

**Gericht**

Verwaltungsgerichtshof

**Entscheidungsdatum**

05.09.2018

**Geschäftszahl**

Ra 2018/11/0144

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rigler und die Hofräte Dr. Schick und Mag. Samm als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Soyer, über die Revision der Wiener Gebietskrankenkasse als Kompetenzzentrum LSDB in Wien, vertreten durch Dr. Heinz Edlmann, Rechtsanwalt in 1060 Wien, Windmühlgasse 30/3, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Burgenland vom 8. Mai 2018, Zl. E 200/05/2018.005/004, betreffend Übertretungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes - AVRAG (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Bezirkshauptmannschaft Neusiedl am See; mitbeteiligte Partei: J H S in B), zu Recht erkannt:

**Spruch**

Das angefochtene Erkenntnis wird, soweit damit der Straf- und der Kostenausspruch des Straferkenntnisses der belangten Behörde "behoben" wird, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben.

Der Antrag auf Aufwandersatz wird abgewiesen.

**Begründung**

1 Mit Straferkenntnis vom 30. Jänner 2018 erkannte die belangte Behörde den Mitbeteiligten schuldig, er habe es als Geschäftsführer der H. Kft. mit Sitz in Ungarn als Arbeitgeber zu verantworten, dass vier näher genannte Arbeitnehmer am 27. Mai 2015 an einer näher genannten Baustelle in G. beschäftigt worden seien, ohne dass ihnen der zustehende Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien geleistet worden sei. Die Unterentlohnung habe in einem Fall 46,38 %, in den übrigen drei Fällen jeweils 82,18 % betragen. Der Mitbeteiligte habe dadurch § 7i Abs. 5 des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes - AVRAG iVm. dem Kollektivvertrag für das Baugewerbe - (Industrie)Arbeiter verletzt. Über den Mitbeteiligten wurde eine Geldstrafe in Höhe von EUR 17.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen und 23 Stunden) verhängt. Überdies wurde der Mitbeteiligte zur Zahlung von EUR 1.700,-- als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens verpflichtet.

2 Mit dem angefochtenen Erkenntnis gab das Landesverwaltungsgericht Burgenland der Beschwerde des Mitbeteiligten dahin Folge, dass der Straf- und der Kostenausspruch "behoben" wurde. Im Übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen.

Unter einem wurde gemäß § 25a VwGG ausgesprochen, dass die Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig sei.

3 Gegen dieses Erkenntnis, und zwar nur gegen die "Behebung" des Straf- und des Kostenausspruches, richtet sich die vorliegende, vom Verwaltungsgericht gemeinsam mit den Akten des Verfahrens vorgelegte (außerordentliche) Revision.

4 Der Mitbeteiligte und die belangte Behörde erstatteten keine Revisionsbeantwortung.

5 Der Verwaltungsgerichtshof hat über die Revision erwogen:

6 1. Das AVRAG, BGBl. 459/1993 idF BGBl. I Nr. 94/2014, lautete (auszugsweise):

"Kompetenzzentrum LSDB

§ 7e. (1) Für die Kontrolle des dem/der nicht dem ASVG unterliegenden Arbeitnehmer/in nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag in Österreich unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zustehenden Entgelts im Sinne des § 7i Abs. 5 wird die Wiener Gebietskrankenkasse als Kompetenzzentrum Lohn- und Sozialdumping Bekämpfung (Kompetenzzentrum LSDB) eingerichtet.

...

Strafbestimmungen

§ 7i.

...

(5) 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. Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, liegt eine einzige Verwaltungsübertretung vor. Auf Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag beruhende Überzahlungen bei den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgeltbestandteilen sind auf allfällige Unterentlohnungen im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum anzurechnen. Hinsichtlich von Sonderzahlungen für dem ASVG unterliegende Arbeitnehmer/innen liegt eine Verwaltungsübertretung nach dem ersten Satz nur dann vor, wenn der/die Arbeitgeber/in die Sonderzahlungen nicht oder nicht vollständig bis spätestens 31. Dezember des jeweiligen Kalenderjahres leistet. 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.

...

(7) 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 in diesen Fällen fünf Jahre. Hinsichtlich von Sonderzahlungen beginnen die Fristen nach den beiden ersten Sätzen ab dem Ende des jeweiligen Kalenderjahres (Abs. 5 dritter Satz) zu laufen.

...

(8) Parteistellung in Verwaltungsstrafverfahren

1. nach Abs. 1 erster Satz, Abs. 2 und 4 und nach § 7b Abs. 8 hat die Abgabenbehörde, in den Fällen des Abs. 5 in Verbindung mit § 7e das Kompetenzzentrum LSDB,
2. nach Abs. 5 in Verbindung mit § 7g und in den Fällen des Abs. 1 zweiter Satz und Abs. 3 hat der zuständige Träger der Krankenversicherung,
3. nach Abs. 1, 2a, 4 und 5 und nach § 7b Abs. 8 in Verbindung mit § 7h hat die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse,

auch wenn die Anzeige nicht durch die in den Z 1 bis 3 genannten Einrichtungen erfolgt. Diese können gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde Beschwerde beim Verwaltungsgericht und gegen das Erkenntnis oder den Beschluss eines Verwaltungsgerichts Revision beim Verwaltungsgerichtshof erheben.

..."

7 2.1. Die Revisionslegitimation der Revisionswerberin ergibt sich aus § 7i Abs. 8 AVRAG.

8 2.2. Die Revision ist gemäß Art.133 Abs.4 B-VG zulässig, weil das Verwaltungsgericht, wie im Folgenden zu zeigen, von der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen ist.

9 3. Die Revision ist begründet.

10 3.1. Das Verwaltungsgericht begründete das angefochtene Erkenntnis im Wesentlichen wie folgt:

11 Die vom Mitbeteiligten eingewendete Verjährung sei im Hinblick auf § 7i Abs.7 AVRAG nicht eingetreten. Die bereits von der belangten Behörde zur Last gelegten Unterbezahlungen lägen vor, auch das Verschulden des Mitbeteiligten sei gegeben.

12 Allerdings wäre gemäß § 7i Abs.5 AVRAG für jeden betroffenen Arbeitnehmer eine gesonderte Geldstrafe zu verhängen gewesen. Die Verhängung einer Gesamtstrafe durch die belangte Behörde sei rechtswidrig. Dem Straferkenntnis lasse sich jedoch nicht entnehmen, wie die verhängte Gesamtstrafe auf die zur Last gelegten vier Verwaltungsübertretungen aufzuteilen sei. Diese unterschieden sich auch in Bezug auf den Unrechtsgehalt und die Folgen der Tat, sodass eine "Viertelaufteilung" der Gesamtstrafe von vornherein ausscheide. Da die Unterentlohnung bei drei der betroffenen Arbeitnehmer 82,18 %, beim vierten Arbeitnehmer aber nur 46,38 % betrage, und der Zeitraum der Unterentlohnung bei drei der Arbeitnehmer 22 Tage, beim vierten aber nur 13 Tage betrage, gebe es keinen objektiven Maßstab, anhand dessen sich zweifelsfrei beurteilen ließe, ob das Verwaltungsgericht für die vier Übertretungen eine höhere Strafe verhängt und damit gegen das Verbot der reformatio in peius verstoßen hätte. Die Fehlleistung der belangten Behörde könne vom

Verwaltungsgericht daher nicht mehr korrigiert werden. Der Straf- und der Kostenausspruch des Straferkenntnisses seien daher zu beheben gewesen.

3.2. Die Revision verweist auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, wonach auch bei einer rechtlichen Beurteilung des Verwaltungsgerichtes dahin, dass statt der von der Behörde angenommenen einzigen Übertretung mehrere Übertretungen vorliegen, eine Entscheidung in der Sache über den Strafausspruch zu treffen sei.

3.3.1 Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 22. Februar 2018, Ra 2017/11/0066, unter Rückgriff auf seine Vorjudikatur Folgendes ausgeführt:

"...

33 In Verwaltungsstrafsachen (vgl. zur Qualifikation einer Angelegenheit als ‚Verwaltungsstrafsache‘ VwGH 30.6.2016, Ra 2016/11/0024) haben die Verwaltungsgerichte jedenfalls, also ohne dass die ausnahmsweise nach § 28 VwGVG bestehende Möglichkeit zur Aufhebung des Bescheids zum Tragen kommen könnte (vgl. dazu VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063, und die daran anschließende Folgejudikatur), in der Sache selbst zu entscheiden (sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist). Diese grundsätzliche Verpflichtung zu einer reformatorischen Entscheidung ist schon verfassungsgesetzlich vorgegeben (Art. 130 Abs. 4 erster Satz B-VG) und wird einfachgesetzlich in § 50 VwGVG wiederholt bzw. konkretisiert.

34 Eine weitere, für die Beantwortung der im Revisionsfall aufgeworfenen Frage wesentliche Differenzierung zwischen Verwaltungsstrafsachen und anderen Verwaltungssachen wird ebenfalls schon auf Verfassungsebene festgelegt: Gemäß Art. 130 Abs. 3 B-VG liegt - außer in Verwaltungsstrafsachen und in den zur Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes des Bundes für Finanzen gehörenden Rechtssachen - Rechtswidrigkeit nicht vor, soweit das Gesetz der Verwaltungsbehörde Ermessen einräumt und sie dieses im Sinne des Gesetzes geübt hat. Die danach bestehenden Einschränkungen für die verwaltungsgerichtliche Überprüfung behördlicher Ermessensentscheidungen (vgl. dazu etwa VwGH 1.3.2016, Ra 2015/11/0106) gelten demnach nicht in Verwaltungsstrafsachen. Vielmehr ist das Verwaltungsgericht hier nicht bei der Ermessenskontrolle beschränkt, sondern hat - in Verwaltungsstrafsachen - auch das im Gesetz vorgesehene Ermessen zu üben.

35 Bei der Bemessung einer Strafe handelt es sich um eine Ermessensentscheidung, die nach den vom Gesetzgeber in § 19 VStG festgelegten Kriterien vorzunehmen ist (vgl. nur etwa VwGH 27.1.2016, Ro 2015/03/0042; 16.12.2016, Ra 2016/02/0201, je mwN).

36 Gemäß § 51 Abs. 6 VStG (in seiner bis zur Außerkraftsetzung durch das Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetz 2013, BGBl. I Nr. 33/2013, geltenden Fassung) durfte auf Grund einer vom Beschuldigten oder auf Grund einer zu seinen Gunsten erhobenen Berufung keine höhere Strafe verhängt werden als im angefochtenen Bescheid.

37 Dieser Regelung entsprechend wird nun in § 42 VwGVG normiert, dass auf Grund einer vom Beschuldigten oder auf Grund einer zu seinen Gunsten erhobenen Beschwerde in einem Erkenntnis oder in einer Beschwerdevorentscheidung keine höhere Strafe verhängt werden darf als im angefochtenen Bescheid.

38 Das damit normierte Verbot der reformatio in peius verbietet jede Erhöhung einer Geldstrafe oder auch nur einer Ersatzfreiheitsstrafe. Solange es zu keiner Erhöhung der Strafe kommt, hindert das Verschlechterungsverbot aber nicht eine rechtliche Korrektur des erstinstanzlichen Bescheides. Insbesondere steht es der richtigstellenden Anlastung des Verhaltens als Begehung mehrerer Verwaltungsübertretungen und der entsprechenden Richtigstellung des Strafausspruchs nicht entgegen (vgl. VwGH 20.5.2009, 2007/07/0110, 25.1.2005, 2004/02/0293, 20.4.2004, 2003/02/0076, 1.10.1996, 96/11/0098, in welchen Entscheidungen der Verwaltungsgerichtshof jeweils den geltend gemachten Verstoß gegen das Verbot der reformatio in peius verneint hat, ohne dass das Vorliegen eines - erkennbaren - Maßstabs für die gebotene Aufteilung der Strafe als maßgeblich angesehen worden wäre). Das Verbot der reformatio in peius verhindert auch nicht die Heranziehung anderer Strafzumessungsgründe (vgl. VwGH 7.3.2016, Ra 2015/02/0225; 18.10.2007, 2006/09/0031).

39 Der genannte Grundsatz verlangt freilich die Herabsetzung der Höhe der Strafe im Fall einer Einschränkung des Tatzeitraums oder einer sonstigen ‚qualitativen oder quantitativen Reduktion‘ des Tatvorwurfs, sofern nicht andere Strafbemessungsgründe heranzuziehen sind, die eine Beibehaltung der festgesetzten Strafhöhe dennoch rechtfertigen (vgl. VwGH 21.2.2012, 2010/11/0245; 22.4.2010, 2007/07/0015; 27.5.2008, 2007/05/0235; 18.10.2007, 2006/09/0031; 18.6.1990, 90/19/0110).

40 Auf den Revisionsfall bezogen bedeutet dies, dass das Verwaltungsgericht einerseits die von der belangten Behörde entsprechend Spruchpunkt A verhängte Gesamtstrafe von EUR 1.242,-- entsprechend den von den Übertretungen betroffenen zwei Arbeitnehmern auf zwei Einzelstrafen aufzuteilen und dabei andererseits eine Reduktion der Strafe vorzunehmen hatte (bei deutlich niedrigerer Summe der beiden Einzelstrafen gegenüber der seitens der belangten Behörde festgesetzte Gesamtstrafe), weil von den insgesamt die Arbeitnehmerin D betreffenden 14 Überschreitungstagen nur mehr einer verblieben war und von den den Arbeitnehmer R betreffenden acht Überschreitungen nur mehr zwei Tage.

41 Aus dem vom Verwaltungsgericht für seine gegenteilige Vorgangsweise ins Treffen geführten hg. Erkenntnis vom 29. Juni 1987, 86/08/0250, ist für seine Auffassung schon deshalb nichts zu gewinnen, weil in diesem die hier aufgeworfene Frage gar nicht behandelt wurde.

42 Die (vom Verwaltungsgericht im angefochtenen Erkenntnis vertretene) Auffassung, mangels eines von der Verwaltungsbehörde vorgegebenen bzw. aus den Gründen ihrer Entscheidung zumindest erkennbaren Aufteilungsmaßstabs (für die erforderliche Aufteilung einer unzulässig verhängten Gesamtstrafe an Stelle mehrerer Einzelstrafen) sei dem Verwaltungsgericht die von § 22 VStG gebotene Korrektur verwehrt, ist mit den eben aufgezeigten Vorgaben nicht vereinbar:

43 Das Verwaltungsgericht, das gemäß Art. 130 Abs. 4 erster Satz B-VG in Verwaltungsstrafsachen immer in der Sache selbst entscheidet, dem daher in jedem Fall die Befugnis und Verpflichtung zu allenfalls erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen zukommt (vgl. VwGH 15.12.2014, Ro 2014/17/0121), ist in seiner Ermessenskontrolle nicht beschränkt. Es hat demgemäß auch, zumal es seine Entscheidung an der im Entscheidungszeitpunkt bestehenden Sach- und Rechtslage auszurichten hat (vgl. abermals VwGH 1.3.2016, Ra 2015/11/0106), gegebenenfalls eine seit der behördlichen Entscheidung erfolgte ‚qualitative oder quantitative Reduktion‘ des Tatvorwurfs ebenso zu berücksichtigen wie neu hinzugetretene Strafbemessungsgründe. Ein Verstoß gegen das Verbot der reformatio in peius liegt auch dann nicht vor, wenn das Verwaltungsgericht im Rahmen der vorzunehmenden eigenen Bewertung von Milderungs- und Erschwerungsgründen trotz Wegfalls eines von der Verwaltungsstrafbehörde für die Bemessung der Strafe herangezogenen Erschwerungsgrundes die verhängte Strafe nicht herabsetzt, wenn es in der Lage ist zu begründen, dass andere Umstände vorlagen, die es rechtfertigen, das Ausmaß der verhängten Strafe für angemessen zu halten (vgl. VwGH 7.3.2016, Ra 2015/02/0225, mwN).

44 Der hier vertretenen Auffassung steht - im Lichte der durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2014 begründeten, oben aufgezeigten (auch) verfassungsgesetzlichen Vorgaben betreffend die Stellung der Verwaltungsgerichte - weder das von der Revision angesprochene hg. Erkenntnis vom 30. Juni 1994, 94/09/0049, das in einem vergleichbaren Fall bei der dortigen Fallkonstellation mangels erkennbaren Aufteilungsmaßstabs die unzulässige Verhängung einer Gesamtstrafe als von der Berufungsbehörde nicht korrigierbar angesehen hat, noch das (darauf Bezug nehmende) hg. Erkenntnis vom 31. August 2016, 2013/17/0811, entgegen, weil beide Entscheidungen zur Rechtslage vor der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2014 ergangen sind. Nicht entgegen steht dem auch der hg. Beschluss vom 11. August 2017, Ra 2017/17/0310, mit dem eine Revision in einer Angelegenheit nach dem Glücksspielgesetz zurückgewiesen wurde: Mit diesem wurde nämlich fallbezogen bloß zum Ausdruck gebracht, dass der mit dem Zulässigkeitsvorbringen der Revision geltend gemachte Widerspruch zum Erkenntnis 2013/17/0811 nicht vorliege, weil ohnehin ein zweifelsfrei erkennbarer Aufteilungsschlüssel vorgelegen sei, ohne dass damit eine Aussage über das Erfordernis eines solchen Schlüssels getroffen worden wäre.

45 Nach dem Gesagten hätte das Verwaltungsgericht also an Stelle der Behebung des Straf- und Kostenausspruchs hinsichtlich der verbliebenen Überschreitungen der Tageshöchstarbeitszeiten (Spruchpunkte A Nr. 10, 17 und 18) eine neue, den Vorgaben nach §§ 19, 22 VStG und § 42 VwGVG Rechnung tragende Strafbemessung vornehmen müssen.

..."

13 3.3.2. Für den Revisionsfall ergibt sich daraus Folgendes:

Entgegen der Annahme des Verwaltungsgerichtes stand das Verbot der reformatio in peius einer eigenständigen Strafbemessung des Verwaltungsgerichtes in Ansehung der vier Verwaltungsübertretungen aufgrund eigenen Ermessens im Rahmen der von ihm zu treffenden Sachentscheidung auch über den Straf- und Kostenausspruch nicht entgegen. Das Verwaltungsgericht hätte vielmehr an Stelle der Behebung des Straf- und Kostenausspruchs hinsichtlich der Unterbezahlungen eine neue, den Vorgaben nach §§ 19, 22 VStG und § 42 VwGVG Rechnung tragende Strafbemessung vornehmen müssen.

3.4. Das angefochtene Erkenntnis war aus diesen Erwägungen - im angefochtenen Umfang - gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

4. Der Antrag auf Zuspruch von Aufwandsersatz war abzuweisen, weil gemäß § 47 Abs. 4 VwGG in den Fällen des Art. 133 Abs. 6 Z 2 bis 4 B-VG der Revisionswerber keinen Anspruch auf Aufwandsersatz hat. Wien, am 5. September 2018

## European Case Law Identifier

ECLI:AT:VWGH:2018:RA2018110144.L00