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-301603/12/Zo/JB

Datum:
Linz, 20. Februar 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Zöbl über die Beschwerde des Herrn Dr. F.H., G., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 25. April 2017, GZ: BHPESBBG-2017-61385/5-KG, wegen Übertretung des ASVG nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 17. Jänner 2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, der angefochtene Bescheid aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist keine Revision an den Verwaltungsgerichtshof zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. 1. Die Bezirkshauptmannschaft Perg hat dem Beschwerdeführer im angefochtenen Straferkenntnis vorgeworfen, dass er es, wie am 3. Februar 2017 um 20:30 Uhr von Organen der Finanzpolizei bei einer Kontrolle im Lokal „b.“ in P., X, festgestellt wurde, als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen Berufener der lokalbetreibenden Firma X S.R.L mit Sitz in O., X, zu verantworten habe, dass es diese Firma unterlassen habe, den von ihr zumindest seit 1. Oktober 2016 in diesem Betrieb mit Vertretungen der Geschäftsführung in Österreich beschäftigten, nach dem ASVG in der Krankenversicherung pflichtversicherten Herrn F.E., geboren am x, vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger (Oberösterreichische Gebietskrankenkasse) zur Pflichtversicherung anzumelden. Die Meldung sei gar nicht erfolgt.

Der Beschwerdeführer habe dadurch eine Verwaltungsübertretung nach § 9 VStG iVm § 31 Abs. 1 sowie § 111 Abs. 1 Z 1 ASVG begangen, weshalb über ihn gemäß § 111 Abs. 2 ASVG eine Geldstrafe in Höhe von 730 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 113 Stunden) verhängt wurde. Weiters wurde er zur Zahlung eines Verfahrenskostenbeitrages in Höhe von 73 Euro verpflichtet.

2. In der dagegen rechtzeitig eingebrachten Beschwerde machte der Beschwerdeführer zusammengefasst geltend, dass ein Beschäftigungsverhältnis mit Herrn F.E. erst am 5. Jänner 2017 aufgenommen worden sei. Vorher sei er nicht im Rahmen eines Dienstverhältnisses tätig gewesen. Es sei deshalb auch keine Anmeldung und keine Pflichtversicherung erforderlich gewesen.

Die X S.R.L sei am 3. Februar 2017 nicht Betreiber des Lokals in P., X, gewesen. Der Betrieb sei durch die N. GmbH geführt worden. Bei dieser handle es sich um eine österreichische Gesellschaft, welche im Firmenbuch eingetragen ist. Herr K.Y. habe nicht niederschriftlich ausgesagt, dass Herr F.E. Dienstnehmer der Gesellschaft X S.R.L sei. Die Ausübung einer Weisung weise nicht darauf hin, dass es sich dabei um einen Dienstnehmer der Gesellschaft handle. Dies sei aus den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen nicht ableitbar.

Weiters machte der Beschwerdeführer geltend, dass ihm zur Geltendmachung des Parteiengehörs verschiedene Unterlagen fehlen würden und er derzeit kein Einkommen beziehe.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Perg hat die Beschwerde ohne Beschwerdevorentscheidung dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt. Damit ergab sich dessen Zuständigkeit, wobei es durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden hat (§ 2 VwGVG).

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 17. Jänner 2018. An dieser haben ein Vertreter der Bezirkshauptmannschaft Perg sowie des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr teilgenommen, der Beschwerdeführer ist nicht erschienen. Weiters wurde der Finanzpolizist P.H. sowie Herr Y.K. zum Sachverhalt befragt.

4.1. Daraus ergibt sich folgender für die Entscheidung wesentliche Sachverhalt:

Das Lokal „b.“ in P., X, wurde zumindest seit 1. Oktober 2016 bis zumindest 17. Jänner 2017 von der X S.R.L mit Sitz in O., X, betrieben. Der Beschwerdeführer war laut Angaben im rumänischen Unternehmensregister in dieser Zeit außenvertretungsbefugtes Organ dieses Unternehmens. Bei einer Kontrolle am 3. Februar 2017 gab der im Lokal beschäftigte Y.K. den Kontrollbeamten gegenüber an, dass das Lokal von der X S.R.L geführt werde und der Beschwerdeführer Geschäftsführer dieses Betriebes sei. Seine Ansprechperson sei Herr E.F., der als rechte Hand des Geschäftsführers fungiere. Im ggst. Lokal wurden Glücksspielapparate betrieben und Herr K. gab an, dass er Gewinne auszahle, die Gutscheine über diese Auszahlungen gibt er dann an Herrn E. weiter. Sollte er einmal zu wenig Geld für die Auszahlung haben oder eine Störung auftreten, so würde er Herrn E. anrufen. Von diesem habe er auch den Auftrag bekommen, bei Kontrollen durch die Polizei die Zugangstür zu versperren und den Strom abzuschalten. Der Getränkeautomat werde ebenfalls von Herrn E. befüllt.

In der mündlichen Verhandlung bestätigte der Zeuge im Wesentlichen seine Angaben und führte ergänzend an, dass das Lokal verschiedenen Unternehmen gehört habe, ihm gegenüber sei immer Herr E. als Chef aufgetreten. Dieser habe ihm Anweisungen für die Arbeit erteilt, die Öffnungszeiten festgelegt und auch die Getränkeautomaten befüllt. Wenn der Zeuge Geld ausbezahlt habe, habe er die entsprechenden Bons an Herrn E. übergeben.

Aus dem Firmenbuch ergibt sich, dass die N. GmbH, deren Geschäftsführer Herr E. war, erst am 18. Jänner 2017 errichtet wurde. Aus dem Versicherungsdaten-auszug des Herrn K. ergibt sich, dass dieser von 1. Juli 2016 bis 31. Jänner 2017 Angestellter der X S.R.L und vom 1. Februar bis 31. Mai 2017 Angestellter der N. GmbH war. Herr E. war entsprechend dem Versicherungsdatenauszug vom 1. Februar 2006 bis 31. Dezember 2016 als gewerblich selbstständig Erwerbs-tätiger gemeldet, wobei vom 1. November 2015 bis 31. Dezember 2016 verschiedene Beiträge nicht bezahlt wurden. Vom 5. Jänner 2017 bis 31. Jänner 2017 war er als Angestellter der X S.R.L bei der Gebietskrankenkasse gemeldet. Seit 1. Februar 2017 war er als Angestellter der N. GmbH gemeldet.

Der Beschwerdeführer teilte in einem E-Mail vom 15. Jänner 2018 mit, dass er die Anteile an der X S.R.L gehalten habe, jedoch lediglich „auf dem Papier“

Geschäftsführer des Unternehmers gewesen sei. Der wirtschaftlich Berechtigte des Unternehmens sei Herr E. gewesen. Soweit ihm bekannt sei, seien alle Beschäftigten des Unternehmens über die Steuerkanzlei A. T. ordentlich gemeldet gewesen und alle Abgaben entrichtet wurden.

Die Behauptung des Beschwerdeführers, dass tatsächlich Herr E. wirtschaftlich Berechtigter der X S.R.L war, kann nicht widerlegt werden. Sie stimmt auch mit den Angaben des Zeugen K. überein, wonach Herr E. ihm gegenüber als Chef aufgetreten sei. Auch der Umstand, dass bei der N. GmbH, welche das ggst. Lokal unmittelbar nach der X S.R.L übernommen hatte, Herr E. als handelsrechtlicher Geschäftsführer und als Gesellschafter aufscheint, spricht dafür.

5. Dieses Sachverhalt hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich rechtlich wie folgt beurteilt:

5.1. 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. 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 § 4 Abs. 2 ASVG 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. Als Dienstnehmer gelten jedenfalls Personen, die mit Dienstleistungsscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG), BGBl. I Nr. 45/2005, entlohnt werden. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer nach § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist, es sei denn, es handelt sich um

1. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. a oder b EStG 1988 oder
2. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. c EStG 1988, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen oder
3. Bezieher/innen von Geld- oder Sachleistungen nach dem Freiwilligengesetz.

§ 539a ASVG lautet wie folgt:
(1) Für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.

(2) Durch den Missbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes können Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden.
(3) Ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre.
(4) Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen sind 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.
(5) Die Grundsätze, nach denen

1. die wirtschaftliche Betrachtungsweise,
2. Scheingeschäfte, Formmängel und Anfechtbarkeit sowie
3. die Zurechnung

nach den §§ 21 bis 24 der Bundesabgabenordnung für Abgaben zu beurteilen sind, gelten auch dann, wenn eine Pflichtversicherung und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten nach diesem Bundesgesetz zu beurteilen sind.

5.2. Für die Frage, ob Herr E. eine pflichtversicherte Person nach dem ASVG war, kommt es darauf an, ob dieser als Dienstnehmer iSd § 4 Abs. 2 ASVG anzusehen ist. Entscheidend dafür ist, ob er sich in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Anhängigkeit gegenüber der X S.R.L befunden hat. Aus der Entscheidung des VwGH vom 26.5.2014, 2013/08/0194 kann abgeleitet werden, dass jedenfalls ein Mehrheitsgesellschafter, welcher einen beherrschenden Einfluss auf eine GesmbH ausübt, nicht in wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit tätig wird und daher auch nicht als Dienstnehmer anzusehen ist. Die Behauptung des Beschwerdeführers, dass Herr E. der wirtschaftlich Berechtigte des ggst. Unternehmens war und damit auch einen beherrschenden Einfluss auf dieses Unternehmen ausübte, konnte nicht widerlegt werden. Es gibt keine ausreichenden Beweise dafür, dass Herr E. in wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit tätig geworden ist. Da nicht bewiesen werden kann, dass Herr E. als Dienstnehmer von der X S.R.L beschäftigt wurde, ist eine Bestrafung des Beschwerdeführers wegen der unterlassenen Anmeldung nach dem ASVG nicht möglich. Herr E. war im ggst. Zeitraum als gewerblich selbstständig Erwerbstätiger gemeldet, der Umstand, dass diesbezüglich nicht bezahlte Beiträge in seinem Versicherungsdatenauszug aufscheinen, hat mit dem konkreten Tatvorwurf gegenüber dem Beschwerdeführer nichts zu tun.

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 dargestellten 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.

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 Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Zöbl