



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38680
Telefax: (43 01) 4000 99 38680
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-041/046/4672/2017
M. A.

Wien, 11.5.2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Schmied über die Beschwerde der Frau M. A., vertreten durch RA, vom 27.3.2017 gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 22.2.2017, ZI. MBA ... – S 43846/14, wegen Übertretung des § 7i Abs. 3 in Verbindung mit § 7g Abs. 1 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz – AVRAG , BGBl. Nr. 459/1993 in der Fassung BGBl. I Nr. 24/2011,

zu Recht e r k a n n t:

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

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine 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

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde der Beschwerdeführerin M. A. zur Last gelegt, sie habe es als Gewerbeinhaberin der Gewerbe Schwarzdecker und Kleintransporte mit dem Standort der Gewerbeberechtigungen in Wien, B.-Straße und somit als Arbeitgeberin zu verantworten, dass sie Mu. G. als Arbeitskraft in der Zeit vom 02.05.2011 bis 31.05.2012 nicht zumindest den ihm nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien geleistet hat.

Wegen Übertretung des § 7i Abs. 3 iVm § 7g Abs. 1 AVRAG wurde über die Beschwerdeführerin gemäß § 7i Abs. 3 AVRAG eine Geldstrafe von 1.000,-- Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag verhängt und ihr ein Verfahrenskostenbeitrag von 100,-- Euro vorgeschrieben.

Das Straferkenntnis basiert auf der Strafanzeige der Wiener Gebietskrankenkasse (WGKK) vom 27.10.2014 zur Geschäftszahl ..., wonach im Zuge einer Gemeinsamen Prüfung lohnabhängiger Abgaben (GPLA) durch ein Organ der Abgabenbehörde M. A. überprüft und festgestellt worden sei, dass in der Zeit von 02.05.2011 bis 31.05.2012 Mu. G. unterentlohnt worden wäre.

In der gegen das Straferkenntnis fristgerecht erhobenen Beschwerde wurde u.a. ausgeführt, das Straferkenntnis sei nach Eintritt der Verfolgungsverjährung erlassen worden, weshalb es ersatzlos zu beheben sei.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Maßgebliche Rechtsvorschriften:

Im Zuge der Novelle BGBl. I Nr. 94/2014 wurde § 7i AVRAG neu gefasst. § 7i Abs 7 AVRAG idF. BGBl. I Nr. 94/2014 enthält eine Neuregelung der Fristen für die Verfolgungs- und die Strafbarkeitsverjährung. Gemäß § 7i Abs 7 AVRAG idF. BGBl. I Nr. 94/2014 beträgt die Frist für die Verfolgungsverjährung (§ 31 Abs. 1 VStG) drei Jahre ab der Fälligkeit des Entgelts. Bei Unterentlohnungen, die

durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, beginnt die Frist für die Verfolgungsverjährung ab der Fälligkeit des Entgelts für den letzten Lohnzahlungszeitraum der Unterentlohnung.

Gemäß § 19 Abs. 1 Z 31 AVRAG sind in Verwaltungsstrafverfahren nach § 7i 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.

Gemäß § 7i Abs. 3 AVRAG in der für den Tatzeitraum relevanten Fassung BGBl. I Nr. 24/2011 begeht eine Verwaltungsübertretung, 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. 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.

Gemäß § 7i Abs. 5 leg. cit. beträgt die Verjährungsfrist (§ 31 Abs. 2 VStG) für Verwaltungsübertretungen gemäß Abs. 3 ein Jahr.

Gemäß § 31 Abs. 2 VStG 1991 idF. BGBl. I Nr. 20/2009 beträgt die Verjährungsfrist sechs Monate. 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.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 3 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn Umstände vorliegen, die die Verfolgung ausschließen.

Mu. G. hat als Arbeitskraft (Facharbeiter, Berufszweig: Schwarzdecker/Mitglied des Landesgremiums Wien des Bauhilfsgewerbes) für den Zeitraum von

02.05.2011 bis 31.05.2012 einen Bruttolohn von € 17.629,00 erhalten, obwohl der Grundlohn für den Zeitraum von 02.05.2011 bis 06.02.2012 für 40 Wochenstunden € 18.128,32 (€ 11,39 x 173 Stunden / 30 Tage x 276 Arbeitstage), von 08.03.2012 bis 30.04.2012 für 40 Wochenstunden ein Grundlohn von € 3.546,85 (€ 11,39 x 173 Stunden / 30 Tage x 54 Tage) und von 02.05.2012 bis 31.05.2012 für 40 Wochenstunden ein Grundlohn von € 2.051,78 (€ 11,86 x 173 Stunden), insgesamt somit € 23.726,95 betragen hätte müssen, sodass sich für den Zeitraum von 02.05.2011 bis 31.05.2012 eine Unterentlohnung in der Höhe von € 6.097,95 (25,70%) ergibt.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH vom 16.12.2014, Ra 2014/11/0081; 23.10.2014, Ra 2014/11/0063 mwN) handelt es sich bei der Unterentlohnung gemäß § 7i Abs. 3 AVRAG um ein Dauerdelikt. Bei Dauerdelikten besteht das strafbare Verhalten nicht nur in der Herbeiführung, sondern auch in der Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Zustandes. Das im Tatbestand der Unterentlohnung des § 7i Abs. 3 AVRAG enthaltene Verb „beschäftigen“ stellt eindeutig klar, dass das strafbare Verhalten andauert, so lange die unterbezahlte Beschäftigung aufrechterhalten wird. Der Tatbestand wird jedoch nicht allein durch das bloße Unterlassen der Nachzahlung erfüllt. Die Nachzahlung stellt gemäß § 7i Abs. 4 letzter Satz AVRAG lediglich einen Milderungsgrund, nicht aber die Beendigung des Tatzeitraums dar.

Auch nach Inkrafttreten der AVRAG-Novelle BGBl. I Nr. 94/2014, mit der gesetzlich eine ausdrückliche Regelung des Beginns der Verjährungsfrist (gemäß § 7i Abs. 7 AVRAG beträgt die Frist für die Verfolgungsverjährung nunmehr drei Jahre ab Fälligkeit des Entgelts) erfolgte, hielt der VwGH in Bezug auf Sachverhalte, die vor Inkrafttreten der Novelle BGBl. I Nr. 94/2014 verwirklicht wurden, an seiner bis dahin vertretenen Rechtsansicht fest. So sprach er mit Erkenntnis vom 18.8.2015 unter Hinweis auf seine bisherige Rechtsprechung aus, dass es sich bei der Unterentlohnung gemäß § 7i Abs. 3 AVRAG um ein Dauerdelikt handle, welches andauere, solange die unterbezahlte Beschäftigung aufrecht erhalten wird. Die strafbare Handlung ende mit dem Ende der unterentlohten Beschäftigung. Gleichzeitig beginne zu diesem Zeitpunkt die Frist für die Verfolgungsverjährung (VwGH 18.8.2015, Ra 2015/11/0044).

Das Verwaltungsgericht Wien sieht keine Veranlassung von dieser Rechtsprechung abzuweichen. Abgesehen von den vom VwGH ins Treffen geführten Argumenten spricht gegen die von der WGKK vertretene Rechtsansicht, wonach bei Sachverhalten, die vor Inkrafttreten der Novelle BGBl. I Nr. 94/2014 verwirklicht wurden, die Verfolgungsverjährungsfrist erst mit der tatsächlichen Auszahlung des vorenthaltenen Lohnes beginnt, auch der Umstand, dass solche Sachverhalte künftig selbst dann noch verfolgt werden könnten, wenn einer Bestrafung wegen später (nach dem Inkrafttreten der Novelle BGBl. I Nr. 94/2014) verwirklichter Sachverhalte aufgrund der nunmehr geltenden Verjährungsregel des § 7i Abs. 7 AVRAG das Hindernis der Verfolgungsverjährung entgegensteht.

Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ergibt sich somit Folgendes:

Der gegenständlich zu beurteilende Sachverhalt wurde vor Inkrafttreten der Novelle BGBl. I Nr. 94/2014 verwirklicht. Das strafbare Verhalten endete mit dem Ende der unterentlohten Beschäftigung, welche im konkreten Fall bis zum 31.5.2012 andauerte. Die Verfolgungsverjährungsfrist begann deshalb am 31.5.2012 zu laufen. Da gemäß § 19 Z 31 zweiter Satz AVRAG in Verwaltungsstrafverfahren 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 sind, ergibt sich aus der für den konkreten Fall anwendbaren Bestimmung des § 7 Abs. 5 idF. BGBl. I Nr. 24/2011 eine Verfolgungsverjährungsfrist von einem Jahr. Da die Verfolgungsverjährungsfrist von einem Jahr nach der oben zitierten höchstgerichtlichen Rechtsprechung mit dem Ende der unterentlohten Beschäftigung am 31.5.2012 zu laufen begonnen hat, trat am 31.5.2013 Verfolgungsverjährung ein.

Die erste Verfolgungshandlung wurde ordnungsgemäß und rechtswirksam an die Beschuldigte zugestellter Aufforderung zur Rechtfertigung vom 08.06.2015 gesetzt. Vom Ende des Tatzeitraums (31.5.2012) bis zu dieser ersten behördlichen Verfolgungshandlung (8.6.2015) ist deutlich mehr als ein Jahr vergangen. Da – wie aus dem Akt ersichtlich – innerhalb der

Verfolgungsverjährungsfrist keine sonstige fristgerechte, gegen die Beschwerdeführerin als Beschuldigte gerichtete behördliche Verfolgungshandlung gesetzt worden ist, erweist sich ihre Verfolgung durch die belangte Behörde als unzulässig, sodass das angefochtene Straferkenntnis zu beheben und das gegen die Beschwerdeführerin geführte Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 3 VStG einzustellen war.

Zur Unzulässigkeit der Revision:

Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist die (ordentliche) Revision zulässig, wenn eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt, insbesondere weil das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs nicht einheitlich beantwortet wird.

Ein Vergleich der Regelungen zum Ablehnungsmodell gemäß Art. 131 Abs. 3 B-VG aF mit dem Revisionsmodell nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zeigt, dass diese Bestimmungen nahezu ident sind. Zur Auslegung des Begriffes „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“ kann somit auch auf die bisherige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zum Ablehnungsrecht nach Art. 131 Abs. 3 B-VG aF zurückgegriffen werden (in diesem Sinne Thienel, Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, 74). Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ist dann anzunehmen, wenn die Entscheidung des VwGH von der Lösung einer Rechtsfrage des materiellen Rechts oder des Verfahrensrechts abhängt, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt. Einer Rechtsfrage kommt grundsätzliche Bedeutung zu, wenn sie über den konkreten Einzelfall hinaus Bedeutung besitzt (VwGH 18.06.2014, Ra 2014/01/0029). Trotz fehlender Rechtsprechung des VwGH liegt keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, wenn die Rechtslage eindeutig ist oder bereits durch ein Urteil des EuGH gelöst wurde (VwGH 28.05.2014, Ra 2014/07/0053; 28.02.2014, Ro 2014/16/0010). Die Rechtsfrage muss eine solche sein, durch deren Lösung im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes ein Eingriff in subjektive Rechte des

Revisionswerbers im Sinne des Art. 133 Abs. 6 Z 1 B-VG zumindest möglich ist. Für die Lösung abstrakter Rechtsfragen hingegen ist der VwGH nicht zuständig (VwGH 12.08.2014, Ra 2014/06/0015). Der VwGH ist als Rechtsinstanz tätig, zur Überprüfung der Beweiswürdigung ist er im Allgemeinen nicht berufen. Unter Beachtung dieses Grundsatzes kann der VwGH jedoch prüfen, ob das Verwaltungsgericht im Rahmen seiner Beweiswürdigung alle in Betracht kommenden Umstände vollständig berücksichtigt hat (VwGH 19.05.2014, Ra 2015/19/0091).

Da sich das Verwaltungsgericht bei der Lösung der Rechtsfrage, ob bereits Verfolgungsverjährung eingetreten ist, an der dazu ergangenen, einheitlichen höchstgerichtlichen Judikatur orientiert und selbige in den Entscheidungsgründen zitiert hat, war in Ansehung der oben dargelegten, von Judikatur und Literatur herausgearbeiteten Grundsätzen nicht vom Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung auszugehen und die (ordentliche) Revision nicht zuzulassen.

B e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung 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 der Entscheidung durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt 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, Verkehrssteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. 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.

M a g . S c h m i e d

Richter