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-303416/19/GS/CJ

Datum:
Linz, 20. Februar 2024

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Saxinger über die Beschwerde des M B, vertreten durch Rechtsanwälte Dr. x, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Gmunden vom 25.01.2023, GZ: BHGM/922070109995/22, wegen Übertretungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 30.11.2023

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Gmunden vom 25.01.2023 wird aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Die beschwerdeführende Partei hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens 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 dem angefochtenen Straferkenntnis vom 25.01.2023, GZ: BHGM/922070109995/22, hat die Bezirkshauptmannschaft Gmunden (in der Folge: belangte Behörde) über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) M B wie folgt entschieden:

„1. Datum/Zeit: 08.09.2022, 09:50 Uhr
Ort: x

Sie haben als Verantwortliche(r) der Firma x GmbH in x, zu verantworten, dass die genannte Firma als DienstgeberIn nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person handelt, am 08.09.2022 um 09:50 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Österreichischen Gesundheitskasse Krankenkasse zur Pflichtversicherung angemeldet wurde.
Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den/die Beschäftigte(n) vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.
Name x geb. x.
Arbeitsantritt: 08.09.2022.
Beschäftigungsort: x

2. Datum/Zeit: 08.09.2022, 09:50 Uhr
Ort: x

Sie haben als Verantwortliche(r) der Firma x in x, zu verantworten, dass die genannte Firma als DienstgeberIn nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person handelt, am 08.09.2022 um 09:50 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Österreichischen Gesundheitskasse Krankenkasse zur Pflichtversicherung angemeldet wurde.
Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den/die Beschäftigte(n) vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.
Name x geb. x.
Arbeitsantritt: 08.09.2022.
Beschäftigungsort: x

3. Datum/Zeit: 08.09.2022, 09:50 Uhr
Ort: x

Sie haben als Verantwortliche(r) der Firma x in x, zu verantworten, dass die genannte Firma als DienstgeberIn nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person handelt, am 08.09.2022 um 09:50 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Österreichischen Gesundheitskasse Krankenkasse zur Pflichtversicherung angemeldet wurde.
Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den/die Beschäftigte(n) vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.
Name x geb. x.
Arbeitsantritt: 08.09.2022.

Beschäftigungsort: x

4. Datum/Zeit: 08.09.2022, 09:50 Uhr
   Ort: x

Sie haben als Verantwortliche(r) der Firma x in x, zu verantworten, dass die genannte Firma als DienstgeberIn nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person handelt, am 08.09.2022 um 09:50 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Österreichischen Gesundheitskasse Krankenkasse zur Pflichtversicherung angemeldet wurde.
Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den/die Beschäftigte(n) vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.
Name x geb. x.
Arbeitsantritt: 08.09.2022.
Beschäftigungsort: x

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
1. § 111 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG
2. § 111 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG
3. § 111 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG
4. § 111 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird (werden) über Sie folgende Strafe(n) verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß
1. € 730,00	4 Tage(n) 16 Stunde(n) 0 Minute(n)		§ 111 Abs. 2 ASVG i.d.g.F
2. € 730,00	4 Tage(n) 16 Stunde(n) 0 Minute(n)		§ 111 Abs. 2 ASVG i.d.g.F
3. € 730,00	4 Tage(n) 16 Stunde(n) 0 Minute(n)		§ 111 Abs. 2 ASVG i.d.g.F
4. € 730,00	4 Tage(n) 16 Stunde(n) 0 Minute(n)		§ 111 Abs. 2 ASVG i.d.g.F

Weitere Verfügungen (zB Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:

€ 292,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens € 10,00 für jedes Delikt (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 100,00 angerechnet).
Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

€ 3.212,00“

I.2. Mit Schriftsatz vom 17.02.2023 erhob der Bf durch seine Rechtsvertretung fristgerecht Beschwerde. Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass er handelsrechtlicher und gewerberechtlicher Geschäftsführer der x sei und diese GmbH zum genannten Zeitraum im Auftrag der Ehegatten x ein Bauvorhaben in x ausgeführt habe. Die genannten Ausländer wären jedoch zu keinem Zeitpunkt für den Bf und/oder die x. tätig gewesen, weshalb er nicht als Dienstgeber anzusehen sei. Es wäre mit den Bauherren von Beginn an vereinbart gewesen, dass während der Rohbauarbeiten bauseits mindestens zwei bis vier Helfer zur Verfügung gestellt werden würden. Es werde diesbezüglich auf die vorliegende Zusatzvereinbarung vom 15.07.2022 verwiesen. Diese Helfer wären vom Bauherren x entlohnt worden. Für den Bf bzw. die x wäre ausschließlich der Dienstnehmer x tägig gewesen, welcher ordnungsgemäß angemeldet und als türkischer Staatsbürger auch arbeitsbefugt gewesen wäre. Am 08.09.2022 habe die x überhaupt keine Arbeiten auf der Baustelle durchgeführt, da der für den Bf tätige Vorarbeiter, Herr x, in der Zeit von 01.09. bis 12.09.2022 auf Urlaub gewesen wäre. Richtig sei, dass Herr x am 08.09.2022 als Privatperson mit den vier Asylanten auf der Baustelle gewesen wäre und diese selbst bzw. über den Bauherrn x entlohnt worden wären.

I.3. Dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich wurde der gegenständliche Verwaltungsakt am 02.03.2023 zur Entscheidung vorgelegt. Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin zu entscheiden.

I.4. Am 30.11.2023 fand beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an der der Bf im Beisein seiner Rechtsvertretung und eine Vertreterin der belangten Behörde teilgenommen haben. Das Amt für Betrugsbekämpfung, Finanzpolizei Team x, hat seine Teilnahme entschuldigt. Als Zeugen wurden der Arbeiter x sowie der Bauherr x einvernommen.

II. Folgender Sachverhalt steht fest:

Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der x mit Sitz in x.

Anlässlich einer Kontrolle durch Prüforgane der Abgabenbehörden des Bundes am 08.09.2022 um 9.50 Uhr auf einer Baustelle in x, x, wurden der Bauherr x, der Dienstnehmer der beschwerdeführenden GmbH x sowie x (Staatsangehörigkeit: Syrien), x (Staatsangehörigkeit: Syrien), x (Staatsangehörigkeit: Syrien) und x (Staatsangehörigkeit: Syrien) arbeitend angetroffen.

Die x hatte von x den Auftrag für den Rohbau eines Einfamilienhauses (sh. Kostenvoranschlag 0115/2022 vom 29. Mai 2022).
Zwischen der beschwerdeführenden GmbH und dem Bauherrn war schriftlich weiters vereinbart, dass dieser Eigenleistungen erbringt und bei Bauarbeiten jeweils mit zwei bis vier Personen mithilft (Zusatzvereinbarung zum Kostenvoranschlag 0115/22 vom 15.07.2022).

Zunächst halfen Familienmitglieder bei der Erbringung der Eigenleistung mit, diese Hilfe ließ jedoch gegen Ende des Sommers nach.

x, der als Dienstnehmer bei der x zur Tatzeit angemeldet war, bot dem Bauherrn an, ihm zur Mithilfe für ihn bekannte Personen mitzubringen, die an Stelle der Familienangehörigen auf der Baustelle mitarbeiten konnten. Für ihre Mithilfe sollten die vier zum Betretungszeitpunkt angetroffenen x, x, x und x 10 Euro pro Stunde in bar auf die Hand erhalten. Auf Grund der Betretung kam es jedoch zu keiner Geldauszahlung an die vier Arbeiter.

x, x, x und x waren zum Betretungszeitpunkt am 08.09.2022 bereits seit ca. Ende August 2022 auf der Baustelle tätig. x hatte bei der Firma des Bf vom 28.08.2022 bis 12.09.2022 Urlaub angemeldet. In dieser Zeit hat er dem Bauherrn privat auf der Baustelle ausgeholfen.

Zum Zeitpunkt der Betretung waren x (Staatsangehörigkeit Syrien), x (Staatsangehörigkeit Syrien), x (Staatsangehörigkeit Syrien) und x (Staatsangehörigkeit Syrien) weder als Dienstnehmer der x noch als Dienstnehmer des Bauherrn zur Sozialversicherung angemeldet. Auch wurde für die genannten Syrer keine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung eingeholt.

III. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich nachvollziehbar aus dem vorgelegten Verwaltungsakt sowie dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung am Landesverwaltungsgericht Oberösterreich am 30.11.2023. Weiters wurden dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich am 09.01.2024 vom

Bundesverwaltungsgericht die auf der gegenständlichen Kontrolle fußende Entscheidung vom 20.12.2023, GZ: L511 2274321-1/20E, samt Verhandlungsprotokoll vorgelegt und zum gegenständlichen Akt genommen. Diese Entscheidung betrifft die Verhängung eines Beitragszuschlages gemäß § 113 ASVG.

Die Feststellungen zur Betretung und zur Nichtmeldung der angetroffenen Arbeiter zur Sozialversicherung sind unstrittig.

Die Feststellungen zur Arbeitsaufnahme der vier angetroffenen Syrer ergeben sich insbesondere aus dem Vorbringen des als Zeugen unter Wahrheitserinnerung einvernommenen Bauherrn. Die Schilderung war lebensnah und nachvollziehbar. Die Aussagen waren sowohl vor dem LVwG Oö als auch vor dem BVwG stringent. So kann nachvollzogen werden, dass die anfangs unentgeltlich helfenden Familienmitglieder nicht durchgängig auf der Baustelle mithelfen konnten. In Anbetracht der fortschreitenden Baustelle ist es aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung nachvollziehbar, dass der Bauherr weitere Helfer beistellen musste und sich diesbezüglich an x wandte. Auch die vorgebrachten Zahlungsmodalitäten – Abrechnung nach Stunden und für jeden Syrer 10 Euro in bar – erscheinen plausibel und mit der Lebensrealität vereinbar. Zusammenfassend erachtet das LVwG Oö die Aussage des Bauherrn als glaubhaft. Glaubwürdig und nachvollziehbar wurde in der Verhandlung vom Bauherrn und von x geschildert, dass es aufgrund der Kontrolle jedoch nie zu einer tatsächlichen Zahlung gekommen ist.

Dass x zunächst vor den Finanzbehörden vor Ort ausgesagt hatte, für die x auf der Baustelle anwesend gewesen zu sein und dass der Bf gleich darüber Bescheid gewusst habe, lässt sich weder mit den glaubhaften Aussagen des Bauherrn in der Verhandlung noch mit den dem BVwG vorgelegten Stundenaufzeichnungen und dem Urlaubsantrag von x in Einklang bringen. Es kommt somit aus der Sicht des LVwG Oö den unter Wahrheitserinnerung erfolgten Aussagen im Zuge der Verhandlung vor dem LVwG Oö und dem BVwG mehr Glaubwürdigkeit zu.

IV. Rechtliche Erwägungen:

Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer, 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.

Dass die syrischen Staatsagehörigen x, x, x und x auf der Baustelle gearbeitet haben, blieb im Verfahren unbestritten.

Strittig ist, ob die Arbeitsleistungen der vier Syrer dem Bf als Dienstgeber zuzurechnen sind.

Gemäß § 35 Abs. 1 ASVG gilt derjenige als Dienstgeber im Sinne des ASVG, 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.

Zur Frage, auf wessen Rechnung und Gefahr ein Betrieb geführt wird, hat der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass dies jene Person sei, die nach rechtlichen (und nicht bloß tatsächlichen Gesichtspunkten) aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, wen also das Risiko des Betriebes im gesamten unmittelbar trifft (VwGH 20.11.2019, Ra 2018/08/0227; sowie *Mosler/Müller/Pfeil*, SV-Komm [rdb.at] § 35 Rz. 13).

Fallbezogen ergibt sich aus den getroffenen Feststellungen klar, dass die am 08.09.2022 bei der Arbeit betretenen vom gegenständlichen Verfahren betroffenen vier syrischen Personen (x) im Auftrag des Bauherrn auf der Baustelle anwesend waren, damit dieser seine vereinbarten Baueigenleistung erbringen konnte.

Damit erfolgte die Tätigkeit von x, x, x und x auf der Baustelle nicht auf Rechnung und Gefahr der x und es kommt dieser keine Dienstgebereigenschaft im Sinne des § 35 ASVG zu. Dem Bf als handelsrechtlichem Geschäftsführer der x ist daher die von der belangten Behörde vorgeworfene Verwaltungsübertretung nicht zuzurechnen.

Aus den angeführten Gründen war spruchgemäß zu entscheiden.

V. 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. Es handelt sich um eine Einzelfallbeurteilung.

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, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. 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

Mag. Saxinger