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-301798/10/Kl/PP

Datum:
Linz, 11. April 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde des S T, S, S, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 23.01.2018, GZ: SanRB96-525-2017, wegen einer Verwaltungsübertretung nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG)

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen. Das Straferkenntnis wird mit der Maßgabe bestätigt, dass im Spruch nach dem Wort „Verantwortlicher“ die Wortfolge „ , nämlich als handelsrechtlicher Geschäftsführer“ einzufügen ist.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren in der Höhe von 146 Euro 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

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 23.01.2018, GZ: SanRB96-525-2017, wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe in Höhe von 730 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 112 Stunden, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 33 Abs. 1 iVm § 111 Abs. 1 Z 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) verhängt, weil er als Verantwortlicher der M S G GmbH mit Sitz in M, L, zu verantworten hat, dass von 01.03.2017 bis 31.03.2017 nach Abtretung der Gesellschaftsanteile am 13.02.2017 (Eintragung in das Firmenbuch am 16.02.2017) und Abmeldung bei der Gewerblichen Sozialversicherungsanstalt am 28.02.2017 ein Dienstverhältnis (Geschäftsführer) mit der M S G GmbH bestand, ohne dass er als Dienstnehmer vor Arbeitsantritt bei der OÖ GKK zur Pflichtversicherung als vollversicherte Person angemeldet wurde.

2. Dagegen wurde – nach fristgerechter Verbesserung – Beschwerde eingebracht und die ersatzlose Aufhebung des Straferkenntnisses beantragt. Begründend wurde darauf hingewiesen, dass das Dienstverhältnis am 01.04.2017 mit der Firma M S G GmbH begonnen hätte. Es sei unstrittig, dass er ab 16.12.2016 bis laufend Geschäftsführer der Firma M S G GmbH sei, diese Funktion aber kein Dienstverhältnis begründe. Es werde bestritten, dass im Zeitraum vom 16.12.2016 bis zum 31.03.2017 ein Dienstverhältnis mit der M S G GmbH bestanden hätte. Es sei daher keine Verpflichtung zur Meldung gemäß § 33 Abs. 1 ASVG bestanden. Es sei irrtümlicherweise von der Steuerberatungsgesellschaft angenommen worden, dass er ab 02.01.2017 im Rahmen eines Dienstverhältnisses beschäftigt werde. Dies sei aber nicht der Fall. Es sei daher nachträglich eine Stornierung dieser Anmeldung bei der OÖ GKK durchgeführt worden. Die Durchführung einer handelsrechtlichen Geschäftsführung einer Kapitalgesellschaft bedinge nicht, dass damit ein Dienstverhältnis begründet werde.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Wels-Land als belangte Behörde hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt und die Abweisung der Beschwerde beantragt.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat das zuständige Finanzamt Grieskirchen Wels am Verfahren beteiligt, welches in der Stellungnahme vom 13.03.2018 die Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des Straferkenntnisses beantragte.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme sowie durch Einsichtnahme in die vom Beschwerdeführer mit der Beschwerde vorgelegten Unterlagen. Danach ist der Sachverhalt ausreichend

geklärt. Der entscheidungswesentliche Sachverhalt ist vom Beschwerdeführer nicht bestritten und durch die von ihm vorgelegten Unterlagen nachgewiesen. Da der Beschwerdeführer nur die rechtliche Beurteilung bekämpfte und eine öffentliche mündliche Verhandlung trotz ausdrücklicher Belehrung in der Rechtsmittelbelehrung nicht beantragt wurde, konnte eine mündliche Verhandlung gemäß § 44 Abs. 3 VwGVG entfallen.

4.1. Folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt wird festgestellt:

Laut Firmenbuchauszug wurde die M S G GmbH mit Sitz in M, L, am 16.12.2016 eingetragen. Eingetragener handelsrechtlicher Geschäftsführer und Gesellschafter ist der Beschwerdeführer. Die Funktion des Gesellschafters wurde mit Eintragung vom 16.02.2017 gelöscht. Die M S G GmbH besitzt mit Wirksamkeit 23.01.2017 eine Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe in der Betriebsart Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und Verkauf dieser Getränke in unverschlossenen Gefäßen, wenn der Ausschank oder der Verkauf durch Automaten erfolgt. Gewerberechtlicher Geschäftsführer ab diesem Zeitpunkt ist ebenfalls der Beschwerdeführer (GISA-Abfrage). Laut Auskunft der Sozialversicherungsanstalt der Gewerblichen Wirtschaft vom 03.03.2017 war der Beschwerdeführer vom 23.01.2017 bis 28.02.2017 als gewerblich selbständiger Erwerbstätiger zur Gewerblichen Sozialversicherung gemeldet. Mit Einlangen vom 02.01.2017 wurde der Beschwerdeführer als Arbeiter zur OÖ GKK mit dem Dienstgeber M S G GmbH angemeldet. Diese Anmeldung wurde am 03.02.2017 storniert. Der Beschwerdeführer hat einen Dienstvertrag mit der M S G GmbH, datiert mit 01.04.2017, mit Beginn des Dienstverhältnisses am 01.04.2017, abgeschlossen und vorgelegt. Als Dienstverwendung und Tätigkeit ist Wettschaltermitarbeiter vereinbart. Mit Meldung vom 02.05.2017 wurde der Bf ab 01.04.2017 zur Allgemeinen Sozialversicherung von der M S G GmbH angemeldet.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den vom Beschwerdeführer im Verfahren vorgelegten Unterlagen sowie auch aus der Anzeige beigeschlossenen Unterlagen sowie eine GISA-Abfrage durch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Diese Unterlagen wurden auch in der Beschwerde vom Beschwerdeführer bekräftigt. Der Sachverhalt ist daher erwiesen.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Nach § 4 Abs. 2 ASVG ist als Dienstnehmer anzusehen, 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.
Gemäß § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber im Sinne des 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 Entgeltes verweist.
Gemäß § 49 Abs. 1 ASVG sind unter Entgelt die Geld- und Sachbezüge zu verstehen, auf die der pflichtversicherte Dienstnehmer (Lehrling) aus dem Dienst(Lehr)verhältnis Anspruch hat oder die er darüber hinaus auf Grund des Dienst(Lehr)verhältnisses vom Dienstgeber oder von einem Dritten erhält. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 ASVG pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.
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
2. Meldungsabschriften nicht oder nicht rechtzeitig weitergibt oder

...
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 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.
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 (z.B. Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.
Durch den Missbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes können Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden (Abs. 2).
Ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre (Abs. 3).

5.2. Im angefochtenen Straferkenntnis wurde vorgeworfen, dass der Beschwerdeführer, obwohl er nach Abtretung seiner Geschäftsanteile am 13.02.2017 (Eintragung in das Firmenbuch am 16.02.2017) und Abmeldung bei der Gewerblichen Sozialversicherungsanstalt am 28.02.2017 als Geschäftsführer

ein Dienstverhältnis mit der M S G GmbH hatte, nicht als Dienstnehmer vor Arbeitsantritt bei der OÖ GKK zur Sozialversicherung als vollversicherte Person angemeldet wurde. Dies hat er als verantwortlicher handelsrechtlicher Geschäftsführer der M S G GmbH zu verantworten.

Dieser Vorwurf ist durch den festgestellten erwiesenen Sachverhalt berechtigt. Wie in den Feststellungen aufgezeigt wurde, ist der Beschwerdeführer seit 16.12.2016 als alleiniger handelsrechtlicher Geschäftsführer der M S G GmbH im Firmenbuch eingetragen. Mit Begründung der Gewerbeberechtigung am 23.01.2017 für die M S G GmbH ist der Beschwerdeführer ab diesem Zeitpunkt auch als gewerberechtlicher Geschäftsführer laut GISA-Abfrage eingetragen und tätig. Dies wird auch vom Beschwerdeführer nicht bestritten. Wie der Beschwerdeführer rechtsrichtig ausführt, ist aufgrund seiner Gesellschaftsanteile eine selbständige Tätigkeit möglich. Dies bis zur Abtretung der Gesellschaftsanteile mit 13.02. bzw. 16.02.2017. Es ist daher auch der Beschwerdeführer in dieser Zeit, nämlich ab Wirksamkeit der Gewerbeberechtigung mit 23.01.2017 bis 28.02.2017 bei der Sozialversicherungsanstalt der Gewerblichen Wirtschaft gemeldet und sozialversichert. Diese Sozialversicherung wurde aufgrund der Abtretung der Gesellschaftsanteile bei der Gewerblichen Sozialversicherungsanstalt mit 28.02.2017 beendet. Da aber die Tätigkeit des Beschwerdeführers sowohl als handelsrechtlicher Geschäftsführer als auch als gewerberechtlicher Geschäftsführer weiter aufrecht blieb und auch die Gewerbeberechtigung aufrecht und wirksam war, war daher eine gewerberechtliche Geschäftsführung nur mehr in einem Dienstverhältnis möglich. Es wäre daher ab Beendigung der Versicherung bei der Gewerblichen Sozialversicherungsanstalt, also ab 01.03.2017 eine Meldung zur OÖ GKK erforderlich gewesen. Diese Meldung wurde jedoch erst ab 01.04.2017 durchgeführt. Es hat daher der Beschwerdeführer als nach außen vertretungsbefugtes Organ (handelsrechtlicher Geschäftsführer) gemäß § 9 Abs. 1 VStG die Verwaltungsübertretung im vorgeworfenen Zeitraum 01.03. bis 31.03.2017 begangen und zu verantworten.

Wenn sich hingegen der Beschwerdeführer auf einen Dienstvertrag mit Beginn 01.04.2017 beruft, so ist er auf die oben zitierte Bestimmung des § 539a Abs. 1 ASVG hinzuweisen, dass für die Beurteilung von Sachverhalten in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt maßgeblich ist, nicht jedoch die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes, wie z.B. der vorgelegte Dienstvertrag. Es regelt daher auch § 539a Abs. 2 ASVG, dass durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts Verpflichtungen nach dem ASVG, insbesondere die Versicherungspflicht, nicht umgangen werden kann. Es kann daher der vorgelegte Dienstvertrag vom 01.04.2017 nicht die gesetzlich geregelte Versicherungspflicht ab 01.03.2017 bis 31.03.2017 außer Kraft setzen.

Wenn sich hingegen der Beschwerdeführer auf seine Stellung als handelsrechtlicher Geschäftsführer beruft und daraus kein Dienstverhältnis und keine Versicherungspflicht ableitet, so ist ihm entgegenzuhalten, dass er auch als gewerberechtlicher Geschäftsführer tätig ist und eine gewerberechtliche

Geschäftsführung nach § 39 Abs. 2 Gewerbeordnung nur aufgrund von Geschäftsanteilen, ansonsten aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses möglich ist.
Es ist daher der objektive Tatbestand der Verwaltungsübertretung erfüllt.

5.3. Im Hinblick auf das Verschulden verweist die belangte Behörde zurecht auf die Bestimmung des § 5 Abs. 1 VStG, wonach bei Ungehorsamsdelikten, zu welchen auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung zählt, ohne weiteres von Fahrlässigkeit ausgegangen werden kann, sofern der Beschuldigte nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Es hat der Beschwerdeführer nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen sowie von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die „Glaubhaftmachung“ nicht aus.
Der Beschwerdeführer hat zu seiner Entlastung nichts vorgebracht. Es ist insbesondere auch nicht von unverschuldetem Rechtsirrtum auszugehen, zumal es dem Beschwerdeführer als Gewerbetreibenden zuzumuten ist, dass er die mit der Gewerbeausübung im Zusammenhang stehenden Vorschriften kennt bzw. sich bei Unkenntnis die entsprechende Kenntnis bei der dafür zuständigen Behörde verschafft. Dass er sich um eine entsprechende Kenntnis bemüht hätte und Auskunft verlangt hätte, wurde vom Beschwerdeführer nicht einmal behauptet. Es ist daher keine Entlastung des Beschwerdeführers eingetreten und von zumindest fahrlässiger Tatbegehung auszugehen. Dies gilt insbesondere auch im Hinblick darauf, dass sich der Beschwerdeführer eines Steuerberaters bzw. Wirtschaftstreuhänders bedient hat. Auch dieser müsste die entsprechenden maßgeblichen Vorschriften kennen.

5.4. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG idF BGBl. I Nr. 33/2013, in Geltung ab 01.07.2013, sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind 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 §§ 32 bis 35 des StGB 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 soweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

Die belangte Behörde geht bei der Strafbemessung von den bekanntgegebenen Angaben, einem monatlichen Nettoeinkommen von 1.250 Euro, keinem Vermögen und keinen Sorgepflichten aus. Auch in der Beschwerde wurde nichts Gegenteiliges vorgebracht und kamen auch im Beschwerdeverfahren keine anderen Umstände hervor. Die belangte Behörde hat die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe von 730 Euro verhängt. Es kann daher nicht gefunden werden, dass die belangte Behörde von dem ihr bei der Strafbemessung zukommenden Ermessen in gesetzwidriger Weise Gebrauch gemacht hätte. Vielmehr war zu werten, dass der Beschwerdeführer Kenntnisse über die Anmeldung der Sozialversicherung haben hätte müssen. Es ist daher auch nicht von einem geringfügigen Verschulden des Beschwerdeführers auszugehen. Geringfügigkeit liegt nämlich nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nur dann vor, wenn das Verhalten des Beschuldigten weit hinter dem in der Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt der Tat zurückbleibt. Es war daher auch mangels dieser Voraussetzung nicht gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG mit einem Absehen von der Strafe oder Ermahnung vorzugehen. Da auch keine Milderungsgründe hervorgetreten sind war auch mangels der Voraussetzungen nicht mit außerordentlicher Milderung gemäß § 20 VStG vorzugehen.

Es war daher die verhängte Geldstrafe und für den Fall der Uneinbringlichkeit festgelegte Ersatzfreiheitsstrafe zu bestätigen.

6. Weil die Beschwerde keinen Erfolg hatte, war ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG in der Höhe von 20 % der verhängten Geldstrafe, das sind 146 Euro, aufzuerlegen.

7. 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

Dr. Klempt