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-303229/11/GS/PP**

Datum: **Linz, 9. März 2023**

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. Saxinger über die Beschwerde des M F, vertreten durch x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 11. Mai 2022, GZ: BHFR/922060003833/22, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 14. Dezember 2022

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von 3.600 Euro (das sind 20 % der verhängten Geldstrafe) zu tragen.

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 dem Straferkenntnis vom 11. Mai 2022, GZ: BHFR/922060003833/22, hat die Bezirkshauptmannschaft Freistadt (in der Folge: belangte Behörde) über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) M F wie folgt entschieden:

„1. Datum/Zeit der Kontrolle: 10.11.2021
Ort der Kontrolle: x

Sie haben als Verantwortlicher der Firma x, Kroatien, zu verantworten, dass nachstehender Arbeitnehmer beschäftigt wurde, ohne ihm zumindest das gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, geleistet zu haben.
Folgende Person wurde beschäftigt:
Arbeitnehmer: S S
geb.: x
Staatsangehörigkeit: Bosnien und Herzegowina
Tätigkeit: Maurer
Einstufung und Kollektivvertrag: Facharbeiter (Maurer), Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie 2021
Beschäftigungszeitraum: 01.07.-10.11.2021
Beschäftigungsausmaß: 610 Stunden
Beschäftigungs- bzw. Arbeitsort: x
Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender Sonderzahlungen und Zulagen: 9.818,13 Euro
Tatsächlich geleistetes Entgelt: 5.292,18 Euro
Unterentlohnung in EURO: 4.525,95
Unterentlohnung in Prozent: 46,10

2. Datum/Zeit der Kontrolle: 10.11.2021
Ort der Kontrolle: x

Sie haben als Verantwortlicher der Firma x, Kroatien, zu verantworten, dass nachstehender Arbeitnehmer beschäftigt wurde, ohne ihm zumindest das gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, geleistet zu haben.
Folgende Person wurde beschäftigt:
Arbeitnehmer: A M
geb.: x
Staatsangehörigkeit: Bosnien und Herzegowina
Tätigkeit: Maurer
Einstufung und Kollektivvertrag: Facharbeiter (Maurer), Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie 2021
Beschäftigungszeitraum: 01.10.-24.10.2021 und 01.-10.11.2021
Beschäftigungsausmaß: 205
Beschäftigungs- bzw. Arbeitsort: x

Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender Sonderzahlungen und Zulagen: 3.185,54 Euro
Tatsächlich geleistetes Entgelt: 1.736,35 Euro
Unterentlohnung in EURO: 1.449,19
Unterentlohnung in Prozent: 45,49

3. Datum/Zeit der Kontrolle: 10.11.2021
Ort der Kontrolle: x

Sie haben als Verantwortlicher der Firma x, Kroatien, zu verantworten, dass nachstehender Arbeitnehmer beschäftigt wurde, ohne ihm zumindest das gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, geleistet zu haben.
Folgende Person wurde beschäftigt:
Arbeitnehmer: O E
geb.: x
Staatsangehörigkeit: Bosnien und Herzegowina
Tätigkeit: Maurer
Einstufung und Kollektivvertrag: Facharbeiter (Maurer), Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie 2021
Beschäftigungszeitraum: 01.10.-24.10.2021 und 01.-10.11.2021
Beschäftigungsausmaß: 205
Beschäftigungs- bzw. Arbeitsort: x
Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender Sonderzahlungen und Zulagen: 3.185,54 Euro
Tatsächlich geleistetes Entgelt: 1.736,35 Euro
Unterentlohnung in EURO: 1.449,19
Unterentlohnung in Prozent: 45,49

4. Datum/Zeit der Kontrolle: 10.11.2021
Ort der Kontrolle: x

Sie haben als Verantwortlicher der Firma x, Kroatien, zu verantworten, dass nachstehender Arbeitnehmer beschäftigt wurde, ohne ihm zumindest das gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, geleistet zu haben.
Folgende Person wurde beschäftigt:
Arbeitnehmer: S A
geb.: x
Staatsangehörigkeit: Bosnien und Herzegowina
Tätigkeit: Maurer
Einstufung und Kollektivvertrag: Facharbeiter (Maurer), Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie 2021
Beschäftigungszeitraum: 01.07.-10.11.2021
Beschäftigungsausmaß: 610
Beschäftigungs- bzw. Arbeitsort: x
Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender Sonderzahlungen und Zulagen: 9.818,13 Euro

Tatsächlich geleistetes Entgelt: 5.292,18 Euro
Unterentlohnung in EURO: 4.525,95
Unterentlohnung in Prozent: 46,10

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

1. § 29 Abs. 1 erster Satz LSD-BG, BGBl. I Nr. 44/2016, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 174/2021 i.V.m. dem/der angeführten Gesetz/Verordnung/Kollektivvertrag, i.V.m. § 9 Abs. 1 VStG, BGBl. Nr. 52/1991 i.d.F. BGBl. I Nr. 58/2018
2. § 29 Abs. 1 erster Satz LSD-BG, BGBl. I Nr. 44/2016, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 174/2021 i.V.m. dem/der angeführten Gesetz/Verordnung/Kollektivvertrag, i.V.m. § 9 Abs. 1 VStG, BGBl. Nr. 52/1991 i.d.F. BGBl. I Nr. 58/2018
3. § 29 Abs. 1 erster Satz LSD-BG, BGBl. I Nr. 44/2016, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 174/2021 i.V.m. dem/der angeführten Gesetz/Verordnung/Kollektivvertrag, i.V.m. § 9 Abs. 1 VStG, BGBl. Nr. 52/1991 i.d.F. BGBl. I Nr. 58/2018
4. § 29 Abs. 1 erster Satz LSD-BG, BGBl. I Nr. 44/2016, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 174/2021 i.V.m. dem/der angeführten Gesetz/Verordnung/Kollektivvertrag, i.V.m. § 9 Abs. 1 VStG, BGBl. Nr. 52/1991 i.d.F. BGBl. I Nr. 58/2018

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen werden über Sie folgende Strafen verhängt:

Geldstrafe von	Gemäß
Zu 1.-4. Gesamt: € 18.000,00	§ 29 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 174/2021

Weitere Verfügungen (zB Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):
-
Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:
€ 1.800,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens € 10,00 für jedes Delikt (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 100,00 angerechnet).
Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher € 19.800,00"

I.2. Dagegen erhob der Bf durch seine rechtsanwaltliche Vertretung fristgerecht Beschwerde. Begründend wird darin unrichtige rechtliche Beurteilung vorgebracht. Der Bf habe die entlastenden Unterlagen der Behörde umgehend und vollständig übermittelt. Eine Unterentlohnung im Sinne des § 29 LSD-BG liege nicht vor. Wären die Unterlagen berücksichtigt worden, hätte die Behörde festgestellt, dass der Bf seine Mitarbeiter entsprechend den gesetzlichen Vorschriften entlohnt habe. Für die Dauer des Aufenthalts hätten die Mitarbeiter zudem keine Kosten für die Unterkunft sowie die Verpflegung zahlen müssen, da auch diese Kosten vom Bf übernommen worden wären. Schließlich habe der Bf sämtliche für die Ausübung der Tätigkeit seiner Mitarbeiter in Österreich erforderlichen Papiere beigeschafft und im Zuge der Überprüfung auch vollständig vorgelegt. Die Behörde habe es unterlassen, weitere Informationen einzuholen, um feststellen zu können, ob womöglich eine Auszahlung der Weihnachtsremuneration bis spätestens 31. Dezember noch erfolgen werde bzw. inwiefern diese Sonderzahlungen bei der Entlohnung konkret berücksichtigt worden wären. Hätte die Behörde diese

ergänzenden Informationen eingeholt, hätte sie in weiterer Folge festgestellt, dass der Bf die Sonderzahlungen entsprechend berücksichtigt und an die Arbeitnehmer entsprechend ausbezahlt hätte. Weiters wurde ausgeführt, dass die Beschäftigung von S S und A S vor dem 31. August 2021 begonnen habe, sodass hinsichtlich dieser beiden Punkte die alte Rechtslage, vor Inkrafttreten der Novelle, berücksichtigt werden hätte müssen. Den Bf treffe, wenn überhaupt, nur geringes Verschulden. Der Bf wäre zum Tatzeitpunkt zum ersten Mal in Österreich tätig geworden. Spezielle Hinweise auf die Vorschriften des LSD-BG habe er leider von seinen Auftraggebern nicht erhalten und sei mehr oder weniger blauäugig in die gegenständliche Auftragssituation hineingegangen. Außerdem sei der Bf unbescholten. Schließlich sei der Bf seit kurzem in einem Beschäftigungsverhältnis und verdiene aktuell rund 1.500 Euro netto. Abschließend wurde beantragt, eine mündliche Beschwerdeverhandlung anzuberaumen, das angefochtene Straferkenntnis wegen Rechtswidrigkeit aufzuheben und das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren einzustellen, in eventu die Strafe auf das gesetzliche Mindestmaß herabzusetzen.

I.3. Die belangte Behörde hat die gegenständliche Beschwerde mit Schreiben vom 15. Juli 2022 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt. Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin zu entscheiden.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme sowie durch Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 14. Dezember 2022, zu welcher die Verfahrensparteien geladen wurden und mit Ausnahme des Vertreters der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse an der Verhandlung teilgenommen haben. Neben dem Bf nahmen auch seine rechtliche Vertretung sowie ein Videodolmetsch für Kroatisch an der Verhandlung teil.

II. Folgender wesentlicher Sachverhalt wird als erwiesen festgestellt und zugrunde gelegt:

Am 10. November 2021 erfolgte durch Organe der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (in der Folge: BUAK) eine Kontrolle auf Einhaltung der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) und § 89 Abs. 3 Einkommensteuergesetz beim x.

Für das Gewerk „Baumeister" beauftragte die Firma D GmbH als Subunternehmen die Firma x mit Sitz in Kroatien.

Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma x mit Sitz in Kroatien.

Bei der genannten Kontrolle wurden folgende Arbeitnehmer als Maurer der Firma x bei Innenputzarbeiten im Rohbau der linken Haushälfte betreten:
- Herr S S, geb. x, Staatsbürgerschaft: Kroatien
- Herr M A, geb. x, Staatsbürgerschaft: Kroatien
- Herr E O, geb. x, Staatsbürgerschaft: Kroatien
- Herr A S, geb. x, Staatsbürgerschaft: Kroatien

Die angetroffenen Arbeitnehmer waren bei der Baustellenkontrolle mit Bewehrungs- und Schalungsarbeiten befasst. Die Arbeitnehmer gaben selbst an, als Maurer (Facharbeiter) auf dem Bauvorhaben tätig zu sein und ausschließlich diese Arbeiten für ihren Arbeitgeber zu verrichten und jeweils über eine Berufsausbildung als Maurer zu verfügen.

Vom Arbeitgeber wurden die Arbeitsverträge, die ZKO3-Meldungen, die Lohnzettel für die Lohnmonate Juli bis Oktober 2021 betreffend der Arbeitnehmer S S und A S bzw. für den Lohnmonat Oktober betreffend die Arbeitnehmer M A und E O sowie die Arbeitszeitaufzeichnungen für ebendiese Monate vorgelegt.

In den Arbeitsverträgen wurden alle genannten Arbeitnehmer als Maurer eingestellt. Aus den Arbeitsverträgen ergibt sich ein vereinbarter Bruttomonatslohn in Höhe von 2.100 Euro bzw. 15.897 HKR. Der ZKO3-Meldung ist ebenfalls ein Bruttomonatslohn in Höhe von 2.100 Euro zu entnehmen.

Die Lohnzettel sind derart gestalten, dass eine monatliche Arbeitsleistung von 176 Stunden ausgewiesen ist (Redovan rad). Die Arbeitsleistungen auf den Lohnzetteln finden nur teilweise Deckung in den vorgelegten Arbeitszeitaufzeichnungen. Für die genannten 176 Arbeitsstunden erhalten die Arbeitnehmer einen Bruttostundenlohn in Höhe von 5.460 HKR.
Der Referenz- und Wechselkurs der ÖNB weist für den Lohnmonat September 2021 einen Umrechnungskurs von 7,49 aus. 5.460 HKR entsprechen daher 728,97 Euro. Der Bruttomonatslohn in Höhe von 5.460 HKR bzw. 728,97 Euro wird versteuert und ergibt einen Nettomonatslohn in Höhe von 4.290,72 HKR. Dieser Betrag wird den Überweisungsnachweisen nach auch ausbezahlt.

Taggeld/Aufwandersatz:
Nach Abzug der Steuern erhalten die Arbeitnehmer laut Lohnzetteln unter dem Lohnposten „Terenski dodatak" (= Feldzulage, Zulage für Gebiet/Terrain) eine weitere Zahlung in Höhe von 11.500 HKR bzw. umgerechnet 1.535,60 Euro.

Den Überweisungsnachweisen folgend erhalten die Arbeitnehmer jedoch lediglich den überwiesenen Monatslohn von 4.290,72 HRK (sh. oben) und eine monatlich überwiesene „Feldzulage" (Terenski dodatak) in Höhe von 5.200 HRK. Die sich aus den Lohnzetteln ergebenden Beträge („Terenski dodotak HRK 11.500") lassen sich mit den übermittelten Überweisungsbelegen nicht in Deckung bringen. Tatsächlich überwiesen wurde den Arbeitnehmern nur eine Feldzulage in Höhe von 5.200 HRK (dies sind 694,26 Euro).

Berechnungsbasis:
Bruttomonatslohn 5.460 HKR + Feldzulage 5.200 HKR = Berechnungsgrundlage von 10.660 HKR.
Dies entspricht unter Verwendung des Referenz- und Wechselkurses für den Monat September 2021:
Bruttomonatslohn 728,97 Euro + Feldzulage 694,26 Euro = Berechnungsgrundlage 1.423,23 Euro.

Die genannten Arbeitnehmer unterliegen dem Kollektivvertrag Baugewerbe und Bauindustrie 2021. Der kollektivvertragliche Bruttostundenlohn für Facharbeiter (Maurer) im Kollektivvertrag Baugewerbe und Bauindustrie 2021 beträgt 15,37 Euro.

Tatzeitraum
Die Arbeitnehmer gaben an, seit Juli bzw. Oktober 2021 auf dem gegenständlichen Bauvorhaben tätig zu sein. Vorgelegt wurden Arbeitszeitaufzeichnungen für die jeweiligen Monate für das gegenständliche Bauvorhaben sowie die dazugehörigen Lohnzettel. Der Tatzeitraum entspricht den vorliegenden Lohnzetteln. Für die Arbeitnehmer A S und S S umfasst dieser den Zeitraum von 1. Juli bis 10. November 2021. Für die Arbeitnehmer M A und E O umfasst dieser den Zeitraum 1. Oktober bis 10. November 2021.

S S

Lohnmonat	Lt. Lohnzettel	Lt. Arbeitszeitaufzeichnungen	BruttoML EUR	BruttosStdL EUR
Juli 2021	176 h	175,0 h	1.423,23	8,13
August 2021	176 h	169,5 h	1.423,23	8,39
September 2021	176 h	60,0 h (Urlaub: 1.-21.9.21)	1.423,23	8,08
Oktober 2021	168 h	149,0 h	1.423,23	9,55
November 2021		56,5 h	Noch nicht abgerechnet	9,55

A M

Lohnmonat	Lt. Lohnzettel	Lt. Arbeitszeitaufzeichnungen	BruttoML EUR	BruttosStdL EUR
Oktober 2021	168 h	148,5 h (Urlaub: 24.-31.10.21)	1.423,23	8,47
November 2021		56,5 h	Noch nicht abgerechnet	8,47

O E

Lohnmonat	Lt. Lohnzettel	Lt. Arbeitszeitaufzeichnungen	BruttoML EUR	BruttosStdL EUR
Oktober 2021	168 h	148,5 h (Urlaub: 24.-31.10.21)	1.423,23	8,47
November 2021		56,5 h	Noch nicht abgerechnet	8,47

S A

Lohnmonat	Lt. Lohnzettel	Lt. Arbeitszeitaufzeichnungen	BruttoML EUR	BruttosStdL EUR
Juli 2021	176 h	175,0 h	1.423,23	8,13
August 2021	176 h	169,5 h	1.423,23	8,39
September 2021	176 h	60,0 h (Urlaub: 1.-21.9.21)	1.423,23	8,08
Oktober 2021	168 h	149,0 h	1.423,23	9,55
November 2021		56,5 h	Noch nicht abgerechnet	9,55

Der kollektivvertragliche Bruttostundenlohn für Facharbeiter (Maurer) im Kollektivvertrag Baugewerbe und Bauindustrie 2021 beträgt 15,37 Euro.

III. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus der Anzeige der BUAK vom 15. März 2022 in der die vom Bf vorgelegten Unterlagen explizit angeführt sind.

In der mündlichen Verhandlung wurden der von der belangten Behörde herangezogene Kollektivvertrag, die Einstufung der Arbeiter, die dargelegte Berechnung und der angenommene Beschäftigungszeitraum sowie das Beschäftigungsausmaß vom Bf nicht bestritten.

Festgehalten wird, dass die BUAK jedoch unter Anwendung des Günstigkeitsprinzips die bezahlte Feldzulage in die Berechnung des Bruttostundenlohns mit einbezogen hat und sie somit nicht als Aufwandersatz (der kein Bestandteil des Mindestentgelts darstellt) gewertet hat. Diesbezüglich vom Bf erhobene Einwände bzgl. Taggeld/Aufwandersatz gehen demnach ins Leere. Trotz Anrechnung der Feldzulage hat sich jedoch aufgrund der vorgelegten Lohnunterlagen eine teils massive Unterentlohnung ergeben, dies nicht nur in prozentualer, sondern auch in absoluter Höhe der Fehlbeträge. Wenn der Bf vorbringt, dass er das den Arbeitnehmern in Kroatien zustehende Entgelt bezahlt habe, gesteht er damit ein, nicht das in Österreich gebührende Entgelt bezahlt zu haben.

Nach der mündlichen Verhandlung wurden vom Bf im Rahmen seiner rechtlichen Vertretung am 15. Dezember 2022 bezüglich Leistung der Weihnachtsremuneration noch folgende Unterlagen vorgelegt:
Auszahlung der Weihnachtsremuneration betreffend die genannten Arbeiter. Beigelegt wurde ein Überweisungsbeleg mit Datum vom 31. Dezember 2021. Unter dem Betreff „Bezeichnung" ist vermerkt „Weihnachtsgeld für das Jahr 2021" (4.500 HRK/600 Euro). Das vorgelegte Dokument ist jedoch nicht nachvollziehbar. Die Bezeichnung „Weihnachtsgeld für das Jahr 2021" bedeutet, dass die vornehmlich geleistete Weihnachtsgeldzahlung für jede im gesamten Jahr 2021 erfolgte Arbeitsstunde, sei diese im Herkunftsland oder im Ausland geleistet worden, bezahlt wurde. Es ist daher absolut unmöglich, den einzelnen Stundenwert der Zahlung festzumachen bzw. zu berechnen, da keine Informationen vorliegen, wie viele Stunden die Arbeitnehmer im Jahr 2021 für den Bf jeweils insgesamt tätig waren. Unbeschadet dessen sind die mit Mail vom 15.12.2022 vorgelegten Dokumente weder ausreichend aufschlussreich noch nachvollziehbar. Weder liegen Überweisungsnachweise vor, noch gibt es eine für jeden Arbeitnehmer erfolgte einzelne Abrechnung. Die Unterlage stellt letztlich eine bloße Aufstellung des vornehmlich bezahlten Weihnachtsgeldes dar, es fehlt ihr aber an jedweder Nachvollziehbarkeit zur Berechnung und tatsächlichen Auszahlung. Bemerkt wird obendrein, dass selbst bei der eingewendeten Zahlung von 600 Euro Weihnachtsgeld je Arbeitnehmer die massive Unterentlohnung nicht ansatzweise ausgeglichen wäre.
Fragen des Fälligkeitszeitpunktes der Weihnachtsremuneration und Rechtzeitigkeit der Überweisung sind Fragen der rechtlichen Beurteilung (sh. unten).
Diese nach der Verhandlung vom Bf vorgelegten Unterlagen wurden der Organpartei im Rahmen des Parteiengehörs übermittelt.

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

IV.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG), BGBl. Nr. 44/2016 idF BGBl. I Nr. 174/2021, lauten:

„§ 1

(1) Dieses Bundesgesetz gilt für
1. Arbeitsverhältnisse, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen [...].
[...]

§ 3

(1) Ein Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich hat zwingend Anspruch auf das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt.

(2) Ein Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich, dessen Arbeitgeber seinen Sitz nicht in Österreich hat und nicht Mitglied einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft in Österreich ist, hat zwingend Anspruch auf jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebührt.
(3) Ein durch einen Arbeitgeber mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat, EWR-Staat oder einem Drittstaat nach Österreich zur Arbeitsleistung entsandter Arbeitnehmer hat unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts für die Dauer der Entsendung zwingend Anspruch auf zumindest jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt (ausgenommen Beiträge nach § 6 des Betrieblichen Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetzes – BMSVG, BGBl. I Nr. 100/2002 oder vergleichbaren österreichischen Rechtsvorschriften und Beiträge oder Prämien nach dem Betriebspensionsgesetz – BPG, BGBl. Nr. 282/1990), das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebührt.
(4) Sind nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag Sonderzahlungen vorgesehen, hat der Arbeitgeber diese dem entsandten Arbeitnehmer oder der grenzüberschreitend überlassenen Arbeitskraft aliquot für die jeweilige Lohnzahlungsperiode zusätzlich zum laufenden Entgelt (Fälligkeit) zu leisten.
[...]
(6) Für entsandte Arbeitnehmer, die mit Bauarbeiten, die der Errichtung, der Instandsetzung, der Instandhaltung, dem Umbau oder dem Abriss von Bauwerken dienen, insbesondere mit Aushub, Erdarbeiten, Bauarbeiten im engeren Sinne, Errichtung und Abbau von Fertigbauelementen, Einrichtung oder Ausstattung, Umbau, Renovierung, Reparatur, Abbauarbeiten, Abbrucharbeiten, Wartung, Instandhaltung (Maler- und Reinigungsarbeiten) oder Sanierung sowie mit Reparaturen und Installationen an Anlagen in Kraftwerken beschäftigt sind, gelten die Abs. 3 und 4 jedenfalls ab dem ersten Tag der Beschäftigung in Österreich.
[...]

§ 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.

(4) Die Frist für die Verfolgungsverjährung (§ 31 Abs. 1 VStG) beträgt drei Jahre ab der Fälligkeit des Entgelts. Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, beginnt die Frist für die Verfolgungsverjährung im Sinne des ersten Satzes ab der Fälligkeit des Entgelts für den letzten Lohnzahlungszeitraum der Unterentlohnung. Die Frist für die Strafbarkeitsverjährung (§ 31 Abs. 2 VStG) beträgt bei Unterentlohnungen fünf Jahre; für den Beginn des Laufs der Strafbarkeitsverjährung sind erster und zweiter Satz maßgeblich. Hinsichtlich von Sonderzahlungen beginnen die

Verfolgungs- und Strafbarkeitsverjährungsfristen ab dem Ende des jeweiligen Kalenderjahres (Abs. 1 dritter Satz) zu laufen.
(5) Für den Fall, dass der Arbeitgeber das gebührende Mindestentgelt für den betroffenen Zeitraum der Unterentlohnung nach Abs. 1 nachträglich leistet, beträgt die Dauer der Fristen nach § 31 Abs. 1 und 2 VStG ein Jahr (Verfolgungsverjährung) oder drei Jahre (Strafbarkeitsverjährung), soweit nicht aufgrund des Abs. 4 die Verjährung zu einem früheren Zeitpunkt eintritt; der Fristenlauf beginnt mit der Nachzahlung.

§ 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 §§ 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."

Die maßgebliche Bestimmung des Bundesgesetzes vom 9. September 1955 über die Allgemeine Sozialversicherung (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG), BGBl. Nr. 189/1955 idF BGBl. I Nr. 114/2021, lautet:

„§ 49

[...]
(3) Als Entgelt im Sinne des Abs. 1 und 2 gelten nicht:
1. Vergütungen des Dienstgebers an den Dienstnehmer (Lehrling), durch welche die durch dienstliche Verrichtungen für den Dienstgeber veranlaßten Aufwendungen des Dienstnehmers abgegolten werden (Auslagenersatz); hiezu gehören insbesondere Beträge, die den Dienstnehmern (Lehrlingen) als Fahrtkostenvergütungen einschließlich der Vergütungen für Wochenend(Familien)heimfahrten, Tages- und Nächtigungsgelder gezahlt werden, soweit sie nach § 26 des Einkommensteuergesetzes 1988, BGBl. Nr. 400, nicht der Einkommensteuer(Lohnsteuer)pflicht unterliegen. § 26 des Einkommensteuergesetzes 1988 ist sinngemäß auch auf Vergütungen, die Versicherten nach § 4 Abs. 4 gezahlt werden, anzuwenden. Unter Tages- und Nächtigungsgelder fallen auch Vergütungen für den bei Arbeiten außerhalb des Betriebes oder mangels zumutbarer täglicher Rückkehrmöglichkeit an den ständigen Wohnort (Familienwohnsitz) verbundenen Mehraufwand, wie Bauzulagen, Trennungsgelder, Übernachtungsgelder, Zehrgelder, Entfernungszulagen, Aufwandsentschädigungen, Stör- und Außerhauszulagen uä.; sowie Tages- und Nächtigungsgelder nach § 3 Abs. 1 Z 16b des Einkommensteuergesetzes 1988; [...]

12. freie oder verbilligte Mahlzeiten, die der Dienstgeber an nicht in seinen Haushalt aufgenommene DienstnehmerInnen zur Verköstigung am Arbeitsplatz freiwillig gewährt; Gutscheine für Mahlzeiten gelten bis zu einem Wert von 8 Euro pro Arbeitstag nicht als

Entgelt, wenn sie nur am Arbeitsplatz oder in einer Gaststätte zur dortigen Konsumation eingelöst werden; können die Gutscheine auch zur Bezahlung von Lebensmitteln verwendet werden, die nicht sofort konsumiert werden müssen, so gelten sie bis zu einem Betrag von 2 Euro pro Arbeitstag nicht als Entgelt;
13. Getränke, die der Dienstgeber zum Verbrauch im Betrieb unentgeltlich oder verbilligt abgibt; [...]."

Zur Anwendbarkeit des LSD-BG idF BGBl. I Nr. 174/2021:

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat seine Entscheidung an der zum Zeitpunkt der Entscheidung maßgeblichen Sach- und Rechtslage auszurichten (vgl. etwa VwGH 9.3.2021, Ra 2019/04/0143 Rz 30). Gemäß § 72 Abs. 10 letzter Satz LSD-BG sind die §§ 26 bis 29 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 174/2021 auf alle zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Bestimmungen anhängigen Verfahren einschließlich von Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof und Verfassungsgerichtshof anzuwenden. Da die Bestimmungen mit 1. September 2021 in Kraft traten, waren sie der Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich zu Grunde zu legen.

IV.2. Im Grunde des festgestellten Sachverhaltes ist von einer Beschäftigung der Arbeitnehmer A S und S S von 1. Juli bis 10. November 2021 und für die Arbeitnehmer M A und E O von 1. Oktober bis 10. November 2021 auszugehen. Auf der kontrollierten Baustelle in x, waren die genannten Arbeitnehmer mit Bewehrungs- und Schalungsarbeiten befasst. Bei diesen Tätigkeiten handelt es sich um Tätigkeiten angelernter Arbeiter (lt. Kollektivvertrag). Die Arbeitnehmer selbst gaben jedoch an, als Maurer (Facharbeiter) auf dem Bauvorhaben tätig zu sein und ausschließlich diese Arbeiten für ihren Arbeitgeber zu verrichten und jeweils über eine Berufsausbildung als Maurer zu verfügen. Die Angaben der Arbeitnehmer finden Deckung in den vorliegenden Arbeitsverträgen, denen folgend die Arbeitnehmer als Maurer im gegenständlichen Unternehmen aufgenommen und beschäftigt wurden/werden.

Aufgrund dieser Erhebung sind die Arbeitnehmer als Facharbeiter (Maurer) im Kollektivvertrag Baugewerbe und Bauindustrie 2021 einzustufen. Die Arbeitsverhältnisse der genannten Arbeitnehmer fallen daher gemäß §§ 1ff iVm 33d BUAG in den Anwendungsbereich des Gesetzes und unterliegen dem Kollektivvertrag Baugewerbe und Bauindustrie 2021. Für die auf den Lohnzetteln ausgewiesenen 176 Arbeitsstunden pro Monat erhielten die Arbeitnehmer einen Bruttomonatslohn in Höhe von 5.460 HKR. Der Referenz- und Wechselkurs der ÖNB weist für den Lohnmonat September 2021 einen Umrechnungskurs von 7,49 aus. 5.460 HKR entsprechend daher 728,97 Euro. Der Bruttomonatslohn in Höhe von 5.460 HKR bzw. 728,97 Euro wird versteuert und ergibt einen Nettomonatslohn in Höhe von 5.290,72 HKR. Dieser Betrag wird den Überweisungsnachweisen folgend auch ausbezahlt. Hingewiesen wird, dass die

Arbeitsleistungen auf den Lohnzetteln nur teilweise Deckung in den vorgelegten Arbeitsaufzeichnungen finden.

Taggeld/Aufwandersatz:

Nach Abzug der Steuern erhalten die Arbeitnehmer laut Lohnzetteln unter dem Lohnposten „Terenski dodatak" (= Feldzulage, Zulage für Gebiet/Terrain) eine weitere Zahlung in Höhe von 11.500 HKR.

Den Überweisungsnachweisen folgend erhalten die Arbeitnehmer jedoch lediglich:

Einen überwiesenen Monatslohn von 4.290,72 HRK und eine monatlich überwiesene „Feldzulage" (Terenski dodatak) in Höhe von 5.200 HRK.

Die sich aus den Lohnzetteln ergebenden Beträge (Terenski dodatak 11.500 HKR) lassen sich mit den übermittelten Überweisungsbelägen nicht in Deckung bringen.

Tatsächlich wurde den Arbeitnehmern nur eine Feldzulage in Höhe von 5.200 HKR (dies sind 694,26 Euro) überwiesen.

Berechnungsbasis Bruttostundenlohn:
Bruttomonatslohn 5.460 HKR + Feldzulage 5.200 HKR = Berechnungsgrundlage von 10.660 HKR. Dies entspricht unter Verwendung des Referenz- und Wechselkurses für den Monat September 2021:
Bruttomonatslohn 728,97 Euro + Feldzulage 694,26 Euro = Berechnungsgrundlage 1.423,23 Euro

Die Bruttoberechnungsgrundlage von 1.423,23 Euro ist nunmehr durch die jeweils lt Arbeitszeitaufzeichnungen geleisteten Monatsstunden zu teilen und ergibt sohin einen Bruttostundenlohn laut nachstehender Tabelle. In jenen Lohnmonaten, in denen die einzelnen Arbeitnehmer Urlaube ausweisen, werden die für diesen Monat auf den Lohnzetteln ausgewiesenen Monatsstunden herangezogen. Für den Lohnmonat November 2021 (Kontrollmonat) liegen keine Lohnzettel auf, sodass hier der Bruttostundenlohn des VORMonats als Berechnungsgrundlage herangezogen wird:

S S

Lohnmonat	Lt. Lohnzettel	Lt. Arbeitszeitaufzeichnungen	BruttoML EUR	BruttosStdL EUR
Juli 2021	176 h	175,0 h	1.423,23	8,13
August 2021	176 h	169,5 h	1.423,23	8,39
September 2021	176 h	60,0 h (Urlaub: 1.-21.9.21)	1.423,23	8,08
Oktober 2021	168 h	149,0 h	1.423,23	9,55
November 2021		56,5 h	Noch nicht abgerechnet	9,55

A M

Lohnmonat	Lt. Lohnzettel	Lt. Arbeitszeitaufzeichnungen	BruttoML EUR	BruttosStdL EUR
Oktober 2021	168 h	148,5 h (Urlaub: 24.-31.10.21)	1.423,23	8,47
November 2021		56,5 h	Noch nicht abgerechnet	8,47

O E

Lohnmonat	Lt. Lohnzettel	Lt. Arbeitszeitaufzeichnungen	BruttoML EUR	BruttosStdL EUR
Oktober 2021	168 h	148,5 h (Urlaub: 24.-31.10.21)	1.423,23	8,47
November 2021		56,5 h	Noch nicht abgerechnet	8,47

S A

Lohnmonat	Lt. Lohnzettel	Lt. Arbeitszeitaufzeichnungen	BruttoML EUR	BruttosStdL EUR
Juli 2021	176 h	175,0 h	1.423,23	8,13
August 2021	176 h	169,5 h	1.423,23	8,39
September 2021	176 h	60,0 h (Urlaub: 1.-21.9.21)	1.423,23	8,08
Oktober 2021	168 h	149,0 h	1.423,23	9,55
November 2021		56,5 h	Noch nicht abgerechnet	9,55

Der kollektivvertragliche Bruttostundenlohn für Facharbeiter (Maurer) im Kollektivvertrag Baugewerbe und Bauindustrie 2021 beträgt 15,37 Euro.

Nach § 3 Abs 4 LSD- BG müssen Arbeitgeber Arbeitnehmern im Kollektivvertrag vorgesehene Sonderzahlungen aliquot für die jeweilige Lohnzahlungsperiode zusätzlich zum laufenden Entgelt (Fälligkeit) leisten.

Weihnachtsremuneration

Der Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie sieht in § 12 ein Weihnachtsgeld nach einmonatiger Betriebszugehörigkeit vor. Dieses Weihnachtsgeld wird generell nach der folgenden Formel berechnet:

Jahresstunden/39 x KollV-Lohn x 3,41 x 1,2

Für die Arbeitnehmer als Maurer (Facharbeiter) ergibt sich auf Basis des kollektivvertraglichen Bruttostundenlohns von 15,37 Euro ein aliquotes Weihnachtsgeld von 1,61 Euro für jede in Österreich geleistete Arbeitsstunde.

Hinsichtlich des Bestehens des Anspruchs auf Weihnachtsgeld bezieht sich die BUAK auf die vorliegenden Arbeitsverträge, denen folgend alle genannten Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Kontrolle Anspruch auf Bezahlung des Weihnachtsgeldes erworben haben.
Da bei Entsendungen das Weihnachtsgeld aliquot mit dem laufenden Entgelt zu bezahlen ist (vgl. § 3 Abs. 4 LSD-BG) und somit im Zeitpunkt der Lohnzahlung fällig ist, ist eine Zahlung des Weihnachtsgeldes am Ende des laufenden

Kalenderjahres bei Entsendungen nicht rechtzeitig, sodass hinsichtlich dieses Lohnpostens im Zeitpunkt der Fälligkeit eine Unterentlohnung entsteht. Das vom Bf mit 31.12.2021 datierte und unter der Bezeichnung „Weihnachtsgeld für das Jahr 2021 (4500 HKR/600 EUR)" vorgelegte Dokument weist somit jedenfalls keine rechtzeitige Bezahlung des Weihnachtsgeldes aus und ist daher gegenständlich rechtlich nicht relevant. Außerdem würde es durch diese nicht rechtzeitige Überweisung des Weihnachtsgeldes ohnedies zu keiner vollständigen Abdeckung der diesbezüglichen Unterentlohnung kommen.

Tatzeitraum
Die Arbeitnehmer gaben an, seit Juli bzw. Oktober 2021 auf dem gegenständlichen Bauvorhaben tätig zu sein. In Vorlage gebracht wurden Arbeitszeitaufzeichnungen für die jeweiligen Monate für das gegenständliche Bauvorhaben sowie die dazugehörigen Lohnzettel. Der Tatzeitraum entspricht den vorliegenden Lohnzetteln. Für den Arbeitnehmer A S und den Arbeitnehmer S S umfasst dieser den Zeitraum 1. Juli bis 10. November 2021. Für die Arbeitnehmer M A und E O umfasst dieser den Zeitraum 1. Oktober bis 10. November 2021.

Unterentlohnung

Den Arbeitnehmern gebührt ein Bruttostundenlohn von 15,37 Euro (Maurer, Facharbeiter), zuzüglich dem aliquoten Weihnachtsgeld.
Vergleicht man nunmehr den ausbezahlten Bruttostundenlohn mit dem den Arbeitnehmern laut Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie 2021 zustehenden Bruttostundenlöhnen unter Berücksichtigung des Weihnachtsgeldes ergeben sich folgende Unterentlohnungen:

Name Arbeitnehmer: S S
Einstufung: Facharbeiter (Maurer)
Kollektivvertrag: Baugewerbe und Bauindustrie 2021

Entgeltart	Zeitraum (von bis)	Geleistetes Entgelt brutto			Gebührendes Entgelt brutto			Differenz brutto	
		Stunden	Satz	Entgelt	Stunden	Satz	Entgelt	Euro	Prozent
Grundlohn	01.-31.07.2021	175	8,13	1.422,75	175	15,37	2.689,75	1.267,00	
Weihnachtsgeld			0,00	0,00	175	1,61	282,22	282,22	
Grundlohn	01.-31.08.2021	169,5	8,39	1.422,11	169,5	15,37	2 605,22	1.183,11	
Weihnachtsgeld			0,00	0,00	169,5	1,61	28,68	28,68	
Grundlohn	22.-30.09.2021	60	8,08	484,80	60	15,37	922,20	437,40	
Weihnachtsgeld			0,00	0,00	60	1,61	96,76	96,76	
Grundlohn	01.-31.10.2021	149	9,55	1.422,95	149	15,37	2.290,13	867,18	
Weihnachtsgeld			0,00	0,00	149	1,61	25,21	25,21	
Grundlohn	01.-10.11.2021	56,5	9,55	539,58	56,5	15,37	868,41	328,83	
Weihnachtsgeld			0,00	0,00	56,5	1,61	9,56	9,56	
Gesamt				5.292,18			9.818,13	4.525,95	46,10

Name Arbeitnehmer: A M
Einstufung: Facharbeiter (Maurer)
Kollektivvertrag: Baugewerbe und Bauindustrie 2021

Entgeltart	Zeitraum (von bis)	Geleistetes Entgelt brutto			Gebührendes Entgelt brutto			Differenz brutto	
		Stunden	Satz	Entgelt	Stunden	Satz	Entgelt	Euro	**Prozent**
Grundlohn	01.-24.10.2021	148,5	8,47	1.257,80	148,5	15,37	2.282,45	1.024,65	
Weihnachtsgeld			0,00	0,00	148,5	1,61	25,13	25,13	
Grundlohn	01.-10.11.2021	56,5	8,47	478,56	56,5	15,37	868,41	389,85	
Weihnachtsgeld			0,00	0,00	56,5	1,61	9,56	9,56	
Gesamt				1.736,35			3.185,54	1.449,19	**45,49**

Name Arbeitnehmer: O E
Einstufung: Facharbeiter (Maurer)
Kollektivvertrag: Baugewerbe und Bauindustrie 2021

Entgeltart	Zeitraum (von bis)	Geleistetes Entgelt brutto			Gebührendes Entgelt brutto			Differenz brutto	
		Stunden	Satz	Entgelt	Stunden	Satz	Entgelt	Euro	Prozent
Grundlohn	01.-24.10.2021	148,5	8,47	1.257,80	148,5	15,37	2.282,45	1.024,65	
Weihnachtsgeld			0.00	0,00	148,5	1,61	25,13	25,13	
Grundlohn	01.-10.11.2021	56,5	8,47	478,56	56,5	15,37	868,41	389,85	
Weihnachtsgeld			0,00	0,00	56,5	1,61	9,56	9,56	
Gesamt				1.736,35			3.185,54	1.449,19	45,49

Name Arbeitnehmer: S A
Einstufung: Facharbeiter (Maurer)
Kollektivvertrag: Baugewerbe und Bauindustrie 2021

Entgeltart	Zeitraum (von bis)	Geleistetes Entgelt brutto			Gebührendes Entgelt brutto			Differenz brutto	
		Stunden	Satz	Entgelt	Stunden	Satz	Entgelt	Euro	Prozent
Grundlohn	01.-31.07.2021	175	8,13	1.422,75	175	15,37	2.689,75	1.267,00	
Weihnachtsgeld			0,00	0,00	175	1,61	282,22	282,22	
Grundlohn	01-31.08.2021	169,5	8,39	1.422,75	169,5	15,37	2.605,22	1.183,11	
Weihnachtsgeld			0,00	0,00	169,5	1,61	28,68	28,68	
Grundlohn	22.-30.09.2021	60	8,08	484,80	60	15,37	922,20	437,40	
Weihnachtsgeld			0,00	0,00	60	1,61	96.76	96,76	
Grundlohn	01.-31.10,2021	149	9,55	1.422,95	149	15,37	2.290,13	867,18	
Weihnachtsgeld			0,00	0,00	149	1,61	25,21	25,21	
Grundlohn	01.-10.11.2021	56,5	9,55	539,58	56,5	15,37	868,41	328,83	
Weihnachtsgeld			0,00	0,00	56,5	1,61	9,56	9,56	
Gesamt				5.292,18			9.818,13	4.525,95	46,10

Beweis: Lohntafel Baugewerbe und Bauindustrie 2021, Beilage ./K

Arbeitnehmer	Unterentlohnung in %	Unterentlohnung in €
[redacted]	46,10 %	4.525,95 EUR
[redacted]	45,49 %	1.449,19 EUR
[redacted]	45,49 %	1.449,19 EUR
[redacted]	46,10 %	4.525,95 EUR
Insgesamt		11.950,28 EUR

Aus den angeführten Gründen ist dem Beschuldigten die angelastete Verwaltungsübertretung daher in objektiver Hinsicht vorzuwerfen.

IV.3. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht 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 Beschuldigte 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 Beschuldigten aufzeigen würden. Der Beschuldigte ist als handelsrechtlicher Geschäftsführer der x nach außen vertretungsbefugtes Organ dieses Unternehmens und grundsätzlich für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften verantwortlich. Der Bf kann ein den betrieblichen Verhältnissen angepasstes Kontrollsystem, das die Einhaltung der in Österreich gültigen Mindestentgelte jedenfalls erwarten lässt, nicht belegen. Der Beschuldigte 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 (vgl. z.B. VwGH 03.12.2013, 2012/08/0026; 17.01.2014, 2013/08/0 281; 14.03.2014, 2012/08/0029; 26.05.2014, 2012/08/0207).

Geschäftsführer sind verpflichtet, sich mit den einer grenzüberschreitenden Entsendung bzw. Überlassung 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).

Insgesamt hat daher der Bf als nach außen vertretungsbefugtes Organ die Unterentlohnungen im dargelegten Ausmaß in der Schuldform der Fahrlässigkeit

zu verantworten, weshalb ihm die angelastete Verwaltungsübertretung auch in subjektiver Hinsicht vorwerfbar ist.

IV.4. 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).

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.

Der Bf bringt vor, dass ihn, wenn überhaupt, nur geringes Verschulden treffe, da er erstmalig in Österreich tätig gewesen sei. Diesem Einwand ist entgegen zu halten, dass schon laut Rechtsprechung ein geringes Verschulden nicht vorliegt. Der VwGH hat in seinem Erkenntnis vom 10.06.2015, Zl. 2013/11/0121, dargelegt, dass das Verschulden des Bf nicht mehr als geringfügig anzusehen ist, wenn mehrere Arbeitnehmer von der Unterentlohnung betroffen waren.

Nach der Judikatur des VwGH (vgl. zB VwGH vom 24.09.2014, Ro 2014/11/0083) gehören Mindestlohnansätze zum „harten Kern" der Arbeitnehmerschutzvorschriften, die unabhängig der Beschäftigungs- oder Überlassungsdauer einzuhalten sind. Auch wenn sich die Stundenlöhne der Kollektivverträge vermeintlich zunächst nicht merklich unterscheiden, ist durch unterkollektivvertragliche Entlohnung oder Einreihung in einen falschen Kollektivvertrag die Sicherung eines fairen wirtschaftlichen Wettbewerbes zwischen Unternehmern gefährdet und werden dadurch rechtswidrige Wettbewerbsvorteile geschaffen.
In Fällen, in denen ein geeignetes Maßnahmen- oder Kontrollsystem gar nicht eingerichtet wurde, kann nicht mehr von einem geringen Verschulden gesprochen werden (VwGH vom 27.06.2007, Zl. 2005/03/0166).

Wenn der Bf sich auf den Terminus „grobe Fahrlässigkeit" stützt, so ist diesbezüglich auf § 29 Abs. 3 LSD-BG zu verweisen („… und das Verschulden… leichte Fahrlässigkeit nicht übersteigt). Von dem Erfordernis, dass grobe Fahrlässigkeit für eine Bestrafung im gegenständlichen Fall vorliegen müsse, kann nicht die Rede sein.

Bereits aus der oben zitierten höchstgerichtlichen Judikatur geht hervor, dass im vorliegenden Fall nicht von einem „leichte Fahrlässigkeit nicht übersteigenden" Verhalten des Bf gesprochen werden kann.

Neben dem Umstand, dass vier Arbeitnehmer von der Unterentlohnung betroffen waren, wird darauf verwiesen, dass leichte Fahrlässigkeit im Übrigen nur dann vorliegt, wenn der Fehler gelegentlich auch einem sorgfältigen Menschen unterläuft. Ein sorgfältiger Geschäftsführer hätte sich über die ordnungsgemäße Lohnzahlungspflicht bei der zuständigen Stelle vor Aufnahme der Tätigkeit im Ausland erkundigt und die entsprechenden Zahlungen – zu denen auch Sonderzahlungen zählen – veranlasst. Zudem ist anzumerken, dass Unternehmer eine erhöhte Sorgfaltspflicht trifft.
Eine Erkundigung bei der zuständigen Stelle hat der Bf nicht eingeholt.
Der Einwand, dass eine Situation nahe am Rechtsirrtum vorliegen sollte, besteht nicht zu Recht.
Ein Rechtsirrtum liegt nämlich alleine aufgrund der höchstgerichtlichen Rechtsprechung nicht vor (vgl. zB VwGH vom 24.03.2015, Zl. 2013/03/0054).
Ein solcher Rechtsirrtum im Sinne des § 5 Abs. 2 VStG setzt voraus, dass der beschwerdeführenden Partei das Unerlaubte ihres Verhaltens trotz Anwendung der nach ihren Verhältnissen erforderlichen Sorgfalt unbekannt geblieben ist. Auch eine irrige Gesetzesauslegung entschuldigt den Betroffenen nur dann, wenn sie unverschuldet war. Um sich darauf berufen zu können, bedarf es (zur Einhaltung der am Wirtschaftsleben Teilnehmenden obliegenden Sorgfaltspflicht) einer Objektivierung der eingenommenen Rechtsauffassung durch geeignete Erkundigungen…. Die beschwerdeführende Partei ist jedenfalls verpflichtet,

hierüber bei der zuständigen Behörde Auskunft einzuholen; wenn sie dies unterlassen hat, vermag sie eine fehlerhafte Gesetzesauslegung grundsätzlich nicht von ihrer Schuld zu befreien …. Selbst guter Glaube stellt den angeführten Schuldausschließungsgrund dann nicht dar, wenn es – wie im Beschwerdefall-Sache der Partei ist, sich mit den einschlägigen Vorschriften vertraut zu machen und im Zweifelsfall bei der Behörde nachzufragen.

Wie bereits ausgeführt, hat der Bf keine Auskunft bei der zuständigen Stelle eingeholt.

Das jeweils vorenthaltene Entgelt beläuft sich bei zwei Arbeitnehmern auf rund 4.525 Euro und bei zwei Arbeitnehmern auf 1.449,19 Euro (trotz Anrechnung der Feldzulage!). Selbst bei vollständiger Anrechnung der eingewendeten angeblichen Zahlung von 600 Euro je Arbeitnehmer an Weihnachtsgeld wäre die massive Unterentlohnung nicht ansatzweise ausgeglichen. Wie ausgeführt, liegt gegenständlich kein geringes Verschulden vor. Der Bf hat auch nicht versucht, im Nachhinein die entstandene Unterentlohnung nachweislich zu beseitigen.

Es ist daher festzustellen, dass die im § 29 Abs. 3 LSD-BG normierten Voraussetzungen für das Absehen von der Verhängung einer Strafe im vorliegenden Fall der Unterentlohnung nicht erfüllt sind. Zudem ist auch die Erteilung einer Ermahnung ausgeschlossen, da § 29 Abs. 3 vierter Satz LSD-BG explizit festlegt, dass in Verwaltungsstrafverfahren nach Abs. 1 (Unterentlohnung) § 45 Abs. 1 Z 4 und letzter Satz VStG (Ausspruch einer Ermahnung) nicht anzuwenden ist.

Die Unbescholtenheit des Bf wurde durch die belangte Behörde bereits strafmildernd berücksichtigt (vgl. Seite 12 des Straferkenntnisses), auch ist die Behörde im Rahmen der Strafzumessung bereits von einem Nettoeinkommen von 1.500 Euro ausgegangen. Weitere Milderungsgründe (vollständige Nachzahlung, geringe Unterentlohnung, leichte Fahrlässigkeit nicht übersteigendes Verhalten) liegen nicht vor. Die absolute Höhe des vorenthaltenen Entgelts aller Arbeitnehmer beträgt 11.950,28 Euro. Die verhängte Strafe liegt somit nicht weit über dem vorenthaltenen Entgelt und ist daher angemessen. Dass die Strafe das vorenthaltene Entgelt jedenfalls übersteigen soll, ist sowohl aus spezial- als auch aus generalpräventiven Gründen notwendig. Entspricht die verhängte Strafe dem vorenthaltenen Entgelt oder liegt sogar darunter, ist dies für den Normunterschreiter immer noch günstiger als korrekte Löhne zu bezahlen, zumal nicht jeder einzelne nach Österreich entsandte Arbeitnehmer immer kontrolliert und lohngeprüft werden kann. Sind die verhängten Strafen nicht empfindlich für den Normunterschreiter spürbar, ist das Einkalkulieren von Strafen insgesamt ein gewinnbringendes Modell und der Anreiz, die Arbeitnehmer entsprechend der von ihnen verrichteten Tätigkeiten korrekt zu bezahlen, zunichte gemacht. Die verhängte Strafhöhe ist daher aus der Sicht der erkennenden Richterin im Hinblick

auf den Unrechtsgehalt der Tat und auf das tatsächlich vorenthaltene Entgelt angemessen.

Aus den angeführten Gründen war spruchgemäß zu entscheiden.

Bei diesem Verfahrensergebnis war dem Bf gemäß § 52 Abs. 1und 2 VwGVG als Beitrag zu de3n Kosten des Beschwerdeverfahrens 20 % der verhängten Strafe, das sind 3.600 Euro, vorzuschreiben.

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 bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen 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, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. 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. Saxinger