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-301382/4/Zo/TO**

Datum: **Linz, 16. 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 seinen Richter Mag. Zöbl über die Beschwerde der Finanzpolizei Team 40 für das Finanzamt Linz, Bahnhofplatz 7, 4020 Linz, vom 23.11.2016, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 8.11.2016, GZ: 0060044/2015, wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes

zu Recht e r k a n n t :

I. Der Beschwerde des Finanzamtes Linz wird gemäß § 50 VwGVG insofern Folge gegeben, als über den Beschuldigten pro Arbeitnehmer jeweils eine Geldstrafe in Höhe von 2.180 Euro und jeweils eine Ersatzfreiheitsstrafe in Höhe von 146 Stunden verhängt werden (insgesamt daher 4.360 Euro bzw. 292 Stunden).

II. Die behördlichen Verfahrenskosten bleiben mit 146 Euro unverändert, für das Beschwerdeverfahren sind keine Kosten zu bezahlen.

III. 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 Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 8.11.2016, GZ: 0060044/2015, wurden über den Beschuldigten wegen Verwaltungsübertretungen nach § 33 Abs. 1 und 2 iVm § 111 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) zwei Geldstrafen iHv jeweils 730 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 112 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag von insgesamt 146 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde [Hervorhebungen nicht übernommen]:

„Der Beschuldigte, Herr D J, geb. x, hat als Gewerbeinhaber und Betreiber des Lokales ‚A', x, L, welcher für die Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Meldepflicht keinen Bevollmächtigten bestellt hat, nachstehende Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten:

Sie haben als Dienstgeber im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG, zu den angeführten Zeiten, nachstehende angeführte Personen, als pflichtversicherte Dienstnehmer, in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt (Anspruch iSd § 49 ASVG), im o.a. Lokal beschäftigt.

1. Herrn J D, geb. x, x, W, am 03.11.2015 von 12:00 Uhr bis 13:35 Uhr (Kontrollzeitpunkt) als Hilfskraft (Reinigungsarbeiten) fallweise beschäftigt;
2. Frau S V, geb. x, x, L, von August 2015 bis 03.11.2015, 13.35 Uhr (Kontrollzeitpunkt) als Hilfskraft (Reinigungstätigkeiten) mind. 1x pro Woche beschäftigt;

Die in Rede stehenden Beschäftigen waren der Firma organisatorisch sowie hinsichtlich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit maßgeblich unterworfen. Auch bestand eine persönliche Arbeitsverpflichtung und Weisungsgebundenheit.

Für die Behörde war im vorliegenden Fall von einem Arbeitsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt auszugehen, da Unentgeltlichkeit nicht ausdrücklich vereinbart wurde und somit ein angemessenes Entgelt gem. § 1152 ABGB als bedungen gilt. Die Höhe des Entgelts lag nicht über der Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs. 2 ASVG.

Obwohl diese Dienstnehmer als geringfügig Beschäftigte von der Vollversicherung im Sinne des § 5 ASVG ausgenommen und daher in der Unfallversicherung teilversichert sind, wurde hierüber eine, zumindest mit den Mindestangaben ausgestattete, Meldung, bei der gem. § 30 ASVG örtlich zuständigen Gebietskrankenkasse, als zuständiger Sozialversicherungsträger, nicht vor Aufnahme der Tätigkeit, erstattet.

Sie haben somit in 2 Fällen gegen die sozialversicherungsrechtliche Meldepflicht des § 33 Abs. 1 und 2 ASVG verstoßen."

In der Begründung führt die belangte Behörde unter Wiedergabe des Verfahrensganges zusammengefasst aus, dass der Beschuldigte die zwei im Spruch angeführten Personen in wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit beschäftigt hatte, ohne sie zur Sozialversicherung anzumelden. Für die Strafbemessung

wurde die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Beschuldigten strafmildernd gewertet und deshalb die gesetzliche Mindeststrafe verhängt.

2. In der vom Finanzamt Linz als am Verfahren beteiligte Organpartei dagegen rechtzeitig eingebrachten Beschwerde wird auf das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien vom 12.5.2014, MBA 16 – S 122220/14, welches am 13.8.2015 in Rechtskraft erwachsen war, hingewiesen und beantragt die gesetzmäßige Strafe im Wiederholungsfall iSd § 111 Abs. 2 ASVG zu verhängen.

3. Die belangte Behörde hat die Beschwerde des Finanzamtes Linz samt bezughabenden Verwaltungsakt mit Schreiben vom 29.11.2016 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidungsfindung vorgelegt. Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch seinen nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

4. Das Landesverwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht. Dem Beschuldigten wurde vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich im Rahmen des Parteiengehörs mit Schreiben vom 20.12.2016 Gelegenheit gegeben, eine Stellungnahme zur Beschwerde abzugeben, er hat sich jedoch nicht geäußert.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. Da sich die Beschwerde ausschließlich gegen die Höhe der von der belangten Behörde verhängten Strafe richtet, ist der Schuldspruch in Rechtskraft erwachsen und ist es dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich verwehrt, sich inhaltlich mit der Entscheidung der belangten Behörde auseinanderzusetzen. Die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 3 Z 2 VwGVG entfallen.

5.2. Gemäß § 111 Abs. 1 ASVG handelt ordnungswidrig, wer als Dienstgeber oder sonstige nach § 36 ASVG meldepflichtige Person (Stelle) oder als bevollmächtigte Person nach § 35 Abs. 3 ASVG entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes

1. Meldungen oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet oder
2. Meldungsabschriften nicht oder nicht rechtzeitig weitergibt oder
3. Auskünfte nicht oder falsch erteilt oder
4. gehörig ausgewiesene Bedienstete der Versicherungsträger während der Betriebszeiten nicht in Geschäftsbücher, Belege und sonstige Aufzeichnungen, die für das Versicherungsverhältnis bedeutsam sind, einsehen lässt.

Gemäß § 111 Abs. 2 ASVG 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.

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 Verwaltungsstrafrechts sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse 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 des Bescheides 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.

5.3. Im gegenständlichen Fall hat der Beschuldigte in 2 Fällen gegen die sozialversicherungsrechtliche Meldepflicht des § 33 ASVG verstoßen.

Der Gesetzgeber sieht bei Verletzung der Bestimmungen des ASVG im Wiederholungsfall eine Strafe von 2.180 Euro bis 5.000 Euro vor (§ 111 Abs. 2 ASVG).

Die belangte Behörde hat, obwohl im Strafantrag der Finanzpolizei Team 40 für das Finanzamt Linz vom 17.11.2015 bereits auf das Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien vom 12.5.2014, MBA 16-S 122220/14, hingewiesen wurde, in ihrem Straferkenntnis die fälschlicherweise angenommene verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit als strafmildernd gewertet. Straferschwerende Gründe sind im Beschwerdeverfahren nicht hervorgekommen, weshalb sich das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich veranlasst sieht, über den Beschuldigten nunmehr die gesetzlich festgelegte Mindeststrafe im Wiederholungsfall zu verhängen.

5.4. Die Kostenvorschreibung durch das Landesverwaltungsgericht ist in § 52 VwGVG abschließend geregelt. Das Verwaltungsgericht ist demnach nicht berechtigt, erstmals Kosten für das erstinstanzliche Verfahren vorzuschreiben (VwGH 30.6.2015, Ra 2014/17/0034). Eine Anpassung der im Verwaltungsstrafverfahren von der belangten Behörde festgesetzten Verfahrenskosten war daher nicht vorzunehmen.

Im Übrigen waren nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu der bis zum 31.12.2013 geltenden Rechtslage die Kosten des Berufungsverfahrens (§§ 64, 65 VStG) dem Bestraften nur dann aufzuerlegen, wenn er auch der Berufungswerber war, weshalb eine Kostenvorschreibung im Berufungsverfahren zu entfallen hatte (insbesondere VwGH vom 23.2.1994, 93/09/0173, betreffend einen Bescheid der Berufungsbehörde, womit der Berufung einer Amtspartei gegen die erstbehördliche Einstellung des Strafverfahrens stattgegeben, über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe verhängt und dieser zum Kostenersatz gemäß § 64 VStG verpflichtet wurde). Da § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG im Wesentlichen mit § 64 Abs. 1 und 2 VStG in der vor dem 1.1.2014 geltenden Fassung übereinstimmt und § 52 Abs. 8 VwGVG inhaltlich § 65 VStG entspricht, ist die bisherige Rechtsprechung zur alten Rechtslage auf die neue Rechtslage übertragbar (VwGH 30.6.2015, Ra 2014/17/0034). In diesem Sinne waren daher auch keine Kosten für das Beschwerdeverfahren vorzuschreiben.

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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Strafbemessung bei Übertretungen des ASVG ab, noch fehlt es an einer solchen. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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 Rechtsanwalt 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

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

Mag. Zöbl