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-303234/22/KHa

Datum:
Linz, 14. Mai 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. Haas über die Beschwerde des H S, x, Slowenien, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 24. Mai 2022, GZ: 0133211/2021 AS/VS, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 18. April 2023

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird hinsichtlich der Strafhöhe insofern stattgegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 1.700,00 Euro sowie die Ersatzfreiheitsstrafe auf 28 Stunden herabgesetzt werden. Darüber hinaus wird die Beschwerde mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, als die Strafnorm *„§ 29 Abs. 1 zweiter Strafsatz LSD-BG, BGBl. I Nr. 44/2016 idF BGBl. I Nr. 174/2021; §§ 9, 16 und 19 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) 1991*" zu lauten hat.

II. Die beschwerdeführende Partei hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Der Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde reduziert sich auf 170,00 Euro.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 24. Mai 2022, GZ: 0133211/2021 AS/VS, wurde dem Beschwerdeführer als zur Vertretung nach außen berufener Geschäftsführer der x d.o.o mit Sitz in x, Slowenien und somit als gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlichem vorgeworfen, er habe es zu verantworten, dass drei Arbeitnehmer, nämlich N A, N I sowie S J, im Zeitraum von 7. Juni 2021 bis 30. Juni 2021 am Arbeitseinsatzort in 4040 Linz, x tätig waren und sich diesbezüglich bei allen drei genannten Arbeitnehmern eine Unterentlohnung in der Höhe von jeweils 314,91 Euro (dies entspricht einer prozentuellen Unterentlohnung von 13,74 %) ergebe.

Dem Beschwerdeführer wurde die Verletzung des § 29 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) vorgeworfen und wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe in Höhe von 2.000,00 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe von 33 Stunden) verhängt.

Bereits im Straferkenntnis hat die belangte Behörde darauf hingewiesen, dass trotz entsprechender Aufforderung der Beschwerdeführer die Lohnzettel für den verfahrensgegenständlich maßgeblichen Lohnmonat Juni 2021 nicht übermittelt habe, sodass der Berechnung der Unterentlohnung die Angaben der Arbeitnehmer im Zuge der Baustellenkontrolle (Baustellenerhebungsprotokolle) zu Grunde gelegt worden seien. Aus dem angegebenen Nettolohn von 1.500,00 Euro, der in einen Bruttolohn umgerechnet worden sei, errechne sich der vorgeworfene Unterentlohnungsbetrag je Arbeitnehmer.

Das verfahrensgegenständliche Straferkenntnis wurde in seinen wesentlichen Bestandteilen in die slowenische Sprache übersetzt.

I.2. Dagegen richtet sich die mit Eingabe vom 27. Juni 2022 eingebrachte Beschwerde. In dieser wird zusammengefasst vorgebracht, dass der Beschwerdeführer unmittelbar nach erstmaliger Mitteilung der Unterentlohnung die Angelegenheit sofort geregelt habe und die Nachzahlung des Betrages an die jeweiligen Arbeitnehmer erfolgt sei. In der Anlage zur Beschwerde wurden Lohnzahlungsunterlagen vorgelegt, aus denen die Nachzahlungen der bekannt gegebenen Unterentlohnungsbeträge an die Arbeitnehmer ersichtlich seien (Lohnzettel für den Monat Dezember 2021).

I.3. Mit Schreiben vom 18. Juli 2022 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu

erlassen. Daraus ergibt sich die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich zur Entscheidungsfindung. Dieses entscheidet durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

I.4. Mit Eingabe vom 14. Februar 2023 hat die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) über Ersuchen dem erkennenden Gericht Unterlagen, die vom Beschwerdeführer an die BUAK übermittelt wurden bzw. die im Rahmen der Kontrolle vor Ort dokumentiert werden konnten, samt einer Stellungnahme zum Beschwerdevorbringen vorgelegt (ON 9).

Ebenfalls über Ersuchen des erkennenden Gerichtes übermittelte der Beschwerdeführer mit E-Mail vom 24. Februar 2023 (erstmalig) die geforderten Lohnzettel für den Lohnmonat Juni 2021 hinsichtlich der im Straferkenntnis genannten drei Arbeitnehmer. Übermittelt wurden zudem die bereits bekannten Lohnzettel samt Auszahlungsnachweise für den Lohnmonat Dezember 2021 (ON 10). Die vom Beschwerdeführer vorgelegten Unterlagen wurden sowohl an die belangte Behörde als auch an die BUAK zur Stellungnahme übermittelt.

Mit Scheiben vom 9. März 2023 (ON 13) erstattete die BUAK eine Stellungnahme, in dessen Rahmen auf Basis der nunmehr vorliegenden Lohnunterlagen für Juni 2021 eine Neuberechnung der Unterentlohnung erfolgte. Gemäß dieser Neuberechnung errechne sich nach den Ausführungen der BUAK ein Unterentlohnungsbetrag in der Höhe von jeweils 587,61 Euro für jeden der drei genannten Arbeitnehmer (dies entspreche jeweils einer prozentuelle Unterentlohnung im Ausmaß von 25,63 %).

Die belangte Behörde erstattete mit Schreiben vom 14. März 2023 eine Stellungnahme zum Beschwerdevorbringen, insbesondere zur Strafbemessung (ON 15).

I.5. Am 18. April 2023 fand vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eine öffentliche mündliche Verhandlung statt. Sowohl der Beschwerdeführer als auch eine Vertreterin der belangten Behörde sowie eine Vertreterin der BUAK haben an dieser Verhandlung teilgenommen. Als Zeuge einvernommen wurde weiters H S, Mitarbeiter der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK). Der gesamten Verhandlung wurde eine Dolmetscherin für die slowenische Sprache beigezogen und wurde der gesamte Verfahrensablauf für den Beschwerdeführer in die slowenische Sprache übersetzt.

Im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung wurden die unter Punkt 1.4. angeführten zum Akt genommenen Eingaben unter Zuhilfenahme des beigezogenen Dolmetschers dem Beschwerdeführer dargelegt und mit diesem besprochen.

II. Es steht folgender entscheidungsrelevante S a c h v e r h a l t fest:

II.1. Der Beschwerdeführer ist und war auch im verfahrensgegenständlichen Tatzeitraum (7. Juni bis 30. Juni 2021) Geschäftsführer und somit nach außen vertretungsbefugtes Organ der x d.o.o (kurz: x d.o.o), eingetragen in das Slowenische Unternehmensregister unter der Identifikationsnummer: x, mit Sitz in x, Slowenien.

Der Geschäftszweck der x d.o.o. besteht in der Ausführung von Bautätigkeiten. Derzeit beschäftigt die x d.o.o. 11 Arbeitnehmer; im Tatzeitraum Juni 2021 waren 9 Arbeitnehmer bei der x d.o.o. beschäftigt.

II.2. Am 30. Juni 2021 wurde durch Erhebungsorgane der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) eine Baustellenkontrolle auf der Baustelle in 4040 Linz, x durchgeführt. Im Zuge der Kontrolle wurden folgende Arbeitnehmer der x d.o.o. bei der Durchführung von Maurerarbeiten (Arbeiten an der Bodenplatte) angetroffen:
1. A N (geboren am x)
2. I N (geboren am x)
3. J S (geboren am x)

A N ist seit 23. September 2020 im Unternehmen x d.o.o. beschäftigt, I N ist seit 17. September 2020 im Unternehmen x d.o.o. beschäftigt und J S ist seit 26. März 2021 Arbeitnehmer der x d.o.o.

Mit Bau-Subunternehmervertrag vom 1. Juni 2021 hat sich die x d.o.o. als Auftragnehmerin gegenüber der M GmbH als Auftraggeber verpflichtet, Bauleistungen im Sinne von Maurerarbeiten unter anderem bei der Abwicklung des Bauvorhabens „x, 4040 Linz" zu erbringen. Die Vergütung erfolgt gemäß der vertraglichen Regelung über vereinbarte Regiepreise bzw. hinsichtlich der Fenstermontage nach Laufmeter und Stück. Gemäß der vertraglichen Vereinbarung verpflichtete sich die x d.o.o. gegenüber dem Auftraggeber, nur einwandfreies Material zu verwenden und die Arbeiten durch geschultes, zuverlässiges Fachpersonal nach den anerkannten Regeln der Baukunst ausführen zu lassen. Vereinbart wurde weiters, dass spätere Materialpreiserhöhungen oder sonstige Kostensteigerungen nicht zu einer Änderung der vereinbarten Vergütung führen sollten. Zudem hatte die x d.o.o. als Auftragnehmerin für die Unterbringung und den Transport der eingesetzten Arbeitskräfte und Baustoffe Sorge zu tragen.

II.3. Zur Durchführung der genannten Werkleistungen in Form von Maurerarbeiten auf der Baustelle in 4040 Linz, x, waren die drei Arbeitnehmer A N, I N und J S im Zeitraum von 7. Juni 2021 bis 30. Juni 2021 auf der genannten Baustelle als

Arbeitnehmer der x d.o.o. tätig. Alle drei Arbeitnehmer verfügten über eine entsprechende Berufsausbildung zur Durchführung von Maurerarbeiten.

II.4. Zum Tatvorwurf der Unterentlohnung:

II.4.1. Die Arbeitnehmer A N, I N und J S führten auf der verfahrensgegenständlichen Baustelle im Zeitraum von 7. Juni 2021 bis 30. Juni 2021 Maurerarbeiten durch. Die Lohntafel zum Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie (in der Fassung ab 1. Mai 2021) sieht für Facharbeiter einen Stundenlohn brutto in der Höhe von 15,37 Euro vor.

Die tägliche Arbeitszeit auf der verfahrensgegenständlichen Baustelle betrug von Montag bis Donnerstag jeweils 8 Stunden sowie freitags jeweils 5 Stunden. Im Zeitraum von 7. Juni 2021 bis 30. Juni 2021 waren die drei genannten Arbeitnehmer somit insgesamt 135 Stunden auf der Baustelle in 4040 Linz, x im Einsatz.

Im Kollektivvertrag Baugewerbe und Bauindustrie, Arbeiter/innen, gültig ab 1. Mai 2021, ist bei einmonatiger Betriebszugehörigkeit ein Anspruch auf Weihnachtsgeld von 3,41 Stundenlöhnen für während des laufenden Arbeitsverhältnisses im Kalenderjahr jeweils geleistete 39 Stunden, vorgesehen. Auf Basis der generellen Berechnungsformel „Jahresstunden/39 x KollV-Lohn x 3,41" errechnet sich bei einem Kollektivvertrags-Bruttostundenlohn von 15,37 Euro, ein aliquotes Weihnachtsgeld von 1,61 Euro für jede in Österreich geleistete Arbeitsstunde.

II.4.2. Mit Schreiben der BUAK vom 30. Juni 2021, welches noch vor Ort im Zuge der Baustellenkontrolle an den Arbeitnehmer I N zur Weiterleitung an die x d.o.o. übergeben wurde, wurde die x d.o.o. aufgefordert, die Lohnunterlagen für den aktuellen Lohnmonat Juni 2021 betreffend die drei im Straferkenntnis genannten Arbeitnehmer, spätestens bis zum 20. des Folgemonats an die BUAK zu übermitteln. Da keine Lohnunterlagen übermittelt wurden, wurde der Beschwerdeführer in seiner Funktion als Geschäftsführer der x d.o.o. mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 20. Dezember 2021 von der belangten Behörde abermals aufgefordert, Lohnzettel sowie Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege für den Lohnmonat Juni 2021 die verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmer betreffend zu übermitteln. Auch dieser Aufforderung ist der Beschwerdeführer bzw. ist die x d.o.o. nicht nachgekommen.

Erst über Aufforderung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich hat der Beschwerdeführer mit E-Mail vom 24. Februar 2023 Lohnunterlagen betreffend die Arbeitnehmer A N, I N sowie J S für den Lohnmonat Juni 2021 übermittelt.

II.4.3. Mangels Übermittlung der jeweiligen Lohnunterlagen für den Lohnmonat Juni 2021 durch den Beschwerdeführer bzw. durch die x d.o.o., erfolgte die Berechnung der Unterentlohnung, die auch dem verfahrensgegenständlichen Straferkenntnis zu Grunde liegt, anhand der Angaben der Arbeitnehmer A N, I N und J S im Rahmen der Baustellenkontrolle am 30. Juni 2021 (Baustellenerhebungsprotokolle vom 30. Juni 2021). Alle drei genannten Arbeitnehmer gaben an, einen Nettomonatslohn von 1.500,00 Euro für die Tätigkeit in Österreich zu erhalten. Unter Heranziehung des slowenischen Brutto-Netto-Rechners ergibt dies einen Bruttomonatslohn in Höhe von 2.347,64 Euro. Ein von den Arbeitnehmern im jeweiligen Baustellenerhebungsprotokoll angegebener Aufwandsersatz in Höhe von 350,00 Euro wurde davon – dies zu Gunsten des Beschwerdeführers – seitens der BUAK sowie seitens der belangten Behörde nicht in Abzug gebracht.

Auf Basis der Umrechnungsmethode „Bruttomonatslohn/4,33/37 (= Wochenstunden)" errechnet sich ausgehend von einem Bruttomonatslohn von 2.347,64 Euro und ausgehend von 37 geleisteten Wochenstunden ein Bruttostundenlohn von 14,65 Euro.

In der von der x d.o.o. am 13. Juni 2021 an das Amt für Betrugsbekämpfung, Finanzpolizei, Zentrale Koordinationsstelle, übermittelten ZKO3-Meldung wurde für alle drei genannten Arbeitnehmer ein Bruttostundenlohn in Höhe von 12,19 Euro genannt (Punkt 9*. „Der Arbeitnehmerin/dem Arbeitnehmer nach österreichischen Rechtsvorschriften gebührendes Entgelt*")

II.4.4. Gemäß den am 24. Februar 2023 übermittelten Lohnzettel betreffend die Arbeitnehmer A N, I N sowie J S beträgt der ausgewiesene Bruttomonatslohn jeweils 1.943,04 Euro. Dieser setzt sich aus der Lohnposition *„Napotitev – dodatek za delo v tujini*" (übersetzt: Entsendeentschädigung für die Arbeit im Ausland) in Höhe von 918,72 Euro brutto sowie aus der Lohnposition *„Redno delo – napotitev (01.06.2021 – 30.06.2021)* – übersetzt „Reguläre Arbeit", letzteres für 176 Stunden, zusammen.

Daraus errechnet sich ein Bruttostundenlohn in Höhe von 12,63 Euro (918,72 Euro für 135 Stunden Arbeitseinsatz in Österreich sowie 1.024,32 Euro für 176 Stunden „Reguläre Arbeit").

Die ausgewiesenen Lohnpositionen *„Povracilo stroskov do uredbe vlade – prehrana – Napotitev*" (sinngemäß übersetzt mit: Erstattung von Ausgaben – Verpflegung) sowie *„Povracilo stroskov do uredbe vlade – prevoz – Napotitev*" (sinngemäß übersetzt mit: Erstattung von Ausgaben – Transport) wurden an die genannten Arbeitnehmer als Aufwandsersatz für Verpflegung und Anreisekosten zur Auszahlung gebracht und dienten zur Abdeckung der dem jeweiligen Arbeitnehmer entstandenen finanziellen Aufwendungen im Zusammenhang mit Arbeitseinsätzen.

II.4.5. Gemäß Schreiben der belangten Behörde vom 20. Dezember 2021 (Aufforderung zur Rechtfertigung) wurde dem Beschwerdeführer der Tatvorwurf einer vorliegenden Unterentlohnung betreffend die Arbeitnehmer A N, I N sowie J S in Höhe von jeweils 314,91 Euro (prozentuelle Unterentlohnung im Ausmaß von 13,74 %) zur Kenntnis gebracht. Mangels Übermittlung der geforderten Lohnunterlagen für Juni 2021 erfolgte diese Berechnung anhand der Angaben der Arbeitnehmer im jeweiligen Baustellenerhebungsprotokoll vom 30. Juni 2021. Dies wurde dem Beschwerdeführer auch mitgeteilt.

Im Rahmen der Lohnabrechnung für den Lohnmonat Dezember 2021 (Überweisungsbeleg vom 20. Jänner 2022) wurde den drei genannten Arbeitnehmern jeweils der Betrag von 314,91 Euro für den Leistungsmonat Juni 2021 nachträglich ausbezahlt.

II.4.6. Zur Berechnung des bei einem Arbeitseinsatz im Ausland an die jeweiligen entsendeten Arbeitnehmer zu zahlenden Entgelts hat die x d.o.o. eine Buchhaltungsfirma beauftragt. In der x d.o.o. selbst war der Beschwerdeführer für Personalangelegenheiten zuständig. Der Beschwerdeführer hat die von der Buchhaltungsfirma herangezogenen Entlohnungssätze bei Auslandseinsätzen der Arbeitnehmer weder hinterfragt noch in irgendeiner Art und Weise auf Plausibilität überprüft. Auch die Divergenz zwischen dem in der ZKO3-Meldung vom 13. Juni 2021 und dem tatsächlich zur Auszahlung gelangten Bruttostundenlohn gemäß den Lohnzetteln hat der Beschwerdeführer im vorliegenden Sachverhalt nicht hinterfragt. Der Beschwerdeführer hat im Vorfeld auch keine Erkundigungen über den in Österreich heranzuziehenden Bruttostundenlohn laut Kollektivvertrag bei der BUAK oder der belangten Behörde eingeholt.

II.4.7. Hinsichtlich des Beschwerdeführers scheinen keine verwaltungsstrafrechtlichen Vormerkungen auf. Der Beschwerdeführer verfügt über ein monatliches Einkommen in der Höhe von rund 800,00 Euro und ist für ein sich noch in Ausbildung befindliches Kind sorgepflichtig.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Akt der belangten Behörde, insbesondere aus der Anzeige der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse samt den im Akt befindlichen Beilagen ./A bis ./H sowie aus den vom Beschwerdeführer nachträglich übermittelten Lohnunterlagen für den Lohnmonat Juni 2021 die verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmer betreffend.

III.2. Zum Unternehmen des Beschwerdeführers:

Die Sachverhaltsfeststellungen zum Unternehmen des Beschwerdeführers ergeben sich aus dem Akteninhalt, insbesondere aus dem Auszug aus dem slowenischen Unternehmensregister (Beilage ./G zur Anzeige der BUAK vom 26. November 2021). Daraus ergibt sich, dass der Beschwerdeführer im verfahrensgegenständlichen Tatzeitraum die Funktion des Geschäftsführers inne hatte und somit vertretungsbefugt war. Dies hat der Beschwerdeführer zudem im Rahmen seiner Einvernahme vor dem erkennenden Gericht bestätigt.

III.3. Die Feststellung, wonach die Arbeitnehmer der x d.o.o. auf der Baustelle in 4040 Linz, x im Zeitraum von 7. Juni 2021 bis 30. Juni 2021 mit Maurerarbeiten beschäftigt waren und auch als entsprechende Facharbeiter auf der Baustelle eingesetzt waren, ergibt sich unzweifelhaft aus den vorliegenden Unterlagen, insbesondere aus der Fotodokumentation der BUAK (Beilage ./B zur Anzeige der BUAK vom 26. November 2021), den Angaben der Arbeitnehmer in den vorliegenden Baustellenerhebungsprotokollen (Beilage ./C zur Anzeige der BUAK vom 26. November 2021) sowie der Aussage des einvernommenen Zeugen H S.

Auch dem zwischen der M GmbH als Auftraggeber sowie der x d.o.o. abgeschlossenen Bau-Subunternehmervertrag ist zu entnehmen, dass die „Durchführung Bauleistungen im Sinne von Maurerarbeiten" vereinbart wurde und diesbezüglich eine Ausführung dieser beauftragten Arbeiten durch entsprechende Fachkräfte geschuldet ist (Beilage ./F zur Anzeige der BUAK vom 26. November 2021). Weiters hat auch der in der am 18. April 2023 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung einvernommene Zeuge H S als Erhebungsorgan nachvollziehbar dargelegt, dass die Arbeitnehmer der x d.o.o. bei Eintreffen der Erhebungsorgane mit der Durchführung von Maurerarbeiten (Herstellung der Bodenplatte) beschäftigt waren. Zudem hat der Beschwerdeführer selbst im Rahmen seiner Einvernahme vor dem erkennenden Gericht bestätigt, dass die verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmer auf der Baustelle in 4040 Linz, x im Zeitraum von 7. Juni 2021 bis 30. Juni 2021 Maurerarbeiten zur Erfüllung des abgeschlossenen Bau-Subunternehmervertrages durchzuführen hatten.

III.4. Dass die maßgeblichen Lohnunterlagen für den Lohnmonat Juni 2021 erst dem erkennenden Gericht auf entsprechendes Ersuchen übermittelt wurden und diese weder der BUAK noch der belangten Behörde trotz entsprechender Aufforderungen im Rahmen des behördlichen Verfahrens zur Verfügung gestellt wurden, ergibt sich aus dem Akteninhalt. Diesbezüglich konnte auch die Berechnung der Unterentlohnung, die dem Straferkenntnis zu Grunde gelegt wurde, lediglich anhand der Angaben der Arbeitnehmer im jeweiligen von diesen eigenhändig befüllten Baustellenerhebungsprotokollen erfolgen.

III.5. Die festgestellte und der Berechnung zu Grunde gelegte Arbeitszeit im Zeitraum 7. Juni 2021 bis 30. Juni 2021 betreffend den Arbeitseinsatz in Österreich ergibt sich widerspruchsfrei aus den vorliegenden Unterlagen, insbesondere aus

den diesbezüglichen Arbeitsaufzeichnungen (Beilage ./F zur Anzeige der BUAK vom 26. November 2021) und decken sich diese auch mit den Angaben der Arbeitnehmer in den Baustellenerhebungsprotokollen.

Als Basis für die Berechnung der Unterentlohnung gemäß dem verfahrensgegenständlichen Straferkenntnis wurden (mangels Übermittlung von Lohnunterlagen) die Angaben der Arbeitnehmer in den Baustellenerhebungsprotokollen herangezogen.

Die Feststellungen zum tatsächlichen Bruttomonatslohn von jeweils 1.943,04 Euro für den Lohnmonat Juni 2021 betreffend alle drei im Straferkenntnis genannten Arbeitnehmer ergibt sich aus dem im Beschwerdeverfahren vor dem erkennenden Gericht vom Beschwerdeführer übermittelten Lohnzetteln (ON 10). Die einzelnen Lohnpositionen wurden im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung mit dem Beschwerdeführer besprochen und abgeklärt, sodass sich die diesbezüglichen Feststellungen widerspruchsfrei aus dem abgeführten Beweisverfahren ergeben. Die Lohnpositionen, die sich aus den übermittelten Lohnunterlagen für Juni 2021 ergeben, konnten somit mit dem Beschwerdeführer abgeklärt werden und fanden diese auch entsprechend den Erklärungen des Beschwerdeführers in den Sachverhaltsfeststellungen Eingang. Dass es sich bei den beiden Lohnpositionen *„Povracilo stroskov do uredbe vlade – prehrana – Napotitev*" (sinngemäß übersetzt mit: Erstattung von Ausgaben – Verpflegung) sowie *„Povracilo stroskov do uredbe vlade – prevoz – Napotitev*" (sinngemäß übersetzt mit: Erstattung von Ausgaben – Transport) jeweils um einen echten Aufwandsersatz für von den Arbeitnehmern getragene Aufwendungen handelt, hat der Beschwerdeführer im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung auf ausdrückliche Befragung bestätigt.

Zusammengefasst ist auszuführen, dass die einzelnen Lohnpositionen gemäß den Lohnzetteln für Juni 2021 soweit als unstrittig festgestellt werden konnten; der Beschwerdeführer hat diese nicht bestritten, sondern sich nur gegen die Berechnung der Unterentlohnung an sich gewendet und ausgeführt, dass er die konkrete Berechnung nicht nachvollziehen könne. Diese Berechnung ist jedoch im Rahmen der rechtlichen Beurteilung zu bewerten und dort zu überprüfen.

III.6. Die Feststellung, wonach der Beschwerdeführer die Lohnabrechnung an eine externe Buchhaltungsfirma übergeben hat und die Lohnansätze bzw. die für die Tätigkeit in Österreich verrechneten Stundenlöhne weder hinterfragt noch auf Plausibilität überprüft hat (trotz ersichtlicher Differenz im Vergleich zu den Angaben in der ZKO3-Meldung), hat der Beschwerdeführer selbst im Rahmen seiner Einvernahme dargelegt. Auch dass keine Rücksprache bei einer in Österreich zuständigen Behörde (etwa bei der BUAK oder der belangten Behörde) erfolgte, hat der Beschwerdeführer selbst bestätigt.

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

IV.1. Anzuwendende Rechtsgrundlagen:

Gemäß § 3 Abs. 3 LSD-BG (BGBl. I Nr. 44/2016) hat ein durch einen Arbeitgeber mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat, EWR-Staat oder einem Drittstaat nach Österreich zur Arbeitsleistung entsandter Arbeitnehmer 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.

Gemäß § 3 Abs. 4 LSD-BG (BGBl. I Nr. 44/2016) hat der Arbeitgeber, sofern nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag Sonderzahlungen vorgesehen sind, diese dem entsandten Arbeitnehmer oder der grenzüberschreitend überlassenen Arbeitskraft aliquot für die jeweilige Lohnzahlungsperiode zusätzlich zum laufenden Entgelt (Fälligkeit) zu leisten.

§ 29 Abs. 1 LSD-BG (BGBl. I Nr. 44/2016 idF BGBl. I Nr. 174/2021) lautet:
"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."

Gemäß der Regelung des § 29 Abs. 2 LSD-BG (BGBl. I Nr. 44/2016 idF BGBl. I Nr. 174/2021) ist die Strafbarkeit nach Abs. 1 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.

§ 29 Abs. 3 LSD-BG (BGBl. I Nr. 44/2016 idF BGBl. I Nr. 174/2021) lautet:
„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."

Gemäß § 72 Abs. 10 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.

IV.2. Zur objektiven Tatbestandsverwirklichung

IV.2.1. Zum Entgeltsbegriff des LSD-BG sowie zur Errechnung des Kollektivvertragslohnes:

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

Zum Bruttostundenlohn laut österreichischem Kollektivvertrag:

Die Berechnung einer allfälligen Unterentlohnung erfolgt gemäß § 3 Abs. 3 LSD-BG iVm § 29 Abs. 1 LSD-BG auf Basis des verfahrensgegenständlich anzuwendenden Kollektivvertrages. Hinsichtlich aller drei Arbeitnehmer A N, I N sowie J S kommt aufgrund deren Tätigkeit auf der verfahrensgegenständlichen Baustelle als Maurer der Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie (Stand 1. Mai 2021) zur Anwendung.

Daraus ergibt sich gemäß der Lohntafel zum Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie aufgrund der Tätigkeit der drei verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmer auf der Baustelle 4040 Linz, x im Zeitraum von 7. Juni 2021 bis 30. Juni 2021 als Maurer jeweils ein kollektivvertraglicher Bruttostundenlohn in Höhe von 15,37 Euro (Facharbeiter).

Bei der Vergleichsberechnung gemäß § 3 Abs. 3 LSD-BG iVm § 29 Abs. 2 LSD-BG ist das Bruttolohnprinzip entscheidend. Es ist somit auf den jeweiligen Bruttolohn abzustellen (*Rudolf Müller* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 49 ASVG Rz 9 [Stand 1.9.2016, rdb.at]). Gegenstand des durch das LSD-BG gesicherten Entgeltsanspruchs ist das jeweilige Bruttoentgelt. Insofern ist die im Straferkenntnis vorgenommene Berechnung anhand der Bruttostundenlöhne aus rechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Auch der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 14. April 2005 in der Rechtssache C-341/02 (Rechtssache Kommission der Europäischen Union gegen die Bundesrepublik Deutschland) festgehalten, dass bei grenzüberschreitenden Lohnvergleichen auf den jeweiligen Bruttolohn abzustellen ist.

Zur aliquoten Weihnachtsremuneration:

Gemäß der Regelung des § 3 Abs. 4 LSD-BG hat der Arbeitgeber dem entsandten Arbeitnehmer oder der grenzüberschreitend überlassenen Arbeitskraft aliquot für die jeweilige Lohnzahlungsperiode Sonderzahlungen zusätzlich zum laufenden Entgelt (Fälligkeit) zu leisten, sofern diese nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag vorgesehen sind.

Gemäß der gesetzlichen Regelung des § 3 Abs. 4 LSD-BG fallen Sonderzahlungen (insbesondere auch das Weihnachtsgeld) unter den Begriff des gebührenden und somit zu beachtenden Entgelts. Der diesbezügliche Anspruch besteht im aliquoten Teil der Sonderzahlung für die Dauer der Entsendung mit der jeweiligen Auszahlung des Entgelts.

Gemäß § 12 des Kollektivvertrages für Baugewerbe und Bauindustrie besteht als zusätzlicher Entgeltbestandteil ein Anspruch auf Weihnachtsgeld unter der Voraussetzung der einmonatigen Betriebszugehörigkeit. Unter der generell anerkannten Berechnungsformel *„Jahresstunden/39 x KollV-Lohn x 3,41 x 1,2*" errechnet sich auf Basis eines kollektivvertraglichen Bruttostundenlohnes von 15,38 Euro ein aliquotes Weihnachtsgeld von 1,61 Euro.

Da gemäß den getroffenen Feststellungen alle drei genannten Arbeitnehmer im Tatzeitraum (7. Juni 2021 bis 30. Juni 2021) seit mehr als einem Monat im Unternehmen der x d.o.o. beschäftigt waren, steht diesen ein aliquoter Anspruch auf Weihnachtsgeld (entsprechend der oben dargestellten Berechnung) zu.

IV.2.2. Berechnung der Unterentlohnung:

Entsprechend dieser Grundsätze errechnet sich somit für die im Straferkenntnis genannten Arbeitnehmer folgende Unterentlohnung gemessen an dem gebührender Entgeltsanspruch für den maßgeblichen Tatzeitraum (7. Juni 2021 bis 30. Juni 2021 sohin für 135 Arbeitsstunden) gemäß dem anzuwendenden Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie:

Bruttostundenlohn	15,37 Euro, das sind für 135 Stunden	2.074,95 Euro
Weihnachtsgeld	1,61 Euro, das sind für 135 Stunden	217,35 Euro
Gesamt	16,98 Euro, das sind für 135 Stunden	2.292,30 Euro

Anhand des dem Straferkenntnis zu Grunde gelegten Bruttomonatslohnes in Höhe von 2.347,64 Euro (Ausgangsbasis waren hierbei mangels übermittelter Lohnunterlagen für Juni 2021, die von den Arbeitnehmern im Rahmen der Baustellenerhebungsprotokolle angegebenen 1.500,00 Euro Nettomonatslohn) errechnet sich ein tatsächlich geleisteter Bruttostundenlohn in der Höhe von 14,65 Euro, dies anhand der Umrechnungsmethode vom Monatslohn auf den Wochenlohn mit dem Teiler 4,33 und umgerechnet auf die geleisteten Wochenstunden (Bruttomonatslohn/4,33/37 Wochenstunden = 2.347,64/4,33/37). Daraus ergibt sich ein Vergleichsbetrag für den Entsendezeitraum 7. Juni 2021 bis 30. Juni 2021 (für 135 auf der Baustelle geleistete Arbeitsstunden), in der Höhe von 1.977,75 Euro.

Daraus ergibt sich für die drei im Straferkenntnis genannten Arbeitnehmer für deren Arbeitseinsatz auf der Baustelle in 4040 Linz, x im Zeitraum von 7. Juni

2021 bis 30. Juni 2021 eine Unterentlohnung in der Höhe von jeweils 314,91 Euro (2.292,66 Euro – 1.977,75 Euro); dies entspricht einer prozentuellen Unterentlohnung im Ausmaß von 13,74 %.

Es zeigt sich somit, dass das geleistete Entgelt nicht dem gebührenden Entgelt entspricht, sodass sich die oben dargestellte Unterentlohnung errechnet. Der Tatbestand der Unterentlohnung betreffend die Arbeitnehmer A N, I N und J S wurden daher in objektiver Hinsicht erfüllt.

Der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass bei Berechnung des Bruttostundenlohnes, welche auf Basis der Angaben der Arbeitnehmer in den Baustellenerhebungsprotokollen vorgenommen wurde, die von den Arbeitnehmern in der Rubrik „geleisteter Aufwandsersatz" angegebenen 350,00 Euro, zu Gunsten des Beschwerdeführers bei Berechnung der Unterentlohnung nicht vom jeweiligen Bruttomonatslohn als Vergleichslohn abgezogen wurden.

IV.2.3. Zur Berechnung der Unterentlohnung anhand der nunmehr vorliegenden Lohnunterlagen für den Lohnmonat Juni 2021:

Wie bereits ausgeführt, musste – mangels Übermittlung der maßgeblichen Lohnunterlagen durch den Beschwerdeführer trotz entsprechender Aufforderung – die Berechnung des Ausmaßes der Unterentlohnung durch die belangte Behörde anhand der Angaben der Arbeitnehmer laut Baustellenerhebungsprotokoll vom 30. Juni 2021 erfolgen. Diese gaben an, einen Nettomonatslohn in der Höhe von 1.500,00 Euro zu erhalten, woraus sich ein Bruttomonatslohn von 2.347,64 Euro sowie ein Bruttostundenlohn von 14,65 Euro errechnete. Auf Basis dieses Bruttostundenlohnes wurde seitens der BUAK sowie seitens der belangten Behörde die Berechnung einer allfälligen Unterentlohnung vorgenommen und ergab sich eine Unterentlohnung im Ausmaß von je 314,91 Euro (13,74 %).

Erst im Beschwerdeverfahren vor dem erkennenden Gericht legte der Beschwerdeführer die verfahrensgegenständlich zur konkreten Berechnung einer allfälligen Unterentlohnung maßgeblichen Lohnzettel vor.

Legt man nunmehr der Berechnung einer allfälligen Unterentlohnung den aus den Lohnunterlagen ersichtlichen Bruttomonatslohn zu Grunde, welcher sich bei allen drei Arbeitnehmern auf 1.943,04 Euro beläuft, so ergibt sich folgende Berechnung des Bruttostundenlohnes:

Lohnposition „Entsendeentschädigung für Arbeit im Ausland":	918,72 Euro
Lohnposition „Reguläre Arbeit":	1.024,32 Euro
	1.943,04 Euro

Gemäß den vorliegenden Arbeitsaufzeichnungen waren die verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmer im Juni 2021 für 135 Stunden in

Österreich tätig. Hinsichtlich der Lohnposition „Entsendeentschädigung für Arbeit im Ausland" errechnet sich somit ein Bruttostundenlohn von 6,81 Euro. Hinsichtlich der Lohnposition „Reguläre Arbeit", die gemäß den Angaben in den Lohnunterlagen für 176 Stunden gebührte, errechnet sich ein Bruttostundenlohn von 5,82 Euro. Insgesamt ergibt sich somit ein den drei verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmern zustehender Bruttostundenlohn für den Lohnmonat Juni 2021 in der Höhe von 12,63 Euro (für 135 Arbeitsstunden: 1.705,05 Euro).

Bei den beiden Lohnpositionen *„Povracilo stroskov do uredbe vlade – prehrana – Napotitev*" (sinngemäß übersetzt mit: Erstattung von Ausgaben – Verpflegung) sowie *„Povracilo stroskov do uredbe vlade – prevoz – Napotitev*" (sinngemäß übersetzt mit: Erstattung von Ausgaben – Transport) handelt es sich jeweils um einen echten Aufwandsersatz für von den Arbeitnehmern getragene Aufwendungen (wie dies auch vom Beschwerdeführer bestätigt wurde), sodass diese nicht als Entgeltbestandteile zu qualifizieren sind.

Legt man somit die tatsächlichen Lohnunterlagen der Berechnung der Unterentlohnung zu Grunde, so ergibt sich ein höherer Differenzbetrag zu den kollektivvertraglich den Arbeitnehmern zustehenden Ansprüchen. Es würde sich somit jeweils eine Unterentlohnung im Ausmaß von 587,25 Euro (somit im prozentuellen Ausmaß von 25,63 %) errechnen (2.292,30 Euro – 1.705,05 Euro).

Da dem verfahrensgegenständlichen Straferkenntnis jedoch ein für den Beschwerdeführer günstigerer Bruttomonatslohn von 2.347,64 Euro (berechnet aufgrund der Angaben der Arbeitnehmer) zu Grunde gelegt wurde, woraus sich ein Bruttostundenlohn in der Höhe von 14,65 Euro ergibt, welcher dem Beschwerdeführer im Straferkenntnis vorgeworfen wurde, ist der Beschwerdeführer durch die vorgenommene Berechnung und dem darauf aufbauenden Tatvorwurf der belangten Behörde, welcher vom erkennenden Gericht nachträglich nicht zu Lasten des Beschwerdeführers verändert werden kann, im Vergleich zur Berechnung nach den nunmehr vorliegenden Lohnunterlagen jedenfalls besser gestellt. Eine Korrektur des Tatvorwurfes zu Lasten des Beschwerdeführers erfolgt durch das erkennende Gericht somit nicht.

IV.3. Zur subjektiven Vorwerfbarkeit der Tatbestandsverwirklichung:

IV.3.1. Zur subjektiven Tatseite ist auszuführen, dass als Verschuldensgrad auch im Zusammenhang mit der Regelung des § 29 Abs. 1 LSD-BG fahrlässiges Verhalten genügt (§ 5 Abs. 1 VStG). Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschwerdeführer initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringung von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen.

IV.3.2. Der Beschwerdeführer hat sich im Rahmen seiner Einvernahme vor dem erkennenden Gericht insbesondere damit gerechtfertigt, dass die Lohnverrechnung und somit auch die Berechnung allfälliger Entsendezulagen bei Arbeitseinsätzen der Arbeitnehmer im Ausland von einer hierzu beauftragten Buchhaltungsfirma durchgeführt wird. Dies sei auch für die verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmer im Lohnzahlungszeitraum Juni 2021 der Fall gewesen.

Zu diesem Vorbringen ist auszuführen, dass die Beiziehung eines externen Buchhaltungs- bzw. Steuerberatungsunternehmens den Beschwerdeführer insofern nicht subjektiv entlasten kann, als das Verhalten des beigezogenen Buchhalters bzw. Steuerberaters dem Beschwerdeführer zuzurechnen ist.

Für die Befreiung von der Verantwortlichkeit ist vielmehr die Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems entscheidend, das verhindert, dass im Falle einer Entsendung von Arbeitskräften ins Ausland die dort geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen, insbesondere auch hinsichtlich einer gesetzeskonformen Entlohnung, eingehalten werden. Der Beschwerdeführer hat im Rahmen seiner Einvernahme dargelegt, dass er selbst im Unternehmen der x d.o.o. für Personalangelegenheiten zuständig ist. Ein im Unternehmen vorhandenes Kontrollsystem, durch welches Unterentlohnung im Fall der Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland verhindert werden soll, hat der Beschwerdeführer nicht dargelegt. Der Beschwerdeführer hat sich diesbezüglich lediglich bei der Auslagerung der Personalverrechnung an einen externen Buchhalter verantwortet, diesbezüglich jedoch auch zugestanden, selbst keinerlei Plausibilitätskontrollen der vom Buchhalter durchgeführten Berechnungen durchzuführen bzw. zu veranlassen. Auch die im vorliegenden Sachverhalt bestehende Diskrepanz zwischen dem in der ZKO3-Meldung genannten Bruttostundenlohn zu dem sich tatsächlich aus den vorliegenden Lohnunterlagen ergebenden Bruttostundenlohn, hat den Beschwerdeführer nicht zu einem Hinterfragen der Berechnungen des externen Buchhalters veranlasst.

Der Beschwerdeführer hat zudem keinerlei Bemühungen dahingehend unternommen, mit den hierfür in Österreich zuständigen Behörden den österreichischen Mindestlohn laut Kollektivvertrag zu erfragen, bzw. sich diesbezüglich um Abklärung zu bemühen. Auch der von der x d.o.o. beauftragte Buchhalter hat derartige Bemühungen nicht unternommen.

Dem Beschwerdeführer ist es somit insgesamt nicht gelungen, darzutun, dass ihn an der objektiven Tatbestandsverwirklichung kein subjektives Verschulden trifft, sodass dem Beschwerdeführer die objektive Tatbestandsverwirklichung auch in subjektiver Hinsicht zuzurechnen ist.

V. Zur Strafbemessung:

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

V.2. Zweck der Regelung des § 29 Abs 1 LSD-BG ist es, Lohn- und Sozialdumping zu verhindern, da dadurch nicht nur den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern das ihnen zustehende Entgelt für die erbrachte Arbeitsleistung vorenthalten wird, sondern insbesondere auch ein fairer Wettbewerb zwischen den Unternehmen untergraben wird. Dieses Ziel kann nur dann erreicht werden, wenn im Fall von Übertretungen wirksame Sanktionen zur Verfügung stehen. Die durch das LSD-BG sichergestellten Mindestlohnsätze gehören zum harten Kern der Arbeitnehmerschutzvorschriften, die unabhängig von Beschäftigungs- oder Überlassungsdauer einzuhalten sind. Durch unterkollektivvertragliche Entlohnungen ist die Sicherung eines fairen wirtschaftlichen Wettbewerbs zwischen Unternehmen gefährdet und werden dadurch rechtswidrige Wettbewerbsvorteile geschaffen.

Die gegenständliche Verwaltungsübertretung in Form einer Unterentlohnung in insgesamt drei Fällen stellt in typischer Weise eine Beeinträchtigung des durch § 29 LSD-BG geschützten Rechtsgutes dar. Insofern war somit der objektive Unrechtsgehalt der angelasteten Tat keinesfalls unbedeutend.

V.3. Zur konkreten Strafbemessung:

V.3.1. Die x d.o.o. hat zum Tatzeitpunkt 9 Arbeitnehmer beschäftigt, sodass, da auch die Summe des vorenthaltenen Entgelts geringer als 20.000 Euro ist, ein Strafrahmen bis zu 20.000,00 Euro (2. Strafsatz des § 29 Abs. 1 LSD-BG) zur Anwendung kommt.

V.3.2. Zur Strafbemessung ist auszuführen, dass dem Beschwerdeführer der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit zu Gute kommt. Strafmildernd kann zudem die im Jänner 2022, nach entsprechender Aufforderung durch die belangte Behörde, eine aus damaliger Sicht vollständige Nachzahlung der errechneten Differenzbeträge an die drei verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmer erfolgte, wobei diesbezüglich weiters zu berücksichtigen ist, dass auf Basis der Neuberechnung des Unterentlohnungsbetrages nach Übermittlung der maßgeblichen Lohnunterlagen, letztendlich kein vollständiger Ausgleich der Unterentlohnung stattgefunden hat. Zugunsten des Beschwerdeführers kann auch berücksichtigt werden, dass sich die x d.o.o. zur Abwicklung der Lohnzahlungen, insbesondere auch zur Abwicklung der verfahrensgegenständlichen Lohnzahlungen für Juni 2021, einer Buchhaltungsfirma und somit einer Fachfirma bedient hat. Dies befreit den Beschwerdeführer als Geschäftsführer der x d.o.o. zwar nicht von der subjektiven Vorwerfbarkeit der objektiven Tatbestandsverletzung, im Rahmen der Strafbemessung kann dieser Umstand jedoch in eingeschränktem Ausmaß zu Gunsten des Beschwerdeführers berücksichtigt werden.

Straferschwerungsgründe sind im Verfahren nicht hervorgekommen.

Die belangte Behörde ist im Zuge der Strafbemessung von einem Nettoeinkommen des Beschwerdeführers in der Höhe von 3.000,00 sowie von keinen Sorgepflichten ausgegangen. Im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung hat der Beschwerdeführer sein Einkommen mit monatlich etwa 800,00 Euro angegeben sowie eine Sorgepflicht für ein sich noch in Ausbildung befindliches Kind geltend gemacht. Unter Berücksichtigung der vorliegenden (im Vergleich zur Annahme der belangten Behörde deutlich geringeren) Einkommensverhältnisse und der Sorgepflicht des Beschwerdeführers sowie unter Berücksichtigung des Milderungsgrundes der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit des Beschwerdeführers und der teilweisen Nachzahlung des Differenzbetrages der errechneten Unterentlohnung erscheint es dem erkennenden Gericht selbst bei einer Unterentlohnung von drei Arbeitnehmern über einen Zeitraum von rund 3 Wochen als tat- und schuldangemessen, die verhängte Geldstrafe im konkreten Einzelfall auf einen Betrag in der Höhe von 1.700,00 Euro zu reduzieren. Die Verhängung einer Geldstrafe in dieser Höhe erscheint dem erkennenden Gericht gerade noch als ausreichend, um den Beschwerdeführer auf die Wichtigkeit der Einhaltung der Bestimmungen des LSD-BG hinzuweisen. Auch generalpräventiven Überlegungen trägt eine Geldstrafe in dieser Höhe Rechnung.

Die Ersatzfreiheitsstrafe wurde im Verhältnis zur herabgesetzten Geldstrafe neu festgelegt.

V.3.3. Zur Anwendbarkeit des § 29 Abs. 2 LSD-BG sowie des § 29 Abs. 3 LSD-BG:

Zu § 29 Abs. 2 LSD-BG:

Wie auch von der belangten Behörde bereits im Straferkenntnis ausgeführt wurde, erfolgte die Nachzahlung der Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem den Arbeitnehmern nach Kollektivvertrag gebührenden Entgelts erst nach entsprechender Aufforderung durch die belangte Behörde. Eine Nachzahlung vor einer Erhebung der zuständigen Einrichtung (somit der BUAK) hat jedoch nicht stattgefunden, sodass der Tatbestand des § 29 Abs. 2 LSD-BG bereits in zeitlicher Hinsicht nicht erfüllt wurde.

Zu § 29 Abs. 3 LSD-BG:

Gemäß § 29 Abs. 3 LSD-BG ist von der Verhängung einer Strafe auch dann abzusehen, wenn die Lohndifferenz binnen einer von der Behörde festzusetzenden Frist nachweislich geleistet wurde und als weitere Voraussetzung entweder die Unterentlohnung als gering oder das Verschulden leichte Fahrlässigkeit nicht übersteigt.

Vorweg ist auszuführen, dass die von der x d.o.o. vorgenommene Nachzahlung zwar den damals seitens der belangten Behörde bekannt gegebenen Lohndifferenzbetrag erfasste, sich dieser jedoch – nach Vorlage der entsprechenden Lohnunterlagen – als zu gering angesetzt erwiesen hat. Da der Beschwerdeführer die für die Berechnung der Unterentlohnung maßgeblichen Lohnunterlagen trotz mehrmaliger Aufforderung der BUAK sowie der belangten Behörde nicht übermittelt hat und diese vom Beschwerdeführer erst im Rahmen des Beschwerdeverfahrens und somit erst nach Erlassung des Straferkenntnisses vorgelegt wurden, sodass erst im Beschwerdeverfahren eine konkrete Berechnung der Unterentlohnung anhand der tatsächlichen Juni-Monatslöhne erfolgen konnte, hat der Beschwerdeführer die zu geringe Nachzahlung wohl in diesem Sinne zu vertreten.

Zudem ist im vorliegenden Sachverhalt weder von einer geringen Überschreitung, noch von einer bloß leichten Fahrlässigkeit des Beschwerdeführers auszugehen.

Selbst wenn man den Überlegungen zur Anwendbarkeit des § 29 Abs. 3 LSD-BG den (geringeren) Unterentlohnungsbetrag von 314,91 Euro (dies entspricht einer prozentuellen Unterentlohnung im Ausmaß von 13,74 %), wäre eine Unterentlohnung in diesem Ausmaß gemäß der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht mehr als geringe Unterschreitung des zustehenden Entgelts zu qualifizieren (vgl. dazu etwa VwGH 23.10.2014, Ro 2014/11/0071; VwGH 23.09.2014, Ro 2014/11/0083; VwGH 10.06.2015, Ra 2015/11/0035). Auch die LSDB-Richtlinie (GZ: BMASK-462.203/0006-VII/B/9/2015) führt aus,

dass von einer geringen Überschreitung des Mindestentgeltes nur dann auszugehen sein wird, wenn der der Lohnkontrolle unterliegende Entgeltsanspruch um nicht mehr als 10 % unterschritten wird.

Zur alternativen Voraussetzung des geringen Verschuldens ist auszuführen, dass zur Frage, wann Geringfügigkeit des Verschuldens vorliegt, auf die Entscheidung des VwGH vom 27.06.2007, 2005/03/0166 mwN, verwiesen werden kann. In Fällen, in denen ein geeignetes Maßnahmen- und Kontrollsystem gar nicht eingerichtet wurde, kann nicht mehr von einem geringfügigen Verschulden iSd § 29 Abs. 3 LSD-BG gesprochen werden. Das Beweisverfahren hat ergeben, dass im Unternehmensablauf der x d.o.o. hinsichtlich der Entlohnung der Arbeitnehmer bei Arbeitseinsätzen im Ausland keinerlei Kontroll- oder Maßnahmensystem eingerichtet wurde und die Verantwortung ohne jegliches Hinterfragen oder Überprüfung der Plausibilität an eine externe Buchhaltungsfirma ausgelagert wurde und auch diesbezügliche Tatvorwürfe der BUAK der x d.o.o. gegenüber (wie dies der Beschwerdeführer selbst geschildert hat) den Beschwerdeführer nicht dazu veranlasst haben, an diesem Vorgehen etwas zu ändern, bzw. ein Kontroll- oder Maßnahmensystem einzurichten, sodass nicht mehr von einem geringen Verschulden iSd § 29 Abs. 3 LSD-BG ausgegangen werden kann.

Der Tatbestand des § 29 Abs. 3 LSD-BG ist somit im verfahrensgegenständlichen Sachverhalt nicht erfüllt.

VI. Zur Kostenentscheidung:

Gemäß § 52 Abs. 1 VwGVG ist in jedem Erkenntnis, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat. Dieser Beitrag ist für das Beschwerdeverfahren mit 20 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit 10,00 Euro zu bemessen. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer nicht aufzuerlegen, wenn der Beschwerde auch nur teilweise Folge gegeben worden ist.

Da die verhängte Geldstrafe herabgesetzt wurde, entfällt eine diesbezügliche Vorschreibung eines Kostenbeitrages zum Beschwerdeverfahren. Der Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde verringert sich auf 170,00 Euro (10 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch 10,00 Euro).

VII. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder

weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Das vorliegende Erkenntnis orientiert sich vielmehr an der zitierten, einheitlichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur generellen Thematik der Unterentlohnung sowie insbesondere zur Geringfügigkeit des Ausmaßes der Unterentlohnung und zum Verschulden gemäß § 29 Abs. 3 LSD-BG. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten, 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.

Hinweis

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

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

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

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

2. Bitte erachten Sie die Vorschreibung der belangten Behörde als hinfällig. Sie erhalten eine neue Vorschreibung.

3. Gemäß § 35 Abs. 2 LSD-BG wird darauf hingewiesen, dass mit der rechtskräftigen Bestrafung die Eintragung des/der Beschuldigten und jenes Unternehmens, dem die Bestrafung zuzurechnen ist, in die vom Kompetenzzentrum LSDB geführte Evidenz verbunden ist.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Haas