



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Schick und die Hofrätin Mag. Hainz-Sator sowie den Hofrat Dr. Faber als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Vitecek, über die Revision der Österreichischen Gesundheitskasse als Kompetenzzentrum LSDB in Wien, vertreten durch Dr. Anton Ehm und Mag. Thomas Mödlagl, Rechtsanwälte in 1050 Wien, Schönbrunner Straße 42/6, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Salzburg vom 10. Jänner 2022, Zl. 405-7/1075/1/22-2022, betreffend Übertretung des LSD-BG (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Bezirkshauptmannschaft St. Johann im Pongau; mitbeteiligte Partei: J W in K (Dänemark), vertreten durch die Steßl und Kasper Rechtsanwälte GmbH in 8010 Graz, Sporgasse 11/2/512), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Antrag auf Zuerkennung von Aufwandsersatz wird abgewiesen.

Entscheidungsgründe:

- 1 1.1. Mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 26. Jänner 2021 wurde der Mitbeteiligte schuldig erkannt, er habe es „als Verantwortlicher“ eines Unternehmens mit Sitz in Dänemark zu verantworten, dass fünf namentlich genannte Arbeitnehmer in näher genannten Zeiträumen zwischen November 2018 und Jänner 2019 an einem näher genannten Ort in Österreich beschäftigt worden seien, ohne ihnen das gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien geleistet zu haben. Der Mitbeteiligte habe dadurch gegen § 29 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz - LSD-BG verstoßen, weswegen über ihn zwei Geldstrafen zu je € 3.500,-- (Ersatzfreiheitsstrafe jeweils 84 Stunden) und drei Geldstrafen zu je € 3.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe jeweils 72 Stunden) verhängt wurden und ihm ein Beitrag zu den Verfahrenskosten auferlegt wurde.





- 2 1.2. Mit dem angefochtenen Erkenntnis gab das Landesverwaltungsgericht Salzburg der dagegen erhobenen Beschwerde des Mitbeteiligten nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung insoweit Folge, als anstelle der einzelnen Strafaussprüche hinsichtlich der fünf Arbeitnehmer eine Gesamtstrafe in der Höhe von € 1.500,-- verhängt wurde, die Ersatzfreiheitsstrafen entfielen und der Kostenbeitrag zum behördlichen Verfahren neu festgesetzt wurde. Im Übrigen wies das Verwaltungsgericht die Beschwerde ab und sprach aus, dass die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig sei.
- 3 Das Verwaltungsgericht stellte, soweit hier maßgeblich, fest, der Mitbeteiligte und sein Geschäftspartner hätten im Winter 2018/2019 einen Schiverleih an einer näher genannten Adresse in Österreich betrieben und dort „die im Straferkenntnis genannten Arbeitnehmer in den angeführten Zeiten beschäftigt“.
- 4 Begründend führte das Verwaltungsgericht zur Strafbemessung aus, es sei von einem vorenthaltenen Lohn für die fünf Arbeitnehmer in Höhe von insgesamt € 8.343,94 auszugehen. Das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz sei durch die Novelle BGBl. I Nr. 174/2021 im Gefolge des Urteils des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 12. September 2019 in den Rechtssachen *Maksimovic ua.*, C- 64/18 ua., dahingehend geändert worden, dass nicht mehr einzelne Strafen je betroffenem Arbeitnehmer zu verhängen seien, sondern eine Gesamtstrafe in einer maximalen Höhe von € 20.000,-- bis € 400.000,--. Diese Bestimmung sei gemäß § 72 Abs. 10 LSD-BG auch auf das gegenständliche Verfahren anzuwenden. Ersatzfreiheitsstrafen hätten zu entfallen.
- 5 Die Höchststrafe für die gegenständlichen Taten betrage € 20.000,--, weil es sich um eine Ersttat handle, fünf Arbeitnehmer betroffen seien und eine Unterentlohnung in der Höhe von € 8.343,94 vorliege. Strafmildernd wirke ua. die lange Verfahrensdauer, erschwerend näher genannte Umstände. Die festgesetzte Strafe, welche unter zehn Prozent der möglichen Höchststrafe liege, sei jedenfalls angemessen iSd. § 19 VStG.



- 6 1.3. Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende (außerordentliche) Revision. Der Mitbeteiligte hat im Vorverfahren eine Revisionsbeantwortung erstattet.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

- 7 2.1. Die Revisionslegitimation der Revisionswerberin ergibt sich aus Art. 133 Abs. 8 B-VG iVm. § 32 Abs. 1 Z 1 und zweiter Satz LSD-BG.

- 8 2.2. Die Revision ist zulässig, weil sie zutreffend vorbringt, dass Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage des gemäß § 29 Abs. 1 LSD-BG in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 174/2021 anwendbaren Strafrahmens fehlt.

- 9 3.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des LSD-BG, BGBl. I Nr. 44/2016 in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 174/2021, lauten (auszugsweise):

„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. ...

...



Inkrafttreten

§ 72. ...

(10) Die §§ 1 Abs. 2, 3, 5 bis 9, 2 Abs. 2, 3 und 4, 3 Abs. 5 und 7, 12 Abs. 1 Z 3 bis 6, 14 samt Überschrift, 15 Abs. 2, 19, 21, 22, 24 Abs. 1 erster Satz, 25a, 26 bis 28 samt Überschriften, 29 Abs. 1, 33, 34 samt Überschrift, 35 Abs. 2 und 4 und die Überschrift zu § 3 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 174/2021 treten mit 1. September 2021 in Kraft und sind auf Entsendungen und Überlassungen anzuwenden, die nach dem 31. August 2021 begonnen haben. ... Die §§ 26 bis 29 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 174/2021 sind auf alle zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Bestimmungen anhängigen Verfahren einschließlich von Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof und Verfassungsgerichtshof anzuwenden.“

- 10 3.2. In den Gesetzesmaterialien wird zu § 29 LSD-BG in der Fassung BGBl. I Nr. 174/2021 Folgendes ausgeführt (RV 943 BlgNR XXVII. GP, 10 f):

„... Nach dem Urteil des EuGH vom 12. September 2019, *Maksimovic ua*, C-64/18 ua sind die österreichischen Strafbestimmungen zu den formalen Verpflichtungen nach den §§ 26 bis 28 unverhältnismäßig und damit unionsrechtswidrig. Der VwGH hat sich in einer Vielzahl an Entscheidungen, erstmals in jener vom 15.10.2019, Ra 2019/11/0033 bis 0034, der Ansicht des EuGH angeschlossen. Gleiches gilt für den VfGH. Im Sinne dieser Judikatur sind die Strafbestimmungen zu überarbeiten. Dabei soll im Einklang mit der vorgenannten Judikatur die Verhältnismäßigkeit durch Entfall der Kumulation und Schaffung eines Strafrahmens ohne Mindeststrafe, deren oberes Ende zugleich die Höchstgrenze im Sinne des Urteils *Maksimovic ua* bildet, hergestellt werden. In gleicher Weise soll § 29 adaptiert werden. Für die im Einzelfall vorzunehmende Strafbemessung gilt § 19 VStG.

... In der Neuregelung des § 29 Abs. 1 LSD-BG wird vom bisherigen Modell der Bestrafung pro Arbeitnehmer abgegangen. Anstelle dessen werden nunmehr mehrere Strafrahmen (in fünf Stufen) vorgesehen. Bei der Gestaltung der Strafrahmen wird auf die Höhe des vorenthaltenen Entgelts (Schaden) bzw. bei der letzten Stufe (bis zu 400.000 Euro) zusätzlich auf den Verschuldensgrad (vorsätzliche Begehung der Tat) als erschwerendes Moment und die Höhe der durchschnittlichen Unterentlohnung abgestellt. Für Kleinstunternehmen mit bis zu neun Arbeitnehmern wird für den Erstfall (nicht Wiederholungsfall) die Obergrenze des Strafrahmens von 50.000 Euro auf 20.000 Euro herabgesetzt, wenn auch die Summe des vorenthaltenen Entgelts unter 20.000 Euro liegt. Wirkt der Arbeitgeber bei der Wahrheitsfindung unverzüglich und vollständig etwa durch Offenlegung der Lohnbuchhaltung mit, ist anstelle des Strafrahmens bis 100.000 Euro oder bis 250.000 Euro der jeweils niedrigere Strafrahmen anzuwenden, als es der Schadenssumme



entspricht (Strafmilderung), ausgenommen. Keine Anwendung findet diese Regelung, wenn die Voraussetzungen für den höchsten Strafraumen bis zu 400.000 Euro vorliegen. Diese Regelung findet auch keine Anwendung, beim Strafraumen bis zu 50.000 Euro, oder wenn im Erstfall bei einem Arbeitgeber mit bis zu neun Arbeitgebern die Schadenssumme unter 20.000 Euro liegt; bei letzterem fehlt es nach der Konstruktion des § 29 LSD-BG vorweg am Vorliegen eines niedrigeren Strafraumens, der angewendet werden könnte. ...“

11 4. Die Revision ist begründet:

12 4.1. Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom
12. Oktober 2021, Ra 2019/11/0015, 0016, und in seinem Beschluss vom
selben Tag, Ra 2021/11/0033, 0034, dargelegt hat, wird durch die mit der
Novelle BGBl. I Nr.174/2021 (unter anderem) in § 29 Abs. 1 LSD-BG
vorgenommene Änderung klargestellt, dass - unabhängig von der Anzahl der
betroffenen Arbeitnehmer - nur mehr eine einzige Verwaltungsübertretung
begangen wird, die mit einer einzigen Geldstrafe zu bestrafen ist. Gleichzeitig
wird eine Höchstgrenze für diese Geldstrafe festgelegt, während die
Untergrenze (Mindeststrafe) entfällt. Diese Bestimmung ist nach § 72 Abs. 10
letzter Satz LSD-BG auf alle am 1. September 2021 anhängigen Verfahren
anzuwenden.

13 4.2. Das Verwaltungsgericht hat in Anwendung des § 29 Abs. 1 LSD-BG in der
Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 174/2021 bei der Bemessung der Geldstrafe
für die festgestellte Unterentlohnung von fünf Arbeitnehmern den untersten
Strafraumen des § 29 Abs. 1 LSD-BG (Geldstrafe bis zu € 20.000,--)
herangezogen und ist dabei erkennbar davon ausgegangen, dass dieser
Strafraumen auf die Anzahl der von der Verwaltungsübertretung betroffenen
Arbeitnehmer abstellt (arg.: „fünf betroffene Arbeitnehmer“).

14 4.3. § 29 Abs. 1 LSD-BG enthält für das Delikt der Unterentlohnung fünf
verschiedene Strafraumen, welche nach der Höhe des den (allen) von der
Unterentlohnung betroffenen Arbeitnehmern insgesamt vorenthaltenen Entgelts
gestaffelt sind sowie teilweise auf zusätzliche Voraussetzungen abstellen. Der
hier einschlägige unterste Strafraumen des § 29 Abs. 1 zweiter Satz LSD-BG
setzt voraus, dass die Summe des vorenthaltenen Entgelts geringer als
€ 20.000,-- ist, dass ein Erst- und nicht ein Wiederholungsfall vorliegt, und



dass es sich um einen „Arbeitgeber mit bis zu neun Arbeitnehmern“ handelt. Das Gesetz stellt mit der zuletzt genannten Voraussetzung nicht auf die Anzahl der von der Unterentlohnung betroffenen Arbeitnehmer ab, sondern auf eine Unternehmensgröße, gemessen an der Anzahl der Arbeitnehmer (vgl. RV 943 BlgNR XXVII. GP, 10: „Kleinstunternehmen mit bis zu neun Arbeitnehmern“).

- 15 Für die Anwendung dieses Strafrahmens bedarf es demnach eindeutiger Feststellungen hinsichtlich der Höhe des vorenthaltenen Entgelts, der Frage, ob es sich um eine Erst- oder eine Wiederholungstat handelt, sowie der Anzahl der Arbeitnehmer des betreffenden Arbeitgebers insgesamt.
- 16 4.4. Die zuletzt genannten Feststellungen hat das Verwaltungsgericht, ausgehend von der unzutreffenden Rechtsansicht, es komme auf die Anzahl der von der Verwaltungsübertretung betroffenen Arbeitnehmer an, unterlassen.
- 17 Dagegen bringt der Mitbeteiligte in seiner Revisionsbeantwortung vor, das Unternehmen, für welches er verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich sei, habe über keine weiteren Arbeitnehmer als jene verfügt, welche vom gegenständlichen Vorwurf der Unterentlohnung betroffen gewesen seien, was das Verwaltungsgericht auch festgestellt habe.
- 18 Das Verwaltungsgericht stellte fest, der Mitbeteiligte habe im Winter 2018/2019 einen Schiverleih an einer näher genannten Adresse in Österreich betrieben und dort die im Straferkenntnis genannten Arbeitnehmer in den angeführten Zeiträumen beschäftigt. Diese Feststellungen sind im konkreten Fall schon deswegen nicht ausreichend, weil sich aus ihnen nicht mit der für die Anwendung des untersten Strafrahmens des § 29 Abs. 1 LSD-BG (Geldstrafe bis zu € 20.000,--) notwendigen Klarheit ergibt, ob es sich bei den von der gegenständlichen Verwaltungsübertretung betroffenen Arbeitnehmern um die einzigen Arbeitnehmer des Arbeitgebers handelte.
- 19 4.5. Das Verwaltungsgericht hat das angefochtene Erkenntnis dadurch mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet, weswegen es gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben war.



- 20 Die Abweisung des Antrags der Revisionswerberin auf Zuerkennung von Aufwandsersatz beruht auf § 47 Abs. 4 VwGG (vgl. VwGH 15.6.2022, Ra 2021/11/0041, mwN).

W i e n , am 24. August 2022

