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-302227/14/Py/PP

Datum:
Linz, 3. September 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde des J.D., X, A., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 8. Jänner 2019, GZ: SanRB96-317-2018/Gr, betreffend Verwaltungsübertretungen nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 31. Juli 2019 mit Verkündung des Erkenntnisses

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Kostenbeitrag zum Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in Höhe von 292 Euro zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung 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 Linz-Land (in der Folge: belangte Behörde) vom 8. Jänner 2019, GZ: SanRB96-317-2018/Gr, wurden über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955 idgF zwei Geldstrafen in Höhe von je 730 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen von je 112 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 146 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben es als Gewerbeinhaber und Arbeitgeber Ihres Unternehmens „D. e.U." mit Sitz In A., X, strafrechtlich zu verantworten, dass Sie als Dienstgeber

1. Herrn D.D., geb. x, als Dienstnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt (1.500,00 Euro im Monat) als Arbeiter im Ausmaß einer Vollzeitbeschäftigung, und
2. Herrn B.M., geb. x, als Dienstnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt (1.500,00 Euro im Monat) als Arbeiter im Ausmaß einer Vollzeitbeschäftigung,

zumindest am 28.9.2018 beschäftigt haben, ohne vor Arbeitsantritt (28.9.2018, 8.00 Uhr) eine zumindest mit den Mindestangaben ausgestattete Meldung bei der Oö. Gebietskrankenkasse mit Sitz in 4020 Linz, Gruberstraße 77, als zuständiger Sozialversicherungsträger zu erstatten.
Dieser Sachverhalt wurde von Organen des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr bei einer Kontrolle am 28.9.2018 um 11.38 Uhr auf der Baustelle in S., X, indem die o.a. Personen bei Eisenverlege- und Schalungsarbeiten betreten und niederschriftlich befragt wurden, sowie durch Abfragen im Hauptverband, festgestellt."

In der Begründung führt die belangte Behörde unter Wiedergabe des Verfahrensganges und der Rechtsgrundlagen zusammengefasst aus, dass entgegen den Angaben des Beschuldigten die betretenen Personen während der Kontrolle gegenüber den Finanzbeamten zugegeben haben, für dessen Firma zu arbeiten. Sie sind diesem daher als Dienstnehmer zuzurechnen.

Zur verhängten Strafhöhe wird ausgeführt, dass straferschwerende oder strafmildernde Gründe nicht gefunden werden konnten und von den geschätzten Einkommens- und Vermögensverhältnissen ausgegangen wurde.

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig vom Bf im Wege seiner rechtsfreundlichen Vertretung eingebrachte Beschwerde. Darin wird vorgebracht, dass der mitgeteilte Sachverhalt nicht den Tatsachen entspricht. Die genannten Personen seien nicht für die Firma D. e.U. tätig gewesen, würden in keinem Dienstverhältnis stehen und hätten daher auch nicht bei zur Sozialversicherung gemeldet werden müssen.

Es werde daher beantragt, eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, das Straferkenntnis ersatzlos zu beheben, in eventu die verhängte Strafe herabzusetzen.

3. Mit Schreiben vom 23. Jänner 2019 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses ist zur Entscheidung gemäß § 2 VwGVG 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 31. Juli 2019. An dieser hat ein Vertreter der am Verfahren beteiligten Organpartei teilgenommen. Die belangte Behörde entschuldigte sich für die Verhandlung, der Bf ist trotz ordnungsgemäßer Ladung zur Verhandlung nicht erschienen. Als Zeugin wurde eine an der verfahrensgegenständlichen Kontrolle beteiligte Finanzbeamtin einvernommen. Die Ladung der verfahrensgegenständlichen mazedonischen Staatsangehörigen war dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mangels Vorliegen einer ladungsfähigen Adresse nicht möglich.

Des Weiteren wurde vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eine Auskunft aus der Zulassungsevidenz für das Fahrzeug mit dem behördlichen Kennzeichen X eingeholt, mit dem die mazedonischen Staatsangehörigen zur verfahrensgegenständlichen Baustelle gelangt sind.

Nach Schluss der mündlichen Verhandlung hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich seine Entscheidung mündliche verkündet. Die Niederschrift über diese Verhandlung wurde den Verfahrensparteien gemäß § 29 Abs. 2a VwGVG mit Schreiben vom 1. August 2019 übermittelt. Mit Schreiben vom 20. August 2019 beantragte der Bf eine ungekürzte Ausfertigung der Entscheidung gemäß § 20 Abs. 4 VwGVG.

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

Der Bf ist Gewerbeinhaber der Firma D. e.U. mit Sitz in X, A. (in der Folge: Firma D.).

Am 28. September 2018 um 11:38 Uhr führten Organe der Finanzpolizei Team 43 auf der Baustelle X in S. eine Arbeitnehmerkontrolle durch. Auf der Baustelle war die Firma K. GmbH, S., mit der Durchführung von Eisenverlege- und Schalungsarbeiten beauftragt. Bei solchen Arbeiten wurden bei der Kontrolle die mazedonischen Staatsangehörigen

1. D.D., geb. x
2. B.M., geb. x

angetroffen. Den beiden mazedonischen Staatsangehörigen wurde von den Kontrollbeamten ein Personenblatt in ihrer Landessprache vorgelegt, das diese zunächst nur sehr zögerlich ausfüllen wollten. Nachdem eine der Beamtinnen sie auf Serbokroatisch hinsichtlich ihrer Tätigkeit auf der Baustelle ansprach, gaben sie an, dass sie bei der Firma D. beschäftigt sind, was sie auch in die ihnen vorgelegten Personenblätter eintrugen. Weiters gaben Sie an, in der Zeit von Montag bis Freitag je 8 Stunden gegen eine Entgelt von monatlich 1.500 Euro für diese Firma zu arbeiten und gestanden gegenüber der Beamtin ein, dass sie eigentlich hier schwarzarbeiten und weder eine Anmeldung zur Sozialversicherung noch eine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung für sie vorliegen würde. Sie seien mit einem Firmen-Kfz der Firma D. mit dem Kfz-Kennzeichen X zur Baustelle gelangt. Einer der mazedonischen Staatsangehörige trug bei der Kontrolle zudem ein T-Shirt mit dem Firmenlogo der Firma D.

Die Firma D. hat die beiden bei ihr beschäftigten ausländischen Arbeitnehmer D. und M. am 28. September 2018 an die Firma K. GmbH, X, S., zur Arbeitsleistung überlassen.

Eine Anmeldung zur Sozialversicherung vor Arbeitsantritt am 28. September 2018 durch den Dienstgeber Firma D. der beiden Dienstnehmer D.D. und B.M. wurde nicht durchgeführt.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt, insbesondere den Angaben der beiden mazedonischen Staatsangehörigen in den mit ihnen aufgenommenen Personenblättern anlässlich der Kontrolle, den schlüssigen und glaubwürdigen Aussagen der in der mündlichen Verhandlung einvernommenen Kontrollbeamtin als Zeugin und der eingeholten Auskunft aus der Zulassungs-evidenz. Demnach war das auf der Baustelle vorhandene Fahrzeug mit dem behördlichen Kennzeichen X, mit dem die Ausländer zur Baustelle gefahren sind, in der Zeit vom 26. September 2017 bis 16. April 2019 auf die Firma D. zugelassen war.

Für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich besteht daher kein Zweifel daran, dass – wie die Ausländer zudem der Kontrollbeamtin gegenüber selbst eingestanden haben – Herr D. und Herr M. am 28. September 2018 von der Firma D. beschäftigt und zur Arbeitsleistung an die auf der Baustelle in S., X, tätige Firma K. GmbH zur Arbeitsleistung überlassen wurden, ohne diese vor Arbeitsantritt am 28. September 2018 von der Firma D. beim zuständigen Sozialversicherungsträger angemeldet wurden.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. Gemäß § 4 Abs. 2 erster Satz ASVG ist Dienstnehmer im Sinn 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 selbstständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

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.

§ 111 Abs. 2 ASVG besagt: 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.

Gemäß § 539a ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach dem ASVG 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 Gestaltungsmöglichkeiten nach bürgerlichem Recht können Verpflichtungen nach dem ASVG, besonderes die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden (§ 539a Abs. 2 ASVG). Ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei einer, den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre (§ 539a Abs. 3 ASVG).

5.2. Für die Beurteilung, ob ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt, komme es auf das Gesamtbild und den wahren wirtschaftlichen Gehalt der konkret ausgeübten Tätigkeit an.

Denn wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen arbeitend unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten (wie dies bei den gegenständlichen Arbeiten der Fall war), 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. zum Ganzen VwGH vom 3. November 2004, Zl. 2001/18/0129, mwN).

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens steht fest, dass die beiden bei der Kontrolle am 28. September 2018 auf der Baustelle in Steyr angetroffenen mazedonischen Staatsangehörigen vom Unternehmen des Bf beschäftigt und zur Arbeitsleistung an die Firma X überlassen wurden. Eine Anmeldung zur Sozialversicherung der beiden Dienstnehmer durch die Firma D. lag jedoch nicht vor.

Der objektive Tatbestand der gegenständlichen Verwaltungsübertretung ist daher als erfüllt zu werten und wurde auch zutreffend hinsichtlich jedes Dienstnehmers eine Strafe verhängt, da die Verletzung der Verpflichtung, einen Dienstnehmer zur Pflichtversicherung anzumelden, nicht gemeinsam mit anderen unterlassenen Anmeldungen weiterer Dienstnehmer als einheitliches (fortgesetztes) Delikt angesehen werden kann und die Verletzung der Meldepflicht hinsichtlich jedes einzelnen Dienstnehmers stellt daher eine - gesondert zu verfolgende – Verwaltungsübertretung im Sinne des § 111 Abs. 1 Z 1 ASVG dar (vgl. VwGH 16.3.2011, 2009/08/0056; 10.4.2013, 2013/08/0041).

6. 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 (Ungehorsamsdelikt).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringung von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die "Glaubhaftmachung" nicht.

Es ist daher zu prüfen, ob sich der Bf entsprechend sorgfältig verhalten hat, um glaubhaft machen zu können, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Zweifel am Verschulden des Bf am Zustandekommen der gegenständlichen Verwaltungsübertretung sind nicht aufgekommen. Vielmehr geht aus den Aussagen der beiden Arbeiter hervor, dass sich alle Beteiligten über die Unrechtmäßigkeit der Vorgangsweise im Klaren waren. Die Verwaltungsübertretung ist dem Bf daher auch in subjektiver Hinsicht zuzurechnen.

7. 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 der Entscheidung 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.

Die belangte Behörde hat über den Bf die gesetzlich vorgesehenen Mindeststrafen verhängt. Im Hinblick auf den Umstand, dass dem Bf – wie aus den Angaben der Ausländer bei der Kontrolle hervorgeht – durchaus bewusst war, dass für diese die erforderlichen Bewilligungen wie auch die Anmeldung zur Sozialversicherung nicht vorlag, erscheint diese von der Behörde verhängte Mindeststrafe jedenfalls angemessen und gerechtfertigt, um dem Bf die Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens eindringlich vor Augen zu führen und ihn künftig zu einem gesetzeskonformen Verhalten anzuleiten. Ein Vorgehen nach § 20 VStG war ebenso wie eine Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG mangels Vorliegens der dafür erforderlichen Voraussetzungen nicht in Erwägung zu ziehen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden und das angefochtene Straferkenntnis zu bestätigen.

II. Bei diesem Ergebnis ist gemäß § 52 Abs. 2 VwGVG ein Beitrag für das Beschwerdeverfahren in Höhe von 20 % der verhängten Strafen vorzuschreiben.

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