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-303306/6/GS/Mu

Datum:
Linz, 5. Oktober 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Saxinger über die Beschwerde des K H, vertreten durch MMMag. Dr. E L, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 21.09.2022, GZ: BHFR/922060012140/22, wegen Übertretung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG)

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als eine Geldstrafe in Höhe von 4.000 Euro verhängt wird.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren zu leisten. Der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde verringert sich auf 400 Euro, das sind 10 % der nunmehr verhängten Strafe

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit dem Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt (in der Folge: belangte Behörde) vom 21.09.2022, GZ: BHFR/922060012140/22, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wie folgt entschieden:

„1. Datum/Zeit: 01.01.2018 – 31.12.2020
Ort: x B K

Sie haben als zur Vertretung nach außen Berufener der Firma K H in X, X, zu verantworten, dass nachstehender Arbeitnehmer beschäftigt wurde, ohne ihm zumindest das gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, geleistet zu haben.

Folgende Person wurde beschäftigt:

Arbeitnehmer: F P
Geb.: x 2002
Staatsangehörigkeit: Österreich
Tätigkeit: Bäcker
Einstufung und Kollektivvertrag: Lehrling
Beschäftigungszeitraum: 01.01.2018-25.06.2020
Beschäftigungsausmaß: 40 Wochenstunden
Beschäftigungs- bzw. Arbeitsort: X, X
Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender Sonderzahlungen und Zulagen: 28.598,28 EURO
Tatsächlich geleistetes Entgelt: 25.313,28 EURO
Unterentlohnung in EURO: 3.285,00
Unterentlohnung in Prozent: 11,49 %

2. Datum/Zeit: 01.01.2018 – 31.12.2020
Ort: X, X

Sie haben als zur Vertretung nach außen Berufener der Firma K H in X, X, zu verantworten, dass nachstehender Arbeitnehmer beschäftigt wurde, ohne ihm zumindest das gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, geleistet zu haben.

Folgende Person wurde beschäftigt:

Arbeitnehmer: H A
Geb.: x 2003
Staatsangehörigkeit: Österreich
Tätigkeit: Bäcker
Einstufung und Kollektivvertrag: Lehrling
Beschäftigungszeitraum: 01.09.2020-31.12.2020
Beschäftigungsausmaß: 40 Wochenstunden
Beschäftigungs- bzw. Arbeitsort: X, X

Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender Sonderzahlungen und Zulagen: 2.711,53 EURO
Tatsächlich geleistetes Entgelt: 2.399,92 EURO
Unterentlohnung in EURO: 311,61
Unterentlohnung in Prozent: 11,49 %

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

1. § 29 Abs. 1 erster Satz LSD-BG, BGBl. I Nr. 44/2016 idF. BGBl. I Nr. 174/2021 i.V.m. dem/der angeführten Gesetz/Verordnung/Kollektivvertrag i.V.m. § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 idF. BGBl. I Nr. 58/2018
2. § 29 Abs. 1 erster Satz LSD-BG, BGBl. I Nr. 44/2016 idF. BGBl. I Nr. 174/2021 i.V.m. dem/der angeführten Gesetz/Verordnung/Kollektivvertrag i.V.m. § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 idF. BGBl. I Nr. 58/2018

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen werden über Sie folgende Strafen verhängt:

Geldstrafe von	Gemäß
zu 1. und 2. Gesamt € 6.000,00	§ 29 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016

Weitere Verfügungen (zB Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):
-

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:

€ 600,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens € 10,00 für jedes Delikt (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 100,00 angerechnet).

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

€ 6.600,00“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

In der Begründung führte die belangte Behörde zur verhängten Strafhöhe aus, dass bei der Strafbemessung zu berücksichtigen gewesen sei, dass die Begehung fahrlässig erfolgt sei, weil er nicht die erforderliche Sorgfalt zur Einhaltung der österreichischen Rechtsvorschriften angewendet habe. Strafmildernd sei die Unbescholtenheit des Bf zu werten gewesen, während straferschwerend die Höhe der Unterentlohnung und, dass bis dato der Betrag der Unterentlohnung an die Lehrlinge nicht ausbezahlt wurde, zu berücksichtigen gewesen sei. Das von seiner Steuerberatung angegebene monatliche Nettoeinkommen von unter 1.450,00 Euro sei von der belangten Behörde berücksichtigt worden. Vermögensverhältnisse und Sorgepflichten seien nicht bekannt gegeben worden.

I.2. Dagegen richtet sich die vom Steuerberater des Bf rechtzeitig auf die Strafhöhe eingeschränkte Beschwerde vom 19.10.2022. Zunächst wird darin darauf hingewiesen, dass das Unternehmen zur Nachzahlung der Unterentlohnung nicht aufgefordert worden sei, die Nachzahlung der Unterentlohnung auch an der Nichtverfügbarkeit der Anspruchsberechtigten gescheitert sei bzw. im anderen Fall die Auszahlung der Zulage mit Kenntnisnahme des Anspruches erfolgt sei. Die damit zusammenhängenden Abgaben und Beiträge seien jedenfalls vollständig entrichtet worden. Im Wesentlichen wird weiters ausgeführt, dass die Beurteilung des Verschuldens alleine am Ausmaß der Unterentlohnung rechtlich verfehlt sei. Verschulden bedeute persönliche Vorwerfbarkeit, weshalb immer alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen seien. Im gegenständlichen Fall sei daher dem Bf weder ein Auswahlverschulden noch ein Kontrollverschulden anzulasten, weil er sich für seine Personalverrechnung einer dazu befugten Person bedient habe und von ihm die Bezugsverrechnungen im Rahmen seines Kompetenzumfangens laufend überprüft worden seien. Die Personalverrechnung für die Mitarbeiter des Bf seien von der Steuerberatungsunternehmen durchgeführt worden. Der Fehler des Steuerberatungsunternehmen sei zwar dem Bf zuzurechnen und er sei auch dafür verantwortlich, allerdings müsse beim Verschulden des Bf auch die dem Steuerberatungsunternehmen zuzuschreibenden Entlastungsgründe strafmildernd berücksichtigt werden. Strafmildernd sei daher zu beachten, dass das Steuerberatungsunternehmen seit 30 Jahren die Personalverrechnung im Umfang von tausenden Abrechnungen pro Kalenderjahr mit bestqualifizierten Mitarbeitern durchführe und bisher keine quantitativ sowie qualitativ nennenswerten Prüfungsfeststellungen getätigt worden seien. Seit der Erlassung des LSD-BG im Jahr 2016 sei zu den tausendfach von diesen durchgeführten und den behördlich geprüften Lohn- bzw. Gehaltsabrechnung kein Verstoß gegen das LSD-BG festgestellt worden. Daher sei ferner im vorliegenden Fall höchstens von leichter Fahrlässigkeit auszugehen, weshalb auch der Umstand der Unterentlohnung mit knapp 11,49 % über der von der Behörde erfundenen und nicht im Gesetz formulierten Grenze von 10 % nichts an der Beurteilung ändern vermag. Die Geldstrafe von 6.000 Euro sei daher unangemessen überhöht. Auch mit einer Ermahnung hätte man den Bf aus spezial- und generalpräventiver Sicht von weiteren Straftaten abhalten können. Um künftig derartige Fehler ausschließen zu können, habe zudem deshalb das Steuerberatungsunternehmen einen zusätzlichen Überprüfungsmechanismus eingeführt.

I.3. Mit Schreiben vom 24.10.2022 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabendem Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses ist gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Behördenakt und in die Beschwerde. Von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 3 Z 2 VwGVG

abgesehen werden, da sich die Beschwerde ausschließlich gegen die Höhe der verhängten Strafe richtet und keine Partei die Durchführung einer Verhandlung beantragt hat.

Mit Schreiben vom 30.05.2023, GZ: LVwG-303306/2/GS/Mu, wurde die Österreichische Gesundheitskasse am Beschwerdeverfahren beteiligt. Mit Schriftsatz vom 07.06.2023 teilte die ÖGK mit, dass sie ausdrücklich auf eine Stellungnahme zur Beschwerde verzichtet und von ihr die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht beantragt wird.

II. Über diese Beschwerde hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

II.1. Da sich die vorliegende Beschwerde nur gegen die von der belangten Behörde vorgenommene Strafbemessung richtet, ist der Schuldspruch der angefochtenen Entscheidung in Rechtskraft erwachsen und ist es dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich verwehrt, sich inhaltlich mit der Entscheidung auseinanderzusetzen (vgl. VwGH 27.10.2014, Ra 2014/02/0053).

II.2. Folgender zur Strafbemessung entscheidungsrelevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Der Bf war zum Tatzeitpunkt Inhaber des Einzelunternehmens K H mit Sitz in X, X.

Betreffend die Personalverrechnung hat sich der Bf der x Dr. E L GmbH, Wirtschaftsprüfung & Steuerberatung mit Sitz in x L, bedient.

Anlässlich der am 11.08.2021 abgeschlossenen Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben und Beitragen (GPLB) durch den Beitragsprüfer des Finanzamtes steht fest, dass die Lehrlinge P F, beschäftigt von 01.01.2018 bis 25.06.2020, und A H, beschäftigt von 01.09.2020 bis 31.12.2020, wie folgt unterkollektivvertraglich entlohnt wurden:

Arbeitnehmer: F P
- Tätigkeit: Bäcker
- Einstufung und Kollektivvertrag: Lehrling
- Beschäftigungszeitraum: 01.01.2018-25.06.2020
- Beschäftigungsausmaß: 40 Wochenstunden
- Beschäftigungs- bzw. Arbeitsort: X, X
- Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender Sonderzahlungen und Zulagen: 28.598,28 EURO
- Tatsächlich geleistetes Entgelt: 25.313,28 EURO
- Unterentlohnung in EURO: 3.285,00

Unterentlohnung in Prozent: 11,49 %

Arbeitnehmer: H A
Tätigkeit: Bäcker
Einstufung und Kollektivvertrag: Lehrling
Beschäftigungszeitraum: 01.09.2020-31.12.2020
Beschäftigungsausmaß: 40 Wochenstunden
Beschäftigungs- bzw. Arbeitsort: X, X
Gebührendes Entgelt nach Gesetz/Verordnung oder Kollektivvertrag inkl. allfällig gebührender Sonderzahlungen und Zulagen: 2.711,53 EURO
Tatsächlich geleistetes Entgelt: 2.399,92 EURO
Unterentlohnung in EURO: 311,61
Unterentlohnung in Prozent: 11,49 %

Der Bf ist verwaltungsstrafrechtlich unbescholten.

Laut Auskunft der Österreichischen Gesundheitskasse waren im Unternehmen des Bf im Tatzeitraum 8 Dienstnehmer gemeldet.

Eine vollständige Nachzahlung des festgestellten Unterentlohnungsbetrages liegt nicht vor.

II.3. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorgelegten Verwaltungsakt der belangten Behörde und der Beschwerdeschrift vom 19.10.2022 ergibt. Vom rechtfreundlich vertretenen Bf wurde lediglich das Strafausmaß bekämpft. Der Bf hat in seiner Beschwerde die ihm vorgehaltene Verwaltungsübertretung nicht in Abrede gestellt und den Tatvorwurf dem Grunde nach nicht bestritten.
In einem aktenkundigen Mail der Personalverrechnung der x. Dr. E L GmbH vom 28. Juli 2021 wird ausgeführt, dass bei den beiden Lehrlingen fälschlicherweise durch einen Fehler in der Kanzlei aufgrund eines Wechsels in der Personalverrechnung der Frühzuschlag im Prüfungszeitraum nicht berücksichtigt wurde.
In der Beschwerde gesteht der Bf ein, dass die festgestellte Unterentlohnung nach dem Kollektivvertrag den beiden Lehrlingen nicht nachgezahlt wurde, betonte aber, dass er zur Nachzahlung nicht aufgefordert wurde, die Nachzahlung der Unterentlohnung an der Nichtverfügbarkeit der Anspruchsberechtigten gescheitert bzw. im anderen Fall die Auszahlung der Zulage mit Kenntnisnahme des Anspruches erfolgt sei. Ein Beweismittel dazu wurde nicht vorgelegt. Er zeigte sich auch insoweit geständig, dass er für die ihm angelastete Tat als Einzelunternehmer verantwortlich ist, allerdings verweist er auch darauf hin, dass die Personalverrechnung seiner Mitarbeiter nicht von seinem Einzelunternehmen abgewickelt wird, sondern diese von einem befugten Mitarbeiter des dazu beauftragten Steuerberatungsunternehmens durchgeführt wird, wobei von ihm die Bezugsverrechnung im Rahmen seines Kompetenzumfanges laufend überprüft

werde. Er gibt auch zu, dass der entstandene Fehler ihm zuzurechnen ist, allerdings hätte beim Verschulden auch die dem Steuerberatungsunternehmen zuzuschreibenden Entlastungsgründe strafmildernd berücksichtigt werden müssen. Der Bf wies auch darauf hin, dass das Steuerberatungsunternehmen einen zusätzlichen Überprüfungsmechanismus eingeführt hat, um künftig derartige Fehler ausschließen zu können.

III. In rechtlicher Hinsicht hat das LVwG OÖ erwogen:

III.1. Relevante Rechtsgrundlagen zur Strafbemessung:

Das LSD-BG, BGBl. I Nr. 44/2016 in der anzuwendenden Fassung Nr. 174/2021, regelt Folgendes:

Unterentlohnung
§ 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.

(2) Die Strafbarkeit nach Abs. 1 ist nicht gegeben, wenn der Arbeitgeber vor einer Erhebung der zuständigen Einrichtung nach den §§ 12, 14 und 15 die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt nachweislich leistet.

(3) Stellt die Bezirksverwaltungsbehörde fest, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt binnen einer von der Behörde festzusetzenden Frist nachweislich leistet, und

a. die Unterschreitung des nach Abs. 1 maßgeblichen Entgelts unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien gering ist oder
b. das Verschulden des Arbeitgebers oder des zur Vertretung nach außen Berufenen (§ 9 Abs. 1 VStG) oder des verantwortlichen Beauftragten (§ 9 Abs. 2 oder 3 VStG) leichte Fahrlässigkeit nicht übersteigt,

hat sie von der Verhängung einer Strafe abzusehen. Ebenso ist von der Verhängung einer Strafe abzusehen, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt vor der Aufforderung durch die Bezirksverwaltungsbehörde nachweislich leistet und die übrigen Voraussetzungen nach dem ersten Satz vorliegen. Ist die Entscheidung der Bezirksverwaltungsbehörde von der Klärung einer Vorfrage im Sinne des § 38 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 – AVG, BGBl. Nr. 51/1991, abhängig, die den Gegenstand eines beim zuständigen Gericht anhängigen oder gleichzeitig anhängig gemachten Verfahrens bildet, hat die Bezirksverwaltungsbehörde das Verwaltungsstrafverfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Vorfrage auszusetzen; das verwaltungsbehördliche Strafverfahren gilt als unterbrochen, die Parteien sind davon in Kenntnis zu setzen. In Verwaltungsstrafverfahren nach Abs. 1 ist § 45 Abs. 1 Z 4 und letzter Satz VStG nicht anzuwenden. Weist der Arbeitgeber der Bezirksverwaltungsbehörde nach, dass er die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt geleistet hat, ist dies bei der Strafbemessung strafmildernd zu berücksichtigen.

(4) Die Frist für die Verfolgungsverjährung (§ 31 Abs. 1 VStG) beträgt drei Jahre ab der Fälligkeit des Entgelts. Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, beginnt die Frist für die Verfolgungsverjährung im Sinne des ersten Satzes ab der Fälligkeit des Entgelts für den letzten Lohnzahlungszeitraum der Unterentlohnung. Die Frist für die Strafbarkeitsverjährung (§ 31 Abs. 2 VStG) beträgt bei Unterentlohnungen fünf Jahre; für den Beginn des Laufs der Strafbarkeitsverjährung sind erster und zweiter Satz maßgeblich. Hinsichtlich von Sonderzahlungen beginnen die Verfolgungs- und Strafbarkeitsverjährungsfristen ab dem Ende des jeweiligen Kalenderjahres (Abs. 1 dritter Satz) zu laufen.

(5) Für den Fall, dass der Arbeitgeber das gebührende Mindestentgelt für den betroffenen Zeitraum der Unterentlohnung nach Abs. 1 nachträglich leistet, beträgt die Dauer der Fristen nach § 31 Abs. 1 und 2 VStG ein Jahr (Verfolgungsverjährung) oder drei Jahre (Strafbarkeitsverjährung), soweit nicht aufgrund des Abs. 4 die Verjährung zu einem früheren Zeitpunkt eintritt; der Fristenlauf beginnt mit der Nachzahlung.“

Gemäß § 72 Abs. 10 LSD-BG sind die §§ 26 bis 29 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 174/2021 auf alle zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Bestimmungen anhängigen Verfahren einschließlich von Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof und Verfassungsgerichtshof anzuwenden.

III.2. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG idgF sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.
Nach Abs. 2 leg. cit. sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 – 46) 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 Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32 – 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs. 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist Zweck der Regelung des LSD-BG, Lohn- und Sozialdumping zu verhindern, weil dadurch nicht nur Arbeitnehmer/Innen das ihnen zustehende Entgelt für die erbrachte Arbeitsleistung vorenthalten, sondern auch ein fairer Wettbewerb zwischen den Unternehmern untergraben wird (vgl. die RV 1076 Blg NR 24. GP 1). Dieses Ziel kann aber nur erreicht werden, wenn für die rechtmäßige Entlohnung von Arbeitskräften effiziente und durchsetzbare Kontrollmechanismen bestehen und im Fall von Übertretungen wirksame Sanktionen zur Verfügung stehen.

Mindestlohnsätze gehören zum „harten Kern“ der Arbeitnehmerschutzvorschriften, die unabhängig von der Beschäftigungs- oder Überlassungsdauer einzuhalten sind. Sich mit den geltenden lohnrechtlichen Vorschriften, die eben einen besonders wichtigen Teil der Arbeitnehmerschutzvorschriften darstellen, vertraut zu machen, stellt also eine wesentliche Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Unternehmers dar. Diese Pflicht wurde im konkreten Fall völlig außer Acht gelassen und ist somit von

grober Fahrlässigkeit auszugehen (VwGH 10.6.2015, 2013/11/0121; 23.9.2014, Ro 2014/11/0083).

III.3. Im konkreten Fall wurde der Fehler bei der Berechnung der Lehrlingsentgelte vom Steuerberater des Bf, seinem nunmehrigen Beschwerdevertreter, zugestanden.

Das Verschulden des Vertreters einer Partei an einem Fehler ist dem Verschulden der Partei selbst gleichzuhalten, nicht jedoch das Verschulden anderer Personen. Nur in dem Fall, dass das Fehlverhalten anderer Personen zu einem Fehler führt, ist zu prüfen, ob die Partei selbst dadurch ein schuldhaftes Verhalten gesetzt hat, dass sie eine ihr auferlegte Sorgfaltspflicht außer Acht gelassen hat (z.B. Auswahlverschulden, mangelnde Überwachungstätigkeit oder sonstiges Organisationsvershulden) – vgl. z.B. VwGH 12.07.2019, Ra 2018/14/0240. Die diesbezüglich vom Bf ventilierten Einwände (etwa betr. Auswahl- und Kontrollverschulden) kommen im gegenständlichen Fall der Beauftragung des steuerlichen Vertreters nicht zum Tragen.

III.4. Der gegenständliche Fall stellt eine erstmalige Begehung dar und die Summe des vorenthaltenen Entgelts ist geringer als 20.000 Euro. Weiters ist davon auszugehen, dass der Arbeitgeber im maßgeblichen Zeitraum nicht mehr als 9 Arbeitnehmer beschäftigt hat, sodass in Anwendung der – oben zitierten – Strafbestimmung die Verhängung einer Geldstrafe von bis zu 20.000 Euro vorgesehen ist. Vom Steuerberater wurden die Einkommensverhältnisse des Bf mit einem monatlichen Nettoeinkommen von unter 1.450 Euro angegeben. Vermögensverhältnisse und Sorgepflichten wurden nicht bekannt gegeben. Die belangte Behörde hat die Unbescholtenheit als strafmildernd und straferschwerend die Höhe der Unterentlohnung sowie die Tatsache, dass der Betrag der Unterentlohnung an die Lehrlinge nicht ausbezahlt wurde, gewertet. Bemerkt wird, dass die belangte Behörde zu Unrecht von einem Strafrahmen bis zu 50.000 Euro ausgegangen ist.

III.5. Betreffend dem Vorbringen, dass der Bf von der Behörde nicht zur Nachzahlung aufgefordert wurde, wird darauf hingewiesen, dass die Möglichkeit der Nachzahlung der Differenz unter Fristsetzung die Bezirksverwaltungsbehörde nur dann wahrzunehmen hat, wenn

– die Unterentlohnung entweder gering ist oder
– das Verschulden des Arbeitgebers oder seiner Vertretung oder des verantwortlich Beauftragten leichte Fahrlässigkeit nicht übersteigt.

Es liegt gegenständlich weder eine geringe Unterentlohnung noch ein nicht die leichte Fahrlässigkeit übersteigendes Verschulden vor.

Zur geringen Unterentlohnung:
Eine geringe Unterentlohnung wurde bisher von der Rechtsprechung im Ausmaß von 4,33 % angenommen, eine länger andauernde Unterentlohnung von 6,65 % aber nicht mehr als geringfügig angesehen (vgl. Kühteubl, ZAS 2015, 204 [211]). Bei der Feststellung, ob eine Unterentlohnung gering ist, sind nach Rechtsmeinung des VwGH auch andere Faktoren wie die Zeitdauer der Unterentlohnung und die Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer zu berücksichtigen (VwGH 23.10.2014, Ro 2014/11/0071). Die Erläut. RV des LSD-BG enthalten keine Angaben darüber, welches Ausmaß der Unterentlohnung als geringfügig einzustufen ist. Die LSDB-RL, die nur eine Auslegung der Normen des AVRAG durch das BMASK darstellen, sprechen von einer 10%igen Bagatellgrenze (LSD-RL Kap 52 Pkt. 10.3) – sh. Kozak, LSD-BG (2016) § 29 Abs. 3, Rz 79 – 80.

Im gegenständlichen Fall liegt eine Unterentlohnung hinsichtlich zwei Lehrlingen für jeweils mehrere Monate, nämlich betreffend P F vom 01.01.2018 bis 25.06.2020 (Höhe der Unterentlohnung insgesamt 3.285,00 Euro, d.s. 11,49 %) und betreffend A H vom 01.09.2020 bis 31.12.2020 (Höhe der Unterentlohnung 311,61, d.s. 11,49 %) vor. Im Sinne der zitierten Judikatur des VwGH und der Rechtsmeinung der Österreichischen Gesundheitskasse ist gegenständlich von keiner geringen Unterentlohnung über einen kurzen Zeitraum auszugehen.

Geringes Verschulden:
Hinsichtlich dem die leichte Fahrlässigkeit nicht überschreitendem Verhalten ist auszuführen, dass auch dazu bereits gesicherte höchstgerichtliche Rechtsprechung vorliegt und der VwGH dazu ausspricht, dass ein geringes Verschulden alleine dann schon nicht mehr gegeben sein kann, wenn mehr als ein Arbeitnehmer von der Unterentlohnung betroffen ist (vgl. zB VwGH 10.06.2015, 2013/11/0121 oder VwGH 24.09.2014, Ro 2014/11/0083).

Neben dem Umstand, dass 2 Arbeitnehmer von der Unterentlohnung betroffen sind, wird zudem darauf verwiesen, dass leichte Fahrlässigkeit im Übrigen nur dann vorliegt, wenn der Fehler gelegentlich auch einem sorgfältigen Menschen unterläuft. Ein sorgfältiger Steuerberater bzw. Personalverrechner hätte gerade bei der Betrauung neuer Mitarbeiter mit der Materie eine erhöhte Sorgfalts- und Kontrollpflicht wahrnehmen müssen, um sich von der gesetzmäßigen Abrechnung zu überzeugen. Im gegenständlichen Fall wird dazu festgestellt, dass am 28.07.2021 von einer Mitarbeiterin des Steuerberatungsunternehmen zugestanden wurde, dass bei den Lehrlingen fälschlicherweise durch einen Fehler deren Kanzlei aufgrund eines Wechsels in der Personalverrechnung der Frühzuschlag im Prüfungszeitrum nicht berücksichtigt wurde. Betreffend eines wirksamen Kontrollsystems wurde im Beschwerdeschriftsatz lediglich darauf hingewiesen, dass aufgrund des gegenständlichen Anlasses – somit im Nachhinein - zusätzliche Überprüfungsmechanismen eingeführt wurden, um künftig derartige Fehler auszuschließen. Inwieweit zuvor ein wirksames Kontrollsystem installiert war, wurde zu keinem Zeitpunkt weder vom Bf noch vom

Steuerberatungsunternehmen dargelegt. In diesem Zusammenhang ist zudem anzumerken, dass Unternehmer eine erhöhte Sorgfaltspflicht trifft.

Aus den angeführten Gründen kann daher nicht von einem „die leichte Fahrlässigkeit nicht übersteigendem Verhalten“ bzw. von einem geringen Verschulden gesprochen werden.

III.6. Der Strafausschließungsgrund des § 29 Abs. 2 LSD-BG findet mangels vollständiger Nachzahlung vor den finanzbehördlichen Erhebungen keine Anwendung.

III.7.Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass die in § 29 Abs. 2 und Abs. 3 LSD-BG normierten Voraussetzungen im vorliegenden Fall der Unterentlohnung nicht erfüllt sind. Zudem ist auch die Erteilung einer Ermahnung ausgeschlossen, da § 29 Abs. 3 vierter Satz LSD-BG explizit festlegt, dass in Verwaltungsstrafverfahren nach Abs. 1 (Unterentlohnung) § 45 Abs. 1 Z 4 und letzter Satz VStG (Ausspruch einer Ermahnung) nicht anzuwenden ist.

Aufgrund der aufgezeigten Umstände und der Höhe der festgestellten Unterentlohnung sowie des anzuwendenden Strafrahmens erachtet das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die nunmehr verhängte Geldstrafe in Höhe von 4.000 Euro als tat- und schuldangemessen und aus spezialpräventiver Sicht erforderlich, um den Bf künftig von gleichartigen Übertretungen abzuhalten. Die Höhe der Unterentlohnung beider Arbeitnehmer liegt nur geringfügig unter der nunmehr verhängten Strafe. Eine Strafe soll aber nicht nur generalpräventiv, sondern auch spezialpräventiv jene abschreckende Wirkung entfalten, die den Normadressaten zu rechtstreuem Verhalten bewegt. Die Verhängung einer Strafe in dieser Höhe ist auch aus generalpräventiver Sicht unabdingbar. Außerdem beträgt die Strafe lediglich 20 % der möglichen Höchststrafe und bewegt sich damit im untersten Bereich des Strafrahmens. Sie kann daher nicht als überhöht angesehen werden.

III.8. Bei diesem Verfahrensergebnisses hat der Bf gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu bezahlen. Die Kosten des verwaltungsbehördlichen Verfahrens waren gemäß § 38 VwGVG iVm § 64 Abs. 1 und 2 VStG mit 400 Euro festzusetzen.

Aus den angeführten Gründen war spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da es sich bei der Strafbemessung um eine Ermessensentscheidung auf Grundlage der im Einzelfall festgestellten Umstände handelt. Dieser Ermessensentscheidung kommt keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zu, weshalb es sich um keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handelt.

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

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

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

einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

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

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Saxinger