliegend bei dem Posten „Vorschuss“ in den Lohnzetteln der Arbeitnehmer um keinen Vorschuss im eigentlichen Sinne handelt.

Am schwersten im Zusammenhang mit der Beurteilung des Postens „Vorschuss“ wiegt für das Landesverwaltungsgericht allerdings, dass es der Beschwerdeführer im Rahmen des behördlichen Verfahrens sowie auch im vorliegenden Verfahrens trotz mehrfacher Aufforderung verabsäumt hat, den wahren wirtschaftlichen Gehalt des in den gegenständlichen Lohnzetteln vermerkten Postens „Vorschuss“ zu klären. So wurde der Beschwerdeführer in drei Ladungen zur mündlichen Verhandlung ausdrücklich dazu aufgefordert, spätestens bei der mündlichen Verhandlung geeignete Nachweise (Bankbelege bzw Überweisungsbelege) für die Auszahlung der Vorschüsse an den jeweiligen Arbeitnehmer dem Landesverwaltungsgericht vorzulegen. Er wurde darauf hingewiesen, dass sämtliche Unterlagen hilfreich wären, die im Zusammenhang mit den gegenständlichen Vorschüssen deren wirtschaftlichen Gehalt bzw deren inhaltliche Zuordnung belegen oder auch erklären könnten. All diesen Aufforderungen zur Mitwirkung hat der Beschwerdeführer nicht entsprochen.

Die Mitwirkungspflicht der Partei hat insbesondere dort Bedeutung, wo ein Sachverhalt nur im Zusammenwirken mit der Partei geklärt werden kann, etwa weil die Behörde außerstande ist, sich die Kenntnis von ausschließlich in der Sphäre der Partei liegenden Umstände von amtswegen zu beschaffen (dazu siehe VwGH 20.11.2019, Ro 2019/03/0022). Daher hätte der Beschwerdeführer nach mehrfacher Aufforderung spätestens im Rahmen der mündlichen Verhandlung durch Vorlage geeigneter Belege oder sonstiger Beweise mitwirken müssen. So müsste es einer Firma ohne weiteres möglich sein, die Auszahlung von Vorschüssen an ihre Arbeitnehmer belegen zu können.

Für das Landesverwaltungsgericht steht daher fest, dass es sich beim Posten „Vorschuss“ in den gegenständlichen Lohnzetteln der drei betroffenen Arbeitnehmer für den Monat September 2018 um keinen ausbezahlten Vorschuss bzw Lohnvorschuss handelt.

Es gibt Bezüge, die bei der Mindestentgeltkontrolle als „neutral“ zu behandeln sind: Sie zählen weder zum Mindestentgelt („Soll-Entgelt“), noch zum tatsächlich bezahlten Entgelt („Ist-Entgelt“). Die Nichtgewährung solcher Bezüge kann somit kein Lohndumping verur

Quelle: Landesverwaltungsgericht Vorarlberg LVwg Vorarlberg, <http://www.lvwg-vorarlberg.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at