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

Geschäftszeichen:
LVwG-302351/45/BMa/NF

Datum:
Linz, 4. August 2020

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 Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des E Y, vertreten durch Dr. P Rechtsanwalts GmbH, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 20. März 2019, GZ: SanRB96-609-2018, wegen Übertretung des AVRAG nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als das angefochtene Straferkenntnis hinsichtlich der Spruchpunkte 1 betreffend J A, 2 betreffend V A, 6 betreffend Z B, 7 betreffend D B, 10 betreffend P C, 11 betreffend T C, 12 betreffend M F, 15 betreffend H G, 16 betreffend J G, 19 betreffend E H, 21 betreffend M J, 22 betreffend P J, 23 betreffend Z J, 24 betreffend E K, 25 betreffend H K, 26 betreffend P K, 28 betreffend M K, 29 betreffend S K, 31 betreffend T K, 32 betreffend A L, 34 betreffend L M, 35 betreffend V M, 39 betreffend R O, 40 betreffend D O, 43 betreffend V G R, 45 betreffend E S, 46 betreffend H S, 47 betreffend A S, 49 betreffend D S, 50 betreffend J S, 51 betreffend T S, 53 betreffend Z T, 54 betreffend M T, 56 betreffend P V, 57 betreffend A V, 58 betreffend G V, 59 betreffend J W und 60 betreffend A Y, aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt wird.

Im Übrigen wird das bekämpfte Straferkenntnis (hinsichtlich der Spruchpunkte 3 betreffend H A, 4 betreffend S B, 5 betreffend R B, 8 betreffend S C, 9 betreffend J C, 13 betreffend Z G, 14 betreffend H G, 17 betreffend G H, 18 betreffend B K H, 20

betreffend D H, 27 betreffend D K, 30 betreffend R K, 33 betreffend M M, 36 betreffend S M, 37 betreffend D M, 38 betreffend N M, 41 betreffend Z P, 42 betreffend A P, 44 betreffend C S, 48 betreffend L S, 52 betreffend K T und 55 betreffend H T) bestätigt.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision zulässig.

III. Hinsichtlich der Spruchpunkte 1 betreffend J A, 2 betreffend V A, 6 betreffend Z B, 7 betreffend D B, 10 betreffend P C, 11 betreffend T C, 12 betreffend M F, 15 betreffend H G, 16 betreffend J G, 19 betreffend E H, 21 betreffend M J, 22 betreffend P J, 23 betreffend Z J, 24 betreffend E K, 25 betreffend H K, 26 betreffend P K, 28 betreffend M K, 29 betreffend S K, 31 betreffend T K, 32 betreffend A L, 34 betreffend L M, 35 betreffend V M, 39 betreffend R O, 40 betreffend D O, 43 betreffend V G R, 45 betreffend E S, 46 betreffend H S, 47 betreffend A S, 49 betreffend D S, 50 betreffend J S, 51 betreffend T S, 53 betreffend Z T, 54 betreffend M T, 56 betreffend P V, 57 betreffend A V, 58 betreffend G V, 59 betreffend J W und 60 betreffend A Y, des bekämpften Bescheids entfällt der Kostenbeitrag zum Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde.
Für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist hinsichtlich der Spruchpunkte 3 betreffend H A, 4 betreffend S B, 5 betreffend R B, 8 betreffend S C, 9 betreffend J C, 13 betreffend Z G, 14 betreffend H G, 17 betreffend G H, 18 betreffend B K H, 20 betreffend D H, 27 betreffend D K, 30 betreffend R K, 33 betreffend M M, 36 betreffend S M, 37 betreffend D M, 38 betreffend N M, 41 betreffend Z P, 42 betreffend A P, 44 betreffend C S, 48 betreffend L S, 52 betreffend K T und 55 betreffend H T des bekämpften Bescheids ein Kostenbeitrag in Höhe von jeweils 400 Euro (insgesamt 8.800 Euro) zu leisten.

IV. Der Beschwerdeführer hat binnen zwei Wochen Barauslagen in der Höhe von 5.694,26 Euro für die Beiziehung eines Buchsachverständigen zu begleichen.

V. Gegen die Entscheidung hinsichtlich der Spruchpunkte III. und IV. ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I.:

1.1. Mit dem in der Präambel angeführten Straferkenntnis wurde der Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wie folgt schuldig erkannt und bestraft:

„Sie haben folgende Verwaltungsübertretung(en) begangen:
Anlässlich einer am 23. Oktober 2017 abgeschlossenen gemeinsamen Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben (G) wurde durch den Sozialversicherungsprüfer festgestellt, dass 59 Dienstnehmer der T P GmbH im Jahr 2015 unterkollektivvertraglich entlohnt wurden. Es wurde den Dienstnehmern nicht zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien geleistet.
Alle betroffenen Dienstnehmer wurden als angelernte Arbeitnehmer im Zuge der Arbeitskräfteüberlassung an Beschäftigerbetriebe überlassen. Aufgrund der ausgeübten Tätigkeit kommt der Kollektivvertrag für Arbeitskräfteüberlassung, Einstufung Beschäftigungsgruppe B) Angelernte Arbeitnehmer zur Anwendung.

Dies betrifft folgende Arbeitnehmer:

Nr.	Name	Zeitraum/ Tatzeit	Art	Geleistetes Entgelt	Gebührendes Entgelt	Differenz
1	J A, geb. x	01.03.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	22.691,91 Euro	22.838,43 Euro	146,52 Euro
2	V A, geb. x	01.01.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	30.533,41 Euro	30.879,35 Euro	345,94 Euro
3	H A, geb. x	11.02.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	23.007,70 Euro	23.207,44 Euro	199,74 Euro
		01.12.2015 bis 31.12.2015	Sonder-zahlung	3.409,22 Euro	3.651,12 Euro	241,90 Euro
4	S B, geb. x	01.04.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	25.066,04 Euro	25.552,42 Euro	486,38 Euro
		01.12.2015 bis 31.12.2015	Sonder-zahlung	3.772,58 Euro	4.084,68 Euro	312,10 Euro
5	R B, geb. x	01.12.2015 bis 31.12.2015	Sonder-zahlung	2.668,34 Euro	3.072,69 Euro	404,35 Euro
6	Z B, geb. x	01.06.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	20.377,97 Euro	20.449,85 Euro	71,88 Euro

7	D B, geb. x	01.04.2015 bis 18.12.2015	Entgelt	23.070,57 Euro	23.478,67 Euro	408,10 Euro
8	S C, geb. x	01.12.2015 bis 31.12.2015	Sonder- zahlung	1.867,05 Euro	2.315,56 Euro	448,51 Euro
9	J C, geb. x	01.01.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	32.169,70 Euro	32.513,33 Euro	343,63 Euro
		01.12.2015 bis 31.12.2015	Sonder- zahlung	4.958,68 Euro	5.297,33 Euro	338,65 Euro
10	P C, geb. x	01.07.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	16.153,07 Euro	16.257,63 Euro	104,56 Euro
11	T C, geb. x	12.01.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	23.528,94 Euro	24.116,65 Euro	587,71 Euro
12	M F, geb. x	01.01.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	25.911,46 Euro	26.132,06 Euro	220,60 Euro
13	Z G, geb. x	01.12.2015 bis 31.12.2015	Sonder- zahlung	3.843,30 Euro	4.125,74 Euro	282,44 Euro
14	H G, geb. x	01.01.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	41.207,94 Euro	41.523,50 Euro	315,56 Euro
		01.12.2015 bis 31.12.2015	Sonder- zahlung	5.498,72 Euro	6.609,72 Euro	1.111,00 Euro
15	H G, geb. x	01.01.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	25.177,50 Euro	25.239,71 Euro	62,21 Euro
16	J G, geb. x	01.01.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	25.859,49 Euro	26.019,11 Euro	159,62 Euro
17	G H, geb. x	01.01.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	26.938,41 Euro	27.142,15 Euro	203,74 Euro
		01.12.2015 bis 31.12.2015	Sonder- zahlung	4.065,12 Euro	4.489,74 Euro	424,62 Euro
18	B K H, geb. x	01.12.2015 bis 31.12.2015	Sonder- zahlung	3.555,43 Euro	4.133,58 Euro	578,15 Euro

19	E H, geb. x	01.07.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	17.428,82 Euro	17.556,24 Euro	127,42 Euro
20	D H, geb. x	01.01.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	27.995,95 Euro	28.581,96 Euro	586,01 Euro
		01.12.2015 bis 31.12.2015	Sonder- zahlung	4.168,49 Euro	4.665,99 Euro	497,50 Euro
21	M J, geb. x	01.07.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	13.793,04 Euro	13.875,10 Euro	82,06 Euro
22	P J, geb. x	01.07.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	15.271,85 Euro	15.374,07 Euro	102,22 Euro
23	Z J, geb. x	01.07.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	15.995,21 Euro	16.092,95 Euro	97,74 Euro
24	E K, geb. x	01.12.2015 bis 31.12.2015	Sonder- zahlung	4.643,12 Euro	5.453,12 Euro	810,00 Euro
25	H K, geb. x	01.04.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	22.623,80 Euro	22.711,95 Euro	88,15 Euro
26	P K, geb. x	01.03.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	21.651,29 Euro	21.787,94 Euro	136,65 Euro
27	D K, geb. x	01.01.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	32.382,72 Euro	32.568,19 Euro	185,47 Euro
		01.12.2015 bis 31.12.2015	Sonder- zahlung	4.790,71 Euro	5.397,12 Euro	606,41 Euro
28	M K, geb. x	01.03.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	22.461,39 Euro	22.587,58 Euro	126,19 Euro
29	S K, geb. x	07.01.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	28.067,93 Euro	28.157,19 Euro	89,26 Euro
30	R K, geb. x	01.04.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	24.470,86 Euro	25.153,13 Euro	682,27 Euro
		01.12.2015 bis 31.12.2015	Sonder- zahlung	3.602,42 Euro	4.078,48 Euro	476,06 Euro
31	T K, geb. x	01.04.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	20.571,52 Euro	20.721,85 Euro	150,33 Euro

32	A L, geb. x	01.01.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	35.022,14 Euro	35.085,86 Euro	63,72 Euro
33	M M, geb. x	01.01.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	36.888,09 Euro	37.101,23 Euro	213,14 Euro
		01.12.2015 bis 31.12.2015	Sonder-zahlung	5.076,79 Euro	6.148,10 Euro	1.071,31 Euro
34	L M, geb. x	01.04.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	20.174,05 Euro	20.322,98 Euro	148,93 Euro
35	V M, geb. x	01.04.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	22.812,46 Euro	22.997,15 Euro	184,69 Euro
36	S M, geb. x	01.04.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	25.075,93 Euro	25.425,34 Euro	349,41 Euro
		01.12.2015 bis 31.12.2015 .	Sonder-zahlung	3.700,50 Euro	4.179,32 Euro	478,82 Euro
37	D M, geb. x	01.12.2015 bis 31.12.2015	Sonder-zahlung	1.900,22 Euro	2.552,92 Euro	652,70 Euro
38	N M, geb. x	01.12.2015 bis 15.12.2015	Sonder-zahlung	2.654,35 Euro	3.203,72 Euro	549,37 Euro
39	R O, geb. x	01.07.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	15.625,88 Euro	15.730,81 Euro	104,93 Euro
40	D O, geb. x	26.01.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	25.025,93 Euro	25.209,23 Euro	183,30 Euro
41	Z P, geb. x	01.12.2015 bis 31.12.2015	Sonder-zahlung	753,46 Euro	1.435,91 Euro	682,45 Euro
42	A P, geb. x	01.07.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	18.740,17 Euro	18.875,57 Euro	135,40 Euro
		01.11.2015 bis 30.11.2015	Sonder-zahlung	2.666,59 Euro	3.123,36 Euro	456,77 Euro
43	V G R, geb. x	07.04.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	17.943,03 Euro	18.066,07 Euro	123,04 Euro

44	C S, geb. x	01.01.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	27.946,84 Euro	28.452,27 Euro	505,43 Euro
		01.11.2015 bis 30.11.2015	Sonder- zahlung	4.106,19 Euro	4.657,81 Euro	551,62 Euro
45	E S, geb. x	01.05.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	32.914,67 Euro	34.246,15 Euro	1.331,48 Euro
46	H S, geb. x	01.04.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	20.759,33 Euro	20.838,24 Euro	78,91 Euro
47	A S, geb. x	01.01.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	27.494,46 Euro	27.683,89 Euro	189,43 Euro
48	L S, geb. x	01.05.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	23.046,48 Euro	23.151,80 Euro	105,32 Euro
		01.11.2015 bis 30.11.2015	Sonder- zahlung	3.431,59 Euro	3.841,08 Euro	409,49 Euro
49	D S, geb. x	01.02.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	28.877,56 Euro	29.610,78 Euro	733,22 Euro
50	J S, geb. x	01.01.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	24.675,74 Euro	25.080,15 Euro	404,41 Euro
51	T S, geb. x	01.07.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	15.010,53 Euro	15.117,71 Euro	107,18 Euro
52	K T, geb. x	16.02.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	27.719,01 Euro	27.907,47 Euro	188,46 Euro
		01.11.2015 bis 30.11.2015	Sonder- zahlung	3.777,14 Euro	4.619,84 Euro	842,70 Euro
53	Z T, geb. x	01.01.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	22.688,35 Euro	22.913,36 Euro	225,01 Euro
54	M T, geb. x	01.07.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	16.374,37 Euro	16.481,30 Euro	106,93 Euro
55	H T, geb. x	01.02.2015 bis 18.12.2015	Entgelt	23.415,97 Euro	23.662,36 Euro	246,39 Euro
		01.11.2015 bis 30.11.2015	Sonder- zahlung	3.902,66 Euro	4.816,84 Euro	914,18 Euro
56	P V, geb. x	01.03.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	22.370,18 Euro	22.508,59 Euro	138,41 Euro
57	A V, geb. x	01.07.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	13.978,08 Euro	14.074,88 Euro	96,80 Euro

58	G V, geb. x	01.04.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	21.003,83 Euro	21.151,06 Euro	147,23 Euro
59	J W geb. x	01.05.2015 bis 31.05.2015	Sonder- Zahlung	2.093,88 Euro	2.571,57 Euro	477,69 Euro
60	A Y, geb. x	01.01.2015 bis 31.12.2015	Entgelt	24.306,72 Euro	24.381,29 Euro	74,57 Euro

Dadurch wurde § 7i Abs. 5 AVRAG übertreten, wonach Arbeitgeber Arbeitnehmerinnen 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 haben.
Sie waren zum Tatzeitpunkt Geschäftsführer und somit als nach außen zur Vertretung Berufener der T P GmbH, x, und für diese Verwaltungsübertretung als gemäß § 9 Abs. 1 VStG verantwortlich.
Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 - VStG in Verbindung mit § 7i Abs. 5 iVm § 7g Abs. 1 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) BGBl. Nr. 459/1993 in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung
Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird über Sie folgende Strafe verhängt:
pro Arbeitnehmer eine Geldstrafe von 2.000,00 Euro gemäß § 7i Abs. 5 AVRAG
also gesamt 120.000,00 für 60 Arbeitnehmer.
Ersatzfreiheitsstrafe: 33 Stunden pro Arbeitnehmer.
Im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe tritt an deren Stelle die Ersatzfreiheitsstrafe.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Unter Spruchpunkt B) wurde die Haftung der T P GmbH, x, für die in Spruchpunkt A) verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten auf der Rechtsgrundlage des § 9 Abs. 7 VStG zur ungeteilt Hand ausgesprochen.
Dieser Spruchpunkt wurde nicht in Beschwerde gezogen.

1.2. Dagegen richtet sich die rechtzeitige Beschwerde, die dem Landesverwaltungsgericht gemeinsam mit dem Bezug habenden Behördenakt vorgelegt wurde.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und am 03.02.2020 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, die nach Einholung eines Buchsachverständigengutachtens, das am 27.04.2020 von B Wirtschaftsprüfung und Steuerberatung erstellt wurde, am 05.06.2020 fortgesetzt wurde. Nach Vorlage der Sachverständigen-Gutachtensergänzung vom 18.06.2020 wurde die öffentliche mündliche Verhandlung am 13.07.2020 und nach neuerlicher Gutachtensergänzung am 14.07.2020 fortgesetzt. Zur Verhandlung sind der Beschwerdeführer mit seiner rechtsfreundlichen Vertretung sowie Vertreter der Österreichischen Gesundheitskasse gekommen. Das Gutachten und die Gutachtensergänzungen wurden vom gerichtlich beeideten Buchsachverstandigen Mag. Dr. R B in der öffentlichen mündlichen Verhandlung erläutert. Der Beschwerdeführer war zu den

Verhandlungsterminen 03.02.2020, 13.07.2020 und 14.07.2020 nicht jedoch am 05.06.2020 anwesend, er hatte die Möglichkeit sich zu äußern und wurde auch von seiner rechtsfreundlichen Vertretung zur Sache befragt.

3. Erwägungen des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:

E Y war zur vorgeworfenen Tatzeit handelsrechtlicher Geschäftsführer der T P GmbH.
Anlässlich einer am 23.10.2017 abgeschlossenen Prüfung des Betriebs des Bf durch die G wurde in 60 Fällen festgestellt, dass Dienstnehmer der T P GmbH im Jahr 2015 unterkollektivvertraglich entlohnt wurden. Von der belangten Behörde wurde auf Grund der durch die OÖGKK gelegten Anzeige vom 07.12.2018 davon ausgegangen, dass auf Grund der ausgeübten Tätigkeit der Kollektivvertrag für Arbeitskräfteüberlassung, Einstufung Beschäftigungsgruppe B, angelernte Arbeitnehmer zur Anwendung kommt. Auf Grund dieser Einstufung wurde die Unterentlohnung, die sich aus der fehlenden Einbeziehung von regelmäßig geleisteten Zulagen und Überstunden in die Berechnung des Urlaubs-, Feiertags- und Krankenentgeltes sowie der Zahlung von Sonderzahlungen in zu geringem Ausmaß ergibt, festgestellt. Auf Grund der vorgelegten Unterlagen der OÖGKK, deren Berechnungen nicht nachvollzogen werden konnten, wurde zum vorgeworfenen Sachverhalt das Fachgutachten des gerichtlich beeideten Buchsachverständigen Mag. Dr. R B vom 27.04.2020 eingeholt, zur Frage, ob eine kollektivvertragliche Unterentlohnung, in den im Straferkenntnis angeführten Fällen stattgefunden hat und gegebenenfalls, ob die allfällige Unterentlohnung hinsichtlich der Sonderzahlung durch die behauptete überkollektivvertragliche Entlohnung kompensiert wurde, sowie zur Feststellung der prozentuellen Höhe der jeweiligen Unterentlohnung.

Der Befund und das Gutachten vom 27.04.2020 der B Wirtschaftsprüfung und Steuerberatung lauten wie folgt:

3. Befund

3.1. Bisheriges Verfahren

3.1.1. Strafanzeige der OÖ Gebietskrankenkasse vom 7.12.2018

Dem Beschwerdeführer Y E als handelsrechtlicher Geschäftsführer der T P GmbH wird vorgeworfen, dass 60 Dienstnehmer der vorgenannten Firma im Jahr 2015 unterkollektivvertraglich entlohnt wurden. Da der Inhalt der Strafanzeige nahezu ident ist mit dem Inhalt des Straferkenntnisses, wird diesbezüglich auf die folgenden Ausführungen verwiesen.

3.1.2. Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 20.3.2019

Im Straferkenntnis wird Herrn Y vorgeworfen, folgende Verwaltungsübertretungen begangen zu haben:
„Anlässlich einer am 23. Oktober 2017 abgeschlossenen gemeinsamen Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben (G) wurde durch den Sozialversicherungsprüfer festgestellt, dass 59 Dienstnehmer der T P GmbH im Jahr 2015 unterkollektivvertraglich entlohnt wurden. Es wurde den Dienstnehmern nicht zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien geleistet. Alle betroffenen Dienstnehmer wurden als angelernte Arbeitnehmer im Zuge der Arbeitskräfteüberlassung an Beschäftigungsbetriebe überlassen. Aufgrund der ausgeübten Tätigkeit kommt der Kollektivvertrag für Arbeitskräfteüberlassung, Einstufung Beschäftigungsgruppe B) Angelernte Arbeitnehmer zur Anwendung."

„Die Unterentlohnung ergibt sich aus der fehlenden Einbeziehung von regelmäßig geleisteten Zulagen und Überstunden in die Berechnung der Urlaubs-, Feiertags- und Krankengeldentgeltes. Darüber hinaus erfolgte die Berechnung der gebührenden Sonderzahlungen (Urlaubszuschuss und Weihnachtsrenumeration) in einem zu geringen Ausmaß. Gemäß dem anzuwendenden Kollektivvertrag für Arbeitskräfteüberlassung Abschnitt XVI. und XVII. haben alle Arbeitnehmer in einem Kalenderjahr Anspruch auf Urlaubszuschuss sowie auf Weihnachtsrenumeration im Ausmaß von je eines Monatsentgeltes auf Basis des 6-Monate-Durchschnittes inklusive aller Überstunden. Somit lag bei den angeführten Dienstnehmern das ausbezahlte Entgelt im Jahr 2015 unter dem nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Entgelt."

Die vorgenommenen Feststellungen der Unterentlohnung wurden in drei Teilbereiche gegliedert:

- Differenzen betreffend Nichtleistungsentgelte für Urlaub, Feiertag und Krankheit,
- Differenzen betreffend Sonderzahlungen,
- Differenzen betreffend Nichtleistungsentgelte für Urlaub, Feiertag und Krankheit sowie Sonderzahlungen.

3.1.3. Beschwerde vom 15. Mai 2019

Am 15.5.2019 erhob Herr E Y das Rechtmittel der Beschwerde gegen das Straferkenntnis der Bezirkshautmannschaft Wels-Land. Das Straferkenntnis wurde im gesamten Umfang angefochten. Die belangte Behörde hätte demnach keine Beweisaufnahme durchgeführt und lediglich die Angaben der OÖ Gebietskrankenkasse in der Strafanzeige vom 7.12.2018 (LSDB-5966/17) ungeprüft übernommen und den unrichtigen Sachverhalt laut dieser Strafanzeige dem Straferkenntnis zugrunde gelegt.
Dem Beschwerdeführer wird im angefochtenen Straferkenntnis vorgeworfen, dass er als Geschäftsführer der T P GmbH im Jahr 2015 59 Dienstnehmer unterkollektivvertraglich entlohnt hätte und diese Dienstnehmer als angelernte Arbeitnehmer im Zuge der Arbeitskräfteüberlassung an Beschäftigungsbetriebe überlassen worden seien. Es wird weiters festgestellt, dass aufgrund er ausgeübten Tätigkeit der „Kollektivvertrag für Arbeitskräfteüberlassung, Einstufung Beschäftigungsgruppe B) Angelernte Arbeitnehmer"

zur Anwendung komme.
Die Feststellungen seien unrichtig, da sämtliche Dienstnehmer, auf welche sich das Straferkenntnis bezieht, nicht unterkollektivvertraglich entlohnt wurden, sondern vielmehr bis auf einige Dienstnehmer sogar deutlich höher entlohnt wurden. Auch sei die von der Behörde angenommene Qualifikation der Tätigkeit der Dienstnehmer unrichtig, da die Dienstnehmer überwiegend als Facharbeiter in den Beschäftigerbetrieben eingesetzt wurden. In einer angeschlossenen Aufstellung wurden die Tätigkeiten und die tatsächlichen Stundenlöhne angeführt. Die Feststellung der OÖGKK im Rahmen der abgeführten G würden auf falschen Schätzungen des Prüfungsorgans beruhen und wären somit unrichtig und aufgrund der Aktenlagen nicht nachvollziehbar. Es wurde somit der Antrag auf Aufhebung des Straferkenntnis gestellt.
Die Bezirkshauptmannschaft Wels-Land hat die Beschwerde dem LVwG am 20.5.2019 zur Entscheidung vorgelegt.

3.1.4. Verhandlungsprotokoll über die mündliche Verhandlung des OÖ LVwG vom 3. Februar 2020

Nachfolgend hat der Sachverständige einige inhaltlich wesentliche und relevante Passagen des Protokolls über die öffentliche mündliche Verhandlung vom 3.2.2020 dargestellt.
„Vorgelegt werden vom Rechtsvertreter des Beschwerdeführers fünf Mails, die als Beilagen 1) bis 5) der heutigen Verhandlungsschrift angeschlossen werden. Verwiesen wird insbesondere auf das Mail der D W vom 31.1.2020 in dem anhand eines Beispiels dargestellt wird, wie es zu dem im Straferkenntnis angeführten Differenzbetrag gekommen ist.
Dazu wird die Rechtsmeinung vertreten, dass bei Bezahlung über dem Kollektivvertrag es nicht tatbestandsmäßig ist, wenn Berechnungen von Sonderzahlungen bzw. Referenzzuschlägen falsch waren, hat es sich dabei doch nur um einen Fehler in der Berechnung und nicht um einen Fehler in der Entgeltzahlung nach dem Kollektivvertrag gehandelt."
„Vom Beschwerdeführer wird nochmals darauf hingewiesen, dass es unstrittig ist, auch von Seiten der OÖGKK, dass sämtlichen im Straferkenntnis angeführten Dienstnehmern ein Stundenlohn über dem Kollektivvertrag bezahlt wurde und es sich lediglich um eine Falschberechnung der Sonderzahlungen gehandelt hat. "
„Vom Rechtsvertreter des Beschwerdeführers wird weiter darauf hingewiesen, dass die Dienstnehmer überkollektivvertraglich entlohnt wurden und nur die Berechnung des Schnittes falsch erfolgt ist, die sich aber auch wieder aus der überkollektivvertraglichen Entlohnung als Basis ergibt.
Wäre lediglich eine Entlohnung nach Kollektivvertrag vorgelegt gewesen, wäre die Berechnung der Schnitte innerhalb der gesetzlichen Vorgaben erfolgt. Der Differenzbetrag ergibt sich damit ausschließlich daraus, dass überkollektivvertraglich entlohnt wurde und die Schnitte offenbar nicht nach der überkollektivvertraglichen Entlohnung berechnet wurden."

3.1.5. Stellungnahme der OÖGKK an das OÖ LVwG vom 31. Juli 2019

In diesem Schreiben wurde gegliedert in 4 Punkten, wie folgt Stellung genommen:
1. *„Obwohl der Prüfzeitraum für die G iSd § 86 EStG und § 41a ASVG von 1.1.2013 bis 31.12.2015 reicht, wurden Differenzen nur für das Kalenderjahr 2015 zur*

Anzeige gebracht. Die Detaillohnkonten für 2015 liegen dem Akt bei".

2. *„Seitens des Beschwerdeführers würde in der Beschwerde vom 15.5.2019 ins Treffen geführt, dass keine Unterentlohnung vorliege, sondern vielmehr eine - zum Teil deutliche - Überzahlung gegeben sei. Dazu wird ausgeführt, dass die in der Beschwerde angeführte Entlohnung der Dienstnehmer der T P GmbH, zumindest was das laufende Entgelt der Dienstnehmer betrifft, nicht bezweifelt wird. Sehr wohl wird seitens der OÖGKK aber festgehalten, dass Abrechnungen und Auszahlungen im Zusammenhang mit Sonderzahlungen, Schnitten sowie Referenzen zu einer Unterentlohnung führten."*

3. *„Bezugnehmend auf die im Straferkenntnis enthaltene Dienstnehmerliste wird ausgeführt, dass es sich bei den ausgewiesenen Differenzbeträgen um verschiedene Differenzarten bzw Fallkonstellationen handelt: Die in der Spalte „Art" ausgewiesene Gruppe „Sonderzahlung" (Fallgruppe mit 24 Dienstnehmern) stellt die Differenzen hinsichtlich der Sonderzahlungsberechnung des Kollektivvertrag AÜG gegenüber der Dienstgeberberechnung dar. Die Regelung im Kollektivvertrag AÜG besagt, dass alle Arbeitnehmer Anspruch auf UZ und WR in Höhe eines Monatsentgeltes auf Basis des 6-Monate-Durchschnitts inklusive aller Überstunden haben. (1/6 der Summe der Entgelte der letzten 6 vollen Kalendermonate vor Fälligkeit ohne Rücksicht auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit). Die rechnerischen Ergebnisse der Kollektivvertragsberechnung der Dienstgeber-berechnung wurden gegenübergestellt und in der Spalte „Differenz" betraglich ausgewiesen."*

4. *„Die in der Spalte „Art" ausgewiesene Gruppe „Entgelt" (Fallgruppe mit 51 Dienst-nehmern) stellt die Differenzen im Zusammenhang mit der Berechnung von Schnitten und Referenzen dar. Konkret wurden Schnitte und Referenzen seitens des Dienstgebers nicht abgerechnet bzw ausbezahlt, wobei die konkreten Differenzbeträge seitens der OÖGKK im Wege der Schätzung ermittelt wurden."*

3.2. Rechtsgrundlagen zur Entgeltbemessung

3.2.1. Kollektivverträge

Gemäß Straferkenntnis vom 20.3.2019 wurden die Dienstnehmer als angelernte Arbeitnehmer im Zuge der Arbeitskräfteüberlassung an Beschäftigerbetriebe überlassen. Aufgrund dieser ausgeübten Tätigkeit käme der Kollektivvertrag für Arbeitskräfte-überlassung, Einstufung *„Beschäftigungsgruppe B) Angelernte Arbeitnehmer"* zur Anwendung.

3.2.1.1. Wesentliche Bestimmungen des Kollektivvertrages für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung vom 1. Jänner 2015:

Der Kollektivvertrag gilt für alle Arbeiter/innen (Abschnitt II), nicht jedoch für Angestellte, die überlassen werden.
Für alle Ansprüche von Arbeitnehmern, die von der ununterbrochenen Dauer eines Arbeitsverhältnisses abhängen, sind Dienstzeiten, die nicht länger als 90 Tage unterbrochen wurden, zusammenzurechnen (Abschnitt V).

Die Arbeitszeit (Abschnitt VI) lt Kollektivvertrag beträgt 38,5 Stunden pro Woche. Während der Überlassung gelten für die überlassenen Arbeitnehmer die im Beschäftigerbetrieb für vergleichbare Arbeitnehmer gültigen gesetzlichen, kollektivvertraglichen sowie sonstigen im Beschäftigerbetrieb geltenden verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art, die sich auf Aspekte der Arbeitszeit beziehen. Die Wochenarbeitszeit ist nach Möglichkeit auf 5 Tage zu verteilen. Anstelle der Bezahlung von Überstunden kann die Abgeltung der Grundstunden durch Zeitausgleich vereinbart werden. Der Überstundenzuschlag ist jedoch zu bezahlen. Während überlassungsfreier Zeiten (Stehzeiten) gilt, dass am 24. und 31. Dezember die Arbeitszeit bei Fortzahlung des Verdienstes für die Normalarbeitszeit um 12 Uhr endet.
Für Überstunden, Sonn- und Feiertagsarbeit, Zulagen und Zuschläge (Abschnitt VII) gilt folgendes: Grundsätzlich gelten alle diesbezüglichen Regelungen des im Beschäftigerbetrieb auf vergleichbare Arbeitnehmer anzuwenden Kollektivvertrages auch für überlassene Arbeitnehmer, jedoch mit der Abweichung von eigenständigen Regelungen für Sonderzahlungen (Abschnitte XVI und XVII).
Die Grundvergütung für Überstunden ist der gebührende Stundenverdienst. Bei Überlassung an Betriebe, in denen für vergleichbare Arbeitnehmer kein Kollektivvertrag anzuwenden ist, sind hinsichtlich Überstunden, Sonn- und Feiertagsarbeit sowie Zulagen und Zuschläge die Regelungen des Kollektivvertrags für das eisen- und metallverarbeitende Gewerbe anzuwenden. Für die Berechnungsbasis der Überstunden gilt jedoch auch in diesem Fall oben angeführte Regelung.
In Abschnitt IX des Kollektivvertrages sind die Mindestlöhne für überlassene Dienstnehmer angeführt. Sowohl für die Dauer der Überlassung als auch für überlassungsfreie Zeiten (Stehzeiten) darf der Stundenlohn keinesfalls geringer sein als nachfolgende Mindestlöhne:

BG F Techniker	EUR	17,04
BG E Qualifizierter Facharbeiter	EUR	13,85
BG D Facharbeiter	EUR	12,08
BG C Qualifizierter Arbeitnehmer	EUR	10,74
BG B Angelernter Arbeitnehmer	EUR	9,56
BG A Ungelernter Arbeitnehmer	EUR	8,94

Für die Dauer der Überlassung besteht Anspruch auf den im Beschäftigerbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlenden kollektivvertraglichen Lohn, wenn dieser höher ist, als oben dargestellte Mindestlohnstunden. Für den Fall, das im Beschäftigerbetrieb eine kollektivvertragliche, durch Verordnung festgelegte oder gesetzliche Regelung des Lohnes fehlt, besteht Anspruch auf den im Beschäftigerbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern mit vergleichbaren Tätigkeiten nach sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art gebührenden Lohn, wenn dieser höher ist, als die oben dargestellten Mindestlöhne.
Bei Überlassung an einen Betrieb, für dessen vergleichbare Arbeitnehmer ein Kollektivvertrag gilt, der von einem der Referenzverbände (Abschnitt IX Abs 4 zB Bergwerk und eisenerzeugende Industrie, NE- Metallindustrie, Elektro- und Elektronikindustrie uvm) abgeschlossen wurde, ist auf den Überlassungslohn (lt oben dargestellten Mindestlöhnen) ein sogenannter „Referenzzuschlag" zu zahlen. Dieser Zuschlag ist abhängig von der Qualifizierung der Dienstnehmer sowie vom Vorhandensein von Betriebsvereinbarungen oder sonstigen schriftlichen Vereinbarungen zwischen 6% und 19%. Für angelernte Arbeitnehmer (BG B) wären dies zB 10%. Für die Überlassung in die Metall-, Elektro- und Mineralölindustrie sowie in die Elektroindustrie kommen jedoch andere Zuschlagsätze zur

Anwendung, nämlich zwischen 9% und 19,8% (Abschnitt IX Abs 4a). Für die angelernten Arbeitnehmer wären dies 13%. In Absatz 4a gibt es dazu noch einige Zusatzregelungen. Lt Anhang III des Kollektivvertrages ist dieser Referenzzuschlag auch für die Dauer einer Arbeitsverhinderung, eines Urlaubes usw. zu bezahlen.
Der Verdienst (Abschnitt X.) wird definiert als Arbeitslohn mit einem 13-Wochen-Durchschnitt, wobei sämtliche Zulagen und Zuschläge, wie insbesondere Schmutz-, Erschwernis-, Gefahren-, Montage-, Schicht- und Nachtarbeitszulagen, Sonn- und Feiertagszuschläge sowie Vorarbeiterzuschlag und Entgelte für Arbeiten außerhalb des Überlasser-Betriebes, nicht jedoch Aufwandsentschädigungen einzubeziehen sind. Fallen Zulagen und Zuschläge nicht regelmäßig an, so sind sie nach dem Durchschnitt der letzten 13 Wochen zu berechnen.
In das Entgelt für Arbeitsverhinderung gem. Abschnitt XV (Erkrankung, sonstige Entgeltfälle) sind bei der Berechnung der Ansprüchen nach dem EFZG Überstunden einzubeziehen, wenn sie in den letzten 13 abgerechneten Wochen (oder 3 Monaten) vor Eintritt der Arbeitsverhinderung in mindestens 7 Wochen geleistet wurden oder in der Entgeltfortzahlung enthalten waren. Die herangezogenen 13 Wochen (3 Monate) sind auch einer Berechnung des Durchschnittes des Entgelts zu Grunde zu legen.
Während der Überlassung gelten für die überlassenen Arbeitnehmer die im Beschäftigerbetrieb für vergleichbare Arbeitnehmer gültigen gesetzlichen, kollektivvertraglichen sowie sonstigen im Beschäftigerbetrieb geltenden verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art, die sich auf Aspekte des Urlaubs (Abschnitt XVI) beziehen. In die Berechnung des Urlaubsentgeltes sind Überstunden einzubeziehen, wenn sie in den letzten 13 abgerechneten Wochen (oder 3 Monaten) vor Urlaubsantritt in mindestens 7 Wochen geleistet wurden oder in der Entgeltfortzahlung enthalten waren. Die herangezogenen 13 Wochen (3 Monate) sind auch einer Berechnung des Durchschnittes des Entgelts zu Grunde zu legen.
Für den Urlaubszuschuss (Abschnitt XVI) sowie die Weihnachtsrenumeration (Abschnitt XVII) gilt anstelle des Beschäftiger KV folgendes: Alle Arbeitnehmer (mit Ausnahme BUAG Zugehörigkeit) haben in jedem Kalenderjahr zum gesetzlichen Urlaubsentgelt Anspruch auf einen Urlaubszuschuss. Dieser beträgt ohne Rücksicht auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit ein Monatsentgelt auf Basis des 6-Monats-Durchschnittes inkl aller Überstunden (1/6 der Summe der Entgelte der letzten 6 vollen Kalendermonate vor Fälligkeit). Der Urlaubszuschuss ist spätestens mit der Abrechnung im Juni eines jeden Jahres fällig. Arbeitnehmer erhalten im Eintrittsjahr den aliquoten Teil des Urlaubszuschusses vom Eintrittsdatum bis zum Ende des Kalenderjahres (je 1/52). Die Regelung für die Weihnachtsrenumeration ist ident mit jener des Urlaubszuschusses. Die Auszahlung hat spätestens am Ende jener Arbeitswoche zu erfolgen, in die der 1. Dezember fällt.

3.2.1.2. Kollektivverträge der Beschäftigerbetriebe

Aus dem Inhalt des mir in Kopie zur Verfügung gestellten Aktes ist nicht ersichtlich, welchen Kollektivverträgen allenfalls die überlassenen Arbeitnehmer in den Beschäftigerbetrieben unterlagen. Der Sachverständige vermutet, dass dieser Umstand auch von der OÖ GKK in Zuge der zugrunde liegenden G nicht erhoben wurde. Die Beurteilung der unterkollektivvertraglichen Entlohnung erfolgte im zugrunde liegenden Straferkenntnis (welches ja auf dem Ergebnis der G aufbaut) allein anhand des Kollektivvertrages für Arbeitskräfteüberlassung. Dies stellt nach Ansicht des

Sachverständigen eine für den Beschwerdeführer günstige Sichtweise dar, da die kollektivvertragliche Entlohnung nach diesem Kollektivvertrag jedenfalls als Untergrenze anzusehen ist. Tatsächlich wäre es allerdings geboten, allenfalls die in den Beschäftigerbetrieben geltenden Kollektivverträge einzuhalten, wenn diese eine höhere Entlohnung vorsehen (was allerdings im vorliegenden Fall mangels Informationen nicht berücksichtigt werden kann). Der Sachverständige hat daher (so wie bereits die OÖ GKK im Zuge der G und die nachfolgenden Behörden) einheitlich die Engeltbestimmungen des Kollektivvertrages für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung zugrunde gelegt.

3.2.2. Nichtleistungszeiten

Unter Nichtleistungszeiten (Ausfallszeiten) sind jene Zeiten zu verstehen, die der Arbeitnehmer nicht leistet, jedoch eine Vergütung dafür erhält. Dabei handelt es sich um die Zeit während des Urlaubes, der Feiertage und Krankenstand. Ebenso fallen darunter sonstige Ausfallszeiten aufgrund von Sonderurlauben oder Sonderbestimmungen. Diese vorgenannten Ausfallszeiten sind in den vorliegenden Jahreslohnkonten 2015 jeweils gesondert ausgewiesen. Die Vergütung der Ausfallszeiten ist sowohl in Gesetzen als auch in den meisten Kollektivverträgen geregelt.

3.2.2.1. Urlaubsgeld

Gem § 6 Urlaubsgesetz ist für die Urlaubsdauer das regelmäßige Entgelt zu zahlen. Regelmäßiges Entgelt ist jenes Entgelt, das dem Arbeitnehmer gebührt hätte, wenn der Urlaub nicht angetreten worden wäre. Bei Akkord-, Stück- oder Gedingelöhnen, akkordähnlichen oder sonstigen leistungsbezogenen Prämien oder Entgelten ist das Urlaubsentgelt nach dem Durchschnitt der letzten 13 voll gearbeiteten Wochen unter Ausscheidung nur ausnahmsweise geleisteter Arbeiten zu berechnen.
Durch Kollektivvertrag im Sinne des § 18 Abs. 4 Arbeitsverfassungsgesetz, BGBl. Nr. 22/1974, kann geregelt werden, welche Leistungen des Arbeitgebers als Urlaubsentgelt anzusehen sind. Die Berechnungsart für die Regelung der Höhe des Urlaubsentgeltes kann durch Kollektivvertrag abweichend geregelt werden. Grundsätzlich gelten dafür während der Überlassung für die überlassenen Arbeitnehmer, die im Beschäftigerbetrieb für vergleichbare Arbeitnehmer gültigen gesetzlichen, kollektivvertraglichen sowie sonstigen im Beschäftigerbetrieb geltenden verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art, die sich auf Aspekte des Urlaubs beziehen.
Ergänzend dazu ist für die Art der Einbeziehung der Überstunden im Kollektivvertrag der Arbeitskräfteüberlassung geregelt, dass in die Berechnung des Urlaubsentgeltes Überstunden dahingehend einzubeziehen sind, wenn sie in den letzten 13 abgerechneten Wochen (oder 3 Monaten) vor Urlaubsantritt in mindestens 7 Wochen geleistet wurden oder in der Entgeltfortzahlung enthalten waren. Die herangezogenen 13 Wochen (3 Monate) sind auch einer Berechnung des Durchschnittes des Entgelts zu Grunde zu legen.

3.2.2.2. Feiertagsentgelt

Gemäß § 9 Arbeitsruhegesetz gebührt dem Arbeitnehmer jenes Entgelt, das er erhalten hätte, wenn die Arbeit nicht aufgrund eines Feiertages ausgefallen wäre. Bei Akkord-, Stück- oder Gedingelöhnen, akkordähnlichen oder sonstigen leistungsbezogenen Prämien

oder Entgelten ist das fortzuzahlende Entgelt nach dem Durchschnitt der letzten 13 voll gearbeiteten Wochen unter Ausscheidung nur ausnahmsweise geleisteter Arbeiten zu berechnen. Hat der Arbeitnehmer nach Antritt des Arbeitsverhältnisses noch keine 13 Wochen voll gearbeitet, so ist das Entgelt nach dem Durchschnitt der seit Antritt des Arbeitsverhältnisses voll gearbeiteten Zeiten zu berechnen.

3.2.2.3. Krankenentgelt und Entgelt für sonstige Arbeitsverhinderungen

Gemäß § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) ist für die Dauer der Arbeitsverhinderung das regelmäßige Entgelt zu leisten. Als regelmäßiges Entgelt im Sinne des Abs. 2 gilt das Entgelt, das dem Arbeitnehmer gebührt hätte, wenn keine Arbeitsverhinderung eingetreten wäre. Bei Akkord-, Stück- oder Gedingelöhnen, akkordähnlichen oder sonstigen leistungsbezogenen Prämien oder Entgelten bemisst sich das fortzuzahlende Entgelt nach dem Durchschnitt der letzten 13 voll gearbeiteten Wochen unter Ausscheidung nur ausnahmsweise geleisteter Arbeiten. Durch Kollektivvertrag im Sinne des § 18 Abs. 4 Arbeitsverfassungsgesetz, BGBl. Nr. 22/1974, kann geregelt werden, welche Leistungen des Arbeitgebers als Entgelt nach diesem Gesetz anzusehen sind. Die Berechnungsart für die Ermittlung der Höhe des Entgelts kann durch Kollektivvertrag abweichend von Abs. 3 und 4 geregelt werden
Ergänzend dazu regelt der Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung die Berechnung des Entgelts für Arbeitsverhinderung (Erkrankung, sonstige Entgeltfälle). Bei der Berechnung der Ansprüche nach dem EFZG sind Überstunden einzubeziehen, wenn sie in den letzten 13 abgerechneten Wochen (oder 3 Monaten) vor Eintritt der Arbeitsverhinderung in mindestens 7 Wochen geleistet wurden oder in der Entgeltfortzahlung enthalten waren. Die herangezogenen 13 Wochen (3 Monate) sind auch einer Berechnung des Durchschnittes des Entgelts zu Grunde zu legen.

3.2.3. Sonderzahlungen

Sonderzahlungen sind nicht nach dem Kollektivvertrag des Beschäftigerbetriebes sondern aufgrund von Sondervorschriften im Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung allein nach diesem zu bemessen (siehe Beschreibung Kapitel 3.2.1.1.).

3.2.4. Kollektivvertragliche Unterentlohnung nach § 7i AVRAG

Das mit 1.5.2011 eingeführte, inhaltlich auf die kollektivvertraglichen Grundlöhne eingeschränkte Lohndumpingverbot des § 7i AVRAG wurde durch das ASRÄG 2014, BGBl I 2014/95, auf jegliches "nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt" - also im Grunde auf alle auch sonstigen Entgeltbestandteile wie Sonderzahlungen, Zulagen und Zuschläge - ausgeweitet. Somit liegt seit 1.1.2015 ein strafbares Lohndumping nicht nur bei Unterentlohnung des Grundlohnes, sondern auch bei Unterschreitung des nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Entgelts vor. Ausdrücklich ausgenommen und daher nicht strafrelevant sind jene kollektivvertraglichen Entgelte oder Aufwandersätze, die nach § 49 Abs 3 ASVG sozialversicherungsfrei sind. Somit sind seit 1.1.2015 auch Sonderzahlungen und „Ausfallsentgelte" (Entgeltzahlungen für Krankheit, Urlaub, Feiertag, Sonstige Freistellungen etc) lohndumpingrelevant.

In der für den hier maßgeblichen Zeitraum (2015) anwendbaren Fassung hatte die Strafbestimmung des § 7i AVRAG in Abs 5 auszugsweise folgenden Wortlaut:
„(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 dem ASVG unterliegende 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."
Oben dargestellte Bestimmung zeigt bereits, dass hinsichtlich Sonderzahlungen eine Sonderregelung existiert. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von „Lohnzahlungszeitraum-Identität". Eine Kompensierung allfälliger Unterentlohnungen mit gleichzeitig bestehenden Überzahlungen kann immer nur jeweils im selben Lohnzahlungszeitraum vorgenommen werden. Dieser Lohnzahlungszeitraum ist betreffend der laufenden Bezüge der Kalendermonat und betreffend der Sonderzahlungen das Kalenderjahr. Hierzu führen etwa *Kraft/Kronberger,* Lohn- und Sozialdumping aus Sicht der Personalverrechnung, 2. Auflage, 2017, S 65 folgendes aus:
„Die Gegenüberstellung des kollektivvertraglichen Mindestentgeltes mit dem tatsächlich gewährten Entgelt (Soll/Ist-Vergleich) bezieht sich nach dem Gesetzeswortlaut auf den Lohnzahlungszeitraum. Die Lohndumpingbeurteilung hat daher grundsätzlich isoliert zu erfolgen, und zwar für laufende Bezüge pro Kalendermonat und für Sonderzahlungen pro Kalenderjahr. Diese in § 7i Abs 5 AVRAG bzw § 29 Abs 1 LSD-BG angelegte starre gesetzliche Anrechnungsautomatik kann aber vertraglich erweitert werden: Ausnahmen vom Erfordernis der Lohnzahlungszeitraum-Identität sind nämlich durch Anrechnungs-, Pauschalierungs- oder Durchschnittsvereinbarungen möglich, sofern diese dem arbeitsrechtlichen Günstigkeitsprinzip (§ 3 Abs 1 ArbVG) entsprechen."
Es ist nicht Aufgabe des Sachverständigen arbeitsrechtliche Fragen (Rechtsfragen) im Rahmen der Gutachtenserstellung zu lösen, dies ist allein dem Gericht vorbehalten. Der hier vorliegenden Gutachtserstattung wird der Sachverständige die in der Literatur vertretenen Auffassung wie sie oben wiedergegeben wurde zugrunde legen. Sollte das Gericht endgültig eine andere Rechtsauffassung vertreten, so steht der Sachverständige gerne über ergänzenden Auftrag für eine Alternativberechnung zur Verfügung.
Weiters ist darauf hinzuweisen, dass aus dem vorliegenden Akt keine Hinweise darauf zu entnehmen sind, dass in den konkret gutachtensgegenständlichen Fällen arbeitsrechtlich zulässige Anrechnungsvereinbarungen vorlagen.

3.3. Entgeltdifferenzen laut G

Im Rahmen der G wurden bei 60 Dienstnehmern Unterentlohnungen festgestellt, die auch zur Anzeige gebracht wurden. Um die Differenzen nachvollziehen zu können, wurde dem Protokoll zur mündlichen Verhandlung vom 3. Februar 2020 eine Musterberechnung von Seiten der OÖGKK anhand des Arbeitnehmers Herrn A J beigelegt. Die Musterberechnung

hat folgenden Inhalt:

Die Berechnung der Nichtleistungslöhne (Urlaubs-, Kranken- und Feiertagsentgelt) wurden auf Grundlage des Urlaubs-, Arbeitsruhe-, Feiertagsruhe-, und Entgeltfortzahlungsgesetzes berechnet: Überstunden + 50% Überstunden Zuschlag + Montagezulage (oder etwaige Schmutzzulagen, Gefahrenzulagen, Erschwerniszulagen,...) / die geleisteten Arbeitsstunden - Durchrechnungszeitraum von 13 Wochen. Beispiel für den Dienstnehmer A J: Überstunden-Grundlohn + Mehrstunden = € 1.440,79 Im Beschäftigungsjahr lagen 10 Feiertage und der Konsum von 14 Urlaubstagen (Arbeitstagen). € 1.440,79 / [260 (Arbeitstage im Jahr 2015) -10 Feiertage -14 Urlaubstage] x (10 Feiertage + 14 Urlaubstage) = Schnitt Die Sonderzahlungen wurden jeweils mit einem Sechstel berechnet: Gesamte allgemeine Beitragsgrundlage / 6 / 2

Berechnung der Ausfallsentgelte durch G

Der Betrag von EUR 1.440,79 des Herrn A J setzt sich aus dem Überstundengrundlohn zuzüglich eines 50%igen Zuschlages sowie dem Mehrstundenlohn ohne den ausbezahlten 50%igen Zuschlag zusammen. Dieser Berechnung liegt der im Jahreslohnkonto ausgewiesene Stundensatz von EUR 10,75 zugrunde. Der Betrag iHv EUR 1.440,79 wurde durch die gesamten Arbeitstage im Jahr 2015, von welchen die gesamten 10 Feiertage des Jahres 2015 sowie die tatsächlich konsumierten Urlaubstage abgezogen wurden, geteilt. Dieser sich ergebender Betrag wurde sonach mit den gesamten Feiertagen des Jahres 2015 zuzüglich der tatsächlich konsumierten Urlaubstage in 2015 multipliziert.

Wie der Durchrechnungszeitrum von 13 Wochen (von denen It KV an mindestens 7 Wochen Überstunden bzw Mehrstunden zu leisten sind) im Detail gerechnet wurde, konnte der Sachverständige nicht nachvollziehen. Vielmehr sieht es für den Sachverständigen auf Basis des obigen Beispiels so aus, dass innerhalb der Jahresbetrachtung 2015 geprüft wurde, ob an mindestens 7 Monaten (7 Wochen in 13 Wochen auf das Kalenderjahr hochgerechnet) im Kalenderjahr Überstunden bzw Mehrstunden auch tatsächlich geleistet wurden und dann der gesamten Jahresbetrag von Überstunden und Mehrstunden im Jahresdurchschnitt angesetzt wurde. Diese Vorgangsweise entspricht an sich nicht den zugrunde liegenden kollektivvertraglichen Bestimmungen, ist jedoch eine in der Lohnverrechnungspraxis häufig angewendete Methode, da eine wochenweise Betrachtung (wie sie der Kollektivvertrag anordnet) mit sehr hohem Aufwand verbunden wäre. Offenbar standen auch der G entsprechend detaillierte Daten auf Wochenbasis nicht zur Verfügung, weshalb eine vereinfachte Sichtweise zugrunde gelegt wurde.

Berechnung G:	
Überstunden-Grundlohn	653,06 €
+ 50% Überstundenzuschlag	326,53 €
Mehrstundengrundlohn	461,20 €
Summe Basis für Erhöhungsbetrag 1)	1.440,79 €
gesamte Arbeitstage im Jahr 2015	260,00 Tage
gesamte Feiertage im Jahr 2015	-10,00 Tage
Krankheit sowie sonstige Arbeitsverhinderung	0,00 Tage
tatsächlich konsumierte Urlaubstage	-14,00 Tage

Gesamt gearbeitete Tage lt G 2)	236,00 Tage
Erhöhungsbetrag für einen Ausfallstag 1)/2)	6,11 Tage
gesamte Feiertage im Jahr 2015	10,00 Tage
Krankheit	0,00 Tage
tatsächlich konsumierte Urlaubstage	14,00 Tage
Summe Ausfallstage 3)	24,00 Tage
Erhöhungsbetrag gesamt (Erhöhung je Tag* Ausfallstage)	146,52 €

Dieser oben abgeleitete Erhöhungsbetrag ist jener Betrag, der im Straferkenntnis bei Herrn A J als "Differenz" ausgewiesen wurde. Bei der vorgenommenen Berechnung wurde auf ein gesamtes Kalenderjahr abgestellt. Tatsächlich ist Herr A J jedoch laut Jahreslohnkonto erst am 22.1.2015 ins Unternehmen eingetreten. Bedingt dadurch, sind bei ihm auch 2 Feiertage im Jänner weggefallen; es wurden tatsächlich lt Lohnkonto lediglich 8 Feiertage bezahlt.
Obwohl die G durchgehend eine Gesamtjahresbetrachtung über 260 Arbeitstage zugrunde hat, wurde bei den Urlaubstagen nicht auf die gesamten Urlaubstage eines Jahres abgestellt, sondern nur auf die tatsächlich konsumierten. Diese Berechnungsweise stellt nach Ansicht des Sachverständigen eine Vermischung von Basisdaten dar.
Das beispielhaft von der ÖGK dargestellte Berechnungsmodell für die Ausfallsentgelte konnte jedoch nur in wenigen Fällen vom Sachverständigen nachvollzogen werden. Der Sachverständige ist der Ansicht, dass in vielen Fällen eine zu geringe Basis für die Berechnung herangezogen wurde, nämlich derart, dass lediglich Zulagen (zB Montagezulage) herangezogen wurden aber keine Überstunden- bzw Mehrstundenentgelte.

Berechnung Sonderzahlungen gemäß G

Für die Berechnung der Sonderzahlungen des Jahres 2015 wurde bekanntgegeben, dass diese im Zuge der G iHv 1/6 der Bemessungsgrundlage für die laufende Sozialversicherung angenommen wurde.
Die Berechnung der Sonderzahlungen erfolgte in vielen Fällen nach oben beschriebenem Schema, jedoch nicht bei allen. Der Sachverständige konnte feststellen, das rd 70% der Feststellungen der G im Bereich der Sonderzahlungen nach diesem Schema berechnet wurden. Für die restlichen rd 30% kam eine andere Berechnungsweise zur Anwendung, die vom Sachverständigen auch über weite Bereiche nachvollzogen werden konnte, hier allerdings im Detail nicht dargestellt wird, da diese jeweils individuell für einzelne Arbeitnehmer unterschiedlich ausfiel.
Der Sachverständige wird noch im Gutachtensteil auf einige Details der Berechnung durch die G Prüfung eingehen.

4. Gutachten

Der Sachverständige wird im Folgenden das Gutachten in 3 Analysebereiche unterteilen:

- Analysebereich 1: Neuberechnung der von Seiten der der G ermittelten Differenzen durch den Sachverständigen

- Analysebereich 2: Frage der Anrechnungsmöglichkeit von

überkollektivvertraglicher laufender Entlohnung

- Analysebereich 3: Berechnung der Unterentlohnung unter Heranziehung der tatsächlich vorgenommenen kollektivvertraglichen Einstufungen nach dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz

4.1. Analysebereich 1: Neuberechnung der von Seiten der G ermittelten Differenzen durch den Sachverständigen

Ausgangspunkt der gutachterlichen Analyse des Sachverständigen war zunächst eine Auseinandersetzung mit den Unterentlohnungen, die seitens der G festgestellt wurden. Es bedurfte zunächst einmal der Analyse dieser Berechnungen, um ein Verständnis darüber zu erhalten, warum und auf welcher Art und Weise die G und die nachfolgenden Behörden im konkreten Fall von einer Unterentlohnung ausgehen. Wie oben bereits ausgeführt, war für den Sachverständigen die durch die G vorgenommene Berechnung der Entgeltdifferenzen aber nicht vollständig und lückenlos nachvollziehbar. Der Sachverständige erkannte, dass die G bestimmte vereinfachende Annahmen und Berechnungsprämissen zugrunde legte (vgl oben Kapitel 3.3.). Der Sachverständige hat auf die Erkenntnisse der Befundaufnahme aufbauend versucht, diese Berechnung nunmehr zu verfeinern und auf Basis der vorhandenen Unterlagen und Informationen so genau wie möglich durchzuführen. Es muss allerdings bereits vorausgeschickt werden, dass eine exakte Berechnung in sämtlichen Details und für sämtliche Dienstnehmer mit den vorhandenen Unterlagen und Informationen nicht möglich ist.

4.1.1. Berechnung der Nichtleistungsentgelte für Urlaub, Feiertag und Krankheit

Die Berechnungen des Sachverständigen für die Nichtleistungsentgelte erfolgte folgendermaßen:

Welche Entgelte wurden der Berechnung zugrundegelegt?

- Überstunden zuzüglich 50%ige Zuschläge

Diese wurden vom Sachverständigen für die Berechnung der Ausfallsentgelte angesetzt, wenn bei einer ganzjährigen Beschäftigung (12 Monate) an mindestens 7 Monaten im Jahreslohnkonto ersichtlich war, dass Überstunden angefallen sind. Bei unterjähriger Beschäftigung wurde ein aliquoter Monatsanteil errechnet. Eine Berechnung eines 13 Wochendurchschnitts mit mindestens in 7 Wochen angefallenen Überstunden, wie dies It Kollektivvertrag (siehe Kapitel 3.2.1.1) zu berechnen wäre, konnte vom Sachverständigen nicht vorgenommen werden, da die zur Verfügung stehenden Jahreslohnkonten nach Monaten aufgegliedert sind und nicht nach Wochen. Um einen exakten 13 Wochenschnitt berechnen zu können, müssten zudem auch Werte des Vorjahres 2014 vorliegen, falls Ausfallsentgelte am Jahresanfang zu bezahlen waren. Weiters wurde in sämtlichen Berechnungen (gemäß Beispielrechnung der G) einheitlich ein Zuschlag von 50% angesetzt.

- Mehrstunden zuzüglich 50%ige Zuschläge

Diese wurden vom Sachverständigen für die Berechnung der Ausfallsentgelte angesetzt, wenn bei einer ganzjährigen Beschäftigung (12 Monate) an mindestens 7 Monaten im Jahreslohnkonto ersichtlich war, dass Mehrstunden angefallen sind. Da auf den Jahreslohnkonten ersichtlich war, dass auch für Mehrstunden ein Zuschlag gezahlt wurde, ist dieser in die Berechnung mit aufzunehmen. Im Kollektivvertrag für Arbeitskräfteüberlassung sind diese Mehrstundenzuschläge nur dann nicht zu bezahlen, wenn auch im Beschäftigerbetrieb keine Zuschläge zustehen (Im KV für Arbeiter im Eisen und metallverarbeitendem Gewerbe sind beispielsweise Mehrstunden mit einem 50%igen Zuschlag zu bezahlen). Alle weiteren Ausführungen, welche unter den Überstunden angeführt wurden, gelten auch für Mehrstunden.

- Zuschläge für Gutstunden (Zeitausgleichsguthaben)

Da lt Lohnkonto auch Zuschläge für Gutstunden ausbezahlt werden, sind nach Ansicht des Sachverständigen auch diese analog den Überstunden und Mehrstunden in die Berechnung der Ausfallsentgelte einzubeziehen.

- Zulagen

Zulagen zählen ebenfalls zum regelmäßigen Entgelt und sind daher für die Berechnung der Ausfallsentgelte heranzuziehen. In den einzelnen Lohnabrechnungen kommen derartige Zulagen sehr häufig zum Tragen. Dazu zählen vor allem die Montagezulage, welche durchgehend mit einem Stundensatz von EUR 0,782 entlohnt wurde sowie Erschwernis-, Schicht- und Gefahrenzulage.

Betrachtung der tatsächlich geleisteten Arbeits- und Ausfallstage

Der Sachverständige hat auf die Anzahl der tatsächlich gearbeiteten Tage im Jahr 2015 vom allfälligen Eintritt bis zum allfälligen Austritt des Dienstnehmers abgestellt. Bei ganzjähriger Beschäftigung war dies der Zeitraum zwischen 1.1. bis 31.12.2015. Von den möglichen Arbeitstagen im beschäftigten Zeitraum wurden bezahlte Feiertage, tatsächliche Urlaubstage, Krankenstand und sonstige Arbeitsverhinderungen abgezogen. Daraus resultierte die Anzahl der gearbeiteten Arbeitstage. Der ermittelte Basisbetrag (lt Berechnungsschema „Basis für Erhöhungsbetrag") wurde durch die Anzahl der tatsächlich gearbeiteten (nicht theoretisch möglichen) Arbeitstage dividiert und mit der Anzahl der Ausfallstage multipliziert. Mangels detaillierter Unterlagen auf Wochenbasis wurde vom Sachverständigen ein Schnitt über den gesamten Beschäftigungszeitraum im Jahr 2015 herangezogen.
Der Sachverständige stellt die Berechnung am Beispiel des Dienstnehmers A J dar:
Die Berechnung des Sachverständigen für A J erfolgte dahingehend, dass sowohl die Überstunden als auch die Mehrstunden zuzüglich des 50%igen Zuschlages in die Basis eingerechnet wurden, da diese auch regelmäßig bezahlt wurden. Auch sind laut Kollektivvertrag Tage für sonstige Arbeitsverhinderungen nach diesem Schema zu berechnen (bei Herrn Adam war dies 1 Tag). Bei den gearbeiteten Tagen wurden jene des tatsächlichen Beschäftigungszeitraums herangezogen; davon wurden wiederum die

tatsächlich bezahlten Feiertage und die tatsächlich konsumierten Urlaubstage abgezogen. Aufgrund des geänderten Basisbetrages, der geänderten Anzahl der Arbeitstage und der Nichtleistungstage (Ausfallstage) führt die Berechnung des Sachverständigen zu folgendem Ergebnis:

Berechnung lt Sachverständigem:	
Überstunden-Grundlohn	653,06 €
+ 50 % Überstundenzuschlag	326,53 €
Mehrstunden-Grundlohn	461,20 €
+ 50% Mehrstundenzuschlag	230,60 €
Summe Basis für Erhöhungsbetrag 1)	1.671,39 €
mögliche Arbeitstage im Beschäftigungszeitraum 2015 (22.1. bis 31.12)	245,00 Tage
bezahlte Feiertage im Jahr 2015	-8,00 Tage
Krankheit sowie sonstige Arbeitsverhinderung	-1,00 Tage
tatsächlich konsumierte Urlaubstage	-14,00 Tage
Gesamt gearbeitete Tage 2)	222,00 Tage
Erhöhungsbetrag für einen Ausfallstag 1)/2)	7,53 Tage
bezahlte Feiertage im Jahr 2015	8,00 Tage
Krankheit sowie sonstige Arbeitsverhinderung	1,00 Tage
tatsächlich konsumierte Urlaubstage	14,00 Tage
Summe Ausfallstage 3)	23,00 Tage
Erhöhungsbetrag gesamt (Erhöhung je Tag* Ausfallstage)	173,16 €
Erhöhungsbetrag lt G	146,52 €

Die Abweichung zwischen Ergebnis der G und der Berechnung des Sachverständigen liegt einerseits darin, dass vom Sachverständigen der Mehrstundenzuschlag eingerechnet wurde, der tatsächliche Beschäftigungszeitraum herangezogen wurde (anstelle der Jahresbetrachtung) und auch die sonstigen Arbeitsverhinderungstage in die Berechnung miteinbezogen wurden.
Im Folgenden werden für alle betroffenen Dienstnehmer die Erhöhungen seitens der G einerseits sowie des Sachverständigen andererseits dargestellt und ein durchschnittlicher prozentueller Erhöhungsbetrag für beide Berechnungsvarianten errechnet.

Zusammenstellung der Abweichungen gemäß Berechnungen der G und des Sachverständigen

Personal-nummer	Name	Stunden-satz lt Lohn konto	Geleistetes Entgelt (BMGL SV lfd)	Gebührendes Entgelt lt G	Erhöhung lt G	Erhöhung lt G in % zu geleistetem Entgelt	Erhöhung lt Sachver-ständigem	Erhöhung lt Sachver-ständigem in % zu geleistetem	Delta Sachver-ständiger zu G
11759	A J	10,75 €	22.691,91 €	22.838,43 €	**146,52 €**	**0,65%**	**173,16 €**	**0,76%**	**26,64 €**
11373	A	12,08 €	30.533,41 €	30.879,35 €	**345,94 €**	**1,13%**	**809,43 €**	**2,65%**	**463,49 €**
11792	B	12,08 €	20.377,97 €	20.449,85 €	**71,88 €**	**0,35%**	**234,09 €**	**1,15%**	**162,21 €**
11765	B	10,74 €	23.070,57 €	23.478,67 €	**408,10 €**	**1,77%**	**403,32 €**	**1,75%**	**-4,78 €**
11795	C	10,75 €	16.153,07 €	16.257,63 €	**104,56 €**	**0,65%**	**163,51 €**	**1,01%**	**58,95 €**
11619	C	10,75 €	23.528,94 €	24.116,65 €	**587,71 €**	**2,50%**	**346,62 €**	**1,47%**	**-241,09 €**
11707	F	12,08 €	25.911,46 €	26.132,06 €	**220,60 €**	**0,85%**	**425,23 €**	**1,64%**	**204,63 €**
207	G	12,33 €	25.177,50 €	25.239,71 €	**62,21 €**	**0,25%**	**85,74 €**	**0,34%**	**23,53 €**

11719	G	12,08 €	25.859,49 €	26.019,11 €	**159,62 €**	**0,62%**	**262,07 €**	**1,01%**	**102,45 €**
11817	H	10,75 €	17.428,82 €	17.556,24 €	**127,42 €**	**0,73%**	**575,38 €**	**3,30%**	**447,96 €**
11854	J M.	10,19 €	13.793,04 €	13.875,10 €	**82,06 €**	**0,59%**	**242,98 €**	**1,76%**	**160,92 €**
11818	J P.	10,75 €	15.271,85 €	15.374,07 €	**102,22 €**	**0,67%**	**135,25 €**	**0,89%**	**33,03 €**
11819	J Z.	10,75 €	15.995,21 €	16.092,95 €	**97,74 €**	**0,61%**	**181,36 €**	**1,13%**	**83,62 €**
11767	K	12,08 €	22.623,80 €	22.711,95 €	**88,15 €**	**0,39%**	**147,10 €**	**0,65%**	**58,95 €**
11753	K	10,19 €	21.651,29 €	21.787,94 €	**136,65 €**	**0,63%**	**201,70 €**	**0,93%**	**65,05 €**
11752	Kr	10,19 €	22.461,39 €	22.587,58 €	**126,19 €**	**0,56%**	**199,15 €**	**0,89%**	**72,96 €**
11234	K	12,08 €	28.067,93 €	28.157,19 €	**89,26 €**	**0,32%**	**418,29 €**	**1,49%**	**329,03 €**
11768	Kj	10,19 €	20.571,52 €	20.721,85 €	**150,33 €**	**0,73%**	**245,22 €**	**1,19%**	**94,89 €**
11043	L	14,56 €	35.022,14 €	35.085,86 €	**63,72 €**	**0,18%**	**909,07 €**	**2,60%**	**845,35 €**
11778	M	10,19 €	20.174,05 €	20.322,98 €	**148,93 €**	**0,74%**	**258,51 €**	**1,28%**	**109,58 €**
11764	M	12,08 €	22.812,46 €	22.997,15 €	**184,69 €**	**0,81%**	**305,66 €**	**1,34%**	**120,97 €**
11820	O	10,75 €	15.625,88 €	15.730,81 €	**104,93 €**	**0,67%**	**138,85 €**	**0,89%**	**33,92 €**
10298	O	11,50 €	25.025,93 €	25.209,23 €	**183,30 €**	**0,73%**	**310,37 €**	**1,24%**	**127,07 €**
11646	R	10,75 €	17.943,03 €	18.066,07 €	**123,04 €**	**0,69%**	**269,27 €**	**1,50%**	**146,23 €**
11775	S	12,08 €	32.914,67 €	34.246,15 €	**1331,48 €**	**4,05%**	**1385,13 €**	**4,21%**	**53,65 €**
11777	S	10,19 €	20.759,33 €	20.838,24 €	**78,91 €**	**0,38%**	**168,40 €**	**0,81%**	**89,49 €**
60098	S	10,75 €	24.794,76 €	24.984,19 €	**189,43 €**	**0,76%**	**290,05 €**	**1,17%**	**100,62 €**
11738	S	12,08 €	28.877,56 €	29.610,78 €	**733,22 €**	**2,54%**	**339,92 €**	**1,18%**	**-393,30 €**
60118	S	9,56 €	24.675,74 €	25.080,15 €	**404,41 €**	**1,64%**	**333,96 €**	**1,35%**	**-70,45 €**
11659	S	10,75 €	15.010,53 €	15.117,71 €	**107,18 €**	**0,71%**	**144,21 €**	**0,96%**	**37,03 €**
11823	T M.	10,75 €	16.374,37 €	16.481,30 €	**106,93 €**	**0,65%**	**149,64 €**	**0,91%**	**42,71 €**
60150	T Z	10,30 €	22.688,35 €	22.913,36 €	**225,01 €**	**0,99%**	**248,92 €**	**1,10%**	**23,91 €**
11754	V	10,19 €	22.370,18 €	22.508,59 €	**138,41 €**	**0,62%**	**215,59 €**	**0,96%**	**77,18 €**
11650	V	10,75 €	13.978,08 €	14.074,88 €	**96,80 €**	**0,69%**	**180,71 €**	**1,29%**	**83,91 €**
11762	V	0,00 €	21.003,83 €	21.151,06 €	**147,23 €**	**0,70%**			
11413	Y	11,02 €	24.306,72 €	24.381,29 €	**74,57 €**	**0,31%**	**316,59 €**	**1,30%**	**242,02 €**
Summe Dienstnehmer (ohne Voß)			**774.522,95 €**	**781.925,07 €**	**7.402,12 €**		**11.214,45 €**		**3.812,33 €**
Erhöhung der BMGL SV lfd im Durchschnitt für 35 Dienstnehmer						**0,89%**		**1,37%**	

Anzumerken ist, dass bei Herrn S (Personalnummer x) das geleistete Entgelt (BMGI SV laufend) nicht EUR 27.494,46 wie im Straferkenntnis angeführt beträgt, sondern EUR 24.794,76 lt Jahreslohnkonto. Diesbezüglich dürfte es sich um einen Ziffernsturz handeln, dieser Betrag wurde vom Sachverständigen korrigiert. Weiters liegt dem Sachverständigen für den Mitarbeiter V (x) kein Jahreslohnkonto vor, wodurch keine Berechnung erfolgen konnte.

Die errechneten Abweichungen (Unterentlohnungen) des Sachverständigen sind bis auf 4 Arbeitnehmer immer höher als jene der G. Dies rührt zum Großteil daher, dass vom Sachverständigen aufgrund der vorliegenden Informationen mehr an geleisteten Überstunden, Mehrstunden und Gutstundenzuschlägen in die Basis eingerechnet wurde, als dies im Rahmen der G geschehen ist. Auch ergeben sich durch das Heranziehen der tatsächlichen Beschäftigungszeiten bei unterjährigen Ein- und Austritten, höhere Erhöhungsbeträge für die Nichtleistungszeiten. Auch wurden vom Sachverständigen eine exakte Durchrechnung eines 13 Wochenschnittes bei jedem einzelnen Ausfallstag zu höheren oder niedrigeren Beträgen führen würde, als durch die Anwendung einer Jahresdurchschnittsbetrachtung, lässt sich nicht sagen. Dies hängt vom Zeitpunkt der konsumierten Urlaubstage, Feiertage, Krankenstandstage und sonstigen Arbeitsverhinderungstagen ab und zu welchem Zeitpunkt die Überstunden, Mehrstunden und Gutstunden geleistet wurden, bzw die Zulagen ausbezahlt wurden. Für eine exakte Berechnung liegen keine ausreichend detaillierten Informationen vor.

Lässt man den Arbeitnehmer V, für welchen kein Jahreslohnkonto vorliegt außer Ansatz, kommt die G im Durchschnitt für 35 Arbeitnehmer zu einer Erhöhung der Bemessungsgrundlage iHv 0,89 %, der Sachverständige hingegen - auf Basis der angeführten Berechnungsannahmen - auf 1,37 %.

4.1.2. Neuberechnung der Sonderzahlungen

Wie der Sachverständige in Kapitel 3.3. darstellte, wurden lt Angaben der OÖGKK (Kapitel 3.3.), die Sonderzahlungen mit 1/6 der „Bemessungsgrundlage für Sozialversicherung laufend" angesetzt. Diese Vorgehensweise trifft nach Meinung des Sachverständigen aber nur für die Dienstnehmer *H, K, M, P* und *W* zu. Bei den restlichen Dienstnehmern wurde aber eine andere Berechnungsvariante gewählt (siehe oben Kapitel 3.3.).
Entgegen der Vorgangsweise der G hat der Sachverständige versucht, entsprechend den zugrunde liegenden kollektivvertraglichen Bestimmungen (Arbeitskräfteüberlassung) die Sonderzahlungen möglichst genau zu berechnen, soweit dies auf Basis der vorhandenen Unterlagen möglich war. Bei der Berechnung der Höhe eines Urlaubszuschusses, welcher im Juni 2015 zur Auszahlung gelangte, wäre es zB an sich notwendig für die Berechnung zur Ermittlung der in die Sonderzahlung einzurechnenden Entgeltbestandteile eine Durchschnittsbetrachtung über den Zeitraum Dezember 2014 bis Mai 2015 vorzunehmen. Für Dezember 2014 standen dem Sachverständigen auf Basis des Akteninhaltes überhaupt keine Daten zur Verfügung. In diesem Fall musste daher auf den verkürzten Zeitraum von 5 Monaten abgestellt werden (Jänner bis Mai). Weitere Besonderheiten bestehen natürlich bei der Berechnung der Sonderzahlungen, wenn bei Dienstnehmern unterjährige Ein- und Austritte vorliegen, die der Sachverständige ebenfalls entsprechend der bestehenden Möglichkeiten auf Basis der vorhandenen Unterlagen berücksichtigte.
Zum Teil musste auch eine Korrektur hinsichtlich der Bemessungsgrundlage für die Sonderzahlungen erfolgen, da von der G auch Entgeltbestandteile berücksichtigt wurden, die allerdings nach Ansicht des Sachverständigen nicht in die Bemessungsgrundlage für die Sonderzahlungen einfließen. Dies trifft zB auf Herrn K (x) zu: Die Berechnung mit 1/6 der Bemessungsgrundlage würde lt G eine Erhöhung von EUR 810,00 ergeben. Herr K ist als Angestellter in der Funktion eines Personalberaters tätig. Für Angestellte gilt der Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung nicht. Nach Ansicht des Sachverständigen unterliegt dieser Dienstnehmer der Zugehörigkeit zum Kollektivvertrag für Angestellte im Gewerbe, Dienstleistung, Information und Consulting. Für diese Angestellte wird für das 13. und 14. Monatsgehalt lediglich ein Monatsgehalt und nicht ein Monatsentgelt herangezogen. Das bedeutet, dass in der Bemessungsgrundlage für die Sonderzahlung keine sonstigen Entgeltbestandteile einzurechnen sind. In der „Bemessungsgrundlage SV laufend" des Herrn K (wie von der G herangezogen) ist jedoch der Sachbezug inkludiert. Der Sachbezug ist gem. Kollektivvertrag jedoch nicht für die Bemessung der Sonderzahlungen heranzuziehen. Die Sonderzahlungen wurden daher für diesen Dienstnehmer (= Angestellter) vom Sachverständigen ohne Sachbezug bemessen. Dadurch ergibt sich im Ergebnis bei diesem Dienstnehmer keine Unterentlohnung

Zusammenstellung der Abweichungen der Nichtleistungsentgelte lt G und lt Sachverständigem:

Personal nummer	Name	Stunden-satz lt Lohn konto	Geleistetes Entgelt (BMGL SV SZ)	Gebührende s Entgelt lt G	Erhöhung lt G	Erhöhung lt G in % zu geleistetem Entgelt	Erhöhung lt Sachver-ständigem	Erhöhung lt Sachver-ständigem in %zu geleistetem Entgelt	Delta Sachver-ständiger zu G
11833	B	12,08 €	2.568,34 €	3.072,69 €	**404,35 €**	**15,15%**	**469,34 €**	**17,59%**	**64,99 €**
11290	C	10,75 €	1.867,05 €	2.315,56 €	**448,51 €**	**24,02%**	**403,12 €**	**21,59%**	**-45,39 €**

55	G Z	10,85 €	3.843,30 €	4.125,74 €	**282,44 €**	**7,35%**	**228,84 €**	**5,95%**	**-53,60 €**
11385	H	9,55 €	3.555,43 €	4.133,58 €	**578,15 €**	**16,26%**	**636,97 €**	**17,92%**	**58,82 €**
51094	K	0,00 €	4.643,12 €	5.453,12 €	**810,00 €**	**17,45%**	**0,00 €**	**0,00%**	**-810,00 €**
11842	M	10,00 €	1.900,22 €	2.552,92 €	**652,70 €**	**34,35%**	**728,67 €**	**38,35%**	**75,97 €**
11590	M	10,74 €	2.654,35 €	3.203,72 €	**549,37 €**	**20,70%**	**523,89 €**	**19,74%**	**-25,48 €**
11935	P	10,59 €	753,46 €	1.435,91 €	**682,45 €**	**90,58%**	**690,67 €**	**91,67%**	**8,22 €**
241	W	11,40 €	2.093,88 €	2.571,57 €	**477,69 €**	**22,81%**	**478,79 €**	**22,87%**	**1,10 €**
Summe Dienstnehmer (ohne K)			**19.336,03 €**	**23.411,69 €**	**4.075,66 €**		**4.160,29 €**		**84,63 €**
Erhöhung der BMGL SV SZ im Durchschnitt für 8 Dienstnehmer						**28,90%**		**29,46%**	

Nimmt man den Dienstnehmer *K* (der einen Sonderfall darstellt) für die Berechnung der Durchschnittswerte heraus, würde sich It G Prüfung eine Abweichung im Durchschnitt von 28,90% und beim Sachverständigen von 29,46% ergeben.

4.1.3. Nichtleistungsentgelte für Urlaub, Feiertag und Krankheit in Kombination mit Sonderzahlungen

Diese Gruppe besteht aus 15 Dienstnehmern, die sowohl Differenzen im Bereich der Nichtleistungsentgelte als auch bei Sonderzahlungen durch die G aufweisen.
Für die Berechnung seitens der G als auch des Sachverständigen sind die Ausführungen für Nichtleistungsentgelte (Kapitel 4.1.1.) und Sonderzahlungen (Kapitel 4.1.2.) maßgeblich.

Personal nummer	Name	Stunden-satz lt Lohn konto	Geleistetes Entgelt (BMGL SV lfd)	Gebührendes Entgelt lt G	Erhöhung lt G	Erhöhung lt G in % zu geleistetem Entgelt	Erhöhung it Sachver-ständigem	Erhöhung lt Sachver-ständigem in % zu geleistetem Entgelt	Delta Sachver-ständiger zu G
11565	A	11,30 €	23.007,70 €	23.207,44 €	**199,74 €**	**0,87%**	**317,99 €**	**1,38%**	**118,25 €**
60196	B	12,08 €	25.066,04 €	25.552,42 €	**486,38 €**	**1,94%**	**528,98 €**	**2,11%**	**42,60 €**
1130	C	14,56 €	32.169,70 €	32.513,33 €	**343,63 €**	**1,07%**	**418,68 €**	**1,30%**	**75,05 €**
60009	G	14,56 €	40.172,29 €	40.487,85 €	**315,56 €**	**0,79%**	**1.149,32 €**	**2,86%**	**833,76 €**
11709	H	12,08 €	26.938,41 €	27.142,15 €	**203,74 €**	**0,76%**	**278,08 €**	**1,03%**	**74,34 €**
11622	H	10,74 €	27.995,95 €	28.581,96 €	**586,01 €**	**2,09%**	**1.155,56 €**	**4,13%**	**569,55 €**
11049	K	14,34 €	32.382,72 €	32.568,19 €	**185,47 €**	**0,57%**	**248,29 €**	**0,77%**	**62,82 €**
11766	K	12,08 €	24.470,86 €	25.153,13 €	**682,27 €**	**2,79%**	**439,58 €**	**1,80%**	**-242,69 €**
297	M	14,56 €	36.888,09 €	37.101,23 €	**213,14 €**	**0,58%**	**230,30 €**	**0,62%**	**17,16 €**
11774	M	12,08 €	25.075,93 €	25.425,34 €	**349,41 €**	**1,39%**	**484,66 €**	**1,93%**	**135,25 €**
11835	P	12,08 €	18.740,17 €	18.875,57 €	**135,40 €**	**0,72%**	**423,09 €**	**2,26%**	**287,69 €**
11708	S	12,08 €	27.946,84 €	28.452,27 €	**505,43 €**	**1,81%**	**659,05 €**	**2,36%**	**153,62 €**
62	S	12,08 €	23.046,48 €	23.151,80 €	**105,32 €**	**0,46%**	**250,72 €**	**1,09%**	**145,40 €**
60064	T	11,53 €	27.719,01 €	27.907,47 €	**188,46 €**	**0,68%**	**786,25 €**	**2,84%**	**597,79 €**
655	T	10,75 €	23.415,97 €	23.662,36 €	**246,39 €**	**1,05%**	**254,43 €**	**1,09%**	**8,04 €**
Summe Dienstnehmer			415.036,16 €	419.782,51 €	**4.746,35 €**		**7.624,97 €**		**2.878,62 €**
	Erhöhung der BMGL SV ifd im Durchschnitt für 15 Dienstnehmer					**1,17%**		**1,84%**	

Beim Arbeitnehmer *G* (x) wurde von Seiten des Sachverständigen beim geleisteten Entgelt der Betrag lt Jahreslohnkonto (EUR 40.172,29) herangezogen (der Betrag lt G war hingegen EUR 41.207,94).
Mit Ausnahme eines einzigen Dienstnehmers *(K)* ermittelte der Sachverständige jeweils höhere Ausfallsentgelte als die G. Beim Dienstnehmer K ist dies nach Ansicht des Sachverständigen darauf zurückzuführen, dass von Seiten der G die Überstunden mit eingerechnet wurden, vom Sachverständigen jedoch nicht, da diese lediglich in 4 Monaten geleistet wurden und aufgrund des Eintrittes Mitte Februar Überstunden in mindestens 6 Monaten notwendig wären, um in die Berechnung einfließen zu können.
Dass es zum Teil zu sehr hohen positiven Differenzen zwischen der Ermittlung des Sachverständigen und jener der G kommt, liegt wiederrum daran, dass der Sachverständige einen höheren Basisbetrag für die Berechnung der Nichtleistungsentgelte berücksichtigt hat. Für den Sachverständigen war ersichtlich, dass es hier zum Teil bei einzelnen Arbeitnehmern (zB G) zur regelmäßigen Leistung von Überstunden, Mehrstunden und Zulagen kam, die jedoch offensichtlich von der G nicht vollständig zur Berechnung der Nichtleistungsentgelte herangezogen wurden.

Zusammenstellung der Abweichungen der Sonderzahlungen lt G und jenen lt Sachverständigem:

Personal nummer	Name	Stunden-satz lt Lohn konto	Geleistetes Entgelt (BMGL SV SZ)	Gebührendes Entgelt lt G	Erhöhung lt G	Erhöhung lt G in % zu geleistetem Entgelt	Erhöhung lt Sachver-ständigem	Erhöhung lt Sachver-ständigem in % zu geleistetem Entgelt	Delta Sachver-ständiger zu G
11565	A	11,30 €	3.409,22 €	3.651,12 €	**241,90 €**	**7,10%**	**321,29 €**	**9,42%**	**79,39 €**
60196	B	12,08 €	3.772,58 €	4.084,68 €	**312,10 €**	**8,27%**	**366,23 €**	**9,71%**	**54,13 €**
1130	C	14,56 €	4.958,68 €	5.297,33 €	**338,65 €**	**6,83%**	**347,72 €**	**7,01%**	**9,07 €**
60009	G	14,56 €	5.498,72 €	6.509,72 €	**1.111,00 €**	**20,20%**	**557,07 €**	**10,13%**	**-553,93 €**
11709	H	12,08 €	4.065,12 €	4.489,74 €	**424,62 €**	**10,45%**	**334,84 €**	**8,24%**	**-89,78 €**
11622	H	10,74€	4.168,49 €	4.665,99 €	**497,50 €**	**11,93%**	**553,44 €**	**13,28%**	**55,94 €**
11049	K	14,34 €	4.790,71 €	5.397,12 €	**606,41 €**	**12,66%**	**139,27 €**	**2,91%**	**-467,14 €**
11766	K	12,08 €	3.602,42 €	4.078,48 €	**476,06 €**	**13,22%**	**412,39 €**	**11,45%**	**-63,67 €**
297	M	14,56 €	5.076,79 €	6.148,10 €	**1.071,31 €**	**21,10%**	**897,81 €**	**17,68%**	**-173,50 €**
11774	M	12,08 €	3.700,50 €	4.179,32 €	**478,82 €**	**12,94%**	**492,61 €**	**13,31%**	**13,79 €**
11835	P	12,08 €	2.666,59 €	3.123,36 €	**456,77 €**	**17,13%**	**500,17 €**	**18,76%**	**43,40 €**
11708	S	12,08 €	4.106,19 €	4.657,81 €	**551,62 €**	**13,43%**	**455,50 €**	**11,09%**	**-96,12 €**
[62]	S	12,08 €	3.431,59 €	3.841,08 €	**409,49 €**	**11,93%**	**535,17 €**	**15,60%**	**125,68 €**
60064	T	11,53 €	3.777,14 €	4.619,84 €	**842,70 €**	**22,31%**	**730,19 €**	**19,33%**	**-112,51 €**
655	T	10,75 €	**2.744,60 €**	**3.902,66 €**	**1.158,06 €**	**42,19%**	**1.082,85 €**	**39,45%**	**-75,21 €**
Summe Dienstnehmer			**59.769,34 €**	**68.746,35 €**	**8.977,01 €**		**7.726,56 €**		**-1.250,45 €**
	Erhöhung der BMGL SV SZ im Durchschnitt für 15 Dienstnehmer					**15,45%**		**13,82%**	

Im Bereich der Sonderzahlungen wurde von Seiten des Sachverständigen eine Korrektur bei Herrn *T* (x) vorgenommen. Das geleistete Entgelt wurde mit jenem Betrag angesetzt, der im Jahreslohnkonto aufscheint. Von Seiten der G wurde ein Betrag von EUR 3.902,66

herangezogen, welches eigentlich das gebührende Entgelt sein müsste (1/6 der Bemessungsgrundlage SV laufend) und wohl irrtümlich als geleistetes Entgelt behandelt wurde.
Bei 11 von 15 Dienstnehmern wurde von Seiten der G für die Sonderzahlungen 1/6 der „Bemessungsgrundlage SV laufend" angesetzt. Bei 4 Arbeitnehmern kam es zu einer abweichenden Berechnung.
Bei 3 Arbeitnehmern kommt es zu eher hohen Abweichungen zur Berechnung der G. Dies deshalb, da für diese Arbeitnehmer in der „Bemessungsgrundlage SV laufend" Aufwandsentschädigungen lt Lohnkonto enthalten sind (Diäten, Fahrtersätze), welche lt Kollektivvertrag für die Sonderzahlungen nicht anzusetzen sind. Diese Aufwandsentschädigungen wurden bei den Arbeitnehmern *G, K* und *M* vom Sachverständigen für die Berechnung der Sonderzahlungen außer Acht gelassen.

4.1.4. Referenzzuschläge

Gemäß Prüfbericht der G vom 25.10.2017 wurden Feststellungen in Bezug auf Referenzzuschläge bei 3 Arbeitnehmern getätigt:

B N Feststellung	6614 030287 - Laut Kollektivvertrag FST-Kategorie (10000Q) (01.08.2015 - 31.12.2015) Referenzzuschlag bei Überlassung in die Industrie 9% auf KV Lohn Annahme aufgrund fehlender Unterlagen: Schichtzulage und Industrie KV Lohn wurden lt. Lohnkonto bezahlt

S H Feststellung	5359 100190 - Laut Kollektivvertrag FST-Kategorie (100000) (01.06.2015 - 31.12.2015) Referenzzuschlag bei Überlassung in die Industrie 9% auf KV Lohn Annahme aufgrund fehlender Unterlagen: Schichtzulage und Industrie KV Lohn wurden lt. Lohnkonto bezahlt

U C Feststellung	3666 060193 - Laut Kollektivvertrag FST-Kategorie (100000) (01.04.2015 - 24.09.2015) Referenzzuschlag bei Überlassung in die Industrie 9% auf KV Lohn Annahme aufgrund fehlender Unterlagen: Schichtzulage und Industrie KV Lohn wurden lt. Lohnkonto bezahlt

Da keiner der 3 Arbeitnehmer in der Strafanzeige bzw dem Straferkenntnis aufscheint und von weiteren Arbeitnehmern, für welche eventuell ein Referenzzuschlag bezahlt wurde, keine Kenntnis besteht, fand diesbezüglich von Seiten des Sachverständigen auch keine Überprüfung statt.

4.1.5. Zwischenergebnis Analysebereich 1

Hinsichtlich des oben behandelten Analysebereiches 1 ist auszuführen, dass der Sachverständige bei weitem nicht alle Berechnungsdetails in diesem Gutachten dargestellt hat und auch aus Platzgründen und Gründen der Verständlichkeit des Gutachtens nicht darstellen kann. Es wurden lediglich die Ergebnisse der Berechnungen des Sachverständigen jenen der G gegenübergestellt.
Hinsichtlich der zugrunde liegenden Berechnungsannahmen ist zunächst einmal

festzuhalten, dass bereits die Berechnungen der G auf zum Teil groben Vereinfachungen und Annahmen beruht. So hat etwa die G die zur Berechnung der für die Entgeltbemessung bei Ausfallszeiten) maßgeblichen Durchschnitte von Überstunden, Mehrstunden und Zulagen nicht anhand des Durchschnittes der letzten 13 Wochen ermittelt, sondern regelmäßig eine Ganzjahresbetrachtung zugrunde gelegt. Dies entspricht einer weit verbreiteten Praxis, da selbst bei entsprechend programm- und software unterstützten Lohnverrechnungen eine wochenweise Betrachtung kaum möglich ist. Diese Ganzjahresbetrachtung wurde von der G selbst im Falle von unterjährigen Ein- und Austritten zur Berechnung der Entgelte für Ausfallszeiten herangezogen. In die entsprechenden Basisbeträge, die maßgeblich für die Entgeltbestimmung bei Ausfallszeiten und Sonderzahlungen sind, flossen gemäß Berechnung der G nach Ansicht des Sachverständigen die maßgeblichen Entgeltbestandteile nicht vollständig ein. Weiters wurden Sonderzahlungen in den meisten Fällen pauschal mit einem Sechstel der laufenden Sozialversicherungsbemessungsgrundlagen angesetzt, was ebenfalls einem vereinfachenden Ansatz entspricht.
Soweit dies auf Basis der vorhandenen Unterlagen und Daten möglich war, hat nunmehr der Sachverständige versucht, die Berechnung genauer und im Sinne der zugrunde liegenden kollektivvertraglichen Bestimmungen auch richtiger durchzuführen. Eine vom Gesetz geforderte wochenweise Betrachtung bei Ermittlung der in die Entgeltbemessung einzubeziehenden Durchschnitte an Überstunden usw konnte aber auch der Sachverständige mangels entsprechend detaillierter Daten nicht durchführen. Eine korrekte Berechnung betreffend Sonderzahlungen oder etwa auch Ausfallsentgelten (zB Urlaubstage Anfang des Jahres 2015) würde auch mitunter das Abstellen auf geleistete Entgelte für Lohnzahlungszeiträume des Jahres 2014 erfordern. Hinsichtlich der Lohnzahlungszeiträume aus 2014 stehen dem Sachverständigen überhaupt keine Daten zur Verfügung.

Festzuhalten ist daher, dass weder die Berechnung der G noch die hier vorliegende (allerdings bereits deutlich genauere) Berechnung des Sachverständigen der von Gesetz und Kollektivvertrag exakt geforderten Entgeltbemessung entspricht.

4.2. Analysebereich 2: Frage der Anrechnungsmöglichkeit von überkollektivvertraglicher laufender Entlohnung

Gemäß Gutachtensauftrag ist auch die Frage zu beantworten, ob eine allenfalls festgestellte unterkollektivvertragliche Entlohnung im Bereich der Ausfallszeiten (Nichtleistungszeiten) und Sonderzahlungen durch eine allfällige überkollektivvertragliche Entlohnung im Bereich der laufenden Entgelte kompensiert wird. Der Sachverständige verweist dazu auf die rechtlichen Ausführungen oben in Kapitel 3.2.4. Eine Anrechnungsmöglichkeit zwischen laufendem Entgelt und dem Entgelt für Sonderzahlungen ist nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung aufgrund unterschiedlicher Lohnzahlungszeiträume grundsätzlich nicht möglich. Für das Vorliegen entsprechend arbeitsvertraglich zulässiger Anrechnungsvereinbarungen konnte der Sachverständige dem zugrunde liegenden Akt keine Hinweise entnehmen. Im Bereich der Sonderzahlungen würde daher der Sachverständige unter Zugrundelegung der oben dargestellten Rechtsauffassung (die jedoch vom Sachverständigen nicht abschließend beurteilt werden kann und der Entscheidung durch das Gericht Vorbehalten ist) eine

Anrechnungsmöglichkeit zwischen laufendem Entgelt und Sonderzahlungen nicht unterstellen.

Allein auf die Entgeltdifferenzen der Sonderzahlungen bezogen, ergeben sich laut Sachverständigem im Vergleich zur Berechnung der G folgende Entgeltdifferenzen:

Sonderzahlungen	Erhöhung lt G	Erhöhung lt Sachver-ständigem
Summe Sonderzahlungen Kapitel 4.1.3	8.977,01 €	7.726,56 €
In Prozent zu den geleisteten Gesamtentgelten (BMGL SV lfd + BMGL SV SZ)	*1,89%*	*1,63%*
Summe Sonderzahlungen Kapitel 4.1.2	4.075,66 €	4.160,29 €
In Prozent zu den geleisteten Gesamtentgelten (BMGL SV lfd + BMGL SV SZ)	*2,06%*	*2,11%*
Gesamtsumme	13.052,67 €	11.886,86 €
In Prozent zu den geleisteten Gesamtentgelten (BMGL SV lfd + BMGL SV SZ)	*1,94%*	*1,77%*

Die Prozentangaben beziehen sich jeweils auf die festgestellte Unterentlohnung in Relation zu den geleisteten Gesamtentgelten (Bemessungsgrundlage Sozialversicherung laufend + Bemessungsgrundlage Sozialversicherung für Sonderzahlungen) der Summe der jeweils von der Unterentlohnung betroffenen Dienstnehmer. Von einer Unterentlohnung im Bereich der Sonderzahlungen betroffen sind insgesamt 24 Dienstnehmer mit Gesamtentgelten im Jahr 2015 iHv rd EUR 672.000,00, wodurch sich nach der Berechnung des Sachverständigen eine Unterentlohnung iHv 1,77% in Relation zu den Gesamtentgelten der betreffenden Dienstnehmer ergibt.
Anderes kann hingegen für Entgelte im Bereich der Nichtleistungszeiten gelten. Hier kann es sehr wohl vorkommen, dass Entgelte für Ausfallszeiten und laufende Entlohnung im selben Lohnzahlungszeitraum (Kalendermonat) anfallen und deshalb aufgerechnet werden können. Eine entsprechende Analyse dazu wurde bislang im (Prüfungs-) verfahren nicht angestellt. Die zugrunde liegenden Berechnungen stellen jeweils auf Jahresdurchschnittswerte ab und beinhalten generell keine kalendermonatsweise Betrachtung, die hier allerdings geboten wäre. Der Sachverständige hat in einer ebenfalls vereinfachenden Analyse dazu folgendes festgestellt:
Im Straferkenntnis wird festgehalten, dass für sämtliche Arbeitnehmer *„aufgrund der ausgeübten Tätigkeit der Kollektivvertrag für Arbeitskräfteüberlassung, Einstufung Beschäftigungsgruppe B) Angelernte Arbeitnehmer zur Anwendung kommt."* Geht man von der Anwendbarkeit des genannten Kollektivvertrages und der entsprechenden Einstufung aus, so ist festzuhalten, dass bei fast sämtlichen Dienstnehmern tatsächlich eine kollektivvertragliche Überentlohnung hinsichtlich der laufenden Entgelte erfolgte. Nachfolgende Tabelle zeigt einerseits die tatsächlich zugrunde gelegten Stundensätze laut Lohnkonten (wie sie auch von der G herangezogen wurden) und weiters auch den Stundensatz gemäß oben genannter und im Straferkenntnis zugrunde gelegter kollektivvertraglicher Einstufung. Dieser Stundensatz beträgt einheitlich EUR 9,56. Betrachtet man jene Dienstnehmer hinsichtlich derer eine Entgeltdifferenz bei der Vergütung von Nichtleistungszeiten festgestellt wurde, so ist festzuhalten, dass lediglich

ein Dienstnehmer *(S)* bereits auch laut tatsächlicher vorliegender Ist-Entlohnung nur diesen Mindeststundensatz erhielt. Bei allen anderen betreffenden Arbeitern lag eine überkollektivvertragliche Entlohnung vor.

Nichtleistungsentgelte (siehe oben Kapitel 4.1.1).

Personal-nummer	Name	Stunden-satz lt Lohn-konto	Geleistetes Entgelt (BMGL SV lfd)	Gebührendes Entgelt lt G	Erhöhung lt G	Beschäf-tigungs-gruppe	Stunden-satz	laufendes Entgelt mit StdSatz EUR 9,56	Kollektivv. Überzahlung	Überhang kollektivv. Überzahlung zu Abweichung G
11759	A J	10,75 €	22.691,91 €	22.838,43 €	146,52 €	B	9,56 €	20.179,73 €	2.512,18 €	2.365,66 €
11373	A	12,08 €	30.533,41 €	30.879,35 €	345,94 €	B	9,56 €	24.495,59 €	6.037,82 €	5.691,88 €
11792	B	12,08 €	20.377,97 €	20.449,85 €	71,88 €	B	9,56 €	16.358,24 €	4.019,73 €	3.947,85 €
11765	B	10,74 €	23.070,57 €	23.478,67 €	408,10 €	B	9,56 €	20.554,24 €	2.516,33 €	2.108,23 €
11795	C	10,75 €	16.153,07 €	16.257,63 €	104,56 €	B	9,56 €	14.487,35 €	1.665,72 €	1.561,16 €
11619	C	10,75 €	23.528,94 €	24.116,65 €	587,71 €	B	9,56 €	21.124,76 €	2.404,18 €	1.816,47 €
11707	F	12,08 €	25.911,46 €	26.132,06 €	220,60 €	B	9,56 €	20.897,41 €	5.014,05 €	4.793,45 €
207	G	12,33 €	25.177,50 €	25.239,71 €	62,21 €	B	9,56 €	19.665,40 €	5.512,10 €	5.449,89 €
11719	G	12,08 €	25.859,49 €	26.019,11 €	159,62 €	B	9,56 €	20.740,83 €	5.118,66 €	4.959,04 €
11817	H	10,75 €	17.428,82 €	17.556,24 €	127,42 €	B	9,56 €	15.604,37 €	1.824,45 €	1.697,03 €
11854	J M.	10,19 €	13.793,04 €	13.875,10 €	82,06 €	B	9,56 €	13.033,72 €	759,32 €	677,26 €
11818	J P.	10,75 €	15.271,85 €	15.374,07 €	102,22 €	B	9,56 €	13.678,87 €	1.592,98 €	1.490,76 €
11819	J Z.	10,75 €	15.995,21 €	16.092,95 €	97,74 €	B	9,56 €	14.487,08 €	1.508,13 €	1.410,39 €
11767	K	12,08 €	22.623,80 €	22.711,95 €	88,15 €	B	9,56 €	18.166,90 €	4.456,90 €	4.368,75 €
11753	K	10,19 €	21.651,29 €	21.787,94 €	136,65 €	B	9,56 €	20.449,15 €	1.202,14 €	1.065,49 €
11752	K	10,19 €	22.461,39 €	22.587,58 €	126,19 €	B	9,56 €	21.205,19 €	1.256,20 €	1.130,01 €
11234	K	12,08 €	28.067,93 €	28.157,19 €	89,26 €	B	9,56 €	22.214,57 €	5.853,36 €	5.764,10 €
11768	K	10,19 €	20.571,52 €	20.721,85 €	150,33 €	B	9,56 €	19.376,29 €	1.195,23 €	1.044,90 €
11043	L	14,56 €	35.022,14 €	35.085,86 €	63,72 €	B	9,56 €	22.940,42 €	12.081,73 €	12.018,01 €
11778	M	10,19 €	20.174,05 €	20.322,98 €	148,93 €	B	9,56 €	19.001,85 €	1.172,20 €	1.023,27 €
11764	M j	12,08 €	22.812,46 €	22.997,15 €	184,69 €	B	9,56 €	18.492,04 €	4.320,42 €	4.135,73 €
11820	O	10,75 €	15.625,88 €	15.730,81 €	104,93 €	B	9,56 €	13.996,30 €	1.629,58 €	1.524,65 €
10298	O	11,50 €	25.025,93 €	25.209,23 €	183,30 €	B	9,56 €	21.033,31 €	3.992,62 €	3.809,32 €
11646	R	10,75 €	17.943,03 €	18.066,07 €	123,04 €	B	9,56 €	16.076,70 €	1.866,33 €	1.743,29 €
11775	S	12,08 €	32.914,67 €	34.246,15 €	1331,48 €	B	9,56 €	26.392,06 €	6.522,61 €	5.191,13 €
11777	S	10,19 €	20.759,33 €	20.838,24 €	78,91 €	B	9,56 €	19.560,91 €	1.198,42 €	1.119,51 €
60098	S	10,75 €	24.794,76 €	24.984,19 €	189,43 €	B	9,56 €	22.049,90 €	2.744,86 €	2.555,43 €
11738	S	12,08 €	28.877,56 €	29.610,78 €	733,22 €	B	9,56 €	23.169,14 €	5.708,42 €	4.975,20 €
60118	S	9,56 €	24.675,74 €	25.080,15 €	404,41 €	B	9,56 €	24.675,79 €	-0,05 €	-404,46 €
11659	S	10,75 €	15.010,53 €	15.117,71 €	107,18 €	B	9,56 €	13.470,81 €	1.539,72 €	1.432,54 €
11823	T M.	10,75 €	16.374,37 €	16.481,30 €	106,93 €	B	9,56 €	14.700,48 €	1.673,89 €	1.566,96 €
60150	T Z	10,30 €	22.688,35 €	22.913,36 €	225,01 €	B	9,56 €	21.059,40 €	1.628,95 €	1.403,94 €
11754	V	10,19 €	22.370,18 €	22.508,59 €	138,41 €	B	9,56 €	21.121,37 €	1.248,81 €	1.110,40 €
11650	V	10,75 €	13.978,08 €	14.074,88 €	96,80 €	B	9,56 €	12.503,25 €	1.474,83 €	1.378,03 €
11762	V	0,00 €	21.003,83 €	21.151,06 €	147,23 €					
11413	Y	11,02 €	24.306,72 €	24.381,29 €	74,57 €	B	9,56 €	21.086,40 €	3.220,32 €	3.145,75 €
Summe Dienstnehmer (ohne Voß)			774.522,95 €	781.925,07 €	7.402,12 €			668.049,82 €	106.473,13 €	99.071,01 €

Nichtleistungsentgelte bei kombinierten Sachverhalten (siehe oben Kapitel 4.1.3.)

In einer Gesamtjahresbetrachtung sieht man, dass die kollektivvertragliche Überzahlung bei den laufenden Entgelten (exklusive Entgelte für Nichtleistungszeiten und Sonderzahlungen) rd EUR 106.000,00 über sämtliche hier relevanten Arbeitnehmer betrug. Demgegenüber stellte sich die im Rahmen der Nichtleistungszeiten durch die G-Prüfung festgestellte Entgeltdifferenz über das gesamte Jahr gesehen mit lediglich EUR 7.400,00 dar (laut Berechnung des Sachverständigen allerdings rd EUR 11.200,00; siehe oben Kapitel 4.1.1.). Wiederrum basierend auf der Gesamtjahresbetrachtung übersteigt daher die überkollektivvertragliche Entlohnung bei den laufenden Entgelten die von der G festgestellte Differenz bei der Vergütung der Nichtleistungszeiten um rd EUR 99.000,00. In einer Gesamtjahresbetrachtung wird daher der Fehlbetrag bei der Entlohnung der Nichtleistungszeiten durch die überkollektivvertragliche Entlohnung bei den laufenden

Entgelten bei weitem kompensiert.

Personal-nummer	Name	Stunden-satz lt Lohn konto	Geleistetes Entgelt (BMGLSV lfd)	Gebührendes Entgelt lt G	Erhöhung lt G	Beschäf-tigungs-gruppe	Stunden-satz	laufendes Entgelt mit StdSatz EUR 9,56	Kollektivv. Überzahlung	Überhang kollektivv. Überzahlung zu Abweichung G
11565	A	11,30 €	23.007,70 €	23.207,44 €	**199,74€**	B	9,56 €	19.808,91	3.198,79 €	2.999,05 €
60196	B	12,08 €	25.066,04 €	25.552,42 €	**486,38 €**	B	9,56 €	20.113,93	4.952,11 €	4.465,73 €
1130	C	14,56 €	32.169,70 €	32.513,33 €	**343,63 €**	B	9,56 €	21.664,47	10.505,23 €	10.161,60 €
60009	G	14,56 €	40.172,29 €	40.487,85 €	**315,56 €**	B	9,56 €	27.807,41	12.364,88 €	12.049,32 €
11709	H	12,08 €	26.938,41 €	27.142,15 €	**203,74€**	B	9,56 €	21.607,46	5.330,95 €	5.127,21 €
11622	H	10,74 €	27.995,95 €	28.581,96 €	**586,01 €**	B	9,56 €	24.920,41	3.075,54 €	2.489,53 €
11049	K	14,34 €	32.382,72 €	32.568,19 €	**185,47 €**	B	9,56 €	22.788,26	9.594,46 €	9.408,99 €
11766	K	12,08 €	24.470,86 €	25.153,13 €	**682,27 €**	B	9,56 €	19.619,59	4.851,27 €	4.169,00 €
297	M	14,56 €	36.888,09 €	37.101,23 €	**213,14 €**	B	9,56 €	24.777,10	12.110,99 €	11.897,85 €
11774	M	12,08 €	25.075,93 €	25.425,34 €	**349,41 €**	B	9,56 €	20.214,25	4.861,68 €	4.512,27 €
11835	P	12,08 €	18.740,17 €	18.875,57 €	**135,40 €**	B	9,56 €	15.044,83	3.695,34 €	3.559,94 €
11708	S	12,08 €	27.946,84 €	28.452,27 €	**505,43 €**	B	9,56 €	22.412,42	5.534,42 €	5.028,99 €
62	S	12,08 €	23.046,48 €	23.151,80 €	**105,32 €**	B	9,56 €	18.503,95	4.542,53 €	4.437,21 €
60064	T	11,53 €	27.719,01 €	27.907,47 €	**188,46 €**	B	9,56 €	22.977,94	4.741,07 €	4.552,61 €
655	T	10,75 €	23.415,97 €	23.662,36 €	**246,39 €**	B	9,56 €	21.021,95	2.394,02 €	2.147,63 €
Summe Dienstnehmer			415.036,16 €	419.782,51 €	**4.746,35 €**			**323.282,89**	**91.753,27 €**	**87.006,92 €**

In obiger Tabelle wurden nun die Nichtleistungsentgelte gemäß Kapitel 4.1.3. dargestellt. Auch in diesem Bereich sieht man, dass in der Gesamtjahresbetrachtung die kollektiv-vertragliche Überzahlung der laufenden Entgelte die festgestellten Entgeltdifferenzen bei den Nichtleistungszeiten um ein vielfaches überschreitet.

Zusammengefasst ergibt sich daher folgende Betrachtung:

	Geleistetes Entgelt (BMGL SV lfd)	Gebührendes Entgelt lt G	Erhöhung lt G	laufendes Entgelt mit StdSatz EUR 9,56	Kollektivv. Überzahlung	Überhang kollektivv. Überzahlung zu Abweichung G
Summe Dienstnehmer gem. Kapitel 4.1.1. Nichtleistungsentgelte	**774.522,95 €**	**781.925,07 €**	**7.402,12 €**	**668.049,82 €**	**106.473,13 €**	**99.071,01 €**
Summe Dienstnehmer gem. Kapitel 4.1.3. nur Entgelte Nichtleistungszeiten ohne SZ	**415.036,16 €**	**419.782,51 €**	**4.746,35 €**	**323.282,89 €**	**91.753,27 €**	**87.006,92 €**
Summe	**1.189.559,11 €**	**1.201.707,58 €**	**12.148,47 €**	**991.332,71 €**	**198.226,40 €**	**186.077,93 €**

In einer detaillierteren Analyse wäre zu hinterfragen, ob tatsächlich laufende Entgelte und betreffende Nichtleistungszeiten jeweils im selben Kalendermonat angefallen sind. Diese Analyse wäre mit einem extrem hohen Aufwand verbunden und ohne Einholung zusätzlicher Informationen auch kaum möglich. Im Hinblick darauf, dass jedoch die überkollektiwertragliche Entlohnung in der Gesamtjahresbetrachtung bei den laufenden Entgelten die festgestellten Entgeltdifferenzen bei den Nichtleistungszeiten um ein Mehrfaches übersteigt, wäre nach Einschätzung des Sachverständigen damit zu rechnen,

dass-wenn überhaupt-nurmehr recht geringfügige unterkollektivvertragliche Entlohnungen bei den Nichtleistungszeiten festgestellt werden könnten.

4.3. Analysebereich 3: Berechnung der Unterentlohnung aufgrund erkennbarer Einstufung der Dienstnehmer

Wie oben dargestellt ging die G so wie die BH Wels-Land davon aus, dass für sämtliche Dienstnehmer die Einstufung in die Beschäftigungsgruppe B „Angelernte Arbeitnehmer" gemäß Kollektivvertrag für Arbeitskräfteüberlassung zur Anwendung kommt. Diese Vorgangsweise ist für den Sachverständigen nicht nachvollziehbar, zumal aus vorliegenden Unterlagen (Lohnkonten) hervorgeht, dass die konkrete bei der Arbeitgeberin vorgenommene Einstufung eine andere war. Dies wird im übrigen auch von der Beschwerdeführerin selbst bestätigt, wonach die Dienstnehmer in Wahrheit überwiegend als Facharbeiter in den Beschäftigerbetrieben eingesetzt waren. Aufgrund welcher Erwägungen die G die konkrete Einstufung vornahm, ist daher für den Sachverständigen nicht nachvollziehbar. Erkennbar ist auch, dass sich die tatsächlich ausbezahlten Stundensätze zu einen großem Teil nach den Mindestlohntarifen für Facharbeiter und qualifizierte Arbeitnehmer orientieren. Eine korrekte Betrachtungsweise muss daher nach Ansicht des Sachverständigen auch von einer korrekten Einstufung der betreffenden Arbeitnehmer ausgehen.

Nachfolgend hat der Sachverständige, die Stundensätze lt Lohnkonten den Mindestsätzen lt Kollektivvertrag für Arbeitskräfteüberlassung gegenübergestellt. Für das Jahr 2015 kamen folgende Mindeststundensätze zur Anwendung:

BG F Techniker	EUR	17,04
BG E Qualifizierter Facharbeiter	EUR	13,85
BG D Facharbeiter	EUR	12,08
BG C Qualifizierter Arbeitnehmer	EUR	10,74
BG B Angelernter Arbeitnehmer	EUR	9,56
BG A Ungelernter Arbeitnehmer	EUR	8,94

Bei einigen Arbeitnehmern sind in den Lohnkonten Stundensätze ersichtlich, die exakt den Mindestlohnsätzen des Kollektivvertrages für Arbeitskräfteüberlassung zugeordnet werden können. Dabei handelt es sich um die Beschäftigungsgruppen B, C und D, die vermehrt vorkamen. Aus den Jahreslohnkonten ist nach Ansicht des Sachverständigen auch erkennbar bzw lässt sich vermuten, dass ein Großteil der Arbeitnehmer in Betriebe überlassen wurde, die dem Kollektivvertrag für das eisen- und metallverarbeitende Gewerbe unterliegen. Dies ergibt sich aus den konkret angewendeten Vergütungssätzen für Montagezulagen, Mehrstundenzuschlag und dergleichen. So wurde festgestellt, dass einige Mitarbeiter zu einem Stundensatz von EUR 10,75 entlohnt wurden. Dieser Stundensatz entspricht fast exakt dem gemäß Kollektivvertrag für Arbeitskräfteüberlassung in der Beschäftigungsgruppe C, aber gleichzeitig auch dem Mindeststundensatz des Kollektivvertrages für das eisen- und metallverarbeitende Gewerbe in der Lohngruppe 5 (qualifizierte Arbeitnehmer). Es spricht nach Ansicht des Sachverständigen sehr viel dafür, dass tatsächlich ein Großteil der Arbeitnehmer entsprechend den oben angeführten Stundensätzen für qualifizierte Arbeitnehmer und Facharbeiter entlohnt wurden. Die vorliegenden Informationen aus den Lohnkonten und

die eigenen Ausführungen der Beschwerdeführerin sprechen dafür, dass dies auch die korrekte Einstufung war. Damit ist bei all diesen Mitarbeitern, die einer BG B, C oder D zugeordnet werden können, keine kollektivvertragliche Überzahlung (bei laufenden Entgelten) gegeben.
Jene Arbeitnehmer, deren Entlohnung nicht eindeutig den Mindestsätzen des Kollektivvertrages für Arbeitskräfteüberlassung zugeordnet werden konnte, wurden nach Einschätzung des Sachverständigen entweder nach Mindestsätzen des Beschäftiger KVs oder tatsächlich überkollektivvertraglich entlohnt.
In nachfolgender Aufstellung wurden sämtliche 60 Arbeitnehmer mit den Stundensätzen lt Jahreslohnkonto 2015 sowie der erkennbaren Zuordnung zu Beschäftigungsgruppen dargestellt, wobei es bei einigen wenigen Arbeitnehmern unterjährig zu Änderungen kam. Der Sachverständige hat dabei jenen Stundensatz zugrunde gelegt, der im Jahr 2015 überwiegend angewendet wurde.

Festgestellte kollektivvertragliche Einstufung im Detail

Personalnummer	Name	Beschäftigungsgruppe	Entgelt/-SZ	Stundensatz lt Lohnkonto	Erhöhung lt G	Erhöhung lt Sachverständigem
11759	A J	C	Entgelt	10,75 €	146,52 €	173,16 €
11373	A	D	Entgelt	12,08 €	345,94 €	809,43 €
11792	B	D	Entgelt	12,08 €	71,88 €	234,09 €
11765	B	C	Entgelt	10,74 €	408,10 €	403,32 €
11795	C	C	Entgelt	10,75 €	104,56 €	163,51 €
11619	C	C	Entgelt	10,75 €	587,71 €	346,62 €
11707	F	D	Entgelt	12,08 €	220,60 €	425,23 €
207	G		Entgelt	12,33 €	62,21 €	85,74 €
11719	G	D	Entgelt	12,08 €	159,62 €	262,07 €
11817	H	C	Entgelt	10,75 €	127,42 €	575,38 €
11854	J M.		Entgelt	10,19 €	82,06 €	242,98 €
11818	J P.	C	Entgelt	10,75 €	102,22 €	135,25 €
11819	J Z.	C	Entgelt	10,75 €	97,74 €	181,36 €
11767	K	D	Entgelt	12,08 €	88,15 €	147,10 €
11753	K		Entgelt	10,19 €	136,65 €	201,70 €
11752	K		Entgelt	10,19 €	126,19 €	199,15 €
11234	K	D	Entgelt	12,08 €	89,26 €	418,29 €
11768	K		Entgelt	10,19 €	150,33 €	245,22 €
11043	L		Entgelt	14,56 €	63,72 €	909,07 €
11778	M		Entgelt	10,19 €	148,93 €	258,51 €
11764	M	D	Entgelt	12,08 €	184,69 €	305,66 €
11820	O	C	Entgelt	10,75 €	104,93 €	138,85 €
10298	O		Entgelt	11,50 €	183,30 €	310,37 €
11646	R	C	Entgelt	10,75 €	123,04 €	269,27 €
11775	S	D	Entgelt	12,08 €	1.331,48 €	1.385,13 €
11777	S u		Entgelt	10,19 €	78,91 €	168,40 €
60098	S	C	Entgelt	10,75 €	189,43 €	290,05 €
11738	S	D	Entgelt	12,08 €	733,22 €	339,92 €
60118	S	B	Entgelt	9,56 €	404,41 €	333,96 €
11659	S	C	Entgelt	10,75 €	107,18 €	144,21 €
11823	T M.	C	Entgelt	10,75 €	106,93 €	149,64 €
60150	TZ		Entgelt	10,30 €	225,01 €	248,92 €
11754	V		Entgelt	10,19 €	138,41 €	215,59 €
11650	V	C	Entgelt	10,75 €	96,80 €	180,71 €
11762	V	kein Lohnkonto	Entgelt		147,23 €	0,00 €
11413	Y		Entgelt	11,02 €	74,57 €	316,59 €
11833	B	D	Sonderzlg	12,08 €	404,35 €	469,34 €
11290	C	C	Sonderzlg	10,75 €	448,51 €	403,12 €
55	G Z		Sonderzlg	10,85 €	282,44 €	228,84 €
11386	H	B	Sonderzlg	9,56 €	578,15 €	636,97 €
51094	K	Angestellter	Sonderzlg		810,00 €	0,00 €
11842	M		Sonderzlg	10,00 €	652,70 €	728,67 €
11590	M	C	Sonderzlg	10,74 €	549,37 €	523,89 €
11935	P		Sonderzlg	10,59 €	682,45 €	690,67 €

241	W		Sonderzlg	11,40 €	477,69 €	478,79 €
11565	A		Entgelt+SZ	11,30 €	441,64 €	639,28 €
60196	B	D	Entgelt+SZ	12,08 €	798,48 €	895,21 €
1130	C		Entgelt+SZ	14,56 €	682,28 €	766,41 €
60009	G		Entgelt+SZ	14,56 €	1.426,56 €	1.706,39 €
11709	H	D	Entgelt+SZ	12,08 €	628,36 €	612,91 €
11622	H	C	Entgelt+SZ	10,74 €	1.083,51 €	1.709,00 €
11049	K		Entgelt+SZ	14,34 €	791,88 €	387,56 €
11766	K	D	Entgelt+SZ	12,08 €	1.158,33 €	851,97 €
297	M		Entgelt+SZ	14,56 €	1.284,45 €	1.128,11 €
11774	M	D	Entgelt+SZ	12,08 €	828,23 €	977,27 €
11835	P	D	Entgelt+SZ	12,08 €	592,17 €	923,26 €
11708	S	D	Entgelt+SZ	12,08 €	1.057,05 €	1.114,56 €
62	S	D	Entgelt+SZ	12,08 €	514,81 €	785,89 €
60064	T		Entgelt+SZ	11,53 €	1.031,16 €	1.516,44 €
655	T	C	Entgelt+SZ	10,75 €	1.404,45 €	1.337,28 €
Summe					**26.158,37 €**	**30.726,28 €**

Nachfolgende Tabelle zeigt in komprimierter Form und summarisch dargestellt die vom Sachverständigen festgestellte kollektivvertragliche Einstufung der Arbeitnehmer und die dazu dargestellten Entgeltdifferenzen gemäß G und Berechnung des Sachverständigen:

Arbeitnehmer	Beschäftigungs-gruppe	Stunden-satz lt Lohnkonto	Erhöhung lt G	Erhöhung lt Sachver-ständigem	Anzahl der Arbeit nehmer	% der Arbeit-nehmer
Arbeitnehmer	B	9,56 €	982,56 €	970,93 €	2	3,33%
Arbeitnehmer	C	10,74 €	5.788,42 €	7.124,63 €	17	28,33%
Arbeitnehmer	D	12,08 €	9.206,62 €	10.957,32 €	17	28,33%
Arbeitnehmer	ohne Zuordnung		10.180,77 €	11.673,40 €	24	40,00%
Summe			26.158,37 €	30.726,28 €	60	100,00%

Bei den Arbeitnehmern, welche offensichtlich den Beschäftigungsgruppen B, C oder D laut zugrunde liegendem Kollektivvertrag zugeordnet wurden, lässt sich festhalten, dass diese sowohl bei der Vergütung im Bereich der laufenden Entgelte, als auch im Bereich der Vergütung von Nichtleistungszeiten und Sonderzahlungen stets eine Entlohnung auf Basis des gleichen Stundensatzes erhielten. Dies bedeutet zwangsläufig, dass die oben dargestellte zusätzlich notwendige Berücksichtigung der Durchschnitte von Überstunden und so weiter, bei der Entlohnung von Nichtleistungszeiten nicht erfolgte. Es liegt auch hier im Bereich der laufenden Entlohnung nunmehr keine überkollektivvertragliche Entlohnung vor, sodass sich auch die Frage der Anrechnung generell nicht stellt.
Rd 40% der Arbeitnehmer konnten allerdings auf Basis der vorliegenden Informationen keiner konkreten kollektivvertraglichen Einstufung zugeordnet werden. Geht man auch bei dieser Beschäftigungsgruppe allerdings davon aus, dass im Bereich der Sonderzahlungen, wie oben angeführt, eine Anrechnungsmöglichkeit aufgrund der unterschiedlichen Lohnzahlungszeiträume nicht geboten ist, so wäre auch für diese Arbeitnehmergruppe jedenfalls im Bereich der Sonderzahlungen eine kollektivvertragliche Unterentlohnung festzustellen, da auch hierbei nicht die erforderliche Berücksichtigung der in der Vergangenheit durchschnittlich geleisteten Überstunden stattfand. Hinsichtlich der Vergütung von Nichtleistungszeiten lässt sich entsprechend den obigen Ausführungen des Sachverständigen hingegen eine tatsächlich vorliegende Anrechnungsmöglichkeit nicht ausschließen. Die festgestellten Erhöhungsbeträge (laut G bzw gemäß Berechnung des

Sachverständigen) für diese Arbeitnehmergruppe ohne erkennbare KV-Einstufung stellen sich wie folgt dar:

Aufgliederung des Bereiches ohne Zuordnung		Erhöhung lt G	Erhöhung lt Sachver-ständigem	Anrechnung
Arbeitnehmer	Entgelte Nichtleistungszeiten	3.063,52 €	6.553,07 €	Anrechnung möglich
Arbeitnehmer	Sonderzahlung	7.117,25 €	5.120,34 €	keine Anrechnung
Summe für 24 Dienstnehmer		10.180,77 €	11.673,40 €	

Bei dieser Betrachtungsweise ergibt sich insgesamt eine unterkollektivvertragliche Entlohnung im Bereich der Nichtleistungszeiten (Dienstnehmer der BG B, C und D) und Sonderzahlungen (sämtliche Dienstnehmer) wie folgt:

Arbeitnehmer	Beschäftigungs-gruppe	Stundensatz lt Lohnkonto	Erhöhung lt G	Erhöhung lt Sachver-ständigem
Arbeitnehmer	B	9,56 €	982,56 €	970,93 €
Arbeitnehmer	C	10,74 €	5.788,42 €	7.124,63 €
Arbeitnehmer	D	12,08 €	9.206,62 €	10.957,32 €
Arbeitnehmer Bereich ahne Zuordnung (nur Sonderzahlungen)			7.117,25 €	5.120,34 €
Gesamtsumme			23.094,85 €	24.173,22 €
davon auf Nichtleistungsentgelte			9.232,18 €	12.286,36 €
In Prozent zu den geleisteten Gesamtentgelten (BMGL SV lfd + BMGL SV SZ)			*1,11%*	*1,47%*
davon auf Sonderzahlungen			13.862,67 €	€ 11.886,86
In Prozent zu den geleisteten Gesamtentgelten (BMGL SV lfd + BMGL SV SZ)			*2,06%*	*1,77%*
Gesamtsumme			23.094,85 €	24.173,22 €
In Prozent zu den geleisteten Gesamtentgelten (BMGL SV lfd + BMGL SV SZ)			*1,84%*	*1,93%*

Obige Prozentangaben beziehen sich jeweils auf die festgestellte Unterentlohnung in Relation zu den geleisteten Gesamtentgelten des Jahres 2015, für die von der konkreten Unterentlohnung betroffenen Dienstnehmer. Zieht man die Summe der hier festgestellten Unterentlohnungen im Bereich der Nichtleistungsentgelte und der Sonderzahlungen gemäß der Berechnung des Sachverständigen iHv EUR 24.173,72 in Relation zu den geleisteten Gesamtentgelten der davon betroffenen Dienstnehmer (dies sind 47 Dienstnehmer mit einem Gesamtentgelt im Jahr 2015 iHv rd EUR 1.252.000,00) ergibt sich eine Unterentlohnung iHv 1,93% in Relation zu den Gesamtentgelten.

5. Zusammenfassung

Nachrechnung der Differenzen lt G

Im Rahmen der vorliegenden Analyse hat der Sachverständige zunächst versucht die von

der G zugrunde gelegten Entgeltdifferenzen nachzuvollziehen. Dabei hat der Sachverständige festgestellt, dass die G doch in weiten Bereichen vereinfachende Annahmen ihrer Berechnung zugrunde legte. Der zugrunde liegende Kollektivvertrag für Arbeitskräfteüberlassung erfordert im Bereich der Berechnung der Entgelte für Nichtleistungszeiten auch eine Betrachtung der in den letzten 13 Wochen (und innerhalb dieses Zeitraumes der zumindest in 7 Wochen) geleisteten Entgelte. Diese konkrete wochenweise Betrachtung wurde von der G nicht durchgeführt und lässt sich auf Basis der vorliegenden Informationen auch überhaupt nicht durchführen. Stattdessen wurde vereinfachend von der G eine Ganzjahresbetrachtung zugrunde gelegt. Mit den vorhandenen Unterlagen ist selbst eine monatsweise Betrachtung nicht exakt möglich, da dazu etwa bei der Entgeltbemessung für Ausfallszeiten am Beginn des Jahres 2015 auch auf Vergütungszeiträume aus dem Jahr 2014 abzustellen wäre. In Teilbereichen konnte der Sachverständige die Berechnungen der G nicht vollständig nachvollziehen (zB auch bei der Berechnung der Sonderzahlungen in einigen Fällen). Aufgrund dieses Umstandes wollte der Sachverständige zunächst auch eine Erörterung der zugrunde liegenden Berechnungen mit Vertretern der ÖKK durchführen, was leider angesichts der konkreten Umstände in Folge der Corona-Krise nicht möglich war. Es ist auch zweifelhaft, ob tatsächlich hierdurch eine detaillierte Aufklärung der Feststellungen der G möglich gewesen wäre, zumal sich der damals tätige Prüfer nach der mir erteilten Auskunft bereits in Pension befindet. Der Sachverständige hat sonach aber die Ansätze der G nachgerechnet und hierbei einige erkennbare Fehler, wie auch zu grobe Vereinfachungen korrigiert.
Hinsichtlich dieses Analysebereiches konnte der Sachverständige allerdings im Großen und Ganzen die von der G festgestellten Entgeltdifferenzen bestätigen, wobei auch der Sachverständige auf Basis der vorliegenden Informationen keine exakte (vollständig den rechtlichen Grundlagen entsprechende) Berechnung durchführen konnte. Die Abweichungen laut Berechnung des Sachverständigen stellen sich im Vergleich zu den Berechnungen der G wie folgt dar.

Entgeltdifferenz bei Nichtleistungsentgelten (Kapitel 4.1.1.):

• gemäß Berechnung der G	EUR	7.402,12
• Gemäß Berechnung des Sachverständigen	EUR	11.214,45

Entgeltdifferenz bei Sonderzahlungen (Kapitel 4.1.2.):

• gemäß Berechnung der G	EUR	4.075,66
• Gemäß Berechnung des Sachverständigen	EUR	4.160,29

Entgeltdifferenzen bei Sachverhalten mit Nichtleistungsentgelten und Sonderzahlungen (Kapitel 4.1.3.)

• gemäß Berechnung der G	EUR	13.723,36
• Gemäß Berechnung des Sachverständigen	EUR	15.351,53

Die Berechnung des Sachverständigen führt im Bereich der Nichtleistungsentgelte zu deutlich höheren Differenzen als die Berechnung der G, da von letzterer in diesem Bereich nach Ansicht des Sachverständigen die zugrunde liegende Bemessungsgrundlage für die Nichtleistungsentgelte nur unvollständig ermittelt wurde.

Frage der Anrechnung einer überkollektivvertraglichen laufenden Entlohnung

Weiters ist laut Gutachtensauftrag aber auch die Frage zu beantworten bzw zu berücksichtigen, ob allenfalls eine Unterentlohnung hinsichtlich der Sonderzahlungen durch die behauptete überkollektivvertragliche Entlohnung im Bereich der laufenden Entgelte kompensiert wurde. Hierzu hat der Sachverständige die aus der Literatur erkennbare Auffassung (vgl Kapitel 3.2.4.) zugrunde gelegt, wonach aufgrund einer fehlenden Identität der Lohnzahlungszeiträume eine Kompensierung einer überkollektivvertraglichen Entlohnung bei den laufenden Entgelten mit Sonderzahlungen nicht möglich ist.
Hinsichtlich der Entgelte für Nichtleistungszeiten hält es der Sachverständige hingegen auf Basis einer (zugegebenermaßen ebenfalls vereinfachten Betrachtungsweise) für sehr wahrscheinlich, dass tatsächlich eine überkollektivvertragliche Entlohnung im Bereich der laufenden Entgelte die festgestellten Differenzen bei den Nichtleistungsentgelten bei weitem überkompensieren würde. Dies setzt aber voraus, dass die Arbeitnehmer (sowie von der G zugrunde gelegt) jeweils nach dem Mindestlohntarif für angelernte Arbeitnehmer (Beschäftigungsgruppe B des Kollektivvertrages für Arbeitskräfteüberlassung) einzustufen waren.
Legt man daher die Berechnungsannahmen der G zugrunde und berücksichtigt die zusätzlichen Korrekturen des Sachverständigen im Bereich der Entgeltbemessung bei Sonderzahlungen, so kann bestätigt werden, dass die von der G in diesem Bereich festgestellten Entgeltdifferenzen iHv EUR 4.075,66 (vgl oben Kapitel 4.1.2.) auch nach Berechnung des Sachverständigen vorliegen.
Tatsächlich hat der Sachverständige in diesem Bereich der Sonderzahlungen eine Unterentlohnung iHv EUR 4.160,29 festgestellt (im Detail siehe oben Kapitel 4.1.2.). Es ist dies in diesem Bereich eine Erhöhung um rd 29% im Vergleich zu den tatsächlich geleisteten Sonderzahlungen.
Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass es Dienstnehmer gab, hinsichtlich derer sowohl bei Nichtleistungszeiten, als auch bei den Sonderzahlungen eine Unterentlohnung festgestellt wurde und der allein auf den Sonderzahlungsanteil entfallende Differenzbetrag beträgt laut G EUR 8.977,01 (vgl oben Kapitel 4.1.3.). Der Sachverständige hat dazu festgestellt, dass die Erhöhung allerdings nur EUR 7.726,56 beträgt (rd 14% des tatsächlich geleisteten Sonderzahlungen).

Geht man daher wie die G von der Einstufung in die Beschäftigungsgruppe B laut Kollektivvertrag für Arbeitskräfteüberlassung (angelernte Arbeitnehmer) aus, so kann nach Ansicht des Sachverständigen festgestellt werden, dass im Bereich der Sonderzahlungen tatsächlich eine Unterentlohnung vorlag und diese in etwa auch in der Größenordnung wie von der G festgestellt. Die Unterentlohnung gemäß Berechnung des Sachverständigen beträgt EUR 11.886,85 und gemäß G EUR 13.052,67. Setzt man die hier festgestellte Unterentlohnung bei den Sonderzahlungen ins Verhältnis der gesamten geleisteten Entgelte des Jahres 2015 (auch inklusive sozialversicherungspflichtiger Nichtleistungsentgelte und geleistete Sonderzahlungen), so lag nach der Berechnung des Sachverständigen eine Unterentlohnung iHv 1,77 % der gesamten geleisteten Entgelte und nach der Berechnung der G eine Entgeltdifferenz iHv 1,94 % der gesamten geleisteten Entgelte im Jahr 2015 vor.

Geht das Gericht hingegen abweichend von der hier zugrunde liegenden und in der Literatur vertretene Rechtsauffassung davon aus, dass eine Anrechnung einer

überkollektivvertraglichen laufenden Entlohnung auf Unterentlohnungen im Bereich der Sonderzahlungen möglich ist, so würde sich insgesamt (mit nachfolgend angeführter Ausnahme) keine Unterentlohnung ergeben, wenn man unterstellt, dass die von der G vorgenommene Einstufung sämtlicher Mitarbeiter gemäß Beschäftigungsgruppe B des Kollektivvertrages für Arbeitskräfteüberlassung korrekt war. (Eine Ausnahme dazu stellt lediglich der Dienstnehmer *H* dar, der bereits tatsächlich laut Lohnkonto in Beschäftigungsgruppe B eingestuft war und bei welchem im Bereich der Sonderzahlungen dennoch eine Unterentlohnung iHv EUR 636,97 verbleiben würde.

Entgeltdifferenzen gemäß tatsächlicher kollektivvertraglicher Einstufung

Wie oben in Kapitel 4.3. dargestellt, wurden die Dienstnehmer nicht entsprechend der von der G zugrunde gelegten Einstufung entlohnt. Die vom Überlasserbetrieb vorgenommene Einstufung war ganz offensichtlich eine andere, wie dies auch vom Unternehmen selbst ins Treffen geführt wurde. Es ist offensichtlich, dass die Einstufung gemäß Kollektivvertrag für Arbeitskräfteüberlassung in den meisten Fällen eine andere war. Demgemäß war in tatsächlicher Hinsicht nach Ansicht des Sachverständigen im Bereich der laufenden Entgelte von einer weitaus geringeren überkollektivvertraglichen Entlohnung auszugehen, als dies fälschlicherweise den Berechnungsannahmen der G entsprechen würde. Diesfalls erübrigt sich allerdings für einen Großteil der Dienstnehmer die Frage der Anrechnung einer überkollektivvertraglichen Entlohnung bei den laufenden Entgelten mit der tatsächlich festgestellten Unterentlohnung im Bereich der Nichtleistungsentgelte und Sonderzahlungen. Das in den beiden letztgenannten Bereichen tatsächlich Unterentlohnungen vorliegen, ergibt sich schon allein daraus, dass klar erkennbar in der Entgeltbemessung keine Durchschnitte von den in der Vergangenheit geleisteten Überstundenentgelten udgl einberechnet wurden.

Bei dieser Betrachtungsweise ergibt sich, dass insgesamt von einer unterkollektivvertraglichen Entlohnung im Bereich der Nichtleistungszeiten und Sonderzahlungen gemäß Sachverständigen in der Höhe von EUR 24.173,22 auszugehen ist (nach Berechnung der G beträgt diese Wert EUR 23.094,85). Bezieht man wiederrum die hier festgestellten Entgeltdifferenzen auf den Betrag der gesamten im Jahr 2015 geleisteten Entgelte (inklusive sozialversicherungspflichtiger Nichtleistungsentgelte und Sonderzahlungen) entspricht die Unterentlohnung iHv EUR 24.173,22 einer relativen Unterentlohnung iHv 1,93% (gemäß Berechnung der G 1,84%).

Die zuletzt angeführte Berechnungsvariante ist nach Ansicht des Sachverständigen die korrekte, weil dabei auch die korrekte kollektivvertragliche Einstufung für den größten Teil der Arbeitnehmer zugrunde gelegt wird. Dennoch ist auch hier anzumerken, dass diese Berechnung nach wie vor bei den Nichtleistungsentgelten auf jahresweise ermittelte Durchschnittswerte für Überstundenentgelte, Mehrstunden, Zuschläge für Gutstunden und Zulagen abstellt und nicht die vom Kollektivvertrag geforderte wochenweise Betrachtung zugrunde legt, da dazu schlichtweg keine ausreichend detaillierten Informationen vorliegen. Es handelt sich daher insgesamt um eine Schätzung, die nach Ansicht des Sachverständigen wesentlich genauer ist, als die Berechnung der G, aber nach wie vor nicht den exakten kollektivvertraglichen Vorgaben entspricht. Es ist davon auszugehen,

dass mit den vorhandenen Unterlagen und Informationen eine vollständig exakte, den gesetzlichen und kollektivvertraglichen Vorschriften entsprechende Berechnung nicht möglich ist.
Dass es zu tatsächlichen Unterentlohnungen gekommen ist, ist nach Ansicht des Sachverständigen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit anzunehmen, da das geprüfte Unternehmen bei Bemessung der Entgelte für Nichtleistungszeiten und Sonderzahlungen die jeweils geforderte Durchschnittsbetrachtung hinsichtlich geleisteter Überstunden und dergleichen außer Acht gelassen hat. Wie hoch allerdings dieses Ausmaß der Unterentlohnung war, lässt sich ganz genau mit den vorhandenen Unterlagen und Informationen nicht berechnen. Obige Berechnung stellt die nach Ansicht des Sachverständigen bestmögliche Schätzung dieses Betrages dar."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Die Verhandlung vom 05.06.2020, in der das Gutachten vom 27.04.2020 mit dem Sachverständigen erörtert wurde (keine der geladenen Parteien ist zu dieser Verhandlung gekommen) hat ergeben, dass unter Zugrundelegung der im bekämpften Straferkenntnis vorgeworfenen Einstufung in die Beschäftigungsgruppe B hinsichtlich jener Arbeitnehmer, bei denen es zu einer Unterentlohnung hinsichtlich der Nichtleistungszeiten gekommen war (die als „Entgelt" in der Tabelle des Gutachten auf Seite 30 ausgewiesen sind), eine Unterentlohnung, wie diese im Tatvorwurf ersichtlich ist, nicht gegeben ist. Hinsichtlich des Arbeitsnehmer S beruht die vorgeworfene Unterentlohnung auch nur auf der Annahme der Unterentlohnung bei den Ausfallszeiten, die jedoch – wie sich aus dem Gutachten ergibt, nicht gesichert festgestellt werden konnten, sodass der Unterentlohnung des S in der Entlohnungsgruppe B keine gesicherte Annahme der Unterentlohnung zu Grunde gelegt werden kann. Gesicherte Aussagen zu allfälligen Unterentlohnungen konnten ausschließlich hinsichtlich jener Arbeitnehmer getroffen werden, bei denen nur die Sonderzahlung unterentlohnt wurde (Tabelle Seite 30 des Gutachtens vom 27.04.2020).

Hinsichtlich der Berechnung der Höhe der Sonderzahlungen wurde vom Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 08.06.2020 Folgendes ausgeführt:
„Bei der Berechnung der Höhe der Sonderzahlungen wird jenes Entgelt zu Grunde gelegt, das in den letzten sechs Monaten geleistet wurde und danach richtet sich die Höhe der zu leistenden Sonderzahlungen. Es war daher auch in diesen Fällen feststellbar (gemeint: hinsichtlich jener Arbeitnehmer, für die keine Beschäftigungsgruppe auf Seite 30 der Tabelle im Gutachten des Sachverständigen angeführt ist), unabhängig von einer Beschäftigungsgruppe, dass ein zu geringer Betrag an Sonderzahlungen geleistet wurde. Konkret bedeutet dies, dass für jene Arbeitnehmer beginnend mit dem Arbeitnehmer B auf Seite 30 des Gutachtens bis zum Arbeitnehmer T auf Seite 30 des Gutachtens eine zu geringe Zahlung von Sonderzahlungen gesichert festgestellt werden kann. Der relevante Betrag hinsichtlich der verkürzten Leistung von Sonderzahlungen findet sich auf Seite 34

des Gutachtens, wonach nach Berechnung des Sachverständigen 11.886,85 Euro zu wenig an Sonderzahlungen ausgezahlt wurden und zwar insgesamt an die Arbeitnehmer, was einer Unterentlohnung in Höhe von 1,77 % der gesamten geleisteten Entgelte entspricht. Der Betrag von 11.886,85 Euro setzt sich einerseits zusammen aus jenen Beträgen, die auf Seite 22 in der Tabelle dargestellt wurden (Anm. Abweichungen der Sonderzahlungen) und zwar dem Betrag von 7.726,56 Euro zuzüglich dem Betrag in der Tabelle auf Seite 20 (Anm. Zusammenstellung der Abweichungen) von 4.160,29 Euro. Auf Seite 20 werden jene Fälle dargestellt, die ohnehin nur eine Unterentlohnung bei der Sonderzahlung gehabt haben."
Hinsichtlich des Arbeitnehmers K wurde vom Sachverständigen ausgeführt, dass dieser als Angestellter geführt wurde und beim Angestelltenvertrag auf das Bruttogehalt abgestellt wird, K hat das ihm dazu gebührende Sechstel auch tatsächlich ausgezahlt bekommen, daher konnte in diesem Fall nicht von einer Unterentlohnung bei Sonderzahlungen ausgegangen werden.
Vom Sachverständigen wurde auch ausgeführt, dass die Daten für Sonderzahlungen für Dezember 2014 nicht berücksichtigt werden konnten, weil diese in den Unterlagen nicht vorhanden waren. Von der G wurde ein Betrachtungszeitraum von fünf Monaten herangezogen und zwar nur beim Urlaubszuschuss, nicht jedoch bei der Weihnachtsrenumeration, bei dieser sind sämtliche Zahlungen eingerechnet.
Weil sich dadurch bei der Berechnung der Sonderzahlungen Unschärfen ergeben könnten und die Unterentlohnung ebenso für einen Betrachtungszeitraum von sechs Monaten dargestellt werden kann, wenn man zu Gunsten des Beschwerdeführers davon ausgeht, dass sich der Differenzbetrag nicht auf fünf Monate, nämlich von Jänner bis Ende Mai, sondern auf sechs Monate, von Dezember 2014 bis Ende Mai 2015 bezieht, wurde eine Ergänzung des Gutachtens beauftragt.

Die Gutachtensergänzung vom 18.06.2020 führt im Wesentlichen Folgendes aus:

3. „Ergänzende gutachterliche Ausführungen

3.1. Allgemeines zur Berechnungsmethodik

Die Berechnung der Sonderzahlungen erfolgte getrennt je Dienstnehmer in Weihnachtsremuneration und Urlaubszuschuss. Dies einerseits aus Gründen der besseren Nachvollziehbarkeit und andererseits auch deshalb, weil im Bereich der Weihnachtsremuneration grundsätzlich weniger Berechnungsunsicherheiten und Zweifelsfragen vorliegen, als bei Berechnung des Urlaubszuschusses dessen Fälligkeit sich auch nach dem Urlaubsantritt richtet.

Der Sachverständige hat für nachstehende Berechnungen der Sonderzahlungen die „Bemessungsgrundlage Sozialversicherung laufend", jeweils getrennt für Weihnachtsrenumeration und Urlaubszuschuss herangezogen und diese im Sinne der kollektivvertraglichen Grundlagen adaptiert. Diese Adaptierungen betrafen Abzüge für Diäten, Fahrtersätze, Fahrtzuschüsse und Sachbezüge (bei einem Angestellten), welche in

der Bemessungsgrundlage der laufenden Sozialversicherung enthalten waren und mangels näherer Information vom Sachverständigen als nicht in die Sonderzahlungen einzubeziehende Aufwandsentschädigungen qualifiziert wurden. Auch wurden im Zuge der Beendigung von Dienstverhältnissen Urlaubsersatzleistungen nicht in die Berechnungsbasis aufgenommen, da für diese Urlaubsersatzleistungen die Sonderzahlungen ohnehin gesondert berechnet und vergütet wurden. Sozialversicherungsfreie Schmutzzulagen, welche grundsätzlich die Sonderzahlungen erhöhen würden, wurden vom Sachverständigen nicht eingerechnet, da diese von Seiten der G ebenfalls nicht angesetzt wurden.

Der Sachverständige hat also nunmehr alle für diesen erdenklichen und erkennbaren Berechnungsunsicherheiten ausgeklammert und Zweifelsfragen stets so gewürdigt, dass sich diese zugunsten des Beschwerdeführers auswirken. Auch wenn der Sachverständige erkannte, dass bereits die G (unrechtmäßig) Vereinfachungen zugunsten des Beschwerdeführers vornahm, hat diese der Sachverständige sonach auch in die vorliegende Berechnung übernommen und in diesem Sinne keine „Verböserung" im Vergleich zu den Berechnungen der G vorgenommen.

3.2. Berechnung Weihnachtsremuneration

Für die Berechnung der Weihnachtsremuneration, welche in den meisten Fällen im Monat November ausbezahlt wurde, wurde jeweils der 6-Monatsdurchschnitt der Monate Juni bis November als Basis herangezogen. Abweichungen von dieser Berechnung erfolgten bei unterjährigen Ein- und Austritten. Hier erfolgte die Berechnung jeweils auf Basis des Durchschnittes der letzten 6 vollen Kalendermonate oder auch bedingt durch kürzere Jahresdienstzeiten von weniger als 6 Monaten vor Fälligkeit. Einige Mitarbeiter erhielten das Weihnachtsgeld monatlich ausbezahlt. Da es dafür keine kollektivvertragliche Bestimmung gibt, wurde die Berechnung des Weihnachtsgeldes so vorgenommen, als wäre es im Monat November ausbezahlt worden. Auch diese Berechnungsmethodik wirkt sich zugunsten des Beschwerdeführers aus, da die vom Kollektivvertrag nicht vorgesehene regelmäßige, monatliche Auszahlung von Sonderzahlungen in Wahrheit dazu führt, dass es sich hierbei um ein regelmäßiges und laufendes Entgelt handelt, welches selbst wiederum die Bemessungsgrundlage für die eigentlich im November zu leistende Sonderzahlung erhöhen würde. Auf diesen Aspekt der sich nach Ansicht des Sachverständigen und vorbehaltlich richterlicher Würdigung zu Lasten des Beschwerdeführers auswirken würde, ist der Sachverständige nicht weiter eingegangen und hat diesen Erhöhungseffekt aus der laufenden Ausbezahlung von Sonderzahlungen (die letztendlich aus den Sonderzahlungen aber laufendes Entgelt machen) nicht berücksichtigt.

3.3. Berechnung Urlaubszuschuss

Der Urlaubszuschuss ist gern Abschnitt XVI des Kollektivvertrages grundsätzlich bei Antritt des Urlaubes fällig. Dies würde bedeuten, dass bei jenen Dienstnehmern, welche bereits vor dem 1.1.2015 beschäftigt waren und der Urlaubsantritt in den Monaten Jänner bis Juni konsumiert wurde, für die Berechnung des anteiligen Urlaubszuschusses, jedenfalls die Jahreslohnkonten aus dem Jahr 2014 für die ordnungsgemäße Berechnung notwendig wären, da der Urlaubszuschuss vom Durchschnitt der letzten vollen 6 Monatsentgelten vor Fälligkeit zu berechnen ist. Für derartige Fälle hat der Sachverständige keine Unterentlohnung im Bereich des Urlaubszuschusses festgestellt.

Weiters ist anzuführen, dass wie oben ausführlich dargelegt, die Berechnung des Urlaubszuschusses eine erhöhte Unsicherheit mit sich bringt, die jedoch vom

Sachverständigen bei der vorliegenden Berechnung gänzlich bereinigt wurde und in Zweifelsfällen eben keine Unterentlohnung festgestellt werden konnte. Nachdem der Sachverständige insgesamt aber die festgestellte Unterentlohnung auch mit jenem Betrag begrenzt hat, der bereits durch die G festgestellt wurde und die auch den Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet, hat der Sachverständige die festgestellten Unterentlohnungen jeweils in maximaler Höhe der Feststellungen der G dargestellt. Eine entsprechende Kürzung erfolgte diesfalls bei den Urlaubszuschüssen, sodass sich in Summe (Weihnachtsremuneration und Urlaubszuschuss) jeweils als Maximalbetrag der Unterentlohnung die Feststellungen der G ergaben.

3.4. Übersicht Erhöhungsbeträge Weihnachtsremuneration und Urlaubszuschuss

Nachfolgende Aufstellung zeigt je Dienstnehmer die Erhöhungswerte (Unterentlohnungen) für Weihnachtsremuneration und Urlaubszuschuss getrennt sowie in Summe. Gegenübergestellt wurden jeweils auch die Summen für WR und UZ je Dienstnehmer der G Prüfung.

Personalnummer	Name	Erhöhung Weihnachtsremuneration (WR) lt Sachverständigem	Erhöhung Urlaubszuschuss (UZ) lt Sachverständigem	WR+UZ je Dienstnehmer lt Sachverständigem	WR+UZ je Dienstnehmer lt G
11833	B	171,08 €	233,27 €	**404,35 €**	404,35 €
11290	C	200,14 €	195,64 €	**395,78 €**	448,51 €
55	G Z	208,69 €	0,00 €	**208,69 €**	282,44 €
11386	H	244,83 €	0,00 €	**244,83 €**	578,15 €
11842	M	106,65 €	106,65 €	**213,30 €**	652,70 €
11590	M	143,45 €	0,00 €	**143,45 €**	549,37 €
11935	P	0,00 €	654,28 €	**654,28 €**	682,45 €
11565	A	160,13 €	81,77 €	**241,90 €**	241,90 €
60196	B	145,38 €	166,72 €	**312,10 €**	312,10 €
1130	C	167,80 €	0,00 €	**167,80 €**	338,65 €
60009	G	380,17 €	0,00 €	**380,17 €**	1.111,00 €
11709	H	236,65 €	0,00 €	**236,65 €**	424,62 €
11622	H	497,50 €	0,00 €	**497,50 €**	497,50 €
11049	K	97,67 €	0,00 €	**97,67 €**	606,41 €
11766	K	274,54 €	201,52 €	**476,06 €**	476,06 €
297	M	432,32 €	0,00 €	**432,32 €**	1.071,31 €
11774	M	243,39 €	235,43 €	**478,82 €**	478,82 €
11835	P	188,09 €	268,68 €	**456,77 €**	456,77 €
11708	S	264,04 €	0,00 €	**264,04 €**	551,62 €
62	S	160,89 €	248,60 €	**409,49 €**	409,49 €
60064	T	660,05 €	145,17 €	**805,22 €**	842,70 €
655	T	618,43 €	0,00 €	**618,43 €**	1.158,06 €
Summe		**5.601,88 €**	**2.537,73 €**	**8.139,61 €**	**12.574,98 €**

Zusammengefasst ergibt sich nach den Feststellungen des Sachverständigen im Bereich der Sonderzahlungen eine Unterentlohnung iHv EUR 8.139,61. Im Rahmen des Erstgutachtens wurde in diesem Bereich noch eine Unterentlohnung iHv EUR 11.886,85 festgestellt (siehe Seite 34 des Sachverständigengutachtens vom 27.4.2020). Bezogen auf die gesamten geleisteten Entgelte des Jahres 2015 (inklusive Nichtleistungsentgelte und

Sonderzahlungen) führt dies zu einer Unterentlohnung iHv rd EUR 1,21% der gesamten geleisteten Entgelte des Jahres 2015.

Im Vergleich zum Sachverständigengutachten vom 27.4.2020 hat sich der nunmehr festgestellte Betrag der Unterentlohnung im Bereich der Sonderzahlungen deshalb verringert, weil der Sachverständige - wie oben ausgeführt - sämtliche zweifelhaften Fälle bei den Berechnungen ausklammerte. Dies führte wie ebenfalls bereits oben ausgeführt dazu, dass vor allem im Bereich der Unterentlohnung des Urlaubszuschusses nunmehr ein deutlich geringerer Fehlbetrag festgestellt wurde. Entsprechend finden sich in obiger Aufstellung auch eine Reihe von Dienstnehmern bei denen im Bereich der Sonderzahlung für den Urlaubszuschuss keine Unterentlohnung festgestellt wurde."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Demnach ergibt sich im Bereich der Sonderzahlung eine Unterentlohnung in Höhe von 8.139,61 Euro insgesamt für jene Dienstnehmer, die unter Punkt 3.4. des ergänzenden Gutachtens angeführt sind.
Es ist damit von einer Unterentlohnung in Höhe von rund 1,21 % der gesamten im Jahr 2015 geleisteten Entgelte auszugehen.
Dieses Gutachten wurde über gerichtlichen Auftrag weiter ergänzt und zwar einerseits hinsichtlich der Aufschlüsselung der prozentuellen Unterentlohnung für jeden einzelnen Dienstnehmer, und andererseits dahingehend, dass eine Berechnung erfolgte, ob ein Überhang einer Überzahlung des laufenden Entgeltes zur Unterentlohnung der Sonderzahlung stattgefunden hat (Beilagen 2) und 3) zur Verhandlungsschrift vom 14.07.2020). Diese Berechnungstabellen lauten wie folgt:

Belage 2:

Personal-nummer	Name	Erhöhung Weihnachts-remuneration (WR) lt Sachverständigem	Erhöhung Urlaubszuschuss (UZ) 1t Sachverständigem	WR+UZje Dienstnehmer lt Sachverständigem	tatsächlich geleistetes lfd Entgelt +SZ	Unterent-lohnung WR+UZ in Prozent
11833	B	171,08 €	233,27 €	404,35 €	21.534,80 €	1,88%
11290	C	200,14 €	195,64 €	395,78 €	15.471,63 €	2,56%
55	G Z	208,69 €	0,00 €	208,69 €	28.299,29 €	0,74%
11386	H	244,83 €	0,00 €	244,83 €	28.356,89 €	0,86%
11842	M	106,65 €	106,65 €	213,30 €	17.685,72 €	1,21%
11590	M	143,45 €	0,00 €	143,45 €	21.876,06 €	0,66%
11935	P	0,00 €	654,28 €	654,28 €	9.368,89 €	6,98%
11565	A	160,13 €	81,77 €	241,90 €	26.416,92 €	0,92%
60196	B	145,38 €	166,72 €	312,10 €	28.838,62 €	1,08%
1130	C	167,80 €	0,00 €	167,80 €	37.128,38 €	0,45%
60009	G	380,17 €	0,00 €	380,17 €	45.671,01 €	0,83%
11709	H	236,65 €	0,00 €	236,65 €	31.003,53 €	0,76%
11622	H	497,50 €	0,00 €	497,50 €	32.164,44 €	1,55%
11049	K	97,67 €	0,00 €	97,67 €	37.173,43 €	0,26%
11766	K	274,54 €	201,52 €	476,06 €	28.073,28 €	1,70%
297	M	432,32 €	0,00 €	432,32 €	41.964,88 €	1,03%
11774	M	243,39 €	235,43 €	478,82 €	28.776,43 €	1,66%

11835	P	188,09 €	268,68 €	456,77 €	21.406,76 €	2,13%
11708	S	264,04 €	0,00 €	264,04 €	32.053,03 €	0,82%
62	S	160,89 €	248,60 €	409,49 €	26.478,07 €	1,55%
60064	T	660,05 €	145,17 €	805,22 €	31.496,15 €	2,56%
655	T	618,43 €	0,00 €	618,43 €	26.160,57 €	2,36%
Summe		5.601,88 €	2.537,73 €	8.139,61 €	617.398,78 €	

Beilage 3 :

Personal-nummer	Name	WR+UZje Dienstnehmer lt Sachverständigem	tatsächlich geleistetes lfd Entgelt +SZ	Kollektiw. Überzahlung des laufenden Entgelts zu BG B	Überhang Überzahlung lfd Entgelt zu Unterentlohnung SZ
11833	B	404,35 €	21.534,80 €	3.711,84 €	3.307,49 €
11290	C	395,78 €	15.471,63 €	1.415,80 €	1.020,02 €
55	G Z	208,69 €	28.299,29 €	2.782,03 €	2.573,34 €
11386	H	244,83 €	28.356,89 €	0,00 €	0,00 €
11842	M	213,30 €	17.685,72 €	653,38 €	440,07 €
11590	M	143,45 €	21.876,06 €	1.984,53 €	1.841,08 €
11935	P	654,28 €	9.368,89 €	837,89 €	183,61 €
11565	A	241,90 €	26.416,92 €	2.999,05 €	2.757,15 €
60196	B	312,10 €	28.838,62 €	4.465,73 €	4.153,63 €
1130	C	167,80 €	37.128,38 €	10.161,60 €	9.993,80 €
60009	G	380,17 €	45.671,01 €	12.049,32 €	11.669,15 €
11709	H	236,65 €	31.003,53 €	5.127,21 €	4.890,56 €
11622	H	497,50 €	32.164,44 €	2.489,53 €	1.992,03 €
11049	K	97,67 €	37.173,43 €	9.408,99 €	9.311,32 €
11766	K	476,06 €	28.073,28 €	4.169,00 €	3.692,94 €
297	M	432,32 €	41.964,88 €	11.897,85 €	11.465,53 €
11774	M	478,82 €	28.776,43 €	4.512,27 €	4.033,45 €
11835	P	456,77 €	21.406,76 €	3.559,94 €	3.103,17 €
11708	S	264,04 €	32.053,03 €	5.028,99 €	4.764,95 €
62	S	409,49 €	26.478,07 €	4.437,21 €	4.027,72 €
60064	T	805,22 €	31.496,15 €	4.552,61 €	3.747,39 €
655	T	618,43 €	26.160,57 €	2.147,63 €	1.529,20 €
Summe		8.139,61 €	617.398,78 €	98.392,39 €	90.497,60 €

Demnach würde sich bei einer Kompensation des laufenden Entgeltes mit der Unterzahlung der Sonderzahlung bei allen Dienstnehmern, mit Ausnahme des Dienstnehmers H, jeweils eine Überzahlung ergeben.

Der Beschwerdeführer hat die Lohnverrechnung zwar prinzipiell an ein Steuerberatungsbüro übertragen, es kann aber nicht festgestellt werden, ob dies im Jahr 2015 auch zur Gänze so erfolgt war (Seite 2 des Verhandlungsprotokolls vom 14.07.2020).

Dem Beschwerdeführer wurde Ende 2017 ein Prüfbericht der G übergeben, woraus ersichtlich war, dass es zu einer Unterentlohnung gekommen war und die Fehlbeträge waren ebenfalls abgebildet. Der Differenzbetrag der Unterentlohnung wurde vom Beschwerdeführer nicht beglichen, es ist kein Aufforderungsschreiben

vor Durchführung des Verfahrens an ihn ergangen, dass der durch die G festgestellte Betrag der Unterentlohnung zu bezahlen wäre. Der Beschwerdeführer hat in der mündlichen Verhandlung am 14.07.2020 die Absicht geäußert, den Betrag der festgestellten Unterentlohnung begleichen zu wollen, weil sich dies strafmildernd auswirken könnte, er hat aber bis zum heutigen Tag keine Nachweise der Begleichung der Unterentlohnung erbracht.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorgelegten Behördenakt, dem beigeschafften Akt der OÖGKK zur G-Prüfung der T P GmbH, den Ergebnissen der öffentlichen mündlichen Verhandlung und den erstellten Gutachten des gerichtlich beeideten Buchsachverständigen Mag. Dr. R B ergibt.
Vom Beschwerdeführer wurde die zeugenschaftliche Einvernahme des Steuerberaters und dessen Angestelltem beantragt, weil die Lohnverrechnung von diesen bewerkstelligt wurde. Diesem Antrag auf zeugenschaftliche Einvernahme des Steuerberaters und dessen Angestellten war keine Folge zu geben, denn zugunsten des Bf wird davon ausgegangen, dass die Lohnverrechnung im Jahr 2015 zur Gänze durch den Steuerberater und dessen Angestellten für die Firma des Bf erfolgte und vom gerichtlich bestellten Buchsachverständigen konnte die Lohnverrechnung auf Grund der vorgelegten Unterlagen auch ohne weitere Ausführungen des Steuerberaters und dessen Bediensteten nachvollzogen werden. Bei Unklarheiten der Berechnung oder des Sachverhalts wurden jeweils Annahmen zu Gunsten des Beschwerdeführers getroffen, sodass auch ohne Befragung des Steuerberaters und dessen Angestellten eine gesicherte Aussage hinsichtlich der Unterentlohnung bei den Sonderzahlungen getroffen werden konnte.
Im Übrigen wäre es am Beschwerdeführer selbst gelegen, dem vom Gericht eingeholten Gutachten auf gleicher fachlicher Ebene entgegen zu treten.
Soweit aus den vorgelegten Gutachten Zweifelsfragen ersichtlich waren, erging der Auftrag an den Sachverständigen, die erdenklichen und erkennbaren Berechnungsunsicherheiten auszuklammern und Zweifelsfragen so zu würdigen, dass sich diese zu Gunsten des Beschwerdeführers auswirken. In der Ergänzung des Gutachtens vom 22.06.2020 sind daraus resultierend nur jene 22 Fälle verblieben, hinsichtlich derer ein Schuldspruch erfolgte, bei denen es gesichert zu einer Unterentlohnung gekommen war.

Die unterfertigte Richterin des Landesverwaltungsgericht Oberösterreichs hat keine Zweifel an der Richtigkeit des vorliegenden Gutachtens samt dessen Ergänzungen, diese sind schlüssig und nachvollziehbar. Es bestehen somit keine Bedenken, diese Gutachten der Rechtsmittelentscheidung zu Grunde zu legen. Im Übrigen wurden die erstellten Gutachten inhaltlich auch vom Beschwerdeführer bzw. dessen Rechtsvertreter nicht in Zweifel gezogen, sodass das Gutachten mit seinen Ergänzungen der Beurteilung des Sachverhalts zu Grunde gelegt werden kann.

Der Beschwerdeführer hat es zwar bedauert, dass er nicht aufgefordert wurde, den Fehlbetrag der Unterentlohnung zu bezahlen, er hat aber auch in der mündlichen Verhandlung keinen Nachweis erbracht, dass eine solche Zahlung erfolgt wäre, sodass davon auszugehen ist, dass die festgestellte Unterentlohnung auch nachträglich nicht ausgeglichen wurde. Die vom Beschwerdeführer geäußerte Meinung in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 03.02.2020, dass die Beträge der Unterentlohnung in dem mit der OÖGKK abgeschlossenen Vergleich beinhaltet wären, hat er selbst durch seine Aussagen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 14.07.2020 widerlegt, wonach er dezidiert angegeben hatte, dass ihm eine Möglichkeit zur Bezahlung zum Ausgleich der Unterentlohnung nicht eingeräumt wurde. Damit aber war auch zu diesem Punkt eine Befragung des Steuerberaters D obsolet.

3.3. Das LVwG OÖ hat in rechtlicher Hinsicht erwogen:

3.3.1. Die maßgeblichen Rechtsvorschriften lauten:

„§ 7g Abs. 1 AVRAG idF 31.12.2015
Stellt der zuständige Träger der Krankenversicherung im Rahmen seiner Tätigkeit fest, dass der/die Arbeitgeber/in
1. dem/der dem ASVG unterliegenden Arbeitnehmer/in oder
2. dem/der Arbeitnehmer/in, der/die seinen/ihren gewöhnlichen Arbeitsort in Österreich hat ohne dem ASVG zu unterliegen,
nicht zumindest das ihm/ihr nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag in Österreich unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zustehende Entgelt im Sinne des § 7i Abs. 5 leistet, gilt § 7e Abs. 3 bis 5 mit der Maßgabe, dass an die Stelle des Kompetenzzentrums LSDB der zuständige Träger der Krankenversicherung tritt.

§ 7i Abs. 5 AVRAG idF 31.12.2015
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.

§ 7i Abs. 6 AVRAG idF 31.12.2015
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
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.

3.3.2. Wie sich aus den Feststellungen ergibt, hat eine Verkürzung des Entgeltes im Bereich der Sonderzahlungen hinsichtlich jener 22 Arbeitnehmer, bezüglich derer die Beschwerde abgewiesen wurde, stattgefunden.
Vom Beschwerdeführer wird ins Treffen geführt, dass hinsichtlich dieser Arbeitnehmer auf Grundlage der Einstufung in die Lohngruppe B eine Überzahlung des gebührenden Entgeltes stattgefunden hat, und dass die Unterentlohnung im Bereich der Sonderzahlungen durch die Mehrleistung im Bereich des Entgeltes, das auf Grund des Stundensatzes der Entlohnungsgruppe B gezahlt wurde, wonach dieser überhöht war, zu kompensieren ist.
Dem allerdings ist entgegenzuhalten, dass die vom Gesetz vorgenommene Begrenzung der Anrechnungsautomatik gemäß § 7i Abs. 5 zweiter Satz AVRAG auf idente Zahlungszeiträume der arbeitsrechtlichen Fälligkeitsbetrachtung abstellt. Hier liegt hinsichtlich laufendem Entgelt und Sonderzahlungen nicht derselbe Lohnzahlungszeitraum vor, wird doch das laufende Entgelt monatlich abgerechnet und die Sonderzahlungen unterliegen einem sechsmonatigen Durchrechnungszeitraum. Damit aber kann es zu keiner Kompensation der zu wenig geleisteten Sonderzahlungen durch Überzahlung des laufenden Entgeltes auf der Grundlage der Lohneinstufung B hinsichtlich der angeführten Arbeitnehmer kommen, sodass von einer Unterentlohnung auszugehen ist.

Der Beschwerdeführer hat somit das Tatbild der ihm vorgeworfenen Verwaltungsübertretung erfüllt.

3.3.3. Zur subjektiven Tatseite wird darauf hingewiesen, dass zur Strafbarkeit gemäß § 5 Abs. 1 VStG fahrlässiges Verhalten genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.
Dem Beschwerdeführer ist hier zuzugestehen, dass ihn ein geringes Verschulden trifft, hat er doch eine Steuerberatungskanzlei beauftragt, die Lohnverrechnung für seinen Betrieb vorzunehmen. Ihm ist aber ein Überwachungsverschulden vorzuwerfen, es wäre an ihm gelegen, eine ordnungsgemäße Lohnverrechnung sicherzustellen.

Damit hat der Beschwerdeführer auch die subjektive Tatseite der ihm vorgeworfenen Verwaltungsübertretung erfüllt.

3.3.4. Zur Strafbemessung ist auszuführen, dass von der belangten Behörde jeweils nur die Mindeststrafe verhängt wurde, sodass sich eine Auseinandersetzung mit den Strafzumessungsgründen erübrigt. Eine außerordentliche Strafmilderung konnte mangels Vorliegen der Voraussetzung des § 20 VStG nicht zur Anwendung kommen, ist doch nicht von einem Überwiegen von Strafmilderungs- gegenüber Straferschwerungsgründen auszugehen. Strafmilderungsgründe wurden mit Ausnahme des Hinweises auf das äußerst geringe Verschulden des Beschwerdeführers nicht ins Treffen geführt und sind auch im Verfahren nicht zu Tage getreten. Straferschwerend ist zu werten, dass von der Unterentlohnung 22 Arbeitnehmer betroffen sind und die Unterentlohnung über einen längeren Zeitraum stattgefunden hat.
Auch kann nicht außer Acht gelassen werden, dass das Beweisverfahren hervorgebracht hat, dass der Großteil der Arbeitnehmer richtigerweise in eine höhere Lohnstufe als die im bekämpften Bescheid vorgeworfene Lohnstufe B einzustufen gewesen wären, sodass sich bei Vorwurf der Tat mit der korrekten Einstufung eine wesentlich höhere Unterentlohnung erbeben hätte und auch eine Unterentlohnung bei weiteren Arbeitnehmern festzustellen gewesen wäre. Aufgrund des Verbotes der reformatio in peius konnte dies dem Bf nachträglich aber nicht angelastet werden. Die Verhängung der Mindeststrafe für die im Spruch angeführten 22 Arbeitnehmer bei denen sich eine Schwankungsbreite der Unterentlohnung von 0,26 % bis 6,98 % ergibt (siehe Tabelle in den Feststellungen Seite 45 und 46 dieses Erkenntnisses) war daher jedenfalls nicht überhöht und es war spruchgemäß zu entscheiden.

Zu II.:
Die Revision ist zulässig, weil eine Rechtsfrage zu beurteilen war der grundsätzliche Bedeutung zukommt und zu der noch keine höchstgerichtliche Judikatur zur Frage der Zahlungszeitraumbezogenheit bei Kompensation einer Unterentlohnung von Sonderzahlungen durch eine Überzahlung beim laufenden Entgelt und Anrechnungsautomatik des Entgelts auf Sonderzahlungen ersichtlich ist.

Zu III.:
Hinsichtlich jener Spruchpunkte, zu denen die Beschwerde erfolgreich war, waren für das Verfahren vor dem LVwG OÖ keine Kostenbeiträge vorzuschreiben und die Kosten zum Verfahren vor der belangten Behörde waren aufzuheben. Weil der Beschwerde zu den Spruchpunkten 3 betreffend H A, 4 betreffend S B, 5 betreffend R B, 8 betreffend S C, 9 betreffend J C, 13 betreffend Z G, 14 betreffend H G, 17 betreffend G H, 18 betreffend B K H, 20 betreffend D H, 27 betreffend D K, 30 betreffend R K, 33 betreffend M M, 36 betreffend S M, 37 betreffend D M, 38 betreffend N M, 41 betreffend Z P, 42 betreffend A P, 44 betreffend C S, 48 betreffend L S, 52 betreffend K T und 55 betreffend H T keine Folge gegeben wurde, waren gemäß § 52 Abs. 1 u. 2 VwGVG für jeden dieser Spruchpunkte Kosten für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht in Höhe von 20 % der verhängten Strafen vorzuschreiben.

Zu IV.:
Gemäß § 52 Abs. 3 erster Satz VwGVG ist dem Bestraften, wenn im verwaltungsgerichtlichen Verfahren Barauslagen erwachsen (§ 76 AVG) sind, der Ersatz dieser Auslagen aufzuerlegen, soweit sie nicht durch Verschulden einer anderen Person verursacht sind; der hiernach zu ersetzende Betrag ist, wenn tunlich, im Erkenntnis, sonst durch besonderen Beschluss ziffernmäßig festzusetzen.
Für die Beurteilung der erfolgten Unterentlohnung war die Beiziehung eines nichtamtlichen Buchsachverständigen erforderlich.

Der Sachverständige hat die angefallenen Gebühren mit Note vom 24.04.2020 mit 1.4673,50 Euro sowie mit Note vom 15.06.2020 mit 856,10 Euro richtig bekannt gegeben. Die Beträge wurden vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Beschluss vom 07.05.2020, GZ: LVwG-302351/28/BMa/GH, sowie mit Beschluss vom 20.07.2020, GZ: LVwG-302351/44/BMa/HU, bestimmt und vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich bereits überwiesen. Diese Barauslagen waren dem Beschwerdeführer anteilsmäßig für jene Arbeitnehmer, für die ein Schuldspruch erfolgt war, gemäß § 52 Abs. 3 VwGVG iVm § 76 AVG vorzuschreiben.

Zu V.:
Die ordentliche Revision zu den Spruchpunkten III. und IV. 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 solchen. Die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen.

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

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen Revision hinsichtlich der Entscheidung in der Sache, sowie einer außerordentlichen Revision hinsichtlich des Ausspruchs zur Kostenvorschreibung und zur Vorschreibung der Barauslagen, 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 Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder

aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.
Ein Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Verfahrenshilfe für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.
Ein Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einzubringen.

Mit der rechtskräftigen Bestrafung die Eintragung des/der Beschuldigten und jenes Unternehmens, dem die Bestrafung zuzurechnen ist, in die Evidenz verbunden ist.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bergmayr-Mann