

# TE Lvwg Erkenntnis 2020/7/28 VGW-041/037/7356/2019

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.07.2020

## Entscheidungsdatum

28.07.2020

## Index

60/01 Arbeitsvertragsrecht

60/03 Kollektives Arbeitsrecht

## Norm

AVRAG 1993 §7i Abs5

ArbVG §9 Abs1

ArbVG §9 Abs2

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Dr. Rotter über die Beschwerde des Herrn A. B. gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 10.05.2019, Zl. MBA/..., betreffend Übertretungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes, nach durchgeführter Verhandlung zu Recht e r k a n n t:

I.

Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde zu Punkt 1) des Straferkenntnisses Folge gegeben, das Straferkenntnis in diesem Punkt behoben und das diesbezügliche Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG eingestellt.

Gemäß § 64 Abs. 1 VStG hat der Beschwerdeführer diesbezüglich keinen Beitrag zu den Kosten des behördlichen Verwaltungsstrafverfahrens zu bezahlen.

II.

Zu den Punkten 2) und 3) des Straferkenntnisses wird der Beschwerde in der Schuldfrage jedoch keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis diesbezüglich bestätigt.

In der Straffrage wird der Beschwerde insofern Folge gegeben, als die zu Punkt 2) des Straferkenntnisses verhängte Geldstrafe von 2.000,-- Euro und die für den Fall deren Uneinbringlichkeit festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen und die zu Punkt 3) des Straferkenntnisses verhängte Geldstrafe von 3.000,-- Euro und die für den Fall deren Uneinbringlichkeit festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen auf jeweils 1.000,-- Euro Geldstrafe und jeweils einen Tag Ersatzfreiheitsstrafe herabgesetzt werden; als Strafnorm ist jeweils § 7i Abs. 5 erster Strafsatz AVRAG anzuwenden.

Der Beitrag, den der Beschwerdeführer zu den diesbezüglichen Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens der Behörde zu bezahlen hat, beträgt gemäß § 64 Abs. 2 VStG daher nunmehr insgesamt 200,- Euro, das sind 10 Prozent der nun insgesamt verhängten Geldstrafen.

Zu I. und II.

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

Gemäß § 9 Abs. 7 VStG haftet die C. GmbH nun nur noch für die über den Beschwerdeführer verhängten Geldstrafen in Höhe von insgesamt 2.000,- Euro und die Kosten des Verfahrens vor der Verwaltungsbehörde in Höhe von 200,- Euro zur ungeteilten Hand.

Die ordentliche Revision gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG ist nicht zulässig.

#### E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Das angefochtene Straferkenntnis hat folgenden Spruch:

„Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als gemäß § 9 Abs.1 VStG zur Vertretung nach außen berufenes Organ der C. GmbH mit Sitz in Wien, D.-straße, zu verantworten,

dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin den von ihr im Rahmen ihres Gewerbebetriebes mit Standort in Wien, D.-straße, als Buslenker/ Kraftfahrer beschäftigten, nachfolgend genannten Arbeitnehmern nicht zumindest das diesen nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien geleistet hat,

wobei aufgrund der Kollektivvertragszugehörigkeit der Arbeitgeberin (Gewerbe: Stadtrundfahrten- Gewerbe mit 3 Omnibussen) in Verbindung mit der ausgeübten Tätigkeit der Arbeitnehmer (Kraftfahrer) für die Berechnung des zustehenden Entgelts der Bundeskollektivvertrag für Dienstnehmer in den privaten Autobusbetrieben anzuwenden ist

1) E. B., SV-Nr. ..., Einstufung: Beschäftigungsjahre 10/11; für den Zeitraum 01.01.2015-31.12.2015 ausbezahlte Sonderzahlung € 1.365,24 - zustehende Sonderzahlung € 1.768,07; Differenz € 402,83

2) F. G., SV-Nr. ..., Einstufung: Beschäftigungsjahre 4, für den Zeitraum 25.03.2015 - 31.12.2015 ausbezahlte Sonderzahlung € 1.729,31 - zustehende Sonderzahlung € 2.406,33; Differenz € 677,02

3) H. I., SV-Nr. ..., Einstufung: Beschäftigungsjahre 5, für den Zeitraum 01.01.2015 - 31.12.2015 ausbezahlte Sonderzahlung € 3.640,66 - zustehende Sonderzahlung € 4.696,84; Differenz € 1.056,18.

Es errechnet sich somit eine Unterentlohnung in der Höhe von insgesamt € 2.136,03 (24,08%).

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

Zu 1) bis 3) jeweils § 7i Abs.5 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz - AVRAG, BGBl. Nr. 459/1993 in der Fassung BGBl. I Nr. 113/2015 i.V.m. dem angeführten Kollektivvertrag

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen werden über Sie folgende Strafen verhängt:

Geldstrafe von falls diese uneinbringlich ist, Gemäß

Ersatzfreiheitsstrafe von

1. € 1.200,00 1 Tag 4 Stunden § 7i Abs. 5 Arbeitsvertrags-  
rechts-Anpassungsgesetz  
(AVRAG)

2. € 2.000,00 2 Tagen § 7i Abs. 5 Arbeitsvertrags-  
rechts-Anpassungsgesetz  
(AVRAG)

3. € 3.000,00 3 Tagen § 7i Abs. 5 Arbeitsvertrags-  
rechts-Anpassungsgesetz

(AVRAG)

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

€ 620,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens € 10 für jedes Delikt.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher € 6.820,00.

Die C. GmbH, haftet für die mit diesem Bescheid über den zur Vertretung nach außen Berufenen, Herr A. B. verhängten Geldstrafen von € 1.200,00, € 2.000,00 und € 3.000,00 und die Verfahrenskosten in der Höhe von € 620,00 sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gemäß § 9 Abs.7 VStG zur ungeteilten Hand.“

Gegen dieses Straferkenntnis erhob A. B. frist- und formgerecht Beschwerde mit der Begründung, dass die C. GmbH (in der Folge kurz: GmbH) seit Jahrzehnten im Saisonbetrieb bis zu 25 Mitarbeiter beschäftigte. In all den Jahren, mit Ausnahme des gegenständlichen, sei immer alles richtig berechnet und bezahlt worden. Er könne sich nicht erklären, wie es dazu habe kommen können, dass es im Jahr 2015 bei den drei gegenständlichen, ebenso langjährigen Dienstnehmern, einen Fehler geben habe. Diese Dienstnehmer seien von der Lohnverrechnungskanzlei jahrelang richtig abgerechnet worden; es hätte überhaupt keinen Sinn ergeben, die drei Dienstnehmer nicht entsprechend zu entlohnen. Außerdem sei E. B. sein Bruder, sodass es keinen Sinn ergebe, diesen im achten Beschäftigungsjahr 400,- Euro weniger Gehalt zu bezahlen. Gleiches gelte auch für die anderen Arbeitnehmer. Es müsse sich um einen Fehler der Lohnverrechnung handeln. In den Jahren davor und danach sei alles gesetzeskonform abgerechnet und bezahlt worden. Wäre dies nicht so, hätte die Prüferin sicherlich mehr beansprucht. Er habe sich bei seinen Mitarbeitern entschuldigt und sofort alle offenen Beträge überwiesen. Zum Beweis dafür lege er Überweisungsbestätigungen bei. Diese Nachüberweisungen seien gleich nach der Prüfung bezahlt worden und nicht erst nach dem Straferkenntnis. Er beantrage zur Klärung der Sache die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Dieser Beschwerde waren Auszüge von Buchungsmittelungen der Raiffeisenlandesbank Wien, Niederösterreich AG beigegeben, nach denen die GmbH am 30.11.2018 333,60 Euro an E. B., 1.650,50 Euro an F.

G. (unter dem Titel Nachzahlung 2015) sowie 2.168,20 Euro an H. I. (ebenfalls unter dem Titel Nachzahlung 2015) überwiesen hatte.

Das Verwaltungsgericht Wien führte in der Sache ergänzende Ermittlungen und an zwei Terminen eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, in der der Beschwerdeführer als Partei und das Kontrollorgan der Wiener Gebietskrankenkasse, Frau J., E. B. sowie (vorgelagert) auch Frau K. L. als Zeugen einvernommen wurden; auf die Verkündung der Entscheidung wurde verzichtet.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens wird folgender Sachverhalt als erwiesen angenommen:

Der Beschwerdeführer war jedenfalls im Jahr 2015 handelsrechtlicher Geschäftsführer der GmbH, die in diesem Jahr ihren Firmensitz in Wien, D-straße (Identadresse mit M.-gasse) hatte. Die GmbH hatte im Jahr 2015 mehrere Gewerbeberechtigungen und betrieb damit unter anderem einen Souvenirhandel, das Stadtrundfahrtengewerbe mit Omnibussen („Stadtrundfahrten-Gewerbe mit 3 Omnibussen gemäß § 3 Abs. 1 Z. 1 und § 4 Abs. 1 Gelegenheitsverkehrs-Gesetz 1996) sowie das Gewerbe „Vermietung von Kraftfahrzeugen ohne Fahrerbeistellung“. Für das zweite Gewerbe existierte im Jahr 2015 bereits der Kollektivvertrag „Autobusbetriebe (private)“, nicht jedoch für jenes der Vermietung von Kraftfahrzeugen ohne Fahrerbeistellung.

Im Jahr 2015 hatte die GmbH in allen Unternehmensbereichen insgesamt etwa 50 Dienstnehmer zur Sozialversicherung gemeldet, darunter auch die drei verfahrensgegenständlichen Personen.

F. G. (in der Folge kurz: FG) und H. I. (in der Folge kurz: HI) arbeiteten in diesem Jahr als Buslenker im Bereich des Stadtrundfahrtengewerbes für die GmbH, E. B. (in der Folge: EB) im Bereich der lenkerlosen Kraftfahrzeugvermietung. Er brachte als bei ihr Teilzeitbeschäftigter von der GmbH vermietete Kraftfahrzeuge zu den Kunden und holte sie wieder ab. Die Vermietung der Kraftfahrzeuge erfolgte über das Büro in der Firmenzentrale. Die Tätigkeiten, die EB ausführte, waren das Abholen der Schlüssel aus der Zentrale sowie die Überstellung der Kraftfahrzeuge von deren Standort in der N.-gasse in Wien-... zu den Kunden bzw. bei Abholung in der gegenläufigen Richtung.

Die Buslenker dagegen traten ihren Dienst am Morgen des jeweiligen Tages am Abstellort der Autobusse auf dem O.-

Betriebsgelände in der P.-straße an, lenkten die Autobusse zu deren Ausgangspunkt für Stadtrundfahrten bei der Q. und führten dann die Stadtrundfahrten durch. Sie hatten in ihrer täglichen Arbeit lediglich für auf das Dienstverhältnis bezogene Bereiche Kontakt mit der Firmenleitung am Firmensitz und fanden sich daher kaum jemals dort ein. Der Souvenirhandel wurde in sechs Filialen im ... und ... Wiener Gemeindebezirk getrennt von allen anderen Unternehmensbereichen abgewickelt.

Hinsichtlich ihrer Entlohnung unterlagen die Buslenker dem bereits bestehenden Kollektivvertrag für private Autobusunternehmen. Lohnverrechnungsmäßig wurde auch EB von der Lohnverrechnerin unter diesem Kollektivvertrag geführt, de facto erhielt er den bei der Einstellung zwischen ihm und dem Beschwerdeführer vereinbarten Monatslohn für seine etwa 20-stündige Teilzeitbeschäftigung, jedoch keinerlei Überstunden oder sonstige Zulagen, wie sie die Autobuslenker hatten. EB war, schon weil er keine entsprechende Lenkberechtigung hatte, niemals als Buslenker tätig; sein Tätigkeitsbereich im gegenständlichen Unternehmen erstreckte sich ausschließlich auf die Überstellung von Mietfahrzeugen vom Firmenabstellplatz zu Kunden und zurück.

Bei einer Kontrolle der Wiener Gebietskrankenkasse wurde im November 2018 festgestellt, dass HI und FG im Jahr 2015 zwar grundsätzlich nach dem obigen Kollektivvertrag entlohnt worden waren, dass jedoch die ihnen im Juni und November 2015 ausbezahlten Sonderzahlungen (Urlaubsgeld und Weihnachtsremuneration) - anders als im Kollektivvertrag für private Autobusbetriebe vorgesehen - lediglich das 4,33-fache eines Kollektivvertragswochenentgeltes betragen hatten, jedoch nicht um 30 Prozent erhöht worden waren. Auch an EB, bezüglich dessen laut den Lohnverrechnungsdaten ebenfalls als lohngestaltende Vorschrift der Kollektivvertrag für private Autobusbetriebe aufschien (und diesem entsprechend ein Bruttostundenlohn von 10,51 Euro zur Anwendung gebracht wurde), war zwar in den Monaten Juni und November 2015 jeweils ein zweites Monatsgehalt, nicht jedoch ein 30-prozentiger Zuschlag ausbezahlt worden.

Nachdem der Beschwerdeführer darüber informiert worden war, überwies er am 30.11.2018 die ihm jeweils diesbezüglich von der Lohnverrechnung benannten Beträge (EB: 333,60 Euro, FG: 1.650,50 Euro, HI: 2.168,20 Euro) an die drei Dienstnehmer, deren Lohnkonten diesbezüglich auch unter Berücksichtigung der dabei anfallenden Abgaben und Beiträge zu den Systemen der Sozialen Sicherheit korrigiert wurden.

Am 10.12.2018 übermittelte die Wiener Gebietskrankenkasse einen Strafantrag an das Magistratische Bezirksamt für den ... Bezirk wegen Übertretung des § 7i Abs. 5 AVRAG durch die Unterentlohnung der drei genannten Dienstnehmer, worauf das Bezirksamt mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 14.12.2018 ein diesbezügliches Verwaltungsstrafverfahren gegen den nunmehrigen Beschwerdeführer als zur Vertretung der GmbH nach außen Berufenen einleitete und im Mai 2019 das nunmehr angefochtene Straferkenntnis erließ.

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in den behördlichen Akt, ergänzende Ermittlungen und die Durchführung einer Verhandlung:

Wie soeben ausgeführt gründet sich das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren auf einen Strafantrag der Wiener Gebietskrankenkasse vom 10.12.2018, nach dessen Inhalt die Dienstnehmer EB, FG und HI im Jahr 2015 (hinsichtlich der Sonderzahlungen) um insgesamt 24,08 Prozent unterentlohnt worden seien: Aufgrund der Kollektivvertragszugehörigkeit der Arbeitgeberin (Gewerbe: Stadtrundfahrtengewerbe mit drei Omnibussen) in Verbindung mit der ausgeübten Tätigkeit der Arbeitnehmer (Kraftfahrer) sei für die Berechnung des zustehenden Entgelts der Bundeskollektivvertrag für Dienstnehmer in den privaten Autobusbetrieben anzuwenden. Die detaillierten Daten seien einem Beiblatt zu entnehmen.

Im genannten Beiblatt zur Strafanzeige war aufgeschlüsselt, dass EB (als „Fahrer“) im Jahr 2015 Sonderzahlungen in Höhe von insgesamt 1.365,24 Euro erhalten hatte, dass ihm jedoch aufgrund der lohngestaltenden Vorschrift Sonderzahlungen in der Höhe von 1.768,07 Euro zugestanden wären, was eine Differenz von 402,83 Euro ergebe; FG habe (als „Buslenker“) 1.729,31 Euro an Sonderzahlungen erhalten, es wären ihm jedoch 2.406,33 Euro zugestanden, die Differenz betrage 677,02 Euro; HI habe (ebenfalls als „Buslenker“) im Jahr 2015 Sonderzahlungen in Höhe von insgesamt 3.640,66 Euro erhalten, wobei ihm jedoch 4.696,84 Euro zugestanden wären, was eine Differenz von 1.056,18 Euro ergebe.

Der Anzeige waren auch die Lohnkonten der betroffenen Arbeitnehmer für das Jahr 2015 angeschlossen, die die zuvor festgehaltenen Angaben hinsichtlich der Entlohnung der drei Arbeitnehmer bestätigen; diesen Lohnkonten war auch zu entnehmen, dass EB anders als die beiden anderen Dienstnehmer keine Diäten, kein Überstundenentgelt und keine

Erschwerniszulagen erhalten hatte.

Der Anzeige war weiters ein Firmenbuchauszug betreffend die GmbH sowie ein GISA-Auszug (Gewerbewortlaut: Stadtrundfahrten-Gewerbe mit 3 Omnibussen gemäß § 3 Abs. 1 Z. 1 und § 4 Abs. 1 Gelegenheitsverkehrs-Gesetz 1996 mit Standort der Gewerbeberechtigung in Wien, D-straße; Geschäftsanschrift der Gewerbeinhaberin Wien, M.-gasse) angeschlossen und ein Ausdruck des Kollektivvertrages der privaten Autobusbetriebe, in dem unter anderem auch die Stundenlöhne und Zulagen für die verschiedenen Beschäftigtengruppen nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit und den jeweiligen Kalenderjahren aufgeschlüsselt waren und bezüglich der Höhe von Urlaubsbeihilfe und Weihnachtsremuneration festgelegt war, dass diese das 4,33-fache des Kollektivvertragswochenlohnes, erhöht um 30 Prozent, zu betragen haben.

Die Behörde holte einen Vormerkungsauszug hinsichtlich des Beschwerdeführers ein (nach dem dieser zwar keine einschlägigen Vormerkungen aufwies, jedoch zur Tatzeit auch nicht unbescholten war) und leitete das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren ein, im Zuge dessen sich der Beschwerdeführer damit rechtfertigte, dass es sich bei den drei gegenständlichen Arbeitnehmern um langjährige Mitarbeiter gehandelt habe. Im gegenständlichen Jahr sei es zu einem Wechsel in der Lohnverrechnung gekommen. Möglicherweise habe es dabei ein Versehen gegeben, anders könne er sich das nicht erklären. Er habe auch mit der Prüferin nach Mitteilung der Ergebnisse nicht diskutiert. Er sei sich keiner Schuld bewusst, er habe aber jedenfalls die festgestellten Differenzen unmittelbar nachbezahlt, nachdem er davon erfahren habe. Die GmbH habe bis zu 23 Beschäftigte, die Prüferin habe nur hinsichtlich drei Dienstnehmern Beanstandungen getroffen.

Die Behörde holte in der Folge eine Stellungnahme der Amtspartei, der Wiener Gebietskrankenkasse ein, die geltend machte, dass der Beschwerdeführer die Nachzahlung nicht belegt habe. Es sei auch nicht richtig, dass nur bei drei Dienstnehmern eine Beanstandung erfolgt sei, es habe bei insgesamt neun Arbeitnehmern erhebliche Differenzen gegeben. Der Strafantrag bleibe daher vollinhaltlich aufrecht. Sollte der Beschwerdeführer die Nachzahlung der Differenzen belegen, sei dies strafmildernd bei der Strafhöhe zu werten.

Die Behörde erließ in der Folge das angefochtene Straferkenntnis, gegen das die zuvor wiedergegebene Beschwerde eingebracht wurde.

Die Amtspartei führte in ihrer Stellungnahme zu dieser Beschwerde aus, dass sich der Beschwerdeführer nicht auf ein Versehen seiner Lohnverrechnung berufen könne; ein Verschulden der Lohnverrechnung sei ihm zuzurechnen, es treffe ihn ein Auswahlverschulden. Sein Verschulden könne im Lichte der diesbezüglichen höchstgerichtlichen Judikatur auch nicht als gering eingestuft werden. Nach der Judikatur des VwGH sei auch die Tatsache, dass Unterentlohnungen in mehreren Fällen stattgefunden hätten, dazu geeignet, das Verschulden des Beschwerdeführers nicht als geringfügig anzusehen. EB sei um 22,79 Prozent unterentlohnt worden, FG um 28,14 Prozent und HI um 22,49 Prozent. Weder Unrechtsgehalt der Tat noch Verschulden des Beschwerdeführers seien daher geringfügig. Der Nachweis der Nachzahlung sei mangels Übermittlung von korrigierten Lohnkonten der Arbeitnehmer sowie entsprechender Nachweise betreffend Beitragszahlungen an die Sozialversicherung sowie eventueller Lohnsteuernachzahlungen an die Abgabenbehörde nach Ansicht der Krankenkasse misslungen. Die Voraussetzungen für ein Absehen von der Strafe würden daher nicht vorliegen. Auch die Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 Z. 4 letzter Satz bzw. Abs. 5 VStG seien nicht gegeben. Es werde daher eine tat- und schuldangemessene Bestrafung beantragt. Im Falle der Durchführung einer Verhandlung werde beantragt, die Beitragsprüferin Frau J. als Zeugin zu laden.

Das Verwaltungsgericht Wien führte in der Sache vorerst am 29.08.2019 eine Verhandlung durch, in der der Beschwerdeführer Angaben zu seinen allseitigen Verhältnissen machte (Einkommen von 2.500 Euro, kein Vermögen, keine Schulden; Sorgepflichten für zwei Kinder) und zur Sache selbst Folgendes ausführte:

„Die Gesellschaft betreibt schon seit 2004 einen Betrieb, der Stadtrundfahrten organisiert hat und dann auch in den Linienbetrieb mit den R. Bussen dazu genommen hat. Wir sind also schon lange im Geschäft und hatten zuvor niemals Beanstandungen.

Wir haben seit vielen Jahren eine Lohnverrechnung, der ich die Stunden der Fahrer und die Daten der Fahrer weitergebe und die dann alles berechnet. Ich zahle das dann auch aus, was mir die Lohnverrechnung mitteilt. Ich kann mir nicht erklären, warum es im Jahr 2015 bei drei DN lt. dem Vorwurf im ggst Verfahren dazu gekommen ist, dass offensichtlich die im Kollektivvertrag vorgeschriebene, zum entsprechend berechneten Wochen- bzw. Monatslohn hinzuzurechnenden 30% nicht berücksichtigt wurden. Die drei waren langjährige Mitarbeiter von uns, einer ist auch

mein Bruder und wir haben in der Saison ungefähr 20 Mitarbeiter, davon ungefähr 8 Busfahrer. Es ist mir vollkommen unerklärlich, wie es dazu kommen konnte. Mein Bruder war in einem anderen Bereich der Gesellschaft tätig, nämlich in dem Leihwagen- bzw. Mietwagenbereich und gar nicht als Busfahrer tätig. Er unterliegt daher meiner Ansicht nach gar nicht entgegen dem angewendeten Kollektivvertrag.

Wie einleitend gesagt, habe ich Herrn I. bei der Nachzahlung sogar zu viel bezahlt, das wird aber noch buchhalterisch abgeklärt.

Bei Herrn G. hatten wir ein strittiges Kündigungsverfahren, er hat uns dann mit Hilfe der AK geklagt und im Zuge des Prozesses den hier relevanten Betrag gar nicht verlangt; der Vertreter der AK hat auch gemeint, dass ich das nicht hätte bezahlen müssen.

Nach der Kontrolle durch die GKK habe ich meine Lohnverrechnung mit einer Überprüfung beauftragt und man hat mir dann gesagt, was ich nachzahlen muss; ich habe am 30.11.2018 die von der Lohnverrechnung bekanntgegebenen Beträge den DN überwiesen. Das wurde auch auf den Lohnkonten dann korrigiert bzw. nachgetragen und kann ich die diesbezüglichen Lohnkonten, die ich heute leider nicht mit habe, jederzeit nachreichen. Bei Herrn G. und I. habe ich offensichtlich sogar zu viel nachbezahlt, bei meinem Bruder habe ich das gezahlt, was mir die Lohnverrechnung gesagt hat. Ich habe die Lohnverrechnung gleich nach der Prüfung informiert und dort hat man dann eine Neuberechnung durchgeführt und aufgrund des diesbezüglichen Mails habe ich dann sofort und noch bevor die Aufforderung der Rechtfertigung gekommen ist, die Beträge überwiesen.

Über Befragen des Vertreters der GKK:

Die Gesellschaft hat mehrere Gewerbescheine, nämlich für Autobusbetriebe, Miet- und Leihwagengewerbe und Verkauf. Wir haben drei Gewerbescheine, einen für Stadtrundfahrten mit 3 Omnibussen und Stadtrundfahrtlinie, dann für Leihwagen und für Handel mit Waren aller Art, für Souvenirverkauf. Diese Geschäftszweige sind organisatorisch getrennt, kein DN ist in zwei Gewerbebereichen tätig.“

Eine während der Verhandlung durchgeführte GISA-Abfrage ergab, dass die GmbH am Tag der Verhandlung Gewerbeberechtigungen für Handelsgewerbe, Reisebüros und Vermietung von Kraftfahrzeugen ohne Bereitstellung eines Lenkers hatte; der Beschwerdeführer teilte dazu mit, dass das Autobus- bzw. Stadtrundfahrtengewerbe mittlerweile auf eine Tochtergesellschaft ausgelagert worden sei. Sein Bruder sei im Bereich des Mietwagengewerbes insofern tätig, als er vermietete Kraftfahrzeuge zu den Kunden bringe und von dort abhole. Es würden sehr teure Fahrzeuge vermietet, die auch den Kunden „zugestellt“ würden.

Die von der Amtspartei beantragte Zeugin Frau J. sagte sodann Folgendes aus:

„Ich habe damals die ggst Prüfung durchgeführt, die auf einer Selbstanzeige durch den Steuerberater beruht hat, es gab mehrere Bereiche bzw. Fälle in denen die Abgaben nicht entsprechend abgeführt worden waren bzw. die Entlohnung nicht entsprechend durchgeführt worden war. Im Zuge dieser Selbstanzeige wurde eine umfassende Prüfung durchgeführt und dabei auch festgestellt, dass es bei den drei ggst DN eine Unterentlohnung gegeben hat, was dann zur ggst Anzeige geführt hat.

Wir haben auch mit dem Steuerberater Rücksprache gehalten, der uns mitgeteilt hat, dass alle drei ggst DN nach dem Kollektivvertrag für Autobusbetriebe bezahlt wurden und dass es ausschließlich im Jahr 2015 bei den Sonderzahlungen zu einer falschen Berechnung gekommen sei. In den Folgejahren sei dann wieder alles richtig berechnet worden. Wir konnten auch auf den Lohnkonten nachvollziehen, dass in den anderen Jahren alles richtig nach diesem Kollektivvertrag berechnet worden war.

Lt. den Lohnkonten wurden alle Fahrer die in der Firma tätig waren nach dem Kollektivvertrag für Autobusbetriebe abgerechnet und haben wir daher bei der Berechnung der Unterentlohnung für alle drei DN auch diesen Kollektivvertrag zur Anwendung gebracht und zB bei Herrn B. den entsprechenden Stundenlohn nach den Bestimmungen des Kollektivvertrages mit einem 30% Zuschlag berechnet, was die besagten 402,83 Euro Unterentlohnung ergab.

Über die allfällige Nachzahlung von der Unterentlohnung betroffenen Beträge bin ich nicht informiert, damit hatte ich nichts mehr zu tun, wir haben auch nachher keine Prüfung mehr durchgeführt. Eine Trennung in verschiedenen Unternehmensbereiche wurde bei den Fahrer nicht vorgenommen, Verkäufer wurden, soweit ich mich erinnern kann

nach dem Handelskollektivvertrag entlohnt.“

Der Beschwerdeführer gab ergänzend befragt Folgendes an:

„Ich kann mir nicht erklären, warum es zu diesen Unterentlohnungen gekommen ist und habe dem Steuerberater immer genau mitgeteilt, welcher DN in welchem Bereich, wie viel Wochenstunden tätig ist bzw. in jeden Monat tätig war. Die Entlohnung bzw. Einbeziehung in den jeweiligen Kollektivvertrag hat dann der Steuerberatervorgenommen.

Wir hatten damals ungefähr 8 Geschäfte, in denen im Rahmen der Gewerbeberechtigung Handelsgewerbe Souvenirs verkauft wurden. Die DN dort habe in den Filialen gearbeitet und ihre eigenen Dienstpläne gehabt.

Die Busfahrer im Rahmen der Stadtrundfahrten und des diesbezüglichen Linienbetriebes sind nur einmal im Monat zu mir ins Büro gekommen oder wenn sie sonst zwischendurch Fragen hatten. Im Übrigen haben sie die Busse in der Früh aus der Garage geholt, ihre Fahrten gemacht und dann wieder zurückgebracht. Es gab einen diesbezüglichen Dienstplan.

Mein Bruder war der einzige, der im Rahmen des Gewerbes Vermietung von Kraftfahrzeugen ohne Beistellung eines Lenkers gearbeitet hat. Wir haben Autos vermietet und fallweise auch die Fahrzeuge an die Kunden zugestellt bzw. Von dort abgeholt. Das hat mein Bruder mit einer stundenweisen Beschäftigung für uns erledigt. Ich habe ihn angerufen, wenn ein Auto zu überführen war. Er hatte weder mit den Verkäufern noch mit den Busfahrern etwas zu tun. Er hat gar keinen Busführerschein. Wie schon gesagt, habe ich der Lohnverrechnung alle relevanten Daten weitergegeben, einerseits die Art der Tätigkeit und dann monatsweise auch die tatsächlich angefallenen Arbeitsstunden. Das waren bei den Verkäufern 38,5 Wochenstunden und bei den Buslenkern unterschiedliche Zeiten, wofür es im Kollektivvertrag ja auch entsprechende Zulagen gab. Bei meinem Bruder war es so, dass er mit einer bestimmten Stundenanzahl, 15 oder 20 Stunden in der Woche gearbeitet bzw. dem Steuerberater gemeldet war; wenn er dann einmal mehr gemacht hat, habe ich das der Lohnverrechnung auch mitgeteilt. Einen eigenen Kollektivvertrag für das Mietwagengewerbe gab es damals noch gar nicht.

Ich werde mit meinem Steuerberater noch klären, warum er meinen Bruder nach dem Kollektivvertrag für das Autobusgewerbe entlohnt hat und gemeinsam mit dieser Auskunft auch die bereinigten Lohnkonten der ggst drei DN binnen 14 Tagen dem VGW Wien übermitteln.“

Ergänzende Ermittlungen des Verwaltungsgerichtes Wien ergaben, dass die GmbH im Jahr 2015 nicht nur die im behördlichen Akt aufscheinende Gewerbeberechtigung für das Autobusgewerbe hatte, sondern auch eine Gewerbeberechtigung für die Vermietung von Kraftfahrzeugen ohne Bereitstellung eines Lenkers, für Reisebüros sowie Handelsgewerbe und dass sie im Jahr 2015 zu unterschiedlichen Zeiten knapp 50 Dienstnehmer zur Sozialversicherung angemeldet hatte.

Dem ihm in der Verhandlung erteilten Auftrag zur Vorlage weiterer Urkunden kam der Beschwerdeführer mit einem Begleitschreiben mit folgendem Wortlaut nach:

„Vielen dank für die ausführliche und informative Verhandlung zur meinen Fall.

Wie gewünscht darf ich Ihnen die korrigierten Lohnabrechnung zur WKGG Prüfung nachreichen, wo ersichtlich ist das der Fehler der LV Büro korrigiert worden ist, und von mir, wie auch beim Gericht vorgelegt im November 2018 an die Dienstnehmer, auch richtiggestellt und bezahlt habe.

Wie ich auch beim Gericht vorgelegt habe, betreibe ich schon seit 2003 die C. GmbH, und habe sicherlich nie vorsätzlich Abgaben bzw. Gehaltsabrechnungen meiner Mitarbeitern unterbezahlt, bzw. nie einen Vorteil gegenüber meiner Mitbewerbern erzielen wollen.

Da mein Bruder, B. E., nie einen Busführerschein besessen hat, und auch leider falsch eingestuft war bzw. Organisatorisch bei uns in der Firma nur Teilzeit beschäftigt war, und nie mit Verkauf und den Busfahrern Einteilung oder sonstiges mit dieser Abteilung zu tun hatte, ist die an uns ergangenen Straffverfügung auf falsche Tatsachen gebunden, und deswegen zur Gänze einzustellen.

Bei den Kollegen, G. und I., die die Prüferin festgestellt hat für einen Zeitraum von einen Jahr zusammen nur 1733,20€ und wir es nachgezahlt haben, wo die Kollegen bei uns Jahrelang gearbeitet haben, ergibt es keinen Sinn von uns aus und natürlich auch keinen Vorteil uns gegenüber irgendwelche Straftat herbeizuführen, was wir Nie gemacht haben und nie machen werden.

Wobei die Prüferin der WKGG auch ausgesagt hatte das alle andere Mitarbeiter richtig und Gesetzkonform abgerechnet worden sind.

Auch da will ich noch festhalten dass bei uns das Organisatorische so funktioniert wie ich es bei Gericht geschildert habe:

Die Busfahrer hatten Im Büro Ihre Dienstpläne bekommen und haben die Busse in der Früh, je nach Dienst, von uns angemieteten Garage bei der O. in Wien P.-straße abgeholt und dort auch am Abend nach Dienstschluss gebracht habe.

Im Gegensatz hat der B. E. sie Autos von uns angemieteten Garage für PKW's in Wien N.-gasse abgeholt und dorthin wieder zurück gebracht, je nach Auftrag.

Also es gab überhaupt keine Vermischung und von uns aus alles richtig und getrennt Organisatorisch abgelaufen.

Genauso war es auch mit unseren Verkäuferinnen und Verkäufer im Souvenir Geschäften.

Wie Sie aus der Korrigierten Abrechnung sehen können, hat die LV wieder ein Fehler gemacht, und dieses Mal zu viel gerechnet. Unwissend habe ich die höheren Beträge leider den Mitarbeitern überwiesen. Die LV Chefin, die bei der Prüfung dabei war, sagte mir das Sie sich nicht erklären kann wie Sie zu diesen hohen Beträgen gekommen ist, wo die Prüferin der WGKK einen viel niedrigen unterschied festgestellt hat.

Wie Sie sehen stimmen meine Aussagen das das Fehler bei der LV gelegen ist, und ich NIE auch nur einen Ansatz von Abgaben hinterziehen wollte, und schon gar nicht irgendeinen Vorteil meinerseits.

Ich darf an das Gericht die bitte richten uns die Strafverfügung zur Gänze einzustellen und es mit eine Ermahnung zur erlassen.

Ich werde mich sehr freuen wenn das Gericht bevor das Urteil ausspricht, mich zu kontaktieren damit wir mit dem Urteil einverstanden sind und nicht weitere Einsprüche und Gerichte beschäftigen.

Ich hoffe auf die Einsicht des Gerichtes das es eine Fehler nicht unsererseits gewesen ist, und auch natürlich nicht ein System bei unserer Firma ist, Gesetzliche Abgaben zu hinterziehen und unsere Firma Strafbar zu machen.

Vielen dank für Ihr Verständnis und positiven Urteil.“

Den mit dieser Stellungnahme für alle drei gegenständlichen Dienstnehmer vorgelegten „Lohn/Gehaltsabrechnungen Dezember 2018“ war zu entnehmen, dass jeweils unter dem Titel „Nachzahlung Vorjahre“ unter Abzug von Steuern und Abgaben betreffend EB ein Nettobetrag in Höhe von 333,60 Euro, bei FG ein Nettobetrag in Höhe von 1.650,50 Euro und bei HI ein Nettobetrag in Höhe von 2.168,20 Euro abgerechnet worden war und dass dabei auch die dabei anfallenden Steuern und Abgaben berücksichtigt worden waren.

Die Wiener Gebietskrankenkasse teilte nach Übermittlung dieser Stellungnahme und Unterlagen des Beschwerdeführers mit, dass der Nachweis der Nachzahlung aus Sicht der Krankenkasse erfolgt sei; es komme jedoch lediglich eine Strafmilderung in Betracht, weil die Arbeitgeberin erst nach dem Tätigwerden der Wiener Gebietskrankenkasse die korrekten Zahlungen durchgeführt habe. Bei EB sei auf die Kollektivvertragseinstufung Bedacht zu nehmen. Falls das Gericht zur Entscheidung gelange, dass für diesen Arbeitnehmer kein Kollektivvertrag (Gewerbe: Vermietung von Kraftfahrzeugen ohne Beistellung eines Lenkers) anzuwenden sei, habe die Krankenkasse keine Einwände gegen die Einstellung des Verfahrens in diesem Punkt. Hinsichtlich der Behauptung, dass die Prüferin der Gebietskrankenkasse ausgesagt habe, dass alle Mitarbeiter richtig und gesetzeskonform abgerechnet worden seien, sei festzuhalten, dass bei dieser Erhebung bei insgesamt 9 Arbeitnehmern erhebliche Divergenzen festgestellt worden seien.

Am 17.12.2019 wurde (wegen einer Terminkollision nicht in der Verhandlung am 19.12.2019) Frau K. L. als Zeugin einvernommen, welche Folgendes aussagte:

„Ich leite die Personalverrechnungsabteilung jenes Steuerberaters der die Lohnverrechnung für die GmbH macht. Ich habe weder selbst die Lohnverrechnung für diese Firma gemacht, noch war ich an der Erhebung der GKK beteiligt. Ich habe diese Kontrolle nur am Rande mitbekommen, als Leiterin der Abteilung.

Grundsätzlich war es so, dass kann ich sagen, dass Urlaubs- und Weihnachtsgeld in Kollektivvertrag für die Buslenker höher bemessen wird als es sonst üblich ist und das wurde damals bei drei DN für das Jahr 2015 übersehen.



Außerdem war es so, dass bei Herrn E. B. die Einstufung in Kollektivvertrag für Buslenker überhaupt strittig ist, weil er nicht als Lenker arbeitet und gar keinen Busführerschein hat. Ich weiß, dass die GmbH damals drei Betriebsparteien hatte, nämlich den Souvenirverkauf, Stadtrundfahrten und auch einen Bereich in dem Autos verliehen wurden. In diesem Bereich hat E.B. gearbeitet. In welchem Kollektivvertrag bzw wie E.B überhaupt eingestuft war, kann ich nicht sagen. Bei der Prüfung wurde offensichtlich nur beanstandet, dass die Sonderzahlungen nicht um 30% erhöht worden waren. Wenn er nicht im Buslenkerkollektivvertrag eingestuft war bzw. gewesen wäre, hätte er die 30% gar nicht bekommen müssen.

Die bei der Kontrolle festgestellten Unterentlohnungsbeträge wurden den DN dann nachbezahlt, und zwar kurz nach der Beitragsprüfung; die Beitragsprüfung war in der ersten Novemberhälfte, ich glaube, dass die Abschlussbesprechung am 14.11. war, und wir haben dem Bf dann mitgeteilt, dass er die Nachzahlungen bis 07.12 leisten muss. Ich gehe davon aus, dass er das auch gemacht hat, weil es danach keine Beanstandungen mehr gab.

Soweit ich das sagen kann, ging es auch in der Selbstanzeige der Firma um das Thema der Sonderzahlungen bzw deren Höhe. Nach dem Kollektivvertrag sind die Sonderzahlungen um 30% zu erhöhen und zwar des Mindestentgeltes des kollektivvertraglichen. Das ist also nur relevant, wenn DN nicht über den Kollektivvertrag bezahlt werden. Wo über kollektivvertraglich entlohnt wird rechnet sich der Zuschlag in der Regel mit der Überzahlung auf.“

In der fortgesetzten Verhandlung am 19.12.2019 wurde mit Zustimmung der anwesenden Parteien bzw. Parteienvertreter diese Aussage der Zeugin L. verlesen. Der Beschwerdeführer gab weiters ergänzend befragt Folgendes an:

„Die Unterlagen über die Einstellung meines Bruders sind im Archiv und ich konnte sie kurzfristig noch nicht ausheben. Grundsätzlich war es damals so, als mein Bruder bei mir zu arbeiten begonnen hat, dass es keinen Kollektivvertrag dafür gab und ich bei der Firma S. ... nachgefragt habe, was sie ihren Leuten bezahlen. Wir haben dann vereinbart, dass mein Bruder ein Bruttogehalt von etwa 1.200,- Euro bekommt, und zwar wäre das für 40 Wochenstunden gewesen, er hat aber nur 20 Wochenstunden gearbeitet. Ich wollte ihn so entlohnen wie es üblich war und als meinem Bruder weder zu viel noch zu wenig Lohn bezahlen. Er war damit einverstanden und haben wir das damals so ausgemacht. Er hat deswegen auch ganz anderes Gehalt bekommen als die Busfahrer, insbesondere auch keine Zulagen, die ja beanstandet wurden, das Urlaubs- und Weihnachtsgeld natürlich schon.

Im Jahr 2015 hatten wir den Sitz der Firmenleitung, mein Büro und die Buchhaltung an der Adresse M.-gasse Ecke D.-straße. Die Mietautos waren in einer Garage in der N.-gasse abgestellt und mein Bruder hat sie von dort abgeholt und dorthin zurückgebracht. Gelegentlich ist er zu mir ins Büro gekommen, wenn Unterlagen abzuholen waren. Die Busgarage war auf dem Gelände der O. in der P.-straße. Die Buslenker haben ihren Dienst jeweils dort angetreten und die Busse dort abgeholt. Um 10:00 Uhr mussten sie dann für die Stadtrundfahrten vor der Q. stehen. Sie kamen eigentlich nie zu mir ins Büro, bzw. ganz selten wenn es Fragen gab z.B. wegen Dienstaussch oder auch wegen Urlaub. Für den Souvenirverkauf hatten wir 6 Filialen im ... und ... Bezirk und waren das alles eingespielte Teams, die auch bei mir im Büro kaum jemals etwas zu tun hatten. Es war auch so, dass eher ich in die Filiale bzw. zu den Bussen gegangen bin um nachzusehen ob alles in Ordnung ist bzw. ob es Fragen oder Probleme gibt.“

Schließlich wurde EB als Zeuge einvernommen, welcher Folgendes aussagte:

„Ich habe viele Jahre bei der GmbH gearbeitet und arbeite jetzt weiterhin für ihre Tochtergesellschaft. Ich habe immer in Teilzeitbeschäftigung (jetzt mache ich Vollzeit) die Zustellung und Abholung von Mietfahrzeugen gemacht. Ich habe immer die Fahrzeugschlüssel im Büro in der Stadt abgeholt und dann die Autos aus der Garage, im ... Bezirk, habe die Autos dann zu den Kunden gebracht bzw. wenn ein Auto abzuholen war, das Auto in die Garage gebracht und den Schlüssel in der Zentrale abgegeben. Ich war der Einzige der diese Tätigkeiten in der Firma gemacht hat. Damals gab es in dieser Firma auch noch andere Betriebszweige, Souvenirs und Autobus, ich war aber nur für die Überführung von Mietwagen zuständig. Die Busse waren nicht in der N.-gasse, dort hätten sie gar keinen Platz gehabt, das war ein Wohnhaus. In diesem Haus gab es nur Platz für die ungefähr 3 Autos die ich jeweils zuzustellen hatte. Damals habe ich ungefähr 600,- Euro für die 20 Wochenstunden verdient. Ich hatte keine Überstunden und habe keine Zulagen bekommen. Als Urlaubs- und Weihnachtsgeld habe ich jeweils ein doppeltes Gehalt bekommen. Wir haben ausgemacht, dass ich bei der GmbH netto etwa 600,- Euro haben werde. Ich habe daneben auch noch für eine zweite Firma, die Firma T. gearbeitet, dort habe ich dasselbe gemacht und auch verdient. Wir haben das damals so ausgemacht und ich wurde auch so angemeldet und habe das Geld auch immer bekommen.“

Nach Schluss der Beweisaufnahme wurde auf die Verkündung der Entscheidung verzichtet.

Bei der Beweiswürdigung waren folgende Erwägungen maßgeblich:

Die Sachverhaltsfeststellungen gründen sich im Wesentlichen auf die vorliegenden Unterlagen, die eigenen Angaben des Beschwerdeführers sowie auf die Aussagen der Zeuginnen J. und L. sowie des Zeugen EB:

Die Sachverhaltsfeststellungen bezüglich der Vertretungsbefugnis des Beschwerdeführers für die GmbH, deren Firmenstandorte und Gewerbeberechtigungen gründen sich auf die eingeholten Auskünfte aus dem Firmenbuch und dem GISA-System, jene bezüglich der Kollektivverträge auf die Einsichtnahme in die diesbezüglichen Datenbanken der Interessensvertretungen. Die Feststellungen bezüglich der von der GmbH zur Sozialversicherung gemeldeten Personen ergeben sich aus den diesbezüglichen Mitteilungen der Wiener Gebietskrankenkasse.

Dass FG und HI als Buslenker im Bereich des Stadtrundfahrtengewerbes unter den beschriebenen Rahmenbedingungen für die GmbH tätig waren und in der festgestellten Art entlohnt wurden, ergibt sich aus den unbedenklichen Urkunden, die sich im behördlichen Akt befinden bzw. dem Verwaltungsgericht Wien vom Beschwerdeführer vorgelegt wurden, und den Angaben des Beschwerdeführers.

Die Feststellungen betreffend die von EB für die GmbH ausgeübte Tätigkeit und deren Rahmenbedingungen fußen auf den Angaben des Beschwerdeführers und den Aussagen der Zeugen EB und L., jene betreffend die jeweilige Entlohnung dieser drei Dienstnehmer gründen sich auf die vorliegenden Lohnkonten, die Angaben des Beschwerdeführers, der Zeugin L. und des Zeugen EB.

Dass im Jahr 2015 die Sonderzahlungen weder bei EB noch bei den beiden Buslenkern um 30 Prozent erhöht wurden, ergibt sich aus den Lohnkonten und wird auch durch die Aussagen der Zeuginnen J. und L. bestätigt; auf diesen Beweismitteln gründen sich auch die Feststellungen, dass der Beschwerdeführer nach Kenntnisnahme dieser Unterzahlungen am 30.11.2018 die ihm jeweils diesbezüglich von der Lohnverrechnung benannten Beträge an die drei Dienstnehmer überwies und deren Lohnkonten diesbezüglich auch unter Berücksichtigung der dabei anfallenden Abgaben und Beiträge zu den Systemen der Sozialen Sicherheit korrigieren ließ.

Die Feststellungen betreffend die Einleitung und den Gang des gegenständlichen Verwaltungsstrafverfahrens waren aufgrund des behördlichen Aktes zu treffen.

Aufgrund dieser Beweisergebnisse und Überlegungen konnte der einleitend umschriebene Sachverhalt mit der für ein Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit als erwiesen angenommen werden.

Rechtlich war dieser Sachverhalt folgendermaßen zu würdigen:

Die relevanten Normen haben folgenden Wortlaut:

Der Kollektivvertrag der privaten Autobusbetriebe trifft in seinem Punkt 2./4. Teil 2 folgende, hier relevante Regelungen betreffend „Urlaubsbeihilfe und Weihnachtsremuneration“:

„a) Arbeitnehmer, die am 1. Juli ein Jahr im Betrieb beschäftigt sind, erhalten eine Urlaubsbeihilfe in der Höhe von 4,33 Kollektivvertragswochenlöhnen, erhöht um 30 Prozent, die spätestens am 1. Juli fällig ist. Der Urlaubszuschuss gebührt abweichend vom Kalenderjahr jeweils für den Zeitraum vom letzten Fälligkeitstag bis zum 1. Juli.

b) Arbeitnehmer, die am 1. Dezember ein Jahr im Betrieb beschäftigt sind, erhalten eine Weihnachtsremuneration in der Höhe von 4,33 Kollektivvertragswochenlöhnen, erhöht um 30 Prozent, die spätestens am 1. Dezember fällig ist. Die Weihnachtsremuneration gebührt abweichend vom Kalenderjahr jeweils für den Zeitraum vom letzten Fälligkeitstag bis zum 1. Dezember.“

Die Lohntafel dieses Kollektivvertrages sah im Jahr 2015 für Berufskraftfahrer mit 2- bis 11-jähriger Betriebszugehörigkeit einen Bruttostundenlohn von 10,51 Euro bzw. einen Bruttowochenlohn von 420,40 Euro vor.

Wer als Arbeitgeber/in einen/e Arbeitnehmer/in beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm/ihr zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, zu leisten, beging gemäß § 7i Abs. 5 des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG), BGBl. Nr. 459/1993 in der Fassung vor BGBl. I Nr. 44/2016 eine Verwaltungsübertretung und war von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe zu bestrafen. Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassten, lag eine einzige

Verwaltungsübertretung vor. Auf Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag beruhende Überzahlungen bei den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgeltbestandteilen waren auf allfällige Unterentlohnungen im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum anzurechnen. Hinsichtlich von Sonderzahlungen für die in § 7g Abs. 1 Z 1 und 2 genannten Arbeitnehmer/innen lag eine Verwaltungsübertretung nach dem ersten Satz nur dann vor, wenn der/die Arbeitgeber/in die Sonderzahlungen nicht oder nicht vollständig bis spätestens 31. Dezember des jeweiligen Kalenderjahres leistete. Waren von der Unterentlohnung höchstens drei Arbeitnehmer/innen betroffen, betrug die Geldstrafe für jede/n Arbeitnehmer/in 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Wiederholungsfall 2.000 Euro bis 20.000 Euro, waren mehr als drei Arbeitnehmer/innen betroffen, für jede/n Arbeitnehmer/in 2.000 Euro bis 20.000 Euro, im Wiederholungsfall 4.000 Euro bis 50.000 Euro.

Nach Abs. 5a dieser Bestimmung war die Strafbarkeit nach Abs. 5 nicht gegeben, wenn der/die Arbeitgeber/in vor einer Erhebung der zuständigen Einrichtung nach den §§ 7f bis 7h die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem/der Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelt nachweislich leistete.

Stellte die Bezirksverwaltungsbehörde fest, dass 1. der/die Arbeitgeber/in dem/der Arbeitnehmer/in die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem/der Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelt binnen einer von der Behörde festzusetzenden Frist nachweislich leistete, und 2. die Unterschreitung des nach Abs. 5 Z 1 maßgeblichen Entgelts unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien gering war oder 3. das Verschulden des/der Arbeitgebers/in oder des/der zur Vertretung nach außen Berufenen (§ 9 Abs. 1 VStG) oder des/der verantwortlichen Beauftragten (§ 9 Abs. 2 oder 3 VStG) leichte Fahrlässigkeit nicht überstieg, hatte sie gemäß Abs.6 leg.cit. von der Verhängung einer Strafe abzusehen. Ebenso war von der Verhängung einer Strafe abzusehen, wenn der/die Arbeitgeber/in dem/der Arbeitnehmer/in die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem/der Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührende Entgelt vor der Aufforderung durch die Bezirksverwaltungsbehörde nachweislich leistete und die übrigen Voraussetzungen nach dem ersten Satz vorlagen. In Verwaltungsstrafverfahren nach Abs. 5 war § 45 Abs. 1 Z 4 und letzter Satz VStG nicht anzuwenden. Wies der/die Arbeitgeber/in der Bezirksverwaltungsbehörde nach, dass er/sie die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem/der Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelt geleistet hatte, war dies bei der Strafbemessung strafmildernd zu berücksichtigen.

Gemäß § 2 Abs. 1 Arbeitsverfassungsgesetz sind Kollektivverträge Vereinbarungen, die zwischen kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitgeber einerseits und der Arbeitnehmer andererseits schriftlich abgeschlossen werden. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung können durch Kollektivverträge 1. die Rechtsbeziehungen zwischen den Kollektivvertragsparteien, 2. die gegenseitigen aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer, 3. die Änderung kollektivvertraglicher Rechtsansprüche gemäß Z 2 der aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschiedenen Arbeitnehmer, 4. Maßnahmen im Sinne des § 97 Abs. 1 Z 4, 5. Art und Umfang der Mitwirkungsbefugnisse der Arbeitnehmerschaft bei Durchführung von Maßnahmen gemäß Z 4 und von Maßnahmen im Sinne des § 97 Abs. 1 Z 9, 6. gemeinsame Einrichtungen der Kollektivvertragsparteien, 7. sonstige Angelegenheiten, deren Regelung durch Gesetz dem Kollektivvertrag übertragen wird, geregelt werden.

Gemäß § 8 leg.cit sind kollektivvertragsangehörig, sofern der Kollektivvertrag nicht anderes bestimmt, innerhalb seines räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereiches

1. die Arbeitgeber und die Arbeitnehmer, die zur Zeit des Abschlusses des Kollektivvertrages Mitglieder der am Kollektivvertrag beteiligten Parteien waren oder später werden;
2. die Arbeitgeber, auf die der Betrieb oder ein Teil des Betriebes eines der in Z 1 bezeichneten Arbeitgeber übergeht;
3. die Arbeitgeber, die im Rahmen eines verbundenen Gewerbes fachübergreifende Leistungen erbringen, hinsichtlich der Kollektivverträge in den ausgeübten Wirtschaftsbereichen, in denen keine Kollektivvertragsangehörigkeit nach Z 1 oder 2 besteht.

Wenn ein mehrfach kollektivvertragsangehöriger Arbeitgeber über zwei oder mehrere Betriebe verfügt, findet gemäß § 9 Abs. 1 Arbeitsverfassungsgesetz auf die Arbeitnehmer der jeweilige dem Betrieb in fachlicher und örtlicher Beziehung entsprechende Kollektivvertrag Anwendung. Die Regelung des Abs. 1 findet gemäß Abs. 2 leg.cit. sinngemäß Anwendung, wenn es sich um Haupt- und Nebenbetriebe oder um organisatorisch und fachlich abgegrenzte

Betriebsabteilungen handelt. Liegt eine organisatorische Trennung in Haupt- und Nebenbetriebe oder eine organisatorische Abgrenzung in Betriebsabteilungen nicht vor, so findet gemäß Abs. 3 dieser Bestimmung jener Kollektivvertrag Anwendung, welcher für den fachlichen Wirtschaftsbereich gilt, der für den Betrieb die maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung hat; durch Betriebsvereinbarung kann festgestellt werden, welcher fachliche Wirtschaftsbereich für den Betrieb die maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung hat. Liegt weder eine organisatorische Trennung, eine organisatorische Abgrenzung noch die maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung eines fachlichen Wirtschaftsbereiches im Sinne des Abs. 3 vor, so findet gemäß Abs. 4 der Kollektivvertrag jenes fachlichen Wirtschaftsbereiches Anwendung, dessen Geltungsbereich unbeschadet der Verhältnisse im Betrieb die größere Anzahl von Arbeitnehmern erfasst.

Wird ein Arbeitnehmer in zwei oder mehreren Betrieben eines Arbeitgebers oder in organisatorisch abgegrenzten Betriebsabteilungen beschäftigt, für die verschiedene Kollektivverträge gelten, so findet gemäß § 10 Abs. 1 Arbeitsverfassungsgesetz auf ihn jener Kollektivvertrag Anwendung, der seiner überwiegend ausgeübten Beschäftigung entspricht. Liegt eine überwiegende Beschäftigung im Sinne des Abs. 1 nicht vor, so findet gemäß Abs. 2 dieser Bestimmung jener Kollektivvertrag Anwendung, dessen Geltungsbereich unbeschadet der Verhältnisse im Betrieb die größere Zahl von Arbeitnehmern des fachlichen Wirtschaftsbereiches erfasst.

Im gegenständlichen Fall war festzustellen, dass die GmbH mehrere voneinander räumlich und sachlich getrennte Unternehmensbereiche hatte, so etwa den hier nicht relevanten Handel (Souvenirverkauf) und - hier maßgeblich - das Stadtrundfahrtengewerbe mit Autobussen sowie die Vermietung von Kraftfahrzeugen ohne Bereitstellung eines Lenkers. Im hier gegenständlichen Jahr 2015 bestand ein Kollektivvertrag für das Autobusgewerbe, nicht jedoch für die Verleihung von Kraftfahrzeugen ohne Lenkerbeistellung.

Das Arbeitsverfassungsgesetz enthält in seinem zuvor zitierten § 9 Regelungen für Fälle, in denen ein Arbeitgeber mehrfach kollektivvertragsangehörig ist und zwei oder mehrere Betriebe bzw. Haupt- und Nebenbetriebe oder organisatorisch und fachlich abgegrenzte Betriebsabteilungen hat. Lediglich für den Fall, dass eine organisatorische Trennung in Haupt- und Nebenbetriebe oder eine organisatorische Abgrenzung in Betriebsabteilungen nicht vorliegt, sieht § 9 Abs. 3 Arbeitsverfassungsgesetz vor, dass jener Kollektivvertrag Anwendung findet, welcher für den fachlichen Wirtschaftsbereich gilt, der für den Betrieb die maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung hat; dies kann durch Betriebsvereinbarung festgestellt werden. Liegt eine organisatorische Trennung oder eine organisatorische Abgrenzung und auch keine maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung eines fachlichen Geschäftsbereiches im Sinne des Abs. 3 vor, so findet der Kollektivvertrag jenes fachlichen Wirtschaftsbereiches Anwendung, dessen Geltungsbereich unbeschadet der Verhältnisse im Betrieb die größere Anzahl von Arbeitnehmern erfasst.

Lehre und Judikatur haben eindeutig klargestellt, dass dann, wenn der Arbeitgeber zwar für einen seiner getrennten Tätigkeitsbereiche einem Kollektivvertrag unterliegt, während für einen anderen Tätigkeitsbereich kein Kollektivvertrag gilt, somit diesbezüglich ein kollektivvertragsloser Raum vorliegt, aus § 9 Abs. 1 (bzw. 2) Arbeitsverfassungsgesetz folgt, dass der zweitgenannte Bereich keinem Kollektivvertrag unterliegt (siehe etwa Gahleitner/Moser, Arbeitsverfassungsrecht, Randzahl 9 zu § 9 ArbVG; OGH von 14.06.1989, 9 ObA 83/89, von 30.08.1989, 9 ObA 201/89 u.a.)

Im gegenständlichen Fall war festzustellen, dass die vom Beschwerdeführer zu vertretende GmbH insgesamt drei Betriebszweige hatte, nämlich den (hier nicht involvierten) Souvenirhandel, das Stadtrundfahrtengewerbe, für das bereits ein Kollektivvertrag existierte, und die Vermietung von Kraftfahrzeugen ohne Lenkerbeistellung, für die zur Tatzeit kein Kollektivvertrag abgeschlossen worden war. Diese drei Betriebszweige waren den Ergebnissen des Beweisverfahrens zufolge räumlich und organisatorisch vollständig voneinander abgegrenzt, außer der Arbeitgebergemeinschaft der GmbH gab es keine anderen Gemeinsamkeiten. Kollektivverträge bestanden nur für d

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)