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-303135/24/AL

Datum:
Linz, 2. März 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lukas über die Beschwerde des M P S, vertreten durch Rechtsanwältin Dr. M J D, x, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 25.10.2021, GZ BHVB-921170027698/21, wegen Übertretungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben, als:

a) im Spruch des bekämpften Straferkenntnisses zu Spruchpunkt 1. (Nichtbereithalten von Lohnunterlagen) die verletzte Verwaltungsvorschrift des § 22 Abs 1 LSD-BG auf die zum Tatzeitpunkt geltende Fassung „BGBl I 2017/64“ ergänzt, die verhängte Geldstrafe auf 2000 Euro herabgesetzt und keine Ersatzfreiheitsstrafe ausgesprochen wird.

b) Spruchpunkte 2. bis 5. (Unterentlohnung) aufgehoben werden und das Verwaltungsstrafverfahren diesbezüglich eingestellt wird.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht zu leisten. Der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde verringert sich auf 200 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.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck (im Folgenden: belangte Behörde) vom 25.10.2021, GZ BHVB-921170027698/21, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 28 Z 1 iVm § 22 Abs 1 sowie § 29 Abs 1 erster Satz Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) Geldstrafen in Höhe von 3.500 Euro (§ 28 erster Strafsatz LSD-BG) und in Höhe von 18.750 Euro (§ 29 Abs 1 LSD-BG) verhängt.

Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zu Grunde:

„Spruch

1. Datum/Zeit: 01.09.2020
Ort: x

Sie haben als Verantwortlicher der Firma x mit Sitz in x, diese ist Arbeitgeber/in im Sinne der §§ 3 Abs. 8 Abs. 1 oder 19 Abs. 1, zu verantworten, dass unten angeführte Lohnunterlagen am Arbeits(Einsatz)ort im Inland während der Dauer der Beschäftigung oder des Zeitraums der Entsendung insgesamt (§ 19 Abs. 3 Z 6) nicht bereitgehalten und auch vor Ort nicht unmittelbar elektronischer Form zum Zeitpunkt der Erhebung zugänglich gemacht wurden, obwohl eine Verwaltungsübertretung begeht, wer den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel im Sinne der Richtlinie 91/533 des Rates über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen, Lohnzettel Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des dem entsandten Arbeitnehmer für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache, ausgenommen den Arbeitsvertrag, am Arbeits(Einsatz)ort nicht bereithält oder den Abgabenbehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vor Ort zum Zeitpunkt der Erhebung nicht unmittelbar in elektronischer Form zugänglich macht, auch wenn die Beschäftigung des einzelnen Arbeitnehmers in Österreich früher geendet hat, wobei der Arbeitsvertrag entweder in deutscher oder in englischer Sprache Bereitzuhalten ist.

Folgende Lohnunterlagen wurden nicht am Arbeits(Einsatz)ort im Inland bereitgehalten oder zugänglich gemacht: Arbeitsverträge, Arbeitszeitaufzeichnungen 08-09/2020

Arbeitnehmer/in: N M J A
Geb: x
Staatsangehörigkeit: x
Tätigkeit: Helfer
Arbeitsantritt: 24.08.2020
Arbeits(Einsatz)ort und Kontrollzeit: 01.09.2020, x

Arbeitnehmer/in: A M A
Geb: x
Staatsangehörigkeit: x
Tätigkeit: Montagehilfe
Arbeitsantritt: 24.08.2020

Arbeits(Einsatz)ort und Kontrollzeit: 01.09.2020, x

Arbeitnehmer/in: B D O A
Geb: x
Staatsangehörigkeit: x
Tätigkeit: Helfer
Arbeitsantritt: 24.08.2020
Arbeits(Einsatz)ort und Kontrollzeit: 01.09.2020, x

Arbeitnehmer/in: R D S C M
Geb: x
Staatsangehörigkeit: x
Tätigkeit: Helfer
Arbeitsantritt: 24.08.2020
Arbeits(Einsatz)ort und Kontrollzeit: 01.09.2020, x

2. Datum/Zeit: 24.08.2020 - 01.09.2020
Ort: x

Sie haben als Verantwortliche(r) der Firma x in x, zu verantworten, dass nachstehende/r Arbeitnehmer/in/innen beschäftigt wurde/n, ohne ihm/ihr/ihnen zumindest das gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, geleistet zu haben.

Folgende Person/en wurden beschäftigt:
Arbeitnehmer/in N M J A,
geb.: x
Staatsangehörigkeit: x
Tätigkeit: Helfer
Einstufung und Kollektivvertrag: Bauhilfsarbeiter, Baugewerbe und Bauindustrie, KV 2020
Beschäftigungszeitraum: 24.08.2020-01.09.2020
Beschäftigungsausmaß: 42 Wochenarbeitsstunden
Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender
Sonderzahlungen und Zulagen: 721,70 €
Tatsächlich geleistetes Entgelt: 273,30 €
Unterentlohnung in EURO: 448,40 €, Unterentlohnung in Prozent: 62,13%

3. Datum/Zeit: 24.08.2020 - 01.09.2020
Ort: x

Sie haben als Verantwortliche(r) der Firma x in x, zu verantworten, dass nachstehende/r Arbeitnehmer/in/innen beschäftigt wurde/n, ohne ihm/ihr/ihnen zumindest das gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, geleistet zu haben.
Folgende Person/en wurden beschäftigt:

Arbeitnehmer/in A M A,

geb.: x
Staatsangehörigkeit: x
Tätigkeit: Montagehilfe
Einstufung und Kollektivvertrag: Bauhilfsarbeiter, Baugewerbe und Bauindustrie, KV 2020
Beschäftigungszeitraum: 24.08.2020-01.09.2020
Beschäftigungsausmaß: 54 Wochenarbeitsstunden
Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender
Sonderzahlungen und Zulagen: € 1.124,43
Tatsächlich geleistetes Entgelt: € 342,45
Unterentlohnung in EURO: € 781,98, Unterentlohnung in Prozent: 69,54%

4. Datum/Zeit: 24.08.2020 - 01.09.2020
Ort: x

Sie haben als Verantwortliche(r) der Firma x in x, zu verantworten, dass nachstehende/r Arbeitnehmer/in/innen beschäftigt wurde/n, ohne ihm/ihr/ihnen zumindest das gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, geleistet zu haben.

Folgende Person/en wurden beschäftigt:
Arbeitnehmer/in B D O A,
geb.: x
Staatsangehörigkeit: x
Tätigkeit: Helfer
Einstufung und Kollektivvertrag: Bauhilfsarbeiter, Baugewerbe und Bauindustrie, KV 2020
Beschäftigungszeitraum: 24.08.2020-01.09.2020
Beschäftigungsausmaß: 54 Wochenarbeitsstunden
Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender
Sonderzahlungen und Zulagen: € 1.124,43
Tatsächlich geleistetes Entgelt: € 266,76
Unterentlohnung in EURO: € 857,67, Unterentlohnung in Prozent: 76,28%

5. Datum/Zeit: 24.08.2020 - 01.09.2020
Ort: x

Sie haben als Verantwortliche(r) der Firma x in x , zu verantworten, dass nachstehende/r Arbeitnehmer/in/innen beschäftigt wurde/n, ohne ihm/ihr/ihnen zumindest das gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, geleistet zu haben.

Folgende Person/en wurden beschäftigt:

Arbeitnehmer/in R D S C M,
geb.: x
Staatsangehörigkeit: x
Tätigkeit: Helfer

Einstufung und Kollektivvertrag: Bauhilfsarbeiter, Baugewerbe und Bauindustrie, KV 2020
Beschäftigungszeitraum: 24.08.2020-01.09.2020
Beschäftigungsausmaß: 52 Wochenarbeitsstunden
Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender
Sonderzahlungen und Zulagen: € 1.098,79
Tatsächlich geleistetes Entgelt: € 271,19
Unterentlohnung in EURO: € 827,60, Unterentlohnung in Prozent: 75,32%“

I.2. Die belangte Behörde hat die gegenständliche Beschwerde samt Verwaltungsstrafakt mit Schreiben vom 9.12.2021 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt. Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin zu entscheiden.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die Beschwerde der BUAK – Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse im Rahmen des Parteiengehörs übermittelt; diese erstattete mit Schreiben vom 24.1.2022 eine Stellungnahme.

I.3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme sowie Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 9.2.2023. Bei dieser nahm die rechtsfreundliche Vertretung gemeinsam mit der zuständigen Personal- und Finanzleiterin im Unternehmen „x“ teil. Die belangte Behörde sowie die BUAK als Organpartei nahmen nicht teil. Aus diesem Grund wurde die Niederschrift samt dem ausführlichen Verhandlungsprotokoll der mündlichen Verhandlung der belangten Behörde sowie der BUAK als Organpartei mit der Möglichkeit einer Stellungnahme übermittelt. Weder die belangte Behörde noch die BUAK machten von dieser Möglichkeit Gebrauch.

Aufgrund der Dokumentation im Behördenakt sowie der Ermittlungsergebnisse in der mündlichen Verhandlung vor dem Oö. LVwG steht unbestritten fest, dass Lohnunterlagen bei der Kontrolle nicht bereitgehalten wurden.

Das Vorbringen der beschwerdeführenden Seite, dass H R als zuständiger Vorarbeiter am Kontrolltag ein „Black Out“ hatte, das auf näher konkretisierte persönliche Umstände zurückzuführen war, und daher „durch den Wind“ war, weshalb er die notwendigen Unterlagen nicht beigebracht hätte, ist durchaus glaubwürdig, auch wenn der Genannte zwischenzeitig verstorben ist und nicht mehr dazu einvernommen werden konnte.

Die im Behördenakt enthaltenen Lohnzettel für die betroffenen Arbeitnehmer für August und September 2020 enthalten folgende Aufschlüsselung:
„x“ – jeweils in Höhe von 640 bis 650 Euro
„x“ – jeweils in Höhe von 170 bis 425 Euro
„x“ – jeweils in Höhe von 28 bis 52,50 Euro
„x“ – jeweils in Höhe von 2263 (August) bzw. 2113,96 Euro (September).

Die Arbeitnehmer gaben bei den BUAK-Erhebungsprotokollen jeweils einen Brutto-Monatslohn in Höhe von 2500 Euro an.

Dazu führt die BUAK in ihrer Stellungnahme vom 24.1.2022 aus:
„Der Posten ‚ajudas de custo' wird als ‚Aufwandersatz' übersetzt. Schließlich wurde dieses bloße Vorbringen von keinem Beweis begleitet, welcher geeignet gewesen wäre zu belegen, dass es sich bei diesem Abrechnungsposten nicht um einen Aufwandersatz, sondern um einen Lohnbestandteil handelt."

Konfrontiert mit diesem Vorbringen führte die beschwerdeführende Seite für die erkennende Richterin nachvollziehbar und glaubwürdig aus, dass die Unterkunft bei Auslandseinsatz immer von der Firma x zur Verfügung gestellt wird. Reisekosten seien Kosten, die unmittelbar von der x direkt getragen würden und am Lohnzettel daher gar nicht aufscheinen würden. Die Arbeiter hätten auch eine Kreditkarte des Unternehmens, mit der Transportkosten etc. während des Auslandseinsatzes bezahlt würden.
Dies wird durch entsprechende Belege bzgl. Unterkunft und Tankbelege für den in Rede stehenden Zeitraum auch plausibel bestätigt.
Zu den „ajudas de custo" wurde von der beschwerdeführenden Seite ausgeführt, dass dies – wie schon in ihrer Beschwerdeschrift dargestellt – als „Zulagen im Sinne von Erhöhung/Aufstockung des Grundlohns um zumindest den Mindestlohn in dem Einsatzland im Ausland" zu verstehen sei.

Aufgrund des glaubwürdigen Vorbringens in der mündlichen Verhandlung sowie den vorgelegten Belegen für Unterkunft- und Tankstellenrechnungen, die für den in Rede stehenden Zeitraum von der Firma x getragen wurden, ist es für die erkennende Richterin daher nachvollziehbar, dass diese „ajudas de custo" im konkret vorliegenden Einzelfall tatsächlich nicht als Aufwandersatz/Auslagenersatz iSd § 49 Abs 3 ASVG sondern als Lohnbestandteil zu werten sind. Die ursprüngliche Einschätzung der BUAK, dass es sich hierbei um bloße Behauptungen ohne Belege handelt, hat sich im Rahmen der verdichteten Beweislage aus Sicht der erkennenden Richterin daher nicht bestätigt.

I.4. Folgender Sachverhalt steht fest:
Der Bf ist zur Vertretung nach außen Berufener der Firma x mit Sitz in x.

Am 1.9.2020 führten Organe der BUAK an der Adresse X eine Baustellenkontrolle durch. Dort wurden im Rahmen eines Nachunternehmervertrages unter anderem fünf Arbeitnehmer der Firma x als „Feuerfestmaurer bzw. Bauhilfsarbeiter" angetroffen: R H A, N M J A, A M A, B d O A, R d S C M.

Diese Arbeitnehmer gaben im Erhebungsprotokoll der BUAK im Rahmen der Kontrolle Folgendes an:

Nachname Vorname Geburtsdatum	Ausgeübte Tätigkeit auf der Baustelle	Berufs-ausbildung	Monatslohn in € für die Tätigkeit in Österreich	Arbeitszeit Wo/Std Mo-Fr	Auf der Baustelle seit	Aufwandersatz für die Tätigkeit in Österreich	Zulagen
[redacted]	Montador [1]	Ja Chefe Berufs-erfahrung 22 Jahre	Brutto: €4.500,- Netto: €3.800,-	Mo-Sa: 8h	24.08.2020	Para comem € 50,- sextas feiras [2] Im Lohn enthalten	Nein
[redacted]	Servente [3]	Ja Servente Berufs-erfahrung 2 Jahre	Brutto: € 2.500,- Netto: € 2.075,-	Mo-Sa: 8h	24.08.2020	Ja 30 € Nicht im Lohn enthalten	Nein
[redacted]	Auxiliär de montagem [4]		Brutto: €2.500,- Netto: € 2.075,-	Mo-Sa: 10h	24.08.2020	Comida, deslocacao € 31,- todas as semanas [5] Im Lohn enthalten	De condugão € 50,- a € 75,- quando faco viagens para o estrangeiro. [6] Im Lohn enthalten
[redacted]	Servente	Ja Servente	Brutto: € 2.500,- Netto: € 2.075,-	Mo-Sa: 10h	24.08.2020	Ja 30 € Im Lohn enthalten	Nein
[redacted]	Servente	não'	Brutto: € 2.500,- Netto: € 2.075,-	Mo-Fr: 10h Sa: 8h	24.08.2020	Ja 210 € semana [8]	Nein

[redacted]	Montagem refractário [9]	Ja Montador Berufs-erfahrung 5 Jahre	Brutto: €3.200,- Netto: €2.700,-	Mo-Sa: 8h	24.08.2020	Ja Alimentacão €37,- dia'rio [10] Im Lohn enthalten	deslocacão €25,- diario [11] Im Lohn enthalten
[redacted]	Pedreiro [12]	Berufs-erfahrung 9 Jahre	Brutto: € 3.300,- Netto: €2.950,-	Mo-Sa: 10h	24.08.2020	Ja Comida € 259,- por semana [13] Im Lohn enthalten	Ferias e Natal € 800,- 1 vez por ano [14]

Hinsichtlich der den Arbeitnehmern laut Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie zustehenden Bruttostundenlöhne stellen sich die Ausführungen der BUAK im Strafantrag wie folgt dar:

Name Arbeitnehmer: [redacted]
Einstufung: Bauhilfsarbeiter
Baugewerbe und Bauindustrie
Kollektivvertrag: 2020

Entgeltart	Zeitraum (von bis)	Geleistetes Entgelt brutto			Gebührendes Entgelt brutto			Differenz brutto	
		Stunden	Satz	Entgelt	Stunden	Satz	Entgelt	Euro	Prozent
Grundlohn	24.-31.08.2020	42	5,57	233,94	42	12,82	538,44	304,50	
Weihnachtsgeld			0,00	0,00	42	1,35	56,49	56,49	
Überstunden inkl. Zuschlag			0,00	0,00	3	7,69	23,08	23,08	
Grundlohn	01.09.2021	8	4,92	39,36	8	12,82	102,56	63,20	
Weihnachtsgeld			0,00	0,00	8	1,35	1,13	1,13	
Überstunden inkl. Zuschlag			0,00	0,00	0	7,69	0,00	0,00	
Gesamt				273,30			721,70	448,40	62,13

Name Arbeitnehmer: [redacted]
Einstufung: Bauhilfsarbeiter
Baugewerbe und Bauindustrie
Kollektivvertrag: 2020

Entgeltart	Zeitraum (von bis)	Geleistetes Entgelt brutto			Gebührendes Entgelt brutto			Differenz brutto	
		Stunden	Satz	Entgelt	Stunden	Satz	Entgelt	Euro	Prozent
Grundlohn	24.-31.08.2020	63	4,82	303,66	63	12,82	807,66	504,00	
Weihnachtsgeld			0,00	0,00	63	1,35	84,74	84,74	
Überstunden inkl. Zuschlag			0,00	0,00	15	7,69	115,38	115,38	
Grundlohn	01.09.2021	9	4,31	38,79	9	12,82	115,38	76,59	
Weihnachtsgeld		0	0,00	0,00	9	1,35	1,27	1,27	
Überstunden inkl. Zuschlag		0	0,00	0,00	0	7,69	0,00	0,00	
Gesamt				342,45			1 124,43	781,98	69,54

Name Arbeitnehmer: [redacted]
Einstufung: Bauhilfsarbeiter
Baugewerbe und Bauindustrie
Kollektivvertrag: 2020

Entgeltart	Zeitraum (von bis)	Geleistetes Entgelt brutto			Gebührendes Entgelt brutto			Differenz brutto	
		Stunden	Satz	Entgelt	Stunden	Satz	Entgelt	Euro	Prozent
Grundlohn	24.-31.08.2020	63	3,71	233,73	63	12,82	807,66	573,93	
Weihnachtsgeld			0,00	0,00	63	1,35	84,74	84,74	
Überstunden inkl. Zuschlag			0,00	0,00	15	7,69	115,38	115,38	
Grundlohn	01.09.2021	9	3,67	33,03	9	12,82	115,38	82,35	
Weihnachtsgeld		0	0,00	0,00	9	1,35	1,27	1,27	
Überstunden inkl. Zuschlag		0	0,00	0,00	0	7,69	0,00	0,00	
Gesamt				266,76			1 124,43	857,67	76,28

Name Arbeitnehmer: [redacted]
Einstufung: Bauhilfsarbeiter
Baugewerbe und Bauindustrie
Kollektivvertrag: 2020

Entgeltart	Zeitraum (von bis)	Geleistetes Entgelt brutto			Gebührendes Entgelt brutto			Differenz brutto	
		Stunden	Satz	Entgelt	Stunden	Satz	Entgelt	Euro	Prozent
Grundlohn	24.-31.08.2020	61	3,86	235,46	61	12,82	782,02	546,56	
Weihnachtsgeld			0,00	0,00	63	1,35	84,74	84,74	
Überstunden inkl. Zuschlag			0,00	0,00	15	7,69	115,38	115,38	
Grundlohn	01.09.2021	9	3,97	35,73	9	12,82	115,38	79,65	
Weihnachtsgeld		0	0,00	0,00	9	1,35	1,27	1,27	
Überstunden inkl. Zuschlag		0	0,00	0,00	0	7,69	0,00	0,00	
Gesamt				271,19			1 098,79	827,60	75,32

An Meldeunterlagen wurden ZKO3-Meldungen und Anträge auf Ausstellung der A1 Entsendebescheinigungen auf dem Bauvorhaben bereitgehalten. Lohnunterlagen (insbesondere Arbeitsverträge und Arbeitszeitaufzeichnungen) wurden auf dem Bauvorhaben nicht bereitgehalten. Dies wurde von beschwerdeführender Seite mit einem unerwarteten „Black-Out“ des Vorarbeiters H R, der aufgrund näher konkretisierter persönlicher Umstände an diesem Tag „durch den Wind“ gewesen sei, begründet. Helder Reis ist zwischenzeitig am 30.10.2021 unerwartet verstorben.

Infolge eines bei der Kontrolle ausgehändigten Aufforderungsschreibens wurden der BUAK durch die x mit E-Mail vom 22.9.2020 Lohnzettel für 08/2020 sowie Lohnzahlungsnachweise für 08/2020 und mit E-Mail vom 20.10.2020 Lohnzettel für 09/2020 und Lohnzahlungsnachweise für 09/2020 übermittelt. Mit E-Mail vom 3.9.2020 wurden Arbeitsverträge und Stundenberichte (Mapa de Horas: „from 24.8.2020 to 30.8.2020“ sowie „from 31.8.2020 to 6.9.2020“) an die BUAK übermittelt.

I.5. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem vorliegenden Strafantrag der BUAK sowie den Kontroll-Protokollen, den Ausführungen in den Schriftsätzen, insbesondere in der Beschwerde, sowie den Erhebungen in der mündlichen Verhandlung und vorgelegten Belegen der x (Rechnungen bzgl. Unterkunftskosten, Tankstellenrechnungen).

II. Rechtliche Würdigung:

II.1. Rechtslage:

Die im gegenständlichen Fall maßgeblichen Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes:

§ 22 Abs 1 LSD-BG, BGBl I 2016/44 in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl I 2017/64 lautet wie folgt:

„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 (§ 19 Abs. 3 Z 6) den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel im Sinne der Richtlinie 91/533 des Rates über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des dem entsandten Arbeitnehmer für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache,

ausgenommen den Arbeitsvertrag, am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten oder diese den Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich zu machen, auch wenn die Beschäftigung des einzelnen Arbeitnehmers in Österreich früher geendet hat. Der Arbeitsvertrag ist entweder in deutscher oder in englischer Sprache bereitzuhalten. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die Lohnunterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten oder in elektronischer Form zugänglich zu machen. Ein 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."

§§ 28, 29 und § 72 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – LSD-BG, BGBl I 2016/44 idF BGBl I 2021/174 lauten auszugsweise wie folgt:

„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."

„§ 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."

„§ 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."

II.2. Zu Spruchpunkt 1. – Nichtbereithalten von Lohnunterlagen

Unbestritten ist, dass näher konkretisierte Lohnunterlagen (Arbeitsverträge und Arbeitszeitaufzeichnungen 08-09/2020) am Arbeits(Einsatz)ort für die näher konkretisierten vier Arbeitnehmer bei der Kontrolle durch die BUAK nicht bereitgehalten wurden und auch vor Ort nicht unmittelbar in elektronischer Form zugänglich gemacht wurden.

Der objektive Tatbestand der dem Beschuldigten zur Last gelegten Verwaltungsübertretung ist daher bezüglich dieser Nichtbereithaltung von Lohnunterlagen betreffend die genannten vier Arbeitnehmer erfüllt.

II.3. 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 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.

Das Vorbringen der beschwerdeführenden Seite, dass H R als zuständiger Vorarbeiter am Kontrolltag ein „Black Out“ hatte, das auf näher konkretisierte persönliche Umstände zurückzuführen war, und daher „durch den Wind“ war, ist – wie bereits ausgeführt – durchaus glaubwürdig, auch wenn der Genannte zwischenzeitig verstorben ist und nicht mehr dazu einvernommen werden konnte. Gleichzeitig steht auch außer Zweifel, dass im Lichte der höchstgerichtlichen Judikatur hier ein ausreichendes funktionierendes Kontrollsystem eingerichtet sein muss, damit durch dieses die Bereitstellung und Bereithaltung der Lohnunterlagen sichergestellt wird. Die Anforderungen an solche Kontrollsysteme sind nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sehr streng.
Vor diesem Hintergrund war im vorliegenden Fall ein solches Kontrollsystem nicht ausreichend sichergestellt. Insbesondere wäre im Rahmen eines funktionierenden Kontrollsystems aus Sicht der erkennenden Richterin wohl durch den – wie in der mündlichen Verhandlung ausgeführt – bei der Kontrolle ebenfalls anwesenden Vertreter des Helder Reis eine Bereithaltung bzw. Zugänglichmachung der geforderten Unterlagen durch diesen Vertreter erfolgt.

Insofern ist dem Bf mit seinem Vorbringen eine Entlastung nicht gelungen, weshalb diesem die Verwaltungsübertretung auch in subjektiver Hinsicht vorwerfbar ist.

Dem Bf ist damit sorgfaltswidriges Handeln vorzuwerfen, weshalb insgesamt von fahrlässigem Verhalten des Bf auszugehen ist.

II.4. 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 oder aus Drittstaaten zur Erbringung von Arbeitsleistungen nach Österreich entsandt werden. Mit den verletzten Rechtsvorschriften bezweckt der Gesetzgeber, dass österreichische Arbeitsbedingungen im Zuge der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit nicht unterlaufen werden. Für in Österreich tätige Arbeitnehmer soll unter fairen Konkurrenzbedingungen im Wirtschaftsleben sozialer Schutz, insbesondere durch

die sozialversicherungsrechtliche Meldung und behördliche Genehmigung ihrer Beschäftigung gewährleistet 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 bzw. die zeitnahe nachträgliche Übermittlung entsprechender Unterlagen bewerkstelligt werden.

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 Milderungs-gründe, 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.

Für die erkennende Richterin ist bei der konkreten Strafbemessung daher die besondere Situation des Vorarbeiters Helder Reis und dessen (von der beschwerdeführenden Seite nachvollziehbar geschildertes) „Black Out“ am Kontrolltag strafmildernd zu berücksichtigen.

Ferner ändert es nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zwar nichts an der Verletzung der Bereithaltepflicht (VwGH 4.5.2016, Ra 2016/11/0053), wenn die nicht bereitgehaltenen Lohnunterlagen kurze Zeit nach der Kontrolle an die zuständige Stelle übermittelt werden. Dennoch ist der Umstand, dass die beschwerdeführende Seite sehr bemüht um Aufklärung des Sachverhaltes war, sich kooperativ gezeigt und auch entsprechende Unterlagen vorgelegt hat, durchaus zugunsten des Beschuldigten bei der Strafbemessung zu

berücksichtigen. Dem Bf ist keine Gleichgültigkeit hinsichtlich der österreichischen Rechtsordnung zu unterstellen.
Unter Berücksichtigung der persönlichen und finanziellen Verhältnisse des Bf (5.500 Euro Monatslohn, Unterhaltspflicht gegenüber der Ehefrau und einem minderjährigen Sohn sowie Kreditleistungen in Höhe von monatlich 3000 Euro) sowie der langen Verfahrensdauer ist daher aus Sicht des Oö. LVwG mit einer Geldstrafe in Höhe von 2000 Euro (Strafrahmen: bis zu 20.000 Euro) sowohl aus spezial- als auch aus generalpräventiver Sicht das Auslangen zu finden. Die Verhängung einer Ersatzfreiheitsstrafe zur Durchsetzung der Verpflichtungen zur Bereithaltung von Lohnunterlagen stellt nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes im Lichte der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes eine nicht verhältnismäßige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar und ist eine solche auch in § 28 LSD-BG nicht vorgesehen (VwGH 10.12.2020, Ra 2020/11/0170 mwN). Eine solche war daher nicht auszusprechen.

III. Zu Spruchpunkten 2. bis 5. – Unterentlohnung

Wie unter I.3. ausgeführt, handelt es sich bei den „x“ im konkret vorliegenden Einzelfall tatsächlich nicht um Aufwandersatz/Auslagenersatz iSd § 49 Abs 3 ASVG sondern ist diese Position als Lohnbestandteil zu werten. In den vorliegenden Lohnzetteln wurde diese Lohnposition jeweils in Höhe von 2263 Euro (August) bzw. 2113,96 (September) ausgewiesen.

Die ausbezahlten Bruttostundenlöhne sind daher jedenfalls höher als die den Arbeitnehmern laut Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie zustehenden Bruttolöhne (vgl. dazu unter I.4.), weshalb eine Unterentlohnung im vorliegenden Fall nicht gegeben ist.

Da somit der objektive Tatbestand des § 29 LSD-BG nicht erfüllt ist, waren die ausgesprochenen Strafen aufzuheben.

IV. 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. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Lukas