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

Geschäftszeichen: LVwG-301818/11/Py/PP

Datum: Linz, 28. November 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde des Mag. Dr. S.T., vertreten durch S. Rechtsanwälte OG, X, L., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 21. Dezember 2017, GZ: SanRB96-Ge-18-2016-KG, betreffend Verwaltungsübertretungen nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 26. April 2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Es entfällt die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen.

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 der Bezirkshauptmannschaft Perg (in der Folge: belangte Behörde) vom 21. Dezember 2017, GZ: SanRB96-Ge-18-2016-KG, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 9 Abs. 1 VStG iVm § 33 Abs. 1 und § 111 Abs. 1 Z 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955 idF BGBl. I Nr. 75/2016, zwei Geldstrafen in Höhe von je 2.500 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafe in Höhe von je 168 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 500 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegen folgende Tatvorwürfe zugrunde:

„Spruchpunkt/Vorwurf 1:

Sie haben es - wie am 22.02.2016 um 14:07 Uhr vom Finanzpolizei-Team 07 des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 bei einer Kontrolle in W., X festgestellt wurde, als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als nach außen hin zur Vertretung Berufener des Dienstgebers Firma E. GmbH mit Sitz in P., X – zu verantworten, dass es am 22.02.2016 unterlassen wurde, die von der genannten Firma am 22.02.2016 um 14:07 Uhr in W., X beschäftigte, nach dem ASVG in der Krankenversicherung pflichtversicherten Person

Name: E.L.
geb.: x
beschäftigt ab: 22.02.2016

vor Arbeitsantritt bei der Wiener Gebietskrankenkasse als zuständiger Krankenversicherungsträger zur Pflichtversicherung als vollversicherte Person anzumelden. Sie wären als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.

Spruchpunkt/Vorwurf 2:

Sie haben es - wie am 21.03.2016 um 13:40 Uhr vom Finanzpolizei-Team 07 des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 bei einer Kontrolle in W., X festgestellt wurde, als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als nach außen hin zur Vertretung Berufener des Dienstgebers Firma E. GmbH mit Sitz in P., X - zu verantworten, dass es am 20.03.2016 unterlassen wurde, die von der genannten Firma am 21.03.2016 um 13:40 Uhr in W., X beschäftigte, nach dem ASVG in der Krankenversicherung pflichtversicherten Person

Name: A.V.
geb.: x
beschäftigt ab: mindestens ab 20.03.2016

vor Arbeitsantritt bei der Wiener Gebietskrankenkasse als zuständiger Krankenversicherungsträger zur Pflichtversicherung als vollversicherte Person anzumelden. Sie wären

als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

In der Begründung führt die belangte Behörde unter Wiedergabe des Verfahrensganges und der Rechtsgrundlagen zusammengefasst aus, dass die am Tag der Kontrolle auf der Baustelle in W., X, angetroffenen Arbeiter in Arbeitskleidung mit der Aufschrift „E." angetroffen wurden. Herr L. führte aus, von der Firma E. KFT „entsendet" oder „überlassen" zu sein, Herr V. machte diesbezüglich keine Angaben. Beide gaben jedoch an, dass sie die vereinbarte Entlohnung durch die Geschäftsführer der Firma E. erhalten. Diese gäben auch die Arbeitsanweisungen und stamme das benötigte Werkzeug und Arbeitsmaterial ebenfalls von dieser Firma. Darüber hinaus wurde festgestellt, dass Herr V. bereits im Jahr 2013 bei der Firma E. GmbH als Arbeiter zur Sozialversicherung angemeldet war. Gültige A1-Meldungen lagen zum Kontrollzeitpunkt nicht vor, die von Herrn L. vorgelegte A1-Meldung wies keinen Behördenstempel auf und war auf Seite 3 vollkommen unleserlich, die vorgelegte A1-Meldung des Herrn V. betraf die Firma T. KFT und war bereits mit 31. Dezember 2015 abgelaufen. Eine Entsendung oder Arbeitskräfteüberlassung liegt nachgewiesener Maßen nicht vor, die nachträglich vorgelegten ZKO4-Meldungen weisen alle ein Datum nach den Kontrolltagen auf und scheinen in diesen auch der Kontrollort bzw. Ort der Arbeitsleistung nicht auf. Alle Nachweise und Feststellungen weisen auf eine direkte Beschäftigung bei der Firma E. GmbH hin, wobei die zeitgerechte Meldung zur Sozialversicherung unterblieben ist.

Abschließend führt die belangte Behörde ihre für die Strafbemessung maßgeblichen Gründe aus.

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig vom Bf im Wege seiner rechtsfreundlichen Vertretung eingebrachte Beschwerde in der zusammengefasst vorgebracht wird, dass die Ansicht, bei der Kontrolle von Herrn E.L. vorgelegten A1-Meldung handle es sich um ein ungültiges Dokument, unrichtig sei. Vielmehr weise diese Meldung einen gültigen Stempel der ungarischen Behörde auf und sei dies auch zweifelsfrei erkennbar. Auch die Behauptung, dass das Datum der A1-Meldung von Herrn L. nachträglich geändert worden sei, entbehrt jeglicher Grundlage und verfügte Herr E.L. daher über ein entsprechend abgestempeltes, gültiges A1-Dokument, woraus sich ergibt, dass er von der Firma E. KFT an die Firma E. überlassen wurde.

Hinsichtlich Spruchpunkt 2 wird vorgebracht, dass bezüglich Herrn A.V. eine Verlängerung der Meldung seitens der ungarischen Behörde erfolgte, was durch die Verlängerung auf der letzten Seite des A1-Formulars ersichtlich ist.

Gerade der Umstand, dass Herr L. und Herr V. Arbeitsanweisungen durch den Bf erhalten haben und das Werkzeug von der E. zur Verfügung gestellt wurde, spricht typisch für eine Arbeitskräfteüberlassung und war der Bf daher nicht verpflichtet, eine Anmeldung bei der zuständigen Krankenversicherung für die beiden überlassenen Arbeiter durchzuführen.

3. Mit Schreiben vom 15. Februar 2018 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses ist gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht und Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 26. April 2018. An dieser nahmen der Bf mit seiner Rechtsvertreterin, eine Vertreterin der belangten Behörde sowie ein Vertreter der am Verfahren beteiligten Organpartei teil. Im Anschluss an die mündliche Verhandlung übermittelte der Bf im Wege seiner rechtsfreundlichen Vertretung dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 20. Juli 2018 A1-Formulare betreffend Herrn A.V., geb. x, für den Gültigkeitszeitraum 01.03.2016 bis 28.02.2017 sowie betreffend Herrn E.L., geb. x, betreffend den Zeitraum 01.09.2014 bis 31.08.2016. Mit Schreiben vom 9. August 2018 nahm die Organpartei dazu Stellung und brachte zusammengefasst vor, dass sich diese A1-Formulare von den im Jahr 2016 bei der Kontrolle vorgelegten Kopien unterscheiden und nochmals darauf hingewiesen wird, dass Herr L. auf dem Personenblatt angab, das Geld in bar von Herrn S.T. zu erhalten.

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

Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma E. GmbH mit Sitz in P., X (in der Folge: Firma E.).

Am 22. Februar 2016 führten Organe der Finanzpolizei Team 07 für das Finanzamt Wien/2/20/21/22 eine Baustellenkontrolle in W., X, durch. Dabei wurde der ungarische Staatsbürger E.L., geb. x, bekleidet mit weißer Hose und Jacke mit der Aufschrift „E.“, Arbeitsschuhen und einer weißen Kappe mit der Aufschrift „E.“ angetroffen. Er gab an „entsendet“ oder „überlassen“ sei er von der Firma E. KFT aus Ungarn und zwar schon seit 1. September 2014. Er legte eine dementsprechende A1-Meldung vor, welche jedoch von den Kontrollorganen als ungültig klassifiziert wurde, da keinerlei Bestätigung (Stempel der ungarischen Behörde) auf dem Dokument zu finden war. Die von der Firma E. bzw. deren Steuerberatungskanzlei per 23. Februar 2016 eingebrachte ZKO4-Meldung wurde aufgrund der ungültigen A1-Meldung laut Strafantrag nicht gewürdigt. In dem mit ihm aufgenommenen Personenblatt gab L. bei der Kontrolle an, seit 22. Februar

2014 auf dieser Baustelle zu sein, 40 Stunden pro Woche zu arbeiten wofür er 1.160 Euro pro Monat netto in bar von Herrn S.T. erhalte. Aufgrund seiner mangelnden Sprachkenntnisse wurde ein sprachkundiges Organ hinzugezogen. Gegenüber dieser sprachkundigen Person gab Herr L. ergänzend an, dass Werkzeug und Material von der Firma E. stammen und er Arbeitsanweisungen von S.T. erhalte. Aufgrund dieser Aussagen, der Tatsache, dass Herr L. in den Jahren 2013 und 2014 bei der Firma E. als Arbeiter zur Sozialversicherung gemeldet war und aufgrund der fehlenden Unterlagen brachte die Finanzpolizei mangels Anmeldung des Herrn L. zur Sozialversicherung vor Arbeitsbeginn einen Verstoß gegen die Bestimmungen des ASVG zur Anzeige.

Anlässlich einer neuerlichen Kontrolle auf der gegenständlichen Baustelle am 21. März 2016 wurde der rumänische Staatsangehörige A.V., geb. x, ebenfalls in Arbeitskleidung der Firma E. angetroffen. Auch für ihn lagen weder eine ZKO3- noch eine ZKO4-Meldung vor. Die vorgelegte A1-Meldung für die Firma T. KFT war bereits am 1. Dezember 2015 abgelaufen. Er gab im Personenblatt an, den zweiten Tag auf dieser Baustelle zu sein, 44 Stunden pro Woche zu arbeiten und einen monatlichen Nettolohn in Höhe von 1.200 Euro zu erhalten. Arbeitsanweisungen erhalte er von N.T.

Da auch hier keine gültigen Dokumente und Unterlagen vorgelegt wurden und auch Herr V. im Jahr 2013 bei der Firma E. als Arbeiter zur Sozialversicherung angemeldet war, gingen die Kontrollbehörden auch in diesem Fall mangels Anmeldung des Herrn V. zur Sozialversicherung vor Arbeitsbeginn vom Vorliegen einer Übertretung der Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungs-gesetzes durch die Firma E. aus.

Im Rahmen des behördlichen Verfahrens teilte der Steuerberater des Bf zur übermittelten Aufforderung zur Rechtfertigung mit Schreiben vom 27. Juni 2016 die Aufgabenverteilung zwischen den beiden Geschäftsführern der Firma E. GmbH mit und gab an, dass es sich bei den angetroffenen Arbeitern um zwei entsandte Mitarbeiter der Firma E. KFT mit Sitz in X, B., Ungarn (in der Folge: Firma E.) handelt, was mit Schreiben vom 31. August 2017 vom nunmehrigen Rechtsvertreter des Bf dahingehend berichtigt wurde, dass es sich dabei richtigerweise um von der Firma E. an die Firma E. überlassenen Arbeiter handelt.

Nachdem vom Bf das Vorliegen gültiger Dokumente behauptet wurde jedoch bislang nur mangelhafte Kopien der A1 Meldungen übermittelt wurden forderte das Landesverwaltungsgericht den Bf im Rahmen der mündlichen Verhandlung auf, innerhalb einer Frist von zwei Monaten Nachweise über eine gültige Anmeldung der verfahrensgegenständlichen Arbeiter zum System der sozialen Sicherheit für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum in Ungarn vorzulegen. Diese Frist wurde über telefonisches Ersuchen der Rechtsvertreterin vom 13. Juni 2018 um vier Wochen verlängert. Mit Schreiben vom 18. Juli 2018 übermittelte der Bf im Wege

seiner rechtsfreundlichen Vertretung dem Landesverwaltungsgericht ein mit Unterschrift und Stempel der ungarischen Behörde versehenes A1-Dokument bezüglich Herrn A.V., gültig für den Zeitraum 01.03.2016 bis 28.02.2017, ausgestellt am 30. März 2016 und für Herrn E.L., gültig für den Zeitraum 01.09.2014 bis 31.08.2016, ausgestellt am 15. September 2014, wonach auf diese Arbeitnehmer der Firma E. die Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit des Staates Ungarn anzuwenden sind.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt, dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung sowie den von den Parteien vorgelegten Urkunden und Unterlagen.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich verhehlt nicht, dass aufgrund der zunächst zur Verfügung stehenden Angaben, Urkunden und Unterlagen ein Nachweis, dass die beiden bei der Kontrolle angetroffenen Arbeiter von der Firma E. an das vom Bf vertretene Unternehmen zur Arbeitsleistung überlassen wurden und diese in Ungarn auch zur Sozialversicherung gemeldet waren, nicht zweifelsfrei erkennbar war. So wurden die – bereits bei der Kontrolle – teilweise schwer lesbaren bzw. abgelaufenen – Bescheinigungen auch im Behörden-verfahren sowie im Rahmen der Beschwerde neuerlich vorgelegt.

Zu den nunmehr vom Bf vorgelegten A1-Dokumenten ist anzuführen, dass es sich dabei augenscheinlich um Originale handelt, diese sowohl eine Unterschrift als auch einen Stempel der ausstellenden ungarischen Behörde aufweisen und den Tatzeitraum umfassen. Gerade der mangelnde Nachweis dieser Umstände führte dazu, dass die Organpartei im Strafantrag die ihr bei der Kontrolle vorgelegten Unterlagen als ungültig wertete. Das Landesverwaltungsgericht kann daher nicht erkennen, dass die nunmehr vorgelegten A1-Bescheinigungen nicht tatsächlich durch den zuständigen ungarischen Sozialversicherungsträger ausgestellt wurden. Darin wird bescheinigt, dass es sich im Tatzeitraum bei den gegenständlichen Arbeitern um Arbeitnehmer der Firma E. handelte und diese den Rechtsvor-schriften der sozialen Sicherheit des Staates Ungarn unterlagen.

Den Angaben des Herrn L. in dem mit ihm aufgenommenen Personenblatt, wonach er vom Bf die Bezahlung in bar erhalte, widersprach der Bf in der mündlichen Verhandlung, wobei Herr L. im Personenblatt auch anführte, auf der verfahrensgegenständlichen Baustelle bereits seit dem Jahr 2014 tätig zu sein, was offenbar nicht der Fall war. Zur zweifelsfreien Klärung der widersprüchlichen Angaben wäre daher eine Einvernahme der bei der Kontrolle angeführten Arbeiter erforderlich gewesen, jedoch lagen dem Landesverwaltungsgericht diesbezüglich keine ladungsfähigen Adressen vor.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. Die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. L 166/1 vom 30. April 2004 und die Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. L 284/1 vom 30. Oktober 2009 bezwecken u.a., dass die Betroffenen grundsätzlich dem System der sozialen Sicherheit eines einzigen Mitgliedstaates unterliegen, sodass die Kumulierung anwendbarer nationaler Rechtsvorschriften und die Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben können, vermieden werden (vgl. EuGH vom 11.7.2018, C-356/15, Kommission/Belgien, Rn 79).

Der EuGH hat im Urteil vom 6. September 2018, C-527/19, in Beantwortung eines Vorabentscheidungsersuchens des Verwaltungsgerichtshofes klargestellt, dass eine vom zuständigen Träger eines Mitgliedstaates aufgrund von Art. 12 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 ausgestellte A1-Bescheinigung nicht nur für die Träger des Mitgliedstaates, indem die Tätigkeit ausgeübt wird, sondern auch für die Gerichte dieses Mitgliedstaates verbindlich ist. Für das konkrete Verfahren bedeutet dies, dass selbst für die Annahme, dass es sich bei der Firma E. um ein Scheinunternehmen gehandelt hat, von einer Bindungswirkung der mit Unterschrift und Stampiglie versehenen A1-Bescheinigungen auszugehen ist, sofern der ungarische Sozialversicherungsträger diese nicht zurückgezogen hat, wofür es nach der Aktenlage keine Anhaltspunkte gibt. Aufgrund der damit vorliegenden Bindungswirkung der vom Bf vorgelegten A1-Bescheinigungen der betreffenden Dienstnehmer stehen diese daher dem Eintritt einer Pflicht-versicherung der im Spruch angeführten ausländischen Staatsangehörigen in Österreich entgegen und damit auch der Annahme eine Meldepflichtverletzung durch den Bf als Dienstgeber (vgl. VwGH 10.10.2018, Zl. Ra 2016/08/0176).

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG, der gemäß § 38 VwGVG auch im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Anwendung findet, hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

II. Bei diesem Verfahrensergebnis entfällt die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen.

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.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder

einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Panny