jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Lvwg Erkenntnis 2020/10/29 VGW-041/008/16607/2017

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 29.10.2020

Entscheidungsdatum

29.10.2020

Index

40/01 Verwaltungsverfahren
60/01 Arbeitsvertragsrecht

Norm

VStG §45 Abs1 Z1
AVRAG §7h Abs1
AVRAG §19 Abs1 Z38
LSD-BG §72 Abs1

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Mag. Burda über die Beschwerde des Herrn A. B., vom 01.12.2017 gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt ..., vom 27.09.2017, Zl. ..., wegen fünf Verwaltungsübertretungen gemäß § 7h Abs. 1 AVRAG iVm § 19 Abs. 1 Z 38 AVRAG iVm § 72 Abs. 1 LSD-BG nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 12.02.2019,

zu Recht e r k a n n t:

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG eingestellt.

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

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Abs. 1 VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

A. Verfahrensgang:

I. Das angefochtene Straferkenntnis hat nachfolgende Tatanlastung:

„Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als gemäß § 9 Abs.1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 zur Vertretung nach außen Berufener der C. d.o.o. mit Sitz in D., Slowenien, zu verantworten, dass diese Gesellschaft als

Arbeitgeberin ohne Sitz in Österreich, welche nicht Mitglied einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft in Österreich ist, am 29.09.2016 Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich und zwar in Wien, E.-straße, als angelernte Arbeiter (Montage von Gipskartonplatten) beschäftigt hat, ohne diesen Arbeitnehmern zumindest den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskritierien zu leisten, als

1. Herr F. G., geboren 1971, € 11,46 brutto/Stunde erhalten hat, obwohl der Anspruchslohn laut Kollektivvertrag € 12,75 brutto betragen hätte müssen, somit ergibt sich eine Unterentlohnung in der Höhe von 10,12 %,

2. Herr J. H., geboren 1973, € 11,46 brutto/Stunde erhalten hat, obwohl der Anspruchslohn laut Kollektivvertrag € 12,75 brutto betragen hätte müssen, somit ergibt sich eine Unterentlohnung in der Höhe von 10,12 %,

3. Herr K. L., geboren 1977, € 8,45 brutto/Stunde erhalten hat, obwohl der Anspruchslohn laut Kollektivvertrag € 11,63 brutto betragen hätte müssen, somit ergibt sich eine Unterentlohnung in der Höhe von 27,35 %,

4. Herr M. P., geboren 1974, € 8,45 brutto/Stunde erhalten hat obwohl der Anspruchslohn laut Kollektivvertrag € 11,63 brutto betragen hätte müssen, somit ergibt sich eine Unterentlohnung in der Höhe von 27,35 %,

und

5. Herr Q. N., geboren 1974, € 8,45 brutto/Stunde erhalten hat, obwohl der Anspruchslohn laut Kollektivvertrag € 11 63 brutto betragen hätte müssen, somit ergibt sich eine Unterentlohnung in der Höhe von 27,35 %.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

zu 1.- 5.

§ 7h Abs. 1 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), BGBl. Nr. 459/1993 in der Fassung BGBl. I Nr. 152/2015, in Verbindung mit § 19 Abs. 1 Z 38 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), BGBl. Nr. 459/1993 in der Fassung BGBl. I Nr. 44/2016, in Verbindung mit § 72 Abs. 1 Bundesgesetz, mit dem ein Gesetz zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping (Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz - LSD-BG) erlassen wird - Lohn- und Sozialdumping- Bekämpfungsgesetz, BGBl. I Nr. 44/2016 in der geltenden Fassung."

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über den Beschuldigten fünf Geldstrafen von je € 4.000,00, falls diese uneinbringlich sind, fünf Ersatzfreiheitsstrafen von je 1 Woche und 3 Tagen, sohin eine Gesamtgeldstrafe idHv. € 20.000,00 bzw. eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Monat, 2 Wochen, 6 Tage gemäß § 7i Abs.5 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), BGBl. Nr. 459/1993 idF. BGBl. I Nr. 152/2015, in Verbindung mit § 19 Abs. 1 Z 38 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), BGBl. Nr. 459/1993 in der Fassung BGBl. Nr. 44/2016, in Verbindung mit § 72 Abs. 1 Bundesgesetz, mit dem ein Gesetz zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping (Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz - LSD-BG) erlassen wird - Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, BGBl. I Nr. 44/2016 in der geltenden Fassung, in Verbindung mit § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG),BGBl. Nr. 52/1991 in der geltenden Fassung, verhängt.

Darüber hinaus wurden über den Beschwerdeführer gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) € 2,000,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d.s. 10% der Strafe (mindestens jedoch € 10,00 je Übertretung) verhängt.

II. In seiner dagegen rechtzeitig erhobenen Beschwerde führte der Beschwerdeführer (Bf) aus, dass die in den Lohnunterlagen angeführten Arbeitsstunden die Gesamtstundenzahl der Tätigkeiten der verfahrensgegenständlichen Arbeiter auch im Ausland („Delo V Tujini") umfasse und sich nicht nur auf die in Österreich verrichteten Arbeitsstunden beziehe. Keiner der Arbeiter habe in den Baustellenerhebungsprotokollen Angaben zu den gesamten Arbeitsstunden gemacht. Die Behörde habe nicht festgestellt, wie viele Arbeitsstunden in Österreich geleistet worden seien, diese seien vielmehr reine Spekulation, denn man habe auch andere Baustellen gehabt und seien die Arbeitnehmer stets zwischen diesen gependelt.

III. Das bekämpfte Straferkenntnis beruht auf einer Anzeige der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) vom 31.07.2017, in welcher ausgeführt wird, dass am 29.09.2016 die verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmer der C. d.o.o. auf der Baustelle in Wien, E.-straße, bei der Verrichtung von Trockenbauarbeiten (Montage von Gipskartonplatten) angetroffen wurden. Für die gegenständliche Baustelle wäre die Firma C. d.o.o. als Subunternehmerin von der Firma R. GmbH für das Gewerk Trockenbau beauftragt worden.

Der Anzeige beigelegt waren Lichtbilder der Baustelle, die Baustellenerhebungsprotokolle, die Arbeitsverträge der verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmer, das ausgehändigte Aufforderungsschreiben zur Vorlage von Lohnunterlagen, das A1-Formular der verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmer, Ausweiskopien der Arbeiter G., L. und P., ZGO 3 Meldungen der verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmer sowie ein Subvertrag, abgeschlossen zwischen der R. GmbH und der C. d.o.o. Im Zuge des Verfahrens wurden der BUAK die Lohnzettel für die Arbeiter H. und G. für die Monate August und Juli übermittelt. Weitere Lohnunterlagen wurden vom Bf nicht vorgelegt und stützte sich die BUAK betreffend die Angaben des ausbezahlten Lohnes in ihrer Anzeige auf die Angaben der Arbeitnehmer in den Baustellenerhebungsprotokollen.

IV. In den Erhebungsprotokollen wurde von den verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmern angegeben, dass diese auf der kontrollierten Baustelle seit 10.07.2016 (G.), seit 21.07.2016 (H.), 05.09.2016 (N.) bzw. seit 26.09.2016 (P. und L.) tätig sind. Das Feld betreffend das voraussichtliche Ende der Tätigkeit auf dieser Baustelle wurde von keinem der Arbeiter ausgefüllt.

V. Die Behörde forderte den Bf mit Schreiben vom 25.08.2017 auf, sich zu der ihm angelasteten Verwaltungsübertretung zu rechtfertigen, wovon dieser jedoch keinen Gebrauch machte.

VI. Mit Schreiben vom 04.09.2017 an die Behörde ergänzte die BUAK ihre Anzeige auf Grund einer Kontrolle auf dem Bauvorhaben in S., T.-straße, am 17.11.2016, wo vier der verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmer (P., L., N. und G.) bei der Montage von Fassadenplatten angetroffen wurden.

VII. In der vom Verwaltungsgericht Wien eingeholten Stellungnahme von Seiten der BUAK vom 03.04.2018 wurde betreffend die Tätigkeitszeiträume der Arbeiter in Österreich auf die Angaben der Arbeitnehmer in den Baustellenerhebungsprotokollen verwiesen. Die BUAK gab in ihrer Stellungnahme an, dass bisher trotz Aufforderungsschreiben weiterhin nur die Arbeitsverträge sowie Lohnzettel für die Monate Juli und August 2016 der Arbeiter G. und H. übermittelt worden wären und verwies auf die bereits mit der Anzeige vom 31. Juli 2017 vorgelegten ZKO 3 Meldungen.

Aus diesen ZKO 3 Meldungen ergebe sich die Entsendung nach Österreich der Arbeiter G., P., L. und N. im Zeitraum vom 29.09.2016 bis 17.10.2016. Für den Arbeitnehmer G. bestehen darüber hinaus eine ZKO 3 Meldung für den Zeitraum 07.07.2016 bis 07.08.2016 und für die Zeiträume vom 08.08.2016 bis 31.08.2016, vom 01.09.2016 bis 30.09.2016 und vom 01.10.2016 bis 17.10.2016 für den Arbeiter H..

Die BUAK führte aus, dass die Angaben des Beschwerdeführers, wonach die in den Lohnzetteln angeführten Arbeitsstunden in der Position „Delo V Tujini“ nicht ausschließlich in Österreich geleistet worden wären, als reine Schutzbehauptung zu werten sei und widerspreche dies auch den Angaben des Arbeitgebers in den ZKO 3 Meldungen als auch den Angaben der Arbeitnehmer im Zuge der Baustellenerhebung.

VIII. Am 12.02.2019 fand zur Klärung des Sachverhaltes eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien statt.

1. Im Zuge der Verhandlung legte der Beschwerdeführer eine A1-Meldung für die Slowakei betreffend die verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmer für den Zeitraum 01.06.16 bis 30.09.16 vor. Dazu gab er an, dass diese Meldungen alle am 22.05.2016 von ihm erstattet worden seien, und zwar im Hinblick auf ein Bauvorhaben in der Slowakei, wo die fünf in Rede stehenden Arbeitnehmer bis Ende 2016 beschäftigt waren.

Weiters brachte er dazu vor, dass die fünf in Rede stehenden Arbeitnehmer im Zeitraum Juli, August und September 2016 demnach nicht nur in Österreich, sondern auch auf einer Baustelle in Bratislava zum Einsatz gekommen seien.

Außerdem gab der Beschwerdeführer an, dass am Tag der Kontrolle insgesamt elf Arbeitnehmer für die verfahrensgegenständliche Baustelle eingeteilt gewesen seien. Diese anderen Arbeitnehmer seien möglicherweise noch von Bratislava auf dem Weg zur verfahrensgegenständlichen Baustelle in die E.-straße gewesen. Alle Arbeitnehmer seien zwischen diesen beiden Baustellen gependelt. Der Monatslohn, welchen die Arbeitnehmer erhalten haben, sei für beide Ländern, nämlich Slowakei und Österreich, gedacht gewesen. Ein Bauvorhaben alleine sei gar nicht umfangreich genug gewesen, um alle Arbeitnehmer voll zu beschäftigen. Aus diesem Grunde sei dann auch später noch die Baustelle in S. hinzugekommen.

Außerdem legte der Beschwerdeführer zum Beweis dafür, dass die fünf in Rede stehenden Arbeitnehmer für seine

damalige Firma auch in Slowenien tätig seien, einen Bericht über eine Baustellenkontrolle vom 20.09.2016 in Slowenien vor, aus welcher hervorgeht, dass die fünf verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmer am 20.09.2016 in Slowenien angetroffen werden konnten. Er verwies dabei auch darauf, dass der von ihm stellig gemachte Zeuge U. bei der Kontrolle der slowenischen Behörden am 20.09.2016 anwesend gewesen sei.

Die verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmer seien also insgesamt zwischen drei Ländern im fraglichen Zeitraum gependelt.

Außerdem legte der Beschwerdeführer ein Schreiben des slowenischen Arbeitsministeriums vor (17.02.2017) vor, in welchem er für den Zeitraum 01.06.2016 bis 31.12.2016 aufgefordert wurde, die Papiere betreffend die fünf in Rede stehenden Arbeitnehmer und weitere Arbeitnehmer betreffend die Baustellen in Bratislava, in der E.-straße sowie in Marburg (betreffend den 20.09.2016) vorzulegen.

Weiters brachte er vor, seit 14.11.2017 nicht mehr Geschäftsführer des Unternehmens zu sein und legte er dazu einen slowenischen Firmenbuchauszug vor.

In alle vom Beschwerdeführer vorgelegten Unterlagen wurde der Vertreterin der BUAK Einsicht gewährt.

Im Übrigen gab der Beschwerdeführer an, auch noch die Baustellenbücher beibringen zu können, was im Hinblick auf den Geschäftsführerwechsel jedoch noch einige Zeit in Anspruch nehmen würde. Aus diesen könnte man ersehen, welche Arbeitnehmer an welchem Tag auf welcher Baustelle konkret beschäftigt gewesen wären.

2. Das als Zeugin einvernommene Kontrollorgan gab an, nicht Slowenisch zu sprechen. Sie habe mit dem Arbeiter G. kommunizieren können, weil er auch Deutsch gesprochen hätte. Sie habe mit den Arbeitnehmern die vorliegenden Personenblätter ausgefüllt. Sie wisse nicht bzw. sei ihr damals nicht zur Kenntnis gelangt, dass diese möglicherweise zwischen mehreren Baustellen länderübergreifend gependelt haben. Die fünf Arbeitnehmer hätten die Personenblätter gemeinsam ausgefüllt, das könne man so sagen. Kommuniziert worden sei zwischen den Arbeitnehmern, nicht mit ihr.

Sie habe keine Information darüber erhalten, dass auf der Baustelle eigentlich noch weitere Arbeitnehmer einlangen sollten bzw. dass die Arbeitnehmer zwischen den Baustellen pendelten.

3. Der Zeuge U. gab an, im zweiten Halbjahr 2016 auf mehreren Baustellen der Firma C. beschäftigt gewesen zu sein, und zwar in Wien, Bratislava, in Marburg und auch in S.. Über Vorhalt der fünf im Straferkenntnis genannten Arbeitnehmer gab er an, dass diese seine Kollegen gewesen seien, auch im zweiten Halbjahr 2016. Mit diesen Kollegen sei er auf allen von ihm genannten Baustellen in diesem Zeitraum tätig gewesen. Es sei immer „gemischt" gewesen, wie die Arbeiter zum Einsatz gekommen seien, das sei materialabhängig, wo man gerade weiterbauen habe können. Er sei immer auf mehreren Baustellen zum Einsatz gekommen, das gelte auch für die fünf genannten Personen.

Mit der Lohnauszahlung habe er nichts zu tun, er wisse daher auch nicht, ob die Arbeiter getrennt nach Ländern ihren Lohn erhalten hätten oder ob es sich um eine Gesamtlohnzahlung für den betreffenden Monat gehandelt habe.

Von der Kontrolle am 29.06.2016 in Wien habe er gehört. Wo er da selbst gewesen sei, wisse er nicht mehr, möglicherweise habe er gerade andere Arbeiter zu einer anderen Baustelle gefahren. In Wien seien nicht nur die fünf genannten Personen, sondern mit Sicherheit auch andere Arbeiter tätig gewesen.

Er selbst habe auf der Baustelle in der E.-straße nicht gearbeitet; da er Deutsch spreche, habe er die Arbeiter zwischen der Slowakei und Österreich hin- und hergefahren. Im Zeitraum Juli, August und September 2016 habe er die fünf genannten Personen mehrfach zwischen den Baustellen in Wien und der Slowakei und auch Slowenien hin- und hergefahren.

4. Die Vertreterin der BUAK beantragte die Vorlage der Arbeitsaufzeichnungen durch den Beschwerdeführer. Dieser gab dazu an, dass er dafür Kontakt mit dem neuen Geschäftsführer aufnehmen müsste, um in der Buchhaltung Zugang zu Arbeitsaufzeichnungen zu erlangen und den Monatslohn auf die Länder Österreich, Slowenien und Slowakei aufteilen zu können. Überdies müsste er Zugang zu den Baustelleprotokollen erhalten.

Der Beweisantrag wird durch das Verwaltungsgericht Wien als unzulässiger Erkundungsbeweis abgelehnt.

5. In seinen Schlussausführungen gab der Beschwerdeführer an, dass er keine Unterentlohnung der Arbeitnehmer vorgenommen habe. Das Verfahren wäre vermeidbar gewesen, hätte die BUAK beim Bauherren Einsicht in die Baustellenprotokolle genommen.

6. In der Folge wurde das Erkenntnis samt den wesentlichen Entscheidungsgründen und der Belehrung verkündet und begehrte die BUAK mit Schreiben vom 18.02.2019 die schriftliche Ausfertigung der Entscheidung.

B. Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

I. Beweis wurde erhoben durch Einsicht in den verwaltungsbehördlichen Akt in Verbindung mit dem verwaltungsgerichtlichen Akt sowie durch Abhaltung einer mündlichen Verhandlung am 12.02.2019, Einvernahme des Beschwerdeführers und der beiden erschienenen Zeugen und Einsicht in die vom Beschwerdeführer in der Verhandlung vorgelegten Unterlagen.

II. Demnach steht folgender Sachverhalt fest:

1. Der Beschwerdeführer war zu dem von der Behörde angelasteten Tatzeitpunkt 29.09.2016 zur Vertretung nach außen berufenes Organ der C. d.o.o. mit Sitz in Slowenien. Seit 14.11.2017 ist nicht mehr er, sondern Herr V. W. zur Vertretung nach außen berufenes Organ.

2. Die im Straferkenntnis genannten Arbeiter waren zum Kontrolltag alle auf der Baustelle in der E.-straße, Wien, tätig. Dort verrichteten sie laut eigenen Angaben in den Personenblättern Trockenbauarbeiten („Knauf Monter"), was den von der BUAK während der Kontrolle festgestellten Tätigkeiten („Montage von Gipskartonplatten") entspricht. Laut den Angaben der Arbeiter in den Baustellenerhebungsprotokollen arbeiteten sie 40 Stunden pro Woche und erhielten jedoch einen Nettomonatslohn von EUR 980,--.

3. Die verfahrensgegenständlichen Arbeiter G., P., L. und N. wurden im Zeitraum vom 29.09.2016 bis 17.10.2016 nach Österreich entsendet. Für den Arbeitnehmer G. besteht darüber hinaus eine ZKO 3 Meldung für den Zeitraum vom 07.07.2016 bis 07.08.2016, für den Arbeitnehmer H. darüber hinaus für die Zeiträume vom 08.08.2016 bis 31.08.2016, vom 01.09.2016 bis 30.09.2016 und vom 01.10.2016 bis 17.10.2016.

4. Die verfahrensgegenständlichen fünf Arbeiter waren außerdem im Zeitraum vom 01.06.2016 bis 31.12.2016 in Bratislava, vom 01.07.2016 bis 03.10.2016 in Wien sowie vom 01.06.2016 bis 31.12.2016 in Maribor (Marburg) durch unterschiedliche Arbeitgeber auf Baustellen beschäftigt worden: Nur neun Tage vor der Kontrolle auf der Baustelle in der E.-straße, Wien, wurden sie am 20.09.2016 auf der Baustelle in Marburg bei einer Kontrolle der slowenischen Behörden angetroffen. Darüber hinaus waren die verfahrensgegenständlichen Arbeiter auch in der Slowakei tätig, und zwar zwischen 01.06.2016 bis 30.09.2016.

Des Weiteren waren 4 der 5 verfahrensgegenständlichen Arbeiter auch in S. auf einer Baustelle beschäftigt (Bauvorhaben in S., T.-straße, welches am 17.11.2016 von der BUAK kontrolliert worden war).

Insgesamt wird daher festgestellt, dass die im Straferkenntnis genannten Arbeitnehmer im Zeitraum Juli, August und September 2016 länderübergreifend auf Baustellen in Bratislava, Wien und Marburg, später auch in S. tätig waren und zwischen diesen Baustellen pendelten, indem sie der Zeuge U. zwischen diesen hin- und herbrachte. Die betreffenden Arbeitnehmer sind demnach nicht nur in Österreich (Wien und S.), sondern auch in Baustellen in der Slowakei und in Slowenien zum Einsatz gekommen.

III. Beweiswürdigung:

Diese Feststellungen gründen sich auf den jeweils bei den Feststellungen genannten Beweismitteln.

Aus den im verwaltungsbehördlichen Akt aufliegenden Formularen ergeben sich festgestellten Entsendungen der verfahrensgegenständlichen Arbeiter.

Aus dem Schreiben des slowenischen Arbeitsministeriums vom 17.02.2017 geht hervor, dass diese außerdem im Zeitraum vom 01.06.2016 bis 31.12.2016 in Bratislava sowie vom 01.06.2016 bis 31.12.2016 in Maribor (Marburg) auf Baustellen beschäftigt worden sind. Dass diese am 20.09.2016 auf der Baustelle in Marburg bei einer Kontrolle der slowenischen Behörden angetroffen worden sind, ergibt sich aus dem eingesehenen Protokoll der diesbezüglichen Baustellenkontrolle des slowenischen Finanzministeriums vom 20.09.2016.

Die Feststellung, dass sie darüber hinaus zwischen 01.06.2016 bis 30.09.2016. auch in der Slowakei tätig waren, gründet sich auf die vom Beschwerdeführer in der Verhandlung vorgelegten A1-Formularen, in denen ihr Einsatzzeitraum in Bratislava jeweils mit 01.06.2016 bis 30.09.2016 angegeben ist.

Dass 4 der 5 verfahrensgegenständlichen Arbeiter auch in S. auf einer Baustelle beschäftigt wurden, ergibt sich aus der Anzeigenergänzung der BUAK vom 04.09.2017 auf Grund einer Kontrolle auf dem Bauvorhaben in S., T.-straße, am 17.11.2016.

Dass die hg. AN zwischen diesen Baustellen gependelt sind, ergibt sich aus den Aussagen des Zeugen U. in der vom Verwaltungsgericht durchgeführten mündlichen Verhandlung, welche sich als schlüssig, nachvollziehbar und glaubhaft im Verhältnis zu den vom Beschwerdeführer vorgelegten Unterlagen erweisen. In den Baustellenerhebungsprotokollen wurde von den Arbeitern zwar angegeben, dass diese auf der kontrollierten Baustelle seit 10.07.2016 (G.), seit 21.07.2016 (H.), 05.09.2016 (N.) bzw. seit 26.09.2016 (P. und L.) tätig geworden sind, doch waren diese entgegen ihren Angaben in den von ihnen ausgefüllten Personenblättern nicht ununterbrochen seit den angeführten Zeitpunkten auf der Baustelle in Wien beschäftigt, wie sich etwa mit aller Deutlichkeit aus den Dokumenten der slowenischen Behörden (Protokoll der Baustellenkontrolle des slowenischen Finanzministeriums vom 20.09.2016, wonach die fünf inkriminierten Arbeiter am 20.09.2016 bei der Kontrolle auf der Baustelle in Marburg angetroffen wurden) bzw. der Anzeigenergänzung durch die BUAK in Bezug auf die S.er Baustelle ergibt.

III. Rechtlich folgt daraus:

1. Die heranzuziehenden Bestimmungen der des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) sowie des Lohndumping Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) lauten wie folgt:

„Feststellung von Übertretungen durch die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse

§ 7h. (1) Stellt die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse im Rahmen ihrer Tätigkeit fest, dass der/die Arbeitgeber/in dem/der Arbeitnehmer/in im Sinne des Abschnitts I BUAG oder im Sinne des § 33d BUAG nicht zumindest das ihm/ihr nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt im Sinne des § 7i Abs. 5 unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien leistet, gilt § 7e Abs. 3, Abs. 4 letzter Satz und Abs. 5 mit der Maßgabe, dass an die Stelle des Kompetenzzentrums LSDB die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse tritt.

(2) Die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse ist im Rahmen ihrer Tätigkeit berechtigt, die Bereithaltung der Unterlagen nach den §§ 7b Abs. 5 und 7d zu überwachen, Einsicht zu nehmen und Abschriften dieser Unterlagen anzufertigen und deren Übermittlung zu fordern, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Erfolgt bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten die Kontrolle nicht am ersten Arbeits(Einsatz)ort, sind die Unterlagen der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse nachweislich zu übermitteln, wobei die Bundesrecht konsolidiert

Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen."

„Strafbestimmungen

§ 7i. [...]

(5) 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, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe zu bestrafen. Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, liegt eine einzige Verwaltungsübertretung vor. Auf Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag beruhende Überzahlungen bei den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgeltbestandteilen sind auf allfällige Unterentlohnungen im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum anzurechnen. Hinsichtlich von Sonderzahlungen für die in § 7g Abs. 1 Z 1 und 2 genannten Arbeitnehmer/innen liegt 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 leistet. Sind von der Unterentlohnung höchstens drei Arbeitnehmer/innen betroffen, beträgt die Geldstrafe für jede/n Arbeitnehmer/in 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Wiederholungsfall 2 000 Euro bis 20 000 Euro, sind 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.

(5a) Die Strafbarkeit nach Abs. 5 ist 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 leistet.

(6) Stellt 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 leistet, und Bundesrecht konsolidiert

2. die Unterschreitung des nach Abs. 5 Z 1 maßgeblichen Entgelts unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien gering ist 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 übersteigt, hat sie von der Verhängung einer Strafe abzusehen. Ebenso ist 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 leistet und die übrigen Voraussetzungen nach dem ersten Satz vorliegen. In Verwaltungsstrafverfahren nach Abs. 5 ist § 45 Abs. 1 Z 4 und letzter Satz VStG nicht anzuwenden. Weist 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 hat, ist dies bei der Strafbemessung strafmildernd zu berücksichtigen.

(7) Die Frist für die Verfolgungsverjährung (§ 31 Abs. 1 VStG) beträgt drei Jahre ab der Fälligkeit des Entgelts. Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, beginnt die Frist für die Verfolgungsverjährung im Sinne des ersten Satzes ab der Fälligkeit des Entgelts für den letzten Lohnzahlungszeitraum der Unterentlohnung. Die Frist für die Strafbarkeitsverjährung (§ 31 Abs. 2 VStG) beträgt in diesen Fällen 5 Jahre. Hinsichtlich von Sonderzahlungen beginnen die Fristen nach den beiden ersten Sätzen ab dem Ende des jeweiligen Kalenderjahres (Abs. 5 dritter Satz) zu laufen.

(7a) Für den Fall, dass der/die Arbeitgeber/in das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt für den betroffenen Zeitraum der Unterentlohnung nach Abs. 5 nachträglich leistet, beträgt die Dauer der Fristen nach § 31 Abs. 1 und 2 VStG ein Jahr (Verfolgungsverjährung) oder drei Jahre (Strafbarkeitsverjährung), soweit nicht aufgrund des Abs. 7 die Verjährung zu einem früheren Zeitpunkt eintritt; der Fristenlauf beginnt mit der Nachzahlung.

(8) Parteistellung in Verwaltungsstrafverfahren

1. nach Abs. 1 erster Satz, Abs. 2 und 4 und nach § 7b Abs. 8 hat die Abgabenbehörde, in den Fällen des Abs. 5 in Verbindung mit § 7e das Kompetenzzentrum LSDB,

2. nach Abs. 5 in Verbindung mit § 7g und in den Fällen des Abs. 1 zweiter Satz und Abs. 3 hat der zuständige Träger der Krankenversicherung,

3. nach Abs. 1, 2a, 4 und 5 und nach § 7b Abs. 8 in Verbindung mit § 7h hat die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse,

auch wenn die Anzeige nicht durch die in den Z 1 bis 3 genannten Einrichtungen erfolgt. Diese können gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde Beschwerde beim Verwaltungsgericht und gegen das Erkenntnis oder den Beschluss eines Verwaltungsgerichts Revision beim Verwaltungsgerichtshof erheben.

(9) Bei grenzüberschreitender Entsendung oder Arbeitskräfteüberlassung gilt die Verwaltungsübertretung als in dem Sprengel der Bezirksverwaltungsbehörde begangen, in dem der Arbeits(Einsatz)ort der nach Österreich entsandten oder überlassenen Arbeitnehmer/innen liegt, bei wechselnden Arbeits(Einsatz)orten am Ort der Kontrolle.

(10) Für die Beurteilung, ob ein Arbeitsverhältnis im Sinne dieses Bundesgesetzes vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend."

2. Gemäß den Übergangsvorschriften des § 19 Abs. 1 Z 38 AVRAG, BGBl. Nr. 459/1993 idF. BGBl. I Nr. 44/2016 iVm. § 72 Abs.1 LSD-BG, BGBl. I Nr. 44/2016 idgF., treten die §§ 7 bis 7o in der Fassung vor dem BundesgesetzBGBl. I Nr. 44/2016 mit Ablauf des 31. Dezember 2016 mit der Maßgabe außer Kraft, dass diese Bestimmungen weiter auf Sachverhalte Anwendung finden, die sich vor dem 1. Jänner 2017 ereignet haben.

3. Arbeitgeberin ist in allen Fällen die C. d.o.o. mit Sitz in D., Slowenien. Gemäß§ 7b Abs. 1 Z. 1 AVRAG hat ein Arbeitnehmer, der von einem Arbeitgeber mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wird, unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts für die Dauer der Entsendung zwingend Anspruch auf zumindest jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern/Arbeitnehmerinnen von vergleichbaren Arbeitgebern/Arbeitgeberinnen gebührt (ausgenommen Beiträge nach § 6 BMSVG und Beiträge oder Prämien nach dem BPG).

4. Ausgehend von den Angaben der Arbeiter im Baustellenerhebungsprotokoll, wonach sie auf der kontrollierten Baustelle in der E.-straße Trockenbauarbeiten („Knauf Monter“) verrichteten, und den von der BUAK während der Kontrolle festgestellten Tätigkeiten („Montage von Gipskartonplatten“) ist zur kollektivvertraglichen Bewertung der Arbeiter der Kollektivvertrag für das Bauhilfsgewerbe (Wien, 2016) heranzuziehen und sind die Arbeiter als Angelernte Arbeitnehmer einzustufen.

5. Aus den Lohnunterlagen für Juli und August 2016 des Arbeiters G. geht hervor, dass dieser für den Lohnmonat Juli 2016 einen Bruttomonatslohn iHv EUR 1.833,60,- für 160 geleistete Arbeitsstunden in Österreich (angeführt unter der Position „DELO V TUJINI“) und im August einen Bruttomonatslohn iHv EUR 2.108,64,- für 184 geleistete Arbeitsstunden in Österreich verrechnet wurden. Nach den Unterlagen arbeitete dieser Arbeiter daher in den Monaten Juli und August 2016 zumindest 160/184 Stunden in Österreich und erhielt unter Berücksichtigung des Grundentgelts für seine in Österreich geleistete Arbeit EUR 11,46,- brutto pro Stunde.

Aus den Lohnunterlagen für Juli und August 2016 des Arbeiters H. geht hervor, dass dieser für den Lohnmonat Juli 2016 einen Bruttomonatslohn iHv EUR 1.925,28,- für 168 geleistete Arbeitsstunden in Österreich (angeführt unter der Position „DELO V TUJINI“) und im August einen Bruttomonatslohn iHv EUR 2.108,64,- für 184 geleistete Arbeitsstunden in Österreich verrechnet wurden. Nach den Unterlagen arbeitete dieser daher zumindest 168/184 Stunden in Österreich und erhielt unter Berücksichtigung des Grundentgelts für seine in Österreich geleistete Arbeit EUR 11,46,- brutto pro Stunde.

Gemäß dem auf die verrichtete Tätigkeit anzuwendenden Kollektivvertrag gebührte den Arbeitnehmern ein Grundlohn (Brutto-Stundenlohn) von EUR 11,63,-. Gemäß § 9 des anzuwendenden Kollektivvertrags gebührt für den KV-Lohn ab der Lohnwoche 19 ein aliquotes Weihnachtsgeld. Aus den Angaben der Baustellenerhebungsprotokolle und den vorgelegten Lohnzetteln geht hervor, dass bei den Arbeitnehmern G. und H. die einmonatige Betriebszugehörigkeit zum Zeitpunkt der Kontrolle gegeben war. Dementsprechend wurde der gebührende kollektivvertragliche Brutto-Stundenlohn mit EUR 12,75,- (EUR 1,12,- als aliquotes Weihnachtsgeld) für die Einstufung der Arbeiter H. und G. herangezogen. Mangels vollständiger Lohnunterlagen ist auf Grund der Angaben im Baustellenerhebungsprotokoll und den Arbeitsverträgen bei den übrigen Arbeitnehmern nicht von einer einmonatigen Betriebszugehörigkeit auszugehen und kann eine entsprechende Sonderzahlung bei der Feststellung einer Unterentlohnung auch nicht berücksichtigen werden.

Unter Heranziehung des Kollektivvertrags für das Bauhilfsgewerbe (Wien, 2016) und der Einstufung der Arbeiter als Angelernte Arbeitnehmer gebührte den Arbeitern G. und H. zumindest ein kollektivvertraglicher Bruttostundenlohn von EUR 12,75,- (Grundlohn und Sonderzahlungen aliquot) bzw. den Arbeitern L., P. und N. ein kollektivvertraglicher Bruttostundenlohn von EUR 11, 63,- (Grundlohn).

6. Die belangte Behörde übersieht jedoch in ihrem Straferkenntnis, in welchem sie als einzigen Tattag den 29.09.2016 angelastet hat, dass sich die von der BUAK so errechnete und angezeigte Unterentlohnung erst unter Einbeziehung der Monate Juli und August 2016 ergeben könnte. Da diese Beschäftigungsmonate jedoch im gesamten Verfahren (und auch im Straferkenntnis) dem Beschwerdeführer nicht angelastet worden sind, war das Verfahren schon aus diesem Grund einzustellen.

7. Wie sich allerdings darüber hinaus aus den vom Beschwerdeführer in der Beschwerdeverhandlung vorgelegten Unterlagen und den im verwaltungsbehördlichen Akt aufliegenden Unterlagen ergibt, waren die fünf Arbeiter im Juli, August und September 2016 länderübergreifend auf Baustellen in Bratislava, Wien und Marburg, später auch in S. tätig.

Wie sich auf Grund der getroffenen Feststellungen ergibt, liegt demnach im für dieses Verfahren relevanten Zeitraum kein Einsatz der verfahrensgegenständlichen Arbeiter ausschließlich in Österreich vor (so wurden diese nur 9 Tage vor

der Kontrolle in Wien in Slowenien auf einer Baustelle im September 2016 betreten). Aus den getroffenen Feststellungen ist darüber hinaus nicht rückzuschließen, welcher Anteil des ausbezahlten Lohnes auf Tätigkeiten auf Baustellen in Österreich und auf solche außerhalb des Bundesgebietes entfällt. Auf Grund des länderübergreifenden Einsatzes bzw. der Unterbrechung der Tätigkeiten der Arbeiter auf österreichischen Baustellen und der zwischenzeitlichen Tätigkeiten auf anderen Baustellen im Ausland kann eine Unterentlohnung in Bezug auf September 2016 (als Tattag wurde nur der 29.09.2016 angelastet!) nicht mit der für eine Verurteilung hinreichenden Sicherheit festgestellt werden, zumal es in den vorgelegten Unterlagen an einer konkreten Aufschlüsselung des Monatslohns für die Arbeiten in den einzelnen Ländern fehlt.

Auch aus den von den Arbeitnehmern gemachten Angaben zu dem von ihnen enthaltenen Monatslohn kann nicht festgestellt werden, welcher Anteil des Monatslohns auf die Tätigkeit in Österreich entfällt.

Abgesehen davon, dass es an der Kontrollbehörde gelegen wäre, ihrer gesetzlichen Verpflichtung zum Abverlangen der Vorlage der Lohnunterlagen und Kontrolle dieser auf Grund der Bestimmungen des AVRAG (§7d) bzw. des LSD-BG nachzukommen, um so ein Substrat für ein Verfahren wegen Unterentlohnung für die in Österreich verrichteten Tätigkeiten zu schaffen, war der in der mündlichen Verhandlung gestellte Beweisantrag der Vertreterin der BUAK auf „Vorlage der Arbeitsaufzeichnungen der einzelnen (gemeint auch der ausländischen, Anm. VGW) Baustellen durch den Beschwerdeführer“ als unzulässiger Erkundungsbeweis zu qualifizieren. Im Übrigen kann der Beschuldigte nicht - wie von der Vertreterin der Amtspartei ausdrücklich beantragt - dazu verhalten werden, allenfalls ihn belastende Unterlagen im gegenständlichen Verfahren vorzulegen (Verstoß gegen das Selbstbezichtigungsverbot).

Von einem unzulässigen Erkundungsbeweis bzw. Ausforschungsbeweis ist dann zu sprechen, wenn der Beweisantrag auf die Aufklärung eines rechterzeugenden oder rechtsvernichtenden Sachverhaltes gerichtet ist, dessen Tatbestandselemente der Partei selbst nicht klar waren und die von ihr weder vorgetragen noch konkretisiert wurden (OGH, am 24.02.1977, 2Ob3/77; 1Ob578/86; 9ObA237/88; 9Ob261/99v; 7Ob88/01v; 7Ob166/01i; 7Ob36/02y; 7Ob223/03z). Ein Erkundungsbeweis liegt vor, wenn das Gericht lediglich zur Vornahme von Ermittlungen veranlasst werden soll, um die Frage zu klären, ob von bestimmten Beweisen eine Förderung der Wahrheitsfindung zu erwarten ist, oder ob überhaupt Beweismittel auffindbar sind, deren Heranziehung der Wahrheitsfindung dienlich sein könnten (vgl. 12 Os 202/72).

Im Übrigen hätten sich zwar aus den vom Beschwerdeführer nach Ansicht der Vertreterin der Amtspartei vorzulegenden Aufzeichnungen die Arbeitszeiten in den einzelnen Ländern erkennen lassen, nicht jedoch die Aufteilung der Monatslöhne der Arbeiter auf diese Länder. Aus den vom Beschwerdeführer ohnehin bereits vorgelegten Unterlagen, aus denen ersichtlich ist, dass die Arbeiter auf mehreren Baustellen länderübergreifend tätig waren, in Verbindung mit den von den Arbeitern gemachten Angaben zu ihrem Monatslohn ergibt sich, dass sich der Monatslohn jedenfalls auf Arbeiten auf Baustellen in unterschiedlichen Ländern aufteilt. Insgesamt stützte sich der Beweisantrag damit auf unbestimmte Vermutungen – jedoch auf kein diesbezügliches konkretes Vorbringen der Vertreterin der Amtspartei -, wonach trotz der vorzunehmenden Aufteilung des Monatslohnes für die einzelnen Länder es dennoch zu einer Unterentlohnung der betroffenen Arbeitnehmer für die Tätigkeit zu dem von der Behörde im Straferkenntnis angelasteten Zeitpunkt in Österreich gekommen wäre.

8. Gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann.

Da nach dem Ergebnis der Beweiswürdigung letztendlich nicht mit der für eine Verurteilung ausreichenden Sicherheit festgestellt werden, dass der Beschwerdeführer zu dem von der Behörde angelasteten Tatzeitpunkt das Tatbild der Unterentlohnung verwirklicht hat, war im gegenständlichen Fall daher gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG das Strafverfahren mangels ausreichender Taterweisung im Zweifel zugunsten des Beschuldigten spruchgemäß einzustellen.

9. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Einstellung eines Verfahrens im Zweifel ab, noch fehlt es an einer solchen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Lohn- und Sozialdumping; Unterentlohnung; Lohnunterlagen; Kontrolle; Beweiswürdigung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWI:2020:VGW.041.008.16607.2017

Zuletzt aktualisiert am

01.06.2021

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at