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-301656/9/GS/JW

Datum:
Linz, 30. Jänner 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 Mag. Saxinger über die Beschwerde des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr, Finanzpolizei Team 43, Handel-Mazzetti-Promenade 14, 4400 Steyr, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 20.7.2017, GZ: SanRB96-16-2017, wegen Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens gegen G.S. betreffend des Verdachtes einer Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 27.11.2017

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und es wird festgestellt, dass es G.S., Betreiber des Imbisses an der Adresse K., B X, Parkplatz bei km 51,8, zu verantworten hat, dass er als Dienstgeber a.) E.V., VSNR x, und b.) S.K., VSNR x, zumindest am 19.01.2017 in seinem Lokal als Dienstnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt hat, ohne rechtzeitig vor Aufnahme der Tätigkeit zumindest eine Mindestangaben-Anmeldung bei der Oö. Gebietskrankenkasse als zuständigem Sozialversicherungsträger zu erstatten. Dies wurde im Rahmen einer Kontrolle durch die Finanzpolizei Kirchdorf Perg Steyr, FinPol Team 43, am 19.01.2017 um 12.55 festgestellt.

G.S. hat dadurch die Rechtsvorschriften des § 111 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 und 2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) verletzt.

Über G.S. wird hinsichtlich S.K. eine Geldstrafe in der Höhe von 365,00 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 25 Stunden) verhängt.

Hinsichtlich E.V. wird gem. § 45 Abs. 1 Z. 4 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) von der Verhängung einer Strafe abgesehen und gleichzeitig unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Handelns eine Ermahnung erteilt.

II. Für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist kein Kostenbeitrag zu leisten.

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 Bescheid vom 20.7.2017, GZ: SanRB96-16-2017, hat die Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf (belangte Behörde) das gegen Herrn G.S., geb. x, X, G., eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren wegen des Verdachtes einer Übertretung gemäß § 111 Abs. 1 Z 1 iVm § 33 Abs. 1 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes – ASVG (zu späte Anmeldung von Frau K. und Frau V. bei der Sozialversicherung) eingestellt.

I.2. Gegen diesen Bescheid erhob das Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr mit Fax vom 25.7.2017 fristgerecht das Rechtsmittel der Beschwerde. Begründend wurde ausgeführt, dass der Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf in Widerspruch zu den Ausführungen der Finanzpolizei im Strafantrag vom 16.2.2017 stünde.

I.3. Am 17.8.2017 wurde die gegenständliche Beschwerde samt Verwaltungsakt von der belangten Behörde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung übermittelt.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht sowie Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 27.11.2017. An dieser Verhandlung nahmen G.S., ein Vertreter des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr sowie die Zeugen S.K., E.V. und J.S. teil.

II. Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

Am 19.1.2017 fand um 12:55 Uhr im Imbiss an der Adresse K., B X Parkplatz bei km 51,8, Betreiber Herr G.S., eine Kontrolle durch die Finanzpolizei, Team 43 (Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr), statt. Bei dieser Kontrolle wurden K.S., SV-Nr. x und V.E., SV-Nr. x, arbeitend angetroffen. Frau K. hat ein Würstchen am Herd im Lokal fertig gebraten, es herausgehoben und anschließend dem im Lokal befindlichen Gast J.S. gebracht. Frau E.V., die Lebensgefährtin von Herrn S., war mit dem Inkasso beschäftigt. E.V. wurde sodann von G.S. am 19.1.2017 im Anschluss an die Kontrolle bei der Oö. Gebietskrankenkasse als Dienstnehmerin angemeldet. K.S. wurde vom Dienstgeber S. am 14.3.2017 mit Beschäftigungsbeginn 19.1.2017 als Dienstnehmerin zur Gebietskrankenkasse nachgemeldet.

III. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich unstrittig aus dem vorgelegten Akteninhalt und den protokollierten Aussagen der in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einvernommenen Personen.

IV. Rechtliche Erwägungen:

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.

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.

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.

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.

Der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes folgend hängt die Beurteilung, ob bei der Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10.12.1986, Slg. Nr. 12.325/A) davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung - nur beschränkt ist (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 22.02.2012, Zl. 2009/08/0075).
Wird jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen arbeitend unter solchen Umständen angetroffen, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten (wie dies bei den gegenständlichen Arbeiten der Fall ist), dann ist die Behörde berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden können, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen (vgl. unter vielen das hg. Erkenntnis vom 27.4.2011, Zl. 2010/08/0091). Spricht also die Vermutung für ein Dienstverhältnis, dann muss die Partei ein ausreichend substantiiertes Vorbringen erstatten, aus dem man anderes ableiten könnte.

Frau E.V. wurde bei der Kontrolle beim Inkasso und S.K. beim Zubereiten und Servieren einer Bosna betreten. Dass diese Tätigkeiten der beiden Damen am Kontrolltag im Lokal von Herrn S. sozialversicherungspflichtige Dienstverhältnisse darstellen, wurde vom Beschwerdeführer auch vor allem durch seine verspätete, aber tatsächlich durchgeführte Nachmeldung bei der Oö. Gebietskrankenkasse bestätigt. Da somit beide Damen nicht vor Arbeitsbeginn beim zuständigen Sozialversicherungsträger angemeldet waren, ist der objektive Tatbestand der gegenständlichen Verwaltungsübertretung erfüllt.

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 Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschuldigte 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 der allgemein gehaltenen Behauptungen reicht für die „Glaubhaftmachung“ nicht.

Herrn S. obliegt es als Unternehmer, sich über gesetzliche Vorschriften hinsichtlich von Tätigkeiten der in seinem Lokal arbeitenden Personen ausreichend zu informieren. Dass Herr S. entsprechende Erkundigungen eingeholt hat, wurde nicht vorgebracht. Durch diese Vorgangsweise ist fahrlässiges Verhalten bei G.S. eindeutig belegt. Herrn S. ist die Tat daher auch subjektiv vorwerfbar.

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 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.

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 seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Der Schutzzweck der übertretenen Norm ist nicht bloß darauf gerichtet, die Pflichtversicherung für die Beschäftigten sicherzustellen. Wesentlicher Zweck der – vor Arbeitsantritt zu erfüllenden Meldepflicht – gemäß § 33 ASVG in der Fassung des Sozialversicherungsrechts-Änderungsgesetz 2007, BGBl. I Nr. 37/2007, ist die Bekämpfung der Schwarzarbeit (vgl. die Erläuterungen zur Regierungsvorlage, 77 Blg. Nr .23. GP,3).

Frau V. wurde von Herrn S. unmittelbar nach der Kontrolle bei der Gebietskrankenkasse als Dienstnehmerin für den Kontrolltag angemeldet. Außerdem ist sie die langjährige Lebensgefährtin von Herrn S., wodurch in bestimmten Fällen prinzipiell auch familienhafte Mitarbeit nicht denkunmöglich erscheint. Aufgrund der Verantwortung des Herrn S. in der mündlichen Verhandlung ist für die Richterin erkennbar, dass er um eine rechtskonforme Ausübung der Tätigkeiten in seinem Lokal bemüht ist. Er war außerdem unbescholten. Das Verschulden des G.S. ist daher als gering zu werten. In Anbetracht dieser Umstände gelangt die erkennende Richterin weiters zur Auffassung, dass der wesentliche Schutzzweck der gegenständlichen Norm nicht intensiv beeinträchtigt wurde. Sie ist aber auch der Ansicht, dass der Tatvorwurf hinsichtlich der nicht rechtzeitigen Anmeldung von E.V. betreffend Herrn S. nicht sanktionslos bleiben darf, da die völlige Straflosigkeit weitreichende Beispiels- und Folgewirkungen nach sich ziehen könnte. Aufgrund der besonderen

Sachverhaltslage kann jedoch im Einvernehmen mit dem in der Verhandlung anwesenden Vertreter der Finanzpolizei mit der Erteilung einer Ermahnung hinsichtlich E.V. unter gleichzeitigem Hinweis auf die Rechtwidrigkeit des Verhaltens des Herrn S. das Auslangen gefunden werden, um ihn in Zukunft von weiteren Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Frau K. wurde von Herrn S. erst mit etwa 2-monatiger Verspätung bei der Gebietskrankenkasse als Dienstnehmerin für den Kontrolltag nachgemeldet. Da von Herrn S. auch bezüglich dieser Arbeitnehmerin eine Nachmeldung erfolgte, ist sein Verschulden als geringfügig anzusehen und die Folgen der Rechtsverletzung sind nicht bedeutend. Da ein erstmaliges ordnungswidriges Handeln des Herrn S. vorlag, konnte die Geldstrafe im Sinne des § 111 Abs. 2 ASVG auf 365 Euro herabgesetzt werden.

Zur Kostenfreiheit des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich wird auf die Anmerkung K 2. zu § 52 VwGVG im Praxiskommentar zum VwGVG, VwGG und VwGbk-ÜG von Eder/Martschin/Schmid verwiesen. Für den Fall der Beschwerdeerhebung u.a. durch eine Amtspartei hat der VwGH in seinem - wohl auch auf das Beschwerdeverfahren vor dem LVwG übertragbaren – Erkenntnis klargestellt, dass die Kosten des Berufungsverfahrens dem Bestraften nur auferlegt werden dürfen, wenn dieser auch der Berufungswerber ist. Da die gegenständliche Beschwerde vom Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr erhoben wurden, dürfen dem bestraften G.S. keine Kosten des Beschwerdeverfahrens im Sinne des § 52 VwGVG auferlegt werden.

Aus den angeführten Gründen war spruchgemäß zu entscheiden.

V. 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. 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. Saxinger