



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38680
Telefax: (+43 1) 4000 99 38680
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: 1) VGW-042/095/11796/2024-12
A. B.
2) VGW-042/095/11798/2024
C. D.

Wien, 20.2.2025

Geschäftsabteilung: VGW-K

zu 1)

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien erkennt durch seinen Richter Dr. Lukas Diem über die Beschwerde der A. B., vertreten durch die Rechtsanwälte OG, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien vom 5.7.2024, Zl. ..., betreffend Verwaltungsübertretungen nach dem Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (BUAG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 11.11.2024

zu Recht:

I. Gemäß § 50 Abs. 1 VwGVG wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass die Schuld- und die Strafaussprüche wie folgt lauten:

„Sie haben es als gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen Berufene der E. (F.) mit Sitz in G., Slowenien, zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin der im Bereich des Baugewerbes und der Bauindustrie tätigen Arbeitnehmer 1) H. I. (geb. ...1970), 2) J. I. (geb. ...1973), 3) K. I. (geb. ...1970) und 4) L. I. (geb. ...1998) bezogen auf den Zuschlagszeitraum April 2023 im Hinblick auf diese vier Arbeitnehmer jeweils insofern vorsätzlich eine unrichtige Meldung der

für die Berechnung der Zuschläge maßgebenden Lohnangaben und deren Veränderungen einschließlich des allfälligen Beginns und Endes des Arbeitsverhältnisses an die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse mit Sitz in Wien, M.-gasse, erstattet hat, als die genannten Arbeitnehmer am 14.4.2023 auf der Baustelle in N., O.-gasse, entgegen der Meldung vom 2.5.2023 (eingelangt bei der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse per E-Mail am 19.5.2023), in der für den 14.4.2023 bei diesen vier Arbeitnehmern keine Entsendung („/“) angegeben war, BUAG-pflichtige Tätigkeiten verrichtet haben.

Dadurch haben Sie hinsichtlich 1) bis 4) jeweils folgende Rechtsvorschriften verletzt: § 33g Abs. 2 dritter Satz BUAG, BGBl. Nr. 414/1972 idF BGBl. I Nr. 157/2021, iVm § 22 Abs. 2 BUAG, idF BGBl. I Nr. 114/2017, iVm § 32 Abs. 1 Z 3 BUAG, idF BGBl. I Nr. 71/2021.

Wegen dieser vier Verwaltungsübertretungen wird daher über Sie jeweils gemäß § 32 Abs. 1 Z 3 erster Strafsatz BUAG, idF BGBl. I Nr. 71/2021, also insgesamt vier Mal, eine Geldstrafe in Höhe von € 1.000 bzw. für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe jeweils eine Ersatzfreiheitsstrafe im Ausmaß von 1 Tag verhängt.“

II. Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG hat die Beschwerdeführerin einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von € 800,- (das sind 20 Prozent der verhängten Geldstrafen) zu leisten.

III. Gemäß § 9 Abs. 7 VStG haftet die E.(F.) für die über die Beschwerdeführerin verhängten Geldstrafen, die Verfahrenskosten sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen zur ungeteilten Hand.

IV. Gegen dieses Erkenntnis ist die Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

zu 2)

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien erkennt durch seinen Richter Dr. Lukas Diem über die Beschwerde der C. D., vertreten durch die Rechtsanwälte OG, gegen das Straf-

erkenntnis des Magistrates der Stadt Wien vom 5.7.2024, Zl. ..., betreffend Verwaltungsübertretungen nach dem Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (BUAG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 11.11.2024

zu Recht:

I. Gemäß § 50 Abs. 1 VwGVG wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass die Schuld- und die Strafaussprüche wie folgt lauten:

„Sie haben es als gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen Berufene der E.(F.) mit Sitz in G. , Slowenien, zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin der im Bereich des Baugewerbes und der Bauindustrie tätigen Arbeitnehmer 1) H. I. (geb. ...1970), 2) J. I. (geb. ...1973), 3) K. I. (geb. ...1970) und 4) L. I. (geb. ...1998) bezogen auf den Zuschlagszeitraum April 2023 im Hinblick auf diese vier Arbeitnehmer jeweils insofern vorsätzlich eine unrichtige Meldung der für die Berechnung der Zuschläge maßgebenden Lohnangaben und deren Veränderungen einschließlich des allfälligen Beginns und Endes des Arbeitsverhältnisses an die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse mit Sitz in Wien, M.-gasse, erstattet hat, als die genannten Arbeitnehmer am 14.4.2023 auf der Baustelle in N., O.-gasse, entgegen der Meldung vom 2.5.2023 (eingelangt bei der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse per E-Mail am 19.5.2023), in der für den 14.4.2023 bei diesen vier Arbeitnehmern keine Entsendung („/“) angegeben war, BUAG-pflichtige Tätigkeiten verrichtet haben.

Dadurch haben Sie hinsichtlich 1) bis 4) jeweils folgende Rechtsvorschriften verletzt: § 33g Abs. 2 dritter Satz BUAG, BGBl. Nr. 414/1972 idF BGBl. I Nr. 157/2021, iVm § 22 Abs. 2 BUAG, idF BGBl. I Nr. 114/2017, iVm § 32 Abs. 1 Z 3 BUAG, idF BGBl. I Nr. 71/2021.

Wegen dieser vier Verwaltungsübertretungen wird daher über Sie jeweils gemäß § 32 Abs. 1 Z 3 erster Strafsatz BUAG, idF BGBl. I Nr. 71/2021, also insgesamt vier Mal, eine Geldstrafe in Höhe von € 1.000 bzw. für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe jeweils eine Ersatzfreiheitsstrafe im Ausmaß von 1 Tag verhängt.“

II. Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG hat die Beschwerdeführerin einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von € 800,- (das sind 20 Prozent der verhängten Geldstrafen) zu leisten.

III. Gemäß § 9 Abs. 7 VStG haftet die E.(F.) für die über die Beschwerdeführerin verhängten Geldstrafen, die Verfahrenskosten sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen zur ungeteilten Hand.

IV. Gegen dieses Erkenntnis ist die Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

z u 1) u n d 2)

I. Verfahrensgang

1. Mit Straferkenntnissen vom 5.7.2024 verhängte der Magistrat der Stadt Wien (belangte Behörde) über Frau A. B. (BF 1) und Frau C. D. (BF 2) wegen vier Übertretungen des § 33g Abs. 1 und 2 BUAG gemäß § 32 Abs. 1 Z 3 BUAG jeweils vier Geldstrafen in Höhe von jeweils € 1.000,- bzw. für den Fall der Uneinbringlichkeit jeweils Ersatzfreiheitsstrafen von 1 Tag und setzte gemäß § 64 VStG jeweils einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in Höhe von € 400,- fest.

2. Mit per E-Mail übermittelten Schreiben vom 14.8.2024 erhoben die BF Beschwerden gegen die Straferkenntnisse.

3. Die belangte Behörde traf keine Beschwerdeentscheidungen und legte die Beschwerden dem Verwaltungsgericht Wien samt den Akten der Verwaltungsverfahren vor.

4. Das Verwaltungsgericht Wien hat die Beschwerdesachen wegen ihres persönlichen, sachlichen und rechtlichen Zusammenhangs zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

5. Am 11.11.2024 führte das Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an der der rechtsfreundliche Vertreter der BF mittels Videozuschaltung teilgenommen hat. Die belangte Behörde und die BUAK haben auf eine

Teilnahme verzichtet. Nach Schluss des Beweisverfahrens verzichtete der rechtsfreundliche Vertreter der BF auf eine mündliche Verkündung der Entscheidung.

II. Feststellungen

1. Die BF 1 und die BF 2 waren von 17.8.2022 bis zumindest 29.6.2023 außenvertretungsbefugte Organe iSd § 9 Abs. 1 VStG der E.(F.) mit Sitz in G., Slowenien.

2. Die F. entsendet Arbeitnehmer nach Österreich ohne gewöhnlichen Arbeitsort in Österreich zur Arbeitsleistung (Bautätigkeiten). Erstmals hat sie am 9.1.2023 eine Entsendung nach Österreich über die Homepage der Finanzpolizei gemeldet (ZKO3-Entsendungsmeldung). Für die gegenständliche Baustelle in N., O.-gasse, meldete die F. für die bei ihr im Bereich des Baugewerbes und der Bauindustrie tätigen Arbeitnehmer J. I. (geb. ...1973) und L. I. (geb. ...1998) am 22.3.2023 und für die Arbeitnehmer H. I. (geb. ...1970) und K. I. (geb. ...1970) am 22.3.2023 jeweils eine ZKO4-Meldung an die Zentrale Koordinationsstelle. Als Beginn der Entsendung wurde betreffend J. I. und L. I. der 22.3.2023 angegeben, betreffend H. I. und K. I. der 27.3.2023. Als voraussichtliches Ende wurde bei allen vier Arbeitnehmern der 22.12.2023 genannt.

Die F. hat als Arbeitgeberin für die oben genannten Arbeitnehmer für den Zuschlagszeitraum April 2023 eine mit 2.5.2023 datierte und am 19.5.2023 per E-Mail eingelangte Folgemeldung an die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) übermittelt, in der für die genannten Arbeitnehmer in den ersten beiden Wochen im April 2023, somit auch für den 14.4.2023, jeweils angegeben wurde, dass keine Entsendung stattgefunden hat (nach den auf der Meldeliste vorgedruckten Erläuterungen sind Einträge der Meldedaten im Monatsraster nur bei Änderungen notwendig, wobei als mögliche Einträge „R“ für Regie, „A“ für Akkord“, „U“ für Urlaub und „S“ für Schichtarbeit in Betracht kommen; als weitere Meldungen sind ausweislich der Erläuterungen auch Zeiten anzugeben, in denen keine Entgeltspflicht besteht). In Widerspruch zu diesen Angaben verrichteten die genannten Arbeitnehmer am 14.4.2023 auf der Baustelle in N., O.-gasse, Bautätigkeiten.

3. Bei Erstattung der Meldung vom 2.5.2023, die am 19.5.2023 bei der BUAK eingelangt ist, haben es die BF 1 und die BF 2 bzw. der in ihrem Auftrag handelnde Verfasser der Meldung zumindest für möglich gehalten und sich damit abgefunden,

dass die darin für den 14.4.2023 enthaltenen Angaben betreffend die genannten Arbeitnehmer unrichtig sind.

4. Die BF 1 wies zum Tatzeitpunkt keine verwaltungsstrafrechtlichen Vormerkungen auf. Die BF 2 wies zum Tatzeitpunkt eine rechtskräftige Vormerkung wegen einer Übertretung des § 2 iVm § 4 Abs. 2 Wr. Parkometergesetz (Beginn Tilgung: 16.2.2021) auf.

5. Beide BF weisen durchschnittliche Einkommens- und Vermögensverhältnisse auf.

6. Das Straferkenntnis gegen die BF 1 wurde per Post an die F. übermittelt und dieser am 15.7.2024 ausgefolgt. Der BUAK wurde das Straferkenntnis per Post mittels RSb übermittelt und von einem Arbeitnehmer der BUAK am 9.7.2024 übernommen. Gegenüber der in Slowenien wohnhaften BF 1 erfolgte ein Zustellversuch des Straferkenntnisses samt slowenischer Übersetzung des Spruchs und der Rechtsmittelbelehrung eingeschrieben per Post. Dieser Zustellversuch blieb erfolglos. In weiterer Folge wurde das Kuvert ungeöffnet an die belangte Behörde retourniert, bei der es am 7.8.2024 eingelangt ist. Das Kuvert weist den Vermerk „unclaimed“ (nicht behoben) auf. Als Datum der Retournierung ist der 29.7.2024 vermerkt.

Das Straferkenntnis gegen die BF 2 wurde per Post an die F. übermittelt und dieser am 15.7.2024 ausgefolgt. Der BUAK wurde das Straferkenntnis per Post mittels RSb übermittelt und von einem Arbeitnehmer der BUAK am 9.7.2024 übernommen. Gegenüber der in Slowenien wohnhaften BF 2 erfolgte ein Zustellversuch des Straferkenntnisses samt slowenischer Übersetzung des Spruchs und der Rechtsmittelbelehrung eingeschrieben per Post. Dieser Zustellversuch blieb erfolglos. In weiterer Folge wurde das Kuvert ungeöffnet an die belangte Behörde retourniert, bei der es am 7.8.2024 eingelangt ist. Das Kuvert weist den Vermerk „unclaimed“ (nicht behoben) auf. Als Datum der Retournierung ist der 29.7.2024 vermerkt.

III. Beweiswürdigung

1. Die Feststellung, dass die BF von 17.8.2022 bis zumindest 29.6.2023 außenvertretungsbefugte Organe iSd § 9 Abs. 1 VStG der F. mit Sitz in G., Slowenien, waren, ergibt sich aus dem in den Akten einliegenden Firmenbuchauszügen vom 29.6.2023 sowie den Angaben der BF in ihren jeweiligen Beschwerden.

2. Die Feststellungen zu den verschiedenen Meldungen ergeben sich aus den in den Akten einliegenden Kopien dieser Meldungen. Aus diesen ergibt sich auch, dass die F. Arbeitnehmer ohne gewöhnlichen Arbeitsort in Österreich nach Österreich entsendet. Aus der Folgemeldung vom 2.5.2023 und den dieser Meldung angehängten Meldedaten betreffend die vier genannten Arbeitnehmer geht hervor, dass in den ersten beiden Wochen im April, sohin auch am 14.4.2023, keine Entsendung angegeben war, sohin eine Entsendeunterbrechung behauptet wurde.

Dass die vier genannten Arbeitnehmer entgegen den Angaben in der Meldung vom 2.5.2023 am 14.4.2023 auf der genannten Baustelle in N. gearbeitet haben, ergibt sich aus den Angaben in der Anzeige der BUAK sowie den von den Arbeitnehmern unterschriebenen Baustellenerhebungsprotokollen, die der Anzeige angehängt sind.

3. Die BF sind in ihren gleichlautenden Beschwerden den gegen sie erhobenen Vorwürfen, vorsätzliche Falschmeldungen in der Folgemeldung vom 2.5.2023 für den Zuschlagszeitraum April 2023 vorgenommen zu haben, nicht entgegengetreten; es wurde lediglich ausgeführt, dass die F. „den Arbeitnehmer mit Beginn der Beschäftigung [meldete]. Die Angaben in der Meldung waren richtig und vollständig“. Dass die Erstmeldungen nicht korrekt gewesen wären, wurde den BF jedoch zu keinem Zeitpunkt vorgeworfen. Zudem erfolgte die Fortsetzungsmeldung vom 2.5.2023 betreffend die vier Arbeitnehmer nach dem 14.4.2023, folglich musste den BF daher im Zeitpunkt der Meldungsübermittlung an die BUAK ohne Zweifel bekannt sein, dass die Arbeitnehmer am 14.4.2023 entsandt waren. Darüber hinaus wurden die BF in den auf der Meldeliste vorgedruckten Erläuterungen darauf hingewiesen, dass Einträge der Meldedaten im Monatsraster nur bei Änderungen im Vergleich zur Erstmeldung notwendig sind. Ausgehend davon ist anzunehmen, dass die behaupteten Änderungen betreffend die Entsendedauer im Vergleich zu den Erstmeldungen bewusst erfolgt sind. In der mündlichen Verhandlung bestritt der rechtsfreundliche Vertreter der BF außerdem den Sachverhalt und damit insbesondere auch den Umstand in keiner Weise, dass es die BF 1 und die BF 2 bzw. der in ihrem Auftrag handelnde Verfasser der Meldung zumindest für möglich gehalten und sich damit abgefunden haben, dass die darin für den 14.4.2023 für die genannten Arbeitnehmer enthaltenen Angaben unrichtig sind. Vielmehr führte dieser lediglich aus, dass „[z]um Sachverhalt [...] nichts mehr beigetragen werden [kann]“. Folglich wurde die entsprechende Feststellung getroffen.

4. Die Feststellungen zur verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit der BF 1 bzw. der rechtskräftigen Vormerkung der BF 2 stützen sich auf die von der belangten Behörde vorgenommenen, in den Akten einliegenden Abfragen.

5. Dass beide BF durchschnittliche Einkommens- und Vermögensverhältnisse aufweisen, stützt sich mangels entsprechender Angaben auf eine Schätzung (vgl. VwGH 18.11.2011, 2011/02/0322).

6. Die Feststellungen zu den Zustellungen bzw. Zustellversuchen stützen sich auf die Angaben auf den in den Akten einliegenden Zustellnachweisen bzw. auf die Angaben auf den retournierten Kuverts.

IV. Rechtliche Beurteilung

1. Maßgebliche Rechtsvorschriften

1.1. § 11 Abs. 1 Zustellgesetz (ZustG) lautet:

„Zustellungen im Ausland sind nach den bestehenden internationalen Vereinbarungen oder allenfalls auf dem Weg, den die Gesetze oder sonstigen Rechtsvorschriften des Staates, in dem zugestellt werden soll, oder die internationale Übung zulassen, erforderlichenfalls unter Mitwirkung der österreichischen Vertretungsbehörden, vorzunehmen.“

1.2. Art. 5 des Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union lautet auszugsweise wie folgt:

„Übersendung und Zustellung von Verfahrensurkunden

(1) Jeder Mitgliedstaat übersendet Personen, die sich im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats aufhalten, für sie bestimmte Verfahrensurkunden unmittelbar durch die Post.

(2) Die Verfahrensurkunden können nur dann durch Vermittlung der zuständigen Behörden des ersuchten Mitgliedstaats übersandt werden, wenn

c) eine Zustellung auf dem Postweg nicht möglich war, oder

[...]“

1.3. Die maßgeblichen Bestimmungen des Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetzes (BUAG) lauten wie folgt:

„ABSCHNITT V
VERFAHRENSVORSCHRIFTEN

Meldepflicht; Vorschreibung der Zuschlagsleistungen

§ 22. (1) Ein Arbeitgeber, der Arbeitnehmer im Sinne des § 1 Abs. 1 beschäftigt, hat diese bei Aufnahme einer Tätigkeit nach den §§ 1 bis 3 unter Bekanntgabe aller für die Berechnung der Zuschläge (§ 21a) maßgebenden Lohnangaben der Urlaubs- und Abfertigungskasse binnen zwei Wochen zu melden.

(2) In der Folge hat der Arbeitgeber für jeden Zuschlagszeitraum von jedem beschäftigten Arbeitnehmer alle für die Berechnung der Zuschläge maßgebenden Lohnangaben und deren Veränderungen einschließlich des allfälligen Beginns und Endes des Arbeitsverhältnisses der Urlaubs- und Abfertigungskasse zwischen dem 1. und 15. des dem Zuschlagszeitraum folgenden Monats zu melden.

[...]

(2b) Der Arbeitgeber hat der Urlaubs- und Abfertigungskasse jede Beendigung des Arbeitsverhältnisses unverzüglich zu melden.

(3) Beschäftigt der Arbeitgeber keine Arbeitnehmer im Sinne des § 1 Abs. 1 mehr, so hat er diesen Umstand der Urlaubs- und Abfertigungskasse bekanntzugeben. Werden nur saisonbedingt vorübergehend keine Arbeitnehmer mehr beschäftigt, so besteht die Verpflichtung zur Meldung gemäß Abs. 2 in Form einer Leermeldung bis zur Dauer von vier Zuschlagszeiträumen weiter.

(4) Der Zuschlagszeitraum umfasst jeweils einen Kalendermonat.

(5) Die Urlaubs- und Abfertigungskasse hat für den Zuschlagszeitraum die Zuschlagsleistungen auf Grund der Meldung des Arbeitgebers oder, wenn sich auf Grund eigener Erhebungen (§ 23d) anderes ergibt, auf Grund dieser Erhebungen zu errechnen. Bei Nichteinhaltung der Meldepflicht kann die Urlaubs- und Abfertigungskasse die Zuschlagsleistungen des Arbeitgebers unter Zugrundelegung der letzten erstatteten Meldung oder auf Grund eigener Ermittlungen errechnen.

[...]

ABSCHNITT VI
ALLGEMEINE BESTIMMUNGEN

[...]

Strafbestimmungen

§ 32. (1) Wer

[...]

3. als Arbeitgeber oder als in § 33g Abs. 1 Z 3 bezeichneter Beauftragter oder als Beschäftigter gemäß § 33d Abs. 1 den ihm gemäß § 33g obliegenden Meldepflichtungen nicht oder nicht rechtzeitig nachkommt oder vorsätzlich unrichtige Angaben macht,

[...]

begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung, und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe von 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Wiederholungsfall von 2 000 Euro bis 20 000 Euro zu bestrafen. Zuwiderhandlungen gegen die durch Z 1 und 3 erfassten Verpflichtungen sind hinsichtlich jedes davon betroffenen Arbeitnehmers gesondert als Verwaltungsübertretung zu bestrafen.

[...]

Abschnitt VIb

Sonderbestimmungen für Entsendungen und für die Beschäftigung zu einem Arbeitgeber ohne Sitz in Österreich

[...]

Urlaubsanspruch

§ 33e. Ein Arbeitnehmer gemäß § 33d hat unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts für die Dauer der Entsendung nach Österreich zwingend Anspruch auf bezahlten Urlaub nach Abschnitt II.

Urlaubsentgelt

§ 33f. (1) Der Arbeitnehmer hat während des Urlaubs Anspruch auf das Urlaubsentgelt (Urlaubsgeld zuzüglich Urlaubszuschuss). Die Bestimmungen des Abschnittes II sind anzuwenden, soweit im Folgenden nichts anderes bestimmt ist.

(2) Der Anspruch entsteht im Ausmaß jener Anwartschaften, für die der Arbeitgeber die gemäß § 21 festgesetzten Zuschläge entrichtet. Dieser Anspruch richtet sich gegen die Urlaubs- und Abfertigungskasse. Der Anspruch verfällt, wenn der Arbeitnehmer den Urlaub nicht bis zum 31. März des drittfolgenden Jahres nach dem Kalenderjahr, in dem der Urlaubsanspruch entstanden ist, verbraucht hat.

(3) Im Falle des Urlaubsverbrauchs während der Entsendung hat der Arbeitnehmer unter Nachweis der Urlaubsvereinbarung den Anspruch nach Abs. 2 bei der Urlaubs- und Abfertigungskasse geltend zu machen. Der Arbeitgeber kann unter Nachweis der Urlaubsvereinbarung den Anspruch nach Abs. 2 für den Arbeitnehmer bei der Urlaubs- und Abfertigungskasse geltend machen. Dabei ist der Arbeitgeber verpflichtet, der Urlaubs- und Abfertigungskasse die für die korrekte Abrechnung des Urlaubsentgeltes notwendigen Informationen zu übermitteln. Das Urlaubsentgelt ist dem Arbeitnehmer direkt auszuzahlen. Dies gilt auch für den Fall des Urlaubsverbrauches durch den Arbeitnehmer innerhalb von sechs Monaten nach Beendigung der Entsendung, sofern das Arbeitsverhältnis mit dem entsendenden Arbeitgeber noch aufrecht ist.

(4) Wird kein Urlaub nach Abs. 3 in Anspruch genommen, so hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Abfindung im Ausmaß der bereits erworbenen Anwartschaften, wenn er seit mindestens sechs Monaten in keinem Arbeitsverhältnis mehr steht, auf das dieses Bundesgesetz Anwendung findet. Der Anspruch richtet sich gegen die Urlaubs- und Abfertigungskasse und ist vom Arbeitnehmer geltend zu machen. Wird der Arbeitnehmer vor Fälligkeit des Anspruchs auf Abfindung neuerlich nach Österreich entsendet oder geht er sonst ein Arbeitsverhältnis nach diesem Bundesgesetz ein, so werden die Ansprüche auf Urlaubsentgelt gegenüber der Urlaubs- und Abfertigungskasse zusammengerechnet.

(5) Für die Geltendmachung eines Anspruchs auf Urlaubsentgelt sind die Ansprüche begründenden Umstände (Vorliegen eines diesem Bundesgesetz unterliegenden Arbeitsverhältnisses, Dauer der Beschäftigung in Österreich) nachzuweisen. Wird das Urlaubsentgelt für einen sechswöchigen Urlaub geltend gemacht, so sind auch die diesen Höheranspruch begründenden Beschäftigungszeiten, auch wenn sie im Ausland erbracht worden sind, nachzuweisen.

(6) Die Urlaubs- und Abfertigungskasse hat bei Geltendmachung eines Anspruchs auf Urlaubsentgelt sowohl den Arbeitnehmer als auch dessen Arbeitgeber zu informieren über:

1. Höhe des Urlaubsentgelts,

2. Auszahlung des Urlaubsentgelts,
3. Anzahl der damit finanzierten Urlaubstage.

Meldepflicht

§ 33g. (1) Ein Arbeitgeber, der Arbeitnehmer im Sinne des § 33d beschäftigt, unterliegt der Meldepflicht gegenüber der Urlaubs- und Abfertigungskasse nach § 22. Die Erstmeldung gemäß § 22 Abs. 1 und 2a hat zu umfassen:

1. Name, Anschrift und Gewerbebefugnis oder Unternehmensgegenstand des Arbeitgebers, Umsatzsteueridentifikationsnummer,
2. bei einer Entsendung im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung Name und Anschrift des Beschäftigers,
3. Name und Anschrift des mit der Ausübung des Weisungsrechts des Arbeitgebers gegenüber den entsandten Arbeitnehmern Beauftragten,
4. Name und Anschrift des Auftraggebers (Generalunternehmers),
5. Namen, Anschriften, Geburtsdaten, Sozialversicherungsnummern und zuständige Sozialversicherungsträger sowie Staatsangehörigkeit der nach Österreich entsandten Arbeitnehmer,
6. Zeitraum der Entsendung insgesamt, Beginn und voraussichtliche Dauer der Beschäftigung der einzelnen Arbeitnehmer in Österreich sowie Dauer und Lage der vereinbarten Normalarbeitszeit der einzelnen Arbeitnehmer,
7. tatsächliche Beendigung der Beschäftigung in Österreich,
8. die Höhe des dem einzelnen Arbeitnehmer gebührenden Entgelts und Beginn des Arbeitsverhältnisses beim Arbeitgeber,
9. Ort (genaue Anschrift) der Beschäftigung in Österreich (auch andere Einsatzorte in Österreich),
10. die Art der Tätigkeit und Verwendung des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung des maßgeblichen österreichischen Kollektivvertrages.

(2) Für die Pflicht zur Erstmeldung gemäß § 22 Abs. 1 eines Arbeitgebers mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft gilt bei einer Entsendung zur Erbringung einer Arbeitsleistung sowie im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung § 19 LSD-BG. Die Erstattung der Meldung gemäß § 19 LSD-BG gilt als Erstmeldung gemäß § 22 Abs. 1. In der Folge hat der Arbeitgeber Meldungen gemäß § 22 Abs. 2 bis 3 zu erstatten.

[...]

Entrichtung der Urlaubszuschläge

§ 33h. (1) Für die Entrichtung der Zuschläge gelten die §§ 21a, 22 Abs. 2a, 4 bis 6, 23, 23a, § 23b Abs. 2 bis 4, 25 Abs. 1 und 2 mit der Maßgabe, dass als gesetzliche Normalarbeitszeit oder durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung festgelegte kürzere Normalarbeitszeit im Sinne des § 21a Abs. 4 die nach dem Arbeitsvertragsstatut auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anzuwendende Normalarbeitszeit gilt. Des Weiteren gelten die §§ 23c und 23d.

[...]"

1.4. Gemäß Art. 56 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sind die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten.

Gemäß Art. 57 AEUV sind Dienstleistungen im Sinne der Verträge Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen. Als Dienstleistungen gelten insbesondere a) gewerbliche Tätigkeiten (lit. a), kaufmännische Tätigkeiten (lit. b), handwerkliche Tätigkeiten (lit. c) und freiberufliche Tätigkeiten (lit. d). Unbeschadet des Kapitels über die Niederlassungsfreiheit kann der Leistende zwecks Erbringung seiner Leistungen seine Tätigkeit vorübergehend in dem Mitgliedstaat ausüben, in dem die Leistung erbracht wird, und zwar unter den Voraussetzungen, welche dieser Mitgliedstaat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt.

1.5. Gemäß Art. 49 Abs. 3 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) darf das Strafmaß gegenüber der Straftat nicht unverhältnismäßig sein.

1.6. Gemäß Art. 3 der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht die in Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie genannten Unternehmen den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern u.a. bezüglich bezahlter Mindestjahresurlaub (lit. b) auf der Grundlage der Gleichbehandlung die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird, u.a. durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften festgelegt sind.

1.7. Gemäß Art. 11 Abs. 6 UAbs. 2 der Richtlinie 2014/67/EU zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems („IMI-Verordnung“) stellen die Mitgliedstaaten insbesondere sicher, dass die notwendigen Mechanismen vorgesehen sind, um für entsandte

Arbeitnehmer u.a. Folgendes zu gewährleisten: den Erhalt ausstehender Nettoentgeltzahlungen, die nach den anzuwendenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gemäß Art. 3 der RL 96/71/EG fällig gewesen wären (lit. a).

Gemäß Art. 20 RL 2014/67/EU legen die Mitgliedstaaten Vorschriften über die Sanktionen fest, die bei Verstößen gegen die gemäß dieser Richtlinie erlassenen nationalen Bestimmungen anzuwenden sind, und ergreifen alle erforderlichen Maßnahmen, um die Durchführung und Einhaltung dieser Vorschriften zu gewährleisten. Die vorgesehenen Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.

2. Zur Zulässigkeit der Beschwerden

2.1. Aus § 11 Abs. 1 ZustG ergibt sich eine abgestufte Reihenfolge, die bei der Prüfung, ob eine entsprechende Zustellung in einen anderen Staat möglich und zulässig ist, anzuwenden ist. Entscheidend sind daher in erster Linie bestehende internationale Vereinbarungen (VwSlg. 19.318 A/2016; VwGH 5.8.2024, Ra 2024/11/0026).

Das Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union wurde sowohl von Österreich (vgl. BGBl. III Nr. 65/2005) als auch von Slowenien ratifiziert (vgl. BGBl. III Nr. 28/2008). Dieses Übereinkommen ist gemäß dessen Art. 3 auf Verwaltungsstrafverfahren anwendbar (vgl. VwSlg. 19.318 A/2016). Folglich bemisst sich die Frage, ob bzw. wann die Straferkenntnisse den BF bzw. der F. zugestellt wurden, nach diesem Übereinkommen.

Gemäß § 5 Abs. 1 des Übereinkommens sind für im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats aufhaltenden Personen Verfahrensurkunden (gegenständlich die Straferkenntnisse) unmittelbar durch die Post zu übersenden.

2.2. Die an die beiden BF gerichteten Zustellversuche per Post an deren Wohnsitz in Slowenien blieben erfolglos. Die Zustellung der Straferkenntnisse auf dem Postweg war deswegen nicht möglich, weil die Schriftstücke von den BF nicht behoben („unclaimed“) und in der Folge an die belangte Behörde retourniert wurden. Es liegt daher keine wirksame Zustellung vor. Die belangte Behörde hätte daher neuerliche Zustellversuche gemäß Art. 5 Abs. 1 des Übereinkommens unmittelbar durch die Post vorzunehmen oder gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. c des Übereinkommens

die Straferkenntnisse durch Vermittlung der zuständigen Behörden Sloweniens zu übersenden gehabt. Dies ist jedoch nicht geschehen. Folglich wurden die Straferkenntnisse den BF nicht zugestellt.

Gegenüber der F. wurden die Straferkenntnisse betreffend beide BF per Post übersendet, jeweils am 15.7.2024 in Slowenien ausgefolgt und damit gemäß § 11 Abs. 1 ZustG zugestellt. Auch gegenüber der BUAK wurden die Straferkenntnisse am 9.7.2024 gemäß § 13 Abs. 3 ZustG zugestellt. Aufgrund der Kenntnis der Straferkenntnisse erweisen sich die Beschwerden der BF vom 14.8.2024 gemäß § 7 Abs. 3 VwGGV folglich als zulässig.

3. Zum jeweiligen objektiven Tatbestand

Wie festgestellt, war die am 19.5.2023 bei der BUAK eingelangte Folgemeldung gemäß § 33g Abs. 2 dritter Satz BUAG iVm § 22 Abs. 2 BUAG der F. vom 2.5.2023 hinsichtlich der vier genannten Arbeitnehmer nachweislich falsch. Entgegen dieser Meldung, in der für den 14.4.2023 bei diesen vier Arbeitnehmern keine Entsendung („/“) angegeben war, verrichteten diese BUAG-pflichtige Tätigkeiten. Gemäß § 32 Abs. 1 BUAG sind Zuwiderhandlungen u.a. gegen die durch Z 3 erfassten, hier nicht beachteten Verpflichtung des § 33g Abs. 2 dritter Satz BUAG iVm § 22 Abs. 2 BUAG hinsichtlich jedes davon betroffenen Arbeitnehmers gesondert als Verwaltungsübertretung zu bestrafen und diese Falschmeldungen sind daher nicht als einheitliches (fortgesetztes) Delikt anzusehen. Folglich sind die BF als zur Vertretung nach außen Berufene der F. gemäß § 9 Abs. 1 VStG jeweils für diese vier Übertretungen verantwortlich.

4. Zum jeweiligen subjektiven Tatbestand

4.1. Bei einer unrichtigen Meldung gemäß § 33g Abs. 2 dritter Satz BUAG iVm § 22 Abs. 2 BUAG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten iSd § 5 Abs. 1 VStG nicht. Vielmehr erfordert § 32 Abs. 1 Z 3 BUAG in diesem Fall eine vorsätzliche Tatbegehung.

4.2. Vorsätzliches Handeln beruht nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zwar auf einem nach außen nicht erkennbaren Willensvorgang, ist aber aus dem nach außen in Erscheinung tretenden Verhalten zu erschließen, wobei sich die diesbezüglichen Schlussfolgerungen als Ausfluss der freien Beweiswürdigung erweisen (zB VwGH 28.9.2020, Ra 2020/08/0136).

Der Begriff „Vorsatz“, der im VStG nicht definiert wird, ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes in dem in § 5 StGB umschriebenen Sinn zu verstehen. Gemäß § 5 Abs. 1 StGB handelt vorsätzlich, wer einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht; dazu genügt es, dass der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet (zB VwGH 17.12.2021, Ra 2019/17/0017).

4.3. Die Beurteilung der Frage, ob eine unrichtige Meldung vorsätzlich erstattet wurde, erfordert insbesondere Feststellungen über den Inhalt der Meldung, über die tatsächlichen, mit dem Inhalt der Meldung in Widerspruch stehenden Gegebenheiten und – sofern nicht schon der Widerspruch zwischen dem Meldungsinhalt und den tatsächlichen Gegebenheiten den Vorsatz in Bezug auf die Erstattung der unrichtigen Meldung klar erkennen lässt – über allfällige weitere Umstände, aus denen die vorsätzliche Erstattung einer unrichtigen Meldung abgeleitet werden könnte, zumal ein allfälliger Rechtsirrtum den Vorsatz ausschließt und selbst die Unterlassung von Erkundigungen nicht zwingend auf Vorsatz schließen lässt (siehe im Kontext des § 21 Abs. 1 ASVG zB VwGH 5.11.2003, 2003/08/0103; 18.12.2003, 2000/08/0199).

Im Fall einer falschen Meldung nach dem ASVG, in dem der Beitragspflichtige im gesamten Verwaltungsverfahren nicht dargelegt hatte, aus welchen Gründen es zu den ihm angelasteten Meldefehlern gekommen war und welche Vorkehrungen in organisatorischer Hinsicht er zur Sicherstellung der Erstattung von möglichst gesetzkonformen und fehlerfreien Meldungen getroffen hatte, sah der Verwaltungsgerichtshof keine Bedenken darin, nach der allgemeinen Lebenserfahrung im Zweifel davon auszugehen, dass der Beitragspflichtige (bzw. der in seinem Auftrag Handelnde) Kenntnis der relevanten Umstände hatte und die Meldung folglich vorsätzlich unrichtig erstattet wurde (VwGH 17.12.1991, 91/08/0042).

Gleichfalls hält der Verwaltungsgerichtshof in seiner Rechtsprechung fest, dass das Arbeitsmarktservice, wenn während des Bezugs von Geldleistungen aus der Arbeitslosenversicherung Erwerbstätigkeiten nicht gemeldet werden, im Zweifel davon ausgehen kann, dass dabei – schon angesichts des jedem Arbeitslosen zu unterstellenden Alltagswissens – eine Verletzung der Meldepflicht zumindest billigend in Kauf genommen wurde und damit Vorsatz in der Form des *dolus eventualis* vorliegt (zB VwGH 19.12.2007, 2004/08/0129; 28.8.2024, Ra 2024/08/0080). Dass die Verletzung einer Meldepflicht zumindest billigend in Kauf genommen

wurde, kann sich auch daraus erschließen, dass die Person bereits in einem (von ihr unterfertigten) Antragsformular darauf hingewiesen und dazu verpflichtet wurde, jede maßgebende Änderung bekannt zu geben (siehe VwGH 7.9.2020, Ra 2016/08/0062).

4.4. In Anbetracht der konkreten Umstände ist davon auszugehen, dass die vorliegenden unrichtigen Meldungen zumindest mit bedingtem Vorsatz erfolgt sind. Dies wird bereits dadurch indiziert, dass die Fortsetzungsmeldung vom 2.5.2023 betreffend die vier Arbeitnehmer nach dem 14.4.2023 erfolgte und den BF daher im Zeitpunkt der Meldungsübermittlung an die BUAK ohne Zweifel bekannt sein musste, was sich am 14.4.2023 zugetragen hatte. Darüber hinaus wurden die BF in den auf der Meldeliste vorgedruckten Erläuterungen darauf hingewiesen, dass Einträge der Meldedaten im Monatsraster nur bei Änderungen im Vergleich zur Erstmeldung notwendig sind. Die Angaben, dass die vier genannten Arbeitnehmer am 14.4.2023 entgegen der Erstmeldung nicht entsandt wurden, deuten sohin auch in dieser Hinsicht darauf hin, dass die Falschmeldungen billigend in Kauf genommen wurden. Schließlich haben die BF kein Vorbringen erstattet, das an der Annahme einer vorsätzlichen Tatbegehung zweifeln lässt. Sie haben vielmehr in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass zum Sachverhalt – und damit bereits zu dem von der belangten Behörde angenommenen und vorgeworfenen vorsätzlichen Handeln – nichts mehr beigetragen werden könne.

4.5. Die BF haben daher die ihnen zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht verwirklicht.

5. Zur jeweiligen Strafbemessung

5.1. Der gesetzliche Strafraum für Geldstrafen bei dem hier jeweils anzuwendenden ersten Strafsatz des § 32 Abs. 1 Z 3 BUAG reicht von € 1.000,- bis € 10.000,-. Die Ersatzfreiheitsstrafe darf gemäß § 16 Abs. 2 VStG in den beschwerdegegenständlichen Fällen jeweils zwei Wochen nicht übersteigen.

5.2. Als besonders bedeutsam anzusehen ist das vorliegend geschützte Rechtsgut, nämlich der Schutz arbeitsrechtlicher Mindeststandards, konkret die Sicherung der tatsächlichen Gewährung von Urlaubsansprüchen für in der Baubranche tätige, entsandte Arbeitnehmer, die wesentlich von der korrekten Meldung des Arbeitgebers abhängen (siehe dazu ausführlich bei Punkt 6.2.2.). Weiters dient die

Meldepflicht des § 33g Abs. 2 dritter Satz BUAG iVm § 22 Abs. 2 BUAG der (effektiven Kontrolle der) Hintanhaltung von Wettbewerbsverzerrungen. Die den Bestrafungen zugrunde liegenden Verwaltungsübertretungen schädigten insbesondere auch im Hinblick darauf, dass die Falschmeldungen für die Berechnung der Zuschlagsleistungen maßgebliche Umstände betroffen haben, diese öffentliche Interessen erheblich. Der objektive Unrechtsgehalt der Taten ist daher jeweils als erheblich anzusehen.

Das Ausmaß des Verschuldens ist jeweils als durchschnittlich anzusehen, weil die vorsätzliche Begehung Voraussetzung der Strafbarkeit ist.

Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der BF sind als durchschnittlich zu bewerten.

Der BF 1 kommt der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit zugute. Die BF 2 ist verwaltungsstrafrechtlich nicht unbescholten; sonstige Milderungsgründe sind hinsichtlich beider BF nicht erkennbar. Erschwerungsgründe sind im Verfahren betreffend beide BF nicht hervorgekommen.

Vorliegend wurde jeweils die gesetzlich vorgesehene Mindestgeldstrafe verhängt. Diese erweist sich daher jeweils als im Einklang mit § 32 Abs. 1 Z 3 erster Strafsatz BUAG stehend.

5.3. Die Voraussetzungen für eine außerordentliche Strafmilderung gemäß § 20 VStG liegen nicht vor, da hinsichtlich beider BF die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe nicht beträchtlich überwiegen.

5.4. Vor dem Hintergrund sämtlicher Strafbemessungsgründe erweisen sich die verhängten Geldstrafen aber auch losgelöst von der gesetzlichen Mindeststrafe jeweils als angemessen. Die festgesetzten Ersatzfreiheitsstrafen erweisen sich als gering bemessen und sind daher nicht herabzusetzen.

6. Zur Frage, ob die Verhängung einer Strafe je betroffenem Arbeitnehmer unionsrechtlichen Vorgaben widerspricht

6.1. Mit Blick auf die vorliegenden Fälle ist es unzweifelhaft, dass im Sinn der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (zB EuGH 12.9.2019, C-64/18

ua., *Maksimovic*; 19.12.2019, C-645/18, *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*; 14.10.2021, C-231/20, *Landespolizeidirektion Steiermark ua.*; 8.3.2022, C-205/20, *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*) eine Beschränkung der Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs vorliegt, indem die Ausübung dieser Freiheit behindert wird:

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes fällt eine nationale Regelung über den vorübergehenden Ortswechsel von Arbeitnehmern, die in einen anderen Mitgliedstaat entsandt werden, um dort im Rahmen von Dienstleistungen ihres Arbeitgebers Bauarbeiten auszuführen, und nach Erfüllung ihrer Aufgabe in ihr Herkunftsland zurückkehren, ohne zu irgendeinem Zeitpunkt auf dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaates aufzutreten, in den Bereich des freien Dienstleistungsverkehrs (zB EuGH 26.9.2024, C-387/22, *Nord Vest Pro Sani Pro*, Rz 36 mwN). Der Anwendungsbereich des Art. 56 AEUV ist damit eröffnet.

Die Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs wird durch die – verwaltungsstrafbewehrte (§ 32 Abs. 1 Z 3 BUAG) – Regelung des § 33g Abs. 2 dritter Satz BUAG iVm § 22 Abs. 2 BUAG aufgrund der damit verbundenen zusätzlichen administrativen und wirtschaftlichen Kosten beschränkt (zB EuGH 12.9.2019, C-64/18 ua., *Maksimovic*, Rz 30 ff.).

6.2. Diese Beschränkung dient vorliegend zwingenden Gründen des Allgemeininteresses und sie erweist sich als verhältnismäßig:

6.2.1. Der Europäische Gerichtshof hat bereits festgehalten, dass zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, die eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen können, u.a. folgende Gründe gehören: der Schutz der Arbeitnehmer, die Verhinderung eines unlauteren Wettbewerbs durch Unternehmen, die ihren entsandten Arbeitnehmern einen Lohn zahlen, der unterhalb des Mindestlohns liegt, soweit dieses Ziel auch dem Schutz der Arbeitnehmer im Hinblick auf die Bekämpfung von Betrug, insbesondere Sozialbetrug, und die Verhinderung von Missbräuchen, namentlich die Bekämpfung der Schwarzarbeit, sofern dieses Ziel insbesondere mit dem Ziel, das finanzielle Gleichgewicht der Systeme der sozialen Sicherheit zu wahren, zusammenhängen kann (zB EuGH 12.9.2019, C-64/18 ua., *Maksimovic*, Rz 37; VwGH 26.4.2022, Ra 2021/08/0006, Rz 39).

6.2.2. Die Pflicht zur korrekten Meldung gemäß § 33g Abs. 2 dritter Satz BUAG iVm § 22 Abs. 2 BUAG und die für die vorsätzliche Falschmeldung vorgesehene Bestrafung nach § 32 Abs. 1 Z 3 BUAG dienen in hohem Ausmaß derartigen Zielen, insbesondere dem Schutz der Arbeitnehmer, und sind zur Zielerreichung geeignet:

Gemäß § 33e BUAG hat ein Arbeitnehmer gemäß § 33d BUAG unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts für die Dauer der Entsendung nach Österreich zwingend Anspruch auf bezahlten Urlaub nach Abschnitt II. des BUAG.

Zudem hat ein Arbeitnehmer gemäß § 33f Abs. 1 BUAG während des Urlaubs Anspruch auf das Urlaubsentgelt (Urlaubsgeld, also Lohnfortzahlung für die Dauer des Urlaubs [ErläutRV 972 BlgNR 22. GP, 6], zuzüglich Urlaubszuschuss). Im Entsendungsfall entsteht der Anspruch des Arbeitnehmers auf das Urlaubsentgelt nach § 33f Abs. 1 BUAG nur im Ausmaß jener Anwartschaften, für die der Arbeitgeber die gemäß § 21 BUAG festgesetzten Zuschläge entrichtet (§ 33f Abs. 2 erster Satz BUAG). Dieser Anspruch richtet sich gegen die BUAK (§ 33f Abs. 2 zweiter Satz BUAG). Will der Arbeitnehmer seinen Urlaub während der Entsendung verbrauchen, dann hat der Arbeitnehmer (oder der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer) unter Nachweis der Urlaubsvereinbarung den Anspruch auf das Urlaubsentgelt bei der BUAK geltend zu machen (§ 33f Abs. 3 erster und zweiter Satz BUAG). Das Urlaubsentgelt wird dann dem Arbeitnehmer von der BUAK direkt ausbezahlt (§ 33f Abs. 3 vierter Satz BUAG). All dies gilt auch für den Fall des Urlaubsverbrauchs durch den Arbeitnehmer innerhalb von sechs Monaten nach Beendigung der Entsendung, sofern das Arbeitsverhältnis mit dem entsendenden Arbeitgeber noch aufrecht ist (§ 33f Abs. 3 fünfter Satz BUAG).

Die im Zusammenhang mit der Urlaubsgewährung auf das Urlaubsentgelt entfallenden Sozialversicherungsbeiträge und lohnabhängigen gesetzlichen Abgaben und Beiträge (Nebenleistungen) werden dem Arbeitgeber von der BUAK vergütet. Dies allerdings nur unter der Voraussetzung, dass der Arbeitgeber alle fälligen Zuschläge entrichtet hat (§ 26 Abs. 1 erster und zweiter Satz BUAG). Nach § 33f Abs. 1 zweiter Satz BUAG iVm § 8 Abs. 8 zweiter Satz BUAG hat die BUAK dem Arbeitnehmer direkt das Netto-Urlaubsentgelt auszuführen und die auf das Urlaubsentgelt entfallende Lohnsteuer an das für die BUAK zuständige Finanzamt

sowie die Dienstnehmerbeiträge und die Dienstgeberbeiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung und sonstige für andere Rechtsträger vom Krankenversicherungsträger einzuhebende Beiträge an die für das Beschäftigungsverhältnis zuständige Gebietskrankenkasse und sonstige lohnabhängige gesetzliche Abgaben abzuführen. Besteht für den Arbeitnehmer aufgrund der kurzen Dauer der Entsendung in Österreich keine Steuerpflicht, kann er beim Finanzamt in Österreich die Rückerstattung beantragen. Die Dienstnehmer- und Dienstgeberbeiträge zur Sozialversicherung sind hingegen von der BUAK an den im Ausland zuständigen Sozialversicherungsträger abzuführen, weil der entsandte Dienstnehmer regelmäßig im Sozialversicherungssystem seines Heimatstaats verbleibt (siehe dazu OGH 30.1.2018, 9 ObA 145/17i, sowie ErläutRV 972 BlgNR 22. GP, 3 f.; 6 f.).

§ 33g BUAG sieht in Umsetzung des Art. 5 RL 96/71/EG bzw. der Art. 9 und 10 RL 2014/67/EU ein entsprechendes Meldeverfahren vor. Zweck dieses Meldeverfahrens ist die Kontrolle und damit die Durchsetzbarkeit der Urlaubsansprüche der Arbeitnehmer. Dabei sieht § 33g Abs. 1 BUAG eine Stammdatenmeldung vor. Durch diese Meldungen erlangt die BUAK vom grenzüberschreitenden Einsatz von Arbeitskräften Kenntnis und wird so in die Lage versetzt, die Einbeziehung der entsandten Arbeitnehmer überhaupt erst vorzunehmen und ihre Arbeitgeber zur Zuschlagsleistung heranzuziehen. Von dieser Meldung gemäß § 33g Abs. 1 BUAG sind die Folgemeldungen gemäß § 33g Abs. 2 und 3 BUAG zu unterscheiden, die für die Abwicklung des Verfahrens unerlässlich sind (ErläutRV 972 BlgNR 22. GP, 7). Gemäß § 33g Abs. 2 dritter Satz iVm § 22 Abs. 2 BUAG hat der Arbeitgeber für jeden Zuschlagszeitraum von jedem beschäftigten Arbeitnehmer alle für die Berechnung der Zuschläge maßgebenden Lohnangaben und deren Veränderungen einschließlich des allfälligen Beginns und Endes des Arbeitsverhältnisses der BUAK zwischen dem 1. und 15. des dem Zuschlagszeitraum folgenden Monats zu melden. Zu melden ist daher u.a., ob betreffend den in der Vergangenheit gelegenen Zuschlagszeitraum tatsächlich eine Entsendung stattgefunden hat oder eine Entsendeunterbrechung bzw. eine Beendigung der Entsendung vorliegt.

Bei dieser Folgemeldung handelt es sich, so die Erläuterungen ausdrücklich, um eine materielle Verpflichtung, die für die tatsächliche Gewährung der Ansprüche des Arbeitnehmers von essentieller Bedeutung ist (vgl. ErläutRV 972 BlgNR 22. GP, 8). Denn gemäß dem (aufgrund § 33h Abs. 1 BUAG für die Entrichtung der Ur-

laubszuschläge anzuwendenden) § 22 Abs. 5 BUAG hat die BUAK für den Zuschlagszeitraum die Zuschlagsleistungen grundsätzlich „auf Grund der Meldung des Arbeitgebers“ zu errechnen. Weil der Anspruch des entsandten Arbeitnehmers auf das Urlaubsentgelt nach § 33f Abs. 1 BUAG nur im Ausmaß jener Anwartschaften entsteht, für die der Arbeitgeber die gemäß § 21 BUAG festgesetzten Zuschläge entrichtet (§ 33f Abs. 2 erster Satz BUAG), hat die korrekte Meldung über die Dauer der Entsendung daher besondere Bedeutung für und unmittelbare Auswirkungen auf den Umfang des Urlaubsanspruchs des Arbeitnehmers sowie des diesem zustehenden Urlaubsentgelts (siehe auch § 33f Abs. 3 dritter Satz BUAG; weiters ErläutRV 972 BlgNR 22. GP, 3 f., 6 f.).

Wird der BUAK, wie in den vorliegenden Fällen, fälschlich eine Entsendeunterbrechung gemeldet, so verringern sich die Dauer der Entsendung des Arbeitnehmers nach Österreich und folglich die zu entrichtenden Zuschlagsleistungen (außer die BUAK stellt im Einzelfall, wie hier, aufgrund eigener Erhebungen gemäß § 22 Abs. 5 BUAG die Unrichtigkeit der Meldungen des Arbeitgebers fest). Dies bewirkt unmittelbar eine Verkürzung der Ansprüche des Arbeitnehmers nach § 33e BUAG und § 33f BUAG. Genau dies läuft jedoch dem Ziel der RL 96/71/EG zuwider, den grenzüberschreitend entsandten (oder überlassenen) Arbeitnehmern einen „harten Kern“ klar definierter Schutzbestimmungen zu garantieren, wozu auch der bezahlte Mindestjahresurlaub (Art. 3 Abs. 1 lit. b RL 96/71/EG) zählt (siehe dazu ErläutRV 972 BlgNR 22. GP, 3; ErwGr 13 f. RL 96/71/EG; Art. 11 [Abs. 6 lit. a] RL 2014/67/EU). Mit anderen Worten: Der Schutz arbeitsrechtlicher Mindeststandards (OGH 25.10.2011, 8 ObA 2/11v; 25.4.2024, 8 ObA 34/23t) – konkret die Sicherung der tatsächlichen Gewährung von Urlaubsansprüchen für in der Baubranche tätige, entsandte Arbeitnehmer (zB OGH 30.1.2018, 9 ObA 145/17i; 28.3.2019, 9 ObA 111/18s; 25.11.2020, 9 ObA 72/20h; vgl. allgemein, dass die RL 71/92/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, idF der RL [EU] 2018/957, u.a. dem Schutz entsandter Arbeitnehmer dient, EuGH 8.12.2020, C-620/18, *Ungarn / Parlament und Rat*, Rz 51 ff.; siehe auch Art. 11 Abs. 6 RL 2014/67/EU) –, den die genannten Bestimmungen garantieren sollen, wird bei einer vorsätzlich falschen Folgemeldung zulasten der entsandten Arbeitnehmer unterlaufen.

Unabhängig von der Frage, ob und falls ja, in welchem Ausmaß, dem Staat aufgrund einer vorsätzlich falschen Folgemeldung steuerliche Einnahmen dadurch

entgehen, dass die auf das Urlaubsentgelt entfallende Lohnsteuer nicht an das für die BUAK zuständige Finanzamt abgeführt werden kann, ist zudem darauf hinzuweisen, dass die Meldepflicht des § 33g Abs. 2 dritter Satz BUAG iVm § 22 Abs. 2 BUAG auch der (effektiven Kontrolle der) Hintanhaltung von Wettbewerbsverzerrungen dient.

Die Bestimmungen des § 33g Abs. 2 dritter Satz BUAG iVm § 22 Abs. 2 BUAG und des § 32 Abs. 1 Z 3 BUAG dienen daher im Sinn der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zwingenden Gründen des Allgemeininteresses.

6.2.3. Diese Bestimmungen sind auch erforderlich, um diesen Zielen zum Durchbruch zu verhelfen:

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ist gefordert, dass die Härte der verhängten Sanktionen – insbesondere auch vor dem Hintergrund des Art. 49 GRC bzw. des Art. 20 RL 2014/67/EU – der Schwere der mit ihnen geahndeten Taten entspricht, indem sie insbesondere eine wirklich abschreckende Wirkung gewährleistet, zugleich aber nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist (siehe zB EuGH 14.10.2021, C-231/20, *Landespolizeidirektion Steiermark ua.*, Rz 45; siehe auch VwGH 26.4.2022, Ra 2021/08/0006, Rz 41 mwN).

Wird eine Entsendeunterbrechung gemeldet, wenngleich der betreffende Arbeitnehmer entgegen der Meldung entsandt ist und Bauarbeiten durchführt, so führt eine solche (vorsätzlich) falsche Folgemeldung dazu, dass sich der Arbeitgeber hinsichtlich jedes einzelnen entsandten Arbeitnehmers die Zuschlagsleistungen ersparen und somit einen wirtschaftlichen Vorteil erzielen kann, wobei diese Ersparnis – abhängig von der Dauer der nicht gemeldeten Entsendung – durchaus auch hohe Summen erreichen kann (vgl. zum wirtschaftlichen Vorteil *Fädler*, Das verwaltungsstrafrechtliche Kumulationsprinzip, 2024, 91 f.). Zugleich und wesentlich werden, wie in Punkt 6.2.2. dargelegt, im entsprechenden Umfang der vorsätzlichen Falschmeldung die Urlaubsansprüche der jeweiligen Arbeitnehmer gemäß § 33e BUAG und § 33f BUAG verkürzt, womit der Unrechtsgehalt der Tat schwer wiegt (vgl. zum Unrechtsgehalt der Tat *Fädler*, a.a.O., 92 f.). Betrügerische Handlungen, wie hier im Fall einer vorsätzlichen Begehung, dürfen zudem strenger bestraft werden als bloße Verletzungen einer Anmeldepflicht oder sonstiger administrativer Pflichten (VwGH 6.5.2020, Ra 2020/17/0001, Rz 64, unter Verweis auf die

Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes; vgl. auch *Fädler*, a.a.O., 87 ff.; 93 ff.).

Vor diesem Hintergrund sind die vorgesehenen Sanktionen nicht bzw. jedenfalls nicht generell unverhältnismäßig. Die vorliegend verletzte Verpflichtung, die als materielle Verpflichtung anzusehen ist (siehe ErläutRV 972 BlgNR 22. GP, 8), gleicht hinsichtlich der Umstände, die für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Sanktion maßgeblich sind, den – materiellen – Verpflichtungen des § 29 LSD-BG (siehe VwGH 5.7.2023, Ra 2023/11/0028, Rz 14, wobei in diesem Fall nur aufgrund der innerstaatlichen Rechtslage eine Bestrafung je Arbeitnehmer nicht zulässig ist) bzw. des § 111 ASVG (siehe VwGH 26.4.2022, Ra 2021/08/0006; 4.10.2022, Ra 2021/08/0120; 17.1.2023, Ra 2022/08/0058 ua.).

Zudem liegen für das Verwaltungsgericht Wien auch in den konkreten Fällen ausgehend vom festgestellten Sachverhalt keine Hinweise darauf vor, dass die über die BF jeweils verhängten Geldstrafen in Höhe von in Summe € 4.000,–, die Ersatzfreiheitsstrafen für die Dauer von in Summe vier Tagen sowie der behördlichen Kosten in Höhe von € 400,– und der verwaltungsgerichtlichen Kosten in Höhe von € 800,– unverhältnismäßig wäre.

6.2.4. Im Ergebnis stellt also die vorsätzlich falsche Folgemeldung in den vorliegenden Fällen gemäß § 32 Abs. 1 Z 3 BUAG hinsichtlich jedes Arbeitnehmers eine – gesondert zu verfolgende – Verwaltungsübertretung nach § 33g Abs. 2 dritter Satz iVm § 22 Abs. 2 BUAG dar und es ist daher jeweils eine Verwaltungsstrafe – in der Höhe von € 1.000,– (Ersatzfreiheitsstrafe für die Dauer eines Tages) nach dem ersten Strafsatz des § 32 Abs. 1 Z 3 BUAG zu verhängen.

7. Zu den sonstigen Aussprüchen

7.1. Die Spruchkorrekturen betreffen eine Präzisierung der verletzten Verwaltungsvorschriften bzw. der Strafsanktionsnorm ohne Austausch des Tatvorwurfes sowie die Angabe der im vorliegenden Fall anwendbaren Fassungen der maßgeblichen Rechtsvorschriften, wobei fallbezogen mit der Angabe der letzten Novellierung der angewendeten Paragraphen vor dem Tatzeitpunkt das Auslangen gefunden werden kann (siehe VwGH 27.6.2022, Ra 2021/03/0328); weiters eine Präzi-

sierung des Tatvorwurfes innerhalb des durch die erste Verfolgungshandlung gesteckten Rahmens (vgl. VwGH 20.5.2015, Ra 2014/09/0033) sowie eine Bereinigung des Spruchs um für die Tatanlastung nicht erforderliche Elemente.

7.2. Die Kostenentscheidungen und die Haftungsausprüche gründen auf die im Spruch jeweils genannten Gesetzesstellen.

7.3. Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig, da eine Rechtsfrage zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Das Verwaltungsgericht Wien geht in den vorliegenden Fällen davon aus, dass keine unzulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 AEUV vorliegt und damit eine Bestrafung nach § 32 Abs. 1 Z 3 BUAG wegen vorsätzlich falscher Folgemeldung gemäß § 33g Abs. 2 dritter Satz BUAG iVm § 22 Abs. 2 BUAG je Arbeitnehmer zulässig ist. Es liegt zwar vom Verwaltungsgerichtshof umfangreiche Rechtsprechung im Bereich des AVRAG, des LSD-BG, des GSpG und des ASVG zur Frage vor, ob nationale (Verwaltungsstraf-)Bestimmungen durch das Unionsrecht aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH 12.9.2019, C-64/18 ua., *Maksimovic*; 19.12.2019, C-645/18, *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*; 14.10.2021, C-231/20, *Landespolizeidirektion Steiermark ua.*; 8.3.2022, C-205/20, *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*) verdrängt werden (siehe die Nachweise in VwGH 26.4.2022, Ra 2021/08/0006, Rz 28). Zur Frage, ob es sich bei einer Bestrafung gemäß § 32 Abs. 1 Z 3 BUAG wegen vorsätzlich falscher Folgemeldung gemäß § 33g Abs. 2 dritter Satz BUAG iVm § 22 Abs. 2 BUAG um ein sog. „Formaldelikt“ im Sinne der oben angeführten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes oder, wie vom Verwaltungsgericht Wien angenommen, um eine im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht den Bestimmungen des § 29 LSD-BG bzw. § 111 ASVG vergleichbare Regelung und damit um kein sog. „Formaldelikt“ handelt, fehlt jedoch Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Diese nicht klar und eindeutig zu beantwortende Frage ist jedoch entscheidungswesentlich, weil bei einem sog. „Formaldelikt“ nur eine Gesamtstrafe und nicht je betroffenem Arbeitnehmer eine Strafe zu verhängen ist (insbesondere mit entsprechenden Auswirkungen auf die Strafbemessung und die Verhängung von Ersatzfreiheitsstrafen).

B e l e h r u n g

Gegen diese Erkenntnisse besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je € 240,- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen. Verfahrenshilfe ist einer Partei soweit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen als sie 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. Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein ordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. 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.

Verwaltungsgericht Wien

Dr. Diem