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-301623/6/KLi/TK

Datum:
Linz, 4. September 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde vom 26. Juni 2017 des Finanzamtes Grieskirchen Wels, gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 17. Mai 2017, GZ: BZ-Pol-77011-2017, mit welchem das Strafverfahren gegen A.B., geb. x, X, W., wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) eingestellt wurde, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit dem angefochtenen Bescheid vom 17. Mai 2017 des Bürgermeisters der Stadt Wels (im Folgenden: belangte Behörde), GZ: BZ-Pol-77011-2017, wurde das gegen A.B. (im Folgenden: Beschuldigte) eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) eingestellt.

Begründend führte die belangte Behörde aus, das Verwaltungsstrafverfahren, wonach die Beschuldigten als Arbeitgeberin und Betreiberin gemäß § 539a ASVG des Lokals „C. A.“, welche für die Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Meldepflichten keinen Bevollmächtigten bestellt habe, zu verantworten habe, dass sie als Dienstgeberin im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG, 1. vom 12.10.2016 bis 27.10.2016 Herrn A.E.G., geb. x, als Dienstnehmer (gewerberechtlicher Geschäftsführer und Arbeitskraft im Lokal), 2. ab 11.11.2016, 7.00 Uhr, Frau A.G., geb. x, als Dienstnehmerin (Kellnerin) und 3. zumindest vom 22.10.2016 bis 13.11.2016 (lt. Stundenaufzeichnungen) Frau M.T., geb. x, als Dienstnehmerin (Arbeitskraft im Lokal) in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt habe und keine Anmeldung zur Sozialversicherung erfolgt sei und für die Behörde im vorliegenden Fall von einem Arbeitsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt auszugehen gewesen sei, da Unentgeltlichkeit nicht ausdrücklich vereinbart worden sei und somit ein angemessenes Entgelt gemäß § 1152 ABGB als bedungen gelte und die in Rede stehenden Beschäftigten ihr organisatorisch sowie hinsichtlich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit maßgeblich unterworfen gewesen seien und auch eine persönliche Arbeitsverpflichtung und Weisungsgebundenheit bestanden habe und die Höhe des Entgelts über der Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs. 2 ASVG gelegen sei und obwohl diese Dienstnehmer daher nicht von der Vollversicherung im Sinne des § 5 ASVG ausgenommen und daher in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung vollversichert seien und hierüber eine, zumindest mit den Mindestangaben ausgestattete Meldung bei der Oö. Gebietskrankenkasse, L., X, als zuständiger Sozialversicherungsträger, nicht vor Aufnahme der Tätigkeit erstattet worden sei, werde gemäß § 45 VStG eingestellt.

Unter Wiedergabe der gesetzlichen Bestimmungen führte die belangte Behörde sodann aus, dass die zuständige Behörde feststelle, dass die Beschuldigte zwar als Betreiberin des Lokals auftrete, es jedoch für die Versicherungspflicht irrelevant sei, ob eine Person, die einen Betrieb auf ihre Rechnung und Gefahr führe, im Betrieb persönlich mitarbeite oder die erforderlichen Arbeiten durch Bevollmächtigte, Familienmitglieder oder Dienstnehmer verrichten lasse. Die Beschuldigte sei im gegenständlichen Fall gewerberechtliche Geschäftsführerin und erledige die anfallenden Arbeiten im Rahmen dieser Geschäftsführertätigkeit.

Es sei nicht entscheidend für die Dienstgebereigenschaft, ob der Betrieb selbst oder durch dritte Personen wie z.B. Bevollmächtigte, Familienangehörige, Auftraggeber usw. geführt werde, wenn nur im Fall der Betriebsführung durch dritte Personen auch die unmittelbar berechtigte und verpflichtete Person zumindest die rechtliche Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Betriebsführung habe. Ob und inwiefern er diese rechtliche Möglichkeit auch tatsächlich wahrnehme, sei unmaßgeblich. Zudem seien die betroffenen Arbeitnehmer durch den Gewerbeinhaber ordnungsgemäß bei der Sozialversicherung angemeldet worden. Die Bestimmungen des ASVG seien nicht verletzt worden und für die Sozialversicherung sei kein Schaden entstanden.

Der Beschuldigten komme keine Dienstgebereigenschaft nach § 35 Abs. 1 ASVG zu. Sie habe die ihr angelastete Verwaltungsübertretung daher nicht begangen. Das Verfahren sei daher einzustellen.

I.2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die Beschwerde der Abgabenbehörde vom 26. Juni 2017, mit welcher Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtige Tatsachenfeststellung, unrichtige Beweiswürdigung und unrichtige rechtliche Beurteilung geltend gemacht würden.

Aufgrund der erhobenen wahren wirtschaftlichen Verhältnisse sei die Beschuldigte als Dienstgeberin gemäß § 35 ASVG anzusehen. V.B. (im Folgenden: Betreiber) sei lediglich am Papier der Betreiber des Lokals. Dies werde auch durch die Aussagen des Betreibers, er habe weder die Kenntnisse noch die Ausbildung um ein Lokal zu führen; er habe bisher weder in den Betrieb investiert, noch Entnahmen getätigt; er habe keine Ahnung vom Mietvertrag, von den angemeldeten/beschäftigten Dienstnehmern, oder der Abrechnung; er verweise immer wieder auf die Beschuldigte und die ihr erteilte Vollmacht, untermauert.

Ebenfalls habe A.G. angegeben, dass das Dienstverhältnis mit der Beschuldigten vereinbart worden sei. Es sei angemerkt, dass die Beschuldigte bezüglich der im Lokal durchgeführten Umbauarbeiten angegeben habe, dass diese Umbauarbeiten von ihr veranlasst worden seien, weil das Lokal neue Fliesen und einen frischen Anstrich benötige. Weiters habe die Beschuldigte angegeben, von wem diese Arbeiten durchgeführt würden. Ferner werde auf die in der Vergangenheit durchgeführten Kontrollen der Finanzpolizei hingewiesen, bei denen die Beschuldigte immer als die Person wahrgenommen worden sei, die den wesentlichen Einfluss auf die Führung des Lokals innehabe. Bezüglich der Angaben des Betreibers sei die Gewerbebehörde der belangten Behörde informiert worden.

In rechtlicher Hinsicht werde auf § 539a Abs. 1 ASVG und darauf hingewiesen, dass für die Beurteilung von Sachverhalten nach dem ASVG in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend sei. Nicht entscheidend für die

Dienstgebereigenschaft einer aus einer Betriebsführung unmittelbar berechtigten und verpflichteten Person sei es, ob sie den Betrieb selbst oder durch dritte Personen führe, wenn ihr im Falle der Betriebsführung durch dritte Personen weiterhin zumindest die rechtliche Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Betriebsführung zustehe.

Es werde daher beantragt, der Beschwerde Folge zu geben, den Einstellungsbescheid im Zuge einer Beschwerdevorentscheidung zu beheben, sowie eine angemessene Strafe zu verhängen; in eventu die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung.

I.3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beraumte daraufhin für 28. August 2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung an, zu welcher sowohl die beschwerdeführende Abgabenbehörde als auch die belangte Behörde und die Beschuldigte ladungsgemäß erschienen sind. Der Zeuge V.B. (Betreiber) ist zu dieser Verhandlung nicht erschienen, auf seine Vernehmung wurde in weiterer Folge jedoch allseits verzichtet.

II. Nachfolgender Sachverhalt steht fest:

II.1. V.B. betreibt unter der Adresse W., X, das Lokal „C. A.“. Ursprünglich betrieb sein Enkelsohn, A.M. dieses Lokal. Sein Enkel hatte bei ihm allerdings hohe Schulden im Umfang von ca. 13.000 Euro. Um diese Schulden zu tilgen übergab er an ihn sein Lokal. Das Lokal war im Zeitpunkt der Übergabe schuldenfrei.

II.2. V.B. ist seither Betreiber des Lokals, er verfügt auch über eine entsprechende Gewerbeberechtigung. Allerdings betreibt er dieses Lokal nicht selbst. Betreiberin des Lokals ist seine Schwiegertochter, die Beschuldigte. Er beauftragte die Beschuldigte, sämtliche im Lokal erforderlichen Geschäfte und rechtsverbindliche Tätigkeiten für ihn zu führen. Er bestellte die Beschuldigte zur gewerberechtlichen Geschäftsführerin. Als solche übt die Beschuldigte ihre Tätigkeit aus.

Diesbezüglich wurde eine Vollmacht zwischen dem Betreiber und der Beschuldigten errichtet, welche notariell beglaubigt wurde. Aus dieser Vollmacht ergibt sich, dass die Beschuldigte bevollmächtigt und beauftragt ist, in seinem Namen und mit Rechtswirksamkeit für ihn im Geschäftsverkehr alle erdenklichen Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Betrieb des Lokals zu vollziehen.

II.3. Der Betreiber schloss mit R.L., dem Besitzer des Geschäftslokals in der X, einen Mietvertrag ab. Eine Kaution musste nicht entrichtet werden. Im Zuge des Abschlusses des Mietvertrages wurde der Inhalt desselben zwischen dem

Betreiber, der Beschuldigten und dem Vermieter gemeinsam, also zu dritt, ausgehandelt.

II.4. Im Lokal wurden daraufhin die drei im angefochtenen Bescheid genannten Dienstnehmer beschäftigt.

Alle drei Dienstnehmer wurden fristgerecht zur Sozialversicherung angemeldet. A.G. war vom 12.10.2016 bis 27.10.2016 zur Sozialversicherung angemeldet. A.G. war beginnend mit 11.11.2016 bei der Sozialversicherung angemeldet. M.T. war vom 12.10.2016 zur Sozialversicherung angemeldet. Als Dienstgeber schien jeweils der Betreiber, nicht die Beschuldigte, auf.

Darüber hinaus ist auch die Beschuldigte als Dienstnehmerin zur Sozialversicherung angemeldet, seit 12.10.2016.

Aus dem Gewerberegister ergibt sich darüber hinaus, dass A.G. in der Zeit von 12.10.2016 bis 27.10.2016 als gewerberechtlicher Geschäftsführer gemeldet war. Seit 28.10.2016 ist die Beschuldigte als gewerberechtliche Geschäftsführerin gemeldet.

II.5. Der Betreiber hat bislang an Investitionen im Lokal die Erneuerung des Fliesenbodens sowie Malerarbeiten veranlasst. Darüber hinaus waren bislang keine Investitionen zu tätigen, nachdem das Lokal schuldenfrei war und auch eine Kaution beim Abschluss des Mietvertrages nicht erlegt werden musste.

II.6. Der Betreiber verfügt über einen eigenen Zugang zum Firmenkonto, er verfügt über eine Zeichnungsberechtigung und eine Kontokarte. Ihm ist es daher möglich, sowohl Investitionen auf dieses Konto einzuzahlen, als auch jederzeit Behebungen von diesem Konto vorzunehmen und Geld aus dem Lokal zu entnehmen. Auch der Beschuldigten ist dies als gewerberechtliche Geschäftsführerin und Bevollmächtigte möglich.

Tatsächlich macht der Betreiber von dieser ihm zustehenden Möglichkeit keinen Gebrauch und überlässt die Ausführung sämtlicher Tätigkeiten der Beschuldigten, wenngleich ihm ein Einschreiten jederzeit möglich wäre.

Die Beschuldigte führt sämtliche finanzielle Verfügungen durch, auch die jeweiligen Entnahmen aus dem Firmenkonto, die der Betreiber für seine Lebensführung braucht. Darüber hinaus entnimmt sie auch ihren eigenen Lohn bzw. die Löhne der übrigen Angestellten, bezahlt die Miete und die Stromkosten, sowie sämtliche sonstige anfallenden Zahlungen.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Die Feststellungen zum Lokal ergeben sich aus dem Akteninhalt sowie aus der Erörterung des Sachverhaltes in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht. Unstrittig fest steht auch, dass die drei im Bescheid genannten Dienstnehmer im Zeitpunkt der Kontrolle im Lokal beschäftigt waren.

III.2. Ebenfalls aus dem Akteninhalt und den Ergebnissen der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht ergibt sich, dass die Beschuldigte als gewerberechtliche Geschäftsführerin im Lokal bestellt ist. Dies ergibt sich auch aus dem Gewerberegister, sowie aus der Aussage der Beschuldigten. Darüber hinaus ergibt sich auch aus dem Akteninhalt und einem Auszug aus der Sozialversicherung, dass die Beschuldigte im Kontrollzeitpunkt als gewerberechtliche Geschäftsführerin und Dienstnehmerin im Lokal beschäftigt war und scheint als Dienstgeber der Betreiber auf.

III.3. Der Umstand, dass der Betreiber der Beschuldigten eine umfassende Vollmacht erteilt hat, ergibt sich ebenso aus dem Akteninhalt, die Vollmacht wurde bereits im Verfahren vor der Abgabenbehörde vorgelegt. Ebenso befindet sich im Akt der Mietvertrag, den der Betreiber mit seinem Vermieter abgeschlossen hat und ergibt sich schon aus diesem Mietvertrag, dass eine Kaution nicht zu erlegen war. Wenn der Betreiber dazu in seiner Aussage vor der Finanzpolizei andere Angaben gemacht wurden, so lässt sich dies damit erklären, dass er der Beschuldigten eine Vollmacht darüber erteilt hat, sämtliche Verträge und Rechtsgeschäfte für ihn abzuschließen. Außerdem konnte die Beschuldigte im Zuge der Verhandlung glaubwürdig erörtern, dass mit dem Vermieter zwischen ihr, dem Betreiber verhandelt wurde. Ursprünglich hätte der Vermieter eine Kaution verlangt, durch Verhandlungsgeschick konnte er allerdings zur Abstandnahme von einer Kaution bewegt werden.

III.4. Ebenfalls ergibt sich aus dem Akteninhalt, dass die drei im Bescheid genannten Dienstnehmer im Zeitpunkt der Kontrolle sehr wohl bei der Sozialversicherung fristgerecht angemeldet worden waren. Als Dienstgeber scheint eben der Betreiber auf und nicht die Beschuldigte. Somit ergibt sich auch die im gegenständlichen Fall relevante Rechtsfrage, wer Dienstgeber der drei Dienstnehmer war, nämlich der Betreiber oder die Beschuldigte. Jedenfalls aber steht fest, dass eine Anmeldung bei der Sozialversicherung nicht gänzlich unterblieben ist.

III.5. Die Beschuldigte konnte im Zuge ihrer Vernehmung vor dem erkennenden Gericht ihre Tätigkeit als gewerberechtliche Geschäftsführerin darlegen. Wenngleich für diese Verhandlung ein Dolmetscher für die b. Sprache anwesend war, konnte die Vernehmung der Beschuldigten gänzlich ohne Beiziehung des Dolmetschers erfolgen, weshalb dieser noch im Laufe der Verhandlung wieder

entlassen wurde. Die Beschuldigte war auch in der Lage, die an sie gerichteten Fragen vollständig und nachvollziehbar zu beantworten. Insofern ergibt sich kein Zweifel daran, dass die Beschuldigte sehr wohl zwischen einem gewerberechtlichen Geschäftsführer und einem Betreiber eines Lokals unterscheiden konnte.

Sie konnte auch darlegen, dass zunächst der Dienstnehmer A.E.G. gewerberechtlicher Geschäftsführer war, er sodann am 27.10.2016 abgemeldet wurde und sie selbst als gewerberechtliche Geschäftsführerin angemeldet wurde. Die Beschuldigte konnte sowohl Auskunft über das Zustandekommen ihrer Vollmacht, des Mietvertrages sowie der im Lokal zu tätigenden Rechtsgeschäfte geben. So schilderte sie z.B., dass an Investitionen die Renovierung der Fliesen und des Anstriches durchgeführt wurden.

Ebenso schilderte sie nachvollziehbar, dass der Betreiber sehr wohl selbst Einfluss auf die Rechtsgeschäfte des Lokals nehmen hätte können, zumal er mit einer eigenen Kontokarte, Zeichnungsberechtigung, etc. ausgestattet war. Diesbezüglich gab die Beschuldigte aber an, dass er „sich aber nicht eingemischt hat“, weil sie ja die gewerberechtliche Geschäftsführerin ist. Außerdem gab sie auch an, dass Entnahmen für die Lebenshaltungskosten des Betreibers entnommen werden.

Dass der Betreiber also jederzeit selbst in den Geschäftsverlauf eingreifen hätte können und aus dem Lokal Entnahmen zu seinen Gunsten getätigt wurden, steht insofern fest.

III.6. Insofern hat sich nachvollziehbar ergeben, dass Betreiber des Lokals V.B. ist, der die Beschuldigte zur gewerberechtlichen Geschäftsführerin bestellt hat. Dementsprechend nimmt die Beschuldigte auch im Rahmen dieser Tätigkeit als gewerberechtliche Geschäftsführerin die An- und Abmeldung von Dienstnehmern zur Sozialversicherung vor; so ist dies letztendlich ja auch tatsächlich geschehen.

IV. Rechtslage:

IV.1. Als Dienstnehmer gilt gemäß § 4 Abs. 2 ASVG derjenige, der in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird, wobei hiezu auch Personen gehören, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen; unabhängig davon gelten Personen jedenfalls dann als Dienstnehmer, wenn sie entweder mit einem Dienstleistungscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz entlohnt werden, oder wenn sie nach § 47 Abs. 1 iVm Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG) lohnsteuerpflichtig sind, soweit es sich nicht um Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. a oder b EStG oder um Bezieher von Einkünften nach § 25

Abs. 1 Z 4 lit. c EStG, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen, handelt.

IV.2. Gemäß § 33 Abs. 1 ASVG haben 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. Die An(Ab)meldung durch den Dienstgeber wirkt auch für den Bereich der Unfall- und Pensionsversicherung, soweit die beschäftigte Person in diesen Versicherungen pflichtversichert ist. Gemäß Abs. 2 leg. cit. gilt Abs. 1 für die nur in der Unfall- und Pensionsversicherung sowie für die nur in der Unfallversicherung nach § 7 Z 3 lit. a Pflichtversicherten mit der Maßgabe, dass die Meldungen beim Träger der Krankenversicherung, der beim Bestehen einer Krankenversicherung nach diesem Bundesgesetz für sie sachlich und örtlich zuständig wäre, zu erstatten ist.

IV.3. Nach § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer (Lehrling) in einem Beschäftigungs(Lehr)verhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgelts verweist. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

IV.4. Gemäß § 111 Abs. 1 ASVG handelt ordnungswidrig, wer als Dienstgeber oder sonstige nach § 36 meldepflichtige Person (Stelle) oder als bevollmächtigte Person nach § 35 Abs. 3 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 oder Versicherungsträger während der Betriebszeiten nicht in Geschäftsbücher, Belege und sonstige Aufzeichnungen, die für das Versicherungsverhältnis bedeutsam sind, einsehen lässt.

Gemäß § 111 Abs. 2 leg. cit. ist die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu bestrafen, und zwar mit Geldstrafe von 730 Euro bis 2.180 Euro, im Wiederholungsfall von 2.180 Euro bis 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 Verwaltungsbestimmungen 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.

IV.5. Gemäß § 539a Abs. 1 ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend. Gemäß Abs. 2 leg. cit. können durch den Missbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden. Ferner ist gemäß Abs. 3 leg. cit. ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre. Nach Abs. 4 leg. cit. sind Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen für die Feststellung eines Sachverhaltes nach diesem Bundesgesetz ohne Bedeutung. Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so ist das verdeckte Rechtsgeschäft für die Beurteilung maßgebend. Gemäß Abs. 5 leg. cit. gelten die Grundsätze, nach denen (1.) die wirtschaftliche Betrachtungsweise, (2.) Scheingeschäfte, Formmängel und Anfechtbarkeit sowie (3.) die Zurechnung nach den §§ 21 und 24 der Bundesabgabenordnung für Abgaben zu beurteilen sind, auch dann, wenn eine Pflichtversicherung und die sich daraus ergebenden Rechts und Pflichten nach diesem Bundesgesetz zu beurteilen sind.

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen:

V.1. Im vorliegenden Fall steht der relevante Sachverhalt dahingehend fest, dass die im Bescheid genannten drei Dienstnehmer zur Sozialversicherung angemeldet waren, allerdings als Dienstnehmer der Betreiber aufscheint und nicht die Beschuldigte.

Es stellt sich somit die Frage, wer von diesen beiden nunmehr der Dienstgeber der drei Arbeitnehmer war und daher zur Anmeldung zur Sozialversicherung verpflichtet war.

V.2. Zur Frage des Dienstgeberbegriffes kann auf die umfangreiche Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zurückgegriffen werden:

V.2.1. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner zahlreichen Judikatur (z.B. 23.2.2005, 2002/08/0220) zum Betriebsbegriff ausgeführt, dass unter einem Betrieb jede organisatorische Einheit zu verstehen ist, innerhalb derer eine physische oder juristische Person oder eine Personengemeinschaft mit technischen oder immateriellen Mitteln die Erzielung bestimmter Arbeitsergebnisse fortgesetzt verfolgt, ohne Rücksicht darauf, ob Erwerbsabsicht besteht oder nicht (vgl.

§ 34 ArbVG). Der Betriebszweck kann künstlerischer, wissenschaftlicher, pädagogischer oder wohltätiger Natur sein.

V.2.2. Im Erkenntnis vom 4.7.2007, 2004/08/0127, führt der VwGH aus, dass für die Dienstgebereigenschaft wesentliche ist, wer nach rechtlichen (und nicht bloß tatsächlichen) Gesichtspunkten aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, wen also das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar trifft. Die Dienstgebereigenschaft hängt daher maßgeblich davon ab, ob der Betrieb der Partei wirtschaftlich zuzurechnen ist, d.h., auf ihre Rechnung und Gefahr betrieben worden ist, oder mit anderen Worten, ob die Partei „aus den in diesem Zusammenhang getätigten Umsatzgeschäften berechtigt und verpflichtet wurde. [...] Wer berechtigt und verpflichtet wird, ist eine Rechtsfrage, die aufgrund rechtlicher Gegebenheiten (z.B. Eigentum am Betrieb) beantwortet werden kann.

V.2.3. Im Erkenntnis vom 22.11.2002, 98/08/0017, führt der Verwaltungsgerichtshof Folgendes aus:

„Im Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10.12.1986, Slg. Nr. 12325/A (S. 677) hat der Verwaltungsgerichtshof seine schon im Erkenntnis vom 17.2.1983, Zl. 81/08/0155, vertretene Rechtsauffassung bekräftigt, wonach bei Beurteilung der Frage, auf wessen Rechnung ein Betrieb, in dem ein Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis steht, an das die zu klärende Beitragspflicht anknüpft, geführt wird, wesentlich sei, wer nach rechtlichen und nicht bloß tatsächlichen Gesichtspunkten aus den im Betrieb getätigten Geschäften berechtigt und verpflichtet wird, wen also demnach das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar trifft (vgl. zu diesem Moment das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 30.11.1983, Slg. Nr. 11241/A S. 580; ferner das Erkenntnis vom 25.1.1994, Zl. 92/08/0264). Dazu hat der VwGH im bereits erwähnten Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10.12.1986, Slg. 12325/A, ausgeführt, dass es für die Dienstgebereigenschaft nicht nur darauf ankomme, wer letztlich aus den im Betrieb getätigten Geschäften (nach den hiefür in Betracht kommenden Regeln des Privatrechtes) unmittelbar berechtigt und verpflichtet werde, sondern überdies darauf, dass der in Betracht kommenden Person, wenn schon nicht das Rechts zur Geschäftsführung, so doch eine so weitreichende Einflussmöglichkeit auf die Betriebsführung zukommen müsse, dass ihr die Erfüllung der dem Dienstgeber nach dem ASVG auferlegten Verpflichtungen in Bezug auf das an das Beschäftigungsverhältnis anknüpfende Versicherungs- und Leistungsverhältnis entweder selbst oder durch dritte Personen möglich sei (vgl. u.a. das Erkenntnis vom 22.5.1990, Zl. 89/08/0016, zuletzt das Erkenntnis vom 3.7.2001, Zl. 99/08/0173).
Nicht entscheidend für die Dienstgebereigenschaft einer aus der Betriebsführung unmittelbar berechtigten und verpflichteten Person ist es, ob sie den Betrieb selbst oder durch dritte Personen (Organe, Bevollmächtigte, Beauftragte, Familienangehörige, Dienstnehmer usw.) führt, wenn ihr nur (auch) im Falle der Betriebsführung durch dritte Personen (weiterhin) zumindest die rechtliche Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Betriebsführung zusteht (vgl. u.a. das Erkenntnis vom 25.1.1994, Zl. 92/08/0264). An der Dienstgebereigenschaft der Person, die das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar trifft, ändert es ferner nichts, wenn sie den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst

genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter anstelle des Entgelts verweist (vgl. neuerlich das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10.12.1986, Slg. Nr. 12.5325/A (aaO), sowie das Erkenntnis vom 25.1.1995, Zl. 92/08/0264) oder dadurch, dass ein (mit ihrem Wissen und Willen den Betrieb führender) Dritter bei einzelnen betrieblichen Geschäften, so auch bei der Indienstnahme und Beschäftigung einer Person im Betrieb und für den Betrieb, einschließlich Weisungserteilung und tatsächlicher Entgeltszahlung als „Mittelsperson“, nach außen hin im eigenen Namen auftritt; dabei kommt es nicht darauf an, dass die Indienstnahme „ohne Wissen“ oder sogar „gegen den Willen“ des Dienstgebers erfolgt ist (vgl. die Erkenntnisse vom 17.12.1991, Slg. Nr. 13551/A, und vom 21.9.1993, Zl. 92/08/0248; im Unterschied zu dem nach § 67 Abs. 3 ASVG Haftpflichtigen (vgl. das Erkenntnis vom 1.12.1992, Zl. 88/08/0018). Aus der Ausübung von Funktionen, wie der Aufnahme und Entlassung von Arbeitnehmern, der Ausbezahlung der Löhne, der Entgegennahme von Bestellungen und der Durchführung von Kalkulationen, kann für sich allein noch nicht auf die Dienstgebereigenschaft geschlossen werden (vgl. – unter Hinweis auf das Erkenntnis vom 16.11.1960, Zl. 1572/57 – jenes vom 12.11.1991, Zl. 89/08/0262).
Das Eigentum bzw. Miteigentum am Betrieb ist die für die Beurteilung der Frage, auf wessen Rechnung und Gefahr ein Betrieb geführt wird, in erster Linie maßgebende rechtliche Gegebenheit. Eine sozialversicherungsrechtlich relevante Änderung der sich aus den Eigentumsverhältnissen ergebenden Zurechnung von Rechten und Pflichten aus der Betriebsführung setzt voraus, dass durch rechtswirksame dingliche (z.B. durch Einräumung eines Fruchtgenussrechtes) oder obligatorische Rechtsake (z.B. durch Abschluss eines Pachtvertrages oder einer besonderen, einem Pachtvertrag nahekommenden Vereinbarung zwischen Miteigentümern, (vgl. die Erkenntnisse vom 24.3.1992, Zl. 89/08/0168, unter Hinweis auf Vorjudikatur und vom 15.5.2002, Zl. 97/08/0652, 0653) statt des Eigentümers (der Miteigentümer) ein Nichteigentümer bzw. bei Vereinbarung zwischen Miteigentümern einer der Miteigentümer allein aus der Führung des Betriebes berechtigt und verpflichtet wird. Ein Betrieb wird ganz allgemein auf Rechnung eines redlichen Besitzers geführt (vgl. das zuletzt zitierte Erkenntnis vom 15.5.2002).“

V.2.4. Auch im Erkenntnis vom 21.4.2004, 2001/08/0130, führt der Verwaltungsgerichtshof zur Dienstgebereigenschaft aus:

„An der Dienstgebereigenschaft einer Person ändert sich aber (jedenfalls) auch dadurch nichts, dass im Falle einer mit ihrem Wissen und Willen folgenden Betriebsführung durch einen Dritten dieser Dritte bei einzelnen betrieblichen Geschäften (so auch bei der Indienstnahme und Beschäftigung einer Person im Betrieb und für den Betrieb, einschließlich der Weisungserteilung und der tatsächlichen Entgeltzahlung, als „Mittelsperson“) nach außen hin im eigenen Namen auftritt, wenn nur den Dienstgeber das Risiko des Betriebes im Gesamten trifft und ihm zumindest die rechtliche Einflussnahme auf die tatsächliche Betriebsführung im Ganzen zusteht. Darauf, ob eine derartige Indienstnahme und Beschäftigung einer Person für den Betrieb durch den den Betrieb tatsächlichen Führenden „ohne Wissen“ oder sogar „gegen den Willen“ des Dienstgebers erfolgt, kommt es bei Zutreffen der eben genannten Voraussetzungen nicht an. Dabei genügt (neben der Risikotragung für den Betrieb) die rechtliche Möglichkeit der Einflussnahme (durch Weisung, Kontrolle, usw.) auf die tatsächliche Betriebsführung. Ob und inwiefern der Dienstgeber diese rechtliche Möglichkeit auch tatsächlich wahrnimmt, ist unmaßgeblich. Bei der Frage, auf wessen Rechnung und Gefahr ein Betrieb (im Sinne der zum Sozialversicherungsrecht der Bauern entwickelten Rechtsprechung) geführt wird,

kommt es nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes darauf an, ob jene Person, deren Versicherungs- und Beitragspflicht zu beurteilen ist, aus der Betriebsführung im Außenverhältnis (also im Verhältnis zu Dritten) berechtigt und verpflichtet wird. Wer aus der Betriebsführung berechtigt und verpflichtet wird, ist eine Rechtsfrage, die letztlich nur aufgrund rechtlicher Gegebenheiten beantwortet werden kann. Das Eigentum bzw. Miteigentum am Betrieb ist eine solche rechtliche Gegebenheit. Ob eine Person, die einen Betrieb auf ihre Rechnung und Gefahr (im oben dargelegten Sinn) führt, im Betrieb persönlich mitarbeitet oder die erforderlichen Arbeiten durch Bevollmächtigte, Familienmitglieder oder Dienstnehmer verrichten lässt, ist für die Versicherungspflicht irrelevant."

V.3. Im Grunde dieser ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes war aufgrund des festgestellten Sachverhaltes festzuhalten, dass die Beschuldigte gewerberechtliche Geschäftsführerin des Lokals ist. Sie sorgt für die Bezahlung der Löhne der Angestellten, der Miete, der Stromkosten, etc. Hingegen hat der Betreiber den Mietvertrag abgeschlossen, die Anmeldungen zur Sozialversicherung wurden auf seinen Namen vorgenommen; darüber hinaus hat der Betreiber des Lokals Investitionen im Hinblick auf die Renovierung des Fliesenbodens und Malerarbeiten getätigt. Dem Betreiber war es darüber hinaus auch jederzeit möglich, selbst in das Unternehmensgeschehen des Lokals einzugreifen, Einzahlungen und Auszahlungen vom Firmenkonto vorzunehmen, lediglich „mischte er sich in die Geschäftsgebarung seiner gewerberechtlichen Geschäftsführerin nicht ein".

Somit hatte der Betreiber eine Einflussmöglichkeit auf die Betriebsführung. Ob er diese Einflussmöglichkeit auch nutzte, also konkret Weisungen erteilte oder eine Kontrolle durchführte, darauf kommt es nach der Judikatur des Verwaltungsgerichthofes nicht an. Auch kommt es entgegen den Ausführungen der Abgabenbehörde nicht darauf an, dass nach außen hin eine dritte Person, nämlich die Beschuldigte auftrat, denn nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kommt es in erster Linie auf die rechtlichen Gegebenheiten an. Daher kann auch aus dem weiters angeführten Indiz, dass durch die Beschuldigte Arbeitnehmer aufgenommen und entlassen wurden, die Löhne ausbezahlt und Bestellungen entgegengenommen, die Miete und die Stromkosten bezahlt wurden, für sich allein noch nicht darauf geschlossen werden, dass die Beschuldigte Dienstgebereigenschaft hatte. Vielmehr ist darauf hinzuweisen, dass die Anmeldung zur Sozialversicherung sämtlicher Arbeitnehmer sowie auch der Beschuldigten selbst als gewerberechtliche Geschäftsführerin mit Willen und im Auftrag des Betreibers durchgeführt wurden.

Dass die Beschuldigte die Geschäftstätigkeit ausführte und auch Verträge abschloss, ist nur Ausfluss ihrer gewerberechtlichen Geschäftsführertätigkeit bzw. ihrer Generalvollmacht, hinderte aber im Sinne der vorzitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht die rechtliche Zurechnung der Tätigkeit an das Einzelunternehmen des Betreibers. Vielmehr sagte der Verwaltungsgerichthof klar

und deutlich aus, dass es nicht entscheidend für die Dienstgebereigenschaft ist, ob der Betrieb selbst oder durch dritte Personen wie z.B. Bevollmächtigte, Familienangehörige, Auftraggeber usw. geführt wird, wenn nur im Fall der Betriebsführung durch dritte Personen auch die unmittelbar berechtigte und verpflichtete Person zumindest die rechtliche Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Betriebsführung hat. Diese Einflussmöglichkeit war für den Betreiber gegeben. Ob er tatsächlich diese Einflussmöglichkeit auch ausgeübt hat, darauf kommt es nach der eben zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht an.

Es kam daher der Beschuldigten eine Dienstgebereigenschaft nach § 35 Abs. 1 ASVG im Sinne der angeführten ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht zu.

Wenn sich hingegen die Abgabenbehörde auf die Bestimmung des § 539a Abs. 1 ASVG stützt, wonach für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (z.B. Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend ist, so ist dieser Stellungnahme die Bestimmung des § 539a ASVG in ihrer Gesamtheit entgegenzuhalten, wonach insbesondere aus dem Abs. 2 erkennbar ist, dass durch den Missbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, insbesondere die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden können.

Insbesondere im Zusammenhang mit § 539a Abs. 2 ASVG ist erkennbar, dass die Grundsätze der Sachverhaltsfeststellung dazu da sind, dass Verpflichtungen nach dem ASVG, insbesondere die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden können. Da aber die betroffenen Arbeitnehmer pflichtgemäß und rechtzeitig zur Sozialversicherung angemeldet wurden, kann nicht von einer Umgehung oder Minderung der Pflichtversicherung gesprochen werden. Wenn hingegen die Möglichkeiten der Gewerbeordnung, nämlich Gewerbeanmeldungen durch eine unbefugte Person und Meldung eines gewerberechtlichen Geschäftsführers mit der entsprechenden Befähigung ausgeschöpft werden, so steht es nicht im Ermessen des Trägers der Sozialversicherung diese rechtlichen und zulässigen Möglichkeiten zu unterbinden.

Wie nämlich eindeutig feststeht, wurde die die Arbeitnehmer betreffende Versicherungspflicht und Meldepflicht ordnungsgemäß erfüllt, Bestimmungen des ASVG daher nicht verletzt und ist auch für die Sozialversicherung kein Schaden entstanden.

V.4. Gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG, der gemäß § 38 VwGVG auch im Beschwerdeverfahren anzuwenden ist, hat die belangte Behörde daher zu Recht von der Einleitung bzw. Fortführung eines Strafverfahrens abgesehen und die

Einstellung verfügt, zumal die Beschuldigte die ihr zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat.

Da der Beschuldigten eine Dienstgebereigenschaft nicht zukam, war daher der Beschwerde der Abgabenbehörde keine Folge zu geben und der angefochtene Bescheid der belangten Behörde zu bestätigen. Für die Beschuldigte fallen keine Kosten an.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

VI.1. 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 ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

VI.2. Darüber hinaus steht die vorliegende Entscheidung im Einklang mit der oben (siehe Punkt V.2.) zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, insbesondere vom 22.11.2002, 98/08/0017 und vom 21.4.2004, 2001/08/0130.

Nachdem die vorliegende Entscheidung von dieser Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht abweicht, war die ordentliche Revision für unzulässig zu erklären.

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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Lidauer