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-301661/5/Zo/TK

Datum:

Linz, 27. Februar 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Zöbl über die Beschwerde des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 16.8.2018, GZ: SanRB96-47-2017, betreffend die Erteilung einer Ermahnung wegen einer Übertretung des ASVG (mitbeteiligte Partei: E.P.) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 17.1.2018

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird abgewiesen und der angefochtene Bescheid bestätigt.

II. Gegen diese Entscheidung ist keine ordendliche Revision zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. 1. Die Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf hat Herrn E.P., geb. x, (im Folgenden: Mitbeteiligter) vorgeworfen, dass er es als Verantwortlicher der X GmbH, X, K., zu verantworten habe, dass diese Firma als Dienstgeber Herrn L.Z., geb. x, bei welchen es sich um eine in der Krankenversicherung (vollversicherte) pflichtversicherte Person handelt, ab 20.3.2017 um 7:00 Uhr beschäftigt habe, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse zur Pflichtversicherung als vollversicherte Person angemeldet worden sei. Die Meldung sei erst am 20.3.2017 um 13:02 Uhr und damit nicht rechtzeitig erstattet worden. Herr Z. sei in K., X, beschäftigt worden.

Der Mitbeteiligte habe dadurch eine Verwaltungsübertretung nach § 111 Abs. 1 Z 1 iVm § 33 Abs. 1 ASVG begangen, von der Verhängung einer Strafe wurde jedoch abgesehen und ihm eine Ermahnung erteilt.

2. In der dagegen rechtzeitig eingebrachten Beschwerde machte das Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr zusammengefasst geltend, dass bei einer Kontrolle einer Baustelle in Kirchdorf, X, zwei polnische Dienstnehmer der X GmbH bei Bau- bzw. Bauhilfstätigkeiten angetroffen worden seien. Beide hätten bei der Kontrolle angegeben, dass sie seit 20.3.2017 um 7:00 Uhr beim Mitbeteiligten beschäftigt seien, laut eigenen Angaben seien sie gemeinsam mit einem Privat-PKW gefahren. Die Anmeldung für Herrn Z. sei verspätet am 20.3.2017 um 13:02 Uhr erfolgt.

Vor Ort hätten keine Arbeitszeitaufzeichnungen vorgelegt werden können, die von den Beteiligten gemachten Angaben zur Entlohnung und die vorgelegten Lohnabrechnungen seien widersprüchlich. Das Arbeitsausmaß habe nicht, wie in der Meldung angegeben – 20 Stunden pro Woche sondern durchschnittlich 27 Stunden pro Woche betragen. Die von den Arbeitern angegebenen Arbeitszeiten von 4 Stunden täglich seien falsch und seien aufgrund einer Anordnung des Mitbeteiligten so angegeben worden.

Die Angaben des Mitbeteiligten in seiner Niederschrift vor der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf a.d. Krems seien nicht glaubhaft. Es würden daher die Erschwerungsgründe die Milderungsgründe überwiegen, weshalb § 45 Abs. 1 Z 4 VStG nicht angewendet werden dürfe.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf a.d. Krems 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 23.1.2018. An dieser haben ein Vertreter des beschwerdeführenden Finanzamtes sowie der Beschuldigte und als dessen Vertreter sein Steuerberater teilgenommen. Die Gattin des Beschuldigten wurde als Zeugin einvernommen.

4.1. Daraus ergibt sich folgende für die Entscheidung wesentlicher Sachverhalt:

Der Mitbeteiligte ist Geschäftsführer der X GmbH. Dieses Unternehmen führte zum Vorfallszeitpunkt Bauarbeiten im Objekt K, X, durch. Bei einer Kontrolle dieser Baustelle am 7.6.2017 wurden die polnischen Bauarbeiter S.J. und L.Z. bei Bauarbeiten angetroffen. Beide gaben übereinstimmend an, seit 20.3.2017 um 7:00 Uhr beim Mitbeteiligten beschäftigt zu sein, wobei das Beschäftigungsausmaß 20 Stunden pro Woche betrage.

Der Mitbeteiligte hatte am 17.3.2017 Herrn S.J. sowie dessen Kollege J.S. bei der GKK angemeldet, weil mit diesen vereinbart war, dass sie am Montag, 20.3.2017, mit den Arbeiten beginnen. Am Montagmorgen stellte er fest, dass zwar Herr J. auf der Baustelle erschienen war, Herr S. jedoch nicht, weil dieser krank geworden sei. Herr J. hatte einen anderen polnischen Arbeiter, Herrn L.Z. mitgenommen, damit dieser anstelle seines erkrankten Kollegen arbeiten könne. Der Mitbeteiligte hat daraufhin seinen Steuerberater beauftragt, Herrn Z. schnellstmöglich bei der GKK anzumelden und Herrn S. wieder abzumelden. Die Anmeldung des Herrn Z. erfolgte dann am 20.3.2017 um 13:02 Uhr, er hatte jedoch bereits ab etwa 7:00 Uhr zu arbeiten begonnen.

Soweit sich zwischen den Angaben der beiden polnischen Arbeiter bzw. des Mitbeteiligten bei der Kontrolle und im späteren Verfahren Widersprüche ergeben haben, konnte er diese nach Ansicht des zuständigen Richter des LVwG OÖ ausreichend erklären:

Seine Angaben in der Niederschrift vom 7.6.2017, dass er die beiden polnischen Bauarbeiter schon einmal beim Bauvorhaben „P.“ beschäftigt hatte, konnte er nachvollziehbar damit erklären, dass er die Frage so verstanden habe, wie er überhaupt zu polnischen Arbeitern gekommen ist, sich diese Frage aber nicht konkret auf die beiden bei der Kontrolle angetroffenen Arbeiter bezogen habe.

Bezüglich des Beschäftigungsausmaßes sind die Erklärungen des Mitbeteiligten und seiner Gattin nachvollziehbar, dass beide Arbeiter nicht durchgehend auf der Baustelle gearbeitet haben, sondern je nach Arbeitsanfall in Blöcken und zwischendurch auch längere durchgehende Freizeitblöcke hatten. Daraus ergibt sich eine durchschnittlich vereinbarte Arbeitszeit von 20 Stunden, wobei die Gattin

des Mitbeteiligten einräumte, dass in weiterer Folge festgestellt wurde, dass damit nicht das Auslangen gefunden wurde, weshalb die Arbeiter ab Juli 2017 mit 30 Stunden angemeldet wurden. Aufgrund dieses unterschiedlichen Beschäftigungsausmaßes erklären sich auch die scheinbaren Widersprüche bzgl. des vereinbarten Lohnes.

5. Diesem Sachverhalt hat das LVwG OÖ rechtlich wie folgt beurteilt:

5.1. Gemäß § 33 Abs. 1 haben die Dienstgeber haben 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 § 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 der Versicherungsträger während der Betriebszeiten nicht in Geschäftsbücher, Belege und sonstige Aufzeichnungen, die für das Versicherungsverhältnis bedeutsam sind, einsehen lässt oder
5. gehörig ausgewiesenen Bediensteten der Versicherungsträger einen Ausweis oder eine sonstige Unterlage zur Feststellung der Identität nicht vorzeigt oder
6. gehörig ausgewiesenen Bediensteten der Versicherungsträger die zur Durchführung ihrer Aufgaben erforderlichen Auskünfte nicht erteilt.

(2) Die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 ist 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.

5.2. Die X GmbH hat Herrn L.Z. am 20.3.2017 ab 7:00 Uhr beschäftigt, obwohl dieser erst um 13:02 Uhr bei der GKK angemeldet wurde. Herr P. hat daher die ihm vorgeworfene Übertretung in objektiver Hinsicht zu verantworten.

Bezüglich des Verschuldens ist von Fahrlässigkeit auszugehen, weil der Mitbeteiligte die Meldung des Herrn Z. bei der GKK veranlasst hatte, unmittelbar nachdem sich dieser bei ihm zum Arbeitsantritt gemeldet hatte. Auch der Umstand, dass bereits in der Vorwoche zwei polnische Mitarbeiter bei der GKK gemeldet worden, zeigt deutlich, dass eine Umgehung der Versicherungspflicht nicht beabsichtigt war.

5.3. 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 den Beschuldigten 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.

In den Gesetzesmaterialien zu dieser Bestimmung (Erl RV 2009 Blg Nr. 24.GP, 19) wird erläutert, dass mit dem neuformulierten § 45 Abs. 1 VStG insbesondere die bisher in § 21 Abs. 1 VStG enthaltenen Bestimmungen an systematisch richtiger Stelle zusammengeführt werden sollen. § 45 Abs. 1 Z 4 VStG und der neue Schlusssatz dieses Absatzes entsprechen im Wesentlichen § 21 Abs. 1 VStG (alte Fassung). Zu der zuletzt genannten Bestimmung, die ein Absehen von der Verhängung einer Strafe bei allfälliger Ermahnung vorsah, wenn das Verschulden des Beschuldigten geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind, besteht eine gesicherte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 28.2.2017, Ra 2016/11/0164).

Aus den erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage ergibt sich, dass der Gesetzgeber mit der Neuformulierung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG die bisherigen Voraussetzungen für das Erteilen einer Ermahnung inhaltlich nicht abändern wollte. Es ist daher nicht nur auf die abstrakte Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes abzustellen, sondern insbesondere auch die Intensität der Beeinträchtigung dieses Rechtsgutes zu berücksichtigen. Im gegenständlichen Fall wurde Herr Z. noch am Tag der Arbeitsaufnahme zur Sozialversicherung angemeldet, weshalb seine Versicherungsbeiträge zur Gänze vorgeschrieben werden konnten. Die Übertretung hat daher keinerlei negativen Folgen nach sich gezogen. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich insbesondere, dass es zu

der verspäteten Meldung nur deshalb gekommen ist, weil Herr Z. anstelle eines ursprünglich vorgesehenen anderen Arbeitnehmers zur Baustelle gekommen ist. Es waren von Anfang an zwei Arbeitnehmer für diese Baustelle zur Sozialversicherung angemeldet. Der Mitbeteiligte durfte sich auch auf die unverzügliche Durchführung dieser Meldung durch seinen Steuerberater verlassen, weshalb ihn kein schweres Verschulden trifft.

Die vom beschwerdeführenden Finanzamt als Gründe gegen eine Ermahnung sprechenden Widersprüche in der Rechtfertigung des Beschuldigten konnten in der Verhandlung geklärt werden. Aus hs. Sicht handelt es sich dabei im Wesentlichen um Missverständnisse, nicht jedoch um bewusste Falschaussagen des Mitbeteiligten. Auch seine Angaben hinsichtlich des beabsichtigten Beschäftigungsausmaßes sind nachvollziehbar, weil es durchaus üblich ist, dass ausländische Arbeitnehmer immer wieder längere durchgehende Freizeitblöcke nehmen. Es gibt daher auch keine konkreten Hinweise darauf, dass bei der Anmeldung zur Sozialversicherung ein zu niedriges Beschäftigungsausmaß angegeben worden wäre. Insgesamt liegen daher die Voraussetzungen für das Absehen von einer Strafe vor. Eine Ermahnung erscheint jedoch erforderlich, um den Mitbeteiligten in Zukunft zur genaueren Einhaltung der Bestimmungen des ASVG anzuhalten.

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 zu § 45 Abs. 1 Z 4 sowie § 21 Abs. 1 VStG ab, noch fehlt es an einer solchen. 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