OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen: LVwG-301622/32/KLi/TK

Datum: Linz, 24. November 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde des I.H., c/o I. s.r.o., X, P., Slowakei, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 9. Mai 2017, GZ: Wi96-12-2017-Kw, Wi96-13-2017-Kw, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in Höhe von 5.600 Euro zu bezahlen.

III. Der Beschwerdeführer hat binnen 2 Wochen Barauslagen in Höhe von 2.074,30 Euro (Zeugengebühren: 1.744,70 Euro, Dolmetschergebühren: 329,60 Euro) zu bezahlen.

IV. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn (in der Folge: belangte Behörde) vom 9. Mai 2017, GZ: Wi96-12-2017-Kw, Wi96-13-2017-Kw, wurden dem Beschwerdeführer Übertretungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) wie folgt vorgeworfen:

„Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer und damit als zur Vertretung nach außen Berufener des Unternehmens I. s.r.o mit Sitz in der Slowakei, P., X, zu verantworten, dass das genannte Unternehmen nachstehende Staatsbürger mit Isolierungsarbeiten auf der Baustelle „K.", X, R., beschäftigt hat:

1. Herrn I.G., geb. x, slowak. StA, Beschäftigungszeitraum 15.12.2016 bis zumindest 24.01.2017 jeweils Mo bis Fr 07:00 bis 16:00 Uhr);

2. Herrn M.B., geb. x, slowak. StA, Beschäftigungszeitraum 15.12.2016 bis zumindest 24.01.2017 jeweils Mo bis Fr 07:00 bis 16:00 Uhr);

3. Herrn A.H., geb. x, slowak. StA, Beschäftigungszeitraum 09.01.2017 bis zumindest 24.01.2017 (jeweils Mo bis Fr 07:00 bis 16:00 Uhr);

4. Herrn M.K., geb. x, slowak. StA, Beschäftigungszeitraum 15.12.2016 bis zumindest 24.01.2017 (jeweils Mo bis Fr 07:00 bis 16:00 Uhr);

5. Herrn F.M., geb. x, slowak. StA, Beschäftigungszeitraum 15.12.2016 bis zumindest 24.01.2017 (jeweils Mo bis Fr 07:00 bis 16:00 Uhr);

6. Herrn M.M., geb. x, slowak. StA, Beschäftigungszeitraum 09.01.2017 bis zumindest 24.01.2017 (jeweils Mo bis Fr 07:00 bis 16:00 Uhr);

7. Herrn M.H., geb. x, slowak. StA, Beschäftigungszeitraum 15.12.2016 bis zumindest 24.01.2017 (jeweils Mo bis Fr 07:00 bis 16:00 Uhr);

I. Wi96-12-2017-Kw

und Organe der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse bei den erforderlichen Erhebungen im Betrieb behindert wurden, da trotz nachweislicher Aufforderung durch die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse nicht sämtliche zur Überprüfung des den entsandten Arbeitnehmern für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts erforderlichen Lohnunterlagen (§ 22 LSD-BG) binnen vorgeschriebener Frist übermittelt wurden. Die geforderten Lohnunterlagen wären bis zum Ablauf des der Aufforderung am 24.01.2017 zweitfolgenden Werktags (26.01.2017) abzusenden gewesen. Für die Übermittlung der vollständigen Lohnunterlagen betreffend den Lohnzahlungszeitraum Jänner 2017 wurde eine Frist bis zum 20.02.2017 eingeräumt. Jedenfalls bis zum 23.03.2017 wurden die Lohnzettel von Dezember 2016, die Lohnzahlungsnachweise bzw Banküberweisungsbelege von Dezember 2016, die vollständigen Arbeitszeitaufzeichnungen (ab 26.12.2016 bis 24.01.2017) und die Unterlagen betreffend die Lohneinstufung hinsichtlich der Arbeitnehmer Nr 1., 2., 4., 5,, und 7. nicht übermittelt, betreffend die Arbeiter Nr 3. und 6. wurden bis zum 23.03.2017 die vollständigen Arbeitsaufzeichnungen (ab 09.01.2017 bis 24.01.2017) sowie die Unterlagen betreffend die Lohneinstufung nicht übermittelt. Des Weiteren wurden hinsichtlich sämtlicher Arbeitnehmer (Nr 1. bis 7.) bis zum 23.03.2017 die

Lohnzettel/Lohnunterlagen, Auszahlungsbestätigungen bzw Banküberweisungsbelege sowie die vollständigen Arbeitszeitaufzeichnungen für den Lohnzahlungszeitraum 2017 nicht übermittelt.

Weiters haben Sie als handelsrechtlicher Geschäftsführer und damit als nach außen zur Vertretung Befugter des Unternehmens I. s.r.o zu verantworten, dass das genannte Unternehmen die Arbeitnehmer Nr 1. bis 7. mit Isolierungsarbeiten auf der Baustelle „K" beschäftigt hat,
II. Wi96-13-2017-Kw
ohne den nach dem Kollektivvertrag für Bauhilfsgewerbe Oberösterreich 2016, unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zustehenden Grundlohn sowie den aliquoten Anteil des gebührenden Weihnachtsgeldes geleistet zu haben.
Die Unterentlohnung betrug hinsichtlich der Arbeitnehmer 1., 2., 4., 5, und 7.
- von 15.12.2016 bis 31.12.2016: je 17,63 %,
- von 09.01.2017 bis 24.01.2017: je 17,63 %,

und hinsichtlich der Arbeitnehmer 3. und 6.
- von 09.01.2016 bis 24.01.2017: je 17,63 %

des zustehenden Entgelts.“ [Hervorhebungen nicht übernommen]

Der Beschwerdeführer habe dadurch § 27 Abs. 1 iVm §§ 15 Abs. 2, 22 Abs. 1 LSD-BG bzw. § 29 Abs. 1 iVm § 3 Abs. 3 LSD-BG verletzt. Gemäß § 27 Abs. 1 LSD-BG würden Geldstrafen von je 1.000 Euro bzw. Ersatzfreiheitsstrafen von je 67 Stunden sowie gemäß § 29 Abs. 1 LSD-BG Geldstrafen von je 3.000 Euro bzw. Ersatzfreiheitsstrafen von je 50 Stunden verhängt, insgesamt daher eine Geldstrafe von 28.000 Euro. Ferner habe der Bf einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens von 2.800 Euro zu bezahlen.

Begründend führte die belangte Behörde aus, am 24. Jänner 2017 sei von der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) eine Kontrolle auf der Baustelle „K.“ in R. durchgeführt worden. Dabei seien die im Spruch bezeichneten Arbeiter bei Isolierungsarbeiten angetroffen worden. Die im Spruch bezeichneten Personen seien Arbeiter des Unternehmens I. s.r.o. – der Bf sei handelsrechtlicher Geschäftsführer dieses Unternehmens.

Die im Spruch bezeichneten Personen seien in folgendem Ausmaß auf der Baustelle tätig gewesen:

1. I.G., geb. x, slowak. StA, jeweils Mo bis Fr 07:00 bis 16:00 Uhr im Beschäftigungszeitraum 15.12.2016 bis zumindest 24.01.2017;
2. M.B., geb. x, slowak. StA, jeweils Mo bis Fr 07:00 bis 16:00 Uhr im Beschäftigungszeitraum 15.12.2016 bis zumindest 24.01.2017;
3. A.H., geb. x, slowak. StA, jeweils Mo bis Fr 07:00 bis 16:00 Uhr im Beschäftigungszeitraum 09.01.2017 bis zumindest 24.01.2017;
4. M.K., geb. x, slowak. StA, jeweils Mo bis Fr 07:00 bis 16:00 Uhr im Beschäftigungszeitraum 15.12.2016 bis zumindest 24.01.2017;

5. F.M., geb. x, slowak. StA, jeweils Mo bis Fr 07:00 bis 16:00 Uhr im Beschäftigungszeitraum 15.12.2016 bis zumindest 24.01.2017;
6. M.M., geb. x, slowak. StA, jeweils Mo bis Fr 07:00 bis 16:00 Uhr im Beschäftigungszeitraum 09.01.2017 bis zumindest 24.01.2017;
7. M.H., geb. x, slowak. StA, war jeweils Mo bis Fr 07:00 bis 16:00 Uhr im Beschäftigungszeitraum 15.12.2016 bis zumindest 24.01.2017.

Dem Arbeiter M.H. sei am Tag der Kontrolle ein Aufforderungsschreiben der BUAK zur Weitergabe an seinen Arbeitgeber übergeben worden, wonach der BUAK bis zum Ablauf des der Aufforderung vom 24. Jänner 2017 zweitfolgenden Werktages die fehlenden Lohnunterlagen im Sinne des § 22 Abs. 1 LSD-BG zu übermitteln seien. Für die Übermittlung der vollständigen Unterlagen betreffend den Lohnzahlungszeitraum Jänner 2017 sei eine Frist bis zum 20. Februar 2017 eingeräumt worden. Am 26. Jänner 2017 seien der BUAK per E-Mail die ZKO3-Meldungen von den angetroffenen sowie von nicht auf der Baustelle angetroffenen Arbeitnehmern, die A1-Entsendebescheinigungen der angetroffenen Arbeitnehmer, nachträgliche Arbeitsverträge und Arbeitsaufzeichnungen für die KW 50 und 51 aus 2016 übermittelt worden. Dagegen seien die Lohnzettel von Dezember 2016, die Lohnzahlungsnachweise bzw. Banküberweisungsbelege von Dezember 2016, die vollständigen Arbeitsaufzeichnungen (ab 15.12.2016 bis 24.1.2017) und die Unterlagen betreffend die Lohneinstufung hinsichtlich der Arbeitnehmer 1, 2, 4, 5 und 7 bis zum Zeitpunkt der Anzeigelegung durch die BUAK am 23. März 2017 nicht übermittelt worden. Betreffend die Arbeitnehmer 3 und 6 seien bis zum Zeitpunkt der Anzeigelegung durch die BUAK am 23. März 2017 die vollständigen Arbeitsaufzeichnungen (ab 9.1.2017 bis 24.1.2017) sowie die Unterlagen betreffend die Lohneinstufung nicht übermittelt worden. Schließlich seien hinsichtlich sämtlicher Arbeitnehmer (1 bis 7) bis zum Zeitpunkt der Anzeigelegung durch die BUAK am 23. März 2017 die Lohnzettel/Lohnunterlagen, Auszahlungsbestätigungen bzw. Banküberweisungsbelege sowie die vollständigen Arbeitsaufzeichnungen für den Lohnzahlungszeitraum 2017 nicht übermittelt worden.

Die im Spruch bezeichneten Arbeiter hätten für ihre Arbeitsleistung auf der verfahrensgegenständlichen Baustelle einen Stundenlohn in Höhe von 10,50 Euro brutto erhalten. Zudem hätten die Arbeiter angegeben, Aufwandersatz in der Höhe von 300 Euro zu erhalten. Des Weiteren gebe es bei keinem der im Spruch bezeichneten Arbeiter einen Hinweis auf Auszahlung eines Weihnachtsgeldes.

Die verfahrensgegenständlichen Arbeitsverhältnisse würden dem Kollektivvertrag für Bauhilfsgewerbe Oberösterreich 2016 unterliegen. Die betroffenen Arbeiter seien zumindest als angelernte Arbeiter im Sinne des Kollektivvertrages für Bauhilfsgewerbe Oberösterreich 2016 einzustufen. Angelernten Arbeitern gebühre nach diesem Kollektivvertrag ein Bruttostundenlohn in der Höhe von 11,63 Euro. Darüber hinaus gebühre den verfahrensgegenständlich betroffenen Arbeitern nach

diesem Kollektivvertrag ein Weihnachtsgeld. Je geleistete 39 Stunden gebühre Weihnachtsgeld, das sich wie folgt berechne: 3,26 x (kollektivvertraglicher Stundenlohn + 15 % des kollektivvertraglichen Stundenlohns); allfällige Reststunden seien aliquot zu berücksichtigen.

Unter Bezugnahme auf die jeweilige Beschäftigungsdauer und unter Berücksichtigung der Angaben der Arbeitnehmer im Zuge der Baustellenkontrolle sowie der Arbeitszeitaufzeichnungen sei davon auszugehen, dass die Arbeiter 1, 2, 4, 5 und 7 jeweils 45 Stunden im Dezember 2016 und jeweils 96 Stunden im Jänner 2017 (bis zum Zeitpunkt der Kontrolle am 24. Jänner 2017) geleistet hätten. Im Hinblick auf die Arbeiter 3 und 6 sei zumindest von jeweils 96 geleisteten Arbeitsstunden im Jänner 2017 auszugehen. Daraus würden sich folgende Differenzen zwischen dem kollektivvertraglich vorgegebenen Entgelt und dem tatsächlich geleisteten Entgelt ergeben:

Arbeiter Nr 1., 2., 4., 5., und 7.:

gebührender kollektivvertraglicher Grundlohn im Dezember 2016:	523,35 €
gebührendes Weihnachtsgeld für Dezember 2016:	50,31 €
tatsächlich geleistetes Entgelt für Dezember 2016:	472,50 €
gebührender kollektivvertraglicher Grundlohn im Jänner 2017:	1.116,48 €
gebührendes Weihnachtsgeld für Jänner 2017:	107,33 €
tatsächlich geleistetes Entgelt für Jänner 2017:	1.008,00 €
Gesamtdifferenz (Unterentlohnung):	316,96 €

= 17,63 % des kollektivvertraglich gebührenden Entgelts

Arbeiter Nr 3. und 6.:

gebührender kollektivvertraglicher Grundlohn im Jänner 2017:	1.116,48 €
gebührendes Weihnachtsgeld für Jänner 2017;	107,33 €
tatsächlich geleistetes Entgelt für Jänner 2017:	1.008,00 €
Gesamtdifferenz (Unterentlohnung):	215,81 €

= 17,63 % des kollektivvertraglich gebührenden Entgelts

Das strafbare Verhalten sei dem Bf mit Schreiben der belangten Behörde vom 3. April 2017, Wi96-12-2017-Kw und Wi96-13-2017-Kw, nachweislich zugestellt am 10. April 2017, zur Kenntnis gebracht worden. Gleichzeitig sei dem Bf die Möglichkeit eingeräumt worden, sich innerhalb 14 Tagen ab Erhalt dieses Schreibens anlässlich der Einvernahme bei der belangten Behörde oder schriftlich bis zu diesem Zeitpunkt zu rechtfertigen. Weiters sei er in diesem Schreiben darauf hingewiesen worden, dass das Strafverfahren ohne seine Anhörung durchgeführt werde, sofern er von der Möglichkeit sich zu rechtfertigen, nicht Gebrauch mache.

Des Weiteren sei der Bf mit Schreiben der belangten Behörde vom 3. April 2017, nachweislich zugestellt am 10. April 2017, aufgefordert worden, die Differenz zwischen dem kollektivvertraglich gebührenden Entgelt und dem tatsächlich

geleisteten Entgelt den betroffenen Arbeitnehmern nachzuzahlen und innerhalb von drei Wochen ab Zustellung des Schreibens einen entsprechenden Nachweis über die Lohnnachzahlung der belangten Behörde zu übermitteln.

Bis zur Erlassung des Straferkenntnisses habe der Bf weder eine Stellungnahme abgegeben noch einen Nachweis über die Lohnnachzahlung erbracht.

Begründend führte die belangte Behörde ferner aus, Widersprüche hätten sich in Bezug auf das tatsächliche Entgelt ergeben, welches die Arbeitnehmer für ihre Arbeitsleistung erhalten hätten. Die Arbeiter hätten angegeben, monatlich 1.700 Euro brutto zu verdienen. Bei der angegebenen Beschäftigung von Montag bis Freitag von 7.00 bis 16.00 Uhr und einer angenommenen Normalarbeitszeit von 40 Stunden/Woche entspreche dies einem Stundenlohn von ca. 10,11 Euro brutto. Dagegen sei nach den nachträglichen Arbeitsverträgen mit den Arbeitern ein Stundenlohn in der Höhe von 10,50 Euro vereinbart worden, wobei jedoch nicht angegeben werde, ob es sich diesbezüglich um einen Brutto- oder Nettolohn handle. In den ZKO-Meldungen sei ein Bruttostundenlohn in der Höhe von 10,50 Euro ausgewiesen. Da sich dieser Betrag mit dem in den Arbeitsverträgen angegebenen Stundenlohn decke, sei davon auszugehen, dass es sich bei den Angaben in den Arbeitsverträgen ebenfalls um den Bruttostundenlohn handle. Aufgrund der Übereinstimmung der Arbeitsverträge mit den ZKO-Meldungen und weil dieser Betrag in Hinblick auf die Unterentlohnung für den Bf günstiger sei, als der von den Arbeitnehmern anlässlich der Kontrolle angegebene Bruttomonatslohn, gehe die belangte Behörde in dubio pro reo von einem Bruttostundenlohn in der Höhe von 10,50 Euro aus.

Widersprüche hätten sich auch hinsichtlich der tatsächlichen Arbeitszeiten bzgl. der Arbeitnehmer 1, 2, 4, 5 und 7 ergeben. Laut den Arbeitsaufzeichnungen des Unternehmens des Bf hätten die betroffenen Arbeiter erst am 16. Dezember 2016 erstmals acht Stunden auf der verfahrensgegenständlichen Baustelle gearbeitet. Dagegen hätten die betroffenen Arbeiter übereinstimmend angegeben, seit 15. Dezember 2016 auf der verfahrensgegenständlichen Baustelle tätig gewesen zu sein. Aufgrund der übereinstimmenden Angaben der Arbeiter gehe die Behörde davon aus, dass bereits am 15. Dezember 2016 acht Stunden auf der Baustelle gearbeitet worden sei.

Unter Wiedergabe der gesetzlichen Bestimmungen führte die belangte Behörde sodann aus, dem Arbeiter M.H. sei am Tag der Kontrolle ein Aufforderungsschreiben der BUAK zur Weitergabe an seinen Arbeitgeber übergeben worden, wonach der BUAK bis zum Ablauf des der Aufforderung vom 24. Jänner 2017 zweitfolgenden Werktages die fehlenden Lohnunterlagen im Sinne des § 22 Abs. 1 LSD-BG zu übermitteln seien. Für die Übermittlung der vollständigen Lohnunterlagen sei eine Frist bis zum 20. Februar 2017 eingeräumt worden. Dementsprechend wären der BUAK die Arbeitsverträge oder Dienstzettel,

die Lohnzettel, die Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, die Lohnaufzeichnungen, die Arbeitszeitaufzeichnungen und die Unterlagen betreffend die Lohneinstufung hinsichtlich sämtlicher Arbeiter zu übermitteln gewesen. Am 26. Jänner 2017 seien der BUAK per E-Mail die ZKO3-Meldungen von den angetroffenen sowie nicht auf der Baustelle angetroffenen Arbeitnehmern, die A1-Entsendebescheinigungen der angetroffenen Arbeitnehmer, nachträgliche Arbeitsverträge und Arbeitsaufzeichnungen für die KW 50 und 51 aus 2016 übermittelt worden. Dagegen seien die Lohnzettel von Dezember 2016, die Lohnzahlungsnachweise bzw. Banküberweisungsbelege von 2016, die vollständigen Arbeitsaufzeichnungen (ab 15. Dezember 2016 bis 24. Jänner 2017) und die Unterlagen betreffend die Lohneinstufung hinsichtlich der Arbeitnehmer 1, 2, 4, 5 und 7 bis zum Zeitpunkt der Anzeigelegung durch die BUAK am 23. März 2017 nicht übermittelt worden. Da der Bf der BUAK bis zum Ablauf des 26. Jänner 2017, bzw. hinsichtlich des Lohnzahlungszeitraumes Jänner 2017 bis 20. Februar 2017, nicht sämtliche geforderte Unterlagen übermittelt habe, sei der Tatbestand des § 27 Abs. 1 LSD-BG erfüllt.

Hinsichtlich der Arbeiter 1, 2, 4, 5 und 7 seien nach den Feststellungen der Behörde für die Lohnzahlungszeiträume Dezember 2016 und Jänner 2017 die Unterentlohnungen von jeweils insgesamt 316,96 Euro bzw. 17,63 % des kollektivvertraglich gebührenden Entgelts erfolgt. Im Hinblick auf den Aufwandersatz in der Höhe von 300 Euro, den jeder Arbeitnehmer erhalten habe, sei auf die Bestimmung des § 13 Abs. 5 letzter Satz LSD-BG zu verweisen, wonach Aufwandersätze und Sachbezüge, soweit der Kollektivvertrag nicht anderes bestimme, für die Zwecke der Bestimmung des kollektivvertraglichen Entgelts nicht anzurechnen.

Hinsichtlich der Arbeiter 3 und 6 seien für den Lohnzahlungszeitraum Jänner 2017 jeweils Unterentlohnungen in Höhe von 215,81 Euro bzw. 17,63 % des kollektivvertraglich gebührenden Entgelts festgestellt worden.

Da der Bf als Arbeitgeber die Arbeitnehmer 1 bis 7 beschäftigt habe, ohne ihnen zumindest das nach dem Kollektivvertrag für Bauhilfsgewerbe Oberösterreich 2016 gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zu leisten, sei der Tatbestand des § 29 Abs. 1 LSD-BG erfüllt.

Der Bf sei gemäß § 9 Abs. 1 VStG für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften verantwortlich. Zum Verschulden sei auszuführen, dass es sich gemäß § 5 VStG um sogenannte Ungehorsamsdelikte handle. Die Verwirklichung der Tatbestände des § 27 Abs. 1 LSD-BG bzw. § 29 Abs. 1 LSD-BG indiziere somit fahrlässiges Handeln. Dass den Bf an der Verwirklichung der Verwaltungsstraftatbestände kein Verschulden treffe, habe er nicht glaubhaft gemacht.

Im Hinblick auf die Strafbemessung sei auszuführen, dass strafmildernd die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit und straferschwerend im Hinblick auf

die Unterentlohnung die Zeiträume der Beschäftigungen über mehrere Wochen zu berücksichtigen seien. Außerdem seien mehrere Unterlagen nicht nachgereicht worden. Zur Strafbemessung im Hinblick auf die Übertretung des § 27 Abs. 1 LSD-BG sei auszuführen, dass die erstmalige Übertretung dieser Bestimmung für jeden Arbeitnehmer mit Geldstrafe von 500 Euro bis 5.000 Euro zu bestrafen sei. Im Hinblick auf die Übertretung des § 29 Abs. 1 LSD-BG sei auszuführen, dass die erstmalige Übertretung dieser Bestimmung, wenn mehr als drei Arbeitnehmer betroffen seien, für jeden Arbeitnehmer mit Geldstrafe von 2.000 Euro bis 20.000 Euro zu bestrafen sei.

Die jeweils verhängten Strafen würden sich somit im unteren Bereich des Strafrahmens bei erstmaliger Begehung bewegen und seien dem Unrechtsgehalt der Übertretungen angepasst und schuldangemessen. Es sei somit aufgrund der bestehenden Sach- und Rechtslage zu entscheiden gewesen, wobei die Behörde von den geschätzten Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse (monatliches Nettoeinkommen 2.500 Euro, kein Vermögen, keine Sorgepflichten) zugrunde gelegt werden hätten müssen, da der Bf trotz Aufforderung vom 3. April 2017 diesbezüglich keine Angaben gemacht habe.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die Beschwerde vom 16. Juni 2017, mit welcher das Straferkenntnis seinem gesamten Inhalt und Umfang nach angefochten wird.

Zusammengefasst bringt der Bf vor, handelsrechtlicher Geschäftsführer der I. s.r.o. mit Sitz in der Slowakei zu sein. Dieses Unternehmen sei mit Isolierungsarbeiten auf der Baustelle „K.“ (Baustelle) beauftragt worden.

Auf die Baustelle seien nachfolgende Arbeiter entsandt worden, von 15. Dezember 2016 bis 24. Jänner 2017, jeweils Montag bis Freitag, 8 Stunden/Tag, I.G., M.B., M.K., F.M. und M.H.; sowie von 9. Jänner 2017 bis 24. Jänner 2017, jeweils Montag bis Freitag, 8 Stunden/Tag A.H. und M.M. Sämtliche Arbeiter hätten einen Stundenlohn in Höhe von 10,50 Euro brutto und einen Aufwandersatz in Höhe von 300 Euro erhalten. Der aliquote Teil des Weihnachtsgeldes sei den Arbeitern für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum nicht ausbezahlt worden.

Auf die am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitsverhältnisse komme der Kollektivvertrag für Bauhilfsgewerbe Oberösterreich 2016 zur Anwendung. Gemäß diesem Kollektivvertrag in der zum gegenständlichen Zeitraum geltenden Fassung gebühre den angelernten Arbeitern ein Stundenlohn von 11,63 Euro brutto und den Hilfsarbeitern ein Stundenlohn von 10.45 Euro brutto.

Sämtliche betroffene Arbeiter hätten nur Hilfsarbeiten bei der Montage der Dämmung, beim Transport von Material und beim Zusammenbinden der Dämmplatten mit Draht geleistet. M.M. sei nur anlässlich der Entsendung nach Österreich angestellt gewesen.

Anlässlich der von der BUAK am 24. Jänner 2017 durchgeführten Kontrolle der Baustelle seien Entsendemeldungen und A1-Meldungen der betroffenen Arbeiter unvollständig vorgefunden worden. Dem Bf sei aufgetragen worden, bis zum Ablauf des auf den 24. Jänner 2017 zweitfolgenden Werktages die fehlenden Lohnunterlagen iSd § 22 Abs. 1 LSD-BG zu übermitteln. Für die Übermittlung der Lohnunterlagen betreffend den Lohnzahlungszeitraum Jänner 2017 sei eine Frist bis zum 20. Februar 2017 eingeräumt worden. Am 26. Jänner 2017 seien der BUAK per E-Mail hinsichtlich aller betroffenen Arbeiter die fehlenden ZKO3-Meldungen, die fehlenden A1-Formulare, die Arbeitsverträge in deutscher Sprache sowie die Arbeitsaufzeichnungen für die KW 50 und 51 aus 2016 übermittelt worden. Weitere Lohnunterlagen, Lohnzettel, Banküberweisungsbelege, Arbeitszeitaufzeichnungen für die KW 52 aus 2016 sowie Jänner 2017 sowie die Unterlagen zur Lohneinstufung seien nicht übermittelt worden.

Mit Schreiben der belangten Behörde vom 3. April 2017 sei der Bf aufgefordert worden, den betroffenen Arbeitnehmern die Differenz zwischen dem kollektivvertraglich gebührenden Entgelt und dem tatsächlich geleisteten Entgelt nachzuzahlen und der belangten Behörde darüber innerhalb von drei Wochen ab Zustellung des Schreibens einen entsprechenden Nachweis zu übermitteln. Entgegen den Ausführungen der belangten Behörde sei dem Bf das Schreiben, in dem ihm die Möglichkeit eingeräumt worden sei, sich innerhalb von 14 Tagen ab Erhalt des Schreibens zu rechtfertigen, mit dem Hinweis, dass widrigenfalls das Strafverfahren ohne seine Anhörung durchgeführt werde, nicht zugestellt worden. In der Folge habe die belangte Behörde die angefochtene Entscheidung erlassen.

Der Bf verdiene monatlich 374,11 Euro netto (Fixgehalt), unter Berücksichtigung von Diäten im Durchschnitt 644,11 Euro netto, er habe kein Vermögen und keine Sorgepflichten.

Die Entscheidung beruhe auf Bestimmungen des LSD-BG, des anzuwendenden Kollektivvertrages und des VStG und sei wegen materieller Rechtswidrigkeit, mangelhafter Beweiswürdigung, fehlerhafter bzw. unzweckmäßiger Ermessensausübung sowie wesentlicher Verfahrensverstöße rechtswidrig. Bei richtiger Auslegung der Bestimmungen des LSD-BG, des VStG und des anzuwendenden Kollektivvertrages hätte die belangte Behörde bzgl. des Arbeiters M.M. das Verfahren wegen Unterentlohnung einstellen bzw. – auch unter Berücksichtigung der Milderungsgründe und der faktischen Einkommens- und Familienverhältnisse des Bf – eine geringere Geldstrafe verhängen müssen.

Dem Bf werde vorgeworfen, sein Unternehmen habe die namentlich bezeichneten Arbeitnehmer beschäftigt, ohne den dem Kollektivvertrag (unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien) zustehenden Grundlohn sowie den aliquoten Anteil des gebührenden Weihnachtsgeldes geleistet zu haben. Die Unterentlohnung habe hinsichtlich Arbeitnehmer 1, 2, 4, 5 und 7 vom 15. Dezember 2016 bis 31. Dezember 2016 je 17,63 % und von 9. Jänner 2017 bis 24. Jänner 2017 je 17,63 % sowie hinsichtlich Arbeitnehmer 3 und 6 von 9. Jänner 2017 bis 24. Jänner 2017 je 17,63 % betragen.

Mit der Formulierung „unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien“ werde dem in § 44a Z 1 VStG normierten Konkretisierungsgebot nicht entsprochen, da für den Bf unklar bleibe, welche konkreten Einstufungskriterien für die Feststellung der Unterentlohnung maßgeblich seien. Überdies entspreche die Angabe des lediglich prozentuellen Ausmaßes der Unterentlohnung nicht dem Konkretisierungsgebot, da die rechnerische Grundlage der Unterentlohnung nicht ausgewiesen worden sei. Die Angabe der verletzten Verwaltungsvorschrift habe so präzise zu sein, dass in Verbindung mit der Tatumschreibung eine eindeutige Zuordnung der vorgeworfenen Tat zu einem bestimmten Straftatbestand möglich sei. Der Spruch der angefochtenen Entscheidung gebe dagegen insgesamt nicht zu erkennen, welche kollektivvertraglichen Einstufungskriterien nicht eingehalten worden seien. Diese Verletzung des Konkretisierungsgebotes gereiche zum Nachteil des Bf und ziehe die inhaltliche Rechtswidrigkeit der Entscheidung nach sich.

Das Scheiben der belangten Behörde, mit welchem dem Bf die Möglichkeit eingeräumt worden sei, sich innerhalb von 14 Tagen ab Erhalt des Schreibens im Rahmen der Einvernahme durch die belangte Behörde oder schriftlich zu rechtfertigen, mit dem Hinweis, das widrigenfalls das Strafverfahren ohne seine Anhörung durchgeführt werde, sei dem Bf nicht zugestellt worden. Damit habe die belangte Behörde dem Bf kein Parteiengehör iSd § 45 Abs. 3 AVG gewährt, da dem Bf keine Gelegenheit gegeben worden sei, vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis zu nehmen und dazu Stellung zu nehmen.

Wäre das Parteiengehör eingeräumt worden, hätte aufgeklärt werden können, dass sämtliche betroffene Arbeiter lediglich mit einfachen Hilfsarbeiten befasst gewesen seien und sohin nicht als angelernte Arbeiter, sondern nur als Hilfsarbeiter einzustufen gewesen seien, die laut Gehaltstafel des Kollektivvertrages Anspruch auf einen Bruttostundenlohn in Höhe von 10,45 Euro hätten. Daher entspreche der den Arbeitern eingeräumte Stundenlohn von 10,50 Euro brutto den kollektivvertraglichen Bestimmungen. Der Tatbestand der Unterentlohnung ergebe sich somit nur im Hinblick auf die Nichtzahlung des Weihnachtsentgelts.

Die belangte Behörde hätte somit für die Arbeiter 1, 2, 4, 5 und 7 jeweils folgende Lohnhöhe und Unterzahlungen feststellen müssen:

Soll-Lohn Dezember 2016	470,25 Euro
aliquotes Weihnachtsgeld Dezember 2016	45,21 Euro
Soll-Lohn Jänner 2017	1.003,20 Euro
aliquotes Weihnachtsgeld Jänner 2017	96,44 Euro
insgesamt	1.615,10 Euro

Ist-Lohn Dezember 2016	472,50 Euro
Ist-Lohn Jänner 2017	1.008,00 Euro
insgesamt	1.480,50 Euro

Gesamtdifferenz (Unterentlohnung) 134,60 Euro
= 8,33 % des kollektivvertraglich gebührenden Entgelts

Hinsichtlich des Arbeiters 3 hätte die belangte Behörde folgende Lohnhöhe und Unterzahlung feststellen müssen:

Soll-Lohn Jänner 2017	1.003,20 Euro
aliquotes Weihnachtsgeld Jänner 2017	96,44 Euro
insgesamt	1.099,64 Euro

Ist-Lohn Jänner 2017	1.008,00 Euro
Gesamtdifferenz (Unterentlohnung)	91,64 Euro

= 8,33 % des kollektivvertraglich gebührenden Entgelts

Diese – sowohl prozentuell als auch angesichts der absoluten Zahlen – geringe Unterzahlung hätte die belangte Behörde bei der Strafbemessung berücksichtigen müssen.

Da der Arbeiter 6 aufgrund seines kurzen Beschäftigungszeitraumes keinen Anspruch auf das Weihnachtsentgelt gehabt habe, hätte die Behörde insgesamt zum Ergebnis kommen müssen, dass hinsichtlich dieses Arbeiters kein Straftatbestand der Unterentlohnung gesetzt worden sei. Hinsichtlich des Arbeiters 6 hätte die belangte Behörde somit keine Strafe nach § 29 Abs. 1 LSD-BG verhängen dürfen.

Wäre Parteiengehör eingeräumt worden, hätte weiters aufgeklärt werden können, dass der Bf nur 374,11 Euro netto (Fixgehalt), unter Berücksichtigung von Diäten im Durchschnitt 644,11 Euro monatlich ins Verdienen bringe, was bei objektiver Betrachtungsweise ein unterdurchschnittliches Einkommen darstelle.

Insgesamt hätte die belangte Behörde nach Einräumung des Parteiengehörs die oben ausgeführten Umstände berücksichtigen müssen und eine Strafe im untersten Strafrahmen verhängen bzw. für den Arbeiter 6 gar keine Strafe nach § 29 Abs. 1 LSD-BG verhängen dürfen.

In dem die belangte Behörde die Rechtsauffassung vertrete, sämtliche Arbeiter seien als angelernte Arbeiter im Sinne des Kollektivvertrages einzustufen, sodass beim Bruttostundenlohn von 10,50 Euro die Unterentlohnung bei sämtlichen Arbeitern 17,63 % betrage, habe es die belangte Behörde unterlassen, ausreichende Feststellungen dahingehend zu treffen, welche Tätigkeiten von den Arbeitnehmern ausgeführt worden seien. Auf Basis dessen hätte die belangte Behörde sodann die entsprechende kollektivvertragliche Einstufung durchführen müssen. Diesbezügliche Erhebungen wären der Behörde etwa im Zuge der am 24. Jänner 2017 auf der Baustelle durchgeführten Kontrolle, etwa durch Befragung der betroffenen Arbeiter, möglich und zumutbar gewesen. Dieser Mangel sei wesentlich, da er die Überprüfung der Richtigkeit der von der belangten Behörde angenommenen Einstufung und der folglich festgestellten Unterentlohnung unmöglich gemacht habe. Hätte die belangte Behörde die fehlenden Sachverhaltselemente ordnungsgemäß ermittelt, hätte sie erkannt, dass sämtliche betroffenen Arbeiter lediglich mit einfachen Hilfsarbeiten befasst gewesen seien und sohin nicht als angelernte, sondern nur als Hilfsarbeiter einzustufen gewesen seien, die laut Gehaltstafel des Kollektivvertrages Anspruch auf einen Bruttostundenlohn in Höhe von 10,45 Euro gehabt hätten. Die belangte Behörde hätte folglich die Lohnhöhe und die Unterentlohnung wie bereits ausgeführt feststellen müssen. Diese – sowohl prozentuell als auch angesichts der absoluten Zahlen – geringe Unterzahlung hätte die belangte Behörde bei der Strafbemessung berücksichtigen und eine Strafe im untersten Strafrahmen verhängen müssen. Da der Arbeiter 6 keinen Anspruch auf Weihnachtsgeld gehabt habe, hätte die Behörde insgesamt zum Ergebnis kommen müssen, dass hinsichtlich dieses Arbeiters kein Straftatbestand der Unterentlohnung gesetzt worden sei. Hinsichtlich dieses Arbeiters hätte die belangte Behörde keine Strafe verhängen dürfen.

Die angefochtene Entscheidung leide aber auch an einem wesentlichen Verfahrensfehler, da von der belangten Behörde nicht ausreichend begründet worden sei, warum ihres Erachtens sämtliche betroffenen Arbeiter als angelernte Arbeiter im Sinne des anzuwendenden Kollektivvertrages einzustufen seien. Somit habe die belangte Behörde gegen ihre Verpflichtung iSd § 60 AVG verstoßen. Der Begründungspflicht der Behörde werde durch bloß pauschale oder abstrakte Feststellungen oder Behauptungen nicht genüge getan. In der gegenständlichen Entscheidung führe die belangte Behörde pauschal und ohne jegliche diesbezügliche Auseinandersetzung in der Beweiswürdigung aus, die betroffenen Arbeitnehmer seien zumindest als angelernte Arbeiter im Sinne des Kollektivvertrages einzustufen, anstatt nachvollziehbar darzulegen, welche konkreten Tätigkeiten der betroffenen Arbeiter dieser Einstufung zugrunde gelegt würden.

Dieser Begründungsmangel sei wesentlich, da er die Überprüfung der Richtigkeit der von der belangten Behörde angenommenen Einstufung und der folglich festgestellten Unterentlohnung unmöglich mache. Die belangte Behörde wäre bei

Einhaltung ihrer Wahrheitsforschungs- und Begründungspflicht zum Ergebnis gekommen, dass sämtliche betroffene Arbeiter lediglich mit einfachen Hilfsarbeiten befasst gewesen seien und sohin nicht als angelernte, sondern nur als Hilfsarbeiter einzustufen gewesen wären, die laut Gehaltstafel des Kollektivvertrages Anspruch auf einen Bruttostundenlohn in Höhe von 10,45 Euro hätten. Die belangte Behörde hätte folglich die Lohnhöhe und die Unterentlohnung wie bereits ausgeführt feststellen müssen. Diese – sowohl prozentuell als auch angesichts der absoluten Zahlen – geringe Unterzahlung hätte die Behörde bei der Strafbemessung berücksichtigen müssen. Beim Arbeiter 6 hätte die belangte Behörde bei Einhaltung ihrer Begründungspflicht gar keinen Straftatbestand der Unterentlohnung feststellen und somit keine Strafe verhängen dürfen.

Darüber hinaus begründe die belangte Behörde nicht, wie sie das von ihr geschätzte Nettomonatseinkommen des Bf von 2.500 Euro ermittelt habe. Selbst wenn der Bf im Falle der wirksamen Zustellung der Aufforderung zur Rechtfertigung keine Angaben zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen gemacht haben sollte, und die belangte Behörde folglich zur Schätzung berechtigt gewesen wäre, wäre die vorgenommene Schätzung aber in einer der nachprüfenden Kontrolle zugänglichen Weise in der Bescheidbegründung darzulegen gewesen. Dies habe die belangte Behörde unterlassen. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Bf seinen Wohnsitz und Arbeitsort in der Slowakei habe und die dort ansässigen Erwerbstätigen ein weit niedrigeres monatliches Durchschnittseinkommen als jene in Österreich erzielen würden, widerspreche die vorgenommene Einschätzung jeglicher Erfahrung des täglichen Lebens und grenze an Willkür. Dieser Begründungsmangel sei wesentlich, da er die Überprüfung der Richtigkeit der von der belangten Behörde angenommenen Einkommensverhältnisse unmöglich mache. Die belangte Behörde hätte bei Einhaltung ihrer Wahrheitsforschungs- und Begründungspflicht ein viel geringeres Einkommen annehmen müssen.

Der Sachverhalt sei aufgrund unrichtiger rechtlicher Beurteilung im Hinblick auf die Sonderzahlungen für Jänner 2017 ergänzungsbedürftig. Die belangte Behörde habe für sämtliche Arbeiter eine Unterentlohnung bezogen auf Nichtzahlung des gebührenden Weihnachtsgeldes für Jänner 2017 festgestellt. Aus den Feststellungen der Behörde ergebe sich, dass die Arbeiter 3 und 6 von 9. Jänner 2017 bis 24. Jänner 2017, also weniger als einen Monat lang beschäftigt gewesen seien. Dabei übersehe die belangte Behörde, dass § 3 Abs. 4 LSD-BG einen konkreten Anspruch auf Sonderzahlungen voraussetze und der Kollektivvertrag in § 9 Abs. 1 das Weihnachtsgeld erst nach einmonatiger Betriebszugehörigkeit vorsehe. Aufgrund dieser unrichtigen rechtlichen Beurteilung habe die belangte Behörde zu allfälligen darüber hinausgehenden Beschäftigungszeiten beim Unternehmen des Bf in der Slowakei keine Feststellungen getroffen.

Hätte die belangte Behörde zu den darüber hinausgehenden Beschäftigungszeiten der oben genannten Arbeiter 3 und 6 Feststellungen getroffen, hätte sie festgestellt, dass der Arbeiter 6 über keine darüber hinausgehenden Beschäftigungszeiten im Unternehmen des Bf verfüge, da er nur für die Entsendung in Österreich beschäftigt worden sei. Diesbezügliche Erhebungen wären der Behörde etwa im Zuge der am 24. Jänner 2017 auf der Baustelle durchgeführten Kontrolle, etwa durch Befragung des betroffenen Arbeiters, möglich und zumutbar gewesen.

Insgesamt hätte die belangte Behörde beim Arbeiter 6 bei sonst getroffenen Feststellungen eine geringere Unterentlohnung festgestellt; 108,48 Euro bzw. 9,7 %; und dies hätte bei der Strafbemessung berücksichtigt werden müssen. Bei Beseitigung sonstiger Mängel hätte die Behörde gar keine Unterentlohnung festgestellt und hätte somit für diesen Arbeiter keine Strafe verhängt.

Das Verschulden des Bf sei gering und übersteige leichte Fahrlässigkeit nicht. Er habe insbesondere die Beschäftigung sämtlicher Arbeiter ordnungsgemäß gemeldet. Selbst wenn das Verwaltungsgericht zur Auffassung komme, dass die betroffenen Arbeiter nicht als Hilfsarbeiter, sondern als angelernte Arbeiter anzusehen seien, hätte den Bf diesbezüglich auch ein geringes Verschulden getroffen, zumal die Einstufung in die nächstniedrigere Lohngruppe vorgenommen worden sei.

Die Strafbemessung der belangten Behörde gründe auf einer fehlerhaften Ermessensausübung oder sei zumindest unzweckmäßig. Bereits aus den getroffenen Feststellungen sei keine ausreichende Begründung ersichtlich, warum die belangte Behörde über den unbescholtenen Bf jeweils das Doppelte der Mindeststrafe verhänge. Zur Strafbemessung bei der Unterentlohnung führe die belangte Behörde aus, dass Zeiträume der Beschäftigungen über mehrere Wochen als erschwerend anzusehen seien. Dieser Erschwerungsgrund liege jedoch nicht vor, da die betroffenen Arbeiter nach den Feststellungen lediglich insgesamt 4,5 Wochen beschäftigt worden seien. Richtig wäre die Berücksichtigung der Zeiträume der Beschäftigungen als Milderungsgrund gewesen.

Zur Strafbemessung bei der Nichtübermittlung der Unterlagen führe die belangte Behörde aus, dass es als erschwerend anzusehen sei, dass jeweils mehrere Unterlagen nicht nachgereicht worden seien. Sofern die belangte Behörde die absolute Zahl der nichtübermittelten Unterlagen als erschwerend werte, verstoße sie damit gegen das Doppelverwertungsverbot, da die Strafe gemäß § 27 Abs. 1 LSD-BG für jeden betroffenen Arbeiter festzusetzen sei. Richtig sei weiters, dass der beträchtliche Teil der Unterlagen übermittelt worden sei bzw. bereits auf der Baustelle zur Einsicht bereitgelegen sei. Ungeachtet dessen, dass Unterlagen nicht vollständig übermittelt worden seien und die belangte Behörde damit einen Strafmilderungsgrund nicht als gegeben erachte, hätte die belangte Behörde diesen Umstand jedenfalls nicht als Erschwerungsgrund sehen dürfen. Es seien

somit keine Erschwerungsgründe vorgelegen. Als Milderungsgrund habe die belangte Behörde zu Recht die Unbescholtenheit des Bf gewertet.

Zum Straftatbestand der Unterentlohnung sei noch strafmildernd zu berücksichtigen, dass die Unterzahlungszeiträume vergleichsweise kurz gewesen seien. Die Unterentlohnung habe sich außerdem nur auf die Nichtzahlung des Weihnachtsgeldes bezogen, was ebenfalls als strafmildernd berücksichtigt werden hätte müssen. Schließlich hätte die belangte Behörde die sowohl prozentuell als auch in absoluten Zahlen geringe Unterzahlung strafmildernd werten müssen.

Insgesamt würden die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen, sodass die Voraussetzungen der außerordentlichen Strafmilderung iSd § 20 VStG erfüllt seien. Somit hätte die Behörde mangels entgegenstehender spezialpräventiver Gründe und unter Berücksichtigung der Verschuldenslage, selbst wenn aus Sicht der Behörde keine Voraussetzungen für eine außerordentliche Strafmilderung vorgelegen seien, die Strafe im untersten Bereich des Strafrahmens und dementsprechende Verfahrenskosten verhängen müssen. Bereits die Mindeststrafe wäre geeignet, den Bf vor der Begehung weiterer strafbarer Handlungen abzuhalten.

Der Bf stelle daher die Anträge, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge gemäß § 44 VwGVG eine mündliche Verhandlung durchführen; das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos beheben und das Verfahren gemäß § 38 VwGVG iVm § 45 Abs. 1 VStG einstellen; in eventu die Strafhöhe gemäß § 38 VwGVG iVm § 20 VStG außerordentlich mildern; in eventu die Strafhöhe auf ein tat- und schuldangemessenes Maß herabsetzen.

I.3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beraumte daraufhin für 9. Oktober 2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung an, zu welcher sowohl der Bf als auch die belangte Behörde und die BUAK ordnungsgemäß geladen wurden. Ferner wurden alle im Straferkenntnis genannten sieben Arbeitnehmer – aufgrund ausdrücklichen Antrages des Bf – geladen und sind auch alle sieben Arbeitnehmer zur Verhandlung erschienen. Die Vernehmung dieser sieben Arbeiter erfolgte unter Beiziehung einer Dolmetscherin für die slowakische Sprache. Darüber hinaus wurden zwei von der BUAK stellig gemachte Zeugen vernommen. Der Bf ist zu dieser Verhandlung trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht erschienen, weshalb diese in seiner Abwesenheit stattfand. Dennoch wurde dem Bf mit Schreiben vom 12. Oktober 2017 die Möglichkeit eingeräumt, eine Stellungnahme zu den Ergebnissen der öffentlichen mündlichen Verhandlung abzugeben; eine solche hat der Bf nicht erstattet.

II. Nachfolgender Sachverhalt steht fest:

II.1. Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer des Unternehmens I. s.r.o. mit Sitz in der Slowakei, P., X. Dieses Unternehmen führt u.a. Isolierungs- und Dämmarbeiten durch.

II.2. Das Unternehmen des Bf wurde von der K.I. GmbH mit Isolierungs- bzw. Dämmarbeiten beauftragt. Die K.I. GmbH wurde ihrerseits wiederum von der S. GmbH beauftragt.

Die Isolierungs- und Dämmarbeiten waren auf der Baustelle „K.“, in R., X, durchzuführen. Beginnend mit 15. Dezember 2016 bis 24. Jänner 2017 wurden diese Isolierungs- und Dämmarbeiten durchgeführt. Das Unternehmen des Bf entsendete dafür die sieben im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses namentlich genannten Arbeitnehmer auf die genannte Baustelle.

Die im Spruch bezeichneten Personen waren in folgendem Ausmaß auf der Baustelle tätig:
1. I.G. war jeweils Montag bis Freitag, 7:00 bis 16:00 Uhr im Beschäftigungszeitraum 15.12.2016 bis zumindest 24.01.2017 auf der Baustelle tätig;
2. M.B. war jeweils Montag bis Freitag, 7:00 bis 16:00 Uhr im Beschäftigungszeitraum 15.12.2016 bis zumindest 24.01.2017 auf der Bausteile tätig;
3. A.H. war jeweils Montag bis Freitag, 7:00 bis 16:00 Uhr im Beschäftigungszeitraum 09.01.2017 bis zumindest 24.01.2017 auf der Baustelle tätig;
4. M.K. war jeweils Montag bis Freitag, 07:00 bis 16:00 Uhr im Beschäftigungszeitraum 15.12.2016 bis zumindest 24.01.2017 auf der Baustelle tätig;
5. F.M. war jeweils Montag bis Freitag, 07:00 bis 16:00 Uhr im Beschäftigungszeitraum 15.12.2016 bis zumindest 24.01.2017 auf der Baustelle tätig;
6. M.M. war jeweils Montag bis Freitag, 07:00 bis 16:00 Uhr im Beschäftigungszeitraum 09.01.2017 bis zumindest 24.01.2017 auf der Baustelle tätig;
7. M.H. war jeweils Montag bis Freitag, 07:00 bis 16:00 Uhr im Beschäftigungszeitraum 15.12.2016 bis zumindest 24.01.2017 auf der Baustelle tätig.

II.3. Am 24. Jänner 2017 führte die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) eine Kontrolle auf dieser Baustelle durch und traf dort die genannten Arbeitnehmer an. Im Zuge dieser Kontrolle ergab sich, dass die Arbeitnehmer die

ZKO3-Entsendemeldungen bzw. A1-Dokumente bzw. Lohnunterlagen nicht vorlegen konnten.

Dem Arbeitnehmer 7 wurde am Tag der Kontrolle ein Aufforderungsschreiben der BUAK zur Weitergabe an den Bf übergeben, wonach der BUAK bis zum Ablauf des der Aufforderung vom 24. Jänner 2017 zweitfolgenden Werktages die fehlenden Lohnunterlagen zu übermitteln waren. Für die Übermittlung der vollständigen Lohnunterlagen betreffend den Lohnzahlungszeitraum Jänner 2017 wurde eine Frist bis zum 20. Februar 2017 eingeräumt.

Am 26. Jänner 2017 wurden der BUAK per E-Mail die ZKO3-Meldungen, die A1-Entsendebescheinigungen sowie nachträgliche Arbeitsverträge und Arbeitsaufzeichnungen für die KW 50 und 51 aus 2016 übermittelt. Die Lohnzettel von Dezember 2016, die Lohnzahlungsnachweise bzw. Banküberweisungsbelege von Dezember 2016, die vollständigen Arbeitszeitaufzeichnungen von 15. Dezember 2016 bis 24. Jänner 2017 und die Unterlagen betreffend die Lohneinstufung hinsichtlich der Arbeitnehmer 1, 2, 4, 5 und 7 bis zum Zeitpunkt der Anzeigelegung durch die BUAK am 23. März 2017 wurden nicht übermittelt. Betreffend die Arbeiter 3 und 6 wurden bis zum Zeitpunkt der Anzeigelegung durch die BUAK am 23. März 2017 die vollständigen Arbeitsaufzeichnungen von 9. Jänner 2017 bis 24. Jänner 2017 sowie die Unterlagen betreffend die Lohneinstufung nicht übermittelt. Schließlich wurden hinsichtlich sämtlicher Arbeitnehmer (1 bis 7) bis zum Zeitpunkt der Anzeigelegung durch die BUAK am 23. März 2017 die Lohnzettel/Lohnunterlagen, Auszahlungsbestätigungen/Banküberweisungsbelege sowie die vollständigen Arbeitsaufzeichnungen für den Lohnzahlungszeitraum 2017 nicht übermittelt.

II.4. Die sieben auf der Baustelle angetroffenen Arbeiter führten Dämm- und Isolierungsarbeiten durch. Diese Arbeiten gestalteten sich derart, dass in der Betriebshalle unter der Decke unterschiedliche Leitungs- bzw. Lüftungsrohre angebracht sind, für die gelbe Dämmwolle zugeschnitten und montiert werden musste.

Die sieben Arbeitnehmer gaben dazu vor dem erkennenden Gericht an, dass sie diese Arbeit jeweils auf Baustellen erlernt hatten. Sie haben dazu zwar keine spezielle Ausbildung gemacht, diese Arbeit jedoch im Zuge von Arbeiten auf diversen Baustellen zunächst in der Slowakei und sodann in Österreich erlernt. Spezielles Werkzeug war abgesehen von Zangen und Scheren sowie diversem Schneidematerial und Bindedraht nicht erforderlich. Nach Ansicht der vernommenen Arbeiter ergeben sich unterschiedliche Zeiten, die dafür benötigt werden, um diese Arbeit zu erlernen. Diese Zeit hat eine weite Bandbreite, angefangen von einer halben Stunde bis zu einer längeren Anlernphase von mehreren Tagen. Sie ist auch abhängig von der jeweiligen Geschicklichkeit und

Auffassungsgabe eines Arbeitnehmers. Insgesamt wurde die Arbeit von den Arbeitnehmern als einfach eingestuft.

Festzuhalten ist aber, dass im Zuge der Anbringung des Dämmmaterials nicht schlicht gerade verlaufende Rohre isoliert werden mussten, zumal auch abgewinkelte und gebogene Rohre vorhanden waren, die auch unterschiedliche Durchmesser hatten. Im Zuge der Anbringung des Dämmmaterials war es daher erforderlich, zu erkennen, in welchem Winkel das Dämmmaterial zugeschnitten und angebracht werden muss. Es gibt immerhin nicht nur gerade verlaufende Rohre, sondern auch Abzweigungen und Biegungen in verschiedenen Winkeln und Durchmessern. Im Bereich dieser Abzweigungen und Biegungen ist es erforderlich, das Dämmmaterial richtig zuzuschneiden, sodass dieses um das Rohr passt und keine Lücken entstehen. Die Rohre hatten auch unterschiedlichste Größen und Durchmesser, sodass das Dämmmaterial insbesondere so zugeschnitten werden musste, dass auch der Verschnitt möglichst gering war.

Unter Zugrundelegung dieses Umstandes und dass die Arbeiter nicht nur Bindedraht anbrachten, um die Dämmmaterialien zu befestigen, fällt die von ihnen verrichtete Tätigkeit nicht in den Tätigkeitsbereich von Hilfsarbeitern sondern in den Tätigkeitsbereich von angelernten Arbeitern.

II.5. Für die gegenständlichen Arbeiten ist der Kollektivvertrag für das Bauhilfsgewerbe, abgeschlossen zwischen der Bundesinnung der Bauhilfsgewerbe einerseits, dem Österreichischen Gewerkschaftsbund, der Gewerkschaftsbau-Holz, andererseits vom 1. Mai 2016 anzuwenden. Nach diesem Kollektivvertrag erhalten Hilfsarbeiter einen Stundenlohn von 10,45 Euro brutto, während angelernte Arbeiter einen Stundenlohn von 11,63 Euro brutto erhalten.

II.6. Die tatsächliche Entlohnung stellt sich wie folgt dar:

Arbeiter 1., 2., 4., 5., und 7.:

gebührender kollektivvertraglicher Grundlohn im Dezember 2016:	523,35 €
gebührendes Weihnachtsgeld für Dezember 2016:	50,31 €
tatsächlich geleistetes Entgelt für Dezember 2016:	472,50 €
gebührender kollektivvertraglicher Grundlohn im Jänner 2017:	1.116,48 €
gebührendes Weihnachtsgeld für Jänner 2017:	107,33 €
tatsächlich geleistetes Entgelt für Jänner 2017:	1.008,00 €
Gesamtdifferenz (Unterentlohnung):	316,96 €

= 17,63 % des kollektivvertraglich gebührenden Entgelts

Arbeiter Nr 3. und 6.:

gebührender kollektivvertraglicher Grundlohn im Jänner 2017:	1.116,48 €
gebührendes Weihnachtsgeld für Jänner 2017:	107,33 €
tatsächlich geleistetes Entgelt für Jänner 2017:	1.008,00 €

Gesamtdifferenz (Unterentlohnung): 215,81 €
= 17,63 % des kollektivvertraglich gebührenden Entgelts

II.7. Der Bf ist im Hinblick auf Übertretungen des LSD-BG verwaltungsstrafrechtlich unbescholten.

Nach den Schätzungen der belangten Behörde verfügt der Bf über ein monatliches Nettoeinkommen von ca. 2.500 Euro. Nach seinem eigenen Vorbringen verfügt der Bf über ein monatliches Durchschnittseinkommen von ca. 1.018,22 Euro. Unter Zugrundelegung des Umstandes, dass selbst die vom Bf beschäftigten Arbeiter einen Nettolohn von monatlich 1.700 Euro erhalten haben, geht das erkennende Gericht davon aus, dass der Bf zumindest (auch unter Zugrundelegung seiner Beschäftigung in der Slowakei) ein monatliches Nettoeinkommen in ungefähr dieser Höhe, also ca. 1.700 Euro haben wird; dies bei Unterstellung, dass es sich beim Gehalt des Bf um ein Geschäftsführer-Gehalt in der Slowakei handelt, bei den sieben Arbeitnehmern um den Lohn nach österreichischen Verhältnissen.

Der Bf verfügt nach den Schätzungen der belangten Behörde und nach seinem eigenen Vorbringen über kein Vermögen und hat keine Sorgepflichten.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Die Feststellungen zum Unternehmen des Bf und zu dessen Eigenschaft als handelsrechtlicher Geschäftsführer ergeben sich aus dem Akteninhalt und sind unstrittig.

III.2. Die Feststellungen zu den Vertragsverhältnissen auf der verfahrensgegenständlichen Baustelle sowie die Daten der sieben auf die Baustelle entsendeten Arbeitnehmer gehen ebenfalls aus dem Akteninhalt hervor. Auch diese sind unstrittig.

III.3. Die Feststellungen zur durchgeführten Kontrolle der BUAK ergeben sich ebenfalls aus dem Aktenhalt und sind auch diese unstrittig.

Hinsichtlich der durchgeführten Kontrolle im Hinblick auf die ZKO3-Formulare, die A1-Dokumente sowie die Lohnunterlagen ergibt sich ebenfalls unstrittig, dass diese Unterlagen auf der Baustelle nicht vollständig vorhanden waren bzw. dass die erforderlichen Lohnunterlagen auf der Baustelle fehlten. Dies gesteht auch der Bf selbst zu, der selber in seiner Beschwerde vorbringt, welche Unterlagen tatsächlich nicht vorlagen bzw. auch nicht nachgereicht wurden. Fest steht auch, dass der Bf der Aufforderung der BUAK nicht vollständig entsprochen hat und die Unterlagen, wie von der BUAK gefordert, nur unvollständig nachgereicht wurden bzw. teilweise gar nicht vorgelegt wurden. Zu den nicht vorgelegten Unterlagen

zählen insbesondere die Lohnunterlagen, nämlich vor allem jene Dokumente, die zur Überprüfung der Einstufung der Arbeitnehmer erforderlich sind. So wurde beispielsweise der in Rede stehende Kollektivvertrag nicht vorgelegt und noch nicht einmal erwähnt. Erst in seiner Beschwerde nimmt der Bf auf diesen Kollektivvertrag Bezug.

Wenn der Bf sodann in seiner Beschwerde rügt, die belangte Behörde hätte Erhebungen bzw. Feststellungen dazu treffen müssen, welche Tätigkeiten die sieben Arbeitnehmer verrichtet hätten und dass sie diese im Zuge der Kontrolle befragen hätte können, so ist dem Bf entgegenzuhalten, dass ihm eine Aufforderung zur Rechtfertigung übermittelt wurde. Insofern hätte der Bf selbst die Gelegenheit gehabt, im Verfahren vor der belangten Behörde Vorbringen zur Einstufung der Arbeitnehmer zu erstatten und den entsprechenden Kollektiv-vertrag vorzulegen.

Der Behauptung des Bf, er habe dieses Schreiben nicht erhalten, kann nicht gefolgt werden. Insbesondere wurde diese nämlich nachweislich zugestellt am 10. April 2017. Darüber hinaus wurde dem Bf auch eine Aufforderung zur Nachzahlung vom 3. April 2017 nachweislich am 10. April 2017 zugestellt. Dies bestreitet der Bf nicht. Weshalb er nun aber die Aufforderung zur Nachzahlung erhalten haben soll, die Aufforderung zur Rechtfertigung aber nicht, kann insofern nicht nachvollzogen werden. Insbesondere hat das erkennende Gericht auch keine Zweifel an der ordnungsgemäßen Zustellung, zumal diese durch Rückscheine vom 10. April 2017 belegt ist. Die Behauptung des Bf, die Aufforderung zur Rechtfertigung nicht erhalten zu haben, erweist sich insofern als Schutzbehauptung. Außerdem hätte der Bf für den Fall, dass er die Aufforderung zur Rechtfertigung tatsächlich nicht erhalten haben sollte, auch auf die Aufforderung zur Nachzahlung mit entsprechendem Vorbringen reagieren können. Mit anderen Worten hätte der Bf auch als Reaktion auf die Aufforderung zur Nachzahlung vorbringen können, dass diese Forderung nicht zu Recht bestehen würde, zumal er die Arbeiter richtig eingestuft hätte.

III.4. Die Daten der angetroffenen Arbeitnehmer geben sich aus den Erhebungen der BUAK und dem Akt der belangten Behörde und werden auch vom Bf nicht bestritten. Die Tätigkeit der Arbeitnehmer wurde im Verfahren vor dem erkennenden Gericht erhoben. Zur Verhandlung waren alle sieben Arbeitnehmer – wie vom Bf beantragt – geladen, diese sind auch ladungsgemäß erschienen und wurden alle sieben Arbeitnehmer zu den von ihnen verrichteten Tätigkeiten befragt.

Der Zeuge M.M. gab an, keine spezielle Ausbildung erhalten zu haben. Er habe aber ein Papier (vermutlich einen Gewerbeschein), dass er solche Isolierungen durchführen dürfe und er arbeite in der Slowakei außerdem auch selbständig. Die

Arbeit könne man schnell erlernen, er habe sie im Zuge von Baustellenarbeiten erlernt (Tonbandprotokoll ON 18, Seite 3, Abs. 5, 7).

Der Zeuge I.G. gab an, dass er diese Arbeit auf diversen Baustellen, schon zuvor in der Slowakei erlernt habe. Es sei individuell, wie lange man brauche, um diese Arbeit zu erlernen, einer brauche länger, ein anderer könne es schneller (Tonbandprotokoll ON 18, Seite 5, Abs. 7-9).

Der Zeuge M.B. führte aus, dass es sich um keine komplizierte Arbeit handle und man keine spezielle Ausbildung benötige, er diese Arbeit aber selbständig erlernt habe. Man erlerne diese Arbeit auf Baustellen und er selber habe dafür ca. 3 Tage benötigt (Tonbandprotokoll ON 18, Seite 6, Abs. 11, Seite 7, Abs. 1-2).

Sodann schilderte der Zeuge M.K., man könne diese Arbeit in einer halben Stunde erlernen (Tonbandprotokoll ON18, Seite 9, Abs. 9).

Dem gegenüber gab der Zeuge F.M. an, dass er diese Arbeit seit 1990 durchführe. Ob diese Arbeit schwierig oder kompliziert sei, hänge davon ab, wie der Zugang zu den Leitungsrohren sei, ob man beispielsweise das Dämmmaterial ausschneiden müsse. Er habe die Arbeit auf einer Baustelle auf einer slowakischen Firma gelernt (Tonbandprotokoll ON 18, Seite 10, Abs. 7-9).

Der Zeuge M.H. gab dem gegenüber wiederum an, dass es sich um eine einfache Tätigkeit handle, die er seit mehr als 10 Jahren verrichte (Tonbandprotokoll ON 18, Seite 11, Abs. 11).

Die Eindrücke der vernommenen Arbeiter sind insofern durchaus unterschiedlich, während manche eine längere Anlernphase angaben, wurde diese von anderen Arbeitern wiederum als kürze Anlernphase geschildert. Für das erkennende Gericht entstand der Eindruck, dass sich die Arbeiter hinsichtlich der von ihnen verrichteten Tätigkeit sehr bescheiden gaben, die Arbeiten tatsächlich aber über den Leistungsumfang von Hilfsarbeitern jedenfalls hinausgehen.

Dieser Eindruck wurde auch durch die von der BUAK stellig gemachten Zeugen R.E. und J.M. bestätigt.

So gab der Zeuge R.E. über Befragen, ob es ich um eine sehr einfache Arbeit handle, oder ob sie eher kompliziert sei an, dass es immer auf die konkrete Tätigkeit ankomme:

„Naja, wenn man einfach nur ein Rohr isoliert, wird das sicher einfach sein. Man muss aber natürlich auch im Vorfeld wissen, was man tut, in welchem Winkel man z.B. die Wolle ausschneiden und anbringen muss. Man muss sich vorstellen, dass man ja hier nicht nur Rohre isoliert, sondern dass es auch Abzweigungen gibt und das Rohr in einem bestimmten Winkel z.B. abzweigt. Man muss dann die Dellwolle natürlich richtig ausschneiden, dass

diese wieder um das Rohr herumpasst und dass hier keine Lücken entstehen. Wenn ich die Halle konkret beschreibe, so war sie riesengroß. Es waren dort unterschiedlichste Rohre angebracht mit verschiedenen Durchmessern, also dünnere Rohre und auch sehr dicke Rohre. Sie waren zum Teil auch sehr verwinkelt. Hier musste man die Dellwolle entsprechend ausschneiden, damit man sie richtig anbringen kann. Ich verweise dazu auch auf die Fotos, die wir angefertigt haben und die sich im Akt befinden.
Erörtert wird, dass auf den Lichtbildern die angebrachten Isolierungen ersichtlich sind. Die Vertreterin der BUAK legt dazu die im Akt befindlichen Schwarz-Weiß-Lichtbilder noch einmal in Farbe vor. Dargetan werden sämtliche Lichtbilder. Diese werden zum Akt genommen. Festgehalten wird, dass auf den Lichtbildern die gelbe Dellwolle ersichtlich ist. Auf einem Lichtbild sieht man auch einen Arbeiter. Außerdem sieht man auf einem Lichtbild auch die abgewinkelten Rohre, die gedämmt werden mussten. Auf einem der Lichtbilder sind ca. 6 Rohre zu sehen, die knieförmig abgewinkelt sind und auf diesen die Dellwolle angebracht werden musste."

Auch der Zeuge J.M. gab dies so an, wie sein Vorredner:

„Die slowakischen Arbeiter mussten die Dellwolle an den Rohren anbringen. Es war eine Vielzahl an Rohren vorhanden, die isoliert werden mussten, angefangen von dünnen Rohren bis zu sehr großen und dicken Rohren an den Maschinen. Die Rohre waren unterschiedlich ausgestaltet. Sie waren nicht nur gerade verlaufend, sondern auch gebogen, verwinkelt, etc.
Der Zeuge nimmt Einsicht in die angefertigten Lichtbilder, auf denen die Rohre und deren Verlauf ersichtlich sind, auch die winkeligen und gebogenen Rohre:
Ja, das ist richtig. Auf den Lichtbildern sieht man die Rohre bei diesem Unternehmen.
Über Befragen, wie die Dellwolle angebracht wird:
Es reicht nicht aus, dass man sie einfach um die Rohre wickelt. Man muss sie auch zuschneiden und anbringen und dann festbinden. Es ist auch nicht einfach, die Dellwolle einfach abzuschneiden. Man muss sie auch abmessen und richtig ausschneiden, speziell bei den Knien und bei den Bögen muss man genau arbeiten, weil man sonst ja zu viel Materialverlust hätte."

Darüber hinaus konnte sich das erkennende Gericht auch durch die vorgelegten Lichtbilder der erhebenden Kontrollorgane ein Bild von der durchgeführten Tätigkeit machen und ergab sich, dass hier tatsächlich ein komplexes Leitungssystem mit Dämmwolle zu ummanteln war. Insofern ergibt sich die Feststellung, dass es sich bei diesen Tätigkeiten nicht um Hilfsarbeitertätigkeiten handelt, sondern um jene eines angelernten Arbeiters.

III.5. Die Entlohnung für Hilfsarbeiter bzw. angelernte Arbeiter ergibt sich aus dem Kollektivvertrag 2016. Die Höhe der jeweiligen Entlohnung ist unstrittig; fraglich ist lediglich die Einstufung der Arbeitnehmer als Hilfsarbeiter oder angelernte Arbeiter.

III.6. Auch die tatsächliche Entlohnung der Arbeiter ist unstrittig, nämlich mit einem Stundenlohn von 10,50 Euro brutto; diesen hat auch die belangte Behörde richtigerweise angenommen und ist bei Berechnung der Unterentlohnung von

diesem Lohn ausgegangen. Lediglich im Hinblick auf Arbeitnehmer 6 hat sich ergeben, dass dieser noch nicht ausreichend lange im Unternehmen des Bf beschäftigt war, um Anspruch auf ein aliquotes Weihnachtsgeld zu haben. Ungeachtet dessen bleibt aber auch bei diesem Arbeitnehmer die Unterentlohnung für den laufenden Monatslohn bestehen.

III.7. Die persönlichen Verhältnisse des Bf ergeben sich aus dem Akteninhalt, der Schätzung der belangten Behörde und dem Vorbringen des Bf. Nach der Einschätzung des erkennenden Gerichts beträgt das Monatsgehalt insofern zwar nicht 2.500 Euro, liegt aber auch im Vergleich zu den angetroffenen Arbeitnehmern über dem vom Bf behaupteten Monatseinkommen. Nach den übereinstimmenden Angaben besitzt der Bf kein Vermögen und hat keine Sorgepflichten.

IV. Rechtslage:

IV.1. § 3 LSD-BG regelt den Anspruch auf das Mindestentgelt.

Gemäß § 3 Abs. 3 LSD-BG hat ein durch einen Arbeitgeber mit Sitz in einem EU-Mitgliedsstaat, EWR-Staat oder einem Drittstaat nach Österreich zur Arbeitsleistung entsandter Arbeitnehmer 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 von vergleichbaren Arbeitgebern gebührt.

IV.2. § 22 LSD-BG regelt die Bereithaltung von Lohnunterlagen.

Gemäß § 22 Abs. 1 LSD-BG haben Arbeitgeber im Sinne der §§ 3 Abs. 2, 8 Abs. 1 oder 19 Abs. 1 während der Dauer der Beschäftigung (im Inland) oder des Zeitraums der Entsendung insgesamt (§ 19 Abs. 3 Z 6) den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel im Sinne der Richtlinie 91/533 des Rates über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitsaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des dem entsandten Arbeitnehmer für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache, ausgenommen den Arbeitsvertrag, am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten oder diese den Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich zu machen, auch wenn die Beschäftigung des einzelnen Arbeitnehmers in Österreich früher geendet hat. Der Arbeitsvertrag ist entweder in deutscher oder

in englischer Sprache bereitzuhalten. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die Lohnunterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten oder in elektronischer Form zugänglich zu machen. Ein Beschäftigter, der einen Arbeitnehmer zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsendet, gilt in Bezug auf die Verpflichtung nach dieser Bestimmung als Arbeitgeber. § 21 Abs. 2 findet sinngemäß Anwendung.

IV.3. § 27 Abs. 1 LDS-BG bestimmt, dass, wer die erforderlichen Unterlagen entgegen den §§ 12 Abs. 1 Z 3 nicht übermittelt, eine Verwaltungsübertretung begeht und von der Bezirksverwaltungsbehörde für jeden Arbeitnehmer mit Geldstrafe von 500 Euro bis 5.000 Euro, im Wiederholungsfall von 1.000 bis 10.000 Euro zu bestrafen ist. Ebenso ist zu bestrafen, wer entgegen den §§ 14 Abs. 2 oder 15 Abs. 2 die Unterlagen nicht übermittelt.

IV.4. § 29 Abs. 1 LDS-BG begeht, wer als Arbeitgeber einen Arbeitnehmer beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 39 Abs. 3 ASVG angeführten Bestandteile, zu leisten, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe zu bestrafen. Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszahlungszeiträume umfassen, liegt eine einzige Verwaltungsübertretung vor. Entgeltzahlungen, die das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt übersteigen, sind auf allfällige Unterentlohnungen im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum anzurechnen. Hinsichtlich von Sonderzahlungen für dem ASVG unterliegende Arbeitnehmer liegt eine Verwaltungsübertretung nach dem ersten Satz nur dann vor, wenn der Arbeitgeber die Sonderzahlungen nicht oder nicht vollständig bis spätestens 31. Dezember des jeweiligen Kalenderjahres leistet. Sind von der Unterentlohnung höchstens drei Arbeitnehmer betroffen, beträgt die Geldstrafe für jeden Arbeitnehmer 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Wiederholungsfall 2.000 Euro bis 20.000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer betroffen, für jeden Arbeitnehmer 2.000 bis 20.000 Euro, im Wiederholungsfall 4.000 Euro bis 50.000 Euro. Ebenso ist zu bestrafen, wer als Auftraggeber im Sinne des § 14 Abs. 1 Z 3 einen Heimarbeiter beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihn zumindest das nach Gesetz oder Verordnung gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile zu leisten.

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

§ 29 Abs. 3 LSD-BG bestimmt, dass dann, wenn die Bezirksverwaltungsbehörde feststellt, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt binnen einer von der Behörde festzusetzenden Frist nachweislich leistet, und (1.) die Unterschreitung des nach Abs. 1 maßgeblichen Entgelts unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien gering ist oder (2.) das Verschulden des Arbeitgebers oder des zur Vertretung nach außen Berufenen (§ 9 Abs. 1 VStG) oder des verantwortlichen Beauftragten (§ 9 Abs. 2 und 3 VStG) leichte Fahrlässigkeit nicht übersteigt, diese von der Verhängung einer Strafe abzusehen hat. Ebenso ist von der Verhängung einer Strafe abzusehen, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt vor der Aufforderung durch die Bezirksverwaltungsbehörde nachweislich leistet und die übrigen Voraussetzungen nach dem ersten Satz vorliegen.

Ist die Entscheidung der Bezirksverwaltungsbehörde von der Klärung einer Vorfrage im Sinne des § 38 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes abhängig, die den Gegenstand eines beim zuständigen Gericht anhängigen oder gleichzeitig anhängig gemachten Verfahrens bildet, hat die Bezirksverwaltungsbehörde das Verwaltungsstrafverfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Vorfrage auszusetzen; das verwaltungsbehördliche Strafverfahren gilt als unterbrochen, die Parteien sind davon in Kenntnis zu setzen.

Im Verwaltungsstrafverfahren nach Abs. 1 ist § 45 Abs. 1 Z 4 und letzter Satz VStG nicht anzuwenden. Weist der Arbeitgeber der Bezirksverwaltungsbehörde nach, dass er die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt geleistet hat, ist dies bei der Strafbemessung strafmildernd zu berücksichtigen.

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen:

Im vorliegenden Fall ist die Verwaltungsübertretung des Nichtbereithaltens von Lohnunterlagen (V.1.) sowie der Unterentlohnung (V.2.) zu beurteilen.

V.1. Fest steht, dass der Bf wesentliche Lohnunterlagen, wie in Spruchpunkt I. des angefochtenen Straferkenntnisses ausgeführt nicht bereitgehalten bzw. nicht nachgereicht hat. Auch der Bf selbst gesteht zu, dass er jene Lohnunterlagen, die zur Beurteilung des gebührenden Entgelts (Lohnzettel, Banküberweisungsbelege, Unterlagen zur Einstufung des gebührenden Entgelts) weder bereitgehalten, noch nachgereicht hat. Das Nachreichen vermag dem Bf außerdem nicht zu seiner Entlastung zu verhelfen.

Der VwGH hat sich in seinen Erkenntnissen vom 4. Mai 2016, Ra 2016/11/0053, und vom 28. Februar 2017, Ra 2016/11/0164, mit dem Nachreichen von Lohnunterlagen auseinandergesetzt und dazu Nachfolgendes ausgeführt:

„Der Revisionswerber hat im Verfahren vorgebracht, die erforderlichen Unterlagen seien auf einem am Arbeitsort befindlichen Laptop gespeichert gewesen, er hat jedoch nicht behauptet, dass bei den Kontrollen den Organen der Abgabenbehörden die Unterlagen in elektronischer Form gezeigt worden wären bzw. auf elektronisch gespeicherte Unterlagen hingewiesen worden wäre. Da unbedenklich davon ausgegangen werden konnte, dass die erforderlichen Unterlagen bei den Kontrollen den zur Überwachung des Bereithaltens der Unterlagen berechtigten Organen der Abgabenbehörden weder in gedruckter noch in elektronischer Form gezeigt wurden, hängt die Revision nicht von der Beantwortung der in den Revisionen aufgeworfenen Rechtsfrage ab. Die Übermittlung der Unterlagen an die Abgabenbehörden kurze Zeit nach der Kontrolle änderte nichts an der Verletzung der Bereithaltungspflicht. Es ist auch nicht zu erkennen, dass die Bereithaltung der Lohnunterlagen nicht zumutbar iSd § 7d Abs. 1 AVRAG gewesen wäre.“

Insofern hätte sich der Bf auch durch das Nachreichen der Lohnunterlagen nach der Kontrolle nicht von einer Strafbarkeit befreien können; allenfalls wäre das Nachreichen von Lohnunterlagen im Hinblick auf die Strafzumessung zu berücksichtigen (vgl. VwGH 28. Februar 2017, Ra 2016/11/0164).

Im vorliegenden Fall steht aber fest, dass auch die nachgereichten Unterlagen unvollständig geblieben sind. Dies lässt sich selbst dem Vorbringen des Bf in seiner Beschwerde entnehmen. Allenfalls ist insofern die Strafzumessung einer Überprüfung zu unterziehen.

V.2. Hinsichtlich der Unterentlohnung gesteht der Bf zunächst selbst zu, dass er zumindest für sechs der genannten sieben Arbeitnehmer das Weihnachtsgeld nicht bezahlt hat. Weshalb der Bf dieses Weihnachtsgeld dann trotz seines Geständnisses nicht nachbezahlt hat, bleibt offen. Jedenfalls wäre es erforderlich, um in den Genuss einer Strafmilderung zu kommen, dass zumindest das vom Bf zugestandene Weihnachtsgeld nachbezahlt worden wäre.

Ganz unabhängig davon gelangt das erkennende Gericht aber ohnehin zu der Feststellung, dass eine Unterentlohnung auch auf die allgemeinen Lohnbestandteile bezogen ist, zumal die Arbeitnehmer vom Bf unrichtig als Hilfsarbeiter anstelle von angelernten Arbeitern eingestuft wurden. Somit ist dem Bf auch im Hinblick auf den Arbeitnehmer 6 (dem noch kein Weihnachtsgeld gebührte) eine Unterentlohnung im Hinblick auf die allgemeinen Lohnbestandteile vorzuwerfen.

V.3. Im Hinblick auf die Strafzumessung ist zunächst allgemein Nachfolgendes auszuführen:

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (28.11.1966, 1846/65), innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde, in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfung des Ermessensaktes auf eine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (VwSlg. 8134 A/1971).

Gemäß § 38 VwGVG iVm § 19 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Im ordentlichen Verfahren sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen.

Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32-35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

§ 20 VStG normiert die außerordentliche Milderung der Strafe. Überwiegen die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich, so kann die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden.

V.4. Im Hinblick auf die fehlenden Lohnunterlagen sieht § 27 Abs. 1 LSD-BG eine Geldstrafe für jeden Arbeitnehmer von 500 Euro bis 5.000 Euro vor. Im gegenständlichen Fall ist insofern zwar zu bedenken, dass der Bf unbescholten ist, allerdings sieben Arbeitnehmer von den fehlenden Lohnunterlagen betroffen sind. Diese wurden trotz Aufforderung an den Bf von diesem nicht vollständig nachgereicht. Insbesondere hat es der Bf unterlassen, jene Lohnunterlagen vorzulegen, die zur Beurteilung des den Arbeitnehmern gebührenden Entgelts erforderlich sind; insbesondere legte er den Bezug habenden Kollektivvertrag nicht vor. Erst im Zuge seiner Beschwerde brachte er vor, die von ihm beschäftigten Arbeitnehmer seien ordnungsgemäß als Hilfsarbeiter eingestuft worden, was sich tatsächlich aber als unrichtig herausstellte.

Vor diesem Hintergrund erscheint die Strafbemessung mit 1.000 Euro pro Arbeitnehmer insofern nicht unangemessen. Ein Vorgehen mittels § 20 VStG scheidet insofern aus.

V.5. Im Hinblick auf die Unterentlohnung ist zunächst auszuführen, dass nach den gesetzlichen Bestimmungen das Vorgehen mittels Ermahnung nicht vorgesehen ist und somit lediglich die Beurteilung einer außerordentlichen Strafmilderung in Betracht kommt. Dazu ist festzuhalten, dass § 29 Abs. 1 LSD-BG bei mehr als drei Arbeitnehmern eine Mindeststrafe von 2.000 Euro pro Arbeitnehmer vorsieht. Hier ist zu berücksichtigen, dass die Unterentlohnung über einen längeren Zeitraum (zwei Lohnperioden) erfolgte und verschiedene Lohnbestandteile – nämlich sowohl der Grundlohn als auch das Weihnachtsgeld – nicht bezahlt wurden. Hinsichtlich des Weihnachtsgeldes kommt erschwerend hinzu, dass der Bf trotz Zugeständnisses, dieses nicht bezahlt zu haben, und trotz Aufforderung der belangten Behörde keinerlei Nachzahlungen – auch nicht in dem von ihm behaupteten Umfang – geleistet hat. Nach wie vor haben die Arbeitnehmer die fehlenden Entgeltsbestandteile nicht erhalten.

Vor diesem Hintergrund erscheint auch die Strafzumessung mit 3.000 Euro je Arbeitnehmer nicht unangemessen.

V.6. Im Ergebnis war daher die Beschwerde als unbegründet abzuweisen und das angefochtene Straferkenntnis der belangten Behörde vollumfänglich zu bestätigen.

Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG hat der Bf einen Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich von 20 % der verhängten Geldstrafe zu bezahlen, das sind 5.600 Euro.

V.7. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren sind Barauslagen für die Vernehmung der sieben Arbeitnehmer als Zeugen sowie für Dolmetschertätigkeiten angefallen.

Für den Zeugen M.M. sind 154,50 Euro angefallen, für den Zeugen M.H. 441 Euro, für den Zeugen F.M. 12,50 Euro, für den Zeugen I.G. 281,40 Euro, für den Zeugen A.H. 284 Euro, für den Zeugen M.B. 284,80 Euro und für den Zeugen M.K. 286,50 Euro; insgesamt daher 1.744,70 Euro. Für Dolmetschertätigkeiten sind Barauslagen von 329,60 Euro angelaufen. Insgesamt betragen die Barauslagen somit 2.074,30 Euro. Diese Barauslagen waren dem Bf gemäß § 52 Abs. 3 VwGVG iVm § 76 AVG vorzuschreiben.

V.8. Im Ergebnis war der Beschwerde keine Folge zu geben, diese abzuweisen und das Straferkenntnis vollumfänglich zu bestätigen sowie der Bf zum Kostenersatz und zum Ersatz der Barauslagen zu verpflichten.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

VI.1. 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 ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

VI.2. Das vorliegende Erkenntnis steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, wobei auf die Ausführungen zur Nachreichung von Lohnunterlagen, zur Unterentlohnung sowie zur Strafzumessung verwiesen wird.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten.

H i n w e i s e

1. Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

2. Gemäß § 35 Abs. 2 LSD-BG wird darauf hingewiesen, dass mit der rechtskräftigen Bestrafung die Eintragung in die Evidenz des Kompetenzzentrum LSDB verbunden ist.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Lidauer