

ZAS 2017/#

§ 7i AVRAG;
§ 29 LSD-BG;
§ 5 VStG

VwGH
30. 6. 2016,
Ra 2016/11/000
(LVwG-S-1177/
001-2015,
LVwG-S-1177/
003-2015)

Unterentlohnung;
Lohndumping;
Zahlungsschwierigkeiten;
Zahlungsunfähigkeit;
Zahlungsstockung;
Verschulden;

Nachzahlung
Erste Entscheidung des VwGH zur Unterentlohnung infolge Zahlungsschwierigkeiten.

→ **Strafbarkeit für Unterentlohnung infolge Zahlungsschwierigkeiten**

→ Auch die Nichtleistung des zustehenden Lohns infolge einer Zahlungsstockung ist eine strafbare Unterentlohnung iSv § 7i Abs 3 AVRAG.

→ Die Beweggründe für eine Unterentlohnung und die allfälligen Hindernisse für eine korrekte Entlohnung sind für die subjektive Seite beachtlich und zu prüfen.

→ Liegt geringfügiges Verschulden/leichte Fahrlässigkeit vor, muss die Behörde dem AG eine Frist zur Begleichung des ausstehenden Mindestentgelts einräumen, damit dieser eine Anzeige/Strafe abwenden kann.

Sachverhalt:

Eine AN arbeitete im Juni und Juli 2014 einige Wochen für einen AG. Sie war zwar korrekt eingestuft, erhielt aber nicht den ihr zustehenden Lohn, was der AG mit einer Zahlungsstockung begründete. Die AN klagte vor dem Arbeits- und Sozialgericht den Anspruch ein, den der AG auch anerkannte. Zusätzlich verhängte die BH Wels über den GmbH-Geschäftsführer eine Verwaltungsstrafe wegen Unterentlohnung gem § 7i Abs 3 AVRAG. Das LVerwG Niederösterreich bestätigte Entscheidung und Verwaltungsstrafe.

Der VwGH ließ die ao Revision zu und hob das Urteil auf, da sich das LVerwG nicht mit der subjektiven Tatseite auseinander gesetzt hatte. Nach Prüfung des Verschuldens beharrte das Landesverwaltungsgericht auf einer (wenn auch reduzierten) Verwaltungsstrafe wegen Unterentlohnung. Es liege zwar nur geringes Verschulden vor, aber eine Nachzahlung war wegen des Konkurses der Firma nicht mehr möglich.

Entscheidungsgründe des VwGH:

2.1. Die Revision führt zu ihrer Zulässigkeit zutr aus, dass Rsp zur Frage, ob gem § 7i Abs 3 AVRAG (hier noch in der Fassung vor der Nov BGBl I 2014/94) auch das Nichtauszahlen von (der Höhe nach ordnungsgemäß festgesetzten) Löhnen infolge von wirtschaftlichen Schwierigkeiten des AG strafbar ist, fehlt; diese Frage wurde auch durch den zit Beschluss, Ra 2015/11/0008, nicht beantwortet. Die Revision ist daher zulässig.

2.2. Das Arbeitsvertragsrechts-AnpassungsG BGBl 1993/459 in der für den gegenständlichen Tatzeitraum noch maßgebenden Fassung BGBl I 2013/138 (AV-RAG), lautet auszugsweise:

„§ 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 Arbeit-

nehmer/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 abzugehen, 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.

[...]"

[Zum objektiven Verwaltungsstraftatbestand]

2.3. In der Revision wird ausgeführt, aus den vorgelegten GesetzesMat zum „Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz“ (RV 1076 BlgNR 24. GP), konkret aus dem Vorblatt und den Erläut zu § 7i Abs 3 AVRAG, ergebe sich, dass diese Strafnorm zwar auf das Herbeiführen und Aufrechterhalten eines rechtswidrigen Zustandes abziele, jedoch Fälle wie den vorliegenden, in dem es um „eine bloße Unmöglichkeit der Zahlung“ gehe, nicht erfasse. In Fällen der Zahlungsunmöglichkeit gebe es ohnedies die Möglichkeit, die Forderung gerichtlich geltend zu machen sowie gegebenenfalls Schutz durch das InsolvenzentgeltsicherungsG.

Auch aus dem Wortlaut des zweiten Satzes des § 7i Abs 3 AVRAG, der von „Unterentlohnung“ im Zusammenhang mit dem „zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien“ spreche, ergebe sich, dass die Bestimmung die wissentliche und willentliche Benachteiligung des AN und nicht die Zahlungsunfähigkeit zum Gegenstand habe. Abgesehen davon hätte gegenständlich eine Bestrafung auch im Hinblick auf § 7i Abs 4 AVRAG nicht erfolgen dürfen.

2.4. Zunächst ist festzuhalten, dass für den RevWerber aus dem Wortlaut des § 7i Abs 3 Satz 1 AVRAG nichts zu gewinnen ist, wird doch das Tatbild durch die Beschäftigung eines AN sowie durch das Nichtleisten des „zustehenden Grundlohns“ (der sich nach Gesetz, Verordnung oder KollV unter Beachtung der jeweili-

gen Einstufungskriterien ergibt) verwirklicht (vgl dazu auch den hg Beschluss v 23. 10 2014, Ra 2014/11/0063). § 7 i Abs 3 Satz 1 AVRAG erfasst somit auch den Fall des gänzlichen Unterbleibens einer Lohnzahlung. Daran ändert § 7 i Abs 3 Satz 2 AVRAG nichts, weil der dort verwendete Begriff „Unterentlohnung“ in seinem äußersten Wortsinn auch den gänzlichen Entfall der Entlohnung (als extremste Form der Unterentlohnung) erfasst.

[Zweck des Verwaltungsstraftatbestands]

2.5. Die Bestimmung des § 7 i AVRAG wurde gemeinsam mit weiteren Bestimmungen durch das bereits erwähnte Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, BGBl 2011/24, geschaffen, und zwar, wie die Gesetzesmaterie zeigt, im Zuge der (Ost-)Öffnung des Arbeitsmarkts.

Die Regierungsvorlage (RV 1076 BlgNR 24. GP) des zitierten Gesetzes lautet auszugsweise (Hervorhebung durch den VwGH):

„Vorblatt

Problem:

Lohn- und Sozialdumping ist eine sozialpolitisch unerwünschte Erscheinung, die nicht nur ArbeitnehmerInnen das ihnen zustehende Entgelt für die erbrachte Arbeitsleistung vorenthält, sondern auch einen fairen Wettbewerb zwischen den Unternehmen untergräbt. Gerade im Zuge der Öffnung des Arbeitsmarktes kann es zu einer Verstärkung dieses negativen Phänomens kommen.

Ziele:

Maßnahmen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping.

Sicherung gleicher Arbeitsmarkt- und Lohnbedingungen für bestehende Arbeitsverhältnisse und Arbeitsverhältnisse von nach Auslaufen der Übergangsfristen zuwandernden ArbeitnehmerInnen.

Sicherung eines fairen wirtschaftlichen Wettbewerbs zwischen den Unternehmen.

Sicherstellung der vorgegebenen Abgaben und Sozialbeiträge.

Inhalt:

Kontrolle des nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Grundlohns für nach Österreich überlassene oder entsandte ArbeitnehmerInnen durch [...]

[...]

Strafanzeigen bei Unterschreitung des Grundlohns im Inlandsbereich durch den zuständigen Krankenversicherungsträger [...]

[...]

Schaffung eines Verwaltungsstraftatbestandes bei Unterschreitung des Grundlohns.

[...]

Erläuterungen

Allgemeiner Teil

[...]

Auch die Sozialpartner haben im Maßnahmenpaket ‚Arbeitsmarkt-Zukunft 2010‘ unter dem Punkt ‚Verhinderung von Lohn- und Sozialdumping‘ ua die gesetzliche Verankerung einer **behördlichen Kontrolle der tatsächlichen Auszahlung der Mindestlöhne an ArbeitnehmerInnen bzw die Pflicht zum Bereithalten von**

Lohnunterlagen am Beschäftigungsort bzw an der Baustelle in deutscher Sprache vorgeschlagen.

[...]

*Die Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping soll aber nicht bei Entsendungen und grenzüberschreitenden Überlassungen enden, sondern auch für bereits in Österreich ansässige Arbeitnehmer/innen im gleichen Ausmaß erfolgen. Denn gerade auch Arbeitnehmer/innen mit niedrigem Qualifikationsniveau und/oder Migrationshintergrund, die schon längere Zeit in Österreich arbeiten, geraten durch neuzuwandernde Arbeitskräfte unter ‚Lohndruck‘; gerade **diese Arbeitskräfte unternehmen aus Angst vor Verlust ihres Arbeitsplatzes erfahrungsgemäß nur selten rechtliche Schritte im Falle einer Unterentlohnung, noch werden Beratungsangebote der gesetzlichen oder freiwilligen Interessenvertretungen betreffend das ihnen zustehende Mindestentgelt in Anspruch genommen.***

*Die Normierung einer Verwaltungsstrafbestimmung bei einer Unterschreitung des Grundlohns hat **nicht die Verhängung von Geldstrafen zum Ziel, sondern soll den in Österreich beschäftigten Arbeitnehmer/innen jenes Mindestentgelt sicherstellen, das ihnen nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zusteht.** Der Verwaltungsstrafatbestand soll in diesem Sinne nicht Arbeitgeber/innen pönalisieren, sondern primär präventive Wirkung entfalten.*

[...]

§ 7i Abs 3 sieht eine Verwaltungsstrafe vor, wenn ein/e (ausländische/r) Arbeitgeber/in eine/n Arbeitnehmer/in beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm/ihr zumindest den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn laut Einstufung zu leisten. Zu ahnden ist nicht nur die Herbeiführung, sondern auch die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustandes; es handelt sich daher um ein Dauerdelikt. Es geht solange weiter, wie der Zustand erhalten wird. Der Tatbestand ist auch dann erfüllt, wenn zB die Entsendung oder das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Kontrolle bereits beendet und die Verjährungsfrist (§ 7i Abs 5) nicht eingetreten ist. Der Strafraum ist § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG nachgebildet. Die Bezirksverwaltungsbehörde hat im Hinblick auf den präventiven Charakter dieser Bestimmung (siehe oben) von der Verhängung einer Strafe abzusehen, wenn die Unterschreitung des Grundlohns gering oder das Verschulden des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin geringfügig ist und die im § 7i Abs 4 erster Satz genannten Voraussetzungen gegeben sind.

[...]“

2.6. Die zit GesetzesMat zeigen, dass es der Gesetzgeber, anders als der RevWerber meint, nicht allein den AN überlassen wollte, sich im Falle der nicht ordnungsgemäßen Zahlung des zustehenden Lohns mit (ua) zivilgerichtlichen Schritten zur Wehr zu setzen. Vielmehr soll den AN, weil diese „aus Angst vor Verlust ihres Arbeitsplatzes erfahrungsgemäß nur selten rechtliche Schritte im Falle einer Unterentlohnung“ setzen oder „Beratungsangebote [...] betreffend das ihnen zustehende Mindestentgelt“ in Anspruch nehmen, auch durch den Verwaltungsstrafatbestand des § 7i Abs 3 AVRAG Schutz geboten werden.

Gleichzeitig dient diese Norm, wie die wiedergegebenen Mat zeigen, auch der Sicherung eines fairen wirtschaftlichen Wettbewerbs zwischen den Unternehmen (vgl auch das hg Erk v 10. 6. 2015, 2013/11/0121).

Diese beiden ausgewiesenen gesetzlichen Ziele (Schutz der AN und Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs) sind nur dann effektiv erreichbar, wenn der AG die Löhne seiner AN im zustehenden Ausmaß tatsächlich ausbezahlt. Daraus ergibt sich, dass insb der deklarierte Wille des Gesetzgebers dafür spricht, dass der – objektive – Tatbestand des § 7 i Abs 3 AVRAG dann erfüllt ist, wenn das dem beschäftigten AN zustehende Mindestentgelt, gleich aus welchen Gründen, nicht ausbezahlt wird.

[Zur subjektiven Tatseite]

Die Beweggründe und allfälligen Hindernisse für das Unterbleiben der Auszahlung des zustehenden Mindestentgelts sind jedoch nicht unbeachtlich, allerdings erst bei der fallbezogenen Beurteilung des subjektiven Tatbestands (Verschulden) des AG zu berücksichtigen.

Im vorliegenden Fall hat es das VerwG gänzlich unterlassen, sich im angefochtenen Erk mit der subjektiven Tatseite auseinander zu setzen und dieses daher mit Rechtswidrigkeit behaftet.

2.7. Zutreffend ist auch das RevVorbringen, dass gegenständlich nicht geprüft wurde, ob die Voraussetzungen für das Absehen von der Strafe (§ 7 i Abs 4 AVRAG) erfüllt sind:

Im vorliegenden Fall hat der RevWerber schon in seiner schriftlichen Äußerung vom 25. 2. 2015 gegenüber der belBeh ausgeführt, dass es ihm „*infolge einer Zahlungsstockung*“ nicht möglich sei, den Lohn der genannten AN zur Auszahlung zu bringen, und dass er „*an der Behebung der Zahlungsstockung*“ arbeite. Die belBeh durfte daher nicht schon von vornherein davon ausgehen, dass der RevWerber das ausstehende Mindestentgelt seiner AN überhaupt nicht leisten werde (insoweit anders der dem zit hg Erk 2013/11/0121, zugrunde liegende Fall).

Dem RevWerber kann nach dem Gesagten geringfügiges Verschulden iSd § 7 i Abs 4 AVRAG nicht von vornherein abgesprochen werden. Deshalb hätte ihm die belBeh nach der letztgenannten Bestimmung ausdrücklich eine Frist zur Begleichung des noch ausstehenden Mindestentgelts einräumen müssen, um dem RevWerber Gelegenheit zu geben, durch fristgerechte Bezahlung das Absehen von der Bestrafung gem § 7 i Abs 3 iVm Abs 4 AVRAG herbeiführen zu können. Auch nach den zit Erläut soll mit dem genannten Verwaltungsstraftatbestand nämlich ausdrücklich nicht die Pönalisierung der AG, sondern die Sicherstellung des Mindestlohns der AN bezweckt werden.

Der RevWerber ist somit im Recht, wenn er einwendet, dass seine Bestrafung im Hinblick auf § 7 i Abs 4 AVRAG rechtswidrig war.

2.8. Das angefochtene Erk war somit wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts gem § 42 Abs 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

Kommentar:

Die Entscheidung bezieht sich auf das AVRAG idF BGBl I 2013/138, also auf die alte Rechtslage vor 1. 1. 2015. Sie lässt sich aber auf die aktuelle Rechtslage sowie das am 1. 1. 2017 in Kraft tretende Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz umlegen,¹⁾ weil nicht die objektive Seite, also etwa der Maßstab Grundlohn oder Entgelt, sondern der Grad des Verschuldens ausschlaggebend war. Dabei werden bedeutende Fragen aufgeworfen und nur teilweise geklärt: Welche Pflichten ergeben sich aus dem LSD-BG für einen AG bei Zahlungsschwierigkeiten oder Zahlungsunfähigkeit? Was muss der betroffene AG unternehmen, um die extrem hohen Strafen für Unterentlohnung abzuwenden? Zwingt das LSD-BG zur sofortigen Auflösung von DV oder zur unverzüglichen Beantragung eines Insolvenzverfahrens?

1. Reichweite und Zweck des Tatbestands Unterentlohnung

Der RevWerber wandte vorweg ein, er habe die §§ 7 ff AVRAG nicht übertreten, weil er die AN korrekt eingestuft und den Lohn korrekt bestimmt hätte, ihn aber infolge einer „Zahlungsstockung“ nicht habe auszahlen können. § 7 i Abs 3 AVRAG erfasse nicht die „bloße Unmöglichkeit“ einer Zahlung.

Zu Recht verwirft der VwGH diesen Einwand. Er führt unter Zitierung der GesetzesMat²⁾ aus, dass der Gesetzgeber dem AN bei der Verfolgung seiner Ansprüche Schutz bieten und ihm nicht nur den Zivilrechtsweg einräumen wollte. Tatsächlich stellen Wortlaut und Zweck der Vorschrift auf die tatsächliche Leistung des zustehenden Grundlohns nach KollV ab. Das gilt auch für die Rechtslage seit 1. 1. 2015 bzw für das neue LSD-BG ab 1. 1. 2017. Das ergibt sich auch aus den Regeln und Mat zur Nachsicht von der Anzeige oder Strafe bei Nachzahlung.³⁾

2. Die subjektive Tatseite

Ausschlaggebend für die Aufhebung des Erk des LVerwG durch den VwGH war, dass dieses die subjektive Tatseite nicht berücksichtigt hatte. Nach dem VwGH konnte dem RevWerber geringfügiges Verschulden iSd § 7 i Abs 4 AVRAG nicht von vornherein abgesprochen werden. Er verweist dabei auf den Gesetzeszweck, nicht den AG zu pönalisieren, sondern den Mindestlohn der AN sicherzustellen. Leider geht der VwGH nicht näher auf die entscheidende Frage ein, wann welches Verschulden bei Unterentlohnung infolge von Zahlungsschwierigkeiten vorliegt.

Die Strafbarkeit von Unterentlohnung nach AVRAG bzw LSD-BG setzt Verschulden, also zumindest Fahrlässigkeit, voraus. Diese wird, da es sich um ein Ungehorsamsdelikt handelt, widerleglich vermutet (vgl § 5 Abs 1 VStG). Der AG muss daher glaubhaft machen, dass ihn kein Verschulden trifft. Beruht die Unterentlohnung auf geringem Verschulden (Rechts-

1) BGBl I 2014/94 bzw LSD-BG ab 1. 1. 2017 BGBl I 2016/44.

2) ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP.

3) Nach den Erläut (ErläutRV 319 BlgNR 25. GP; ErläutRV 1111 BlgNR 25. GP) kommt es nicht darauf an, ob der AG sein Verhalten bereut oder auch nur sein Verschulden einbekennt, sondern auf die tatsächliche Schadensgutmachung.

lage bis 1. 1. 2015) bzw leichter Fahrlässigkeit (Rechtslage ab 1. 1. 2015) oder ist die Unterschreitung gering UND zahlt der AG den fehlenden Betrag nach, muss die Kontrollbehörde von einer Anzeige bzw Strafe absehen.⁴⁾ Die Nachsicht hängt daher bei Zahlungsschwierigkeit in der Regel vom Verschuldensgrad ab, da die Unterschreitung hier meist nicht gering sein wird.⁵⁾

Die Mat der einzelnen gesetzlichen Fassungen gehen zwar auf das Verschulden im Detail ein, nicht aber auf die Unterentlohnung infolge Zahlungsschwierigkeiten. Vom Vorsatz, der eine Nachsicht von der Strafe ausschließt, über geringes Verschulden bzw leichte Fahrlässigkeit, die eine Nachsicht bei Nachzahlung ermöglichen, bis hin zur Schuldlosigkeit, bei der die Strafe auch ohne Nachzahlung wegfällt, sind alle Varianten denkbar. Die Einordnung einer solchen Unterentlohnung in die Skala der Verschuldensgrade ist schwierig. Im vorliegenden Fall wusste der AG um die Unterentlohnung, wollte sie aber nicht bzw sie war ihm aufgrund seiner finanziellen Lage möglicherweise gar nicht vorwerfbar.

3. Impliziert wissentliche Unterentlohnung Vorsatz?

Vorweg stellt sich die Frage, ob das Wissen um die Unterentlohnung nicht bereits Vorsatz begründet. Nach § 5 Abs 1 StGB handelt vorsätzlich, wer einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht. Das Wesen des Vorsatzes liegt im Wissen UND Wollen der im Tatbestand umschriebenen objektiven Merkmale.⁶⁾ Der bedingte Vorsatz, bei dem der Täter die Verwirklichung für möglich hält und sich damit abfindet, reicht. Vor diesem Hintergrund kann vorsätzliche Unterentlohnung infolge Zahlungsschwierigkeit etwa dann vorliegen, wenn der AG nichts unternimmt, um seine finanzielle Lage zu verbessern und keine Absicht hat, den Fehlbetrag nachzuzahlen.

Anders ist die rechtliche Bewertung, wenn der AG die Unterentlohnung im Ergebnis abwenden will. Im Gegensatz zu anderen Verwaltungsstrafdelikten (etwa im Verkehrsrecht) ist die Unterentlohnung ein Dauerdelikt, das jederzeit – auch iS einer tätigen Reue – wiedergutmacht werden kann. Wer somit vorübergehend wissentlich unterentlohnt, aber mit dem Willen, die Zahlungsschwierigkeit zu überwinden und den fehlenden Betrag nachzuzahlen, handelt mE nicht einmal bedingt vorsätzlich (er findet sich mit der Lage eben nicht ab). Allerdings trifft den AG bzw verantwortlich Beauftragten dafür die Beweislast.

Das ergibt sich auch aus der Zusammenschau mit sonstigen Pflichten, die sich für den AG bei Zahlungsschwierigkeiten bzw Zahlungsunfähigkeit ergeben: So darf er gem § 158 StGB nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit nicht einzelne Gläubiger zulasten anderer begünstigen. Zahlt der AG nur die Löhne, die im Insolvenzfall noch dazu ohnehin durch den Insolvenzent-

4) § 7i Abs 6 Z 3 AVRAG bzw ab 1. 1. 2017 § 13 Abs 6 Z 2 sowie § 29 Abs 3 Z 2 LSD-BG.

5) Eine geringe Unterschreitung sind nach Rz 52 der LSDBG-Richtlinien 2015 des Sozialministeriums maximal 10% bezogen auf das Monatsentgelt.

6) *Thienerl*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁴ 413.

geltfonds gedeckt sind, reduziert sich für die anderen Gläubiger die Masse. § 158 StGB ist mangels Benachteiligungsvorsatz aber nicht erfüllt, wenn der Schuldner glaubt, dass sich seine wirtschaftliche Lage bessert und er alle Gläubiger befriedigen wird.⁷⁾ Auch hier schließt somit ein Rückzahlungswille den Vorsatz und damit die Strafbarkeit aus.

4. Geringes Verschulden/leichte Fahrlässigkeit

Geringes Verschulden kommt nach der Rsp in Betracht, „wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafnorm typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt“.⁸⁾ Nach hA ist das sogar bei vorsätzlicher Tatbegehung möglich, wenn eine erdrückende Notlage des Täters hinzukommt.⁹⁾ Die Rsp betont aber, dass wirtschaftliche Engpässe nicht ausreichen, um auch bei Vorsatz ein Abgehen von der Strafe zu ermöglichen.¹⁰⁾

Mit 1. 1. 2015 ist für die Nachsichtsregelung an die Stelle des geringfügigen Verschuldens die leichte Fahrlässigkeit (§ 7 i Abs 6 Z 3 AVRAG) getreten. Nach den Mat liegt leichte Fahrlässigkeit iSd § 5 VStG vor, wenn der interessierende Fehler gelegentlich auch einem sorgfältigen Menschen unterläuft. Grobe Fahrlässigkeit, bei der eine Nachsicht nicht vorgesehen ist, liegt hingegen im Fall ungewöhnlicher bzw auffallender Sorglosigkeit vor.¹¹⁾

Das LVerwG¹²⁾ nahm im vorliegenden Fall geringes Verschulden an: Zwar war in seinen Augen die Zahlungsunfähigkeit glaubwürdig, doch fehlte ein wirksames Kontrollsystem, um Engpässe bei der Auszahlung zu vermeiden. Der AG habe das DV aufrechterhalten, obwohl er vorhersehen konnte, dass ihm das Geld für die Lohnauszahlung fehlen würde.

Folgte man dieser Auslegung, würde bereits die Aufrechterhaltung eines DV während einer Zahlungsstockung/-unfähigkeit Verschulden begründen. Dem ist nachhaltig zu widersprechen: Zwar ist die Dauer der Unterentlohnung ein Kriterium für den Verschuldensgrad. Doch zwingt die Rechtsordnung an anderer Stelle, etwa in der Insolvenzordnung und nach dem InsolvenzentgeltsicherungsG, keineswegs sofort zu endgültigen Schritten, wie sie die Beendigung von DV darstellt: Nach § 69 Abs 2 IO muss der Schuldner spätestens 60 Tage nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragen. Nach § 66 Abs 2 IO ist Zahlungsfähigkeit insb anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlung einstellt. Der Schuldner wird somit selbst bei Zahlungsunfähigkeit nicht zur sofortigen Reaktion gezwungen, sondern erhält eine Frist und die Chance, die Zahlungsunfähigkeit und damit das Insolvenzverfahren abzuwenden.

7) Kirchbacher, WK StGB, § 158 Rz 9, § 159 Rz 100 [25 a. Lfg].

8) ZB VwGH 29. 11. 2007, 2007/09/0229.

9) Thienel/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrenrecht⁵ (2009) 441; Sander in N. Raschauer/Wessely, VStG § 21 Rz 6.

10) ZB VwGH 9. 10. 2006, 2005/09/0099.

11) Die Mat zum AVRAG idF BGBl I 2014/94 bzw zum LSD-BG idF BGBl I 2016/44 zitieren hier Wessely in Raschauer/Wessely, Kommentar zum VStG § 5 Rz 12.

12) LVwG-S-1177/03–2015.

Zudem zählt eine bloße Zahlungsstockung nicht als Zahlungsunfähigkeit und ist daher nicht auf die Frist von 60 Tagen anzurechnen. Der OGH geht von einer bloßen Zahlungsstockung bei einer Dauer von höchstens drei Monaten und einer Liquiditätslücke von fünf Prozent aus, weil hier „*a priori davon ausgegangen werden kann, dass in kurzer Zeit mit der Wiederherstellung der Liquidität zu rechnen sei.*“¹³⁾ Vom Insolvenzentgeltfonds ist nach § 3 a Abs 1 IESG jenes Entgelt gedeckt, das dem AN sechs Monate vor dem Stichtag gebührt. Diese Fristen berücksichtigen ua, dass Zahlungsziele von mehr als einem Monat in der Wirtschaft üblich sind. Eine erbrachte Leistung wird oft erst nach Monaten bezahlt, in der Zwischenzeit entstehen üblicherweise Liquiditätsengpässe.¹⁴⁾

Eine teleologische, aber auch gesamtsystematische Interpretation sollte daher auch bei der Unterentlohnung infolge Zahlungsschwierigkeit/-unfähigkeit dazu führen, dass eine Unterentlohnung, die obige Fristen unterschreitet, nicht zwingend schuldhaft ist bzw nur geringes Verschulden oder leichte Fahrlässigkeit begründet.

Das LVerwG begründet die Annahme von (wenn auch geringem) Verschulden mit dem Fehlen eines wirksamen Kontrollsystems: Die konkreten Anforderungen bleiben jedoch – wie meist in dieser Frage – offen. Welche finanziellen Reserven, welcher Kreditrahmen müssen bestehen? Muss die Zahlungsschwierigkeit unvorhersehbar sein? Angesichts des Unternehmerrisikos, das der Marktwirtschaft immanent ist, darf die Latte für ein Kontrollsystem keineswegs zu hoch gelegt werden.

5. Schuldlosigkeit

VwGH und LVerwG gingen im gegenständlichen Fall von geringem Verschulden aus. Die Möglichkeit der Schuldlosigkeit, die zum Entfall der Strafe auch ohne Nachzahlung führt, hat der VwGH gar nicht geprüft, das LVerwG jedoch verworfen. Im Ergebnis ist dem im vorliegenden Fall wohl zuzustimmen, weil die Zahlungsstockung zum Zeitpunkt der Einstellung der AN offenbar schon bestand oder absehbar war und die AN von Anfang an nicht das zustehende Entgelt erhielt.

Vorweg darf die Rechtsordnung dem Einzelnen keine unmöglichen Rechtspflichten auferlegen. Wenn der redliche AG also mangels Liquidität seinen Zahlungsverpflichtungen nicht nachkommen kann und unverzüglich reagiert, ist ihm die Unterentlohnung nicht vorwerfbar, sodass eine Bestrafung mangels Verschulden nicht in Frage kommt.¹⁵⁾

Doch auch die „Aufrechterhaltung“ eines DV trotz Zahlungsschwierigkeiten, wie sie das LVerwG dem AG vorwirft, begründet mE noch kein Verschulden. Einerseits ist der AN ohnehin geschützt – durch die Mög-

13) OGH 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w. Diese Parameter sind allerdings als Orientierungshilfe und daher flexibel zu sehen. *Schumacher*, Neues zur Zahlungsunfähigkeit und Zahlungsstockung, ÖBA 2012, 816.

14) *Schumacher*, ÖBA 2012, 816.

15) So auch *Meissnitzer* unter Verweis auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz „*Ultra posse nemo obligatur.*“ *Meissnitzer*, Die verwaltungsstrafrechtliche Verfolgung von Lohndumping, in *Wiesinger*, Sozialbetrugsbekämpfung in der Bauwirtschaft (2015) 29.

lichkeit des vorzeitigen Austritts und durch den Insolvenzergeltfonds. Andererseits kann der AG gerade in einer Krisensituation oft nicht auf seine Mitarbeiter verzichten. Das berücksichtigen eben IO und IESG mit ihren Fristen. Agiert der AG redlich¹⁶⁾ und reagiert er angemessen und rechtzeitig, indem er die Zahlungsfähigkeit wiederherstellt oder – allenfalls nach Scheitern diesbezüglicher Bemühungen – unverzüglich das Insolvenzverfahren beantragt, kann ihm mE kein Verschulden vorgeworfen werden.

Hilfsweise ist jedoch noch zu prüfen, ob Verschulden durch Zahlungsunfähigkeit als Notstand nach § 6 VStG ausgeschlossen wird. Der Notstand setzt eine unmittelbar drohende Gefahr voraus. Der VwGH anerkennt eine solche nur bei unmittelbarer Bedrohung der Lebensverhältnisse.¹⁷⁾ Die Abwendung der Gefahr einer wirtschaftlichen Schädigung genügt dem VwGH dazu nicht.¹⁸⁾ Die derzeitige VwGH-Judikatur ist somit so restriktiv, dass der vorliegende Fall – und wohl generell die Unterentlohnung infolge Zahlungsschwierigkeit von Ausnahmefällen abgesehen – nicht darunter fällt. *Kostal* kritisiert diese Judikatur zu Recht.¹⁹⁾ Immerhin wird beim Vorenthalten von DN-Beiträgen nach § 153 c StGB Zahlungsunfähigkeit grundsätzlich als Schuldausschließungsgrund anerkannt.²⁰⁾

6. Gelegenheit zur Nachzahlung

Das LVerwG geht zwar von geringem Verschulden aus, besteht aber auf einer Strafe, weil die Nachzahlung, *„aufgrund des Konkurses der Firma ohnehin nicht mehr möglich gewesen wäre und die Voraussetzung für ein Absehen von der Strafe daher nicht vorliegen.“*

Diese Ansicht ist mE verfehlt: Die Behörde hätte, wie auch der VwGH ausführt, dem AG die Gelegenheit zur Nachzahlung geben müssen. Diese Option muss jedenfalls bis zur Konkurseröffnung erhalten bleiben. Die Verweigerung im vorliegenden Fall kann nicht nachträglich durch die nachfolgende Insolvenz gerechtfertigt werden. Ansonsten würde man dem AG in Zahlungsschwierigkeiten ja die gesetzlich zwingend vorgesehene Möglichkeit zur Abwendung der Strafe verwehren!

7. Zusammenfassung

Das LSD-BG sieht extrem hohe Strafen für Unterentlohnung vor, die noch dazu mit der Zahl betroffener AN kumulieren. Wird ein großer Kunde insolvent oder fällt ein Großauftrag aus, kann ein grundsätzlich lebensfähiges Unternehmen kurzfristig seinen Zahlungspflichten nicht nachkommen. Verhandlungen mit Banken oder Lieferanten können Wochen in Anspruch nehmen. Mehrmonatige Zahlungsziele nach erbrachten Aufträgen sind üblich. Es wäre fatal und systemwidrig, würde das LSD-BG AG in einer solchen Situation zur sofortigen Auflösung von DV oder zur Be-

16) Die Aussage kann etwa nicht für Scheinfirma iS des SozialbetrugsbekämpfungsgG gelten.

17) Vgl VwGH 28. 9. 1995, 95/17/0154.

18) Vgl VwGH 4. 2. 1993, 92/18/0168.

19) *Kostal*, Der entschuldigende Notstand im Verwaltungsstrafrecht I und II, AnwBl 2000, 70 und 132.

20) Vgl *Derntl* in *Kert/Kodek*, Das große Handbuch Wirtschaftsstrafrecht 168.

antragung des Insolvenzverfahrens zwingen. Schlimmstenfalls würde bei jedem Insolvenzverfahren, das auch Lohnansprüche betrifft, ein Verwaltungsstrafverfahren wegen Unterentlohnung drohen.

Das entspricht nicht der Intention der Rechtsordnung. Diese räumt an anderer Stelle dem Schuldner bei Zahlungsschwierigkeiten/-unfähigkeit einerseits Fristen für die Reaktion ein (IO) und schützt andererseits den AN vor Lohnverlust (IESG). Auch das LSD-BG bezweckt, wie auch der VwGH zitiert, nicht die Pönalisierung des AG, sondern die Sicherstellung des Mindestlohns für AN.²¹⁾

Die Unterentlohnung infolge Zahlungsschwierigkeiten/-unfähigkeit fällt unter den Verwaltungsstrafatbestand Unterentlohnung nach LSD-BG. Auch wenn sie wissentlich erfolgt, kann nach dem VwGH geringes Verschulden vorliegen. In diesem Fall muss die Behörde eine Frist zur Begleichung des ausstehenden Mindestentgelts einräumen. Das gilt – entgegen der Ansicht des LVerwG – jedenfalls bis zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens.

Bei Zahlungsunfähigkeit kann je nach den Begleitumständen mE auch Schuldlosigkeit vorliegen. Das Unternehmerrisiko kann auch den redlichen Unternehmer und vorsichtigen Kaufmann in Zahlungsschwierigkeiten bringen. Das LSD-BG hat nicht den Zweck, solche Unternehmer zu bestrafen und Bemühungen, die Zahlungsfähigkeit wiederherzustellen, mit hohen Strafen im Keim zu ersticken.

*Rolf Gleißner,
WKO*

21) ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP Rz 51 der LSDBG-Richtlinien 2015 des Sozialministeriums.