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
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-301420/2/Kü/PP

Datum:
Linz, 9. Jänner 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde von Herrn Mag. E.H., X, T., gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 9. Oktober 2015, BZ-Pol-78044-2014, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) wird der Beschwerde stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) iVm § 38 VwGVG eingestellt.

II. Gemäß § 52 Abs. 9 VwGVG und § 66 Abs. 1 VStG hat der Beschwerdeführer weder einen Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich noch einen Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. 1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 9. Oktober 2015, BZ-Pol-78044-2014, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 7i Abs. 3 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) eine Geldstrafe von 5.000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 14 Tagen verhängt.

Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Sie haben als Arbeitgeber bzw. strafrechtlich Verantwortlicher/verantwortlicher Beauftragter und somit im Sinne des § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz zur Vertretung nach außen Berufener der B. GmbH, X, W. zu verantworten, dass bei einer Überprüfung durch die OÖ Gebietskrankenkasse, 4021 Linz, am 04.03.2014 festgestellt wurde, dass die Dienstnehmer G.E. und S.H. unterkollektivvertraglich entlohnt wurden.

Herr G.E. ist seit 2008 als Buchhalter tätig.
Ab 01.05.2011 (Inkrafttreten des LSDB-G) bis 31.12.2013 ergibt sich für Herrn G.E. folgende Differenz des Bruttogrundlohnes:

Ausbezahltes Entgelt:	€	87.549,19
Zustehendes Entgelt:	€	93.509,73
Differenz:	€	5.960,61

Es ergibt sich somit für diesen Zeitraum eine Grundlohnunterschreitung von 6,37%.
Die festgestellte Grundlohndifferenz wurde dem Dienstnehmer nachweislich am 20.12.2013 nachbezahlt.

Frau S.H. war von 02.06.2003 bis 30.06.2012 bei der Fa. B. GmbH beschäftigt. Der Bruttogrundlohn von Frau H. lag jedoch monatlich unter dem gebührenden kollektivvertraglichen Mindestlohn.

Ab 01.05.2011 (Inkrafttreten des LSDB-G) bis 30.06.2012 ergibt sich für Frau H. folgende Differenz des Bruttogrundlohnes:

Ausbezahltes Entgelt:	€	13.358,80
Zustehendes Entgelt:	€	16.932,75
Differenz:	€	3.573,95

Es ergibt sich somit für diesen Zeitraum eine Grundlohnunterschreitung von 21.11%.
Eine Nachzahlung der Grundlohndifferenz erfolgte bis dato nicht.
[Hervorhebungen nicht übernommen]“

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde in welcher eingewendet wird, dass hinsichtlich der dargestellten Grundlohnunterschreitung bei Frau S.H. Verfolgungsverjährung eingetreten ist, zumal deren Dienstverhältnis unstrittig am 30.6.2012 geendet hat.

Dem gegenständlichen Straferkenntnis stehe nicht nur die Verfolgungsverjährung sondern auch die Strafbarkeitsverjährung gemäß § 31 Abs. 2 VStG entgegen. Eine Verjährung sei in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen wahrzunehmen.

In diesem Sinne wird daher beantragt das angefochtene Straferkenntnis wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie Verletzung von Verfahrensvorschriften zur Gänze aufzuheben.

Für den Fall dass keine Verjährung vorliegen sollte, lege der Bf aufgrund seiner verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit und des geringen Verschuldensgrades Beschwerde gegen die Höhe der Verwaltungsstrafe ein.

3. Der Bürgermeister der Stadt Wels hat die am 12. November 2015 eingelangte Beschwerde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 14. Dezember 2016 vorgelegt. Der Verfahrensakt samt Beschwerde ist beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erst am 27. Dezember 2016 eingelangt. Die äußerst verspätete Vorlage wird von der belangten Behörde damit begründet, dass aufgrund einiger Wechsel im Bereich der Sachbearbeiter am Magistrat Wels betreffend AVRAG der Verfahrensakt bedauerlicher Weise in Verstoß geraten sei und damit erst zum gegenwärtigen Zeitpunkt vorgelegt werden konnte. Die belangte Behörde könne aufgrund der abgelaufenen Frist für die Beschwerdevorentscheidung nicht mehr selbst entscheiden und habe daher den Akt dem Landesverwaltungsgericht vorgelegt.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme.

Daraus ergibt sich, dass der Bf handelsrechtlicher Geschäftsführer der B. GmbH mit dem Sitz in X, W., ist.

Im Rahmen einer Überprüfung des Unternehmens durch die OÖ Gebietskrankenkasse am 4.3.2014 konnte festgestellt werden, dass der Dienstnehmer G.E. im Ausmaß von 6,37 % im Zeitraum 1.5.2011 bis 31.12.2013 und die Dienstnehmerin S.H. im Ausmaß von 21,11 % im Zeitraum 1.5.2011 bis 30.6.2012 unterentlohnt wurden.

Das Dienstverhältnis mit Frau S.H. wurde mit 30.6.2012 beendet. Laut Spruch des Straferkenntnisses wurde dem Dienstnehmer G.E. die festgestellte Grundlohndifferenz nachweislich am 20.12.2013 nachbezahlt.

Dem Akteninhalt ist allerdings zu entnehmen, dass bis zu diesem Zeitpunkt die Grundlohndifferenz, welche sich im Beschäftigungszeitraum 1.5.2011 bis

31.12.2012 ergeben hat, nachbezahlt wurde. Die Grundlohndifferenz für das Beschäftigungsjahr 2013 wurde dem Beschäftigten im Frühjahr 2014 ausbezahlt.

Der Beschäftigte E. ist seit 15 Jahren in der Unternehmensgruppe des Bf als Buchhalter tätig. Im Rahmen der für den Prüfungszeitraum 2007 bis 2012 stattgefundenen gemeinsamen Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben wurde durch die Prüforgane für den Bediensteten nachträglich eine Hochstufung in die Verwendungsgruppe IV (von III) des Kollektivvertrags Allgemeines Gewerbe vorgenommen, wodurch die gegenständliche kollektivvertragliche Unterzahlung resultierte.

In seiner Stellungnahme vom 23.12.2014 führt der Bf aus, dass er nach wie vor der Meinung ist, dass diese Neueinstufung nicht korrekt ist, da die im Kollektivvertrag für diese Verwendungsgruppe angeführten Tätigkeitsmerkmale wie die Führung, Unterweisung und Beaufsichtigung von Angestelltengruppen im Prüfungszeitraum vom Bf selbst bzw. der steuerlichen Vertretung wahrgenommen wurden bzw. werden. Im Zuge der Schlussbesprechung über die Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben wurde jedoch bei der Verhandlung der einzelnen Feststellungen in diesem Punkt vom Bf nachgegeben und zugestimmt.

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Spruch des Straferkenntnisses bzw. der zitierten Stellungnahme des Bf und steht insofern unbestritten fest.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

1. Rechtsgrundlagen:

1.1. Die im Tatzeitraum geltenden Bestimmungen des AVRAG in der Fassung BGBl. I Nr. 71/2013 lauteten wie folgt (auszugsweise):

„Strafbestimmungen

§ 7i.

[...]

(3) Wer als Arbeitgeber/in ein/en Arbeitnehmer/in beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm/ihr zumindest den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zu leisten, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe zu bestrafen, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet. Sind von der Unterentlohnung höchstens drei Arbeitnehmer/innen betroffen, beträgt die Geldstrafe für jede/n Arbeitnehmer/in 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Wiederholungsfall 2 000 Euro bis 20 000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer/innen betroffen, für jede/n Arbeitnehmer/in 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Wiederholungsfall 4 000 Euro bis 50 000 Euro.

(4) Stellt die Bezirksverwaltungsbehörde fest, dass die Unterschreitung des Grundlohns gering oder das Verschulden des Arbeitgebers oder der Arbeitgeberin geringfügig ist, hat sie von der Verhängung einer Strafe abzusehen, sofern der/die Arbeitgeber/in dem/der Arbeitnehmer/in die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem/der Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelt binnen einer von der Behörde festzusetzenden Frist nachweislich leistet und eine solche Unterschreitung des Grundlohns durch den/die Arbeitgeber/in das erste Mal erfolgt. Hat das Kompetenzzentrum LSDB, der zuständige Krankenversicherungsträger oder die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse bei erstmaliger Unterschreitung des Grundlohns von einer Anzeige abgesehen oder hat die Bezirksverwaltungsbehörde von der Verhängung einer Strafe abgesehen, ist bei der erstmaligen Wiederholung der Unterschreitung zumindest die Mindeststrafe zu verhängen. Im Fall des ersten und zweiten Satzes ist § 21 Abs. 1 VStG nicht anzuwenden. Weist der/die Arbeitgeber/in der Bezirksverwaltungsbehörde nach, dass er/sie die Differenz vom tatsächlich geleisteten und dem dem/der Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelt geleistet hat, ist dies bei der Strafbemessung strafmildernd zu berücksichtigen.

(5) Die Verjährungsfrist (§ 31 Abs. 2 VStG) für Verwaltungsübertretungen gemäß Abs. 3 beträgt ein Jahr.
[...]“.

1.2. Mit der Novelle BGBl. I Nr. 94/2014 wurde § 7i AVRAG neu gefasst, sein Abs. 7 enthält eine Neuregelung der Fristen für die Verfolgungs- und die Strafbarkeitsverjährung, Abs. 7a regelt, wann der Fristenlauf für die Verfolgungs- und die Strafbarkeitsverjährung beginnt, falls das gebührende Entgelt nachträglich geleistet wurde.

§ 19 Abs. 1 Z. 31 AVRAG idF. dieser Novelle lautet (auszugsweise):

"Inkrafttreten und Vollziehung

§ 19.

[...]

31. Die §§ 7a, 7b und 7d bis 7o samt Überschriften in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 94/2014 treten mit 1. Jänner 2015 in Kraft. In Verwaltungs(straf)verfahren nach den §§ 7b Abs. 8, 7i und 7k sind auf Sachverhalte, die sich vor dem 1. Jänner 2015 ereignet haben, die vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 94/2014 geltenden Bestimmungen weiterhin anzuwenden.
[...]".

1.3. Die im gegenständlichen Fall wesentlichen Bestimmungen des VStG lauten (auszugsweise):

"Verjährung

§ 31. (1) Die Verfolgung einer Person ist unzulässig, wenn gegen sie binnen einer Frist von einem Jahr keine Verfolgungshandlung (§ 32 Abs. 2) vorgenommen worden ist. Diese Frist ist von dem Zeitpunkt zu berechnen, an dem die strafbare Tätigkeit abgeschlossen worden ist oder das strafbare Verhalten aufgehört hat; ist der zum

Tatbestand gehörende Erfolg erst später eingetreten, so läuft die Frist erst von diesem Zeitpunkt.

(2) Die Strafbarkeit einer Verwaltungsübertretung erlischt durch Verjährung. Die Verjährungsfrist beträgt drei Jahre und beginnt in dem in Abs. 1 genannten Zeitpunkt. [...]“.

2. Sofern in der Beschwerde gerügt wird, dass hinsichtlich der angelasteten Unterentlohnung von Frau S.H. Verfolgungsverjährung eingetreten ist, ist das Beschwerdevorbringen berechtigt. Fest steht, dass die Beschäftigte von 2.3.2003 bis 30.6.2012 als Sekretärin beschäftigt gewesen ist und nach diesem Zeitpunkt das Unternehmen verlassen hat. Aufgrund des Umstandes, dass der Aufenthaltsort dieser Bediensteten nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses nicht eruiert werden konnte, war eine Nachzahlung durch das Unternehmen des Bf nicht möglich.

Zum Eintritt der Verfolgungsverjährung ist Folgendes festzustellen:
Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits klargestellt, dass die strafbare Handlung gemäß § 7i Abs. 3 AVRAG im gesetzwidrigen Beschäftigen des Arbeitnehmers liegt und als Dauerdelikt andauert, solange die unterbezahlte Beschäftigung aufrecht erhalten wird. Daraus ergibt sich unmissverständlich, dass mit dem jeweiligen Ende einer (unterentlohnten) Beschäftigung die strafbare Handlung gemäß § 7i Abs. 3 AVRAG endet und gleichzeitig die Frist für die Verfolgungsverjährung beginnt (VwGH 23.10.2014, Ra 2014/11/061, 2014/11/0063; 9.3.2015, Ra 2015/11/0014).

Da im gegenständlichen Fall das Dienstverhältnis mit Frau S.H. am 30.6.2012 beendet wurde und zur angelasteten Tatzeit die gemäß § 31 Abs. 2 VStG bemessene Verjährungsfrist für die Verfolgung ein Jahr betrug, endete diese damit am 30.6.2013. Im gegenständlichen Fall ist die Aufforderung zur Rechtfertigung hinsichtlich der Unterentlohnung der Beschäftigten S.H. erst am 17.10.2014 ergangen, sodass in diesem Fall die Verfolgungsverjährungsfrist nicht eingehalten wurde und aus diesem Grunde die Beschwerde zu Recht erhoben wurde.

3. Gemäß § 31 Abs. 2 VStG erlischt die Strafbarkeit einer Verwaltungsübertretung durch Verjährung. Die Verjährungsfrist beträgt drei Jahre und beginnt mit dem Zeitpunkt, an dem die strafbare Tätigkeit abgeschlossen worden ist oder das strafbare Verhalten aufgehört hat.

Im Sinne der Judikatur ist Sache des Beschwerdeverfahrens in Verwaltungsstrafsachen die Angelegenheit, die den Inhalt des Spruchs der Behörde erster Instanz gebildet hat. Zudem begrenzt der Tatvorwurf in der Verfolgungshandlung auch die Sache des Berufungsverfahrens (VwGH 10.12.2001, 2000/10/0024).

Dem Spruch des gegenständlichen Straferkenntnisses ist zu entnehmen, dass hinsichtlich des Beschäftigten G.E. die für den Zeitraum 11.5.2011 bis 31.12.2013 festgestellte Grundlohnunterschreitung von 6,37 % dem Dienstnehmer nachweislich am 20.12.2013 nachbezahlt wurde. Sache des Beschwerdeverfahrens ist damit im Sinne der oben dargestellten Judikatur diese Festlegung der belangten Behörde. Auch wenn aus dem Akteninhalt ersichtlich ist, dass die Grundlohndifferenz für das Jahr 2013 dem Beschäftigten erst im Frühjahr 2014 ausbezahlt wurde, ändert dies nichts an der Festlegung der belangten Behörde, wonach die Grundlohndifferenz am 20.12.2013 nachbezahlt wurde. Dies ist somit Gegenstand des anhängigen Beschwerdeverfahrens.

Wie bereits oben ausgeführt, endet die strafbare Handlung gemäß § 7i Abs. 3 AVRAG mit dem jeweiligen Ende einer unterentlohnten Beschäftigung. Im gegenständlichen Fall ist aufgrund der Vorhalte im Spruch das Ende der unterentlohnten Beschäftigung mit 20.12.2013 anzunehmen. Nur dies ist Sache des Beschwerdeverfahrens. Da aufgrund der äußerst verspäteten Vorlage der Beschwerde durch die belangten Behörde seit dem Zeitpunkt 20.12.2013 drei Jahre vergangen sind, ist damit bereits zum Zeitpunkt der Beschwerdevorlage durch die belangte Behörde an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich Strafbarkeitsverjährung eingetreten. In diesem Sinne war daher dem Beschwerdevorbringen zu folgen.

Insgesamt ist daher festzustellen, dass Umstände vorliegen, die die Verfolgung und die Strafbarkeit ausschließen, weshalb der Beschwerde zu folgen, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen war.

III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungs-

gerichtshof 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 Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kühberger