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-302677/17/KHa**

Datum: **Linz, 22. Juni 2021**

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. Haas über die Beschwerde des S A C, vertreten durch S & H, Rechtsanwälte GmbH, K, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 20. Februar 2020, GZ: 0050599/2019, wegen Übertretungen nach dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 3. Februar 2021 sowie am 15. April 2021

zu Recht:

I. Spruchpunkt 1:
Hinsichtlich Spruchpunkt 1 wird der Beschwerde mit der Maßgabe stattgegeben, dass nach Zitierung der verletzten Verwaltungsvorschriften nach der Bezeichnung „(LSD-BG)" die Wortfolge „, idF BGBl. I Nr. 44/2016" angefügt wird sowie im Strafausspruch als Rechtsgrundlage die Wortfolge „§§ 27 Abs. 1, 29 Abs. 1 LSD-BG" durch die Wortfolge „§§ 27 Abs. 1 erster Strafsatz, § 29 Abs. 1 dritter Strafsatz LSD-BG, idF BGBl. I Nr. 44/2016" ersetzt wird. Hinsichtlich der verhängten Strafe wird die von der belangten Behörde verhängte Geldstrafe auf 900,00 Euro herabgesetzt sowie die verhängte Ersatzfreiheitsstrafe ersatzlos behoben. Darüber hinaus wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Spruchpunkte 2a bis 2i:
Hinsichtlich der Spruchpunkte 2a bis 2i wird der Beschwerde mit der Maßgabe stattgegeben, dass nach der Zitierung der verletzten Verwaltungsvorschrift nach der Bezeichnung „(LSD-BG)" die Wortfolge „, idF BGBl. I Nr. 44/2016 iVm dem Kollektivvertrag für Feuerfest- und Schornstein-(Kamin-)Bau und dem Kollektivvertrag für Bauindustrie und Baugewerbe" angefügt wird sowie im Strafausspruch als Rechtsgrundlage die Wortfolge „§§ 27 Abs. 1, 29 Abs. 1 LSD-BG" durch die Wortfolge „§§ 27 Abs. 1 erster Strafsatz,

§ 29 Abs. 1 dritter Strafsatz LSD-BG, idF BGBl. I Nr. 44/2016" ersetzt wird. Weiters wird die Berechnung der Unterentlohnung insofern korrigiert, als in den Spruchpunkten 2a, 2b, 2c, 2d, 2e und 2f lediglich der Anteil der Erschwerniszulage im Ausmaß von 3 % berücksichtigt wird, sowie in den Spruchpunkten 2g, 2h und 2i die Berücksichtigung der Schmutz- und Erschwerniszulage im Ausmaß von 6 % zur Gänze entfällt, sodass sich die Berechnung der Unterentlohnung wie folgt darstellt:

a) G P B F

Entgeltart	Zeitraum	Geleistetes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Gebührendes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Differenz Euro
Grundlohn	04.-05.12.2018	20h/€8,48/€169,60	20h/€ 20,55/€411,00	€241,40
Weihn.geld		-/€0,00/€0,00	20h/€ 2,16/€43,20	€43,20
Zulage	3% Erschwerniszulage	-/€0,00/€0,00	20h/€0,62/€12,40	€12,40
Gesamt		€169,60	€466,60	€297,00

Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung von 63,65 %

b) G P J

Entgeltart	Zeitraum	Geleistetes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Gebührendes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Differenz Euro
Grundlohn	04.-05.12.2018	20h/€8,62/€172,40	20h/€17,38/€347,60	€175,20
Weihn.geld		-/€0,00/€0,00	20h/€1,82/€36,40	€36,40
Zulage	3% Erschwerniszulage	-/€0,00/€0,00	20h/€0,52/€10,40	€10,40
Gesamt		€172,40	€394,40	€222,00

Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung von 56,29 %

c) C I

Entgeltart	Zeitraum	Geleistetes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Gebührendes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Differenz Euro
Grundlohn	04.-05.12.2018	20h/€7,29/€145,80	20h/€17,38/€347,60	€201,80
Weihn.geld		-/€0,00/€0,00	20h/€1,82/€36,40	€36,40
Zulage	3% Erschwerniszulage	-/€0,00/€0,00	20h/€ 0,52/€10,40	€10,40
Gesamt		€145,80	€394,40	€248,60

Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung von 63,03 %

d) R V V J

Entgeltart	Zeitraum	Geleistetes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Gebührendes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Differenz Euro
Grundlohn	04.-05.12.2018	20h/€3,82/€76,40	20h/€17,38/€347,60	€271,20
Weihn.geld		-/€0,00/€0,00	20h/€1,82/€36,40	€36,40
Zulage	3% Erschwerniszulage	-/€0,00/€0,00	20h/€0,52/€ 10,40	€10,40
Gesamt		€76,40	€394,40	€318,00

Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung von 80,63 %

e) R D C C L V

Entgeltart	Zeitraum	Geleistetes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Gebührendes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Differenz Euro
Grundlohn	04.-05.12.2018	20h/€6,56/€131,20	20h/€17,38/€347,60	€216,40
Weihn.geld		-/€0,00/€0,00	20h/€1,82/€36,40	€36,40
Zulage	3% Erschwerniszulage	-/€0,00/€0,00	20h/€0,52/€10,40	€10,40
Gesamt		€131,20	€394,40	€263,20

Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung von 66,73 %

f) N S C A

Entgeltart	Zeitraum	Geleistetes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Gebührendes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Differenz Euro
Grundlohn	04.-05.12.2018	20h/€8,68/€173,60	20h/€17,38/€347,60	€174,00
Weihn.geld		-/€0,00/€0,00	20h/€1,82/€36,40	€36,40
Zulage	3% Erschwerniszulage	-/€0,00/€0,00	20h/€0,52/€10,40	€10,40
Gesamt		€173,60	€394,40	€220,80

Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung von 55,98 %

g) L D A A J

Entgeltart	Zeitraum	Geleistetes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Gebührendes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Differenz Euro
Grundlohn	04.-05.12.2018	20h/€6,94/€138,80	20h/€12,09/€241,80	€103,00
Weihn.geld		-/€0,00/€0,00	20h/€1,27/€25,40	€25,40
Zulage				
Gesamt		€138,80	€267,20	€128,40

Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung von 48,05 %

h) A P B A

Entgeltart	Zeitraum	Geleistetes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Gebührendes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Differenz Euro
Grundlohn	04.-05.12.2018	20h/€3,83/€76,60	20h/€12,09/€241,80	€165,20
Weihn.geld		-/€0,00/€0,00	20h/€1,27/€25,40	€25,40
Zulage				
Gesamt		€76,60	€267,20	€190,60

Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung von 71,33 %

i) B R J P

Entgeltart	Zeitraum	Geleistetes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Gebührendes Entgelt Stunden/Satz/Entgelt	Differenz Euro
Grundlohn	04.-05.12.2018	20h/€3,56/€71,20	20h/€ 12,09/€241,80	€170,60
Weihn.geld		-/€0,00/€0,00	20h/€ 1,27/€25,40	€25,40
Zulage				
Gesamt		€71,20	€267,20	€196,00

Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung von 73,35 %

Hinsichtlich der verhängten Strafen wird die zu den Spruchpunkten 2a, 2b, 2c, 2e, 2f und 2g verhängte Geldstrafe auf jeweils

2.400,00 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe jeweils 40 Stunden) sowie die zu den Spruchpunkten 2d, 2h und 2i verhängte Geldstrafe auf jeweils 2.800,00 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe jeweils 47 Stunden) herabgesetzt.

Darüber hinaus wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Hinsichtlich Spruchpunkt 1 hat der Beschwerdeführer keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Der Kostenbeitrag für das Verfahren vor der belangten Behörde reduziert sich auf 90,00 Euro.

Hinsichtlich der Spruchpunkte 2a bis 2i hat der Beschwerdeführer keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Der Kostenbeitrag für das Verfahren vor der belangten Behörde reduziert sich auf insgesamt 2.280,00 Euro (Spruchpunkte 2a, 2b, 2c, 2e, 2f, 2g jeweils 240,00 Euro sowie Spruchpunkte 2d, 2h und 2i jeweils 280,00 Euro).

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

I.1. Vorweg wird darauf hingewiesen, dass der Bürgermeister der Stadt Linz als belangte Behörde auch gegen B E M C als zweite Geschäftsführerin der B, ein Straferkenntnis (GZ: 0050597/2019) mit gleichlautendem Tatvorwurf und gleichlautenden Strafen erlassen hat. Aufgrund der gegen dieses Straferkenntnis erhobenen Beschwerde ist vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich, zu LVwG-302678-2020, ein weiteres Beschwerdeverfahren zum identen, auch in diesem Verfahren relevanten, Sachverhalt anhängig. Die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren, zu LVwG-302678, B E M C, wird ebenfalls vom Rechtsvertreter des verfahrensgegenständlichen Beschwerdeführers vertreten.

I.2. Mit dem im gegenständlichen Verfahren, zu LVwG-302677-2020, angefochtenen Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz (im Folgenden: belangte Behörde) vom 20. Februar 2020, GZ: 0050599/2019, wurden dem Beschwerdeführer als verwaltungsstrafrechtlich verantwortliches zur Vertretung nach außen befugtes Organ der B M einerseits eine Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) bezüglich der Nichtübermittlung der angeforderten Lohnunterlagen in Form der Arbeitsaufzeichnungen für den Lohnzeitraum Dezember 2018 hinsichtlich der 16 genannten Arbeitnehmer gemäß § 15 Abs. 2 iVm § 27 Abs. 1 LSD-BG (Spruchpunkt 1) sowie andererseits insgesamt neun Übertretungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) in der Form von Unterentlohnungen gemäß § 29 Abs. 1 LSD-BG (Spruchpunkte 2a bis 2i) vorgeworfen.

Über den Beschwerdeführer wurden folgende Geldstrafen verhängt:
Spruchpunkt 1: Geldstrafe in Höhe von 1.500,00 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 100 Stunden);
Spruchpunkte 2a, 2b, 2c, 2e, 2f und 2g: Geldstrafen von je 2.500,00 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe je 42 Stunden)
Spruchpunkte 2d, 2h und 2i: Geldstrafen von je 3.000,00 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe je 50 Stunden)

Dem Beschwerdeführer wurden hinsichtlich der Spruchpunkte 2a bis 2i folgende Unterentlohnungen vorgeworfen:

Spruchpunkt 2a:	G P B F: Unterentlohnung von 64,58 % (Differenz: 309,18 Euro)
Spruchpunkt 2b:	G P J: Unterentlohnung von 57,42 % (Differenz: 232,53 Euro)
Spruchpunkt 2c:	C I: Unterentlohnung von 63,99 %

(Differenz: 259,13 Euro)
Spruchpunkt 2d: R V V J: Unterentlohnung von 81,13 %
(Differenz: 328,53 Euro)
Spruchpunkt 2e: R D C C L V: Unterentlohnung von 67,60 %
(Differenz: 273,73 Euro)
Spruchpunkt 2f: N S C A: Unterentlohnung von 57,13 %
(Differenz: 231,33 Euro)
Spruchpunkt 2g: L D A A J: Unterentlohnung von 50,72 %
(Differenz: 142,88 Euro)
Spruchpunkt 2h: A P B A: Unterentlohnung von 72,81 %
(Differenz: 205,08 Euro)
Spruchpunkt 2i: B R J P: Unterentlohnung von 74,72 %
(Differenz: 210,48 Euro)

Die belangte Behörde führte zusammengefasst aus, dass sich gemäß der im Straferkenntnis dargelegten tabellarisch dargestellten Berechnung die jeweilige Unterentlohnung errechne.

Hinsichtlich der Weihnachtsremuneration sehe der anzuwendende Kollektivvertrag für Feuerfest- und Schornstein- (Kamin-)Bau 2018 aufgrund des Verweises auf die Bestimmungen des Kollektivvertrages für Bauindustrie und Baugewerbe ein Weihnachtsgeld nach einmonatiger Betriebszugehörigkeit vor. Dieses Weihnachtsgeld werde nach folgender Formel berechnet:
Jahresstundenlohn/39 x KollV-Lohn x 3,41 x 1,2

Weiters sehe der Kollektivvertrag für Feuerfest- und Schornstein- (Kamin-)Bau eine Schmutz- und Erschwerniszulage für die Reparatur bzw. Zustellung von u.a. Stoßöfen in Höhe von 6 % des kollektivvertraglichen Bruttostundenlohnes vor. Bei derartigen kombinierten Zulagen (Schmutzzulagen würden gemäß § 49 Abs. 3 ASVG nicht zum Entgeltsbestandteil zählen während Erschwerniszulagen einen Entgeltsbestandteil darstellen würden) sei im Zweifel von einem beitragspflichtigen Entgelt auszugehen.

Aus diesen Gründen sei gegen § 29 Abs. 1 LSD-BG verstoßen worden, wonach Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern 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.

I.3. Dagegen richtet sich die mit Schriftsatz vom 26. März 2020 eingebrachte Beschwerde. In dieser wird zusammengefasst ausgeführt, dass zentraler Punkt für die Beurteilung einer Unterentlohnung sei, dass den Dienstnehmern dasselbe Nettoentgelt zukommen müsse, wie dies nach österreichischen gesetzlichen, verordnungsgemäßen oder kollektivvertraglichen Regelungen zustehen würde. Es

sei daher auf das portugiesische Entgeltsrecht abzustellen, nach dem *„de ajudas de custo*" als Entgelt, nicht aber als echter Aufwandsersatz iSd § 49 Abs. 3 ASVG zu qualifizieren seien. Daher sei auch keine Unterentlohnung gegeben gewesen.

Auch sei die Berücksichtigung des nicht fälligen Weihnachtsgeldes unzulässig und stehe dies in diametralem Widerspruch zum Gesetz. Hinsichtlich der Erschwerniszulage sei diese „im Zweifel" als beitragsfreies Entgelt zu qualifizieren.

Im vorliegenden Sachverhalt liege überdies ein Fall der Arbeitskräfteüberlassung vor, sodass der gegenüber dem Beschwerdeführer gemachte Tatvorwurf rechtlich unzutreffend sei und werde überdies der Einwand der Verfolgungsverjährung gemäß § 31 Abs. 1 VStG erhoben.

Zudem seien die Regelungen der §§ 21 ff LSD-BG sowie der §§ 3 und 29 LSD-BG als europarechtswidrig sowie als verfassungswidrig zu qualifizieren. Eine geltungserhaltende Reduktion im Sinne des Erkenntnisses des VwGH vom 15.10.2019, Ra 2019/11/0033 bis 0034 sei unzulässig.

I.4. Die belangte Behörde hat mit Schreiben vom 30. März 2020 die gegenständliche Beschwerde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich entscheidet gemäß § 2 VwGVG durch die nach der Geschäftsverteilung berufene Einzelrichterin.

I.5. Mit Stellungnahme vom 1. Dezember 2020 führte die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (im Folgenden: BUAK) zum Vorbringen in der Beschwerde aus, dass maßgeblich nicht ein Vergleich des bezahlten mit dem gebührenden Nettoentgeltes sei, sondern gemäß den gesetzlichen Vorgaben auf einen Vergleich des Bruttoentgeltes abgestellt werden müsse.

Unklar sei zudem auch, aus welchen Gründen der Beschwerdeführer meine, es liege Arbeitskräfteüberlassung vor und daher sei die B M nicht als Arbeitgeber anzusehen. Auch im Falle einer Arbeitskräfteüberlassung werde der Beschäftiger nicht zum Arbeitgeber, sondern bleibe der Überlasser als Arbeitgeber weiterhin für die Einhaltung der aus dem Arbeitsvertrag resultierenden Pflichten verantwortlich.

Ebenso unverständlich seien die Ausführungen des Beschwerdeführers zum Einwand der Verfolgungsverjährung. Im Zusammenhang mit dem Tatbestand der Unterentlohnung sehe § 29 Abs. 3 LSD-BG eine Frist für die Verfolgungsverjährung von 3 Jahren ab Fälligkeit des Entgeltes vor. Die das gegenständliche Verfahren auslösende Baustellenkontrolle habe am 5. Dezember 2018 stattgefunden, das Straferkenntnis sei am 20. Februar 2020 erlassen worden. Eine Verfolgungsverjährung würde somit frühestens mit Dezember 2021 eintreten. Die Verfolgungsverjährung für die Nichtübermittlung fehlender Lohnunterlagen trete

nach einem Jahr ein. Die Aufforderung zur Rechtfertigung durch die belangte Behörde sei dem Beschwerdeführer am 4. September 2019, sohin innerhalb der einjährigen Verfolgungsverjährungsfrist zugegangen.

Auch unverständlich seien die Ausführungen des Beschwerdeführers zur Europarechtswidrigkeit bzw. zur Verfassungswidrigkeit der Bestimmungen der §§ 21 ff LSD-BG sowie §§ 3 und 29 LSD-BG.

I.6. Am 3. Februar 2021 fand vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, zu welcher der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers (welcher auch Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin B E M C im Verfahren LVwG-302678 ist), eine Vertreterin der belangten Behörde sowie eine Vertreterin der BUAK erschienen sind. Der Beschwerdeführer ist nicht zur Verhandlung erschienen.

Im Rahmen der Verhandlung am 3. Februar 2021 wurde die Sach- und Rechtslage erörtert und dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers aufgetragen, zu den offenen Fragestellungen, insbesondere zu der am Lohnzettel als *„de ajudas de custo*" bezeichneten Position sowie zur genauen Abwicklung der Lohnverrechnung bei Auslandseinsätzen in der B M, schriftlich Stellung zu nehmen. Weiters wurde der Rechtsvertreter um Abklärung mit den von ihm vertretenen Beschwerdeführern ersucht, ob der Beschwerdeführer bzw. B E M Cals weitere Geschäftsführerin der B M, im Rahmen einer Einvernahme vor dem erkennenden Gericht Auskunft zur Lohnabrechnung bei Auslandseinsätzen geben können, da ansonsten eine Person aus dem Bereich der B M bekannt zu geben wäre, welche die diesbezüglichen Auskünfte erteilen kann. Dies wurde vom Rechtsvertreter des Beschwerdeführers zur Kenntnis genommen und zugesagt.

I.7. In einer kurzen Stellungnahme vom 4. März 2021 wurde seitens des Beschwerdeführers abermals auf die Untauglichkeit des Bruttoentgelts bei der Vergleichsberechnung nach dem LSD-BG hingewiesen und die Anregung auf die Einleitung eines Normenkontrollverfahrens wiederholt. Ausführungen zur konkreten Lohnverrechnung und den Abrechnungsmodalitäten bei Auslandsaufenthalten erfolgten, trotz den diesbezüglichen Erörterungen in der mündlichen Verhandlung vom 3. Februar 2021, nicht. Die Bekanntgabe eines Zeugen aus dem Bereich der B M zur Frage der konkreten Lohnabrechnung, insbesondere bei Auslandseinsätzen, erfolgte ebenfalls nicht.

I.8. In einer Stellungnahme der BUAK vom 8. Februar 2021 erfolgte hinsichtlich der Arbeitnehmer A J L A (Spruchpunkt 2g), B A A P(Spruchpunkt 2h) sowie J P B R (Spruchpunkt 2i) eine Korrektur der Berechnung zur Unterentlohnung insofern, als diese bei den drei genannten Arbeitnehmern ohne Berücksichtigung der 6%igen Schmutz- und Erschwerniszulage neu erfolgte.

I.9. Mit Schriftsatz vom 14. April 2021 hat der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers auf zwei anhängige Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH zum LSD-BG verwiesen.

I.10. Am 15. April 2021 fand die Fortsetzung der öffentlichen mündlichen Verhandlung statt. An dieser Verhandlung haben weder der Beschwerdeführer noch die Beschwerdeführerin im Verfahren LVwG-302678 teilgenommen. Dem erkennenden Gericht wurde nicht belegt, dass dem Beschwerdeführer ein Erscheinen zur Verhandlung nicht möglich gewesen wäre. Anwesend waren der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, eine Vertreterin der belangten Behörde sowie eine Vertreterin der BUAK. Der geladene Zeuge H S, Mitarbeiter und Kontrollorgan der BUAK, wurde zum Ablauf der Kontrolle einvernommen.

Aufgrund des erst am 14. April 2021 eingebrachten umfangreichen Vorbringens des Beschwerdeführers zur EuGH-Judikatur wurde sowohl der BUAK als auch der belangten Behörde die Möglichkeit eingeräumt, binnen einer Frist von 10 Tagen eine Stellungnahme abzugeben. Eine solche wurde nicht an das erkennende Gericht übermittelt, sodass nunmehr die Entscheidung schriftlich ergeht.

II. Es steht folgender entscheidungsrelevanter S A C H V E R H A L T fest:

II.1. Der Beschwerdeführer ist und war auch im verfahrensgegenständlichen Tatzeitraum (4. und 5. Dezember 2018) Geschäftsführer und somit nach außen vertretungsbefugtes Organ der B mit dem Firmensitz in Avenida Dr. J A. Die B M ist im portugiesischen Firmenbuchregister unter der Nummer NIPC: x eingetragen.

Neben dem Beschwerdeführer ist und war auch B E M C Geschäftsführerin und somit nach außen vertretungsbefugtes Organ der B. Eine Geschäftsverteilung, wonach einer der beiden Geschäftsführer speziell für Personalangelegenheiten bzw. Lohneinstufungsfragen zuständig wäre, wurde nicht vorgelegt und vom Beschwerdeführer auch nicht behauptet.

Die belangte Behörde hat auch gegen B E M Cein Straferkenntnis (zu GZ: 0050597/2019) mit gleichlautendem Tatvorwurf und Verhängung gleichlautender Strafen erlassen. Das Beschwerdeverfahren ist vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich, zu GZ: LVwG-302678-2020, anhängig.

Der Geschäftszweck der B (kurz: B M) besteht in der Abwicklung von Thermoindustriellen Bauvorhaben, im Handel mit Baumaterialien sowie im Zivilbau (freie Übersetzung aus dem portugiesischen *„Montagens termonindustriais, comércio de materiais de construcao e construcao civil*").

II.2. Am 5. Dezember 2018 wurde durch Erhebungsorgane der BUAK eine Baustellenkontrolle auf der Baustelle „V" V durchgeführt. Im Zuge der Kontrollen

wurden folgende 16 Arbeitnehmer der B M auf der Baustelle bei der Durchführung von Feuerfestbauarbeiten angetroffen:
1. G P J (geb. x 1972)
2. L D A A J (geb. x 1990)
3. A P B A (geb. x 1997)
4. G P B F (geb. x 1982)
5. C I (geb. x 1990)
6. R V V J (geb. x 1980)
7. R D C C L V (geb. x 1966)
8. N S C A (geb. x 1965)
9. B R J P (geb. x 1992)
10. O G F M (geb. x 1968)
11. V D S R G (geb. x 1987)
12. M V M F (geb. x 1972)
13. C P (geb. x1968)
14. Z V (geb. x 1972)
15. D S F N F (geb. x 1982)
16. F G F (geb. x 1976)

Mit Werkvertrag vom 28. November 2018 wurde die B M, mit der Durchführung von Feuerfestarbeiten auf der Baustelle V, im Zeitraum vom 4. Dezember bis 10. Dezember 2018 zum Festpreis von 64.960,00 Euro beauftragt.

Die B Mhat sich gegenüber der e GmbH zur Ausführung folgender Werkleistungen verpflichtet (Text aus Angebot vom 26. November 2018 übernommen):

„- Sach- und Fachgerechte Montage Einstosskrümmers STO 6
- *Sach- und Fachgerechte Montage Einstosskrümmerrückwand STO 6*
- *Abbruch der mit Schamottesteinen (Dichte 2,20 t/m3) ausgeführten Mauerbänke STO 6*
- *Abbruch der mit Fertigteilen (m = 65 kg/Stk.) ausgeführten Stoßbahnpfeiler STO 6*
- *Abbruch der mit der mit Fertigteilen ausgeführten Rohrverkleidung STO 6*
- *Sach- und Fachgerechte Montage von Fertigteilen für die Rohrverkleidung beim STO 6 inklusive Herstellung der erforderlichen Dehnungen*
- *Sach- und fachgerechte Herstellung der Schräge entlang der Stoßbahnschienen oberhalb der Fertigteilverkleidung für die Gleitrohre mit einer Wurfmasse STO6*"

II.3. Zur Durchführung der genannten Werkleistungen waren die unter Spruchpunkt 1 genannten 16 Arbeitnehmer der B M auf der verfahrensgegenständlichen Baustelle zumindest am 4. Dezember 2018 sowie am 5. Dezember 2018 (Kontrolltag) tätig.

Am 30. November 2018 erfolgte die diesbezügliche Meldung einer Entsendung nach Österreich gemäß § 19 Abs. 3 LSD-BG (ZKO3-Meldung). Als Entsendezeitraum wurde der 4. Dezember 2018 bis voraussichtlich 11. Dezember 2018 angegeben.

II.4. Im Zuge der Kontrolle am 5. Dezember 2018 konnten den Erhebungsorganen der BUAK folgende Unterlagen vorgewiesen werden:

- Ausweispapiere der oben genannten Arbeitnehmer
- A1-Entsendebescheinigungen für die oben genannten Arbeitnehmer
- Arbeitsverträge und Zusätze zu den Arbeitsverträgen in portugiesischer und deutscher Sprache für die genannten Arbeitnehmer
- Lohnzettel für den Lohnmonat Oktober 2018 für die genannten Arbeitnehmer

Weitere Unterlagen wurden vor Ort auf der Baustelle nicht bereitgehalten.

Mit Schreiben der BUAK vom 5. Dezember 2018 wurde die B M zur Vorlage von Unterlagen gemäß § 23 ff BUAG und § 15 LSD-BG aufgefordert. Bis zum 7. Dezember 2018 wurde die Vorlage des Auftragsschreibens, der ZKO-Meldungen, der Unterlagen betreffend die Lohneinstufung sowie der Arbeitsaufzeichnungen hinsichtlich der 16 genannten Arbeitnehmer gefordert. Für die Vorlage der Lohnzettel und Lohnzahlungsnachweise bzw. Banküberweisungsbelege jeweils für den Zeitraum Dezember 2018 hinsichtlich der oben genannten Arbeitnehmer wurde eine Frist bis zum 20. des Folgemonats (somit bis 20. Jänner 2019) eingeräumt.
Das Aufforderungsschreiben (aufgrund der Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer in zwei Teilen) wurde an G P B F persönlich ausgehändigt und wurde von diesem die Übernahme durch Unterschrift bestätigt.

Mit E-Mail vom 6. Dezember 2018 hat die B M das Auftragsschreiben (Werkvertrag und Angebot), die ZKO3-Meldung vom 30. November 2018 inklusive einer Stornomeldung vom 5. Dezember 2018 sowie Lohnzettel für den Monat Oktober 2018 übermittelt. Mit E-Mail vom 18. Jänner 2019 hat die B M Lohnzettel für den Monat Dezember 2018 sowie Lohnzahlungsnachweise für den Monat Dezember 2018 übermittelt.

Arbeitszeitaufzeichnungen sowie Unterlagen betreffend die Lohneinstufung für die genannten Arbeitnehmer wurden bis dato nicht an die BUAK übermittelt.

II.5. Zum Tatvorwurf der Unterentlohnung (Spruchpunkte 2a bis 2i) wird Folgendes festgestellt:

II.5.1. Der Arbeitnehmer G P B F (Spruchpunkt 2a) führte auf der Baustelle Feuerfestmaurerarbeiten durch und fungierte als Vorarbeiter („Partieführer" gemäß den Angaben auf den Baustellenerhebungsprotokollen). Die Lohntafel zum Kollektivvertrag für Feuerungstechnische Baubetriebe sieht für Vorarbeiter bei Feuerfestbauten einen Stundenlohn brutto in Höhe von 20,55 Euro vor.

Die Arbeitnehmer G P J (Spruchpunkt 2b), C I (Spruchpunkt 2c), R V V J (Spruchpunkt 2d), R D C C L V (Spruchpunkt 2e) sowie N S C A (Spruchpunkt 2f) führten auf der Baustelle Feuerfestmaurerarbeiten durch und sind daher als Feuerfestmaurer einzustufen. Die Lohntafel zum Kollektivvertrag für Feuerungstechnische Baubetriebe sieht für Feuerungsmaurer einen Stundenlohn brutto in Höhe von 17,38 Euro vor.

Die Arbeitnehmer L A A J (Spruchpunkt 2g), A P B A (Spruchpunkt 2h) sowie B R J P (Spruchpunkt 2i) führten auf der Baustelle Bauhilfsarbeiten durch. Die Lohntafel zum Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie sieht für Bauhilfsarbeiter einen Stundenlohn brutto in Höhe von 12,09 Euro vor.

Die tägliche Arbeitszeit auf der verfahrensgegenständlichen Baustelle betrug 10 Stunden, die Arbeitnehmer waren daher zumindest 50 Wochenstunden auf der Baustelle im Einsatz.

Der Kollektivvertrag für Feuerfest- und Schornstein- (Kamin-)Bau sieht in § 5 unter dem Titel „Schmutz- und Erschwerniszulagen" eine 6%ige Zulage für Reparaturen (Zustellungen) in oder an Siemens-Martin-Öfen, Elektroöfen, Roheisenmischern, Tieföfen, Stoßöfen und Konvertern, Hochöfen, LD-Kesseln, Schwefelkiesöfen und Cowpern vor.

Im Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie (iVm § 2 Kollektivvertrag für Feuerfest- und Schornstein- [Kamin-]Bau 2018) ist bei einmonatiger Betriebszugehörigkeit ein Anspruch auf Weihnachtsremuneration vorgesehen. Auf Basis der generellen Berechnungsformel „Jahresstunden/39 x KollV-Lohn x 3,41" ergibt dies für einen Feuerfestmaurer-Vorarbeiter (kollektivvertraglicher Bruttostundenlohn 20,55 Euro) ein aliquotes Weihnachtsgeld von 2,16 Euro, für einen Feuerfestmaurer (kollektivvertraglicher Bruttostundenlohn 17,38 Euro) ein aliquotes Weihnachtsgeld von 1,82 Euro sowie für einen Bauhilfsarbeiter (kollektivvertraglicher Bruttostundenlohn 12,09 Euro) ein aliquotes Weihnachtsgeld von 1,27 Euro für jede in Österreich geleistete Arbeitsstunde.

II.5.2. Dem Arbeitnehmer G P F (Spruchpunkt 2a) wurde von der B M für den Monat Dezember 2018 ein Bruttomonatslohn in der Höhe von 1.834,99 Euro (710,00 Euro Grundgehalt zuzüglich 1.125,00 Euro Prämie) zuerkannt. Auf Basis der Umrechnungsmethode „Bruttomonatslohn/4,33/50 (= Wochenstunden)"

errechnet sich ausgehend von einem Bruttomonatslohn von 1.843,99 Euro ein Bruttostundenlohn von 8,48 Euro.

Die als „Auslösung" übersetzte Position *„ajudas de custo"* in Höhe von 2.748,50 Euro abzüglich 1.798,00 Euro (*„Val Pagos semanalmente"* – übersetzt mit „wöchentlich bezahlte Summen") diente zur Abdeckung der dem Arbeitnehmer entstandenen finanziellen Aufwendungen im Zusammenhang mit seinen Arbeitseinsätzen im Ausland, insbesondere zur Abdeckung der Reisekosten, Kosten für Unterkunft und Verpflegung. Diese Abrechnungsposition gelangte steuer- und sozialversicherungsfrei zur Auszahlung.

G P B F ist seit 17. Mai 2016 bei der B M beschäftigt.

II.5.3. Dem Arbeitnehmer G P J (Spruchpunkt 2b) wurde von der B M für den Monat Dezember 2018 ein Bruttomonatslohn in der Höhe von € 1.867,00 Euro (416,00 Euro Grundgehalt zuzüglich 780,00 Euro Urlaubsgeld, zuzüglich 125,00 Euro Prämie, zuzüglich 182,00 Euro nicht genossene Urlaubstage, zuzüglich 364,00 Euro Urlaubsgeld) zuerkannt. Auf Basis der Umrechnungsmethode „Bruttomonatslohn/4,33/50 (= Wochenstunden)" errechnet sich ausgehend von einem Bruttomonatslohn von 1.867,00 Euro ein Bruttostundenlohn von 8,62 Euro.

Die als „Auslösung" übersetzte Position *„ajudas de custo"* in Höhe von 848,00 Euro abzüglich 287,00 Euro *(„Val Pagos semanalmente"* – übersetzt mit „wöchentlich bezahlte Summen") diente zur Abdeckung der dem Arbeitnehmer entstandenen finanziellen Aufwendungen im Zusammenhang mit seinen Arbeitseinsätzen, insbesondere zur Abdeckung der Reisekosten, Kosten für Unterkunft und Verpflegung. Diese Abrechnungsposition gelangte steuer- und sozialversicherungsfrei zur Auszahlung.

Jorge Garcia Pereira ist seit 20. Mai 2016 bei der B M beschäftigt.

II.5.4. Dem Arbeitnehmer I C (Spruchpunkt 2c) wurde von der B M für den Monat Dezember 2018 ein Bruttomonatslohn in der Höhe von 1.578,40 Euro (600,00 Euro Grundgehalt zuzüglich 453,40 Euro Urlaubsgeld zuzüglich 525,00 Euro Prämie) zuerkannt. Auf Basis der Umrechnungsmethode „Bruttomonatslohn/4,33/50 (= Wochenstunden)" errechnet sich ausgehend von einem Bruttomonatslohn von 1.578,40 Euro ein Bruttostundenlohn von 7,29 Euro.

Die als „Auslösung" übersetzte Position *„ajudas de custo"* in Höhe von 2.451,00 Euro abzüglich 1.639,00 Euro (*„Val Pagos semanalmente"* – übersetzt mit „wöchentlich bezahlte Summen") diente zur Abdeckung der dem Arbeitnehmer entstandenen finanziellen Aufwendungen im Zusammenhang mit seinen Arbeitseinsätzen, insbesondere zur Abdeckung der Reisekosten, Kosten für

Unterkunft und Verpflegung. Diese Abrechnungsposition gelangte steuer- und sozialversicherungsfrei zur Auszahlung.

I C ist seit 29. März 2018 bei der B M beschäftigt.

II.5.5. Dem Arbeitnehmer V J R V (Spruchpunkt 2d) wurde von der B M für den Monat Dezember 2018 ein Bruttomonatslohn in der Höhe von 827,43 Euro (630,00 Euro Grundgehalt zuzüglich 122,43 Euro Urlaubsgeld sowie zuzüglich 75,00 Euro Prämie) zuerkannt. Auf Basis der Umrechnungsmethode „Bruttomonatslohn/4,33/50 (= Wochenstunden)" errechnet sich ausgehend von einem Bruttomonatslohn von 827,43 Euro ein Bruttostundenlohn von 3,82 Euro.

Die als „Auslösung" übersetzte Position *„ajudas de custo"* in Höhe von 685,00 Euro abzüglich 287,00 Euro (*„Val Pagos semanalmente"* – übersetzt mit „wöchentlich bezahlte Summen") diente zur Abdeckung der dem Arbeitnehmer entstandenen finanziellen Aufwendungen im Zusammenhang mit seinen Arbeitseinsätzen, insbesondere zur Abdeckung der Reisekosten, Kosten für Unterkunft und Verpflegung. Diese Abrechnungsposition gelangte steuer- und sozialversicherungsfrei zur Auszahlung.

Vitor Joao Rodrigues Vicente ist seit 8. Oktober 2018 bei der B M beschäftigt.

II.5.6. Dem Arbeitnehmer L V R D C C (Spruchpunkt 2e) wurde von der B M für den Monat Dezember 2018 ein Bruttomonatslohn in der Höhe von 1.421,24 Euro (660,00 Euro Grundgehalt zuzüglich 636,24 Euro Urlaubsgeld sowie zuzüglich 125,00 Euro Prämie) zuerkannt. Auf Basis der Umrechnungsmethode „Bruttomonatslohn/4,33/50 (= Wochenstunden)" errechnet sich ausgehend von einem Bruttomonatslohn von 1.421,24 Euro ein Bruttostundenlohn von 6,56 Euro.

Die als „Auslösung" übersetzte Position *„ajudas de custo"* in Höhe von 743,00 Euro abzüglich 337,00 Euro (*„Val Pagos semanalmente"* – übersetzt mit „wöchentlich bezahlte Summen") diente zur Abdeckung der dem Arbeitnehmer entstandenen finanziellen Aufwendungen im Zusammenhang mit seinen Arbeitseinsätzen, insbesondere zur Abdeckung der Reisekosten, Kosten für Unterkunft und Verpflegung. Diese Abrechnungsposition gelangte steuer- und sozialversicherungsfrei zur Auszahlung.

L V R D C C ist seit 1. Jänner 2018 bei der B M beschäftigt.

II.5.7. Dem Arbeitnehmer C A N S (Spruchpunkt 2f) wurde von der B M für den Monat Dezember 2018 ein Bruttomonatslohn in der Höhe von 1.879,50 Euro (730,00 Euro Grundgehalt zuzüglich 474,50 Euro Urlaubsgeld sowie zuzüglich 675,00 Euro Prämie) zuerkannt. Auf Basis der Umrechnungsmethode

„Bruttomonatslohn/4,33/50 (= Wochenstunden)" errechnet sich ausgehend von einem Bruttomonatslohn von 1.879,50 Euro ein Bruttostundenlohn von 8,68 Euro.

Die als „Auslösung" übersetzte Position *„ajudas de custo"* in Höhe von 2.697,00 Euro abzüglich 1.639,00 Euro (*„Val Pagos semanalmente"* – übersetzt mit „wöchentlich bezahlte Summen") diente zur Abdeckung der dem Arbeitnehmer entstandenen finanziellen Aufwendungen im Zusammenhang mit seinen Arbeitseinsätzen, insbesondere zur Abdeckung der Reisekosten, Kosten für Unterkunft und Verpflegung. Diese Abrechnungsposition gelangte steuer- und sozialversicherungsfrei zur Auszahlung.

C A N S ist seit 14. März 2018 bei der B M beschäftigt.

II.5.8. Dem Arbeitnehmer A J L A (Spruchpunkt 2g) wurde von der B M für den Monat Dezember 2018 ein Bruttomonatslohn in der Höhe von 1.501,60 Euro (600,00 Euro Grundgehalt zuzüglich 176,60 Euro Urlaubsgeld sowie zuzüglich 725,00 Euro Prämie) zuerkannt. Auf Basis der Umrechnungsmethode „Bruttomonatslohn/4,33/50 (= Wochenstunden)" errechnet sich ausgehend von einem Bruttomonatslohn von 1.501,60 Euro ein Bruttostundenlohn von 6,94 Euro.

Die als „Auslösung" übersetzte Position *„ajudas de custo"* in Höhe von 1.465,00 Euro abzüglich 1.141,00 Euro (*„Val Pagos semanalmente"* – übersetzt mit „wöchentlich bezahlte Summen") diente zur Abdeckung der dem Arbeitnehmer entstandenen finanziellen Aufwendungen im Zusammenhang mit seinen Arbeitseinsätzen, insbesondere zur Abdeckung der Reisekosten, Kosten für Unterkunft und Verpflegung. Diese Abrechnungsposition gelangte steuer- und sozialversicherungsfrei zur Auszahlung.

A J L A ist seit 15. September 2018 bei der B M beschäftigt.

II.5.9. Dem Arbeitnehmer B A A P(Spruchpunkt 2h) wurde von der B M für den Monat Dezember 2018 ein Bruttomonatslohn in der Höhe von 830,00 Euro (600,00 Euro Grundgehalt zuzüglich 155,00 Euro Urlaubsgeld sowie zuzüglich 75,00 Euro Prämie) zuerkannt. Auf Basis der Umrechnungsmethode „Bruttomonatslohn/4,33/50 (= Wochenstunden)" errechnet sich ausgehend von einem Bruttomonatslohn von 830,00 Euro ein Bruttostundenlohn von 3,83 Euro.

Die als „Auslösung" übersetzte Position *„ajudas de custo"* in Höhe von 553,00 Euro abzüglich 233,00 Euro (*„Val Pagos semanalmente"* – übersetzt mit „wöchentlich bezahlte Summen") diente zur Abdeckung der dem Arbeitnehmer entstandenen finanziellen Aufwendungen im Zusammenhang mit seinen Arbeitseinsätzen, insbesondere zur Abdeckung der Reisekosten, Kosten für Unterkunft und Verpflegung. Diese Abrechnungsposition gelangte steuer- und sozialversicherungsfrei zur Auszahlung.

B A A Pist seit 15. September 2018 bei der B M beschäftigt.

II.5.10. Dem Arbeitnehmer J P B R (Spruchpunkt 2i) wurde von der B M für den Monat Dezember 2018 ein Bruttomonatslohn in der Höhe von 771,60 Euro (600,00 Euro Grundgehalt zuzüglich 96,60 Euro Urlaubsgeld sowie zuzüglich 75,00 Euro Prämie) zuerkannt. Auf Basis der Umrechnungsmethode „Bruttomonatslohn/4,33/50 (= Wochenstunden)" errechnet sich ausgehend von einem Bruttomonatslohn von 771,60 Euro ein Bruttostundenlohn von 3,56 Euro.

Die als „Auslösung" übersetzte Position „*ajudas de custo*" in Höhe von 634,00 Euro abzüglich 297,00 Euro („*Val Pagos semanalmente*" – übersetzt mit „wöchentlich bezahlte Summen") diente zur Abdeckung der dem Arbeitnehmer entstandenen finanziellen Aufwendungen im Zusammenhang mit seinen Arbeitseinsätzen, insbesondere zur Abdeckung der Reisekosten, Kosten für Unterkunft und Verpflegung. Diese Abrechnungsposition gelangte steuer- und sozialversicherungsfrei zur Auszahlung.

J P B R ist seit 14. Oktober 2018 bei der B M beschäftigt.

II.6. Hinsichtlich des Beschwerdeführers scheinen keine verwaltungsstrafrechtlichen Vormerkungen auf. Gemäß der im Verfahren unwidersprochen gebliebenen Annahme der belangten Behörde verfügt der Beschwerdeführer über ein monatliches Nettoeinkommen in Höhe von etwa 3.000,00 Euro und ist für zwei minderjährige Kinder sorgepflichtig.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Akt der belangten Behörde, insbesondere aus der Anzeige der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse samt den im Akt befindlichen Beilagen ./A bis ./M.

III.2. Zum Unternehmen des Beschwerdeführers:

Die Sachverhaltsfeststellungen zum Unternehmen des Beschwerdeführers ergeben sich aus dem Akteninhalt, insbesondere aus dem Auszug aus dem portugiesischen Unternehmensregister (Beilage ./J). Daraus ergibt sich, dass sowohl der Beschwerdeführer als auch die weitere Geschäftsführerin B E M C(Beschwerdeführerin im Verfahren zu LVwG-302678-2020) in der B M im verfahrensgegenständlichen Tatzeitraum vertretungsbefugt waren.

Eine Geschäftsverteilung dahingehend, dass etwa nur einer der im Unternehmensregister aufscheinenden Geschäftsführer für

Personalangelegenheiten bzw. Lohneinstufungen zuständig wäre, hat sich im Verfahren nicht ergeben und wurde vom Beschwerdeführer auch nicht vorgebracht.

III.3. Zur Tätigkeit der Arbeitnehmer der B M auf der verfahrensgegenständlichen Baustelle:

Dass im Zeitpunkt der am 5. Dezember 2018 stattgefundenen Baustellenkontrolle von den Arbeitnehmern der B M Feuerfestmaurerarbeiten durchgeführt wurden bzw. drei der genannten Arbeitnehmer mit Bauhilfsarbeiten beschäftigt waren, ergibt sich aus den vorliegenden Unterlagen, insbesondere aus der Fotodokumentation (Beilage ./A), den Angaben der Arbeitnehmer auf den Baustellenerhebungsprotokollen und dem entsprechenden Vermerk des Baustellenprüfers in der letzten Spalte der Baustellenerhebungsprotokolle (Beilage ./C). Auch dem zwischen der B M sowie der e GmbH abgeschlossenen Werkvertrag ist zu entnehmen, dass die Durchführung von Feuerfestarbeiten am S 6 vereinbart wurde. Weiters hat auch der in der am 15. April 2021 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung einvernommene Zeuge H S als Erhebungsorgan nachvollziehbar dargelegt, dass die Arbeitnehmer der B M bei Eintreffen der Erhebungsorgane mit der Durchführung von Feuerfestmaurerarbeiten bzw. Bauhilfstätigkeiten am S beschäftigt waren.
Die Daten der vor Ort angetroffenen Arbeitnehmer können den Unterlagen im Akt (insbesondere den Kopien der Personalausweise und Aufenthaltstitel – Beilage ./B) entnommen werden.

III.4. Zu Spruchpunkt 1: Fehlende Unterlagen (keine Übermittlung der Arbeitsaufzeichnungen trotz Aufforderung):

Die Feststellungen, welche Unterlagen vor Ort auf der Baustelle vorhanden waren und welche Unterlagen somit von den Erhebungsorganen im Zuge der Kontrolle eingesehen werden konnten, ergeben sich aus den im Akt einliegenden Unterlagen sowie aus der Zeugeneinvernahme des Erhebungsorganes H S. Auch die von Seiten der B M nachträglich per E-Mail übermittelten Unterlagen (E-Mail vom 6. Dezember 2018 – Beilage ./H sowie E-Mail vom 18. Jänner 2019 – Beilage ./I) sind aus dem Akt ersichtlich. Dem Akt kann somit entnommen werden, dass die fehlenden Arbeitsaufzeichnungen für die auf der Baustelle anwesenden Arbeitnehmer der B M trotz entsprechender Aufforderung nicht übermittelt wurden. Dass keine Arbeitsaufzeichnungen übermittelt wurden, wurde auch von der Beschwerdeführerin bzw. vom Beschwerdeführervertreter nicht bestritten.

Der Vertragsinhalt der zwischen der B Mals Auftragnehmer und der e GmbH als Auftraggeber abgeschlossenen Vereinbarung ergibt sich aus dem im Akt einliegenden Angebot der B M sowie dem, als Werkvertrag titulierten, Auftragsschreiben der e GmbH (Beilage ./H). Eine Befragung des

Beschwerdeführers bzw. der weiteren Geschäftsführerin B E M C zur Vertragssituation sowie zu den vereinbarten Leistungen konnte nicht erfolgen, da weder der Beschwerdeführer, noch die weitere Geschäftsführerin B E M C trotz zweimaliger Ladung zur öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht erschienen sind. Gerade der Beschwerdeführer, der das Angebot vom 26. November 2018 unterfertigt und somit unmittelbar die Vertragsvereinbarung mit der e GmbH getroffen hat, hätte die diesbezüglich erforderlichen Auskünfte zum Vertragsinhalt sowie zu Gewährleistungsfragen und dergleichen beantworten können. Dies insbesondere, um das Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach die B M keine Werkleistungen, sondern die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften geschuldet habe, auch unter Beweis stellen zu können.

III.5. Zur Unterentlohnung: Spruchpunkte 2a bis 2i

III.5.1. Aufgrund der durchgeführten Baustellenkontrolle war ersichtlich, dass die genannten Arbeitnehmer als Feuerfestmaurer bzw. als Bauhilfsarbeiter auf der verfahrensgegenständlichen Baustelle tätig waren (Fotodokumentation Beilage ./A, Zeugenaussage H S im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 15. April 2021). Dies deckt sich auch mit den Angaben der Arbeitnehmer gemäß den Baustellenerhebungsprotokollen (Beilage ./C) sowie aus den Arbeitsverträgen (Beilage ./D). Eine Unterscheidung zwischen der Facharbeitertätigkeit als Feuerfestmaurer sowie der Tätigkeit als Bauhilfsarbeiter (die auch zu einer Anwendung unterschiedlicher Kollektivverträge führt), wurde daher vorgenommen. Die Tätigkeit des Arbeitnehmers B F G P als Vorarbeiter ergibt sich insbesondere aus den Angaben der Arbeitnehmer in den Baustellenerhebungsprotokollen (Beilage ./C), die alle den genannten Arbeitnehmer als „Partieführer" benannt haben.

Auch der Beschwerdeführer hat die durchgeführte Einstufung der in den Spruchpunkten 2a bis 2i genannten Arbeitnehmer als Vorarbeiter, Facharbeiter (Feuerfestmaurer) sowie Bauhilfsarbeiter nicht beanstandet.

III.5.2. Die festgestellte und der Berechnung zu Grunde gelegte Arbeitszeit im Ausmaß von 50 Wochenstunden ergibt sich aus den gleichlautenden Angaben der auf der Baustelle tätigen Arbeitnehmer. Alle befragten Arbeitnehmer gaben hierzu übereinstimmend an (die Angaben in den Baustellenerhebungsprotokollen wurden von den jeweiligen Arbeitnehmern selbst ausgefüllt), von Mittwoch bis Sonntag jeweils 10 Stunden pro Tag auf der Baustelle tätig zu sein. Entsprechende Arbeitsaufzeichnungen wurden vom Beschwerdeführer bzw. der B M trotz mehrmaligem Ersuchen auch im Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht vorgelegt.

III.5.3. Das hinsichtlich der in den Spruchpunkten 2a bis 2i genannten Arbeitnehmer ausgewiesene Bruttogehalt für den Lohnmonat Dezember 2018 ergibt sich aus den entsprechenden Lohnunterlagen (Gehaltsabrechnungen für Dezember 2018 – Beilage ./I). Das jeweilige in der Gehaltsabrechnung angeführte Grundgehalt entspricht auch der Vereinbarung in den jeweiligen Arbeitsverträgen der B M mit den Arbeitnehmern. Insofern lassen sich die Gehaltsabrechnungen und die vertraglichen Vereinbarungen in Einklang bringen.

Die Angabe eines Bruttostundenlohns in Höhe von einheitlich 17,00 Euro brutto für alle genannten Arbeitnehmer in der ZKO3-Meldung (Beilage ./H) sowie die Angaben aller Arbeitnehmer, die in den Baustellenerhebungsprotokollen einheitlich einen Bruttomonatslohn von 2.992,00 Euro angegeben haben, sind insofern nicht nachvollziehbar und glaubhaft, als diese Angaben einerseits sowohl den Arbeitsverträgen als auch den Gehaltsabrechnungen widersprechen sowie andererseits nicht davon ausgegangen werden kann, dass es hinsichtlich des Lohnanspruches keinen Unterschied macht, ob ein Arbeitnehmer als Feuerfestmaurer-Vorarbeiter, Feuerfestmaurer oder Bauhilfsarbeiter tätig ist.

III.5.4. Dass es sich bei der als „Auslösung" übersetzten Position in den Gehaltsabrechnungen (Beilage ./I) um einen den Arbeitnehmern vergüteten Aufwandsersatz für die Aufwendungen im Zusammenhang mit den Reisetätigkeiten der Arbeitnehmer handelt (Mehraufwand für Verpflegung, Unterkunft, Anreise), ergibt sich bereits aus der Begriffsdefinition sowie aus der Notwendigkeit, den Arbeitnehmern derartige Aufwendungen im Zusammenhang mit Arbeitseinsätzen im Ausland zu ersetzen. Trotz mehrmaligem Hinweis auf diese Definition hat der Beschwerdeführer weder im Verfahren vor der belangten Behörde noch im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ein detailliertes Vorbringen dazu erstattet bzw. Beweise irgendwelcher Art vorgelegt (Belege für die Übernahme der angefallenen Kosten, Rechnungen für Unterkunft bzw. Reise- und Verpflegungskosten direkt an die B M), aus denen hervorgehen würde, dass diese Position in der Gehaltsabrechnung als Lohnbestandteil zu bewerten wäre.

Auch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat den Beschwerdeführervertreter in der mündlichen Verhandlung vom 3. Februar 2021 darauf hingewiesen, dass hier eine entsprechende Aufklärung durch den Beschwerdeführer (bzw. durch die weitere Geschäftsführerin B E M C) zu erfolgen hat, dies im Rahmen einer Einvernahme und/oder durch die Übermittlung entsprechender Abrechnungsbelege. Weder im Rahmen der vom Beschwerdeführervertreter diesbezüglich eingebrachten Stellungnahme noch in der fortgesetzten mündlichen Verhandlung am 15. April 2021, zu welcher weder der Beschwerdeführer noch B E M C erschienen sind, wurde jedoch ein entsprechendes Vorbringen erstattet oder wurden sonstige Beweismittel vorgelegt. Weder der Beschwerdeführer noch die weitere Geschäftsführerin der B

M haben somit zur Aufklärung des Sachverhaltes auch nur ansatzweise beigetragen und somit jegliche Mitwirkung unterlassen. Auch wurde – trotz entsprechender Aufforderung durch das erkennende Gericht in der Verhandlung vom 3. Februar 2021, kein Mitarbeiter der B M aus dem Bereich der Lohnverrechnung namhaft gemacht, der entsprechende Auskunft hätte erteilen können.

Zudem ist aus den vorliegenden Gehaltsabrechnungen ersichtlich, dass die Auslösung („ajudas de custo") steuer- und sozialversicherungsfrei an die Arbeitnehmer ausbezahlt wurde. Dies kann bei entsprechender Nachrechnung der Abrechnungspositionen nachvollzogen werden.

Das erkennende Gericht geht daher im Rahmen der freien Beweiswürdigung davon aus, dass es dem Beschwerdeführer leicht möglich gewesen wäre, durch Vorlage entsprechender Abrechnungsbelege und/oder einer entsprechenden Aussage vor dem erkennenden Gericht, darzulegen, dass es sich bei der Lohnposition *„ajudas de custo*" um keinen Aufwandsersatz sondern um einen Lohnbestandteil handle, dass es sich bei dieser Position um einen echten Aufwandsersatz handelt, der nicht als Lohnbestandteil zu werten ist. Dieses Beweisergebnis stützt sich auf die im Akt einliegenden Unterlagen, insbesondere auf die Gehaltsabrechnungen und den dort bezeichneten Verrechnungspositionen.

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

Vorweg ist auszuführen, dass sich die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers gemäß § 9 VStG unstrittig aus seiner Stellung als nach außen hin vertretungsbefugtes Organ (Geschäftsführer) der B M ergibt.

IV.1. Zu Spruchpunkt 1

IV.1.1. Rechtsgrundlagen

Gemäß § 15 Abs. 2 LSD-BG (idF BGBl. I Nr. 44/2016) ist die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse im Rahmen ihrer Tätigkeit berechtigt, die Bereithaltung von Unterlagen nach den §§ 21 und 22 zu überwachen, Einsicht zu nehmen und Ablichtungen dieser Unterlagen anzufertigen und deren Übermittlung zu fordern, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktages abzusenden sind.

Gemäß § 27 Abs. 1 LSD-BG (idF BGBl. I Nr. 44/2016) begeht, wer die erforderlichen Unterlagen entgegen § 12 Abs. 1 Z 3 nicht übermittelt, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jeden

Arbeitnehmer mit Geldstrafe von 500,00 Euro bis 5.000,00 Euro, im Wiederholungsfall von 1.000,00 Euro bis 10.000 Euro zu bestrafen, wer entgegen den §§ 14 Abs. 2 oder 15 Abs. 2 die Unterlagen nicht übermittelt.

IV.1.2. Zur objektiven Tatbestandsverwirklichung

IV.1.2.1. Die Verwaltungsübertretung des § 27 Abs. 1 LSD-BG begeht jene Person, die trotz Aufforderung durch die jeweilige Behörde bzw. deren Kontrollorgane die erforderlichen Dokumente nicht bzw. nicht in der gebotenen Frist übermittelt. Die erforderlichen Unterlagen iSd § 27 Abs. 1 LSD-BG sind mit der Aufzählung der Dokumente in den §§ 21 bis 22 LSD-BG begrenzt und sind diese somit iSd Art. 18 Abs. 1 B-VG ausreichend determiniert.

Gemäß den beiden Aufforderungsschreiben der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vom 5. Dezember 2018 wurde die B M (in deutscher und portugiesischer Sprache) aufgefordert, unter anderem die Arbeitsaufzeichnungen bis zum 7. Dezember 2018 per Fax oder E-Mail zu übermitteln. Das Aufforderungsschreiben wurde vom Vorarbeiter auf der Baustelle (B F G P) persönlich am 5. Dezember 2018 übernommen.
Die B M hat zwar am 6. Dezember 2018 (Beilage ./H) bzw. am 18. Jänner 2019 (Beilage ./I) Unterlagen an die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse übermittelt, die geforderten Arbeitsaufzeichnungen wurden jedoch nicht zur Verfügung gestellt. Auch bis dato wurden keine Arbeitsaufzeichnungen hinsichtlich der im Spruchpunkt 1 des verfahrensgegenständlichen Straferkenntnisses genannten Arbeitnehmer übermittelt bzw. vorgelegt.

IV. 1.2.2. Zum Vorbringen in der Beschwerde, eine Strafbarkeit sei nicht gegeben, da kein Werkvertrag sondern eine Arbeitskräfteüberlassung vorliege und somit die B M nicht Arbeitgeberin der im Straferkenntnis angeführten Arbeitnehmer gewesen sei, ist auszuführen, dass selbst bei Berücksichtigung dieser (unrichtigen) Argumentation des Beschwerdeführers gemäß dem Wortlaut des § 27 Abs. 1 LSD-BG die Deliktsverwirklichung vom gesamten Adressatenkreis der Verwaltungsdelikte gemäß § 26 LSD-BG begangen werden kann. § 26 Abs. 1 LSD-BG regelt die Bereithaltungsverpflichtung sowohl gegenüber dem Arbeitgeber als auch gegenüber dem Überlasser (der Arbeitgeber der überlassenen Arbeitnehmer bleibt), sodass die B M aufgrund des Aufforderungsschreibens vom 5. Dezember 2018 verpflichtet gewesen wäre, die Arbeitsaufzeichnungen fristgerecht zu übermitteln.

Zudem wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass das vorliegende Vertragsverhältnis zwischen der B M und der e GmbH entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers nicht als Arbeitskräfteüberlassung zu qualifizieren ist, sondern diesbezüglich ein klassischer Werkvertrag über zu erbringende, im Vertrag detailliert aufgelistete Werkleistungen, abgeschlossen wurde.

Gemäß dem eindeutigen Wortlaut des Angebotes der B M vom 26. November 2018 war Vertragsinhalt die Durchführung detailliert aufgelisteter Abbrucharbeiten bzw. Montagearbeiten im Zusammenhang mit den Feuerfestarbeiten am S 6 auf der Baustelle V Linz. Vertragsinhalt war somit nicht die Zurverfügungstellung einer bestimmten Anzahl von Arbeitnehmern, sondern die Durchführung von genau umschriebenen Werkleistungen zu einem vereinbarten Festpreis. Gemäß der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Martin Meat* liegt eine Entsendung vor, wenn das Schwergewicht auf der Erbringung einer Dienstleistung und nicht in der Überlassung von Arbeitskräften steht. Beim Angebot der B M handelt es sich eindeutig um ein Angebot für die Erbringung der dort genannten Werkleistungen, für die auch gewährleistungsrechtlich einzustehen ist, was mit dem Hinweis „sach- und fachgerechte" Erbringung der genannten Werkleistungen zum Ausdruck gebracht wird. Nichts deutet im Angebot der B M auf die Verpflichtung zur Überlassung von Arbeitskräften hin. Auch die Vereinbarung eines Festpreises für die vereinbarten Leistungen spricht gerade nicht für das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung.

Die B M hat zudem am 30. November 2018 die Meldung einer Entsendung nach Österreich gemäß § 19 Abs. 3 LSD-BG erstattet (ZKO3-Meldung). Auch daraus ist zu schließen, dass keine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt und diese auch zu keinem Zeitpunkt in Betracht gezogen wurde. Die nunmehrigen diesbezüglichen Ausführungen in der Beschwerde sind somit als reine Schutzbehauptung insofern zu werten, als über diese Argumentationslinie versucht wird, einer Bestrafung zu umgehen.

Auch haben weder der Beschwerdeführer noch die weitere Geschäftsführerin B E M C die zweimalige Möglichkeit genutzt, im Rahmen einer mündlichen Verhandlung den Vertragsinhalt mit der e GmbH zu klären und darzulegen. Eine Einvernahme der einzelnen Arbeitnehmer wäre insofern nicht zielführend gewesen, als diese zur Frage des Vertragsinhaltes (vereinbarter Preis, Leistungsumfang, Gewährleistung) keine Auskunft hätte geben können, da diese Agenden in den Händen der Geschäftsführung bzw. sonstiger im Unternehmen damit betrauter Arbeitnehmer liegt und Vertragskonditionen sowie die konkrete Vertragsabwicklung üblicherweise nicht von den vor Ort auf der Baustelle eingesetzten Bauarbeitern bzw. Feuerfestmaurern ausverhandelt werden. Die beantragten Einvernahmen konnten daher unterbleiben.

Selbst die vom Zeugen Schramm bestätigte Anwesenheit des Bauleiters der e GmbH als Auftraggeber vermag insofern nichts an der Qualifikation des Vertragsverhältnisses als Werkvertrag ändern, als die Überprüfung der ordnungsgemäßen Erfüllung des Werkvertrages Aufgabe des Auftraggebers (insbesondere zur Wahrung allfälliger Gewährleistungsansprüche) ist und dies keinesfalls eine Arbeitskräfteüberlassung begründen kann.

IV.1.2.3. Der vorliegende Sachverhalt ist somit als Entsendung von Arbeitnehmern nach Österreich zu qualifizieren, sodass gemäß § 27 Abs. 1 LSD-BG die B Mals Arbeitgeber der entsendeten Arbeitnehmer verpflichtet gewesen wäre, die fehlenden Arbeitsaufzeichnungen nach entsprechender Aufforderung fristgerecht zu übermitteln. Die B Mist dieser Verpflichtung nicht nachgekommen, sodass der Tatbestand des § 27 Abs. 1 LSD-BG iVm § 15 Abs. 2 LSD-BG aus objektiver Sicht erfüllt ist.

IV.1.2.4. Zum Einwand in der Beschwerde, wonach die Normen der §§ 21 f LSD-BG insofern verfassungswidrig seien, als diese die Bereithaltung der Unterlagen in deutscher Sprache vorsehen, ist auszuführen, dass dieser Einwand im hier vorliegenden Sachverhalt bereits inhaltlich nicht von Relevanz ist. Die angeforderten Arbeitsaufzeichnungen wurden seitens der B M weder in deutscher noch in portugiesischer Sprache bereitgehalten bzw. übermittelt, sodass eine Prüfung der §§ 21 f LSD-BG auf deren Verfassungswidrigkeit im vorgebrachten Sinn unterbleiben kann. Diesbezüglich würden sich keine Auswirkungen auf den konkreten Sachverhalt ergeben.

Der Vollständigkeit halber wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass auch der EuGH in seinem Urteil vom 18. Juli 2007 in der Rechtssache C-490/04 (Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen die Bundesrepublik Deutschland) die vergleichbare deutsche Regelung als europarechtskonform qualifiziert hat.

Die gegenständlichen Regelungen sind daher weder als verfassungswidrig noch als europarechtswidrig zu qualifizieren.

IV.1.3. Zur subjektiven Tatbestandsverwirklichung

IV.1.3.1. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. 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.

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der jeweilige Beschwerdeführer initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringung von Beweismitteln oder durch die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen.

Der Beschwerdeführer hat kein Vorbringen dahingehend erstattet, wonach es ihm aus subjektiven Gründen nicht möglich gewesen wäre, die angeforderten Arbeitsaufzeichnungen fristgerecht zu übermitteln. Der Beschwerdeführer hat somit fahrlässig gehandelt und ist ihm die objektive Tatbestandsverwirklichung auch subjektiv vorzuwerfen.

IV.2. Spruchpunkte 2a bis 2i

IV.2.1. Rechtsgrundlagen

Gemäß § 29 Abs. 1 LSD-BG (idF BGBl. I Nr. 44/2016) begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe zu bestrafen, wer als Arbeitgeber einen Arbeitnehmer beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, zu leisten. Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, liegt eine einzige Verwaltungsübertretung vor. Entgeltzahlungen, die das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt übersteigen, sind auf allfällige Unterentlohnungen im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum anzurechnen. Hinsichtlich von Sonderzahlungen für dem ASVG unterliegenden Arbeitnehmer liegt eine Verwaltungsübertretung nach dem ersten Satz nur dann vor, wenn der Arbeitgeber die Sonderzahlungen nicht oder nicht vollständig bis spätestens 31. Dezember des jeweiligen Kalenderjahres leistet. Sind von der Unterentlohnung höchstens drei Arbeitnehmer betroffen, beträgt die Geldstrafe für jeden Arbeitnehmer 1.000,00 Euro bis 10.000,00 Euro, im Wiederholungfall 2.000,00 Euro bis 20.000,00 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer betroffen, für jeden Arbeitnehmer 2.000,00 Euro bis 20.000,00 Euro, im Wiederholungsfall 4.000,00 Euro bis 50.000,00 Euro. Ebenso ist zu bestrafen, wer als Auftraggeber im Sinne des § 14 Abs. 1 Z 3 einen Heimarbeiter beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm zumindest das nach Gesetz oder Verordnung gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, zu leisten.

IV.2.2. Zur objektiven Tatbestandsverwirklichung

Lediglich der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass sich die Strafsanktionsnorm des § 29 Abs. 1 LSD-BG an den Arbeitgeber richtet. Da selbst im Fall einer Arbeitskräfteüberlassung der Überlasser Arbeitgeber im arbeitsrechtlichen Sinn bleibt (dazu VwGH 08.09.2016, Ra 2014/11/0083), ist die Unterscheidung zwischen Entsendung von Arbeitnehmern und Arbeitskräfteüberlassung rechtlich für die Tatbestandserfüllung nicht relevant.

IV.2.2.1. Zum Entgeltsbegriff des LSD-BG

Zur Herstellung einer unionskonformen Rechtslage sind jene Entgeltsbestandteile dem Schutz unterworfen, die in allgemeinverbindlichen Normen wie Gesetzen, Verordnungen und Kollektivverträgen festgelegt sind.

Zum Bruttostundenlohn:

Insofern erfolgt somit die Berechnung einer allfälligen Unterentlohnung auf Basis der verfahrensgegenständlich anzuwendenden Kollektivverträge. Hinsichtlich der Arbeitnehmer
Spruchpunkt 2a: B F G P (Vorarbeiter)
Spruchpunkt 2b: J G P
Spruchpunkt 2c: I C
Spruchpunkt 2d: V J R V
Spruchpunkt 2e: L V R D C C
Spruchpunkt 2f: C A N S
kommt aufgrund deren Tätigkeit als Feuerfestmaurer der Kollektivvertrag für Feuerfest- und Schornstein-(Kamin-)Bau zur Anwendung.
Hinsichtlich der Arbeitnehmer
Spruchpunkt 2g: A J L A
Spruchpunkt 2h: B A A P sowie
Spruchpunkt 2i: J P B R
kommt aufgrund deren Tätigkeit als Bauhilfsarbeiter der Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie zur Anwendung.

Daraus ergibt sich gemäß der Lohntafel zum Kollektivvertrag für Feuerungstechnische Baubetriebe für B F G P (Spruchpunkt 2a) aufgrund seiner Tätigkeit als Feuerfestmaurer-Vorarbeiter ein kollektivvertraglicher Bruttostundenlohn in Höhe von 20,55 Euro sowie für J G P (Spruchpunkt 2b), I C (Spruchpunkt 2c), V J R V (Spruchpunkt 2d), L V R D C C (Spruchpunkt 2e) und C A N S (Spruchpunkt 2f) aufgrund deren Tätigkeiten als Feuerfestmaurer ein kollektivvertraglicher Bruttostundenlohn in Höhe von 17,38 Euro.

Für die Arbeitnehmer A J L A (Spruchpunkt 2g), B A A P(Spruchpunkt 2h) sowie J P B R (Spruchpunkt 2i) ergibt sich gemäß Lohntafel zum Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie ein kollektivvertraglicher Bruttostundenlohn in Höhe von 12,09 Euro.

Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers ist bei der Vergleichsberechnung das Bruttolohnprinzip entscheidend. Es ist somit auf den jeweiligen Bruttolohn abzustellen (*Rudolf Müller* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 49 ASVG Rz 9 [Stand 1.9.2016, rdb.at]). Gegenstand des durch das LSD-BG gesicherten Entgeltsanspruchs ist das jeweilige Bruttoentgelt. Insofern ist die

im Straferkenntnis vorgenommene Berechnung anhand der Bruttostundenlöhne aus rechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Auch der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 14. April 2005 in der Rechtssache C-341/02 (Rechtssache Kommission der Europäischen Union gegen die Bundesrepublik Deutschland) festgehalten, dass bei grenzüberschreitenden Lohnvergleichen auf den jeweiligen Bruttolohn abzustellen ist.

IV.2.2.2. Zur Weihnachtsremuneration

Gemäß der Regelung des § 3 Abs. 2 LSD-BG hat der Arbeitgeber dem entsandten Arbeitnehmer oder der grenzüberschreitend überlassenen Arbeitskraft aliquot für die jeweilige Lohnzahlungsperiode Sonderzahlungen zusätzlich zum laufenden Entgelt (Fälligkeit) zu leisten, sofern diese nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag vorgesehen sind.

Gemäß der gesetzlichen Regelung des § 3 Abs. 2 LSD-BG fallen Sonderzahlungen (insbesondere auch das Weihnachtsgeld) unter den Begriff des gebührenden und somit zu beachtenden Entgelts. Der diesbezügliche Anspruch besteht – entgegen der Rechtsansicht des Beschwerdeführers – im aliquoten Teil der Sonderzahlung für die Dauer der Entsendung mit der jeweiligen Auszahlung des Entgelts. Die vom Beschwerdeführer angeführte Regelung hinsichtlich der Sonderzahlungen in § 29 Abs. 1 LSD-BG bezieht sich gemäß dem eindeutigen Wortlaut auf *„dem ASVG unterliegende Arbeitnehmer*". Die von der B M entsandten Arbeitnehmer unterliegen jedoch nicht dem ASVG, sodass im vorliegenden Sachverhalt die Regelung des § 3 Abs. 2 LSD-BG anwendbar ist.

Gemäß § 12 des Kollektivvertrages für Baugewerbe und Bauindustrie (welcher gemäß § 2 Kollektivvertrag für Feuerfest- und Schornstein-[Kamin]Bau mangels einer eigenständigen Regelung zur Anwendung kommt) besteht als zusätzlicher Entgeltbestandteil ein Anspruch auf Weihnachtsgeld unter der Voraussetzung der einmonatigen Betriebszugehörigkeit. Unter der generell anerkannten Berechnungsformel *„Jahresstunden/39 x KollV-Lohn x 3,41 x 1,2*" errechnet sich
auf Basis eines kollektivvertraglichen Bruttostundenlohnes von 20,55 Euro ein aliquotes Weihnachtsgeld von 2,16 Euro,
auf Basis eines kollektivvertraglichen Bruttostundenlohnes von 17,38 Euro ein aliquotes Weihnachtsgeld von 1,82 Euro sowie
auf Basis eines kollektivvertraglichen Bruttostundenlohnes von 12,09 Euro ein aliquotes Weihnachtsgeld von 1,27 Euro
für jede in Österreich geleistete Arbeitsstunde.

Da gemäß den getroffenen Feststellungen alle der genannten Arbeitnehmer im Tatzeitraum (4. Dezember 2018 und 5. Dezember 2018) seit mehr als einem Monat im Unternehmen der B Mbeschäftigt sind, steht diesen ein aliquoter

Anspruch auf Weihnachtsgeld (entsprechend der oben dargestellten Berechnung) zu.

IV.2.2.3. Zur kombinierten Schmutz- und Erschwerniszulage

Der Kollektivvertrag für Feuerfest- und Schornstein- (Kamin-)Bau sieht in § 5 Abs. 1 lit c eine Schmutz- und Erschwerniszulage für die Reparatur bzw. Zustellung von u.a. Stoßöfen in Höhe von 6 % des kollektivvertraglichen Bruttostundenlohnes vor.

Hinsichtlich der Zulagen verweist die Regelung des § 29 Abs. 1 LSD-BG auf die Entgeltsbestimmung des § 49 Abs. 3 ASVG, welcher jene Lohnbestandteile auflistet, die nicht als Entgelt iSd § 49 Abs. 1 ASVG gelten. Gemäß § 49 Abs. 3 Z 2 ASVG gelten somit Schmutzzulagen, soweit diese nach § 68 Abs. 1, 5 und 7 des EStG nicht der Einkommenssteuer(Lohnsteuer)pflicht unterliegen, nicht als Entgelt und sind somit auch bei Berechnung des gebührenden Entgelts gemäß § 29 Abs. 1 LSD-BG nicht zu berücksichtigen. Die Erschwerniszulage findet sich demgegenüber nicht in der taxativen Auflistung des § 49 Abs. 3 ASVG.

Die Frage der rechtlichen Behandlung derartiger kombinierter Zulagen kann nach der Ansicht des erkennenden Gerichtes jedoch nicht nach der im Straferkenntnis zitierten Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH, 16.9.1997, 93/08/0272) beurteilt werden. In dieser Entscheidung ging es um die generelle Frage, ob ein bestimmter Beitrag beitragspflichtig oder beitragsfrei ist. Im hier zu beurteilenden Sachverhalt steht jedoch aufgrund der Regelung des § 49 Abs. 3 ASVG eindeutig fest, dass die Schmutzzulage nicht als Entgelt gilt, während die Erschwerniszulage als Entgeltsbestandteil zu werten ist. Die vom Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung zu Zl. 93/08/0272 beantwortete Frage stellt sich somit verfahrensgegenständlich nicht.

Die im Straferkenntnis herangezogene Zweifelsregel, dass im Zweifel die gesamte Zulage als beitragspflichtiges Entgelt zu werten ist, würde – insofern ist dem Beschwerdeführer zuzustimmen – zu einer gesetzlich nicht gedeckten Benachteiligung des Beschwerdeführers führen.

Insofern ist somit die als Schmutz- und Erschwerniszulage kombinierte Zulage lediglich im halben Anteil der Erschwerniszulage als Entgeltsbestandteil zu werten und kommt diese im verminderten Ausmaß von 3 % bei jenen Arbeitnehmern zur Anwendung, die (wie oben dargestellt) dem Kollektivvertrag für Feuerfest- und Schornstein- (Kamin-)Bau unterliegen.

Es wird jedoch darauf hingewiesen, dass die Fragestellung der Berücksichtigung der Erschwernis- und Schmutzzulage keinen wesentlichen Einfluss auf die

Berechnung der Unterentlohnung hat. Selbst bei völliger Außerachtlassung der Erschwernis- und Schmutzzulage (wie dies vom Beschwerdeführer argumentiert wird), würde sich das Ausmaß der jeweiligen Unterentlohnung nur unwesentlich ändern, sodass auch in diesen Fällen der Tatbestand der erheblichen Unterentlohnung (immer noch) erfüllt wäre.

IV.2.2.4. Berechnung der Unterentlohnung

Entsprechend dieser Grundsätze errechnet sich somit für die in den Spruchpunkten 2a bis 2i genannten Arbeitnehmer folgender Unterentlohnungsprozentsatz gemessen an dem gebührender Entgeltsanspruch für den maßgeblichen Tatzeitraum (4. Dezember 2018 sowie 5. Dezember 2018 und somit für 20 Stunden) gemäß dem jeweils anzuwendenden Kollektivvertrag:

Spruchpunkt 2a – B F G P:

Bruttostundenlohn	411,00 Euro (20,55 Euro x 20 Stunden)
Weihnachtsgeld	43,20 Euro (2,16 Euro x 20 Stunden)
3 % Erschwerniszulage	12,40 Euro (0,62 Euro x 20 Stunden)
Gesamt	466,60 Euro

Vergleicht man dies mit dem festgestellten tatsächlich durch die B Mausgewiesenen Bruttostundenlohn von 8,48 Euro, so errechnet sich ein Vergleichsbetrag für 20 Stunden in der Höhe von 169,60 Euro. Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung im Ausmaß von 63,65 % (Differenz: 297,00 Euro).

Spruchpunkt 2b – J G P

Bruttostundenlohn	347,60 Euro (17,38 Euro x 20 Stunden)
Weihnachtsgeld	36,40 Euro (1,82 Euro x 20 Stunden)
3 % Erschwerniszulage	10,40 Euro (0,52 Euro x 20 Stunden)
Gesamt	394,40 Euro

Vergleicht man dies mit dem festgestellten tatsächlich durch die B M ausgewiesenen Bruttostundenlohn von 8,62 Euro, so errechnet sich ein Vergleichsbetrag für 20 Stunden in der Höhe von 172,40 Euro. Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung im Ausmaß von 56,29 % (Differenz: 222,00 Euro).

Spruchpunkt 2c – I C

Bruttostundenlohn	347,60 Euro (17,38 Euro x 20 Stunden)
Weihnachtsgeld	36,40 Euro (1,82 Euro x 20 Stunden)
3 % Erschwerniszulage	10,40 Euro (0,52 Euro x 20 Stunden)
Gesamt	394,40 Euro

Vergleicht man dies mit dem festgestellten tatsächlich durch die B M ausgewiesenen Bruttostundenlohn von 7,29 Euro, so errechnet sich ein Vergleichsbetrag für 20 Stunden in der Höhe von 145,80 Euro. Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung im Ausmaß von 63,03 % (Differenz: 248,60 Euro).

Spruchpunkt 2d – V J R V

Bruttostundenlohn	347,60 Euro (17,38 Euro x 20 Stunden)
Weihnachtsgeld	36,40 Euro (1,82 Euro x 20 Stunden)
3 % Erschwerniszulage	10,40 Euro (0,52 Euro x 20 Stunden)
Gesamt	394,40 Euro

Vergleicht man dies mit dem festgestellten tatsächlich durch die B M ausgewiesenen Bruttostundenlohn von 3,82 Euro, so errechnet sich ein Vergleichsbetrag für 20 Stunden in der Höhe von 76,40 Euro. Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung im Ausmaß von 80,63 % (Differenz: 318,00 Euro).

Spruchpunkt 2e – L V R D C C

Bruttostundenlohn	347,60 Euro (17,38 Euro x 20 Stunden)
Weihnachtsgeld	36,40 Euro (1,82 Euro x 20 Stunden)
3 % Erschwerniszulage	10,40 Euro (0,52 Euro x 20 Stunden)
Gesamt	394,40 Euro

Vergleicht man dies mit dem festgestellten tatsächlich durch die B Mausgewiesenen Bruttostundenlohn von 6,56 Euro, so errechnet sich ein Vergleichsbetrag für 20 Stunden in der Höhe von 131,20 Euro. Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung im Ausmaß von 66,73 % (Differenz: 263,20 Euro).

Spruchpunkt 2f – C A N S

Bruttostundenlohn	347,60 Euro (17,38 Euro x 20 Stunden)
Weihnachtsgeld	36,40 Euro (1,82 Euro x 20 Stunden)
3 % Erschwerniszulage	10,40 Euro (0,52 Euro x 20 Stunden)
Gesamt	394,40 Euro

Vergleicht man dies mit dem festgestellten tatsächlich durch die B M ausgewiesenen Bruttostundenlohn von 8,68 Euro, so errechnet sich ein Vergleichsbetrag für 20 Stunden in der Höhe von 173,60 Euro. Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung im Ausmaß von 55,98 % (Differenz: 220,80 Euro).

Spruchpunkt 2g – A J L A

Bruttostundenlohn	241,80 Euro (12,09 Euro x 20 Stunden)
Weihnachtsgeld	25,40 Euro (1,27 Euro x 20 Stunden)
Gesamt	267,20 Euro

Vergleicht man dies mit dem festgestellten tatsächlich durch die B M ausgewiesenen Bruttostundenlohn von 6,94 Euro, so errechnet sich ein Vergleichsbetrag für 20 Stunden in der Höhe von 138,80 Euro. Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung im Ausmaß von 48,05 % (Differenz: 128,40 Euro).

Spruchpunkt 2h – B A A P

Bruttostundenlohn	241,80 Euro (12,09 Euro x 20 Stunden)
Weihnachtsgeld	25,40 Euro (1,27 Euro x 20 Stunden)
Gesamt	267,20 Euro

Vergleicht man dies mit dem festgestellten tatsächlich durch die B M ausgewiesenen Bruttostundenlohn von 3,83 Euro, so errechnet sich ein Vergleichsbetrag für 20 Stunden in der Höhe von 76,60 Euro. Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung im Ausmaß von 71,33 % (Differenz: 190,60 Euro).

Spruchpunkt 2i – J P B R

Bruttostundenlohn	241,80 Euro (12,09 Euro x 20 Stunden)
Weihnachtsgeld	25,40 Euro (1,27 Euro x 20 Stunden)
Gesamt	267,20 Euro

Vergleicht man dies mit dem festgestellten tatsächlich durch die B M ausgewiesenen Bruttostundenlohn von 3,56 Euro, so errechnet sich ein Vergleichsbetrag für 20 Stunden in der Höhe von 71,20 Euro. Daraus ergibt sich eine Unterentlohnung im Ausmaß von 73,35 % (Differenz: 196,00 Euro).

Es zeigt sich somit, dass das geleistete Entgelt nicht dem gebührenden Entgelt entspricht, sodass sich hinsichtlich der in den Spruchpunkten 2a bis 2i genannten Arbeitnehmern die oben dargestellten Unterentlohnungen ergeben. Die Tatbestände der Unterentlohnung wurden daher in objektiver Hinsicht erfüllt.

IV.2.2.5. Zur Lohnposition *„ajudas de custo*" bzw*. „Auslösung*"

Hinsichtlich dieser als „Auslösung" übersetzten Position aus der Gehaltsabrechnung ist auszuführen, dass diese nicht als Entgeltsbestandteil anzusehen ist, wenn sie als Erstattung für infolge der Entsendung tatsächlich entstandener Kosten gezahlt wird. Entscheidend ist stets, ob die Leistung des Arbeitgebers der Abgeltung der Bereitstellung der Arbeitskraft dient oder zur Abdeckung eines mit der Arbeitsleistung zusammenhängenden finanziellen Aufwandes des Arbeitnehmers (Aufwandsentschädigung). Gemäß den

Feststellungen deckt die als „Auslösung" übersetzte Position in den Gehaltsabrechnungen für Dezember 2018 die Aufwendungen der Arbeitnehmer im Zusammenhang mit deren Tätigkeiten im Ausland ab, sodass diese nicht als Entgeltsbestandteil anzusehen sind.

Das Beweisverfahren hat – wie im Rahmen der Beweiswürdigung dargelegt – nicht ergeben, dass den Arbeitnehmern zusätzlich zu der genannten Position „Auslösung" ein allfällig tatsächlich entstandener Aufwand zusätzlich vergütet worden wäre. Diesbezüglich ist auch auf die Mitwirkungspflicht einer Partei hinzuweisen, die insbesondere dort Bedeutung hat, wo ein Sachverhalt nur im Zusammenwirken mit der Partei geklärt werden kann, weil die Behörde außerstande ist, sich Kenntnis vom ausschließlich in der Sphäre der Partei liegenden Umstände von Amts wegen zu beschaffen.

IV.2.2.6. Zur Unionsrechtskonformität und Verfassungsmäßigkeit des § 29 LSD-BG

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hegt keine Bedenken im Hinblick auf Verfassungskonformität bzw. die Unionsrechtskonformität der anzuwendenden Strafnorm.

§ 29 Abs. 1 LSD-BG schützt zum einen Arbeitnehmer und zielt darauf ab, diesen Arbeitnehmern das ihnen zustehende Entgelt für die erbrachten Leistungen zu sichern; dies vor allem vor dem Hintergrund, dass viele Arbeitnehmer aus Angst vor Verlust ihres Arbeitsplatzes nur selten rechtliche Schritte im Falle einer Unterentlohnung setzen. Mindestlohnansätze gehören daher zum harten Kern der Arbeitnehmerschutzvorschriften, die von Dienstleistungserbringern unabhängig von der Dauer der Entsendung der Arbeitnehmer einzuhalten sind (dazu im Ergebnis VwGH 27.01.2014, 2013/11/0249). Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes gehört der soziale Schutz der Arbeitnehmer zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, worunter auch Maßnahmen des Lohn- und Sozialdumpings zu verstehen sind (vgl. etwa EuGH RS C-341/02 Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Bundesrepublik Deutschland). Darüber hinaus soll § 29 LSD-BG einen fairen Wettbewerb zwischen Unternehmen durch Einhaltung der Mindestlöhne sicherstellen. Der Schutzzweck des § 29 LSD-BG sanktioniert somit schwerwiegendes Unrecht und ist hinsichtlich dieser Rechtschutzziele auch nicht mit den dem EuGH-Urteil in der Rechtssache Maksimovic zugrundeliegenden Rechtsschutzzielen, bei denen es um Kontrollmaßnahmen bezüglich der Dokumentation einer Beschäftigung ging, vergleichbar.

Zudem enthält § 29 LSD-BG ein Regelsystem, das bei geringfügigen Lohnabrechnungsfehlern oder bei irrtümlichen Unterentlohnungen Straffreiheit vorsieht (Absehen von der Anzeige; tätige Reue). Selbst dann, wenn in einem Fall

geringfügige Unterentlohnungen oder leicht fahrlässig verursachte Unterentlohnungen aufgedeckt werden, ist von der Verhängung einer Strafe abzusehen, wenn der Arbeitgeber nach Aufforderung der Behörde die Unterentlohnung ausgleicht.

Durch diese gesetzlich normierten Regulierungsmechanismen ist daher weder an der Verfassungskonformität noch an der Unionsrechtskonformität des § 29 Abs. 1 LSD-BG zu zweifeln.

IV.2.3. Zur subjektiven Tatbestandsverwirklichung

Zur subjektiven Tatseite ist auszuführen, dass als Verschuldensgrad auch im Zusammenhang mit der Regelung des § 29 Abs. 1 LSD-BG fahrlässiges Verhalten genügt (§ 5 Abs. 1 VStG). 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.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschwerdeführer initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringung von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Der Beschwerdeführer hat diesbezüglich jedoch nichts vorgebracht, was geeignet gewesen wäre, ein mangelndes Verschulden darzulegen.

Die allfällige Unkenntnis des Gesetzes kann den Beschwerdeführer subjektiv nicht entlasten. Wer ein Gewerbe betreibt, ist verpflichtet, sich vor der Ausübung über die das Gewerbe betreffenden Vorschriften zu informieren. Es besteht somit für einen Arbeitgeber grundsätzlich die Verpflichtung, sich unter anderem auch mit den gesetzlichen arbeitsrechtlichen Vorschriften zur Vermeidung einer Unterentlohnung der Beschäftigten, insbesondere auch im Zusammenhang mit der Entsendung von Arbeitskräften ins Ausland, vertraut zu machen. Bestehen über den Inhalt der Vorschriften Zweifel, oder fehlen entsprechende Kenntnisse, ist der Gewerbetreibende verpflichtet, bei der hierfür zuständigen Behörde Auskünfte einzuholen. Wird dies unterlassen, kann die Unkenntnis der Bestimmungen nicht von der Schuld befreien.

Der Beschwerdeführer hat im gesamten Verfahren kein Vorbringen dahingehend erstattet, wonach es ihm subjektiv nicht möglich und zumutbar gewesen wäre, die Bestimmungen des LSD-BG einzuhalten. Insofern hat der Beschwerdeführer die ihm vorgeworfenen Verwaltungsübertretungen auch in subjektiver Hinsicht zu verantworten und ist von zumindest fahrlässigem Verhalten auszugehen.

V. Zur Strafbemessung

V.1. Spruchpunkt 1

V.1.1. Auf Grundlage des Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 12. September 2019, C-64/18 ua (Rechtssache Maksimovic) hat der Verwaltungsgerichtshof in mittlerweile ständiger Rechtsprechung ausgesprochen, dass die Verletzung der Bestimmung des § 27 Abs. 1 LSD-BG (bzw. der entsprechenden Vorgängerbestimmung des AVRAG) auch hinsichtlich mehrerer Arbeitnehmer nur mehr eine einzige Strafe nach sich zieht, die normierte Mindeststrafe nicht zu berücksichtigen sowie keine Ersatzfreiheitsstrafe zu verhängen ist (VwGH 15.10.2019, Ra 2019/11/003 bis 0034; VwGH 27.02.2020, Ra 2020/11/0004, VwGH 27.04.2020, Ra 2019/11/0171; VwGH 13.07.2020, Ra 2018/11/0167).

Der Verwaltungsgerichtshof hat in diesem Zusammenhang auch bereits ausdrücklich ausgesprochen, dass das nationale Recht durch das Urteil des EuGH vom 12. September 2019, Maksimovic (C64/18 ua) nur in Teilbereichen verdrängt wird, dies jedoch nicht dazu führt, dass die in Rede stehenden Strafnormen zur Gänze unangewendet zu bleiben hätten (VwGH 18.02.2020, Ra 2019/11/0195).

Die Verdrängungswirkung des Unionsrechts hat somit nach der ständigen und einheitlichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Folge, dass die nationale Regelung in jener Gestalt anwendbar bleibt, in der sie nicht mehr im Widerspruch zum Unionsrecht steht. Nationales Recht bleibt insoweit unangewendet, als ein Verstoß gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht gegeben ist. Die Verdrängung darf bloß jenes Ausmaß umfassen, das gerade noch hinreicht, um einen unionsrechtskonformen Zustand herbeizuführen.

Gemäß der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist somit eine unionskonforme Rechtslage mithilfe der Verdrängung von nationalem Recht dadurch herzustellen, als die Wortfolge „für jede/n Arbeitnehmer/in" in § 27 Abs. 1 LSD-BG unangewendet bleibt, da damit im Ergebnis dem sich aus dem Urteil des EuGH in Sachen Maksimovic ergebenden Erfordernis einer Höchstgrenze für die Summe aller Geldstrafen bei Verstößen hinsichtlich mehrerer Arbeitnehmer Rechnung getragen wird sowie die Mindeststrafe und die Ersatzfreiheitsstrafe unangewendet bleiben.

Entgegen dem Vorbringen des Beschwerdeführers besteht somit hinsichtlich der Anwendung des § 27 Abs. 1 LSD-BG als Strafsanktionsnorm eine eindeutige und klar determinierte ständige und einheitliche Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Im Rahmen dieser klaren Vorgaben des

Verwaltungsgerichtshofes ist nunmehr eine Strafbemessung unter Berücksichtigung der Vorgaben des § 19 Abs. 1 VStG durchzuführen.
Weder kann somit dem Vorbringen des Beschwerdeführers, die Strafbestimmung des § 27 Abs. 1 LSD-BG habe unangewendet zu bleiben, gefolgt werden, noch besteht aus Sicht des erkennenden Gerichtes eine Veranlassung dazu, ein Vorabentscheidungsverfahren hinsichtlich der Bestimmung des § 27 Abs. 1 LSD-BG einzuleiten. Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in den oben genannten Entscheidungen mit den Auswirkungen des Urteils des EuGH in der Rechtssache Maksimovic eingehend auseinandergesetzt und klar determinierte Ausführungen zur Auslegung der Strafsanktionsnorm des § 27 Abs. 1 LSD-BG getätigt. Im Rahmen dieser Vorgaben des Verwaltungsgerichtshofes erfolgt auch die Strafbemessung im hier zu beurteilenden Sachverhalt.

V.1.2. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlagen für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Nach Abs. 2 leg. cit sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Die belangte Behörde hat eine Geldstrafe in Höhe von 1.500,00 Euro verhängt und ist dabei von einem monatlichen Nettoeinkommen des Beschwerdeführers in Höhe von 3.000,00 Euro ausgegangen. Der Beschwerdeführer ist dieser Schätzung seines monatlichen Nettoeinkommens im gesamten Verfahren nicht entgegengetreten und hat auch der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers trotz ausdrücklicher Befragung kein widersprechendes Vorbringen erstattet. Unter Berücksichtigung der Strafmilderungsgründe der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit des Beschwerdeführers sowie der langen Verfahrensdauer und unter Berücksichtigung der bestehenden Sorgepflichten für zwei Kinder erscheint dem erkennenden Gericht eine Herabsetzung der verhängten Geldstrafe auf 900,00 Euro als geboten. Berücksichtigt wurde im Rahmen der nunmehrigen Strafbemessung einerseits die Tatsache, dass die Arbeitsaufzeichnungen für eine nicht unbeträchtliche Anzahl von Arbeitnehmern (insgesamt 16 Arbeitnehmer) nicht übermittelt wurden, andererseits jedoch auch, dass alle sonstigen Unterlagen (insbesondere Lohnunterlagen) fristgerecht übermittelt wurden.

Die Verhängung einer Geldstrafe in der herabgesetzten Höhe ist aus spezialpräventiven Gesichtspunkten jedoch erforderlich, um den Beschwerdeführer auf die Wichtigkeit der Einhaltung der Bestimmungen des LSD-BG hinzuweisen und trägt auch generalpräventiven Überlegungen Rechnung.

Die Ersatzfreiheitsstrafe war unter Hinweis auf des Urteil des EuGH (Rechtssache Maksimovic, C-64/18 ua) und der darauf aufbauenden Judikatur des VwGH (VwGH 26.02.2020, Ra 2020/11/0004) nicht zu verhängen.

Es war zu Spruchpunkt 1 somit spruchgemäß zu entscheiden.

V.2. Spruchpunkte 2a bis 2i

V.2.1. Zweck der Regelung des § 29 Abs 1 LSD-BG ist es, Lohn- und Sozialdumping zu verhindern, da dadurch nicht nur den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern das ihnen zustehende Entgelt für die erbrachte Arbeitsleistung vorenthalten wird, sondern insbesondere auch ein fairer Wettbewerb zwischen den Unternehmen untergraben wird. Dieses Ziel kann nur dann erreicht werden, wenn im Fall von Übertretungen wirksame Sanktionen zur Verfügung stehen. Die durch das LSD-BG sichergestellten Mindestlohnsätze gehören zum harten Kern der Arbeitnehmerschutzvorschriften, die unabhängig von Beschäftigungs- oder Überlassungsdauer einzuhalten sind. Durch unterkollektivvertragliche Entlohnungen ist die Sicherung eines fairen wirtschaftlichen Wettbewerbs zwischen Unternehmen gefährdet und werden dadurch rechtswidrige Wettbewerbsvorteile geschaffen.

Die gegenständlichen Verwaltungsübertretungen in Form massiver Unterentlohnungen in insgesamt neun Fällen schädigen in nicht unerheblichen Ausmaß einerseits den Regelungszweck des Schutzes des einzelnen Arbeitsnehmers sowie andererseits die Sicherstellung eines fairen Wettbewerbes in geradezu typischer Weise. Insofern war somit der objektive Unrechtsgehalt der angelasteten Taten keinesfalls unbedeutend.

Auch hätte sich der Beschwerdeführer als für die B M verantwortlicher Geschäftsführer über die Verpflichtungen nach dem LSD-BG zu informieren gehabt; insofern kann auch das Verschulden des Beschwerdeführers nicht als gering eingestuft werden.

V.2.2. Als Milderungsgrund kann dem Beschwerdeführer seine verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit zugerechnet werden, auch die lange Verfahrensdauer ist strafmildernd zu berücksichtigen. Das von der belangten Behörde angenommene Einkommen ist mangels gegenteiligem Vorbringen auch dem Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich zu Grunde zu legen. Berücksichtigt werden allerdings Sorgepflichten für zwei minderjährige Kinder. Erschwerend ist demgegenüber das – trotz entsprechender Neuberechnung – immer noch sehr hohe Ausmaß der prozentuellen Unterentlohnungen zu werten.

V.2.3. Vorliegend ist die Geldstrafe nach dem dritten Strafsatz des § 29 Abs. 1 LSD-BG zu bemessen, wonach die Geldstrafe für jeden Arbeitnehmer 2.000,00 Euro bis 20.000,00 Euro beträgt.

Ausgehend von den unter Punkt V.2.1. und V.2.2. dargelegten Überlegungen konnten zu den Spruchpunkten 2a, 2b, 2c, 2e, 2f und 2g die Geldstrafen auf jeweils 2.400,00 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe jeweils 40 Stunden) sowie zu den Spruchpunkten 2d, 2h und 2i die Geldstrafen auf jeweils 2.800,00 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe jeweils 47 Stunden) herabgesetzt werden. Die herabgesetzten Geldstrafen sind tat- und schuldangemessen, in dieser Höhe jedoch auch erforderlich, um unter Zugrundelegung des Ausmaßes der Unterentlohnung eine angemessene Sanktion zu setzen, die dem Beschwerdeführer die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens vor Augen führt. Auch generalpräventiven Überlegungen wird dadurch ausreichend Rechnung getragen.
V.2.4. Eine Anwendbarkeit der Judikatur des EuGH vom 12.09.2019, Rechtssache Maksimovic (C-64/18 ua) kommt auf den verfahrensgegenständlichen Unterentlohnungsstraftatbestand des § 29 Abs. 1 LSD-BG nicht in Betracht. Bereits der Normzweck ist nicht vergleichbar. Während sich der EuGH in der Rechtssache Maksimovic ausschließlich mit Kontrollvereitelungen befasste, die als „Formalverstöße" qualifiziert wurden, geht es bei einer Übertretung des § 29 Abs. 1 LSD-BG um Lohndumping im Kernbereich des Gesetzes. Durch diese Regelung soll insbesondere auch verhindert werden, dass sich Unternehmen durch Unterentlohnung der Arbeitnehmer Lohnkosten sparen, Beitragsverkürzungen eintreten und es zu einer Bereicherung auf Kosten der Arbeitnehmer kommt. Die oben dargelegten Geldstrafen wurden mit Augenmaß verhängt und berücksichtigen daher das geforderte Verhältnismäßigkeitsprinzip.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

VI. Zur Kostenentscheidung

Spruchpunkt 1

Da der Beschwerde im Strafausmaß teilweise Folge gegeben wurde, waren gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG dem Beschwerdeführer keine Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen. Der Kostenbeitrag zum erstinstanzlichen Verfahren war entsprechend herabzusetzen.

Spruchpunkte 2a bis 2i

Da der Beschwerde auch in diesen Spruchpunkten im Strafausmaß teilweise Folge gegeben wurde, waren gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG dem Beschwerdeführer keine Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen. Der jeweilige Kostenbeitrag zum

erstinstanzlichen Verfahren war entsprechend den neu festgesetzten Geldstrafen zu reduzieren.

VII. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Das vorliegende Erkenntnis orientiert sich vielmehr an der zitierten, einheitlichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, insbesondere zur Umsetzung des EuGH-Urteils in der Rechtssache Maksimovic. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Rechtsmittelbelehrung

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

Hinweis

1. Verfahrenshilfe 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.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

2. Bitte erachten Sie die von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelte Vorschreibung als hinfällig. Sie erhalten von der belangten Behörde eine neue Vorschreibung.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Haas