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-301643/6/Kl/TO

Datum:
Linz, 1. Februar 2018

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde des H-J W, vertreten durch Rechtsanwälte Dr. W B Mag. P M B, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 27.06.2017, GZ: BZ-Pol-77017-2017, wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 23.11.2017

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben, als von der Verhängung einer Geldstrafe abgesehen wird und dem Beschwerdeführer unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens eine Ermahnung erteilt wird.

II. Es entfällt die Verpflichtung zur Leistung jeglicher Verfahrenskosten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision 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 Stadt Wels (in der Folge: belangte Behörde) vom 27.06.2017, GZ: BZ-Pol-77017-2017, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 111 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 iVm § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG, eine Geldstrafe in Höhe von 2.180 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 146 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag von 218 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als iSd § 9 Abs 1 VStG zur Vertretung nach außen Berufener der W GmbH, K (Arbeitgeberin) und Betreiberin des Lokals „G", welche für die Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Meldepflicht keinen Bevollmächtigten bestellt hat, folgende Verwaltungsübertretung zu verantworten:

Die oa. Firma hat als Dienstgeber im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG, von 25.11.2016 bis 19.02.2017 (lt. eigenen Angabe bei der Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei - Niederschrift vom 22.02.2017 und vorgelegte Stundenaufzeichnungen) Herrn I A, geb. 25.02.1962 als Dienstnehmer (Abwäscher), in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt (lt. Kollektivvertrag mtl. 1.450,00 Euro brutto) beschäftigt. Die Abmeldung von der Sozialversicherung erfolgte lt. ELDA-Protokoll 18056118 am 20.02.2017 um 16:38:11 Uhr mit Ende Entgeltanspruch und Ende Beschäftigung 14.02.2017.

Durch die Abmeldung vom 20.02.2017 des Inhalts, dass das Beschäftigungsverhältnis mit 14.02.2017 beendet wurde erging eine Falschmeldung. Darüber hinaus haben Sie im Zeitraum von 15.02.2017 bis 19.02.2017, Herrn I A, geb. 25.02.1962 als Dienstnehmer (Abwäscher), in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt (lt. Kollektivvertrag mtl. 1.450,00 Euro brutto), ohne Anmeldung zur Sozialversicherung, beschäftigt.

Der in Rede stehende Beschäftigte war der Firma organisatorisch sowie hinsichtlich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit maßgeblich unterworfen. Auch bestand eine persönliche Arbeitsverpflichtung und Weisungsgebundenheit. Die Höhe des Entgelts lag über der Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs. 2 ASVG.

Obwohl dieser Dienstnehmer daher, im Zeitraum vom 15.02. bis 19.02.2017, nicht von der Vollversicherung im Sinne des § 5 ASVG ausgenommen und daher in der Kranken- Unfall- und Pensionsversicherung vollversichert ist, wurde hierüber eine, zumindest mit den Mindestangaben ausgestattete Meldung, bei der OÖ. Gebietskrankenkasse, 4020 Linz, Gruberstraße 77, als zuständiger Sozialversicherungsträger, nicht vor Aufnahme der Tätigkeit, erstattet und erging zusätzlich durch die Abmeldung vom 20.02.2017 (Ende Entgelt/Ende Beschäftigung 14.02.2017) eine Falschmeldung."

Begründend führt der angefochtenen Bescheid unter Wiedergabe des Verfahrensganges und der Rechtslage aus, dass die gegenständliche Verwaltungsübertretung

vom Finanzamt Grieskirchen Wels, Finanzpolizei Team 47, aufgrund eigener dienstlicher Wahrnehmung angezeigt wurde.

Zur Strafhöhe wird angemerkt, dass weder Strafmilderungsgründe noch Straferschwernisgründe vorliegen und die verhängte Strafe auch unter Berücksichtigung der Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse als angemessen erscheint und die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe ist.

2. Dagegen wurde rechtzeitig im Wege der rechtsfreundlichen Vertretung Beschwerde eingebracht und Folgendes (auszugsweise wortwörtlich wiedergegeben) vorgebracht:

„[...]

Entsprechend der im erstinstanzlichen Ermittlungsverfahren schriftlich abgegeben Rechtfertigung vom 29.05.2017 wurde zum erhobenen Strafvorwurf eingewendet, dass die Wirtschafts- uns Steuerberatungskanzlei Mag. H R, für die Fa. W GmbH die An- und Abmeldung von Dienstnehmern als auch die gesamte Lohnverrechnung durchführt und ist einer zuverlässigen Mitarbeiterin dieser Steuerberatungskanzlei bei Eingabe des Abmeldedatums ein Tippfehler unterlaufen, weshalb diese irrtümlich statt dem 19.02,2017 den 14.02.2017 als Ende des Entgelts und der Beschäftigung des Herrn I A erklärte.

Durch gesonderte schriftliche Stellungnahme der Wirtschafts- uns Steuerberatungskanzlei Mag. H R vom 22.05.2017 hat diese den ausschließlich ihrem Verantwortungsbereich zuzuordnenden Fehler ausdrücklich eingeräumt und bestätigt, dass von mir als verantwortlicher Geschäftsführer die konkrete Anordnung erging, die Abmeldung des Herrn I A korrekt mit 19.02.2017 vorzunehmen.

Es entspricht der herrschenden Rechtsprechung, das es die im heutigen Wirtschaftsleben notwendige Arbeitsteilung nicht zulässt, dass sich der Unternehmer aller Belange und Angelegenheiten persönlich annimmt und es ihm zuzubilligen ist, die Besorgung einzelner Angelegenheiten anderen Personen selbstverantwortlich zu überlassen und die eigene Tätigkeit in diesen Belangen auf eine angemessene Kontrolle zu beschränken.

Ob sich der Unternehmer sodann persönlich von der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung befreien kann, hängt einzelfallbezogen davon ab, ob er den Nachweis zu erbringen vermag, dass er solche Maßnahmen getroffen hat, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften mit gutem Grund erwarten lassen. (VwGH vom 30.06.1994, ZI. 94/09/0049, Slg. Nr. 14095; VwGH vom 18.10.2000, ZI. 98/09/0114).

Das erstinstanzliche Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass die mit der Abmeldung des I A beauftragte Steuerberatungskanzlei angewiesen war, diese mit 19.02.2017 vorzunehmen, die Erledigung dieses Vorganges einer zuverlässige Mitarbeiterin übertrug, die sodann an Hand der bis zum 19.02.2017 erbrachten Arbeitsstunden das Entgelt korrekt abrechnete, folglich aber wegen eines - auch einem maßgerechten Menschen - unterlaufenden Tippfehlers unbewusst den 14.02.2017 als Abmeldedatum in die ELDA-Meldung aufnahm.

Nachdem die beauftrage Steuerberatungskanzlei die anweisungsgemäße Durchführung der Abmeldung bestätigte, bestand aus rechtlichen Erwägungen kein Anlass für weitergehende Nachfragen und würde es eine Überspannung des einzuhaltenden Kontrollmaßstabes darstellen, wenn dieser dazu verpflichtet, auch die im Auftrag des Steuerberaters für diesen tätigen und in dessen alleiniger Überwachungspflicht stehenden Mitarbeiter zu kontrollieren.

Dessen ungeachtet stellt ein Tippfehler rechtlich keine zu vertretende Sorgfaltsverletzung sondern eine entschuldbare Fehlleistung dar, die von der handelnden Person unbewusst gesetzt wird und nur dadurch kontrollierbar ist, dass die konkret erfolgten Eingaben stets auf deren Richtigkeit geprüft werden, womit dann aber eine selbstverantwortliche Überlassung von Tätigkeitsbereichen im Sinne der Bestimmung des § 5 VStG unmöglich wäre.

Folglich wird - bezogen auf den konkreten Fall - durch die Übertragung des Abmelde-vorganges an einen gesetzlich zur Einhaltung der Sorgfaltspflichten eines Fachmannes verpflichten Steuerberater und dessen Bestätigung, dass dieser - entsprechend den erteilten Vorgaben - korrekt vorgenommen wurde, den nach § 5 VStG gebotenen Kontrollsystem in ausreichender Form genüge getan.

Darüber hinaus richtet sich die gegenständliche Beschwerde auch gegen die Höhe der. erstinstanzlich ausgesprochene Strafe.
[...]“

3. Mit Schreiben vom 01.08.2017 legte der Magistrat der Stadt Wels das eingebrachte Rechtsmittel samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor, das gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen ist.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 23.11.2017. An dieser Verhandlung haben der Bf in Begleitung seiner rechtsfreundlichen Vertretung sowie eine Vertreterin des Magistrats der Stadt Wels und ein Vertreter des Finanzpolizei Team 47 für das Finanzamt Grieskirchen Wels teilgenommen. Zudem wurden die geladenen Zeugen Frau Mag. Anna W und Herr K P befragt.

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

Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma W GmbH, K, welche an diesem Standort das Lokal „G“ betreibt. Das traditionelle Wirtshaus hat im Innenbereich an die 300 Sitzplätze und im Gastgarten an die 500. Im Unternehmen sind an die 50 Personen beschäftigt.

Am 22.02.2017 führten Organe der Finanzpolizei Grieskirchen Wels eine Kontrolle nach dem AuslBG und ASVG durch. Diese Kontrolle erfolgte aufgrund einer Anzeige der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land, wonach der namentlich angeführte mazedonische Staatsangehörige ohne Beschäftigungsbewilligung arbeiten soll.
Bei dieser Kontrolle haben der Bf und sein Küchenchef bereits angegeben – und dies auch durch vorgelegte Stundenaufzeichnungen untermauert –, dass Herr A von 25.11.2016 bis 19.02.2017 als Dienstnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt war.
Die Abmeldung zur Sozialversicherung erfolgte am 20.02.1017 um 16:38 Uhr jedoch mit Ende Entgeltanspruch und Ende der Beschäftigung 14.02.2017.

Dieser Sachverhalt wurde von der Finanzpolizei Team 47 für das Finanzamt Grieskirchen Wels am 08.03.2017 angezeigt.

Mit 11.05.2017 erging eine Aufforderung zur Rechtfertigung an den Bf. In der Rechtfertigung des Bf vom 29.05.2017, der die Stellungnahme des Steuerberaters angehängt war, wurde auf den Tippfehler, den einer ansonsten zuverlässigen Mitarbeiterin der Steuerberatungskanzlei unterlief, hingewiesen und zudem angemerkt, dass die Stundenanzahl des abgemeldeten Dienstnehmers korrekt abgerechnet wurde und sämtliche Abgaben und Beiträge geleistet wurden.

Den vorgelegten Stundenaufzeichnungen des Herrn A ist zu entnehmen, dass dieser regelmäßig von Mittwoch bis Sonntag als Abwäscher tätig war und seine „freien“ Tage Montag und Dienstag waren. D.h. 12.02.2017 und 13.02.2017 waren freie Tage und von 14.02.2017 bis 19.02.2017 wurde gearbeitet.

4.2. Der dargestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Strafantrag des Finanzamtes Grieskirchen Wels, dem Beschwerdevorbringen des Bf sowie den Ergebnissen der öffentlichen mündlichen Verhandlung. Die weiteren Feststellungen beruhen auf die im Akt einliegenden Kopien der Stundenaufzeichnungen des Herrn A und der schriftlichen Stellungnahme des Steuerberaters Ranger vom 22.05.2017.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. 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.

Nach § 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.

Gemäß § 35 Abs. 3 ASVG kann der Dienstgeber die Erfüllung der ihm nach den §§ 33 und 34 obliegenden Pflichten auf Bevollmächtigte übertragen. Name und Anschrift dieser Bevollmächtigten sind unter deren Mitfertigung dem zuständigen Versicherungsträger bekanntzugeben.

5.2. Unbestritten steht fest, dass die Abmeldung zur Sozialversicherung am 20.02.2017 erfolgte mit Ende Entgeltanspruch und Ende Beschäftigung 14.02.2017. Da der mazedonische Dienstnehmer laut den vorgelegten Stundenaufzeichnungen jedoch bis 19.02.2017 im Unternehmen des Bf beschäftigt war, ist die gegenständliche Verwaltungsübertretung dem Bf in objektiver Hinsicht gegeben.

5.3. 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.

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

Das Vorbringen des Bf über die Beauftragung einer Steuerberatungskanzlei übersieht, dass die dem Dienstgeber gemäß §§ 33 und 34 ASVG obliegenden Meldepflichten gemäß § 35 Abs. 3 ASVG nur unter bestimmten Voraussetzungen auf Dritte übertragbar sind. Davon, dass die näher genannte Steuerberatungskanzlei auf diese Weise der Gebietskrankenkasse bekanntgegeben worden ist, ist in der Beschwerde nichts erwähnt worden. Hat ein Dienstgeber den in § 35 Abs. 3 ASVG vorgezeichneten Weg der Übertragung der Meldepflichten auf Bevollmächtigte nicht beschritten, so bleibt er (ungeachtet der Bevollmächtigung mit der Führung der Lohnverrechnung) selbst der Gebietskrankenkasse gemäß §§ 33 und 34 ASVG in Verbindung mit § 111 ASVG verpflichtet bzw. hat er sich gegebenenfalls von der ordnungsgemäßen Durchführung der Meldungen durch die damit beauftragte Kanzlei zu überzeugen (vgl. Erkenntnis des VwGH vom 30.10.2002, 2002/08/0227). Dass der Bf dieser Verpflichtung nachgekommen wäre ist nicht erkennbar. Eine das Verschulden ausschließende Entlastung ist daher nicht gelungen.

5.4. Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde dem Beschuldigten im Fall der Z 4 unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Im vorliegenden Fall kann nicht von einer typischen Deliktsverwirklichung gesprochen werden, auch wenn objektiv ein Verstoß gegen die Gebotsnorm vorliegt und Verschulden nicht zur Gänze aufgehoben ist.
Insgesamt ist keinesfalls eine Umgehung der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften erkennbar, vielmehr liegt eine Ordnungswidrigkeit vor. Die Folgen der zur Last gelegten Übertretung sind unbedeutend, sämtliche Lohnabgaben, Gebietskrankenkassenbeiträge und Steuerbeträge wurden geleistet.
Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt daher, dass die Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG im gegenständlichen Fall gegeben sind um den Bf aufgrund der besonderen Sachverhaltslage mit der Erteilung einer

Ermahnung unter gleichzeitigem Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens von weiteren Übertretungen dieser Art abzuhalten.

Gleichzeitig wird der Bf darauf hingewiesen, dass bei künftigen Übertretungen mit entsprechenden rigoroseren Sanktionen zu rechnen ist.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

II. Aufgrund des Umstandes, dass keine Geldstrafe verhängt wurde, entfällt auch der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde. Da die Beschwerde teilweise Erfolg hatte, war ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren nicht zu leisten (§ 52 Abs. 8 VwGVG).

III. 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 ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. 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. Die Entscheidung stützt sich auf den besonders gelagerten Sachverhalt im Einzelfall.

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

Dr. Klempt