jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Lvwg Erkenntnis 2017/5/23 VGW-041/066/31094/2014

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 23.05.2017

Entscheidungsdatum

23.05.2017

Index

66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz

Norm

ASVG §4 Abs2
ASVG §33 Abs1
ASVG §35 Abs1
ASVG §111 Abs1
ASVG §111 Abs2

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Fischer über die Beschwerde des Herrn E. N. gegen das Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 11.08.2014, MBA ... – S 6455/13, wegen Übertretung des § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) iVm § 111 Abs. 1 Z 1 ASVG, nach öffentlicher Verhandlung am 04.12.2015 durch Verkündung zu Recht erkannt:

I. Im Hinblick auf die Beschäftigung des Herrn A. I., geboren 1959, wird nach § 50 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG der Beschwerde Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis in diesem Teil behoben und das diesbezügliche Verfahren nach § 45 Abs. 1 Z 1 Verwaltungsstrafgesetz - VStG eingestellt.

Im Hinblick auf Herrn R. K., geboren 1990, wird die Beschwerde nach § 50 VwGVG als unbegründet abgewiesen.

Dementsprechend wird der Beitrag zu den Kosten des Verfahrens bei der belangten Behörde nach § 64 Abs. 2 VStG mit € 245,-- festgesetzt, das sind 10 % der verhängten Geldstrafe.

II. Nach § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Beschwerdeführer keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

I. Verfahren und Vorbringen

1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde der Beschwerdeführer (BF) schuldig erkannt, er habe es als Gewerbeinhaber des Betriebs in Wien, A.-straße, und somit als Dienstgeber zu verantworten, dass am 16.01.2013 1) Herr R. K., geboren am ...1990, und 2) Herr I. A., geb. am ...1959, als ad 1) Speisenzusteller, ad 2) Küchenhilfe, beschäftigt wurden, ohne dass sie bei der Krankenkasse angemeldet wurden. Dadurch habe er §§ 111 Abs. 1 Z 1 iVm 33 Abs. 1 ASVG verletzt. Nach § 111 Abs. 1 zweiter Strafsatz ASVG wurden über den BF zwei Geldstrafen von je € 2.450,-- und zwei Ersatzfreiheitsstrafen von je 6 Tagen, 20 Stunden verhängt sowie ein Kostenbeitrag von € 490,-- vorgeschrieben (ON0-1).

2. Dagegen erhob der BF Beschwerde und brachte insbesondere vor, I. A. habe nicht unselbständig für ihn gearbeitet, sondern sei Inhaber der Räumlichkeiten und im Betrieb des Lokals sein Partner gewesen; dass I. A. als Pizzakoch für ihn gearbeitet habe, habe er nur gesagt, um I. A. keine Schwierigkeiten zu machen. R. K. habe ebenfalls nicht unselbständig für ihn gearbeitet, weil das Lokal noch gar keinen Geschäftsbetrieb aufgenommen hatte; I. A. habe ihn ins Lokal gebracht und vorgeschlagen, er könne als Pizzafahrer arbeiten. Tatsächlich habe er keine Auslieferung gemacht. Das Beschäftigungsausmaß von 40 Stunden habe sich auf ein eventuelles Dienstverhältnis danach bezogen (ON0-2).

3. Am 04.12.2015 wurde vor dem Verwaltungsgericht Wien (VwG Wien) eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, an der der BF und die Finanzpolizei teilnahmen. Die ebenfalls geladene belangte Behörde nahm nicht teil (VGW-041/066/30964/2014-21). Der BF erklärte insbesondere, dass Herr I. der Inhaber des Lokales in Wien, A.-straße gewesen sei. Er habe mit dem BF anstelle eines Miet- oder Pachtvertrages eine 50%-Beteiligung vereinbart. Weiters gab der BF an, dass Herr K. zwar am 16.01.2013 im Lokal gewesen sei, dass er aber nur an diesem Tag anwesend gewesen sei und keine Pizza ausgeliefert habe. Der BF legte eine Anmeldung zur Sozialversicherung für R. K. mit handschriftlichem Stornovermerk vor (VGW-041/066/30964/2014-15 und 16).

4. Dem Verfahren liegt eine Anzeige des Asylgerichtshofes zugrunde, dass der pakistanische Staatsbürger R. K., geb. ...1990, von 16.01.2013 bis 22.01.2013 beschäftigt wurde, ohne über gültige arbeitsmarktbehördliche Dokumente zu verfügen. Bei einer Kontrolle der WGKK am 16.01.2013 wurden R. K. sowie der BF im Gastgewerbelokal des BF angetroffen (MBA... – S6455/13, AS3ff; MBA... – S 40112/13, AS1ff).

II. Feststellungen

5. Der BF meldete am 09.01.2013 das Gastgewerbe am Standort Wien, A.-straße, an (MBA... – S 6455/13, AS10; ON7-1). Mit Herrn I. A. hatte der BF ua vereinbart, dass die Einnahmen aus dem Lokal zwischen ihnen je zur Hälfte geteilt werden sollten (VGW-041/066/30964/2014-15, 3). Das Lokal wurde am 16.01.2013, 17.00 eröffnet (MBA... – S 6455/13, AS4; MBA... – S 40112/13, AS38R), neben dem BF waren Herr A. I. und Herr R. K. als Zusteller (vorgesehenes Beschäftigungsausmaß 40 Wochenstunden, Entlohnung ca € 5,--/Stunde) am Gewerbestandort anwesend (VGW-041/066/30964/2014-16, 1; MBA... – S6455/13, AS3ff und 25f; MBA... – S 40112/13, AS38ff). Es war vereinbart, dass K. für den BF Zustellungen von Speisen durchführt (MBA... – S 6455/13, AS4). K. hatte einen Gewerbeschein für Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen und Anhängern (MBA... – S 6455/13, AS4), zu dieser Zeit arbeitete er ausschließlich für den BF (MBA... – S 6455/13, AS5). Hinweise auf eine eigene betriebliche Organisation K.s (zB eigenes Personal, eigene unternehmerische Entscheidungen, Werbemittel) kamen nicht hervor. Ebenso kam nicht hervor, dass der BF das Bestehen einer Anmeldepflicht in Hinblick auf K. kontrolliert hätte.

6. Als K. am 16.01.2013, 22.00 (VGW-041/066/30964/2014-16, 2) im Zusammenhang mit dieser Tätigkeit im Lokal angetroffen wurde, hatte er bereits ca 4 Stunden gearbeitet und auch eine Zustellung durchgeführt (MBA... – S 40112/13, AS40), es lag aber keine arbeitsmarktbehördliche Bewilligung vor (VGW-041/066/30964/2014-11; unbestritten) und K. war auch nicht zur Sozialversicherung angemeldet. Er wurde erst nachträglich ab 16.01.2013 angemeldet, arbeitete noch einige Tage für den BF und wurde mit 22.01.2013 wieder abgemeldet (VGW-041/066/30964/2014-15, 4; VGW-041/066/30964/2014-25; ./A; MBA... – S 6455/13, AS1ff).

7. Nicht festgestellt werden konnte, dass die geschäftlichen Beziehungen zwischen dem BF und I. A. nach ihrem Gesamtbild so ausgestaltet waren, dass die Merkmale persönlicher Abhängigkeit gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwogen. So kamen keine Hinweise hervor, dass I. A.s Bestimmungsfreiheit durch die Geschäftsbeziehung zum BF weitgehend ausgeschaltet oder auch nur maßgeblich beschränkt gewesen wäre (keine

Hinweise auf Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie sich darauf beziehende Weisungs- und Kontrollbefugnisse). Vielmehr deuten die Ergebnisse des Beweisverfahrens daraufhin, dass das Lokal vom BF und I. A. gemeinsam geführt wurde (vgl ON0-2).

8. Mit 04.02.2013 legte der BF die Gewerbeberechtigung zurück (ON7-1; MBA... – S 6455/13, AS10).

9. Zum 16.01.2013 lagen gegen den BF einige rechtskräftige verwaltungsstrafrechtliche Vormerkungen vor, ua zwei wegen Verstößen gegen das ASVG (ON0-7). Der BF ist nunmehr als Buschauffeur tätig, verfügt über ein Nettoeinkommen von € 1.100,-- pro Monat; er ist für 3 minderjährige Kinder sorgepflichtig (VGW-041/066/30964/2014-15, 2).

III. Beweiswürdigung

10. Diese Feststellungen gründen sich auf die jeweils in Klammer angeführten Beweismittel, die sowohl für sich genommen als auch in ihrem Zusammenhang schlüssig sind. Darüber hinaus beruhen die Feststellungen zu R. K.s Tätigkeit auf folgenden Überlegungen:

11. Zunächst ist festzuhalten, dass R. K. in seiner zeugenschaftlichen Befragung ausdrücklich angegeben hat, am 16.01.2013, dem Tag der Neueröffnung des Lokals, bereits ca 4 Stunden als Pizzafahrer gearbeitet zu haben; als Stundenlohn gab er ca € 5,-- an; wie oft er ausgeliefert habe, wisse er nicht mehr, er habe auf jeden Fall eine Pizza ausgeliefert und auch dann noch ein paar Tage für den BF gearbeitet (MBA... – S 40112/13, AS40). Diese Aussage steht in schlüssigem Zusammenhang mit den übrigen Beweismitteln. Insbesondere passen die Angaben des R. K. zur Dauer seiner Tätigkeit am 16.01.2013 bis zur Kontrolle um ca 22.00 zu den Angaben des BF über die Eröffnung um 17.00 und jene zur Fortsetzung seiner Tätigkeit ein paar Tage nach der Kontrolle zu seiner sozialversicherungsrechtlichen Abmeldung mit 22.01.2013. Dass er sich nicht mehr genau an die Zahl der am 16.01.2013 durchgeführten Zustellungen erinnern konnte, ändert an der Glaubhaftigkeit seiner Angaben nichts, sondern entspricht angesichts der zeitlichen Entfernung zwischen Wahrnehmung und Aussage (etwa ein Jahr; vgl MBA... – S 40112/13, AS40) dem Erwartbaren.

12. Das Kontrollorgan der Wiener Gebietskrankenkasse hat in seiner Einvernahme im Rahmen der Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien ausgesagt:

„Die Kontrolle am 16.1. war eine sogenannte Nachtaktion, bei solchen ist jedenfalls immer die Polizei zum Schutz mit dabei. Bei dem Lokal handelte es sich um die Pizzeria ..., angetroffen wurden Herr K., Herr I. und der BF. Das Lokal war zugänglich, es brannte Licht und es war nicht versperrt. Ich kann mich nicht erinnern, ob Kunden im Lokal waren. [...] Nachdem wir das Lokal betreten hatten, machten wir auch Datenbankabfragen zu den angetroffenen Personen und stellten dabei fest, dass es für den Betrieb keine Beitragskontonummer und keine Dienstnehmer gab. Herr I. und Herr K. füllten dann unsere Personenblätter aus.

Wir haben außerdem festgestellt, dass der BF schon eine Gewerbeberechtigung beantragt hatte. Das Dokument war aber noch nicht ausgestellt und konnte deshalb vom BF nicht vorgewiesen werden. Wir haben dem BF dann eine Einladungskarte übergeben, damit er zur weiteren Klärung des Sachverhalts zur WGKK kommt. Aus meinen Aufzeichnungen ergibt sich, dass die Kontrolle um ca. 22.00 Uhr begann. Normalerweise dauern Kontrollen etwa eine dreiviertel Stunde. Das wird auch in diesem Fall etwa so gewesen sein.

Ich kann mich nicht daran erinnern, ob während der Kontrolle Bestellungen eingingen oder sonst eine Verkaufstätigkeit erfolgte. Als wir in das Lokal kamen, stand aber Herr I. in Arbeitskleidung im Küchenbereich. Außerdem gab der BF am 21.1. an, das Lokal sei am 16.1. um 17.00 Uhr eröffnet worden.

Ich ging davon aus, dass der BF der Betreiber und Dienstgeber war, weil er auch so aufgetreten ist und mir mitteilte, dass er schon eine Gewerbeberechtigung erhalten hatte. Ich habe keine Wahrnehmungen dazu machen können, ob ein Pizzaofen vorhanden und in Betrieb war, denn ich bin bei der Kontrolle nicht in den Küchenbereich gegangen, sondern vor der Theke stehen geblieben.

[...]

Ich bin zuerst zur Theke gegangen, das mache ich immer so. Wir haben drei Personen angetroffen, den BF, Herrn I. und Herrn K.. Nach meinen Aufzeichnungen war Herr I. in der Küche. Aus meinen Aufzeichnungen ergibt sich, dass Herr I. in der Küche war. Weil die Kontrolle schon sehr lang her ist, habe ich keine Erinnerung mehr daran, wer in welchem Teil des Lokals gestanden ist. Ich muss mich dazu an meinen Aufzeichnungen orientieren.“

Diese Aussage wird durch die Angaben des BF vom 21.01.2013 bestätigt.

13. Aufgrund der Eintragungen im Personenblatt des Herrn A. I. liegt ein weiterer Beleg dafür vor, dass der BF am 16.01.2013 das Lokal aufgesperrt und in Betrieb hatte. Herr A. I. wurde in Arbeitskleidung angetroffen und gab an, als Pizzakoch tätig zu sein.

14. Dem Vorbringen des BF, das Lokal sei nicht in Betrieb gewesen und er habe nichts verkauft, konnte nicht gefolgt werden, weil es in Widerspruch zu den übrigen Beweismitteln und seinen eigenen Angaben stand. Aus den übrigen Beweismitteln (s oben) ergibt sich nämlich schlüssig eine bereits bestehende Geschäftsaktivität zum Zeitpunkt der Kontrolle (vgl insbesondere die Angaben K.s, er habe jedenfalls eine Pizza zugestellt); außerdem machte der BF dieses Vorbringen erstmals in seinen Rechtfertigungen am 18.11.2013 (MBA... – S6455/13, AS18) und 13.01.2014 (MBA... – S 40112/13, AS32), während er in seiner Befragung am 21.01.2013 (MBA-Akt, AS38R) noch angegeben hatte, das Lokal sei am 16.01.2013 um 17.00 (und somit vor der Kontrolle um 22.00) eröffnet worden.

15. Die negativen Feststellungen zur Tätigkeit I. A.s ergaben sich aus der gesamthaften Betrachtung der diesbezüglichen Beweisergebnisse: so zeigte sich, dass I. A. Inhaber des Lokals war und mit dem BF offenbar eine Vereinbarung über eine bestimmte Form eines gemeinsamen Betriebes des Lokals mit Aufteilung der Einnahmen zu gleichen Teilen bestand. Hingegen ergaben sich keine Beweisergebnisse, aus denen sich mit der für eine Bestrafung erforderlichen Sicherheit eine Ausgestaltung der geschäftlichen Beziehungen zwischen dem BF und I. A. ergab, bei der die Merkmale persönlicher Abhängigkeit überwogen hätten.

IV. Rechtliche Beurteilung

16. § 33 Abs. 1 ASVG BGBl 189/1955 lautet in der anzuwendenden Fassung BGBl I 31/2007: „Die Dienstgeber haben 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.“

17. § 33 Abs. 2 ASVG BGBl 189/1955 lautet in der anzuwendenden Fassung BGBl I 31/2007: „Abs. 1 gilt 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 sind.“

18. § 111 Abs. 1 und Abs. 2 ASVG BGBl 189/1955 lautet in der anzuwendenden Fassung BGBl I 150/2009:

„§ 111. (1) Ordnungswidrig handelt, 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.

(2) Die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 ist von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu bestrafen, und zwar

– mit Geldstrafe von 730 € bis zu 2 180 €, im Wiederholungsfall von 2 180 € bis zu 5 000 €,
– 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 € herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.“

19. Gemäß § 4 Abs 2 ASVG BGBl 189/1955 in der anzuwendenden Fassung BGBl I 89/2012 ist Dienstnehmer im Sinne

des ASVG, 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.

20. Gemäß § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber im Sinne des ASVG derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer (Lehrling) in einem Beschäftigungs(Lehr)verhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist.

21. Gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG 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.

22. Daraus ergibt sich für die festgestellte Tätigkeit I. A.s:

23. Bei der Prüfung der Versicherungspflicht nach § 4 ASVG ist die vertragliche Ausgestaltung der Beschäftigung im Rahmen einer Gesamtbeurteilung zu beurteilen, wobei letztlich die tatsächliche Ausgestaltung und nicht die bloß vereinbarte Beschäftigung entscheidend ist (vgl VwGH 07.05.2008, 2006/08/0276). Ob bei einer Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit iSd § 4 Abs 2 ASVG gegeben ist, hängt nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die gegenständliche Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder – wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung – nur beschränkt ist (vgl ua VwGH 07.05.2008, 2006/08/0276). Für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit sind nur die Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene (grundsätzliche) persönliche Arbeitspflicht unterscheidungskräftige Kriterien zur Abgrenzung von anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung (vgl ua VwGH 26.01.2010, 2009/08/0269). Bei einfachen manuellen Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und auf die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlauben, bei einer Integration des Beschäftigten in den Betrieb des Beschäftigers kann – in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte – das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit iSd § 4 Abs 2 ASVG ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden kann (vgl ua VwGH 26.01.2010, 2009/08/0269).

24. Eine Tat ist iSd § 45 Abs 1 Z 1 VStG nicht erwiesen, wenn die Beweise für einen Schuldspruch nicht ausreichen (vgl VwSlg 15.295 A/1999; VwGH 22.02.2006, 2005/17/0195) oder wenn nach dem Ergebnis des Beweisverfahrens noch Zweifel an der Täterschaft des Beschuldigten bestehen (Fister in Lewisch / Fister / Weilguni, VStG § 45 VStG, Rn3). Weil nach dem durchgeführten Beweisverfahren Sachverhaltselemente, aus denen sich mit der für eine Bestrafung ausreichenden Sicherheit das Bestehen eines versicherungspflichtigen Dienstverhältnisses iSd ASVG ableiten hätte lassen, nicht festgestellt werden konnten (s oben III. und III.), ist die angelastete Tat hinsichtlich I. A. nicht erwiesen. Dementsprechend ist das angefochtene Straferkenntnis in diesem Punkt aufzuheben und das diesbezügliche Strafverfahren gegen den BF einzustellen.

25. Im Hinblick auf die Tätigkeit K.s wurde erwogen:

26. Vor dem Hintergrund der oben zitierten ständigen Rechtsprechung des VwGH ist die festgestellte Tätigkeit K.s für den BF als Beschäftigung in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit zum BF gegen Entgelt zu betrachten. Denn beim Zustellen von Speisen handelt es sich um eine einfache manuelle Tätigkeit, die in Ausführung und Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlaubt. Von einer Integration des Beschäftigten in den Betrieb des Beschäftigers ist in diesem Zusammenhang schon deshalb auszugehen, weil die Tätigkeit eine Anwesenheit des Beschäftigten im Betrieb des Beschäftigers (zumindest die kurzfristige Verfügbarkeit) erfordert, die Leistung immer dann unmittelbar erbracht werden muss, wenn sie der Betrieb des Beschäftigers erfordert (Einlangen einer Bestellung und Abschluss deren Zubereitung) und überdies die Leistung – ohne einen maßgeblichen Gestaltungsspielraum zu erlauben – in genauer inhaltlicher und auch zeitlicher Bindung an den einzelnen Auftrag zu erbringen ist (exakt die übergebenen Speisen sind unverzüglich an die jeweils vorgegebene Adresse zu liefern; vgl auch VwGH 03.10.2013, 2012/09/0150). Gegenläufige Anhaltspunkte kamen im Verfahren nicht

hervor. Daran ändert auch das Vorliegen eines Gewerbescheins Herrn K.s zur Güterbeförderung mit Kfz nichts, weil bei K. keine Hinweise auf eine eigene betriebliche Organisation hervorkamen und er im maßgeblichen Zeitpunkt nur für den BF tätig war. Dementsprechend lag eine versicherungspflichtige Beschäftigung K.s vor, im Hinblick auf das in Aussicht genommene Beschäftigungsausmaß ist von Vollversicherungspflicht auszugehen. R. K. hätte daher vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger angemeldet werden müssen (§ 33 Abs. 1 ASVG).

27. Diese Verpflichtung traf K.s Dienstgeber. Gemäß § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber im Sinne des ASVG derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer (Lehrling) in einem Beschäftigungs(Lehr)verhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist für die Dienstgebereigenschaft wesentlich, wer 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 24.02.2016, 2013/08/0058 mwN). Weil (auch) der BF aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wurde (denn er hatte mit I. A. ua vereinbart, dass die Einnahmen aus dem Lokal zwischen ihnen je zur Hälfte geteilt werden sollten), ist der BF unzweifelhaft als Dienstgeber K.s zu betrachten und damit Adressat der Verpflichtung nach § 33 Abs. 1 ASVG. Weil der BF K. nicht vor dessen Arbeitsantritt anmeldete, ist der objektive Tatbestand des § 33 Abs. 1 ASVG iVm § 1111 Abs. 1 Z 1 ASVG erfüllt.

28. Nach § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. 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. Im Falle eines "Ungehorsamsdeliktes" – ein solches ist auch die Verwaltungsübertretung nach § 111 ASVG – tritt somit insofern eine Umkehrung der Beweislast ein, als die Behörde lediglich die Beweislast hinsichtlich der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes trifft, während es Sache des Täters ist, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (VwGH 27.07.1994, 94/09/0102). Im Verfahren kamen keine Hinweise auf ein mangelndes Verschulden des BF hervor. Der BF hätte sich allenfalls bei kompetenter Stelle über die sozialversicherungsrechtliche Meldepflicht informieren müssen. Es kam aber kein einziger Kontrollschritt des BF hervor. Der BF hat daher schuldhaft gegen die einschlägige Strafbestimmung des ASVG verstoßen, die angelastete Übertretung ist daher auch in subjektiver Hinsicht erwiesen.

29. Zur Bemessung der Strafe wurde erwogen:

30. Nach § 19 Abs. 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat. Nach § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46 VStG) 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 Verwaltungsstrafrechts sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

31. Nach § 20 VStG kann die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen oder der Beschuldigte ein Jugendlicher ist.

32. Nach § 45 Abs 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens 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 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.

33. Nach § 16 Abs. 2 letzter Satz VStG ist die Ersatzfreiheitsstrafe ohne Bedachtnahme auf§ 12 VStG nach den Regeln der Strafbemessung festzusetzen.

34. Der BF wies zum Tatzeitpunkt zwei einschlägige rechtskräftige Vorstrafen auf (ON0-7). Die erste Vorstrafe führt

zur Anwendung des zweiten Strafsatzes des § 111 Abs. 2 ASVG mit einem Strafrahmen von € 2.180,-- bis € 5,000,--. Die zweite Vorstrafe ist als erschwerend zu werten.

35. Durch die vom BF zu verantwortende Verwaltungsübertretung wurden jedenfalls die Beitragsinteressen der Versichertengemeinschaft und das Interesse des einzelnen Dienstnehmers, der – ungeachtet des Prinzips der ex lege eintretenden Pflichtversicherung – bei nicht erfolgter Anmeldung Nachteile im Leistungsrecht erleiden kann, geschädigt (VwGH 16.03.2011, 2009/08/0056). Daher ist der objektive Unrechtsgehalt der Tat, selbst bei Fehlen sonstiger nachteiliger Folgen, nicht geringfügig. Dass die Einhaltung der übertretenen Vorschriften eine besondere Aufmerksamkeit erfordert hätte oder die Übertretungen aus besonderen Gründen nur schwer hätten vermieden werden können, ist weder hervorgekommen, noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen. Daher ist auch das Verschulden des BF nicht geringfügig. Weil also weder das strafrechtlich geschützte Rechtsgut geringfügig ist noch das tatbildmäßige Verhalten des BF hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückblieb, war die Anwendung des § 45 Abs 1 Z 4 VStG, nämlich das Absehen von der Strafe allenfalls unter Ausspruch einer Ermahnung, nicht möglich (VwGH 29.11.2007, 2007/09/0229 zur Vorgängerbestimmung § 21 Abs 1 VStG).

36. Mildernd wirkten vor allem die persönlichen Verhältnisse des BF, die er in der Verhandlung vom 04.12.2015 bekanntgab: bei einem Einkommen von monatlich € 1.100,-- netto bestehen Sorgepflichten für 3 minderjährige Kinder. Ebenfalls mildernd wirkt die eher kurze Dauer des von der Tat betroffenen Arbeitsverhältnisses. Weitere Milderungsgründe kamen nicht hervor.

37. Erschwerend wirkte das Vorliegen einer weiteren rechtskräftigen einschlägigen Vormerkung (die erste rechtskräftige einschlägige Vormerkung wirkt strafsatzbestimmend und ist nicht erschwerend zu berücksichtigen), darüber hinaus der durch die Tatbegehung im Rahmen der Ausübung eines Gewerbes bewirkte Wettbewerbsvorteil gegenüber jenen Mitbewerbern, die sich an die hier übertretenen Bestimmungen halten.

38. Unter Bedachtnahme auf diese Strafzumessungsgründe und den von € 2.180,-- bis € 5.000,-- reichenden zweiten Strafsatz des § 111 Abs. 2 ASVG ist die im unteren Bereich der Strafdrohung verhängte Geldstrafe angemessen. Die geringfügig über der Mindeststrafe verhängte Geldstrafe ist im Hinblick auf die vorliegenden Erschwerungsgründe und generalpräventive Überlegungen erforderlich, sollen doch durch entsprechend bemessene Strafen auch andere Arbeitgeber von gleichartigen Verwaltungsübertretungen abgehalten werden. Die im angefochtenen Straferkenntnis festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe steht in angemessenem Verhältnis zur Geldstrafe und war daher ebenfalls zu bestätigen. Der Ausspruch über die Kosten stützt sich auf die im Spruch genannten Bestimmungen.

39. Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, weil keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Maßgeblich waren in erster Linie Fragen der Beweiswürdigung, zu deren Prüfung der Verwaltungsgerichtshof im Allgemeinen nicht berufen ist (vgl VwGH 24.03.2014, Ro 2014/01/0011). Zu den im konkreten Fall maßgeblichen und sich aus dem festgestelltem Sachverhalt ergebenden Rechtsfragen weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des VwGH nicht ab, es fehlt auch nicht an einer solchen (s oben Zitate). Die vorliegende Rechtsprechung des VwGH ist auch nicht uneinheitlich. Es liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche, über den konkreten Einzelfall hinausgehende Bedeutung der hier zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Arbeitgeber; Arbeitnehmer; Dienstgeber; Dienstnehmer; Abhängigkeit, persönliche, wirtschaftliche; persönliche Arbeitspflicht; Versicherungspflicht; persönliche Abhängigkeit des Beschäftigten; tatsächliche Ausgestaltung der Beschäftigung; Vollversicherungspflicht; Krankenversicherungsträger

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWI:2017:VGW.041.066.31094.2014

Zuletzt aktualisiert am

19.01.2018

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at