



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38600
Telefax: (+43 1) 4000 99 38600
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-041/068/6059/2021-38
A. B.

Wien, 23.06.2022

Geschäftsabteilung: VGW-B

IM NAMEN DER REPUBLIK !

gekürzte Ausfertigung
gemäß § 29 Abs. 5 iVm § 50 Abs. 2 VwGVG

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Hohenegger über die Beschwerde des Herrn A. B., vertreten durch Rechtsanwalt, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 17.02.2021, ZI. ..., betreffend Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 25.05.2022

zu Recht e r k a n n t:

I. Gemäß § 50 Abs. 1 VwGVG wird der Beschwerde insoweit Folge gegeben, als anstatt der fünf verhängten Geldstrafen in Höhe von jeweils EUR 3.000,00 nunmehr eine einzige Geldstrafe in Höhe von insgesamt EUR 3.000,00 verhängt und die für den Fall der Uneinbringlichkeit festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe behoben wird.

Gemäß § 38 VwGVG iVm § 64 Abs. 1 und 2 VStG beträgt der Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens EUR 300,00 (das sind 10% der verhängten

Geldstrafe).

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat die beschwerdeführende Partei keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

II. Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 25a VwGG eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

I. Wesentliche Entscheidungsgründe

Sachverhalt

Mit Straferkenntnis vom 17.2.2021, GZ. ..., erkannte der Magistrat der Stadt Wien, MBA ... (im Folgenden: belangte Behörde), Herrn A. B. (im Folgenden: Beschwerdeführer, BF) für schuldig, dass es als Geschäftsführer der Firma C. LTD s.r.o. zu verantworten habe, dass diese fünf Arbeitnehmer im April/Mai 2020 unterentlohnt habe:

„Straferkenntnis

1. *Datum d. Kontrolle: 25.06.2020*

Ort der Kontrolle: Wien, D. (Bauvorhaben „E.“)

*Funktion: zur Vertretung nach außen
befugtes Organ*

Firma: C. LTD s.r.o. mit Sitz in ..., Slowakei

Sie haben als das gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen berufene Organ der Firma C. LTD s.r.o. mit Sitz in ..., Slowakei, zu verantworten, dass nachstehende Arbeitnehmer beschäftigt wurden, ohne ihnen zumindest das gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, geleistet zu haben.

Folgende Personen wurden beschäftigt:

Arbeitnehmer:

1) *F. G.,*

geb: 1993,

Staatsangehörigkeit: Slowakei,

Tätigkeit: Angelernter Arbeiter (Eisenbieger),

Einstufung und Kollektivvertrag: KV Baugewerbe und Bauindustrie 2020,

Beschäftigungszeitraum: 18.05.2020 – 29.05.2020,

Beschäftigungsausmaß: 40 Stunden pro Woche,

Beschäftigungs- bzw. Arbeitsort: Wien, D. (Bauvorhaben „E.“)

Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender Sonderzahlungen und Zulagen: 1.176,48 EUR brutto

Tatsächlich geleistetes Entgelt: 1.049,01 EUR brutto

Unterentlohnung in EURO: 127,47 EUR brutto

Unterentlohnung in Prozent: 10,83%

- 2) H. I.,
geb: 1995,
Staatsangehörigkeit: Slowakei,
Tätigkeit: Angelernter Arbeiter (Eisenbieger),
Einstufung und Kollektivvertrag: KV Baugewerbe und Bauindustrie 2020,
Beschäftigungszeitraum: 11.05.2020 – 29.05.2020,
Beschäftigungsausmaß: 40 Stunden pro Woche,
Beschäftigungs- bzw. Arbeitsort: Wien, D. (Bauvorhaben „E.“)
Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag
Sonderzahlungen und Zulagen: 1.336,64 EUR brutto
Tatsächlich geleistetes Entgelt: 1.178,34 EUR brutto
Unterentlohnung in EURO: 158,30 EUR brutto
Unterentlohnung in Prozent: 11,84%
- 3) J. K.,
geb: 1993,
Staatsangehörigkeit: Slowakei,
Tätigkeit: Angelernter Arbeiter (Eisenbieger),
Einstufung und Kollektivvertrag: KV Baugewerbe und Bauindustrie 2020,
Beschäftigungszeitraum: 11.05.2020 – 29.05.2020,
Beschäftigungsausmaß: 40 Stunden pro Woche,
Beschäftigungs- bzw. Arbeitsort: Wien, D. (Bauvorhaben „E.“),
Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig
gebührender Sonderzahlungen und Zulagen: 1.844,80 EUR brutto
Tatsächlich geleistetes Entgelt: 1.638,18 EUR brutto
Unterentlohnung in EURO: 206,62 EUR brutto
Unterentlohnung in Prozent: 11,20%
- 4) L. M.,
geb: 1989
Staatsangehörigkeit: Slowakei
Tätigkeit: Angelernter Arbeiter (Eisenbieger),
Einstufung und Kollektivvertrag: KV Baugewerbe und Bauindustrie 2020,
Beschäftigungszeitraum: 04.05.2020 – 29.05.2020,
Beschäftigungsausmaß: 55 Stunden pro Woche,
Beschäftigungs- bzw. Arbeitsort: Wien, D. (Bauvorhaben „E.“),
Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig
gebührender Sonderzahlungen und Zulagen: 2.513,12 EUR brutto
Tatsächlich geleistetes Entgelt: 2.227,35 EUR brutto
Unterentlohnung in EURO: 285,77 EUR brutto
Unterentlohnung in Prozent: 11,37%
- 5) N. O.,
geb: 1994,
Staatsangehörigkeit: Slowakei,
Tätigkeit: Angelernter Arbeiter (Eisenbieger),
Einstufung und Kollektivvertrag: KV Baugewerbe und Bauindustrie 2020,
Beschäftigungszeitraum: 04.05.2020 - 29.05.2020,
Beschäftigungsausmaß: 40 Stunden pro Woche,
Beschäftigungs- bzw. Arbeitsort: Wien, D. (Bauvorhaben „E.“),
Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig
gebührender Sonderzahlungen und Zulagen: 1.336,64 EUR brutto
Tatsächlich geleistetes Entgelt: 1.178,34 EUR brutto
Unterentlohnung in EURO: 158,30 EUR brutto
Unterentlohnung in Prozent: 11,84%

Verwaltungsübertretungen nach:

1)-5) § 29 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – LSD-BG, BGBl I Nr. 44/2016 idgF dem angeführten Kollektivvertrag iVm § 9 Abs 1 VStG

[...]“

Über den Beschwerdeführer wurden 5 Strafen von jeweils € 3.000,00 und für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 3 Tagen, gemäß § 29 Abs. 1 zweiter Strafsatz Lohn- und Sozialdumping Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016 iVm § 9 Abs. 1 VStG verhängt.

Festgestellt wird, dass der Beschwerdeführer in den ihm zur Last gelegten Tatzeiträumen das zur Vertretung nach außen berufene Organ der C. LTD s.r.o. mit Sitz in der Slowakei war, welche wiederum Arbeitgeberin der im Straferkenntnis angeführten Arbeitnehmer im zur Last gelegten Tatzeitraum war (zugestandene Tatsache, VGW – AS 41).

Weiters wird festgestellt, dass der Beschwerdeführer damals erst seit kurzem Arbeitskräfte über die C. LTD s.r.o. nach Österreich entsendet hatte, weshalb der Beschwerdeführer bei seiner Steuerberaterin Frau P. Q. die vermeintlich korrekte Lohnverrechnung für die Beschäftigung dieser Arbeitnehmer in Österreich ausrechnen ließ. Diese enthielt jedoch nicht die Mehr- und Überstunden und nicht die Weihnachtsremuneration als Entgeltbestandteil. Letzteres ist ein häufigerer Fehler bei ausländischen Dienstgebern.

Der Beschwerdeführer ist verwaltungsstrafrechtlich unbescholten (VGW – ON 8 bis 10).

Beweiswürdigung

Tatort, Tatzeit, die Beschäftigung der zur Last gelegten Arbeitnehmer und die Eigenschaft des Beschwerdeführers als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der C. LTD s.r.o. mit Sitz in der Slowakei waren von Anfang an unstrittig und der Beschwerdeführer verantwortete sich tatsächengeständig.

In der heutigen mündlichen Verhandlung wurden letztendlich sowohl die Tätigkeit der angelasteten Arbeitnehmer als auch die Stundenlisten, auf welchen die Berechnungen der Mehr- und Überstunden beruhen, vom BFV außer Streit gestellt.

Trotz oftmaliger Kontaktversuche von Seiten des Gerichts konnte mit der Steuerberaterin des Beschwerdeführers kein Termin und/oder Medium für eine Einvernahme vereinbart werden. Für den heutigen Verhandlungstermin entschuldigte sie sich mit E-Mail erst heute gegen 04:53 Uhr, dass sie wegen einer Erkrankung der Tochter nicht kommen könne, ohne einen Beleg dafür vorzulegen und bot nun ihre Bereitschaft für eine Videoeinvernahme an, nachdem sie

monatelang auf Anfragen des Gerichts hinsichtlich Videoeivernahme nicht reagiert hatte. Angesichts dieser offenkundigen Vermeidungsversuche der Q. wird daher das Vorbringen des Beschwerdeführers, dass die unrichtige Berechnung der Löhne der ihm zur Last gelegten Dienstnehmer auf einem Fehler der Q. beruht, dem Sachverhalt als wahr zugrunde gelegt.

Rechtliche Erwägungen

Der zum Tatzeitpunkt und zum Zeitpunkt der Erlassung des erstinstanzlichen Straferkenntnisses geltende § 29 Abs. 1 LSD-BG idF BGBl. I Nr. 44/2016 lautete inkl. Überschrift wie folgt:

Unterentlohnung

§ 29. (1) Wer als Arbeitgeber einen Arbeitnehmer beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm 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 eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe zu bestrafen. 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 dem ASVG unterliegende Arbeitnehmer 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. Sind von der Unterentlohnung höchstens drei Arbeitnehmer betroffen, beträgt die Geldstrafe für jeden Arbeitnehmer 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Wiederholungsfall 2 000 Euro bis 20 000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer betroffen, für jeden Arbeitnehmer 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Wiederholungsfall 4 000 Euro bis 50 000 Euro. 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.

Mit Urteil vom 12. September 2019 entschied der EuGH zu den verbundenen Rechtssachen C-64/18 (Zoran MAKSIMOVIC), C-140/18, C-146/18 und C-148/18, wie folgt:

Art. 56 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, die für den Fall der Nichteinhaltung arbeitsrechtlicher Verpflichtungen in Bezug auf die Einholung verwaltungsbehördlicher Genehmigungen und auf die Bereithaltung von Lohnunterlagen die Verhängung von Geldstrafen vorsieht,

- die einen im Vorhinein festgelegten Betrag nicht unterschreiten dürfen,*
- die für jeden betreffenden Arbeitnehmer kumulativ und ohne Beschränkung verhängt werden,*
- zu denen im Fall der Abweisung einer gegen den Strafbescheid erhobenen Beschwerde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 20 % der verhängten Strafe hinzutritt und*

- die im Fall der Uneinbringlichkeit in Ersatzfreiheitsstrafen umgewandelt werden.

In einem dem gegenständlichen Sachverhalt ähnlichen Fall, hat der Verwaltungsgerichtshof Folgendes entschieden (VwGH 15.10.2019, Ra 2019/11/0033 u.a.):

Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 16. März 2016, 2015/04/0004, zur Implementierung eines über ein Vorabentscheidungsersuchen ergangenes Urteil des EuGH in das nationale Recht wie folgt ausgeführt: „4. Die unmittelbare Anwendung und den Vorrang von unionsrechtlichen Bestimmungen haben sowohl die Gerichte als auch die Verwaltungsbehörden der Mitgliedstaaten zu beachten. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH ist jedes im Rahmen seiner Zuständigkeit angerufene nationale Gericht als Organ eines Mitgliedstaates verpflichtet, in Anwendung des in Art. 4 Abs. 3 EUV niedergelegten Grundsatzes der Zusammenarbeit das unmittelbar geltende Unionsrecht anzuwenden und die Rechte, die es dem Einzelnen verleiht, zu schützen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. Oktober 2013, 2012/03/0102, 0103, mwN auch zur Rechtsprechung des EuGH). Nationales Recht, das im Widerspruch zu unmittelbar anwendbarem Unionsrecht steht, ist verdrängt. Die Verdrängungswirkung des Unionsrechts hat zur Folge, dass die nationale Regelung in jener Gestalt anwendbar bleibt, in der sie nicht mehr im Widerspruch zum Unionsrecht steht. Nationales Recht bleibt insoweit unangewendet, als ein Verstoß gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht gegeben ist. Die Verdrängung darf also bloß jenes Ausmaß umfassen, das gerade noch hinreicht, um einen unionsrechtskonformen Zustand herbeizuführen. Dabei sind die unionsrechtlichen Erfordernisse in das nationale Gesetz ‚hineinzulesen‘ (siehe das hg. Erkenntnis vom 17. April 2008, 2008/15/0064, mwH). ... Verdrängung von nationalem Recht durch unmittelbar anwendbares Unionsrecht so zu verstehen, dass es der Vollziehung offen stünde, nach Belieben eine der mehreren unionskonformen Lösungen zur Anwendung zu bringen, brächte einen Eingriff der Vollziehung in den der Gesetzgebung vorbehaltenen Bereich der rechtspolitischen Gestaltung mit sich. Daher darf im Wege der Verdrängung nur jene von mehreren unionskonformen Lösungen zur Anwendung gelangen, mit welcher die Entscheidung des nationalen Gesetzgebers so weit wie möglich erhalten bleibt (siehe wiederum das bereits zitierte Erkenntnis 2008/15/0064 sowie das hg. Erkenntnis vom 25. Oktober 2011, 2011/15/0070).“

Im Revisionsfall hat das Verwaltungsgericht im Rahmen der Bemessung der Geldstrafe den Strafrahmen des § 7i Abs. 4 vierter Strafsatz AVRAG angewendet, der im Falle der grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung bei nicht nachweislicher Bereitstellung von Lohnunterlagen durch den Überlasser (Z 2 leg. cit.) eine Mindeststrafe vorsieht. Nach dem zitierten Urteil des EuGH (Rn 43) ist aber die Anordnung einer Mindeststrafe für eine derartige Übertretung nicht mit dem Unionsrecht vereinbar, weil sie auch Fälle erfasst, in denen der beanstandete Sachverhalt (Nichtbereitstellung von Lohnunterlagen) im Lichte der Ausführungen des EuGH nicht von besonderer Schwere ist.

Liegen für einen Tatzeitpunkt Verstöße gegen die Bereitstellungsverpflichtung der Lohnunterlagen hinsichtlich mehrerer Arbeitnehmer vor, so ist es entsprechend dem zitierten EuGH-Urteil (Rn 41) zwar einerseits mit dem Unionsrecht vereinbar, wenn die Sanktion von der Zahl der betroffenen Arbeitnehmer abhängt, doch ist andererseits bei der Bemessung der Geldstrafen zu berücksichtigen, dass diese auch in ihrer Summe in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der geahndeten Verstöße stehen müssen (Rn 42 und 46) und daher - insgesamt - kein unverhältnismäßiges Ausmaß erreichen dürfen. Dies ließe sich, so Rn 47 des Urteils, durch eine Höchstgrenze für solche Strafen gewährleisten.

§ 7i Abs. 4 AVRAG enthält zwar Strafhöchstgrenzen, die nach ihrem Wortlaut für die Bemessung der jeweiligen Geldstrafe („für jede/n Arbeitnehmer/in“) gelten, nicht aber für die Summe der Geldstrafen bei Verletzung der Bereitstellungspflicht bezüglich

mehrerer Arbeitnehmer. Eine unionsrechtskonforme Rechtslage mithilfe der Verdrängung von nationalem Recht (eine andere Methode steht im Rahmen der Vollziehung der Gesetze nicht zur Verfügung) kann gegenständlich am ehesten dadurch hergestellt werden, dass die Wortfolge „für jede/n Arbeitnehmer/in“ in § 7i Abs. 4 AVRAG unangewendet bleibt, weil damit im Ergebnis dem sich aus Rn 42 und 47 des Urteils des EuGH ergebenden Erfordernis einer Höchstgrenze für die Summe aller Geldstrafen bei Verstößen gegen die Bereitstellungspflicht betreffend mehrere Arbeitnehmer Rechnung getragen wird.

Dass damit die Verletzung der Bereitstellungspflicht, auch wenn sie mehrere Arbeitnehmer betrifft, nur mehr eine einzige Strafe nach sich zieht, ist zwingende Rechtsfolge des Erfordernisses, die Unionsrechtskonformität bei möglichst weitgehender Erhaltung des nationalen Rechts herzustellen. Denn die Alternative, mangels Normierung einer Höchststrafe durch den Gesetzgeber für Fälle der Verletzung der Bereitstellungspflicht hinsichtlich mehrerer Arbeitnehmer die gesamte Strafbestimmung wegen Unionsrechtswidrigkeit unangewendet zu lassen, würde zu einem noch weitergehenden Eingriff in das nationale Recht führen.

Die Bemessung der Geldstrafen für Verstöße gegen die Bereitstellungsverpflichtung von Lohnunterlagen mehrerer Arbeitnehmer, die im Revisionsfall ohne Zugrundelegung einer Strafhöchstgrenze im genannten Sinn erfolgte, entspricht daher (abgesehen von der Zugrundelegung der erwähnten Mindeststrafe) auch unter diesem Gesichtspunkt nicht den im zitierten Urteil des EuGH genannten Anforderungen.

Weiters wurde im angefochtenen Erkenntnis für jede Geldstrafe eine Ersatzfreiheitsstrafe verhängt (§ 16 VStG), obwohl die Verhängung einer Ersatzfreiheitsstrafe zur Durchsetzung der Verpflichtung zur Bereitstellung von Lohnunterlagen im Lichte der Ausführungen des EuGH eine nicht verhältnismäßige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt (vgl. insbes. Rn 47 des zitierten Urteils des EuGH).

Demgegenüber führt der im genannten Urteil des EuGH ebenfalls angesprochene Verfahrenskostenbeitrag - für sich alleine - noch nicht zur Unionsrechtswidrigkeit (laut Rn 46 des zitierten Urteils bewirkt vielmehr erst das Zusammenwirken der davor aufgezählten Vorgaben im Strafverfahren ein nicht angemessenes Verhältnis zur Schwere der geahndeten Verstöße). Ein Verfahrenskostenbeitrag im Ausmaß eines Prozentsatzes der Geldstrafe erreicht nämlich typischerweise erst im Zusammenwirken mit übermäßig hohen Geldstrafen ein unverhältnismäßiges Ausmaß und wird daher schon bei Beachtung der zuvor genannten Kriterien betreffend die unionsrechtskonforme Bemessung einer Geldstrafe auf ein angemessenes Ausmaß begrenzt. Hinsichtlich des gesetzlich vorgesehenen Verfahrenskostenbeitrages ist daher eine Verdrängung von nationalem Recht im Lichte des zitierten Urteils des EuGH nicht geboten (der Verfahrenskostenbeitrag wird in Rn 47 dieses Urteils bei der Aufzählung in Betracht kommender Maßnahmen auch gar nicht erwähnt).

Für den Revisionsfall ergibt sich daraus zusammengefasst, dass sowohl die Bemessung der Geldstrafen (und damit auch jene des Verfahrenskostenbeitrages) als auch die Verhängung von Ersatzfreiheitsstrafen nicht im Einklang mit dem Unionsrecht stehen.

Aufgrund der vorzitierten Judikatur des EuGH in der Rechtssachen Maksimovic u. a. und der darauf basierenden Judikatur der Höchstgerichte wurde diese Bestimmung novelliert und lautet in der nunmehr geltenden Fassung BGBl. I Nr. 174/2021 wie folgt:

Untere Entlohnung

§ 29. (1) Wer als Arbeitgeber einen oder mehrere Arbeitnehmer beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm oder ihnen zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder

Kollektivvertrag gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, zu leisten, begeht unabhängig von der Anzahl der von der Verwaltungsübertretung betroffenen Arbeitnehmer eine einzige Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe bis zu 50 000 Euro zu bestrafen. Ist im Erstfall bei Arbeitgebern mit bis zu neun Arbeitnehmern die Summe des vorenthaltenen Entgelts geringer als 20 000 Euro beträgt die Geldstrafe bis zu 20 000 Euro. Ist die Summe des vorenthaltenen Entgelts höher als 50 000 Euro, beträgt die Geldstrafe bis zu 100 000 Euro. Ist die Summe des vorenthaltenen Entgelts höher als 100 000 Euro beträgt die Geldstrafe bis zu 250 000 Euro. Ist die Summe des vorenthaltenen Entgelts höher als 100 000 Euro und wurde das Entgelt in Lohnzahlungszeiträumen der Unterentlohnung vorsätzlich um durchschnittlich mehr als 40 vH des Entgelts vorenthalten, beträgt die Geldstrafe bis zu 400 000 Euro. Wirkt der Arbeitgeber bei der Aufklärung zur Wahrheitsfindung unverzüglich und vollständig mit, ist anstelle des Strafrahmens bis 100 000 Euro oder bis 250 000 Euro der jeweils niedrigere Strafrahmen anzuwenden. Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, liegt eine einzige Verwaltungsübertretung vor. Entgeltzahlungen, die das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt übersteigen, sind auf allfällige Unterentlohnungen im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum anzurechnen. Hinsichtlich von Sonderzahlungen für Arbeitnehmer im Sinne des § 14 Abs. 1 Z 1 und 2 liegt eine Verwaltungsübertretung nach dem ersten Satz nur dann vor, wenn der Arbeitgeber die Sonderzahlungen nicht oder nicht vollständig bis spätestens 31. Dezember des jeweiligen Kalenderjahres leistet. Ebenso ist zu bestrafen, wer als Auftraggeber im Sinne des § 14 Abs. 1 Z 3 einen Heimarbeiter beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm zumindest das nach Gesetz oder Verordnung gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, zu leisten.

Somit ist anhand der von der Judikatur aufgestellten Kriterien zu prüfen, ob die nunmehr geltende Strafbestimmung günstiger ist, als jene zum Zeitpunkt der Tatbegehung. Zur Frage des Günstigkeitsvergleichs hat der Verfassungsgerichtshof wie folgt entschieden (VfGH 14.6.2019, E1610/2019):

Nach Art 7 Abs. 1 EMRK kann niemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach inländischem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Ebenso darf keine höhere Strafe als die im Zeitpunkt der Begehung der strafbaren Handlung angedrohte Strafe verhängt werden. Nach der (neueren) Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte enthält Art 7 Abs. 1 EMRK nicht nur das Verbot der rückwirkenden Anwendung strengerer Strafbestimmungen, sondern implizit auch das Prinzip der Rückwirkung milderer Strafgesetze auf frühere Taten (EGMR 17.9.2009 [GK], Fall Scoppola gegen Italien [Nr 2], Appl 10.249/03, Z106, 109). In seinen Erwägungen zur Entwicklung eines Grundsatzes der Rückwirkung milderer Strafgesetze im Fall Scoppola gegen Italien [Nr 2] zieht der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte unter anderem Art 49 Abs. 1 GRC heran, wonach bei Einführung einer milderen Strafe nach Begehung einer Straftat diese zu verhängen ist, und weist insbesondere auf dessen sich von Art 7 EMRK unterscheidenden Wortlaut hin. Im selben Sinn hat der Gerichtshof der Europäischen Union bereits vor Inkrafttreten der Grundrechte-Charta ausgesprochen, dass es ein Grundsatz des Gemeinschaftsrechts (nunmehr: Unionsrechts) ist, je nach Fall die günstigere Strafvorschrift und die mildere Strafe rückwirkend anzuwenden, und dass dieser Grundsatz zu den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten gehört (vgl. EuGH 3.5.2005, verb. Rs. C-387/02 ua, Berlusconi ua, Slg. 2005, I-03565, Rz 68 ff.; EuGH 4.6.2009, Rs. C-142/05, Åklagaren, Slg. 2009, I-04273, Rz 43; vgl. auch VfSlg 19.628/2012, 19.957/2015, 20.214/2017).

Der Verfassungsgerichtshof geht von jenem Inhalt des Art 7 EMRK aus, den der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte diesem zuletzt beigelegt hat. Im Lichte dessen gebietet es Art 7 EMRK, bei Änderung der Rechtslage nach der Begehung der Straftat die für den Beschuldigten mildere Strafe zu verhängen (vgl VfSlg 19.628/2012, 19.957/2015, 20.214/2017).

Gemäß § 1 Abs. 2 VStG 1991 idF BGBl I 33/2013 richtet sich die Strafe nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht, es sei denn, dass das zur Zeit der Entscheidung geltende Recht in seiner Gesamtauswirkung für den Täter günstiger wäre. Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage der Novelle BGBl I 33/2013 (Erläut zur RV 2009 BlgNR 24. GP, 18) führen zu § 1 Abs. 2 VStG 1991 Folgendes aus:

"Sowohl der EuGH (Berlusconi, Slg. 2005-3565) als auch der EGMR (Scoppola, 17.9.2009, 10.249/03 – große Kammer) leiten aus dem Rückwirkungsverbot des Art7 EMRK das Prinzip der Rückwirkung der günstigeren Strafnorm ab, dh im Fall der Senkung der Strafdrohung oder ihres Entfalls ist von der geringeren Strafdrohung oder von Straffreiheit auszugehen. Eine zeitliche Begrenzung dieses Günstigkeitsprinzips auf bestimmte Stadien des Strafverfahrens ist dieser Rechtsprechung nicht zu entnehmen. § 1 Abs. 2 soll daher entsprechend geändert werden."

§ 1 Abs. 2 VStG 1991 idF BGBl I 33/2013 ermöglicht somit einen den Anforderungen des Art 7 EMRK entsprechenden umfassenden Günstigkeitsvergleich mehrerer in Betracht kommender Rechtslagen. Ein solcher Günstigkeitsvergleich hat sich nicht ausschließlich auf die materiellen Strafbestimmungen, sondern auf die Rechtslage als solche zu beziehen (vgl VfSlg 19.957/2015).

Der Verwaltungsgerichtshof sprach in seinem Erkenntnis VwSlg 10.202 A/1980 aus, § 1 Abs. 2 VStG 1950 – von dem sich § 1 Abs. 2 VStG 1991 idF BGBl I 33/2013 nun dadurch unterscheidet, dass der Zeitpunkt des Günstigkeitsvergleichs nach hinten verschoben wurde – lasse "erkennen, daß der Gesetzgeber für den Bereich des Verwaltungsstrafrechtes angeordnet wissen will, daß Rechtsänderungen, die den Täter im Vergleich zu dem zur Tatzeit geltenden Recht begünstigen, dem Täter stets zugutekommen sollen, ohne daß diese Begünstigung durch weitere nachfolgende Änderungen der Rechtslage noch beeinträchtigt werden könnte".

Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte geht in seiner Rechtsprechung zu Art 7 EMRK davon aus, dass bei Unterschieden zwischen dem zum Zeitpunkt der Tatbegehung in Geltung stehenden Strafgesetz und den vor Erlassung der endgültigen Entscheidung erlassenen Strafgesetzen die Gerichte jene Bestimmungen anzuwenden haben, welche für den Angeklagten am günstigsten sind (s insb. EGMR 17.9.2009 [GK], Fall Scoppola gegen Italien [Nr 2], Appl 10.249/03, Z110).

Entsprechend den dargelegten Ausführungen hat das Gericht bei einem Günstigkeitsvergleich zwischen dem zum Zeitpunkt der Tatbegehung in Geltung stehenden Strafnorm und den vor Erlassung der endgültigen Entscheidung erlassenen Strafnormen jene Bestimmungen anzuwenden, welche für den Beschuldigten am günstigsten sind. Aufgrund des Umstandes, dass die nunmehr in Geltung stehende Strafbestimmung im Gegensatz zu ihrer alten Fassung keine Mindeststrafe und auch im Falle eines Verstoßes mit fünf Arbeitnehmern nur mehr eine einzige Strafe mit einer Deckelung bei EUR 20.000 vorsieht, während früher fünf Strafen bis zu jeweils EUR 20.000 nebeneinander verhängt werden konnten, ist die aktuell in Geltung stehende Fassung die für den Beschuldigten günstigere Bestimmung. Entsprechend der Judikatur des EuGH und der dazu ergangenen Judikatur des VwGH ist für den Fall der Uneinbringlichkeit keine Ersatzstrafe zu verhängen.

Verschulden

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine verwaltungsstrafrechtliche Vorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten.

Da sich die tatbildmäßige Handlung in einem bestimmten Verhalten erschöpft, ist die angelastete Verwaltungsübertretung als Ungehorsamsdelikt zu qualifizieren. Im Fall, dass die Tat nicht mit einer Geldstrafe von über EUR 50.000,00 bedroht ist und das tatbildmäßige Verhalten festgestellt wurde, gilt bei derartigen Delikten gemäß § 5 Abs. 1 und 1a VStG die gesetzliche Vermutung einer fahrlässigen Tatbegehung. Es obliegt insofern dem Beschuldigten, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Der Beschwerdeführer hat diesbezüglich kein substantiiertes Vorbringen erstattet, weshalb nicht glaubhaft gemacht werden konnte, dass ihm die Einhaltung der übertretenen Rechtsvorschrift ohne sein Verschulden nicht möglich oder nicht zumutbar gewesen wäre.

Der Beschwerdeführer hat die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung damit sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht verwirklicht.

Strafbemessung

Die dem Beschwerdeführer zur Last gelegte Tat schädigte in nicht unerheblichem Ausmaß das Interesse an einer gerechten Mindestentlohnung der Dienstnehmer und einem fairen Wettbewerb der Dienstleister innerhalb der Baubranche. Die Intensität dieser Rechtsgutbeeinträchtigung durch die Tat war schon im Hinblick auf die damit in Zusammenhang stehende Beeinträchtigung der Interessen anderer keinesfalls als gering zu werten, weshalb eine Ermahnung nicht in Betracht kam.

Es ist weiters von durchschnittlichen Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Beschwerdeführers auszugehen. Sorgepflichten liegen nicht vor.

Der Umstand, dass der Beschwerdeführer vorgebracht hat, dass er seiner Buchhalterin aufgetragen habe, den für Österreich korrekten Lohn für seine Dienstnehmer zu errechnen, ist kein verschuldensausschließender Rechtsirrtum, da nach der ständigen Judikatur des VwGH die Auskunft eines Steuerberaters nicht ausreichend und in letzter Konsequenz die Strafbehörde zu konsultieren ist.

Strafmildernd wird dieser als wahr zugrunde gelegte Fehler der Steuerberaterin jedoch sehr wohl berücksichtigt, zumal die fehlende Weihnachtsremuneration ein

häufiger Fehler ausländischer Dienstgeber ist und es ist zugunsten des Beschwerdeführers ins Treffen zu führen, dass der Grundlohn nach dem richtigen Kollektivvertrag berechnet wurde. Hinzu kommt die von Anfang an gegebene Tatsachengeständigkeit des Beschwerdeführers und dessen Unbescholtenheit. Für eine weitere Herabsetzung der Strafe hätte es jedoch einer zwischenzeitlichen Nachzahlung der offenen Beträge an die Dienstnehmer bedurft.

Kosten

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die im Spruch zitierte Gesetzesstelle.

II. H i n w e i s

Gemäß § 29 Abs. 5 VwGVG kann das Erkenntnis in gekürzter Form ausgefertigt werden, wenn von den Parteien auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof verzichtet oder nicht binnen zwei Wochen nach Ausfolgung bzw. Zustellung der Niederschrift gemäß § 29 Abs. 2a VwGVG eine Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß § 29 Abs. 4 VwGVG von mindestens einem der hiezu Berechtigten beantragt wird. Die gekürzte Ausfertigung hat den Spruch sowie einen Hinweis auf den Verzicht oder darauf, dass eine Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß § 29 Abs. 4 VwGVG nicht beantragt wurde, zu enthalten.

Gemäß § 50 Abs. 2 VwGVG hat die gekürzte Ausfertigung des Erkenntnisses im Fall der Verhängung einer Strafe überdies die als erwiesen angenommenen Tatsachen in gedrängter Darstellung sowie die für die Strafbemessung maßgebenden Umstände in Schlagworten (Z 1), im Fall des § 45 Abs. 1 VStG eine gedrängte Darstellung der dafür maßgebenden Gründe (Z 2) zu enthalten.

Das Verwaltungsgericht Wien hat am 25.05.2022 in der gegenständlichen Beschwerdesache eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt und sodann das Erkenntnis mit den wesentlichen Entscheidungsgründen verkündet.

Die in der mündlichen Verhandlung angefertigte Niederschrift, welcher eine Belehrung gemäß § 29 Abs. 2a VwGVG angeschlossen war, wurde dem Beschwerdeführervertreter am 01.06.2022, der belangten Behörde am 31.05.2022 sowie der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse am 01.06.2022

zugestellt. Somit wurde die Niederschrift sämtlichen zur Erhebung einer Revision beim Verwaltungsgerichtshof oder einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof legitimierten Parteien und Organen ausgefolgt oder zugestellt.

Keine zur Erhebung einer Revision an den Verwaltungsgerichtshof beziehungsweise Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof legitimierte Partei und kein hierzu legitimiertes Organ hat innerhalb der gemäß § 29 Abs. 5 VwGVG normierten Frist von zwei Wochen nach Ausfolgung bzw. Zustellung der Niederschrift einen Antrag auf Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß § 29 Abs. 4 VwGVG gestellt.

Deshalb konnte das Erkenntnis gemäß § 29 Abs. 5 iVm. § 50 Abs. 2 Z 1 VwGVG gekürzt ausgefertigt werden. Gegen diese gekürzte Ausfertigung des Erkenntnisses ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß § 25a Abs. 4a VwGG und/oder eine Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof gemäß § 82 Abs. 3b VfGG nicht mehr zulässig.

Hinweis:

Das Verwaltungsgericht Wien ist weder zur Entgegennahme von zu begleichenden Geldstrafen noch zur Eintreibung solcher zuständig. Im Falle einer rechtskräftigen Verhängung einer Geldstrafe wenden Sie sich bitte an die Verwaltungsbehörde (die Kontaktdaten finden Sie am angefochtenen Straferkenntnis), welche die Strafe verhängt hat!

Hinweis gem. § 35 LSD-BG

Mit der rechtskräftigen Bestrafung ist die Eintragung des Beschuldigten und jenes Unternehmens, dem die Bestrafung zuzurechnen ist, in die Evidenz des Kompetenzzentrum LSDB verbunden.

Verwaltungsgericht Wien

H o h e n e g g e r