OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen: **LVwG-300905/5/Py/SH**

Datum: **Linz, 14. Februar 2017**

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde der Finanzpolizei Team 40 für das Finanzamt Linz gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 23. November 2015, GZ: SV96-148-2014, mit dem das gegen Frau A.P., vertreten durch Rechtsanwalt Dr. J.L., x, E., wegen Verwaltungsübertretung nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG) eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren eingestellt wurde,

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben und folgender Spruch gefällt:

„Sie haben es verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass Sie auf Ihrem Anwesen in E., X, Herrn J.K., geboren x, als Dienstnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit in der Zeit vom 20.10.2014 bis 22.10.2014 gegen Entgelt beschäftigt haben, ohne diesen vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie gemäß § 33 Abs. 1 in Verbindung mit § 111 Abs. 1 und 2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955 idgF, eine Geldstrafe in Höhe von 365 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe in Höhe von 34 Stunden verhängt."

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

I. 1. Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (in der Folge: belangte Behörde) vom 23. November 2015, SV96-148-2014, wurde das gegen Frau A.P. (in der Folge: Beschuldigte) wegen Verwaltungsübertretung nach § 33 in Verbindung mit § 111 ASVG eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG eingestellt. Begründend wird dazu zusammengefasst ausgeführt, dass aus den vorliegenden Unterlagen hervorgehe, dass nicht die Beschuldigte, sondern Herr KO. Arbeitgeber des Herrn J.K. war, weshalb von der Fortführung des Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen war.

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde der Finanzpolizei Team 40 für das Finanzamt Linz. In dieser wird zusammengefasst vorgebracht, dass es jeglicher Lebenserfahrung widerspricht, dass jemand, der selbst 8,10 Euro pro Stunde erhält, einem anderen Arbeiter aus "eigener Tasche" 10 Euro pro Stunde bezahlt. Herr KU. wurde von der Beschuldigten nachträglich zur Sozialversicherung angemeldet, womit sie ihre Eigenschaft als Arbeitgeberin anerkannte, weshalb die rechtliche Beurteilung der Bezirksverwaltungsbehörde, Herr KO. sei Arbeitgeber des ausländischen Staatsangehörigen gewesen, aus Sicht der Finanzbehörde falsch ist.

3. Mit Schreiben vom 4. Jänner 2016 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses ist gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht. Der Beschuldigten wurde mit Schreiben vom 20. Jänner 2016 im Wege ihrer rechtsfreundlichen Vertretung Gelegenheit gegeben, eine Stellungnahme zum Beschwerdevorbringen abzugeben. Mit Schreiben vom 14. Februar 2016 führte die Beschuldigte dazu zusammengefasst aus, dass die Vereinbarung hinsichtlich der Entlohnung eine zwischen den beiden Verwandten war, auf die sie keinen Einfluss hatte. Sie habe vom Arbeitseinsatz des Herrn KU. in der Zeit vom 20.10.2014 bis 22.10.2014 nichts gewusst, da sie auf Grund von Weiterbildungsmaßnahmen nicht auf der gegenständlichen Baustelle war. Es treffe zu, dass sie Herrn KU. nachträglich bei der Gebietskrankenkasse zur Sozialversicherung angemeldet habe, dies wurde vor allem vorgenommen, um weitere kostenintensive Verfahrensschritte zu vermeiden. Einer späteren Beschwerde gegen einen Beitragszuschlag wurde zudem insofern Recht gegeben, als dieser von 1.300 Euro auf 400 Euro herabgesetzt wurde.

Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 3 VwGVG entfallen, da der entscheidungswesentliche Sachverhalt nicht bestritten wird, in der Beschwerde nur eine unrichtige rechtliche Beurteilung

behauptet wird und keine Partei die Durchführung einer Verhandlung beantragt hat.

4.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem Sachverhalt aus:

Die Beschuldigte ist Eigentümerin der Liegenschaft in E., X. Anlässlich einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei am 22. Oktober 2014 wurde bei dem auf diesem Grundstück befindlichen Gebäude der s. Staatsangehörige Herr J.K., geboren x, bei Maurerarbeiten angetroffen. Er arbeitete gemeinsam mit dem von der Beschuldigten beschäftigten Herrn V.KO., seinem Schwager. Er gab gegenüber den Kontrollbeamten an, dass er seit 20. Oktober 2014 auf der Baustelle gegen eine Entlohnung von 10 Euro pro Stunde tätig ist.

Die Beschuldigte, die sich zum Kontrollzeitpunkt auf einer Schulung befand, war von Herrn KO. zwar darüber informiert, dass sein Schwager bei ihr bezüglich einer Hilfsarbeitertätigkeit vorstellig werden würde, sie war jedoch nicht darüber informiert, dass dieser seine Tätigkeit bereits aufgenommen hat.

Am 04.12.2014 meldete die Beschuldigte Herrn KU. nachträglich als Dienstnehmer bei der Oö. Gebietskrankenkasse zur Sozialversicherung an.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt und ist in dieser Form unbestritten. Laut dem bei der Kontrolle vorgelegten Dienstzettel wurde Herr KO. von der Beschuldigten ab 2. Mai 2014 als Hilfsarbeiter im Ausmaß von 20 Wochenstunden gegen einen vereinbarten Bruttogehalt von 955,20 Euro monatlich beschäftigt. Die Beschuldigte gab in ihrer schriftlichen Rechtfertigung gegenüber der belangten Behörde vom 27. Dezember 2014 an, dass ihr ihr Dienstnehmer angekündigt habe, dass sich sein Schwager, Herr KU., mit ihr wegen einer Hilfsarbeitertätigkeit in Verbindung setzen werde. Von dessen Arbeitseinsatz auf ihrer Baustelle ab 20. Oktober 2014 habe sie jedoch nichts gewusst.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat in rechtlicher Hinsicht erwogen:

5.1. Gemäß § 4 Abs. 2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955 idgF ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Gemäß § 33 Abs. 1 ASVG haben die Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach diesem Bundesgesetz in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Vollversicherte und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden und binnen sieben Tagen nach dem Ende der Pflichtversicherung abzumelden.

Gemäß § 111 Abs. 1 Z 1 ASVG handelt ordnungswidrig, wer als Dienstgeber oder sonstige nach § 36 meldepflichtige Person (Stelle) oder nach § 42 Abs. 1 auskunftspflichtige Person oder als bevollmächtigte Person nach § 35 Abs. 3 entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes Meldungen oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet.

Gemäß § 111 Abs. 2 ist die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu bestrafen, und zwar
- mit Geldstrafe von 730 Euro bis zu 2.180 Euro, im Wiederholungsfall von 2.180 Euro bis zu 5.000 Euro,
- bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen,

sofern die Tat weder den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet noch nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist. Unbeschadet der §§ 20 und 21 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 kann die Bezirksverwaltungsbehörde bei erstmaligem ordnungswidrigen Handeln nach Abs. 1 die Geldstrafe bis auf 365 Euro herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

5.2. Der s. Staatsangehörige Herr KU. wurde anlässlich der Kontrolle am 22. Oktober 2014 gemeinsam mit dem von der Beschuldigten beschäftigten Arbeiter Herrn V.KO. bei Bauarbeiten auf ihrem Grundstück angetroffen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes findet die wirtschaftliche Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG ihren Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel und ist deshalb bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit (vgl. VwGH vom 12.10.2016, Ra2015/08/0173). Bei einfachen Hilfstätigkeiten kann mangels gegenläufiger Anhaltspunkte ohne weitwendige Untersuchungen das Vorliegen von Beschäftigungsverhältnissen in persönlicher Abhängigkeit vorausgesetzt werden (vgl. VwGH vom 3. November 2015, Zl. 2013/08/0153, mwN).

Die Beschuldigte bestreitet nicht, dass Herr KU. anlässlich der Kontrolle bei Arbeiten auf ihrem Grundstück angetroffen wurde. Für das Vorliegen einer Beschäftigung im Sinn des ASVG ist nicht entscheidend, ob für die inkriminierte Verwendung ausdrücklich ein Entgelt vereinbart wurde oder ob eine solche

Vereinbarung unterblieb; vielmehr gilt in solchen Fällen im Zweifel angemessenes Entgelt als bedungen (vgl. § 1152 ABGB). Auch der Umstand, dass das geschuldete Entgelt allenfalls über Dritte vereinbart bzw. entrichtet wurde, ändert nichts am Umstand, dass die Arbeitsleistungen des Herrn KU., bei denen es sich um Bauhilfstätigkeiten handelte, der Beschuldigten zugutekamen, vermag es am Charakter von Zahlungen als Entgelt doch nichts zu ändern, wenn diese faktisch unmittelbar durch Dritte geleistet werden. In Anbetracht der Gesamtumstände ist daher von einer Beschäftigung des s. Staatsangehörigen J.K. in der Zeit vom 20. bis 22. Oktober 2014 in wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit durch die Beschuldigte auszugehen. Dies geht zudem auch aus dem Umstand hervor, dass die Beschuldigte den Arbeiter aufgrund der Kontrolle im Nachhinein zur Sozialversicherung anmeldete, ihre diesbezüglichen Ausführungen, sie habe dies nur getan, um das Verfahren rasch einem Abschluss zuzuführen, ist in diesem Zusammenhang als Schutzbehauptung zu werten, zumal auch falsche Angaben gegenüber dem zuständigen Sozialversicherungsträger verwaltungsbehördlich strafbar sind. Der Umstand, dass der von der Beschuldigten zu entrichtende Beitragszuschlag gemäß § 113 ASVG im Verfahren vor der Oö. Gebietskrankenkasse herabgesetzt wurde, ändert nichts am Umstand, dass gemessen am wahren wirtschaftlichen Gehalt der durchgeführten Tätigkeit von einer Beschäftigung des Herrn KU. durch die Beschuldigte auszugehen ist. Da dieser vor Arbeitsaufnahme nicht beim zuständigen Sozialversicherungsträger angemeldet wurde, ist der objektive Tatbestand der gegenständlichen Verwaltungsübertretung als erfüllt zu werten.

5.3. Die Beschuldigte bestreitet jedoch ihr Verschulden am Zustandekommen der Verwaltungsübertretung und bringt vor, dass sie über die Arbeitsaufnahme des Herrn KU. nicht informiert war, da sie sich zum Tatzeitpunkt auf einer Fortbildungsmaßnahme befand.

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (Ungehorsamsdelikt).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat die Beschuldigte initiativ alles darzulegen, was für ihre Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringung von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die "Glaubhaftmachung" nicht.

Es ist daher zu prüfen, ob sich die Beschuldigte entsprechend sorgfältig verhalten hat, um glaubhaft machen zu können, dass sie an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Dem Vorbringen der Beschuldigten, sie sei über den Arbeitseinsatz des ausländischen Staatsangehörigen nicht informiert gewesen und treffe sie daher kein Verschulden, ist die ständige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes entgegenzuhalten. Demnach muss ein Dienstgeber – will er das Zustandekommen eines Dienstverhältnisses durch Aufnahme einer Beschäftigung ohne seine Zustimmung bzw. ohne die erforderliche Anmeldung zur Sozialversicherung verhindern – ein wirksames Kontrollsystem errichten bzw. entsprechende Weisungen erteilen und deren Befolgung sicherstellen (vgl. VwGH vom 27.06.2016, Ra2015/08/0184). Er hat dabei keine lückenlose Kontrolle zu gewährleisten, jedoch alle möglichen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um eine Arbeitsaufnahme gegen seinen Willen zu verhindern (vgl. VwGH vom 26. Jänner 2015, ra2014/08/0065). Dass die Beschuldigte Herrn KO. entsprechende Anweisungen gegeben hat und wie sie deren Befolgung kontrollierte, hat sie jedoch nicht dargelegt.

Im Ergebnis ist es der Beschuldigten daher nicht gelungen, mit ihrem Vorbringen ein mangelndes Verschulden am Zustandekommen der ihr zur Last gelegten Verwaltungsübertretung darzulegen und ist ihr die gegenständliche Verwaltungsübertretung auch in subjektiver Hinsicht vorzuwerfen.

6. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Nach § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung der Entscheidung so weit aufzuzeigen, als dies für die

Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs. 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

Gemäß § 20 VStG kann die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen oder der Beschuldigte ein Jugendlicher ist.

Der Beschuldigte ist fahrlässige Tatbegehung zur Last zu legen. Im Hinblick auf die erstmalige Übertretung der Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes und den Umstand, dass die Beschuldigte Herrn KU. nachträglich zur Sozialversicherung angemeldet hat, liegen, im Hinblick auf die Gesamtumstände des gegenständlichen Verwaltungsstrafverfahrens, die Voraussetzungen vor, um die vom Gesetzgeber vorgesehene Möglichkeit einer Herabsetzung der gesetzlichen Mindeststrafe zur Anwendung zu bringen. Nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich ist damit eine ausreichende Sanktion gesetzt, um der Beschuldigten die Unrechtmäßigkeit ihres Handelns eindringlich vor Augen zu führen und sie künftig zu einem gesetzeskonformen Verhalten anzuleiten. Ein Absehen von der Strafe gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG war mangels Vorliegen der dafür erforderlichen kumulativen gesetzlichen Voraussetzungen nicht in Erwägung zu ziehen.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

II. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Insbesondere weicht die gegenständliche Entscheidung von der als einheitlich zu beurteilenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ab.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechts-

anwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten.

H i n w e i s e

1. Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

2. Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Panny