OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-301667/7/BMa/TK

Datum:
Linz, 29. August 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde der M M, vertreten durch E D, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 03.08.2017, SanRB96-129-2017, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG),

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 1.000 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 33 Stunden herabgesetzt werden.

II. Die Kosten für das Verfahren vor der belangten Behörde ermäßigen sich auf 100 Euro; für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist kein Kostenbeitrag zu leisten.

III. Dem Antrag auf Entscheidung der Rechtssache durch einen Senat wird keine Folge gegeben.

IV. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I und III.

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 03.08.2017, SanRB96-129-2017, wurde die Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) wie folgt schuldig gesprochen und bestraft:

„Sie haben es als Inhaberin der Firma „M M" mit Sitz in x, verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass diese Firma den Arbeitnehmer P K im Zeitraum vom 1. Februar 2016 bis 29. Februar 2016 als Messebauer beschäftigt hat, ohne den gesetzlich festgelegten Grundlohn auszubezahlen.

Anstelle des zustehenden monatlichen Entgelts von Euro 1.915,40 im Zeitraum von 1. Februar 2016 bis 29. Februar 2016 wurde Herrn P K nur ein monatliches Entgelt von Euro 1.261,00 im Zeitraum von 1. Februar 2016 bis 29. Februar 2016 gezahlt.
Dies ergibt eine Unterentlohnung für den genannten Zeitraum von Euro 654,40 (34,17 %).

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften) verletzt:

§ 7g Abs. 1 iVm § 7i Abs. 5 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG; BGBl Nr. 459/1993, idF BGBl I Nr 152/2015).

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von Euro	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	gemäß
2.000,-	150 Stunden	§ 7i Abs. 5 AVRAG“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Dagegen richtet sich die rechtzeitige Beschwerde vom 16.08.2017. Mit dieser wurde die ersatzlose Aufhebung des angefochtenen Bescheids, die Entscheidung durch einen Senat und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt.

1.3. Die Bezirkshauptmannschaft Linz-Land hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt.

2. Das LVwG Oö. hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und am 09.07.2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der ein Vertreter der Bf gekommen ist.

3. Das LVwG Oö. hat erwogen:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Die Bf ist Inhaberin der Firma „M M“ mit Sitz in x. Diese Firma hat den Arbeitnehmer P K auch im Zeitraum von 01.02.2016 bis 29.02.2016 als Messebauer beschäftigt.
Das Verfahren wurde durch eine Anzeige der OÖ GKK vom 12.04.2017 eingeleitet. Dieser ist das Beiblatt „Aufstellung der unterentlohnten Arbeitnehmer“ angeschlossen, wonach für den 01.02.2016 bis 29.02.2016 ein ausbezahltes Entgelt von gesamt 1.261 Euro und ein zustehendes Entgelt von 1.915,40 Euro sowie eine Differenz von 654,40 Euro aufscheint. Als Beweismittel wurde angeführt „Rk. Zahlungsbefehl von 04.08.2016“.

Am 04.08.2016 wurde beim LG Linz als Arbeits- und Sozialgericht eine Mahnklage von der klagenden Partei P K gegen die beklagte Partei M M mit einer Klagsforderung von 7.869,98 Euro eingebracht. In diesem Verfahren GZ: 9 Cga 103/165 wurde u.a. ausgeführt:
Im Mahnklageverfahren wurde unter „Mahnklagsdaten“ u.a. Folgendes angeführt:

„13 Laufender Bezug Lohndifferenz 2/2016 brutto	1.539,00 Euro
15 Überstunden 210 Std. laut Arbeitszeitaufzeichnungen vom 10.8.2015-7.3.2016 brutto	5.295,13 Euro
22A Sonstiger Anspruch – Arbeitsrecht Diäten laut Arbeitszeitaufzeichnungen v. 10.8.2015 – 7.3.2016	917,85 Euro
22A Sonstiger Anspruch – Arbeitsrecht Abzug bei Lohnabrechnung 3/2016 netto	118,00 Euro“

.....
und unter „Mahnklage Arbeitsgericht“ im Wesentlichen Folgendes:
...„Für Februar 2016 wurde nur ein Teil des vereinbarten Lohnes abgerechnet und ausbezahlt. Bei der Endabrechnung März 2016 wurde eine „Auflösungsabgabe“ in Höhe von (netto) EUR 118,00 unberechtigt abgezogen.
Die Ansprüche wurden bereits mit Schreiben des Klägers vom 28.4.2016 und Schreiben der AK vom 9.6.2016 geltend gemacht.“...
Mit Datum vom 04.08.2016 wurde der „Zahlungsbefehl laut Klage“ erlassen. Die vorangeführten Schreiben des Klägers sind im Behördenakt nicht auffindbar.

Es kann daher – wie im Mahnklageverfahren Cga 103/165 festgehalten - nur festgestellt werden, dass P K für Februar 2016 nur einen Teil des vereinbarten Lohns bezahlt bekommen hatte.

Die Bf ist verwaltungsstrafrechtlich absolut unbescholten und sämtliche aushaftenden Beträge wurden dem Arbeitnehmer bereits bezahlt.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorgelegten Verwaltungsstrafakt der belangten Behörde und dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 09.07.2018 ergibt.

Aus dem im Akt ersichtlichen Mahnklageverfahren ergibt sich lediglich, dass für Februar 2016 nur ein Teil des vereinbarten Lohnes abgerechnet und ausbezahlt wurde. Aus den vorgelegten Aktenbestandteilen ist die Summe des aushaftenden Betrags, mit Ausnahme des Vermerks auf dem Beiblatt zur Strafanzeige nicht nachvollziehbar. Insbesondere der Verweis auf das Beweismittel, nämlich auf den Zahlungsbefehl vom 04.08.2016, ist rechnerisch nicht nachvollziehbar, wurde doch in diesem Zahlungsbefehl hinsichtlich des Betrags lediglich auf die eingebrachte Klage verwiesen. Im Mahnklageverfahren wurde nicht nur der Februar 2016, sondern – beispielsweise - 210 Überstunden für den Zeitraum 10.08.2015 – 07.03.2016 dargestellt, sodass der auf den Februar entfallende Anteil der aufgelisteten Beträge nicht ersichtlich ist.
Zur öffentlichen mündlichen Verhandlung beim LVwG ist nur der Vertreter der Bf gekommen. Dieser aber konnte auch keine Auskunft über den in der Strafanzeige vom 12.04.2017 und im bekämpften Erkenntnis angeführten Betrag von 654,40 Euro, der Unterentlohnung für Februar 2016, geben. Daher konnte lediglich festgestellt werden, dass nur ein Teil des vereinbarten Lohnes abgerechnet und ausbezahlt wurde, die konkrete Höhe konnte jedoch nicht festgestellt werden, sodass zu Gunsten der Bf ihr nur eine solche Unterentlohnung, die keinen Straferschwerungsgrund darstellt, zur Last gelegt werden konnte.
Dass die aushaftende Lohnforderung bereits zur Gänze bezahlt wurde, ergibt sich aus der Aussage des Vertreters der Bf.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das LVwG Oö. erwogen:

3.3.1. Folgende Rechtsgrundlagen sind maßgeblich:

§ 7i Abs. 5 AVRAG:
Wer als Arbeitgeber/in einen/e Arbeitnehmer/in beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm/ihr zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende 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. ... 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.

§ 7g Abs. 1 AVRAG:
Stellt der zuständige Träger der Krankenversicherung im Rahmen seiner Tätigkeit fest, dass der/die Arbeitgeber/in

1. dem/der dem ASVG unterliegenden Arbeitnehmer/in oder

2. dem/der Arbeitnehmer/in, der/die seinen/ihren gewöhnlichen Arbeitsort in Österreich hat ohne dem ASVG zu unterliegen,

nicht zumindest das ihm/ihr nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag in Österreich unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zustehende Entgelt im Sinne des § 7i Abs. 5 leistet, gilt § 7e Abs. 3 bis 5 mit der Maßgabe, dass an die Stelle des Kompetenzzentrums LSDB der zuständige Träger der Krankenversicherung tritt.

3.3.3. Aus den Feststellungen ergibt sich, dass es zu einer Unterentlohnung gekommen war, auch wenn der genaue Betrag dieser nicht nachvollzogen werden konnte.
Der Bf hat damit das Tatbild der vorgeworfenen Verwaltungsübertretung erfüllt.

3.3.3. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die "Glaubhaftmachung" nicht.

3.3.4. Die Bf hat kein Vorbringen erstattet um glaubhaft zu machen, dass sie an der Übertretung kein Verschulden trifft.
Sie hat damit zumindest fahrlässig gehandelt.

3.3.5. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Nach § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden.

Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

3.3.6. Zur Herabsetzung der Strafe auf das Mindestmaß ist auszuführen, dass die vorgeworfene Unterentlohnung für den Zeitraum von 01.02.2016 bis 29.02.2016 in Höhe von 34,17 % aufgrund der Aktenlage und nach Durchführung der öffentlichen mündlichen Verhandlung nicht nachvollziehbar war. Darüber hinaus kommt der Bf die absolute verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit zugute und das Verfahren hat ergeben, dass zwischenzeitig sämtliche ausständigen Zahlungen an den Arbeitnehmer geleistet wurden.
Straferschwerungsgründe sind im Verfahren nicht hervorgekommen.
Somit konnte aus spezialpräventiven Gründen mit der Verhängung der Mindeststrafe das Auslangen gefunden werden, um die Bf von weiteren Übertretungen gleicher Art abzuhalten. Der Herabsetzung der Strafe stehen unter Bezugnahme auf den festgestellten Sachverhalt auch keine generalpräventiven Gründe entgegen.

Weil die verhängte Geldstrafe herabzusetzen war, war auch die erstinstanzlich verhängte Ersatzfreiheitsstrafe entsprechend zu reduzieren.

Zu II. Die Herabsetzung der Geldstrafe erfordert eine dementsprechende Anpassung der erstinstanzlichen Verfahrenskosten.
Aufgrund des Teilerfolgs der Beschwerde fielen keine Kostenbeiträge für das Rechtsmittelverfahren an.

Zu III. Das LVwG Oö. hatte in diesem Verfahren gemäß § 2 VwGVG durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin zu entscheiden.
Dem Antrag auf Entscheidung durch einen Senat war daher keine Folge zu geben.

Zu IV. 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. Insbesondere weicht die gegenständliche Entscheidung von der als einheitlich zu beurteilenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ab.

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 Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof

beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s e

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

2. Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

3. Gemäß § 7n Abs. 2 AVRAG wird darauf hingewiesen, dass mit der rechtskräftigen Bestrafung die Eintragung der Bf und ihrer Firma in die Evidenz des Kompetenzzentrums LSDB verbunden ist.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bergmayr-Mann