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-301805/7/KLi/RoK

Datum:
Linz, 27. April 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde vom 30. Jänner 2018 des S A S, geboren x, xstraße 42/2, L vertreten durch die Wirtschaftstreuhandkanzlei Mag. A H Steuerberater GmbH, x 14, F, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 8. Jänner 2018, GZ: SanRB96-323-2017/Gr, wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

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

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde noch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu bezahlen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (in der Folge: belangte Behörde) vom 8. Jänner 2018, GZ: SanRB96-323-2017/Gr, wurde dem Beschwerdeführer eine Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) vorgeworfen. Er habe es als Gewerbeinhaber und Arbeitgeber seines Unternehmens mit Sitz in L, xstraße 14, verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass er als Dienstgeber R F S, geboren x, als Dienstnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt (1.200 Euro pro Monat) beschäftigt habe, ohne vor Arbeitsantritt (Juli 2015) eine zumindest mit den Mindestangaben ausgestattete Meldung bei der Oö. Gebietskrankenkasse als zuständiger Sozialversicherungsträger erstattet zu haben. Dieser Sachverhalt sei von Organen des Finanzamtes Linz im Zuge einer Kontrolle am 1. Februar 2017 im o.a. Unternehmen, in dem der genannte Arbeiter bei Arbeiten an einem KFZ betreten worden sei, sowie durch die niederschriftliche Einvernahme und durch die Abfrage im Hauptverband festgestellt worden.

Der Beschwerdeführer habe dadurch § 33 iVm § 111 Abs. 1 Z 1 ASVG verletzt. Gemäß § 111 ASVG werde eine Geldstrafe von 1.000 Euro bzw. eine Ersatzfreiheitsstrafe von 153 Stunden verhängt. Ferner sei der Beschwerdeführer verpflichtet, einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens von 100 Euro zu bezahlen.

Begründend führte die belangte Behörde aus, dass der Sachverhalt aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens – wie im Spruch angeführt – feststehe. Aufgrund des Strafantrages des Finanzamtes Linz sei ihm die gegenständliche Verwaltungsübertretung mit Aufforderung zur Rechtfertigung von 17. Juli 2017 zur Last gelegt worden. Mit E-Mail vom 20. Juli 2017 habe er ausgeführt, von einer Selbstständigkeit des R F S ausgegangen zu sein.

Diese Rechtfertigungsangaben könnten nicht zu seiner Entlastung beitragen. Durch die Tatsachen, dass R F S ausschließlich auf den Namen des Beschwerdeführers Kundenrechnungen geschrieben habe, Arbeiten nur an KFZ durchgeführt habe, die dem Unternehmen des Beschwerdeführers zur Reparatur übergeben worden seien und er einen Monatslohn von 1.200 Euro für die Arbeitszeit von Montag bis Freitag von je 7 Stunden und Samstag bis 12 Uhr erhalten habe, sei dieser in organisatorischer Hinsicht derart in den betrieblichen Ablauf eingegliedert gewesen, dass er als Dienstnehmer gewertet werden müsse. Da während des Zeitraumes keine Anmeldung zur Sozialversicherung vorgelegen sei, sei die objektive Tatseite als erwiesen anzusehen.

Die gegenständliche Übertretung sei ihm als verantwortlicher Gewerbeinhaber zur Last gelegt worden.

Die Tatsache, dass er keine österreichische Schulausbildung habe, entbinde ihn nicht von der Verpflichtung als Gewerbetreibender, die erforderlichen gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten. Die Tat sei ihm daher auch in subjektiver Hinsicht zuzurechnen.

Im Hinblick auf die Strafzumessung sei auszuführen, dass durch die gegenständliche Verwaltungsübertretung der Schutzzweck des ASVG verletzt worden sei. Die Einkommensverhältnisse seien entsprechend seiner Angaben berücksichtigt worden. Strafmildernd wirke sich die lange Verfahrensdauer aus. Straferschwerend habe die enorm lange Beschäftigungsdauer berücksichtigt werden müssen.

Die verhängte Geldstrafe sei als dem Unrechts- und Schuldgehalt der Tat angemessen zu betrachten. Die Verhängung einer Geldstrafe sei weiters vor allem aus spezialpräventiven Gründen notwendig, um den Beschwerdeführer von weiteren Übertretungen des ASVG abzuhalten und ihn dazu zu bewegen, der Einhaltung der Gesetzesvorschriften in Hinkunft mehr Augenmerk zu schenken.

I.2. Dagegen richtet sich die Beschwerde vom 30. Jänner 2018 mit welcher das Straferkenntnis in Hinblick auf die Strafhöhe angefochten wird.

Zusammengefasst bringt der Beschwerdeführer vor, der Erschwernisgrund der langen Zeit würde nicht zutreffen, da er einem Sachverhaltsirrtum und damit einem Rechtsirrtum unterlegen sei. Das geringe Einkommen – der Beschwerdeführer sei im Insolvenzverfahren – sei stärker bei der Strafbemessung zu berücksichtigen.

I.3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beraumte daraufhin für 9. April 2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung an, zu welcher der Vertreter des Beschwerdeführers erschienen ist. Mit diesem wurde die Sach- und Rechtslage umfassend erörtert.

Die belangte Behörde hat mit Eingabe vom 19. März 2018 mitgeteilt, aus terminlichen Gründen nicht an der Verhandlung teilnehmen zu können. Die Abgabenbehörde hat mit Lesebestätigung vom 12. März 2018 Kenntnis von der Ladung zur Verhandlung.

Ergänzend brachte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers vor, dass nach einer erstmaligen Kontrolle im Jahr 2014 von der Oö. Gebietskrankenkasse keine Beiträge vorgeschrieben und umso weniger Beitragszuschläge festgesetzt worden seien. Darüber hinaus habe die Steuerberatungskanzlei des Beschwerdeführers und des angeblichen Dienstnehmers weiterhin Einkommenssteuererklärungen auch für den angeblichen Dienstnehmer abgegeben und in diesen ausschließlich „Einkünfte aus Gewerbebetrieb“ geltend gemacht. Diese Einkommensteuererklärungen seien vom Finanzamt akzeptiert und entsprechende Einkommensteuerbescheide für den angeblichen Dienstnehmer erlassen worden.

Zuletzt liege ein Einkommensteuerbescheid des angeblichen Dienstnehmers vom 1. März 2016 vor. Wenn selbst die Gebietskrankenkasse und das Finanzamt ungeachtet der Kontrollen weiterhin von Selbstständigkeit des angeblichen Dienstnehmers ausgegangen seien, könne man vom Beschwerdeführer nicht erwarten, dass dieser es besser wissen müsse als die zuständigen Behörden selbst. Insofern könne im Hinblick auf die Strafhöhe auch mit einer Ermahnung das Auslangen gefunden werden.

II. Nachfolgender Sachverhalt steht fest:

II.1. Der Beschwerdeführer ist am x geboren und Staatsangehöriger des I. Der Beschwerdeführer betrieb bis zum 31. Oktober 2017 unter der Adresse L, xstraße 14, eine Autowerkstätte als selbstständig Gewerbetreibender. Mittlerweile war ein Insolvenzverfahren anhängig.

II.2. Am 1. Februar 2017 führten Organe der Abgabenbehörde in L, xstraße 14, eine Kontrolle durch. Im Zuge dieser Kontrolle wurden zwei Personen bei der Arbeit angetroffen, A S und R F S.

A S war als geringfügig beschäftigter Mitarbeiter zur Sozialversicherung angemeldet.

R F S gab an, selbstständig zu sein und sich im Jänner 2013 in der Werkstätte eingemietet zu haben. Er bezahle monatlich 600 Euro Miete an den Beschwerdeführer. Er habe kein eigenes Büro und benütze die Einrichtungen des Beschwerdeführers. Rechnungen würden handschriftlich erstellt.

II.3. Nach den Erhebungen der Finanzpolizei konnte der angebliche Dienstnehmer keine Kundenrechnungen vorlegen. In der Niederschrift vor der Abgabenbehörde gab er an, selbst noch nie eine Kundenrechnung geschrieben zu haben. Er verrechne ausschließlich mit dem Beschwerdeführer. Er führe Reparaturen an Fahrzeugen durch, welche die Kunden dem Beschwerdeführer zur Reparatur übergeben hätten. Seit Juli 2017 sei er ausschließlich Dienstnehmer des Beschwerdeführers und erhalte einen monatlichen Lohn in Höhe von 1.200 Euro.

Der angebliche Dienstnehmer, R F S, versteht die deutsche Sprache nicht ausreichend, sodass bei seiner Vernehmung durch die Abgabenbehörde die Beiziehung eines Dolmetschers notwendig war. Diese Funktion übernahm der anwesende geringfügig Beschäftigte Dienstnehmer A S. Ein professioneller Dolmetscher wurde nicht beigezogen.

II.4. Bereits am 29. Oktober 2014 fand in der Werkstätte des Beschwerdeführers eine Kontrolle der Abgabenbehörde statt.

Auch bei dieser Kontrolle wurde R F S in der Werkstätte angetroffen. Im Zuge dieser Kontrolle gab der Beschwerdeführer an, dass der angebliche Dienstnehmer selbstständig sei und seit 2012 in seiner Werkstätte eine Miete von 1.100 Euro monatlich bezahle. Die Abgabenbehörde ging jedoch auch damals davon aus, dass keine Selbstständigkeit des angeblichen Dienstnehmers vorgelegen sei, sondern es sich um ein Dienstverhältnis gehandelt habe.

In weiterer Folge wurde ein Strafantrag nach dem ASVG gestellt. Dieses Strafverfahren wurde mit 3. November 2015 aufgrund der eingetretenen Verjährung eingestellt. (SanRB96-237-2015).

Die Abgabenbehörde gab dazu in einer Stellungnahme vom 22. Februar 2018 an, bei der Kontrolle am 1. Februar 2017 sei der gleiche Sachverhalt ermittelt worden wie damals. Die Abgabenbehörde gehe davon aus, dass dem Beschwerdeführer sehr wohl bekannt gewesen sei, dass es sich bei R F S um einen Dienstnehmer handle. Aufgrund des langen Zeitraumes (seit November 2012) sei eine Strafe in der Höhe von 2.180 Euro beantragt worden.

II.5. Der Beschwerdeführer behandelte den angeblichen Dienstnehmer, R F S, ungeachtet dessen als selbstständig erwerbstätige Person. Davon ging offensichtlich auch der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers und Steuerberater sowohl des Beschwerdeführers als auch des angeblichen Dienstnehmers aus. Dieser erstellte sowohl für den Beschwerdeführer als auch für den angeblichen Dienstnehmer Einkommensteuererklärungen, welche jeweils beim Finanzamt eingereicht wurden. Für den angeblichen Dienstnehmer wurde zuletzt am 1. März 2016 der Einkommensteuerbescheid 2014 erlassen. Aus diesem Einkommensteuerbescheid sind ausschließlich „Einkünfte aus Gewerbebetrieb“ ersichtlich.

II.6. Die Oö. Gebietskrankenkasse leitete nach der ersten Kontrolle am 29. Oktober 2014 weder ein Feststellungsverfahren noch ein Beitragszuschlagsverfahren ein. Sozialversicherungsbeiträge bzw. Beitragszuschläge wurden damals von der Oö. Gebietskrankenkasse nicht vorgeschrieben.

II.7. Erst nach der zweiten Kontrolle leitete die Oö. Gebietskrankenkasse ein Verfahren ein.

Darüber hinaus beantragte die Oö. Gebietskrankenkasse die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Daraufhin war vor dem Bezirksgericht Linz zu GZ: 26 S 156/17i ein Schuldenregulierungsverfahren anhängig. In diesem Schuldenregulierungsverfahren wurde ein Zahlungsplan erstellt.

Wesentlicher Inhalt des Zahlungsplanes ist, dass die Quote 13,95 %, zahlbar in drei jährlichen Teilquoten zu je 4,65 %, beträgt. Die erste Teilquote ist am 5. Jänner 2021 und die weiteren Teilquoten sind am 5. Jänner der Folgejahre fällig.

Die letzte Teilquote ist somit am 5. Jänner 2023 fällig. Der am 9. Jänner 2018 angenommene Zahlungsplan wurde bestätigt. Das Schuldenregulierungsverfahren wurde daraufhin mit Beschluss vom 29. Jänner 2018 aufgehoben.

Ob der Masseverwalter die Forderung der Oö. Gebietskrankenkasse (Sozialversicherungsbeiträge) im Schuldenregulierungsverfahren sogleich anerkannt hat oder ob diese zunächst bestritten wurde und ein Feststellungsverfahren geführt wurde, kann nicht festgestellt werden. Nach den Angaben des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers hat dieser sich den Forderungen aber unterworfen.

II.8. Der Beschwerdeführer bringt nunmehr ein Nettoeinkommen von ca. 900 Euro, monatlich ins Verdienen. Der Beschwerdeführer ist verheiratet und hat minderjährige Kinder. Die Familie des Beschwerdeführers lebt im I. Nicht festgestellt werden kann, wie viele Kinder der Beschwerdeführer hat und wie alt diese sind. Aufgrund des durchgeführten Schuldenregulierungsverfahrens hat der Beschwerdeführer kein Vermögen, jedoch die dem Zahlungsplan zugrunde liegenden Verbindlichkeiten.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Die Feststellungen zum Unternehmen des Beschwerdeführers ergeben sich aus dem Akt der belangten Behörde und dem Strafantrag der Abgabenbehörde. Diese sind unstrittig.

III.2. Die Feststellungen zur durchgeführten Kontrolle bzw. zur vorangegangenen Kontrolle am 29. Oktober 2014 ergeben sich ebenfalls aus dem Akteninhalt sowie aus der Stellungnahme der Abgabenbehörde vom 22. Februar 2018. Auch diese Sachverhaltsfeststellungen sind unstrittig.

III.3. Strittig ist zunächst die Frage, ob der angebliche Dienstnehmer R F S tatsächlich selbstständig oder doch Dienstnehmer des Beschwerdeführers war. Diesbezüglich liegen unterschiedliche Auffassungen des Beschwerdeführers, dessen Rechtsvertreter sowie der belangten Behörde und der Abgabenbehörde vor.

Während die Abgabenbehörde bereits nach der ersten Kontrolle am 29. Oktober 2014 einen Strafantrag gestellt hat, wobei das Verfahren aufgrund von Verfolgungsverjährung jedoch eingestellt werden musste, gingen der Beschwerdeführer und sein Steuerberater weiterhin von einer selbstständigen Tätigkeit des angeblichen Dienstnehmers aus.

Offensichtlich war auch die Oö. Gebietskrankenasse damals nicht der Auffassung, dass hier ein Dienstverhältnis vorliegen würde. Weder wurde nach der Kontrolle am 29. Oktober 2014 ein Feststellungsverfahren hinsichtlich der

Dienstnehmereigenschaft noch ein Beitragszuschlagsverfahren eingeleitet. Daraus zog offensichtlich der Beschwerdeführer den Schluss, dass doch seine Rechtsauffassung richtig sei.

Auch der Steuerberater sowohl des Beschwerdeführers als auch des angeblichen Dienstnehmers ging von selbstständiger Tätigkeit aus. Dies zeigt sich auch darin, dass weiterhin Einkommensteuererklärungen für den angeblichen Dienstnehmer beim Finanzamt eingereicht wurden. Mit Einkommensteuerbescheid vom 1. März 2016 wurde beispielsweise die Einkommensteuer für das Jahr 2014 festgesetzt und wurden bei Berechnung der Einkommensteuer ausschließlich „Einkünfte aus Gewerbebetrieb“, nicht aber Einkünfte aus unselbstständiger Tätigkeit herangezogen. Das Finanzamt akzeptierte offensichtlich trotz der stattgehabten Kontrolle die Einkommensteuererklärung des angeblichen Dienstnehmers. Auch daraus zogen der Beschwerdeführer und sein Steuerberater den Schluss, dass die Rechtsauffassung der selbstständigen Tätigkeit richtig sei.

Dementsprechend brachte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers in der Verhandlung am 9. April 2018 auch vor, dass offensichtlich lange Zeit sowohl die Oö. Gebietskrankenkasse als auch das Finanzamt weiterhin von einer selbstständigen Tätigkeit des angeblichen Dienstnehmers ausgegangen seien und es daher dem Beschwerdeführer nicht zu gesonnen werden habe können, dass er zu einer anderen rechtlichen Würdigung wie der Sozialversicherungsträger und die Abgabenbehörde kommen hätte müssen.

III.4. Die persönlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers ergeben sich aus dessen Angaben bzw. dem Vorbringen des Rechtsvertreters in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht. Das durchgeführte Schuldenregulierungsverfahren und der Zahlungsplan gehen außerdem aus dem Auszug aus der Insolvenzdatei hervor.

IV. Rechtslage:

IV.1. Als Dienstnehmer gilt gemäß § 4 Abs. 2 ASVG derjenige, der in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird, wobei hierzu auch Personen gehören, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen; unabhängig davon gelten Personen jedenfalls dann als Dienstnehmer, wenn sie entweder mit einem Dienstleistungscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz entlohnt werden, oder wenn sie nach § 47 Abs. 1 iVm Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG) lohnsteuerpflichtig sind, soweit es sich nicht um Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. a oder b EStG oder um Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. c EStG, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen, handelt.

IV.2. 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.

IV.3. 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.

IV.4. 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.

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hinzu erwogen:

V.1. Nachdem der Beschwerdeführer das Straferkenntnis der belangten Behörde nur in Hinblick auf die Strafhöhe bekämpft hat, ist der Schuldspruch in Rechtskraft erwachsen, sodass diesbezüglich auf die obige Darstellung zu Punkt I.1. verwiesen werden kann. Die Strafzumessung ist einer Überprüfung zu unterziehen.

V.2. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG iVm § 38 VwGVG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Gemäß § 19 Abs. 2 VStG iVm. § 38 VwGVG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) und überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegen einander 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.

Bei der Strafbemessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 28.11.1966, 1846/65) innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfung des Ermessensaktes auf eine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetztes erforderlich ist (VwSlg. 8134 A/1971).

V.3. Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Verfahrens 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 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. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ermahnung gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 letzter Satz VStG müssen kumulativ vorliegen.

V.4. Zum Vorgehen mittels Ermahnung hat sich der Verwaltungsgerichtshof ausführlich auseinander gesetzt:

V.4.1. Im Erkenntnis des VwGH vom 5.5.2014, Ro 2014/03/0052 setzte sich dieser mit der Bestimmung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG auseinander. Der dortige Revisionswerber begründete die Zulässigkeit seiner Revision damit, dass es noch

keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu der seit 1. Juli 2013 geltenden neuen Rechtslage des § 45 Abs. 1 VStG, und zwar insbesondere in Bezug auf § 45 Abs. 1 Z 4 und den letzten Absatz des § 45 Abs. 1 VStG, gebe. Zu prüfen sei die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes, die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und inwieweit das Verschulden eines Beschuldigten als gering anzusehen sei. Der VwGH führte dazu aus, dass mit dem Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetz 2013, BGBl. I Nr. 33/2013 § 45 VStG (unter anderem) um den – im gegenständlichen Fall maßgeblichen – Einstellungstatbestand der Z 4 erweitert wurde, wonach von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen ist, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Anstatt der Einstellung zu verfügen, kann die Behörde – nach dem Schlusssatz des § 45 Abs. 1 VStG – dem Beschuldigten in diesem Fall 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 (ErlRV 2009 BlgNR 24. GP, 19) wird dazu erläutert, dass mit dem neu formulierten § 45 Abs. 1 VStG insbesondere die bisher in § 21 Abs. 1 VStG enthaltenen Bestimmungen zusammengeführt werden sollen. § 45 Abs. 1 Z 4 VStG und der neue Schlusssatz dieses Absatzes entsprächen im Wesentlichen § 21 Abs. 1 VStG (alte Fassung). Zu der zuletzt genannten Bestimmung, die ein Absehen von der Verhängung einer Strafe (bei allfälliger Ermahnung des Beschuldigten) vorsah, „wenn das Verschulden des Beschuldigten geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind“, besteht eine gesicherte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl dazu etwa die in Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze II2, § 21 VStG E 5 ff, und in Raschauer/Wessely, VStG, § 21 Rz 6 bis 11 und 18 wiedergegebene Judikatur), anhand derer auch die Rechtsfragen, die der vorliegende Fall aufwirft, gelöst werden können, sodass es keiner neuen Leitlinien bedarf.

Nichts anderes kann auch im vorliegenden Fall gelten und ist dieser anhand der bisherigen Rechtsprechung zu beurteilen.

V.4.2. Sander führt in Raschauer/Wessely, VStG, § 21 Rz 6 ff dazu aus:

Für das Vorgehen nach § 21 VStG [nunmehr § 45 Abs. 1 Z 4 VStG] müssen im Wesentlichen zwei Kriterien vorliegen: Das Verschulden des Beschuldigten muss gering sein und die Folgen der Übertretung unbedeutend. Feststellungen dazu und damit die Basis für die Entscheidung werden sich in aller Regel aus den Erhebungsergebnissen bzw. im Rahmen des Ermittlungsverfahrens ergeben. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen (z.B. VwGH 16.3.1987, 87/10/0024; 19.5.1993, 92/09/0031; 10.12.1996, 96/04/0154; OGH 23.4.1992, 15 Os 19/92; 8.9.1994, 12 Os 109/94).

Unter geringfügigem Verschulden versteht die Rspr solche Fälle, in denen das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Schuld- und Unrechtsgehalt zurückbleibt (z.B. VwGH 12.9.1986, 86/18/0059; 8.10.1990, 90/19/0483; 18.9.1996, 94/03/0128; 10.12.2001, 2001/10/0049; OGH 23.4.1992, 15 Os 19/92). Durch eine solche Auslegung des § 21 VStG ist gleichzeitig klargestellt, dass die Bestimmungen des § 21 VStG nicht nur im Fall der leichten Fahrlässigkeit angewendet werden können (z.B. VwGH 5.9.1986, 86/18/0167; 20.9.1995, 93/03/0083; 29.5.1998, 98/02/0050; 14.10.2005, 2004/05/0221). Die Meinung, dass ein geringfügiges Verschulden nur dann vorliegen kann, wenn es sich um leichte Fahrlässigkeit handelt, wird von der Rspr. abgelehnt (VwGH 29.5.1998, 98/02/0050).

Neben der Voraussetzung des Vorliegens von bloß geringfügigem Verschulden, bei dessen Nichtvorliegen nach der Judikatur des VwGH die zweite Voraussetzung in aller Regel nicht mehr geprüft wird, darf die Verwaltungsübertretung für die Anwendung von § 21 VStG nur unbedeutende Folgen nach sich ziehen. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen (z.B. VwGH 16.3.1987, 87/10/0024; 19.5.1993, 92/09/0031; 10.12.1996, 96/04/0154; OGH 23.4.1992, 15 Os 19/92; 8.9.1994, 12 Os 109/94).

V.4.3. Im Fall des AuslBG erwähnt Sander in Raschauer/Wessely, VStG, § 21 Rz 6 ff nachfolgende Fälle: Bloß geringfügiges Verschulden kann (betreffend Verwaltungsübertretungen nach dem AuslBG) etwa dann vorliegen, wenn nicht eine Umgehungshandlung gesetzt werden sollte, sondern die Tatbestandsmäßigkeit in der Person des Ausländers verkannt wurde (VwGH 19.9.2001, 99/09/0264; 2007.09/0229). Wenn im Ergebnis ein Ausländer fahrlässig ohne die formellen Voraussetzungen nach dem AuslBG beschäftigt wurde, dieser aber materiell die Voraussetzungen für die Verlängerung seines Befreiungsscheines erfüllt hat, sodass die Beschäftigung im Ergebnis nur der gesetzlichen Ordnung widersprach und es für die konkrete Tat daher charakteristisch ist, dass sie in allen für die Strafbarkeit relevanten Gesichtspunkten eklatant hinter den typischen Straftaten nach § 28 AuslBG zurückbleibt, ist von bloß geringem Verschulden auszugehen (VwGH 4.9.2006, 2005/09/0073; 24.5.2007, 2006/09/0086; 18.9.2008, 2007/09/0241).

V.4.4. Sander führt in Raschauer/Wessely, VStG, § 21 Rz 18 ff zum Ausspruch einer Ermahnung aus:

Wenn die Behörde gemäß § 45 Abs. 1 vorzugehen hat, kann sie den Beschuldigten mittels Bescheid ermahnen, wenn dies erforderlich ist, um ihn von der Begehung weiterer strafbarer Handlungen abzuhalten. [...] Die Rspr. nimmt an, dass die bescheidmäßige Ermahnung denselben Vorschriften unterliegt, wie die bescheidmäßige Erlassung eines Straferkenntnisses (z.B. VwGH 22.6.1971, 253/71; 19.11.1974, 799/73; 19.5.1980, 3407/79). Dadurch kann eine bescheidmäßig ausgesprochene Ermahnung auch vor den UVS [nunmehr: LVwG] und den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts angefochten werden (z.B. VwGH

8.2.1988, 87/10/0188). Der Ausspruch einer Ermahnung ist jedoch nur zulässig, wenn die Voraussetzungen hierfür, nämlich die Notwendigkeit, dadurch den Beschuldigten von der Begehung weiterer Handlungen der gleichen Art abzuhalten, vorliegen.

V.5. Umgelegt auf den Fall des Beschwerdeführers bedeutet dies zunächst, dass der Beschwerdeführer zwar lange Zeit mit dem angeblichen Dienstnehmer zusammen gearbeitet hat, wobei unterschiedliche Rechtsauffassungen zu dieser Zusammenarbeit vorliegen.

Während sowohl der Beschwerdeführer als auch der gemeinsame Steuerberater des Beschwerdeführers und des angeblichen Dienstnehmers von selbstständiger Erwerbstätigkeit ausgingen, gelangte die Abgabenbehörde nach der Kontrolle am 29.10.2014 zu der Auffassung, dass unselbstständige Erwerbstätigkeit vorliegen würde. Der diesbezügliche Strafantrag wurde zwar bei der zuständigen Verwaltungsstrafbehörde gestellt, aufgrund von Verfolgungsverjährung musste dieses Strafverfahren allerdings eingestellt werden. Abschließende Erhebungen zum damaligen Zeitpunkt fanden insofern nicht statt. Darüber hinaus gilt der Beschwerdeführer als unbescholten.

Offensichtlich sah sich der zuständige Sozialversicherungsträger damals auch nicht dazu veranlasst, Sozialversicherungsbeiträge vorzuschreiben bzw. ein Feststellungsverfahren und/oder ein Beitragszuschlagsverfahren einzuleiten. Alleine daraus konnte also der Beschwerdeführer nicht ableiten, dass seine Rechtsauffassung unrichtig sei.

Auch der gemeinsame Steuerberater des Beschwerdeführers und des angeblichen Dienstnehmers ging offensichtlich davon aus, dass tatsächlich selbstständige Erwerbstätigkeit vorliegen würde. Aus den beim Finanzamt eingereichten Einkommensteuererklärungen bzw. aus dem im Verfahren vorgelegten Einkommensteuerbescheid vom 1. März 2016 für das Jahr 2014 ergibt sich darüber hinaus, dass in diesem Einkommenssteuerbescheid lediglich „Einkünfte aus Gewerbebetrieb“ geltend gemacht und offensichtlich vom Finanzamt auch akzeptiert wurden.

Der Beschwerdeführer vertritt vor diesem Hintergrund nunmehr die Auffassung, dass dann, wenn sogar der zuständige Sozialversicherungsträger und die Abgabenbehörde trotz der bereits am 29. Oktober 2014 durchgeführten Kontrolle weiterhin die selbstständige Erwerbstätigkeit des angeblichen Dienstnehmers akzeptiert hätten, er es wohl nicht besser wissen hätte können und müssen als die Abgabenbehörde und der Sozialversicherungsträger. Diese Problematik sei erst durch die neuerliche Kontrolle am 1. Februar 2017 aufgekommen und sei eine Bewusstwerdung erst zu diesem Zeitpunkt erfolgt.

Diesen Ausführungen des Beschwerdeführers bzw. dessen Rechtsvertreter ist durchaus zuzubilligen, dass vor diesem Hintergrund das Verschulden des

Beschwerdeführers als gering bewertet werden kann. Dies ist durch den Verlauf der vorangegangenen Kontrollen und den vorangegangenen Umstand, dass keine Sozialversicherungsbeiträge vorgeschrieben und Einkommensteuererklärungen akzeptiert wurden, im Zweifel dem Beschwerdeführer zugute zu halten.

V.6. Darüber hinaus sind die überaus tristen finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers zu berücksichtigen. Aufgrund der mittlerweile beendeten Selbstständigkeit war ein Schuldenregulierungsverfahren anhängig und hat der Beschwerdeführer nunmehr den oben dargestellten Zahlungsplan zu bedienen. Er bringt lediglich ein Einkommen von ca. 900 Euro netto ins Verdienen.

Vor diesem Hintergrund ist aus spezialpräventiven Erwägungen davon auszugehen, dass das Unternehmen des Beschwerdeführers am Markt nicht mehr tätig ist bzw. nochmals werden wird. Der Beschwerdeführer ist nunmehr unselbstständig erwerbstätig. Nach dem Vorbringen dessen Rechtsvertreters hat ihm seine selbstständige Erwerbstätigkeit auch mehr Probleme (Strafverfahren, Insolvenzverfahren, etc.) eingebracht, als dass dieses erfolgreich gewesen wäre. Eine Rückkehr in die selbstständige Erwerbstätigkeit ist nicht beabsichtigt. Diese spezialpräventiven Erwägungen sind bei der Strafzumessung zu berücksichtigen.

Letzten Endes ist auch noch zu bedenken, dass der Beschwerdeführer aufgrund des offenen Zahlungsplans und seines Einkommens kaum dazu in der Lage sein wird, eine Geldstrafe in welcher Höhe auch immer, zu bezahlen. Für den Beschwerdeführer käme daher wohl nur in Betracht, eine Ersatzfreiheitsstrafe anzutreten. Aufgrund des noch jungen Dienstverhältnisses des Beschwerdeführers würde dies womöglich dazu führen, dass das gerade erst begründete Arbeitsverhältnis wieder beendet werden würde. Wenn gleich die Festsetzung von Geldstrafen oder der Antritt von Ersatzfreiheitsstrafen nicht davon abhängen können, ob ein Täter diese auch bezahlen kann, zumal es sich jeder Täter selbst zuzuschreiben hat, wenn er für Verletzung von Verwaltungsvorschriften bestraft wird, ist dies jedoch bei den persönlichen Verhältnissen des Beschwerdeführers im konkreten Einzelfall zu berücksichtigen.

V.7. Vor diesem Hintergrund sind als Milderungsgründe die Unbescholtenheit des Beschwerdeführers und sein Geständnis zu werten. Der Erschwerungsgrund der langen Tatzeit relativiert sich dahingehend, dass offensichtlich auch die zuständigen Behörden lange Zeit die Behandlung des angeblichen Dienstnehmers als selbstständig Erwerbstätigen akzeptierten. Vor diesem Hintergrund und vor allem aufgrund der persönlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers ist daher zu erwägen, ob auch mit einer Ermahnung das Auslangen gefunden werden kann.

Dem erkennenden Gericht ist durchaus bewusst, dass im Hinblick auf den Tatzeitraum eine derartige Ermahnung nur für überaus spezielle und kaum auftretende Einzelfälle denkbar sein kann. Gerade aber im Fall des Beschwerdeführers liegt ein derartiger (in der Praxis kaum auftretender) Einzelfall vor. Dies gründet vor allem in Zusammenschau des Verhaltens des

Beschwerdeführers mit dem Umstand, dass auch die involvierten Behörden die Qualifikation als selbstständig Erwerbstätiger über eine lange Zeitdauer nicht beanstandete; auch dies ist in der Praxis wohl ein Einzelfall. Der gesamte hier zu bewertende Sachverhalt ist daher nicht verallgemeinerungsfähig und gründet ausschließlich auf den speziellen Umständen des Beschwerdeführers.

V.8. Insofern war spruchgemäß zu entscheiden und dem Beschwerdeführer eine Ermahnung zu erteilen. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde noch zum Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu bezahlen.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

VI.1. 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.

VI.2. Darüber hinaus steht die vorliegende Entscheidung auch im Einklang mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Verhängung einer Ermahnung. Im vorliegenden Fall wurde die Ermahnung ausschließlich aufgrund der speziellen persönlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers und aufgrund des konkreten Sachverhaltes verhängt. Diese ist ausgesprochen einzelfallbezogen und nicht verallgemeinerungsfähig. Auch aus diesem Grund war die ordentliche Revision für unzulässig zu erklären.

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.

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. Lidauer