



**VERWALTUNGSGERICHT  
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62  
Telefon: (43 01) 4000 DW 38650  
Telefax: (43 01) 4000 99 38650  
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at  
DVR: 4011222

GZ: VGW-041/036/2902/2016-1  
M. A.

Wien, 11.05.2016  
SC

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Fritz über die Beschwerde des (am ...1965 geborenen) Herrn M. A., vertreten durch Rechtsanwältin, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 08.02.2016, ZI. MBA ... - S 29657/15, betreffend Übertretungen des AVRAG, den

**BESCHLUSS**

gefasst:

Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z. 3 VStG eingestellt.

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG wird dem Beschwerdeführer kein Betrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens auferlegt.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

## Begründung

Mit Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 08.02.2016 wurde der Beschwerdeführer (Bf) wie folgt schuldig erkannt:

„Sie haben als Gewerbeinhaber (berechtigt zur Ausübung des Gastgewerbes in der Betriebsart eines (Restaurants) mit Standort der Gewerbeberechtigung in Wien, R.-straße, und als Arbeitgeber zu verantworten, dass Sie die Arbeitnehmer M. Ad. und Ro. Y. in Ihrem Gewerbebetrieb in Wien, R.-straße, beschäftigt haben, ohne diesen Arbeitnehmern zumindest den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zu leisten, als

1) M. Ad., geb. 1952, der seit 03.04.2012 als Aushilfe beschäftigt ist und dessen Arbeitszeit seit 01.11.2012 20 Stunden in der Woche beträgt, laut Jahreslohnkonto 2013 einen monatlichen Bruttolohn in der Höhe von 620 Euro erhalten hat, obwohl aufgrund Ihrer Kollektivvertragszugehörigkeit (Mitglied der Fachgruppe Gastronomie Wien) in Verbindung mit der ausgeübten Tätigkeit des Arbeitnehmers (Aushilfe) für die Berechnung des zustehenden Grundlohns eine Einstufung in die Lohngruppe 17 des Kollektivvertrages Gastgewerbe Arbeiter (Wien) im 1. Betriebsjahr vorzunehmen ist, der ab 01.05.2011 bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden einen Bruttomonatslohn in der Höhe von 1.205 Euro, ab 01.07.2012 einen Bruttomonatslohn in der Höhe von 1.241 Euro, ab 01.12.2012 einen Bruttomonatslohn von 1.300 Euro und ab 01.05.2013 einen Bruttomonatslohn von 1.320 Euro vorsieht und sich für Herrn Ad. für den Zeitraum von 01.01.2013 bis 30.04.2013 ein Grundlohnanspruch in der Höhe von 2.603 Euro (1.300 Euro: 173 Monatsstunden x 20 Arbeitsstunden x 4,33 x 4 Monate) und für den Zeitraum von 01.05.2013 bis 31.12.2013 ein Grundlohnanspruch in der Höhe von 5.286,08 Euro (1.320 Euro: 173 Monatsstunden x 20 Arbeitsstunden x 4,33 x 8 Monate), insgesamt 7.889,08 Euro ergibt, dem für den Zeitraum von 01.01.2013 bis 31.12.2013 ein tatsächlich ausbezahlter Bruttolohn von 7.440 Euro gegenübersteht und sich somit eine Unterentlohnung in der Höhe von 449,08 Euro (5,70 %) ergibt;

2) Ro. Y., geb. 1964, der seit 05.04.2012 als Kellner für 10 Stunden in der Woche beschäftigt ist, laut den Jahreslohnkonten 2012 und 2013 für die Monate Mai 2012 bis März 2013 einen Bruttomonatslohn in der Höhe von 300 Euro erhalten hat, obwohl aufgrund Ihrer Kollektivvertragszugehörigkeit (Mitglied der Fachgruppe Gastronomie Wien) in Verbindung mit der ausgeübten Tätigkeit des Arbeitnehmers (Kellner) für die Berechnung des zustehenden Grundlohns eine Einstufung in die Lohngruppe 8 (Kellner) des Kollektivvertrages Gastgewerbe Arbeiter (Wien) im 1. Betriebsjahr vorzunehmen ist, der ab 01.05.2011 bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden einen Bruttomonatslohn in der Höhe von 1.205 Euro, ab 01.07.2012 einen Bruttomonatslohn in der Höhe von 1.241 Euro, ab 01.12.2012 einen Bruttomonatslohn von 1.300 Euro und ab 01.05.2013 einen Bruttomonatslohn von 1.320 Euro vorsieht und sich für Herrn Y. für den Zeitraum von 01.05.2012 bis 31.03.2013 ein Grundlohnanspruch in der Höhe von 3.453,75 Euro ergibt, dem ein tatsächlich ausbezahlter Bruttolohn von 3.300

Euro gegenüber steht und sich somit eine Unterentlohnung in der Höhe von 153,57 Euro (4,46 %) ergibt.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

Zu 1) und zu 2) jeweils § 7i Abs.3 in Verbindung mit § 7 g Abs. 1 Arbeitsvertragsrechts- Anpassungsgesetz -AVRAG, BGBl. Nr. 459/1993 in der Fassung BGBl. I Nr. 24/2011

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen werden über Sie folgende Strafen verhängt:

2 Geldstrafen von je € 1.250,00, falls diese uneinbringlich sind,  
2 Ersatzfreiheitsstrafen von je 3 Tagen und 3 Stunden

Summe der Geldstrafen: € 2.500,00

Summe der Ersatzfreiheitsstrafen: 6 Tage und 6 Stunden

jeweils gemäß § 7i Abs.3 AVRAG.

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

€ 250,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d.s. 10% der Strafe (mindestens jedoch € 10,00 je Übertretung).

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher € 2.750,00.

Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen.“

Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf rechtzeitig Beschwerde. Der Bf erachtet sich durch das angefochtene Straferkenntnis in seinem Recht darauf verletzt, nur dann nach den genannten Bestimmungen bestraft zu werden, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vorliegen, insbesondere auch die subjektive Tatseite im Sinne des § 5 VStG erfüllt sei.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Das AVRAG lautete in der im Beschwerdefall einschlägigen, im Tatzeitraum geltenden Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 67/2013 (auszugsweise):

„Feststellung von Übertretungen durch den Träger der Krankenversicherung

§ 7g (1) Stellt der zuständige Träger der Krankenversicherung im Rahmen seiner Tätigkeit fest, dass der/die Arbeitgeber/in dem/der dem ASVG unterliegenden Arbeitnehmer/in nicht zumindest den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien leistet, gilt § 7e Abs. 3 bis 5 mit der Maßgabe, dass an die Stelle des Kompetenzzentrums LSDB der zuständige Träger der Krankenversicherung tritt.

(2) Der zuständige Träger der Krankenversicherung ist berechtigt, in die für die Tätigkeit nach Abs. 1 erforderlichen Unterlagen Einsicht zu nehmen und

Abschriften dieser Unterlagen anzufertigen. Auf Verlangen haben Arbeitgeber/innen die erforderlichen Unterlagen oder Ablichtungen zu übermitteln. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.

### 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.

...“

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. 30 AVRAG idF. dieser Novelle lautet (auszugsweise):

#### "Inkrafttreten und Vollziehung

§ 19. (1) ...

...

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. ... .

..."

Das VStG idF. der Novelle BGBl. I Nr. 33/2013 lautet (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. ... .

...

#### Beschuldigter

§ 32. (1) Beschuldigter ist die im Verdacht einer Verwaltungsübertretung stehende Person von dem Zeitpunkt der ersten von der Behörde gegen sie gerichteten Verfolgungshandlung bis zum Abschluss der Strafsache. Der Beschuldigte ist Partei im Sinne des AVG.

(2) Verfolgungshandlung ist jede von einer Behörde gegen eine bestimmte Person als Beschuldigten gerichtete Amtshandlung (Ladung, Vorführungsbefehl, Vernehmung, Ersuchen um Vernehmung, Strafverfügung u. dgl.), und zwar auch dann, wenn die Behörde zu dieser Amtshandlung nicht zuständig war, die Amtshandlung ihr Ziel nicht erreicht oder der Beschuldigte davon keine Kenntnis erlangt hat.

(3) Eine Verfolgungshandlung, die gegen einen zur Vertretung nach außen Berufenen (§ 9 Abs. 1) gerichtet ist, gilt auch als Verfolgungshandlung gegen die anderen zur Vertretung nach außen Berufenen und die verantwortlichen Beauftragten. Eine Verfolgungshandlung, die gegen den Unternehmer (§ 9 Abs. 3) gerichtet ist, gilt auch als Verfolgungshandlung gegen die verantwortlichen Beauftragten.

..."

Im vorliegenden Fall erstattete die Wiener Gebietskrankenkasse mit Schreiben vom 16.06.2015 Anzeige gegen den Bf wegen des Verdachtes von Übertretungen des AVRAG (Unterentlohnung gemäß § 7i Abs. 3 AVRAG). Im Zuge einer Sozialversicherungsprüfung gemäß § 41a ASVG durch eine Bedienstete der Wiener Gebietskrankenkasse sei beim Arbeitgeber und Inhaber des Einzelunternehmens M. A. in Wien, R.-straße, bei zwei namentlich genannten Arbeitnehmer eine Verwaltungsübertretung gemäß § 7i Abs. 3 AVRAG (Unterentlohnung) festgestellt worden.

In der Anzeige wurde darauf hingewiesen, dass die Frist (für die Verfolgungsverjährung) von dem Zeitpunkt an zu berechnen sei, an dem das strafbare Verhalten aufgehört habe. Das strafbare Verhalten im Zusammenhang mit einer Unterentlohnung gemäß § 7i Abs. 3 AVRAG beginne mit dem Herbeiführen des rechtswidrigen Zustandes, also der Nichtleistung oder der nicht ausreichend hohen Leistung des Grundlohnes (spätestens zum gesetzlich festgelegten Fälligkeitszeitpunkt) und ende erst mit der tatsächlichen Leistung des zustehenden Grundlohnes (Herstellung des rechtskonformen Zustandes). Der rechtswidrige Zustand bleibe also bis zum Zeitpunkt der ordnungsgemäßen Erfüllung des Lohnanspruches aufrecht. Das strafbare Verhalten ende weder durch den Umstand, dass zum Zeitpunkt der Kontrolle oder der Anzeigenlegung die Entsendung oder das Arbeitsverhältnis bereits beendet gewesen sei, noch durch neue Lohnansprüche und/oder deren konkreten Zahlung. Solange die Zahlung (Nachzahlung) des korrekten Grundlohnes für jenen Zeitraum, welcher der Anzeige zugrunde liege, nicht erfolgt sei, höre das strafbare Verhalten nicht auf und es könnten weder die Fristen für die Verfolgungsverjährung (§ 31 Abs. 1 VStG) noch für die Strafbarkeitsverjährung (§ 31 Abs. 2 VStG) zu laufen beginnen. Im gegenständlichen Fall liegen keine Gründe vor, eine nachträgliche, im entsprechenden Ausmaß erfolgte Lohnzahlung anzunehmen, welche den

rechtswidrigen Zustand beseitigt hätte und somit geeignet gewesen wäre, den Lauf von Verjährungsfristen auszulösen.

In einem Schreiben vom 20.08.2015 legte die Wiener Gebietskrankenkasse (auf mehreren Seiten) ihre Rechtsansicht bezüglich der Frage der Verjährung bei Unterentlohnungen dar (insbesondere wird die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kritisiert). Mit ihrem Vorbringen (zum Beginn der Verfolgungsverjährungsfrist) ist die Wiener Gebietskrankenkasse aber nicht im Recht.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes liegt ein Dauerdelikt vor, wenn das strafbare Verhalten nicht nur in der Herbeiführung, sondern auch in der Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Zustandes besteht. Der § 7i Abs. 3 AVRAG stellt unter Strafe, dass ein Arbeitgeber Arbeitnehmer „beschäftigt oder beschäftigt hat“, ohne ihnen den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Lohn zu leisten. Schon das Verb „beschäftigen“ stellt klar, dass die strafbare Handlung im gesetzwidrigen (weil unzureichend entlohnten) Beschäftigen des Arbeitnehmers liegt und als Dauerdelikt andauert, so lange die unterbezahlte Beschäftigung aufrecht erhalten wird. Hingegen ist dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmen, dass der Tatbestand auch durch das bloße Unterlassen der Nachzahlung erfüllt wird. Aus § 7i Abs. 4 letzter Satz AVRAG ergibt sich vielmehr, dass die Nachzahlung einen Milderungsgrund darstellt, nicht aber die Beendigung des Tatzeitraumes (siehe dazu die Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofes vom 23.10.2014, ZI. Ra 2014/11/0061 und ZI. Ra 2014/11/0063).

Daraus ergibt sich unmissverständlich, dass mit dem jeweiligen Ende einer (unterentlohten) Beschäftigung die strafbare Handlung gemäß § 7i Abs. 3 AVRAG endet und gleichzeitig die Frist für die Verfolgungsverjährung beginnt (vgl. dazu das Erkenntnis des VwGH vom 18.08.2015, ZI. RA 2015/11/0044).

Das Verwaltungsgericht Wien legt seiner Entscheidung im Sinne dieser Rechtsprechung zugrunde, dass das strafbare Verhalten am 31.12.2013 geendet

hat. Der Bf wurde erstmals in der Aufforderung zur Rechtfertigung der belangten Behörde vom 22.06.2015 (dem Bf zugestellt am 26.06.2015) der in Rede stehenden Taten verdächtigt und somit als Beschuldigter verfolgt.

Gemäß § 19 Z. 31 zweiter Satz AVRAG sind in Verwaltungsstrafverfahren u.a. nach § 7i AVRAG auf Sachverhalte, die sich vor dem 1. Jänner 2015 ereignet haben, die vor dem Inkrafttreten der Novelle BGBl. I Nr. 94/2014 geltenden Bestimmungen weiterhin anzuwenden. Diese Bestimmungen - § 7i Abs. 5 AVRAG - normierten eine Frist für die Verfolgungsverjährung von einem Jahr. Diese war, bezogen auf das Ende des strafbaren Verhaltens mit Ablauf des 31. Dezember 2013, zum Zeitpunkt des Ergehens der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 22. Juni 2015 bereits abgelaufen.

Aufgrund der Ausführungen der Wiener Gebietskrankenkasse in ihrer Stellungnahme vom 20.08.2015 sieht das Verwaltungsgericht Wien keinen Anlass, von der in den angeführten Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes skizzierten Rechtsprechung abzuweichen.

Die mit dem angefochtenen Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien erfolgte Verurteilung des Bf wegen zweier Übertretungen des AVRAG erweist sich mithin als rechtswidrig, weshalb der Beschwerde Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren spruchgemäß einzustellen war.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 52 Abs. 8 VwGVG.

Da sich das Verwaltungsgericht Wien auf die zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes berufen kann, ist das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu verneinen. Die ordentliche Revision ist daher nicht zulässig.

## Belehrung

Gegen diesen Beschluss besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Beschlusses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Verwaltungsgericht Wien

Mag. Fritz  
Richter