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-302948/9/Kü/MG

Datum:
Linz, 9. Mai 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde von D. D., p.A. S. I. d.o.o, X, X C., X, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 16. Februar 2021, GZ: 0111778/2020, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 21. Dezember 2021

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben, als die Geldstrafen zu Spruchpunkten 1. und 2. auf jeweils 500 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafen auf jeweils 8 Stunden herabgesetzt werden und anstelle der zu Spruchpunkten 4a. - 4d. ausgesprochenen Einzelstrafen eine Gesamtstrafe von 2.500 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 42 Stunden, festgesetzt werden.
Die Beschwerde zu Spruchpunkt 3. wird abgewiesen und diesbezüglich das Straferkenntnis bestätigt.

Des Weiteren wird der Spruch der belangten Behörde dahingehend konkretisiert, als hinsichtlich der verletzten Rechtsvorschriften (Spruchpunkt II.) anstelle der Bezeichnung „BGBl. I Nr. 54/2020“ die Bezeichnung „BGBl. I Nr. 174/2021“ eingefügt wird.

II. Der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde verringert sich auf 550 Euro. Für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat der Beschwerdeführer einen Kostenbeitrag von 400 Euro zu leisten.

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. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz (im Folgenden: belangte Behörde) vom 16. Februar 2021, GZ: 0111778/2020, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 19 iVm § 26 Abs. 1 Z 1, § 21 Abs. 1 Z 1 iVm § 26 Abs. 1 Z 3, § 22 Abs. 1 iVm § 28 Z 1 und § 29 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) zwei Geldstrafen in Höhe von jeweils 1.000 Euro und fünf Geldstrafen in Höhe von jeweils 2.000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen verhängt.

Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zu Grunde:

„I. Tatbeschreibung:
Der Beschuldigte, Herr D. D., geboren am x, hat als zur Vertretung nach außen befugtes Organ der Firma S. I. d.o.o. mit Sitz in X, X C., X, und somit als gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher, nachstehend angeführte Übertretungen des Lohn- und Sozialdumping- Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) zu verantworten:
1. Die Firma S. I. d.o.o. hat als Arbeitgeber im Sinne des § 19 Abs. 1 LSD-BG die Entsendung folgender Arbeitnehmer nach Österreich nicht rechtzeitig der Zentralen Koordinationsstelle (ZKO) gemeldet:
• L. I., geb. X, StA: K., Arbeitsantritt am 20.08.2020
• B. M., geb. x, StA: K., Arbeitsantritt am 20.08.2020
• J. E., geb. x, StA: K., Arbeitsantritt am 20.08.2020
• S. G., geb. x, StA: K., Arbeitsantritt am 20.08.2020
Die genannten Arbeitnehmer führten am 21.08.2020 am Arbeits(einsatz)ort in X L., X („Sanierung Schule“), Trockenbau(hilfs)arbeiten durch.
Gemäß § 19 Abs. 2 LSD-BG waren die Entsendungen vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme der ZKO zu melden. Da entsprechende Meldungen (ZKO3) erst am 21.08.2020 bzw. 24.08.2020 und somit nicht rechtzeitig erfolgt sind, liegt ein Verstoß gegen § 19 LSD-BG vor.
2. Die Firma S. I. d.o.o. hat - wie aufgrund einer Kontrolle durch die Bauarbeiter- Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) festgestellt wurde - am 21.08.2020 am Arbeits(einsatz)ort in X L., X („Sanierung Schule“), für die entsandten Arbeitnehmer
• L. I., geb. x, StA: K.
• B. M., geb. x, StA: K.
• J. E., geb. x, StA: K.
• S. G., geb. x, StA: K.
keine Sozialversicherungsdokumente A1 oder gleichwertige Unterlagen in deutscher Sprache bereitgehalten oder unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich gemacht, obwohl § 21 LSD-BG eine derartige Verpflichtung vorschreibt.
3. Die Firma S. I. d.o.o. hat - wie aufgrund einer Kontrolle durch die Bauarbeiter- Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) festgestellt wurde - am 21.08.2020 am Arbeits(einsatz)ort in X L., X („Sanierung Schule“), für die entsandten Arbeitnehmer

- L. I., geb. x, StA: K.
- B. M., geb. x, StA: K.
- J. E., geb. x, StA: K.
- S. G., geb. x, StA: K.

keine Arbeitsverträge und Arbeitsaufzeichnungen für den Lohnmonat August 2020 bereitgehalten oder unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung elektronisch zugänglich gemacht, obwohl § 22 LSD-BG eine derartige Verpflichtung vorschreibt.

4. Anlässlich der am 21.08.2020 durch die Bauarbeiter- Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) durchgeführten Baustellenkontrolle am Arbeits(einsatz)ort in X L., X („Sanierung Schule“), und der folgenden Erhebungen wurde festgestellt, dass vier Arbeitnehmer im Prüfzeitraum unterkollektivvertraglich entlohnt wurden.
Aufgrund der Ergebnisse der Baustellenkontrolle und der tatsächlich ausgeübten Tätigkeiten kommt für die Arbeitnehmer
a) L. I., geb. x
b) B. M., geb. x
c) J. E., geb. x
d) S.G., geb. x
der Kollektivvertrag für Bauhilfsgewerbe 2020, Oberösterreich, zur Anwendung und werden diese als Hilfsarbeiter (B., J.) bzw. als Angelernte Arbeiter (L., S.) eingestuft.
Vergleicht man nunmehr den ausbezahlten Bruttostundenlohn mit dem den Arbeitnehmern laut Kollektivvertrag für Bauhilfsgewerbe 2020, Oberösterreich, zustehenden Bruttostundenlohn (inklusive Sonderzahlungen), ergeben sich folgende Unterentlohnungen:

a) L. I., geb. x, Angelernter Arbeiter

		Geleistetes Entgelt brutto			Gebührendes Entgelt brutto			Different brutto	
Entgeltart	Zeitraum (von bis)	Stunden	Satz	Entgelt	Stunden	Satz	Entgelt	Euro	Prozent
Grundlohn	20.-21.08.2020	16	3,46	55,36	16	12,88	206,08	150,72	
Weihnachtsgeld			0,00	0,00	16	1,24	19,81	19,81	
Mehrstunden inkl. Zuschlag			0,00	0,00	0	6,44	0,00	0,00	
Gesamt				55,36			225,89	170,53	75,49

b) B. M., geb. x, Hilfsarbeiter

		Geleistetes Entgelt brutto			Gebührendes Entgelt brutto			Differenz brutto	
Entgeltart	Zeitraum (von bis)	Stunden	Satz	Entgelt	Stunden	Satz	Entgelt	Euro	Prozent
Grundlohn	20.-21.08.2020	16	3,46	55,36	16	11,57	185,12	129,76	
Weihnachtsgeld			0,00	0,00	16	1,11	17,80	17,80	
Mehrstunden inkl. Zuschlag			0,00	0,00	0	5,79	0,00	0,00	
Gesamt				55,36			202,92	147,56	72,72

c) J. E., geb. x, Hilfsarbeiter

		Geleistetes Entgelt brutto			Gebührendes Entgelt brutto			Differenz brutto	
Entgeltart	Zeitraum (von bis)	Stunden	Satz	Entgeh	Stunden	Satz	Entgelt	Euro	Prozent
Grundlohn	20.-21.08.2020	16	3,46	55,36	16	11,57	185,12	129,76	
Weihnachtsgeld			0,00	0,00	16	1,11	0,00	0,00	70,10

Mehrstunden inkl. Zuschlag			0,00	0,00	0	6,94	0,00	0,00	
Gesamt				55,36			185,12	129,76	

d) S. G., geb. x, Angelernter Arbeiter

		Geleistetes Entgelt brutto			Gebührendes Entgelt brutto			Differenz brutto	
Entgeltart	Zeitraum (von bis)	Stunden	Satz	Entgelt	Stunden	Satz	Entgelt	Euro	Prozent
Grundlohn	20.-21.08.2020	16	3,46	55,36	16	12,88	206,08	150,72	
Weihnachtsgeld			0,00	0,00	16	1,24	19,81	19,81	
Mehrstunden Inkl. Zuschlag			0,00	0,00	0	7,73	0,00	0,00	
Gesamt				55,36			225,89	170,53	75,49

Somit liegt ein Verstoß gegen § 29 Abs. 1 LSD-BG vor, 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.2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde in der die Aufhebung des Straferkenntnisses beantragt wird.

Begründend führt der Bf aus, dass der Sachverhalt nicht vollständig geklärt und es zu einer fehlerhaften Anwendung des Gesetzes gekommen sei. Seiner Meinung nach sei der Kollektivvertrag für das Bauhilfsgewerbe von 2020 unzutreffend, weil mit den Arbeitern ein Arbeitsvertrag in Kroatien abgeschlossen worden sei und daher kroatisches Recht anzuwenden sei. Weiters würde im Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz die Möglichkeit bestehen, dass der Arbeitgeber die Arbeitnehmer bis zu zwei Wochen nach dem Anfang der Arbeit der ZKO melde. Es sei deshalb keine Strafe zu verhängen, da in diesem Zeitraum die Arbeiter der ZKO gemeldet worden seien. Der Bf habe zudem eine A1-Bestätigung von der kroatischen Behörde erhalten, welche beweise, dass er alle Sozialverpflichtungen in Kroatien bezahle. Der Bf sei seinen Verpflichtungen für die Arbeitnehmer in Kroatien regelmäßig nachgekommen und habe diese ordnungsgemäß bezahlt.

Zudem habe es wegen der Covid-19 Epidemie viele Probleme gegeben und habe er eigentlich nicht immer gewusst, ob seine Arbeitnehmer arbeiten könnten bzw. die Grenze überqueren könnten. Die Arbeit sei in diesen Zeiten sehr schwer zu organisieren gewesen und sei fraglich gewesen, ob die Firma S. I. d.o.o diese Zeiten überhaupt überlebe.

Der Bf respektiere alle Gesetze und habe bisher keine Straftat begangen.

I.3. Die belangte Behörde hat die Beschwerde samt Verwaltungsstrafakt mit Schreiben vom 24. März 2021 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt. Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 21. Dezember 2021, an welcher eine Vertreterin der belangten Behörde teilgenommen hat. Der Bf sowie die Vertreterin der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) waren zur mündlichen Verhandlung entschuldigt.

Am Tag der mündlichen Verhandlung hat ein beauftragter Vertreter des ordnungsgemäß zur mündlichen Verhandlung geladenen Bf mit dem Verhandlungsleiter telefonisch Kontakt aufgenommen und darüber informiert, dass der Bf in Kroatien aufhältig ist und nicht zur Verhandlung erscheint. Die mündliche Verhandlung wurde daher in Abwesenheit des Bf durchgeführt. Mit diesem Vertreter wurde vereinbart, dass die fehlenden Unterlagen wie A1-Bescheinigungen, Arbeitsverträge und Lohnabrechnungen dem Landesverwaltungsgericht zur Prüfung übersandt werden. Zur Vorlage von Unterlagen wurde der Bf zudem bereits in Wahrung des Parteiengehörs mit Schreiben vom 19. April 2021 aufgefordert.

Festzuhalten ist, dass der Bf keiner dieser Aufforderungen entsprochen hat und die besagten Unterlagen dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht vorgelegt hat.

II. Folgender Sachverhalt steht fest:

II.1. Der Bf ist Geschäftsführer der S. I. d.o.o. mit der Geschäftsadresse X, X C., X, und sohin als nach außen vertretungsbefugtes Organ dieser Gesellschaft tätig.

Am 21. August 2020 führte ein Organ der BUAK bei der Baustelle „Sanierung Schule, X, X L.“ eine Kontrolle durch. Zu den Auftragsverhältnissen bei dieser Baustelle ist festzuhalten, dass die Bundesimmobiliengesellschaft mbH für das Gewerk „Trockenbauarbeiten“ die Firma F. I.- F.- A. GmbH beauftragt hat, welche einen Nachunternehmervertrag mit der Firma S. I. d.o.o abgeschlossen hat.

Bei der Kontrolle hat das Erhebungsorgan vier Arbeiter der Firma S. I. d.o.o bei der Montage der Unterkonstruktion der Trockenbaudecke und bei Hilfstätigkeiten (Wegräumen von Trockenbaumaterialien) angetroffen. Bei den angetroffenen Arbeitnehmern handelt es sich um I. L., M. B., E. J. und G. S., der sich als Vorarbeiter ausgab. Die Arbeitnehmer wurden vom Erhebungsorgan zu ihren persönlichen Daten und Arbeitsverhältnissen befragt. Die Verständigung mit den Arbeitnehmern erfolgte in deutscher Sprache. In den von den Arbeitnehmern selbst ausgefüllten Baustellenerhebungsprotokollen geben sie an, auf der Baustelle seit 20. August 2020 für Trockenbauarbeiten eingesetzt zu werden. Sie gaben übereinstimmend an, acht Stunden von Montag bis Freitag zu arbeiten und für ihre Tätigkeit in Österreich einen Bruttomonatslohn von 600 Euro (netto 500 Euro) zu

erhalten. Zudem wird ihnen ein Aufwandsersatz für Essen von 100 Euro monatlich gewährt, der nicht im Lohn enthalten ist.

Über Aufforderung durch das Erhebungsorgan konnten die Arbeitnehmer auf der Baustelle weder ZKO3-Meldung, A1-Entsendebescheinigungen noch Arbeitsverträge und Arbeitsaufzeichnungen für den Lohnmonat August 2020 zur Einsichtnahme vorlegen.

Aus diesem Grund wurde dem Vorarbeiter S vom Erhebungsorgan ein schriftliches Aufforderungsschreiben in deutscher, sowie bosnisch/kroatisch/serbischer Sprache zur Weiterleitung an den Arbeitgeber ausgehändigt. In diesem Aufforderungsschreiben wird die Firma des Bf aufgefordert, die fehlenden Meldeunterlagen (ZKO3-Meldungen und A1-Entsendebescheinigungen) und die fehlenden Lohnunterlagen, insbesondere die Arbeitsverträge, binnen zwei Werktagen, das war bis zum 24. August 2020, zu übermitteln. Zudem wurde das Unternehmen des Bf aufgefordert, Lohnzettel, Lohnaufzeichnungen und Lohnzahlungsnachweise sowie Banküberweisungsbelege für den Kontrollmonat August 2020 bis zum 20. des Folgemonats vorzulegen.

Im Zuge der Erhebungen konnte von den Kontrollorganen festgestellt werden, dass am 24. August 2020, somit drei Tage nach der Baustellenkontrolle, die ZKO3-Meldungen für die vier angetroffenen Arbeitnehmer erstattet wurden.

Die Arbeitsverhältnisse der angetroffenen Arbeitnehmer unterliegen dem Anwendungsbereich des Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetzes und dem Kollektivvertrag für das Bauhilfsgewerbe 2020 (Oberösterreich). Gemäß den Bestimmungen des genannten Kollektivvertrages gebührt einem angelernten Arbeiter ein Bruttostundenlohn von 12,88 Euro und einem Hilfsarbeiter ein Bruttostundenlohn von 11,57 Euro zuzüglich einem aliquoten Weihnachtsgeld. Die Arbeitnehmer L. und S. gaben an über eine Berufsausbildung zu verfügen, die Arbeiter B. und J. führten aus, als Trockenbauhelfer tätig zu sein. Die Arbeiter L. und S. sind sohin als angelernte Arbeiter und die Arbeitnehmer B. und J. als Hilfsarbeiter zu entlohnen. Den Angaben der Arbeitnehmer über die monatliche Bruttoentlohnung zufolge ergibt sich bei der Annahme von 40 Wochenarbeitsstunden ein geleisteter Bruttostundenlohn von 3,46 Euro (Berechnungsformel: Bruttomonatslohn/4,33/40 Wochenstunden).

Der Kollektivvertrag für das Bauhilfsgewerbe sieht in § 9 ein Weihnachtsgeld nach einmonatiger Betriebszugehörigkeit vor. Das Weihnachtsgeld wird generell nach der folgenden Formel berechnet: Jahresstunden/39 x KollV-Lohn x 3,26 x 1,15. Auf Basis des kollektivvertraglichen Bruttostundenlohns von 11,57 Euro für einen Hilfsarbeiter ergibt sich ein aliquotes Weihnachtsgeld von 1,11 Euro pro geleisteter Arbeitsstunde. Auf Basis des kollektivvertraglichen Stundenlohnes von 12,88 Euro

für den angelernten Arbeiter ergibt sich für diesen ein aliquotes Weihnachtsgeld von 1,24 Euro pro geleisteter Arbeitsstunde.

In den Baustellenerhebungsprotokollen führen die einzelnen Arbeitnehmer konkret aus, seit wann sie für die Firma des Bf tätig sind. Mit Ausnahme des Arbeitnehmers J., der angab, erst seit 4. August 2020 für das Unternehmen des Bf zu arbeiten, ergibt sich für die übrigen drei Arbeitnehmer aufgrund der mehr als einmonatigen Betriebszugehörigkeit der Anspruch auf Bezahlung des Weihnachtsgeldes. Der Vorarbeiter S. hat angegeben, seit vier Jahren beim Unternehmen des Bf zu arbeiten, der Arbeitnehmer B. hat angegeben, seit zwölf Jahren im Unternehmen zu arbeiten, der Arbeitnehmer L. nennt als seinen Arbeitsbeginn den 3. November 2019. Aus einem Vergleich des ausbezahlten Bruttostundenlohnes mit dem den Arbeitnehmern laut Kollektivvertrag für das Bauhilfsgewerbe 2020, Oberösterreich, zustehenden Bruttostundenlohn ergeben sich folgende Unterentlohnungen:

Name Arbeitnehmer: L. I.
Einstufung: Angelernter Arbeiter
Kollektivvertrag: Bauhilfsgewerbe Oberösterreich, 2020

Entgeltart	Zeitraum (von bis)	Geleistetes Entgelt brutto			Gebührendes Entgelt brutto			Differenz brutto	
		Stunden	Satz	Entgelt	Stunden	Satz	Entgelt	Euro	Prozent
Grundlohn	20.-21.08.2020	16	3,46	55,36	16	12,88	206,08	150,72	
Weihnachtsgeld			0,00	0,00	16	1,24	19,81	19,81	
Mehrstunden inkl. Zuschlag			0,00	0,00	0	6,44	0,00	0,00	
Gesamt				55,36			225,89	170,53	75,49

Name Arbeitnehmer: B. M.
Einstufung: Hilfsarbeiter
Kollektivvertrag: Bauhilfsgewerbe Oberösterreich, 2020

Entgeltart	Zeitraum (von bis)	Geleistetes Entgelt brutto			Gebührendes Entgelt brutto			Differenz brutto	
		Stunden	Satz	Entgelt	Stunden	Satz	Entgelt	Euro	Prozent
Grundlohn	20.-21.08.2020	16	3,46	55,36	16	11,57	185,12	129,76	
Weihnachtsgeld			0,00	0,00	16	1,11	17,80	17,80	
Mehrstunden inkl. Zuschlag			0,00	0,00	0	5,79	0,00	0,00	
Gesamt				55,36			202,92	147,56	72,72

Name Arbeitnehmer: J. E.
Einstufung: Hilfsarbeiter
Kollektivvertrag: Bauhilfsgewerbe Oberösterreich, 2020

Entgeltart	Zeitraum (von bis)	Geleistetes Entgelt brutto			Gebührendes Entgelt brutto			Differenz brutto	
		Stunden	Satz	Entgelt	Stunden	Satz	Entgelt	Euro	Prozent
Grundlohn	20.-21.08.2020	16	3,46	55,36	16	11,57	185,12	129,76	70,10

Weihnachtsgeld			0,00	0,00	0	1,11	0,00	0,00	
Mehrstunden inkl. Zuschlag			0,00	0,00	0	6,94	0,00	0,00	
Gesamt				55,36			185,12	129,76	

Name Arbeitnehmer: S. G.
Einstufung: Angelernter Arbeiter
Kollektivvertrag: Bauhilfsgewerbe Oberösterreich, 2020

Entgeltart	Zeitraum (von bis)	Geleistetes Entgelt brutto			Gebührendes Entgelt brutto			Differenz brutto	
		Stunden	Satz	Entgelt	Stunden	Satz	Entgelt	Euro	Prozent
Grundlohn	20.-21.08.2020	16	3,46	55,36	16	12,88	206,08	150,72	
Weihnachtsgeld			0,00	0,00	16	1,24	19,81	19,81	
Mehrstunden inkl. Zuschlag			0,00	0,00	0	7,73	0,00	0,00	
Gesamt				55,36			225,89	170,53	75,49

II.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus der Anzeige der BUAK, welcher die Baustellenerhebungsprotokolle, die von den angetroffenen Arbeitnehmern im Zuge der Kontrolle eigenhändig ausgefüllt wurden, angeschlossen sind. An der Richtigkeit der Angaben der angetroffenen Arbeiter bestehen insgesamt keine Zweifel. Auch die nachträglich erstellten ZKO3-Meldungen stehen nicht im Widerspruch zu den Angaben der Arbeitnehmer. Sofern in diesen ZKO3-Meldungen angegeben wird, dass den Arbeitnehmern ein Bruttostundenlohn von 1.800 Euro ausbezahlt wird, ist festzustellen, dass der Bf Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege trotz mehrmaliger Aufforderung im Verfahren nicht vorgelegt hat. Über die Aufforderung der BUAK nach der Kontrolle wurden diese Unterlagen nicht vorgelegt, auch in der Aufforderung zur Rechtfertigung hat die belangte Behörde den Bf aufgefordert diese Unterlagen nachzureichen. Diesen Ersuchen hat der Bf nicht entsprochen und wurden auch im Beschwerdevorbringen diese Unterlagen nicht bzw. wiederum nur die ZKO3-Meldungen und keine Lohnunterlagen oder Zahlungsnachweise vorgelegt.

Wie bereits erwähnt, wurde dem Vertreter des Bf, welcher telefonisch mit dem Verhandlungsleiter Kontakt aufgenommen hat, mitgeteilt, dass Unterlagen über die Lohnzahlungen vorzulegen sind. Auch dieser Aufforderung ist der Bf nicht nachgekommen. Insgesamt zeigt sich damit für das Landesverwaltungsgericht, dass den Angaben in der ZKO3-Meldung hinsichtlich des bezahlten Bruttomonatsgehaltes kein Glauben zu schenken ist und vielmehr die Angaben der Arbeitnehmer in den Baustellenerhebungsprotokollen den Tatsachen entsprechen. Daher waren auf Basis dieser Angaben die Berechnungen zur Unterentlohnung vorzunehmen.

Weiters ist festzuhalten, dass bis auf die nachträglich erstatteten ZKO3-Meldungen keinerlei Unterlagen vom Bf vorgelegt wurden. Es liegen somit keine A1-Bescheinigungen, Arbeitsverträge oder Arbeitsaufzeichnungen und Lohnzahlungsnachweise vor. Der Sachverhalt war sohin aufgrund der Beilagen zur Anzeige der BUAK festzustellen.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.1. Rechtslage:

Im gegenständlichen Fall sind folgende Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016 idF BGBl. I Nr. 174/2021, maßgeblich:

„Meldepflicht bei Entsendung oder Überlassung aus einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft

§ 19. (1) Arbeitgeber und Überlasser mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft haben die Beschäftigung von nach Österreich entsandten Arbeitnehmern und nach Österreich überlassenen Arbeitskräften zu melden. Die Meldung hat für jede Entsendung oder Überlassung gesondert zu erfolgen. Nachträgliche Änderungen bei den Angaben gemäß Abs. 3 oder Abs. 4 sind unverzüglich zu melden (Änderungsmeldung). Ein Beschäftiger, der einen Arbeitnehmer zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsendet, gilt in Bezug auf die Meldepflichten nach diesem Absatz und den Abs. 2 und 3 als Arbeitgeber.

(2) Die Entsendung oder Überlassung im Sinne des Abs. 1 ist vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle zu melden. Im Fall von mobilen Arbeitnehmern im Transportbereich (§ 1 Abs. 9) ist die Meldung vor der Einreise in das Bundesgebiet zu erstatten. Die Meldung hat ausschließlich automationsunterstützt über die elektronischen Formulare des Bundesministeriums für Finanzen zu erfolgen. Arbeitgeber haben im Fall einer Entsendung der Ansprechperson nach § 23 oder, sofern nur ein Arbeitnehmer entsandt wird, diesem die Meldung in Abschrift auszuhändigen oder in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen.

[...]

Bereithaltung von Meldeunterlagen, Sozialversicherungsunterlagen und behördlicher Genehmigung

§ 21. (1) Arbeitgeber mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft haben folgende Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort im Inland während des Entsendezeitraums bereitzuhalten oder diese dem Amt für Betrugsbekämpfung oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich zu machen:

1. Unterlagen über die Anmeldung des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, oder Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit), sofern für den entsandten Arbeitnehmer in Österreich keine Sozialversicherungspflicht besteht; kann der

Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Erhebung durch Nachweise in deutscher oder englischer Sprache belegen, dass ihm die Erwirkung der Ausstellung dieser Dokumente durch den zuständigen Sozialversicherungsträger vor der Entsendung nicht möglich war, sind gleichwertige Unterlagen in deutscher oder englischer Sprache (Antrag auf Ausstellung des Sozialversicherungsdokuments E 101 oder A 1 und Dokumente, aus denen sich ergibt, dass der Arbeitnehmer für die Dauer der Entsendung der ausländischen Sozialversicherung unterliegt) bereitzuhalten;

2. die Meldung gemäß § 19;
3. die behördliche Genehmigung der Beschäftigung der entsandten Arbeitnehmer im Sitzstaat des Arbeitgebers gemäß § 19 Abs. 3 Z 11 oder Abs. 7 Z 8, sofern eine solche erforderlich ist.

Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die erforderlichen Unterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten oder in elektronischer Form zugänglich zu machen. Bei mobilen Arbeitnehmern im Transportbereich sind die vorgenannten Unterlagen bereits ab Einreise in das Bundesgebiet im Fahrzeug bereitzuhalten oder in elektronischer Form zugänglich zu machen. Ein Beschäftiger, der einen Arbeitnehmer zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsendet, gilt in Bezug auf die Verpflichtung nach dieser Bestimmung als Arbeitgeber.

[...]

Bereithaltung von Lohnunterlagen

§ 22. (1) Arbeitgeber im Sinne der §§ 3 Abs. 2, 8 Abs. 1 oder 19 Abs. 1 haben während der Dauer der Beschäftigung (im Inland) oder des Zeitraums der Entsendung insgesamt oder des Rahmenzeitraums (§ 19) den

1. Arbeitsvertrag oder Dienstzettel im Sinne der Richtlinie 91/533 über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen, ABl. Nr. L 288 vom 18.10.1991 S. 32,
2. Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen für die aufgrund konkreter Tätigkeiten oder des konkreten Einsatzes zustehenden Zulagen und Zuschläge,
3. Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung, sofern sich die Einstufung nicht aus anderen Lohnunterlagen ergibt

zur Überprüfung des dem entsandten Arbeitnehmer für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher oder englischer Sprache am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten oder diese dem Amt für Betrugsbekämpfung oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich zu machen, auch wenn die Beschäftigung des einzelnen Arbeitnehmers in Österreich früher geendet hat. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die Lohnunterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten oder in elektronischer Form zugänglich zu machen. Ein Beschäftiger, der einen Arbeitnehmer zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsendet, gilt in Bezug auf die Verpflichtung nach dieser Bestimmung als Arbeitgeber. § 21 Abs. 2 findet sinngemäß Anwendung.

[...]

Verstöße im Zusammenhang mit den Melde- und Bereithaltungspflichten bei Entsendung oder Überlassung

§ 26. (1) Wer als Arbeitgeber oder Überlasser im Sinne des § 19 Abs. 1

1. die Meldung oder die Meldung über nachträgliche Änderungen bei den Angaben (Änderungsmeldung) entgegen § 19 nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erstattet oder
2. in der Meldung oder Änderungsmeldung vorsätzlich unrichtige Angaben erstattet oder
3. die erforderlichen Unterlagen entgegen § 21 Abs. 1 oder Abs. 2 nicht bereithält oder dem Amt für Betrugsbekämpfung oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vor Ort nicht unmittelbar in elektronischer Form zugänglich macht,

begeht unabhängig von der Anzahl der von der Verwaltungsübertretung betroffenen Arbeitnehmer eine einzige Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit Geldstrafe bis zu 20 000 Euro zu bestrafen.

[...]

Nichtbereithalten und Nichtübermitteln der Lohnunterlagen

§ 28. Wer als

1. Arbeitgeber entgegen § 22 Abs. 1, Abs. 1a oder 1b die Lohnunterlagen nicht bereithält, oder
2. Überlasser im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich entgegen § 22 Abs. 2 die Lohnunterlagen dem Beschäftiger nicht nachweislich bereitstellt, oder
3. Beschäftiger im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung entgegen § 22 Abs. 2 die Lohnunterlagen nicht bereithält oder
4. Arbeitgeber oder Überlasser entgegen § 12 Abs. 1 Z 4 die Lohnunterlagen nicht übermittelt,

begeht unabhängig von der Anzahl der von der Verwaltungsübertretung betroffenen Arbeitnehmer eine einzige Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit Geldstrafe bis zu 20 000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 40 000 Euro, zu bestrafen.

[...]

Unterentlohnung

§ 29. (1) Wer als Arbeitgeber einen oder mehrere Arbeitnehmer beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm oder ihnen 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, begeht unabhängig von der Anzahl der von der Verwaltungsübertretung betroffenen Arbeitnehmer eine einzige Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe bis zu 50 000 Euro zu bestrafen. Ist im Erstfall bei Arbeitgebern mit bis zu neun Arbeitnehmern die Summe des vorenthaltenen Entgelts geringer als 20 000 Euro beträgt die Geldstrafe bis zu 20 000 Euro. Ist die Summe des vorenthaltenen Entgelts höher als 50 000 Euro, beträgt die Geldstrafe bis zu 100 000 Euro. Ist die Summe des vorenthaltenen Entgelts höher als 100 000 Euro beträgt die Geldstrafe bis zu 250 000 Euro. Ist die Summe des vorenthaltenen Entgelts höher als 100 000 Euro und wurde das Entgelt in Lohnzahlungszeiträumen der Unterentlohnung vorsätzlich um durchschnittlich mehr als 40 vH des Entgelts vorenthalten, beträgt die Geldstrafe bis zu 400 000 Euro. Wirkt der Arbeitgeber bei der Aufklärung zur Wahrheitsfindung unverzüglich und vollständig mit, ist anstelle des Strafrahmens bis 100 000 Euro oder bis 250 000 Euro der jeweils niedrigere

Strafrahmen anzuwenden. 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 Arbeitnehmer im Sinne des § 14 Abs. 1 Z 1 und 2 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. 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.

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

(3) Stellt die Bezirksverwaltungsbehörde fest, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt binnen einer von der Behörde festzusetzenden Frist nachweislich leistet, und

1. die Unterschreitung des nach Abs. 1 maßgeblichen Entgelts unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien gering ist oder
2. das Verschulden des Arbeitgebers oder des zur Vertretung nach außen Berufenen (§ 9 Abs. 1 VStG) oder des verantwortlichen Beauftragten (§ 9 Abs. 2 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 Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt vor der Aufforderung durch die Bezirksverwaltungsbehörde nachweislich leistet und die übrigen Voraussetzungen nach dem ersten Satz vorliegen. Ist die Entscheidung der Bezirksverwaltungsbehörde von der Klärung einer Vorfrage im Sinne des § 38 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 – AVG, BGBl. Nr. 51/1991, abhängig, die den Gegenstand eines beim zuständigen Gericht anhängigen oder gleichzeitig anhängig gemachten Verfahrens bildet, hat die Bezirksverwaltungsbehörde das Verwaltungsstrafverfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Vorfrage auszusetzen; das verwaltungsbehördliche Strafverfahren gilt als unterbrochen, die Parteien sind davon in Kenntnis zu setzen. In Verwaltungsstrafverfahren nach Abs. 1 ist § 45 Abs. 1 Z 4 und letzter Satz VStG nicht anzuwenden. Weist der Arbeitgeber der Bezirksverwaltungsbehörde nach, dass er die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt geleistet hat, ist dies bei der Strafbemessung strafmildernd zu berücksichtigen.

[...]

Inkrafttreten

§ 72

[...]
(10) Die §§ 1 Abs. 2, 3, 5 bis 9, 2 Abs. 2, 3 und 4, 3 Abs. 5 und 7, 12 Abs. 1 Z 3 bis 6, 14 samt Überschrift, 15 Abs. 2, 19, 21, 22, 24 Abs. 1 erster Satz, 25a, 26 bis 28 samt Überschriften, 29 Abs. 1, 33, 34 samt Überschrift, 35 Abs. 2 und 4 und die Überschrift zu § 3 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 174/2021 treten mit 1. September 2021 in Kraft und sind auf Entsendungen und Überlassungen anzuwenden, die nach dem 31. August 2021 begonnen haben. Die §§ 2 Abs. 3 und 35 Abs. 6 in der Fassung vor dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 174/2021 treten mit Ablauf des 31. August 2021 außer Kraft und sind auf Sachverhalte anzuwenden, die sich vor dem 1. September 2021 ereignet haben. Die §§ 2 Abs. 3 und 3 Abs. 7 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 174/2021 gelten nicht für Arbeitnehmer im Sinne des § 1 Abs. 9. Die §§ 11 Abs. 1 Z 3, 20 Abs. 1 und 2 Z 1, 32 Abs. 1 Z 2 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 174/2021 treten mit Ablauf des Tages der Kundmachung dieses Bundesgesetzes in Kraft. Die §§ 26 bis 29 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 174/2021 sind auf alle zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Bestimmungen anhängigen Verfahren einschließlich von Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof und Verfassungsgerichtshof anzuwenden.“

III.2. Faktum ist, dass die Firma S. I. d.o.o von der F. I.- F.- A. GmbH als Subunternehmer für die Trockenbauarbeiten bei der Baustelle „Sanierung Schule, X, X L.“, im August 2020 tätig wurde. Die Firma S. I. d.o.o hat zur Erfüllung dieses Auftrages vier Arbeitnehmer nach Österreich entsandt, weshalb ein Anwendungsfall des LSD-BG vorliegt. Gemäß den Bestimmungen der §§ 19, 21 und 22 LSD-BG, treffen den Arbeitgeber im Fall der Entsendung von Arbeitskräften nach Österreich verschiedene Verpflichtungen. Grundsätzlich ist die Entsendung von Arbeitnehmern vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle zu melden. Zudem trifft den Arbeitgeber die Verpflichtung, dafür Sorge zu tragen, dass am Arbeitsort in Österreich während des Entsendezeitraumes Unterlagen über die Anmeldung des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung sowie Arbeitsvertrag, Arbeitsaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung für die Einsichtnahme durch Kontrollorgane bereit zu halten sind.

Im gegenständlichen Fall hat das Kontrollorgan die Arbeitnehmer auf der gegenständlichen Baustelle kontrolliert und durch Ausweiskontrolle deren Identität festgestellt. Über Aufforderung konnten die vier Arbeitnehmer weder die ZKO3-Meldung, die A1-Sozialversicherungsbescheinigungen noch Arbeitsverträge oder Lohnunterlagen zur Einsichtnahme vorlegen. Auch über Aufforderung durch die BUAK wurden diese Unterlagen im Nachhinein nicht übersandt. Festgestellt werden konnte vom Kontrollorgan, dass drei Tage nach der Kontrolle die ZKO3-Meldungen erstattet wurden. Diese Vorgangsweise entspricht aber nicht den gesetzlichen Vorgaben, die klar und eindeutig festlegen, dass vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme die Arbeitnehmer bei der Zentralen Koordinationsstelle zu melden sind. Für das Landesverwaltungsgericht steht daher fest, dass die gesetzlich geforderten Unterlagen bei der Kontrolle nicht zur Einsichtnahme bereitgehalten wurden,

weshalb dem Bf die in den Spruchpunkten 1. bis 3. angelasteten Verwaltungsübertretungen in objektiver Hinsicht vorwerfbar sind.

III.3. Die von den vier Arbeitnehmern auf der Baustelle durchgeführten Trockenbauarbeiten unterliegen in Österreich dem Kollektivvertrag für das Bauhilfsgewerbe. Aus dem im Jahr 2020 gültigen Kollektivvertrag für Oberösterreich ergibt sich, dass einem angelernten Arbeiter ein Bruttostundenlohn von 12,88 Euro und einem Hilfsarbeiter ein Bruttostundenlohn von 11,87 Euro zu bezahlen ist.

Übereinstimmend erklärten die vier Arbeitnehmer, acht Stunden von Montag bis Freitag zu arbeiten und für ihre auch in Österreich geleistete Tätigkeit einen Bruttomonatslohn von 600 Euro zu erhalten. Wie bereits oben dargestellt, ergibt sich aus diesen Angaben für den Monat August 2020 lediglich ein tatsächlich bezahlter Stundenlohn von 3,46 Euro. Sofern von den Arbeitern im Zuge der Kontrolle angegeben wurde, dass sie einen Aufwandsersatz für Essen von 100 Euro monatlich erhalten, ist festzustellen, dass Aufwandsentschädigungen keine Lohnbestandteile bilden und deshalb nicht dem ausbezahlten Bruttoentgelt anzurechnen sind.

Gemäß § 3 Abs. 4 LSD-BG hat der Arbeitgeber dem entsandten Arbeitnehmer, wenn nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag Sonderzahlungen vorgesehen sind, diese aliquot für die jeweilige Lohnzahlungsperiode zusätzlich zum laufenden Entgelt (Fälligkeit) zu leisten. Dies bedeutet, dass Sonderzahlungen bei entsandten Arbeitnehmern, welche nicht dem ASVG unterliegen, mit Abschluss der Lohnzahlungsperiode, im vorliegenden Fall somit bereits zum Monatsende fällig werden. Insofern steht fest, dass den drei Arbeitnehmern, die bereits länger als ein Monat bei der Firma des Bf beschäftigt waren, das aliquot zustehende Weihnachtsgeld bereits zum Zeitpunkt Ende August 2020 zugestanden ist. Diese Sonderzahlungen sind daher dem gebührenden Entgelt hinzuzurechnen.

Hinsichtlich der Berechnung des aliquoten Weihnachtsgeldes kann an dieser Stelle auf die Sachverhaltsfeststellungen verwiesen werden.

Sohin ergibt sich, dass - wie bereits von der belangten Behörde im Spruch des Straferkenntnisses zutreffend festgehalten - den Arbeitnehmern L. und S. als angelernte Arbeiter für die in Österreich geleisteten Tätigkeiten ein Stundenlohn von 14,12 Euro (Stundenlohn 12,88 Euro + aliquotes Weihnachtsgeld 1,24 Euro), dem Hilfsarbeiter B. ein Stundenlohn von 12,68 Euro (Stundenlohn 11,57 Euro + aliquotes Weihnachtsgeld 1,11 Euro) und dem weniger als einen Monat bei der Firma des Bf beschäftigten Hilfsarbeiter J. ein Stundenlohn von 11,57 Euro zugestanden ist.

Da den Arbeitnehmern gemäß ihren eigenen Angaben nur ein Stundenlohn von 3,46 Euro für die Arbeitsleistung in Österreich bezahlt wurde, ergibt sich für die 16

geleisteten Arbeitsstunden eine Differenz zum zustehenden Entgelt von insgesamt 170,53 Euro bei den Arbeitern L. und S., von 147,56 Euro bei Herrn B. und von 129,76 Euro beim Arbeiter J., dies entspricht einer Unterentlohnung von 75,49, 72, 72 und 70,10 %. Diese Daten zeigen, dass den Arbeitern nicht das für ihre Tätigkeit in Österreich gebührende Entgelt bezahlt wurde, weshalb dem Bf auch die im Spruchpunkt 4. angelasteten Verwaltungsübertretungen in objektiver Hinsicht vorwerfbar sind.

III.4. 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 Verwaltungsgerichtshofs hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die „Glaubhaftmachung“ nicht.

Im Verfahren sind keine Umstände hervorgekommen, die ein mangelndes Verschulden des Bf aufzeigen würden. Der Bf ist als Geschäftsführer der S. I. d.o.o. nach außen vertretungsbefugtes Organ dieses Unternehmens und grundsätzlich für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften verantwortlich. Ein den betrieblichen Verhältnissen angepasstes Kontrollsystem, dass die Einhaltung der in Österreich gültigen Vorschriften hinsichtlich Meldungen bei Entsendungen, Bereithaltung von Unterlagen und zu bezahlende Mindestentgelte jedenfalls erwarten lässt, konnte der Bf schon mangels diesbezüglichen Vorbringens nicht belegen. Allein mit dem Einwand, wonach die Lohnbedingungen und Sozialversicherungspflichten in Kroatien eingehalten wurden, ist für den Bf hinsichtlich einer Entsendung von Arbeitnehmern nach Österreich nichts zu gewinnen. Zudem hat der Bf auch nach der Kontrolle die von der BUAK angeforderten Unterlagen nicht vorgelegt. Der Bf als Geschäftsführer hat für die Vorgänge in seinem Unternehmen ein funktionierendes Kontrollsystem einzurichten. Für die mangelnde Effektivität seines Kontrollsystems hat der Dienstgeber unabhängig von seinem Verschulden einzustehen (VwGH 26.05.2014, 2012/08/0207).

Geschäftsführer sind verpflichtet, sich mit den im Fall einer grenzüberschreitenden Entsendung für die Beschäftigung von Arbeitnehmern einschlägigen Vorschriften, zu denen u.a. auch ein einschlägiger Kollektivvertrag zählt, vertraut zu machen

(vgl. VwGH 22.11.2017, Ra 2017/03/0098 und 0099, mwN). Es wäre Sache des Bf gewesen, sich - etwa durch Anfrage bei einer zuständigen Stelle - über die Anwendbarkeit und den Inhalt eines im gegenständlichen Fall maßgeblichen Kollektivvertrages zu unterrichten (vgl. VwGH 12.10.2021, Ra 2019/11/0015).

Dem Bf ist sohin zumindest fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen und ist es ihm mit seinem Vorbringen nicht gelungen Zweifel an seinem schuldhaften Verhalten hervorzurufen. In diesem Sinne sind dem Bf daher die angelasteten Verwaltungsübertretungen auch in subjektiver Hinsicht vorwerfbar.

III.5. Die Strafbestimmungen der §§ 26 bis 28 und § 29 Abs. 1 LSD-BG 2016 in der Fassung vor der Novelle BGBl. I Nr. 174/2021 sahen einheitlich vor, dass bei einer Verwaltungsübertretung für jeden einzelnen Arbeitnehmer jeweils eine Geldstrafe nach demselben Strafrahmen zu verhängen war. Hingegen wird nach der Novelle BGBl. I Nr. 174/2021 unabhängig von der Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer nur eine einzige Verwaltungsübertretung begangen, die mit einer (einzigen) Geldstrafe zu bestrafen ist, wodurch - unabhängig von der Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer - in jedem Fall eine Höchstgrenze der zu verhängenden Geldstrafe sichergestellt ist. Mindeststrafen sehen die Straftatbestände der §§ 26 bis 28 und § 29 Abs. 1 LSD-BG 2016 in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 174/2021 - im Unterschied zur früheren Gesetzeslage - nicht mehr vor (vgl. VwGH 12.10.2021, Ra 2021/11/0033).

Die durch die LSD-BG Novelle BGBl. I Nr. 174/2021 geänderten Strafbestimmungen der §§ 26 bis 28 und § 29 Abs. 1 LSD-BG 2016 traten mit 1. September 2021 in Kraft und sind gemäß dem eindeutigen Wortlaut des § 72 Abs. 10 letzter Satz LSD-BG 2016 auf alle in diesem Zeitpunkt anhängigen Verfahren einschließlich von Verfahren vor dem VwGH und dem VfGH anzuwenden. Der Gesetzgeber hat mit dieser Übergangsbestimmung erkennbar das Ziel verfolgt, in allen im Zeitpunkt des Inkrafttretens (am 1. September 2021) dieser Bestimmungen anhängigen Strafverfahren wegen Lohn- und Sozialdumpings, unabhängig davon, vor welcher Behörde oder welchem Gericht ein solches Verfahren gerade anhängig war, die Anwendung derselben Gesetzeslage sicherzustellen (vgl. VwGH 12.10.2021, Ra 2021/11/0033).

Die belangte Behörde hat hinsichtlich der Spruchpunkte 1. – 3., sohin den Verwaltungsübertretungen nach § 26 Abs. 1 Z 1 und 3 sowie § 28 Z 1 LSD-BG, in Berücksichtigung der Rechtsprechungen des EuGH und des VwGH bereits unabhängig von der Anzahl der Arbeitnehmer Gesamtstrafen verhängt und sohin der nunmehrigen Rechtslage entsprochen.

Hinsichtlich Spruchpunkt 4. hat das Landesverwaltungsgericht eine Prüfung am Maßstab des § 29 Abs. 1 LSD-BG 2016 in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 174/2021 vorzunehmen. Danach wird bei Unterentlohnung unabhängig von

der Anzahl der von der Verwaltungsübertretung betroffenen Arbeitnehmer eine einzige Verwaltungsübertretung begangen, und ist dafür nur eine (einzige) Strafe zu verhängen. Gegenständlich ist aufgrund der Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer und dem Umstand, dass eine erstmalige Übertretung vorliegt, der erste Strafsatz des § 29 Abs. 1 LSD-BG für die Bemessung der Gesamtstrafe heranzuziehen.

III.6. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Nach § 19 Abs. 2 VStG 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. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs. 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

Im gegenständlichen Fall finden hinsichtlich der Verwaltungsübertretungen nach Spruchpunkt 1. bis 3. die gesetzlichen Strafrahmen des § 26 Abs. 1 sowie § 28 LSD-BG Anwendung, die vorsehen, dass jeweils Verwaltungsstrafen bis zu 20.000 Euro zu verhängen sind. Die nunmehrigen gesetzlichen Strafrahmen sehen sohin keine Mindeststrafe vor.
Die Bestimmungen des LSD-BG dienen allgemein der Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping. Schutzzwecke sind insbesondere die Sicherung gleicher Arbeitsmarkt- und Lohnbedingungen und die Gewährleistung des sozialversicherungsrechtlichen Schutzes für bestehende Arbeitsverhältnisse und für Arbeitnehmer, welche von Arbeitgebern aus dem EWR-Raum oder aus Drittstaaten zur Erbringung von Arbeitsleistungen nach Österreich entsandt werden. Eine Kontrolle, ob diese gesetzlich verfolgten Interessen im Rahmen einer konkreten Beschäftigung berücksichtigt wurden, kann nur durch die Erstattung der Meldungen und

das Bereithalten der in den gesetzlichen Bestimmungen angeführten Unterlagen bewerkstelligt werden.

Als mildernd sind dem Bf insgesamt seine Unbescholtenheit sowie die kurze Beschäftigungsdauer anzurechnen. Darüber hinaus ist hinsichtlich der Verwaltungsübertretung nach Spruchpunkt 1. zu berücksichtigen, dass der Bf die fehlenden ZKO-Meldungen drei Tage nach der Kontrolle nachgereicht hat. Insofern ist es für das Landesverwaltungsgericht vertretbar in diesem Spruchpunkt die Geldstrafe zu reduzieren.

Hinsichtlich der fehlenden A1-Bescheinigungen kann dem Bf nicht entgegengetreten werden, wenn er in der Beschwerde ausführt, dass die Sozialversicherungspflichten in Kroatien eingehalten werden. Nachgewiesen wurde dies vom Bf durch Vorlage der entsprechenden Dokumente nicht. Allerdings sieht es das Landesverwaltungsgericht bei dieser Sachlage trotzdem als gerechtfertigt an, auch in Spruchpunkt 2. die von der belangten Behörde festgesetzte Strafe zu reduzieren.

Hinsichtlich Spruchpunkt 3. ist festzustellen, dass der Bf auf keine Aufforderung zur Vorlage von Arbeitsverträgen und Lohnunterlagen reagiert hat und auch im Beschwerdeverfahren, trotz Ankündigung durch seinen Vertreter, diese Unterlagen nicht zur Vorlage gebracht wurden. Insofern sind im Beschwerdeverfahren sohin keine mildernden Umstände bezogen auf diese Verwaltungsübertretung hervorgekommen, sodass die von der belangten Behörde verhängte Strafe als tat- und schuldangemessen anzusehen ist und diese sohin zur Gänze zu bestätigen war.

Bezüglich der in Spruchpunkt 4. angelasteten Unterentlohnung wurde vom Bf grundsätzlich nicht vorgebracht bzw. liegen darüber keine Anhaltspunkte vor, dass die festgestellte Lohndifferenz den Arbeitern im Nachhinein ausbezahlt worden wäre. Die in § 29 Abs. 2 und Abs. 3 LSD-BG vorgesehenen Strafausschließungsgründe bzw. Strafmilderungsgründe sind gegenständlich daher nicht anzuwenden.

Im vorliegenden Fall kann die Intensität der Beeinträchtigung des geschützten Rechtsgutes nicht als gering gewertet werden. Bei Unterschreitung des kollektivvertraglichen Lohnes von mehr als zehn Prozent, kann insgesamt nicht von bloß geringer Unterentlohnung gesprochen werden. Nachdem vier Arbeitnehmer von der Unterentlohnung betroffen sind, kann das Verschulden nicht als geringfügig angesehen werden.
Als mildernd kommen dem Bf die Unbescholtenheit und nach der Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts die mittlerweile eingetretene lange Verfahrensdauer zugute.

Diesen Milderungsgründen ist die Untätigkeit des Bf bezogen auf die Vorlage von Lohnzahlungsnachweisen oder Auszahlungsbelegen entgegenzuhalten. Die nunmehr festgesetzte Gesamtstrafe ist sohin erforderlich, um in Würdigung des Gesamtausmaßes der Unterentlohnung eine angemessene Sanktion zu setzen, die dem Bf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens eindringlich vor Augen führt. Die verhängte Geldstrafe ist geeignet, den Bf in Hinkunft zu gesetzeskonformen Verhalten anzuleiten, sowie auch andere Normunterworfene von einer Tatbegehung abzuschrecken. Die verhängte Strafe ist tat- und schuldangemessen, entspricht den geltenden gesetzlichen Vorgaben und steht auch insgesamt in Relation zum allenfalls erzielten wirtschaftlichen Erfolg des Einsatzes der ausländischen Arbeiter in Österreich.

Es war somit wie im Spruch zu entscheiden.

IV. Zur Kostenentscheidung:

Da der Beschwerde in den Spruchpunkten 1., 2. und 4. teilweise Folge gegeben wurde, waren gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG diesbezüglich keine Kosten aufzuerlegen. Hingegen wurde Spruchpunkt 3. zur Gänze bestätigt, weshalb in diesem Fall gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG Verfahrenskosten in Höhe von 20 % der verhängten Geldstrafe festzusetzen waren.

Die Kostenbeiträge zum erstinstanzlichen Verfahren waren anzupassen, da die verhängten Geldstrafen reduziert wurden.

V. 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 bereits im Erkenntnis dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen. Diese Rechtsprechung ist nicht als uneinheitlich zu beurteilen und es liegen keine Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Darüber hinaus ist der festgestellte Sachverhalt ein Ergebnis der Beweiswürdigung und wurde dieser nach Durchführung einer Verhandlung festgestellt und entsprechend begründet. Es handelt sich dabei um keine Rechtsfrage, jedenfalls nicht um eine solche von grundsätzlicher Bedeutung.

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 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.

H i n w e i s

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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kühberger