



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Schick und die Hofrätin Mag. Hainz-Sator sowie den Hofrat Dr. Faber als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Vitecek, über die Revision der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse in Wien, vertreten durch die Noss & Windisch Rechtsanwälte OG in 1090 Wien, Porzellangasse 43/3. Stock/Tür 24, gegen das am 14. Juni 2022 mündlich verkündete und am 26. August 2022 schriftlich ausgefertigte Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien, Zl. VGW-041/025/9970/2021-40, betreffend Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Magistrat der Stadt Wien; mitbeteiligte Partei: A P, vertreten durch Dr. Tomasz Klimek, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Mahlerstraße 13/1B), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird in seinem Spruchpunkt 2) wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Antrag auf Aufwandersatz wird abgewiesen.

Entscheidungsgründe:

- 1 1.1. Mit Aufforderung zur Rechtfertigung der belangten Behörde vom 25. März 2021 wurde dem Mitbeteiligten, soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, zur Last gelegt, er habe als Inhaber eines Einzelunternehmens mit Sitz in Polen zu verantworten, dass im Zeitraum vom 13. bis 15. Jänner 2021 ein namentlich genannter Arbeitnehmer beschäftigt worden sei, ohne ihm zumindest das gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG genannten Entgeltbestandteile, geleistet zu haben, wodurch er § 29 Abs. 1 erster Satz Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz - LSD-BG übertreten habe. Er werde nunmehr aufgefordert, bis spätestens 6. Mai 2021 nachzuweisen, dass diesem Arbeitnehmer die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt in Höhe von € 55,44 brutto bis zu diesem Zeitpunkt geleistet wurde.



- 2 1.2. Mit Spruchpunkt I.2. des Straferkenntnisses der belangten Behörde vom 28. Mai 2021 wurde der Mitbeteiligte wegen der ihm in der Aufforderung zur Rechtfertigung zur Last gelegten Tat schuldig erkannt. Dadurch habe er § 29 Abs. 1 erster Satz LSD-BG übertreten, weswegen gegen ihn eine Geldstrafe in Höhe von € 2.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe von zwei Tagen) verhängt und ihm ein Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens auferlegt wurde. Unter einem wurde ausgesprochen, dass das genannte Unternehmen für die verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand hafte.
- 3 1.3. Dagegen erhob der Mitbeteiligte Beschwerde. Darin brachte er im Wesentlichen vor, das Entgelt setze sich aus zwei Bestandteilen zusammen, nämlich der Entlohnung in Polen für die geleisteten Arbeiten und einem täglichen Pauschalbetrag für die Dienstreise. Insgesamt sei das Entgelt damit höher als im Kollektivvertrag vorgesehen.
- 4 Das Verwaltungsgericht Wien führte am 1. März 2022 und am 14. Juni 2022 eine mündliche Verhandlung durch und verkündete im Anschluss das Erkenntnis. Mit dessen Spruchpunkt 2) wurde der Beschwerde des Mitbeteiligten Folge gegen, das Straferkenntnis aufgehoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG eingestellt. Unter einem sprach das Verwaltungsgericht aus, dass der Mitbeteiligte keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten habe und dass eine Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig sei.
- 5 Als wesentliche Entscheidungsgründe werden in der Niederschrift über die Verkündung festgehalten, dass nach näher zitierter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entsprechend einer näher genannten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes „Taggelder“, welche die Nachteile ausgleichen sollen, die den Arbeitnehmern durch die Entsendung auf Grund der Entfernung von ihrem gewohnten Umfeld entstanden sind und die gezahlt wurden, als „Entsendezulage“ iSd. Art. 3 Abs. 7 UAbs. 2 der Entsenderichtlinie und damit als Bestandteil des Mindestlohns einzustufen seien.
- 6 Aus dem Auftrag zur Dienstreise Nr. 4/2021 ergebe sich, dass ein Taggeld pauschal in Höhe von € 52,00 pro Tag zustehe. Dieser Betrag sei somit nicht



anhand von tatsächlich entstandenen Reisekosten aufgeschlüsselt, sondern ein Pauschalbetrag. Daran vermöge auch der Umstand nichts zu ändern, dass dieser Betrag in der als „Reisekostenrechnung“ bezeichneten Rechnung insofern aufscheine, als er im Betrag von € 260,00 fünfmal (für fünf Tage) bzw. im Betrag von € 208,00 viermal (für vier Tage) enthalten sei, könne doch die bloße Bezeichnung einer Rechnung an ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nichts ändern.

- 7 Die Revisionswerberin beantragte die Ausfertigung des Erkenntnisses.
- 8 1.4. In der schriftlichen Ausfertigung stellte das Verwaltungsgericht fest, auf Grund des Lohnzettels und der Auszahlungsbestätigung sei von einem Stundenlohn in der Höhe von € 3,29 auszugehen. Vereinbart und ausbezahlt worden sei außerdem ein „Taggeld pauschal“ in der Höhe von € 52,-- pro Tag. Dieser Betrag sei nicht anhand von tatsächlich entstandenen Reisekosten aufgeschlüsselt. Vielmehr handle es sich um einen Pauschalbetrag, welcher als Leistung für die Unannehmlichkeiten der Arbeitnehmer im Ausland anzusehen sei. Zusätzlich seien Unterkunft und Reisekosten nach Polen und zurück sowie die Fahrten zur Baustelle und zurück von der Arbeitgeberin zur Verfügung gestellt worden.
- 9 Rechtlich führte das Verwaltungsgericht aus, nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (Hinweis auf VwGH 15.2.2021, Ra 2020/11/0179) seien entsprechend dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH 12.2.2015, *Sähköalojen ammattiliitto ry*, C-396/13) sog. „Taggelder“, welche die Nachteile ausgleichen sollen, die den Arbeitnehmern durch die Entsendung auf Grund der Entfernung von ihrem gewohnten Umfeld entstanden seien und die nicht als Erstattung für infolge der Entsendung tatsächlich entstandene Kosten gezahlt worden seien, als „Entsendungszulage“ iSd. Art. 3 Abs. 7 UAbs. 2 der Entsenderichtlinie und damit als Bestandteil des Mindestlohns einzustufen. Hingegen dürfe die Übernahme der Unterbringungskosten nach Wortlaut und Zweck dieser Bestimmung nicht bei der Berechnung des den Arbeitnehmern tatsächlich geleisteten Mindestlohns berücksichtigt werden, ebenso wenig wie Essensgutscheine bzw. als Ausgleich für die Unterbringungskosten gezahlte Zulagen, um die den Arbeitnehmern



infolge ihrer Entsendung tatsächlich entstandenen Lebenshaltungskosten zu erstatten.

- 10 Der festgestellte Pauschalbetrag in der Höhe von € 52,-- pro Tag sei daher als Bestandteil des Mindestlohns einzustufen. Dies ergebe bei acht geleisteten Arbeitsstunden ein Entgelt von € 6,50 pro Stunde. Addiere man diesen Betrag zu dem Stundenlohn von € 3,29, ergebe dies eine Summe von € 9,79.
- 11 Der anwendbare kollektivvertragliche Mindestlohn für das Bauhilfsgewerbe betrage € 11,57 pro Stunde.
- 12 Daraus ergebe sich eine Unterentlohnung von € 1,78 pro Stunde (15,4 %), bei 22 Stunden Arbeit im Zeitraum vom 13. bis 15. Jänner 2021 eine Unterentlohnung von € 39,16.
- 13 Dennoch sei der Mitbeteiligte im Hinblick auf § 29 Abs. 3 LSD-BG nicht zu bestrafen. Zwar sei die vorliegende Unterentlohnung prozentuell betrachtet nicht gering iSd. Z 1 leg. cit. Dem Mitbeteiligten könne jedoch nicht von vornherein ein leichte Fahrlässigkeit nicht übersteigendes Verschulden iSd. Z 2 leg. cit. abgesprochen werden (Hinweis auf VwGH 30.6.2016, Ra 2016/11/0007), zumal „antizipative Beweiswürdigung unzulässig ist“ und von der Unterentlohnung lediglich ein einziger Arbeitnehmer für den Zeitraum von nur drei Tagen betroffen sei.
- 14 Den Akten lasse sich nicht entnehmen, dass die Behörde ausdrücklich eine Frist zur Begleichung des noch ausstehenden Mindestentgelts eingeräumt hätte, um dem Mitbeteiligten Gelegenheit zu geben, durch fristgerechte Bezahlung das Absehen von der Bestrafung gemäß § 29 Abs. 3 LSD-BG herbeizuführen, weswegen die Bestrafung rechtswidrig gewesen sei.
- 15 1.5. Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende (außerordentliche) Revision. Die belangte Behörde erstattete eine Revisionsbeantwortung. Der Mitbeteiligte äußerte sich im Vorverfahren nicht.



Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

- 16 2.1. Die Revisionslegitimation der Revisionswerberin ergibt sich aus § 32
Abs. 1 Satz 1 Z 3 und Satz 2 LSD-BG.
- 17 2.2. In der Revision wird zu ihrer Zulässigkeit u.a. vorgebracht, es fehle
Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage, ob die
Verwaltungsbehörde nach § 29 Abs. 3 Z 2 LSD-BG grundsätzlich verpflichtet
sei, einem Beschuldigten eine Frist zur Nachzahlung zu setzen und ob eine
Bestrafung nach § 29 Abs. 1 LSD-BG ohne vorherige Aufforderung zur
Nachzahlung rechtswidrig sei.
- 18 Die Revision ist aus diesem Grund iSd. Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.
- 19 3. Zunächst ist die Frage in den Blick zu nehmen, ob zwischen der
Niederschrift der mündlichen Verkündung des angefochtenen Erkenntnisses
und seiner schriftlichen Ausfertigung eine wesentliche Abweichung vorliegt.
- 20 Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes liegt ein relevanter
Begründungsmangel der angefochtenen Entscheidung vor, wenn die
Begründung der schriftlichen Ausfertigung in einem wesentlichen Punkt von
jener abweicht, die in der Niederschrift zur mündlichen Verkündung
dokumentiert ist, sodass nicht nachvollzogen werden kann, welche tragenden
Überlegungen tatsächlich für die getroffene Entscheidung ausschlaggebend
waren. Demgegenüber liegt allein in einer lediglich ausführlicheren (und nicht
der mündlichen Verkündung widersprechenden) Begründung in der
schriftlichen Ausfertigung kein Begründungsmangel (vgl. VwGH 23.9.2020,
Ra 2019/14/0558, mwN; 22.3.2023, Ra 2021/18/0047).
- 21 Im vorliegenden Fall beschränken sich die in der Niederschrift der mündlichen
Verkündung enthaltenen wesentlichen Entscheidungsgründe auf das Argument,
dass das pauschalierte „Taggeld“ nach näher genannter Rechtsprechung als
Bestandteil des Entgelts anzusehen sei. Das Verwaltungsgericht brachte damit
erkennbar zum Ausdruck, dass unter Hinzurechnung dieses Taggeldes keine
Unterentlohnung vorgelegen sei.



- 22 Hingegen bejahte das Verwaltungsgericht in der schriftlichen Erkenntnisausfertigung nach näherer Berechnung der Höhe des geleisteten Entgelts, trotz Hinzuzählung des genannten „Taggelds“, das Vorliegen einer Unterentlohnung. Es erachtete die Bestrafung des Mitbeteiligten aber deswegen für rechtswidrig, weil diesem von der Verwaltungsstrafbehörde keine Frist zur Leistung des Differenzbetrages iSd. § 29 Abs. 3 erster Satz LSD-BG gesetzt worden sei und sein Verschulden iSd. Z 2 leg. cit. leichte Fahrlässigkeit nicht überstiegen habe - diese Überlegungen finden sich in den wesentlichen Entscheidungsgründen des mündlich verkündeten Erkenntnisses nicht.
- 23 Damit liegt aber ein Widerspruch zwischen der Begründung des mündlich verkündeten Erkenntnisses und der Begründung der schriftlichen Ausfertigung dieses Erkenntnisses in einem wesentlichen Punkt vor. Dieser betrifft die Frage, ob überhaupt eine Unterentlohnung iSd. § 29 Abs. 1 erster Satz LSD-BG erfolgte, also die Frage, was der tragende Grund für die Stattgabe der Beschwerde des Mitbeteiligten gegen seine Bestrafung war.
- 24 4. Das angefochtene Erkenntnis war schon aus diesem Grund im Umfang seines Spruchpunktes 2) (Stattgabe der Beschwerde des Mitbeteiligten, Aufhebung des Straferkenntnisses und Einstellung des Strafverfahrens sowie Ausspruch, dass der Mitbeteiligte keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten habe) gemäß § 42 Abs. 2 Z 3 VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.
- 25 Der Antrag der Revisionswerberin auf Aufwandersatz war abzuweisen, weil nach § 47 Abs. 4 VwGG in einem - hier gemäß § 32 Abs. 1 Satz 2 LSD-BG vorliegenden - Fall des Art. 133 Abs. 8 B-VG der Revisionswerber und der Rechtsträger im Sinn des § 47 Abs. 5 VwGG keinen Anspruch auf Aufwandersatz haben (vgl. VwGH 21.11.2013, 2012/11/0178; 27.1.2014, 2013/11/0249; 14.12.2015, Ra 2014/11/0013).
- 26 5. Im fortgesetzten Verfahren wird vom Verwaltungsgericht Folgendes zu beachten sein: Wie von der belangten Behörde in ihrer Revisionsbeantwortung vorgebracht und es sich auch aus den Akten ergibt, wurde dem Mitbeteiligten in der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 15. Jänner 2021 ausdrücklich





iSd. § 29 Abs. 3 erster Satz LSD-BG die Möglichkeit eingeräumt, den Differenzbetrag innerhalb einer bestimmten Frist zu leisten (vgl. Rn. 1). Die gegenteilige Feststellung in der schriftlichen Ausfertigung des angefochtenen Erkenntnisses ist daher aktenwidrig.

W i e n , am 13. Dezember 2023

