

# TE Lvwg Erkenntnis 2016/5/2 LVwG-7/561/14-2016

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.05.2016

## Entscheidungsdatum

02.05.2016

## Index

66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz

## Norm

ASVG §33 Abs1

ASVG §111 Abs1 Z1

ASVG §111 Abs2

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Salzburg hat durch den Richter Mag. Walter Oberascher über die Beschwerde von Frau S. C., E. 1/Top 3, D., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Zell am See vom 7.9.2015, Zahl 30606-369/xxxx-2015, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

z u R e c h t e r k a n n t :

I. Gemäß §§ 38 und 50 VwGVG wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses mit der Maßgabe bestätigt, dass vor den Wörtern "nachstehende Person" die Wörter "diese als Dienstgeberin", nach dem Datum 24.07.2015 die Zeitangabe ", 20:30 Uhr," und bei der verletzen Rechtsvorschrift nach "§ 111 Abs 1" die Ergänzung "Z 1 und Abs 2" eingefügt werden und die Strafnorm "§ 111 Abs 1 Z 1 und Abs 2 zweiter Strafrahmen Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG" zu lauten hat.

II. Gemäß § 52 Abs 1 und 2 VwGVG hat die Beschwerdeführerin einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von € 200 zu leisten.

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

## Entscheidungsgründe

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Zell am See vom 7.9.2015 wurde der Beschuldigten folgende Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes – ASVG zur Last gelegt:

„Angaben zur Tat:

Zeit der Begehung: 24.07.2015 (Kontrolltag)

Ort der Begehung: AZ, HHstraße 13

? Sie haben es als unbeschränkt haftende Gesellschafterin der F. KG in E. 1, D., und somit als gemäß § 9 Abs 1 VStG zur Vertretung nach außen berufenes Organ, zu verantworten, dass nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung (vollversicherte) pflichtversicherte Person handelt, am 24.07.2015 im Betrieb beschäftigt war, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Salzburger Gebietskrankenkasse zur Pflichtversicherung als vollversicherte Person angemeldet wurde. Sie wären als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden. Diese Meldung wurde nicht erstattet.

Name: L. G., geb. xxx

Beschäftigungszeitraum: zumindest am 24.07.2015 (Kontrolltag)

Sie haben dadurch folgende Verwaltungsübertretung begangen:

? Übertretung gemäß

§ 111 Abs 1 iVm § 33 Abs 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz-ASVG

Deshalb wird gegen Sie folgende Verwaltungsstrafe verhängt:

Strafe gemäß:

§ 111 Abs 2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz-ASVG

Euro

1000,00

Ersatzfreiheitsstrafe:

154 Stunden

Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens gemäß § 64(2) des Verwaltungsstrafgesetzes, das sind 10% der Strafe, mindestens jedoch je € 10,- (je ein Tag Arrest wird gleich € 100,- angerechnet)

Euro

100,00

Gesamtbetrag:

Euro

1100,00"

Dagegen brachte die Beschuldigte innerhalb offener Frist das Rechtsmittel der Beschwerde ein und führte als Begründung Folgendes aus:

"Die Beschwerde richtet sich gegen die Verhängung einer Verwaltungsstrafe.

Begründung: Herr G. L., geb. xxx ist Gesellschafter bei der F. KG und daher bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft versichert. Er ist kein Dienstnehmer, sondern Gesellschafter und bei einer österreichischen Sozialversicherung pflichtversichert – er benötigt daher keine Anmeldung zur Gebietskrankenkasse! Diese Tatsache hat er dem Beamten sicher mitgeteilt – aber dieser hat es augenscheinlich nicht zur Kenntnis genommen.

Aufgrund der vorangeführten Sachlage beantrage ich daher die Aufhebung der gegenständlichen Straferkenntnis."

In dieser Angelegenheit führte das Landesverwaltungsgericht Salzburg am 11.4.2016 und am 29.4.2016 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, in der die Akten der belangten Behörde und des Landesverwaltungsgerichts Salzburg verlesen wurden und die Beschuldigte gehört sowie der Zeuge L. G. einvernommen wurde.

Der Beschuldigte gab in der Verhandlung Folgendes an:

"Zur Sache selbst ist zu sagen, dass Herr G. mein Geschäftspartner war und er das auch bei der Polizeikontrolle angegeben hat. Er hat mich während der Polizeikontrolle angerufen und habe ich in der Folge den Buchhalter angerufen, der die Bestätigung an die Bezirkshauptmannschaft geschickt hat. Herr G. war bei der Sozialversicherung der Selbstständigen versichert.

Wir haben das Unternehmen auf arabische Geschäfte aufgebaut, Herr G. spricht Arabisch, das ist seine Muttersprache. Herr G. war bereits langjähriger Taxilenker. Wir haben zwei Autos geleast, um eben diese Taxi- und Ausflugsfahrten durchführen zu können. Das Unternehmen wurde Ende Juli 2014 gegründet und mit der Geschäftstätigkeit Anfang August begonnen. Im ersten halben Jahr war Herr G. als Chauffeur angemeldet, ich selbst war selbstständig. Herr G. hat mich in diese Sache eingeschult, weil er über langjährige Erfahrung verfügte. Mit dem Datum Juli 2014 meine ich die Umgründung auf die KG, ich selbst habe bereits im Jahr 2013 ein Einzelunternehmen als Taxiunternehmen begonnen. Als erstes halbes Jahr meine ich das erste halbe Jahr im Kalenderjahr 2013, nachdem ich mein Einzelunternehmen gegründet hatte. Es ist uns dann eben die Idee gekommen, eine KG zu gründen. Dies auch auf Anraten meines Buchhalters, Herrn P. H. in I. Er hat mir empfohlen, dass Herr G. zur gewerblichen Sozialversicherung angemeldet werden sollte.

Wenn mir nun aus dem Versicherungsdatenauszug für Herrn G. vorgehalten wird, dass dieser von 10.8.2013 bis 15.9.2013 als Arbeiter, von 15.10.2013 bis 30.11.2013 als geringfügig beschäftigter Arbeiter, von 1.12.2013 bis 28.2.2014 als Arbeiter, von 5.5.2014 bis 31.8.2014 als geringfügig beschäftigter Arbeiter und von 1.9.2014 bis 12.10.2014 als Arbeiter von mir zur Sozialversicherung gemeldet worden ist, so sage ich, dass das richtig ist, die Überlegung war dann, dass er mehr Verantwortung bekommen soll, damit er sparsamer und verantwortungsbewusster agiert, damit meine ich, dass er zB auch weniger Strafen verursacht und das Auto auch entsprechend pflegt. Deshalb ist die Idee mit der KG gekommen. Die Einschulung für das Taxifahren, die ich vorher erwähnt hatte, fand bereits im Jahr 2013 statt. Ich habe vorher bei einer anderen Firma angefangen, man braucht auch eine Taxiprüfung.

Da die Arbeit je nach Saison unterschiedlich ist, wurde Herr G. eben zum Teil als geringfügig beschäftigter Arbeiter angestellt. Während der Wintersaison, die ca drei Monate dauert, und der Sommersaison, welche ebenfalls rund drei Monate dauert, ist viel Arbeit gegeben. Die Funktion von Herrn G. in der KG war, dass er die arabischen Gäste besorgt, weil seine Muttersprache eben Arabisch ist. Er hatte Stammgäste und versorgte auch ein anderes Auto mit Fahrten, zB auch mit Tagesfahrten und entsprechenden Tagesprogrammen. Er war sozusagen die Ansprechperson für arabische Gäste. Er hat die Fahrten mit diesen ausgehandelt und die Preise vereinbart. Das ist üblich im Pinzgau, es gibt auch andere Firmen, die arabische Taxifahrer beschäftigen, hier läuft es genauso. Den Großteil der Fahrten erledigten Herr G. und ich, wir hatten wie gesagt jeder ein Fahrzeug. Ab und zu hatten wir ein drittes Taxi. Die Fahrten mit den Fahrern habe ich besprochen, ebenso habe ich mich um die Abrechnung und die Buchhaltung gekümmert, ich versuchte so viel wie möglich selbst zu machen, um die Kosten niedrig zu halten. In Bezug auf die Werbung ist auszuführen, dass wir Visitenkarten hatten und Flyer in deutscher und arabischer Sprache auflegten. Das Problem bestand, dass während fünf Monaten im Jahr keine richtigen Einnahmen zu erzielen waren. Es war so, dass Herr G. ein Auto hatte und ich ein fixes Auto hatte, jeder war für sein Auto verantwortlich.

Die Abrechnung mit Herrn G. erfolgte im Winter zwei bis drei Mal pro Woche, wobei hier in der Regel nach Taxameter gefahren wurde, außer wenn es sich um Transferfahrten handelte. Im Sommer wurde je nach Gelegenheit abgerechnet, ebenfalls ca zwei Mal pro Woche. Bei längeren Fahrten oder längeren Strecken im Sommer wurde ein Ausflugspreis angeboten, dieser Preis wurde an andere Firmen angelehnt, zB wurde für einen Besuch in ZZ ein Fixpreis von € 150 als Tagespreis festgelegt. Die Fahrten wurden auf einem Zettel notiert und erfolgte dann die Abrechnung. Herr G. wurde genauso abgerechnet wie andere Fahrer, er hatte einen Fixlohn, dieser wurde nach dem Kollektivvertrag für eine Vollbeschäftigung berechnet. Dazu erhielt Herr G. ebenso wie andere Fahrer eine Prämie für die Fahrten und konnte das Trinkgeld behalten. Zum Trinkgeld ist festzuhalten, dass hier nur während der Wintermonate Trinkgeld gegeben worden ist, im Sommer, wo hauptsächlich arabische Gäste befördert worden sind, war Trinkgeld nicht üblich, weil hier eben Fixpreise bestanden haben. Hinsichtlich der Abrechnung hat sich in Bezug auf Herrn G. keine Änderung zu seiner früheren Beschäftigung als Dienstnehmer ergeben.

Bei der Auswahl der Fahrzeuge habe ich auf die Erfahrung von Herrn G. zurückgegriffen, nach seinen langjährigen Erfahrungen musste ein großer Kofferraum vorhanden sein, das Fahrzeug über ein Allradantrieb verfügen und für die arabischen Gäste jedenfalls getönte Scheiben haben.

Wenn ich gefragt werde, ob eine vertragliche Vereinbarung mit Herrn G. abgeschlossen worden ist, so sage ich, dass es keine schriftliche Vereinbarung mit ihm gegeben hat, wir haben die Sache nur besprochen. Am Anfang gab es eine tägliche Besprechung, diese Besprechungen wurden dann weniger und ist dann später auch ein Chaos entstanden und sind Zahlungsschwierigkeiten aufgetreten. Das Problem ist, dass wenn in der Zwischensaison keine Einnahmen lukriert werden, die Zahlungen in der Saison dann sehr hoch sind. Im Oktober wurde die Gewerbeberechtigung dann von der Bezirkshauptmannschaft eingezogen.

Wenn ich gefragt werde, ob eine Gewinnbeteiligung mit Herrn G. vereinbart gewesen ist, so sage ich, dass er schon etwas bekommen hätte, wenn etwas geblieben wäre, er hätte entsprechend seiner prozentmäßigen Beteiligung etwas bekommen. Es war aber nie genügend da. Herr G. hat Stammkunden gehabt und er hat ganz gut gelebt davon. Er war bei den arabischen Gästen sehr beliebt. Er wurde von den arabischen Gästen oft eingeladen, zum Essen, ebenso erhielt er beim Einkaufen Sachen geschenkt.

Die Einteilung der Chauffeure lief so ab, dass ein Chauffeur sein Auto bekommt und in der Saison dann einfach fahren muss. In der Zwischensaison bin ich alleine mit meinem Fahrzeug gefahren. Herr G. war der einzige arabische Fahrer, die anderen von mir beschäftigten Taxilenker waren Österreicher oder Kroaten.

In Bezug auf das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Zell am See vom 10.7.2015 betreffend die Beschäftigung von Herrn G. am 3.6.2015 gebe ich an, dass ich eine Reihe von Strafen bei der Bezirkshauptmannschaft offen habe, viele davon wegen Herrn G. Ich habe für ihn viele Strafen bezahlt, damit ich einen Fahrer während der Saison habe. Während der Saison wäre es nicht möglich gewesen, einen anderen Fahrer zu bekommen. Nach meiner Erinnerung war Herr G. im Juni gar nicht da, weil es Ramadan-Zeit war. Möglicherweise habe ich diesen Brief der Bezirkshauptmannschaft auch versäumt. Ich bin alleinstehende Mutter und war mir die ganze Angelegenheit zu viel, ich bin froh, dass ich aus dem Geschäft draußen bin."

Der Zeuge L. G. sagte Folgendes aus:

"Für die Firma F. KG hat Frau S. C. die Idee gehabt, ich habe ja gesagt, ich war froh, dass ich Arbeit habe. Ich habe auch vor der Firmengründung schon als Taxilenker für Frau C. gearbeitet, es ist normal weiter gelaufen. Es gab keinen Unterschied zwischen meiner Tätigkeit im Jahr 2013 und der Tätigkeit nach der Firmengründung. Ich hatte kein Geld in der Geldtasche, es war sehr viel zu bezahlen. In AZ ist das ein Problem, die großen Unternehmen werden immer größer und machen Anzeigen gegen die Kleinen. Die kleinen Unternehmen werden immer gestraft. Ich habe nur gearbeitet und gearbeitet. Wir haben damals gedacht, dass wir vier Jahre arbeiten müssen, bis die Schulden weg sind, und es dann besser werden würde. In AZ gibt es viele Schwarzfahrer, damit meine ich Leute, die Taxis betreiben, ohne die Fahrer angemeldet zu haben. Es gibt auch viele illegale Fahrzeuge. Ich habe vorher bei Herrn J. gearbeitet, ich bin dann erst später draufgekommen, dass ich nicht angemeldet gewesen bin.

Ich hatte während meiner Tätigkeit für Frau C. immer das gleiche Fahrzeug, einen VW Caravelle. Auch hier wurden wir von Porsche AZ nicht korrekt behandelt, es war ein neues Auto, nach fünf Monaten war die Kupplung kaputt. Dieses Fahrzeug hatte ich bereits im Jahr 2013.

Wenn ich gefragt werde, ob es eine schriftliche Vereinbarung gegeben hat, so sage ich, dass es nach meiner Auffassung keinen Vertrag braucht, wenn man Vertrauen hat. Ich hatte Vertrauen zu Frau S. C., einen Vertrag braucht man nach meiner Meinung in so einem Fall nicht.

Wenn ich gefragt werde, worin meine Aufgabe bestanden hat, so sage ich, dass meine Aufgabe das Taxifahren war. Ich habe das Geld S. gegeben, wir haben es aber nicht geschafft. Ich bin angestellt gewesen, verdient habe ich, was auf dem Lohnzettel steht. Es war ein Fixgehalt. Ich war Partner, habe aber kein Geld gehabt. Ich habe mich geschämt, wenn ich auf das Sozialamt gehen musste, wenn in der Zwischensaison kein Einkommen vorhanden war.

Wenn ich gefragt werde, ob es eine Vereinbarung über einen allfälligen Gewinn gegeben hat, so sage ich, dass es diesbezüglich keine Vereinbarung gegeben hat, es war so, dass mir S., wenn ich einen guten Umsatz machte, zB das Essen bezahlt hat oder mir Zigaretten gekauft hat. Ich bin fleißig, das ist in AZ bekannt. In Bezug auf die Aufträge gebe

ich an, dass diese im Winter von S. abgewickelt worden sind, im Sommer habe ich die Aufträge entgegengenommen, weil ich Arabisch spreche. Das war immer so, auch schon im Jahr 2013.

Wenn mir meine Angaben, die in der Anzeige der Polizeiinspektion AZ vom 1.8.2015 über die Kontrolle am 24.7.2015 um 20:30 Uhr angeführt sind, vorgehalten werden, wonach ich Frau S. C. als 'Chefin' bezeichnet hätte, dann sage ich, dass ich sicher gesagt habe, dass es meine Partnerin ist.

Frau S. C. und ich waren vorher schon bei einer Firma als Taxilenker gemeinsam beschäftigt. Von diesem Unternehmer wurde ich nicht gut behandelt, er wollte nur meine Kontakte ausnützen. S. hat sich dann selbstständig gemacht, sie ist mit einem Mercedes gefahren. Als ich dann meine Arbeit verloren hatte, hat S. einen zweiten Wagen – eben diesen VW – geleast und hat mir das Auto gegeben und gesagt, ich könne damit fahren. Ich habe mich sehr gefreut, dass ich wieder Arbeit habe und in Ruhe arbeiten kann, ich habe Vertrauen zu S. und sie hat Vertrauen zu mir.

Wenn ich gefragt werde, inwieweit ich in die Geschäftsführung eingebunden bzw. an dieser beteiligt gewesen bin, so sage ich, dass ich nur Taxi gefahren bin. Das hat alles S. gemacht, ich selbst kann nicht lesen, ich war nie in der Schule und habe nicht lesen gelernt.

Wenn ich gefragt werde, wie die Meldung bei der gewerblichen Sozialversicherung zustande gekommen ist, so sage ich, dass das die günstigere Variante gewesen ist, weil wir kein Geld hatten und uns die Anmeldung und die Beiträge als zweiter Geschäftsführer nicht leisten hätten können. Das ist in einem Gespräch mit dem Steuerberater entstanden, der eben gesagt hat, dass das die günstigere Variante ist.

Über Befragen durch die Beschuldigte gebe ich an, dass es schon richtig ist, dass wir immer besprochen haben, wenn etwas in der Firma passiert. Wir haben uns oft auf einen Kaffee getroffen und zB besprochen, ob ein Fahrer geeignet ist oder nicht. Im Juli 2015 ist mein Vater gestorben und hatte ich hier noch zusätzliche Probleme."

Daraufhin legte die Beschuldigte eine Kopie einer Erklärung über die endgültige Einstellung der selbstständigen Erwerbstätigkeit von Herrn L. G. an die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft vom 25.2.2016 vor und gab noch an, die Gründung der KG sei grundsätzlich schon eine gute Idee gewesen, sie hätten dadurch einiges eingespart, es sei aber nicht so viel geblieben, dass die Firma überleben hätte können. Herr G. habe sein "eigenes Auto" gehabt und im Taxi warten und versuchen müssen, Aufträge zu bekommen.

In ihrer Schlussäußerung führte die Beschuldigte Folgendes aus:

"Ich wusste nicht, dass das alles so ein Problem wird, ich wollte nicht, dass irgendjemand zu Schaden kommt. Die 2½ Jahre waren ein Alptraum, ich hatte keine Zeit mehr für irgendetwas anderes. Es war sicher auch mein Fehler, dass ich es übersehen habe, dass bereits ein Straferkenntnis wegen der Nichtanmeldung zur Sozialversicherung vorgelegen ist. Ich beantrage, dass meiner Beschwerde Folge gegeben wird. Ich bekomme derzeit nur die Arbeitslosenunterstützung in Höhe von ungefähr € 800 im Monat. Ich bin verzweifelt, ich war letzte Woche beim Zuständigen in der Bezirkshauptmannschaft und hat mir dieser gesagt, dass Strafen in Höhe von € 5.700 offen sind. Wenn jetzt noch etwas dazukommt, dann wird es immer schwieriger für mich."

Das Landesverwaltungsgericht Salzburg hat hiezu in einer gemäß § 2 VwGVG durch einen Einzelrichter zu treffenden Entscheidung Folgendes festgestellt und erwogen:

Die Beschuldigte betrieb seit dem Jahr 2013 ein Taxiunternehmen als Einzelunternehmen. Zuvor war sie als unselbständige Taxilenkerin bei einem Unternehmen beschäftigt, in dem auch Herr L. G. als Taxilenker tätig war. Nachdem sich die Beschuldigte selbstständig gemacht hatte, bot sie Herrn G. an, für sie zu arbeiten. Zu diesem Zweck leaste die Beschuldigte einen zweiten Wagen (einen VW Caravelle). Herr G. wurde in der Folge von der Beschuldigten als Taxilenker beschäftigt und von 10.8.2013 bis 15.9.2013 als Arbeiter, von 15.10.2013 bis 30.11.2013 als geringfügig beschäftigter Arbeiter, von 1.12.2013 bis 28.2.2014 als Arbeiter, von 5.5.2014 bis 31.8.2014 als geringfügig beschäftigter Arbeiter und von 1.9.2014 bis 12.10.2014 als Arbeiter zur Sozialversicherung gemeldet.

Auf Anraten Ihres Buchhalters kam die Beschuldigte auf die Idee, eine Kommanditgesellschaft zu gründen, um damit Kosten einzusparen. Am 24.7.2014 wurde die F. KG in das Firmenbuch eingetragen, wobei die Beschuldigte ihr Einzelunternehmen in diese Gesellschaft einbrachte. Als unbeschränkt haftende Gesellschafterin vertrat sie die KG seit 24.7.2014 selbständig. Herr L. G. schien ab 24.7.2014 als Kommanditist mit einer Haftungssumme von € 100 auf, er war von 1.1.2015 bis 31.10.2015 bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert. Die Aufgabe von Herrn G., dessen Muttersprache Arabisch ist, bestand darin, als Taxilenker insbesondere die arabischen

Gäste zu betreuen. Die Abrechnung mit ihm erfolgte in der gleichen Weise wie jene mit anderen Fahrern, er hatte einen Fixlohn nach dem Kollektivvertrag und erhielt ebenso wie andere Fahrer eine Prämie für die Fahrten und konnte das Trinkgeld behalten. Durch die Gründung der Kommanditgesellschaft trat weder in der Tätigkeit von Herrn G. noch in der Abrechnung und der Entlohnung eine Änderung ein. Es gab keine schriftliche Vereinbarung und war eine Gewinnbeteiligung nicht vereinbart. Die Geschäftsführung, die Einteilung der Taxilenker und die Buchhaltung waren Aufgaben der Beschuldigten. Die Tätigkeit von Herrn G. bestand im Wesentlichen im Taxilenken.

Am 24.7.2015 um 20:30 Uhr wurde Herr G. von Polizeibeamten als Taxilenker des Fahrzeuges VW Caravelle mit dem Kennzeichen yyy, zugelassen auf die F. KG, kontrolliert und eine Anzeige nach dem Gelegenheitsverkehrsgesetz iVm der Salzburger Taxi-, Mietwagen- und Gästewagenbetriebsordnung an die Bezirkshauptmannschaft Zell am See erstattet, welche wiederum Anzeige wegen des Verdachts der Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes erstattete.

Dieser Sachverhalt war aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens als erwiesen anzusehen. In beweismäßigender Hinsicht ist anzuführen, dass sich diese Feststellungen auf die im Akt der belangten Behörde befindlichen Unterlagen (Anzeigen), auf den Firmenbuchauszug der F. KG (FN xxxxxxi) und den Versicherungsdatenauszug für Herrn G., SV-Nr xxxx xx xx xx, sowie auf die Angaben der Beschuldigten und die glaubwürdigen Aussagen des in der öffentlichen mündlichen Verhandlung einvernommenen Zeugen L. G. stützen. Dieser Sachverhalt wurde von der Beschuldigten nicht bestritten, sie rechtfertigte sich im Beschwerdeverfahren im Wesentlichen damit, Herr G. sei als Gesellschafter bei der österreichischen Sozialversicherung (Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft) pflichtversichert gewesen und sei daher keine Anmeldung bei der Gebietskrankenkasse erforderlich gewesen.

Rechtlich ist Folgendes auszuführen:

Nach der Regelung des § 4 Abs 2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG, BGBl Nr 189/1955 idFBGBl I Nr 187/2013, ist Dienstnehmer im Sinne 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 selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen. ...

Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer nach § 47 Abs 1 in Verbindung mit Abs 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist, es sei denn, es handelt sich um

1. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs 1 Z 4 lit a oder b EStG 1988 oder
2. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs 1 Z 4 lit c EStG 1988, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen oder
3. Bezieher von Geld- oder Sachleistungen nach dem Freiwilligengesetz.

Gemäß § 33 Abs 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG, BGBl Nr 189/1955 idFBGBl I Nr 31/2007, haben die 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 Personenversicherung, soweit die beschäftigte Person in diesen Versicherungen pflichtversichert ist.

Gemäß § 33 Abs 1a leg cit kann der Dienstgeber die Anmeldeverpflichtung so erfüllen, dass er in zwei Schritten meldet, und zwar

1. vor Arbeitsantritt die Dienstgeberkontonummer, die Namen und Versicherungsnummern bzw die Geburtsdaten der beschäftigten Personen sowie Ort und Tag der Beschäftigungsaufnahme (Mindestangaben Anmeldung) und
2. die noch fehlenden Angaben innerhalb von sieben Tagen ab Beginn der Pflichtversicherung (vollständige Anmeldung).

Gemäß § 33 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 sind.

Nach § 111 Abs 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG, BGBl Nr 189/ 1955 idF BGBl I Nr 150/2009, 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.

Gemäß Absatz 2 dieser Bestimmung ist die Ordnungswidrigkeit nach Abs 1 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.

Die Bestimmungen des § 539a Abs 1 bis 4 ASVG lauten wie folgt:

- (1) Für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.
- (2) Durch den Missbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes können Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden.
- (3) Ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre.
- (4) Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen sind für die Feststellung eines Sachverhaltes nach diesem Bundesgesetz ohne Bedeutung. Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so ist das verdeckte Rechtsgeschäft für die Beurteilung maßgebend.

Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kann ein an der Geschäftsführung nicht beteiligter Kommanditist in einem Verhältnis wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit zur KG als Dienstgeberin beschäftigt sein und daher auch der Versicherungspflicht nach § 4 Abs 2 ASVG unterliegen (zB VwGH 17.3.2004, 2001/08/0170; 31.1.2007, 2005/08/0178). Eine Versicherungspflicht nach § 2 Abs 1 Z 4 GSVG kommt hingegen nur in Frage, wenn auf Grund der jeweiligen Tätigkeit nicht bereits eine anderweitige Pflichtversicherung "nach diesem Bundesgesetz oder einem anderen Bundesgesetz" eingetreten ist (vgl dazu auch VwGH 24.1.2006, 2003/08/0231, 2004/08/0120). Es ist daher auch beim Kommanditisten mit Arbeitsverpflichtung zu prüfen, ob es sich um eine Beschäftigung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit handelt (zB VwGH vom 23.4.1996, 94/08/0073; 10.6.2009, 2007/08/0142; 2.5.2012, 2010/08/0083).

Im verfahrensgegenständlichen Fall ist ohne Zweifel als erwiesen anzusehen, dass Herr G. in einem Verhältnis wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit von der F. KG als Dienstgeberin gegen Entgelt beschäftigt worden ist und daher eine Versicherungspflicht nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz bestanden hat. Die Beschuldigte kann daher mit ihrem Vorbringen, Herr G. unterliege als Kommanditist nicht der Versicherungspflicht nach dem ASVG, nichts für ihre Position gewinnen. Dies auch deshalb, weil das Ermittlungsverfahren nicht ergeben hat, dass Herr G. sich in einer nach den Bestimmungen des GSVG relevanten Weise im Unternehmen betätigt hat und ihm entsprechende Geschäftsführungsbefugnisse eingeräumt gewesen wären.

Abgesehen davon kann unabhängig von den einem Kommanditisten eingeräumten Geschäftsführungsbefugnissen von einer Erwerbstätigkeit auf Grund dieser gesellschaftsrechtlichen Stellung aber auch dann nicht gesprochen werden, wenn der Gesellschaftsvertrag (gemäß § 539a ASVG) als Scheingeschäft oder Umgehungsgeschäft zu beurteilen ist, insbesondere, weil die Gesellschaftsgründung nur zum Zweck der Vermeidung der Sozialversicherungspflicht nach dem ASVG (und allenfalls von Abgabepflichten) erfolgt ist (vgl VwGH vom 11.9.2008, 2006/08/0041; 15.5.2013, 2012/08/0241). Wie die Beschuldigte in der Verhandlung selbst ausführte, diene die Gründung der KG in erster Linie dem Zweck, die Kosten für die Tätigkeit von Herrn G. als Taxilenker zu senken. Auch der Zeuge G. führte aus, er sei "angestellt gewesen" und sei die Meldung bei der gewerblichen Sozialversicherung "die günstigere Variante gewesen".

Das gesetzliche Tatbild der dem Beschuldigten zur Last gelegten Verwaltungsübertretung ist daher objektiv jedenfalls erfüllt. In Bezug auf das Beschäftigungsausmaß von Herrn G. war jedenfalls von einem die Geringfügigkeitsgrenze überschreitenden Ausmaß und daher von einer Vollversicherungspflicht auszugehen.

Bei Ungehorsamsdelikten – um solche handelt es sich bei Verwaltungsübertretungen nach § 111 Abs 1 Z 1 ASVG – verlangt die in § 5 Abs 1 zweiter Satz VStG verankerte widerlegliche Schuldvermutung zu Lasten des Täters, dass dieser von sich aus sein mangelndes Verschulden glaubhaft zu machen hat (zB VwGH vom 10.12.1997, 97/03/0215). Selbst wenn die Beschwerdeführerin ursprünglich von der Rechtmäßigkeit dieser – laut ihren Angaben vom Buchhalter empfohlenen – Vorgangsweise ausgegangen sein sollte, so musste ihr spätestens nach den gegen sie ergangenen Straferkenntnissen vom 9.6.2015, Zahl 30606-369/9799-2015, und vom 10.7.2015, Zahl 30606-369/25991-2015, mit denen sie ebenfalls wegen der Beschäftigung von Herrn L. G. ohne Anmeldung zur Sozialversicherung nach dem ASVG bestraft worden ist, bewusst gewesen sein, dass eine Anmeldung des Beschäftigten nach dem ASVG erforderlich ist. Es war daher zumindest von einer bedingt vorsätzlichen Begehung der Tat auszugehen.

Der Beschwerde gegen den Schuldspruch war daher keine Folge zu geben.

Zur Strafhöhe ist auszuführen:

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 Abs 2 dieser Norm 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 und ist auf das Ausmaß des Verschuldens besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden und die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Gemäß § 111 Abs 2 ASVG ist die Ordnungswidrigkeit nach Abs 1 dieser Bestimmung 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.

Die gesetzliche Verpflichtung zur Anmeldung von Dienstnehmern schon vor Beginn der Arbeitsleistung soll sicherstellen, dass eine das österreichische Sozialversicherungssystem aushöhlende Schwarzarbeit leichter erkennbar und diese damit erschwert wird. Übertretungen des § 33 ASVG sind grundsätzlich mit einem schweren Unrechtsgehalt behaftet, gehen sie doch regelmäßig einher mit erheblichen sozialschädlichen Folgen (Hinterziehung von Sozialabgaben, Beschäftigung von Arbeitnehmern ohne sozialversicherungsrechtliche Absicherung, unlautere Konkurrenzierung anderer Gewerbetreibender). Der zu beurteilenden Übertretungen des ASVG war sohin ein beträchtlicher Unrechtsgehalt beizumessen.

Der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit liegt nicht vor, gegen die Beschuldigte scheinen mehrere Vormerkungen auf. Andere strafmildernde oder besondere erschwerende Gründe sind im Verfahren nicht hervorgekommen. Aufgrund einer einschlägigen Vormerkung (Straferkenntnis vom 9.6.2015, Zahl 30606-369/9799-2015) gelangte der zweite Strafrahmen zur Anwendung. Ein Erschwerungsgrund - wie von der belangten Behörde in der Begründung des angefochtenen Bescheides angeführt - liegt damit jedoch nicht vor; die Wertung der ungetilgten Vorstrafe als Erschwerungsgrund würde vielmehr eine unzulässige Doppelverwertung



darstellen, zumal diese bereits zu einer Erhöhung des Strafsatzes geführt hat (zB VwGH vom 19.1.1995, 94/09/0224; 24.5.1995, 94/09/0347). Ansatzpunkte für die Anwendung der Bestimmungen der §§ 20 oder 45 Abs 1 Z 4 VStG haben sich im Verfahren nicht ergeben.

Zu ihren Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen gab die Beschuldigte an, monatlich eine Arbeitslosenunterstützung in Höhe von rund € 800 zu erhalten und kein Vermögen zu besitzen; Sorgspflicht besteht für ein Kind. Es war daher von unterdurchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen auszugehen.

Die gesetzliche Mindeststrafe beträgt im verfahrensgegenständlichen Fall – nachdem es sich um einen Wiederholungsfall handelt – € 2.180. Von der belangten Behörde, die offensichtlich von der Anwendbarkeit des ersten Strafrahmens ausgegangen ist, wurde eine Geldstrafe in Höhe von € 1.000 verhängt. Aufgrund des Verbots der reformatio in peius (Verbot der Verhängung einer höheren Strafe im Falle einer von dem/der Beschuldigten erhobenen Beschwerde gemäß § 42 VwGVG) kam eine Erhöhung der von der Behörde festgesetzten Strafe nicht in Betracht. Unter Berücksichtigung der angeführten Kriterien kann die verhängte Strafe im Sinne der Strafbemessungskriterien des § 19 VStG keinesfalls als zu hoch angesehen werden. Sie erscheint aus spezialpräventiven Gründen jedenfalls erforderlich, um der Beschuldigten das Unrecht der Tat vor Augen zu führen und sie in Zukunft von weiteren ähnlichen Übertretungen abzuhalten. Darüber hinaus ist die festgesetzte Strafe auch aus Gründen der Generalprävention geboten.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die angeführte Gesetzesstelle.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der dargestellten 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. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

#### **Schlagworte**

Beschäftigungsrecht, Allgemeines Sozialversicherungsgesetz, Taxilenker, Kommanditist, Dienstnehmereigenschaft, wirtschaftliche und persönliche Abhängigkeit, reformatio in peius

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGS:2016:LVwG.7.561.14.2016

#### **Zuletzt aktualisiert am**

05.09.2018

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Salzburg LVwG Salzburg, <https://www.salzburg.gv.at/lvwg>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)