

# TE Lvwg Erkenntnis 2022/11/18 LVwG-S-2353/001-2022

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 18.11.2022

## Entscheidungsdatum

18.11.2022

## Norm

ASVG §33 Abs1

ASVG §111 Abs1 Z1

1. ASVG § 33 heute
2. ASVG § 33 gültig von 01.01.2019 bis 13.06.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 113/2015
3. ASVG § 33 gültig von 01.01.2019 bis 31.12.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 79/2015
4. ASVG § 33 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 44/2016
5. ASVG § 33 gültig von 14.06.2016 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 44/2016
6. ASVG § 33 gültig von 01.01.2016 bis 13.06.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 113/2015
7. ASVG § 33 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 31/2007
8. ASVG § 33 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 132/2005
9. ASVG § 33 gültig von 01.01.1998 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 139/1997
10. ASVG § 33 gültig bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 152/2004
11. ASVG § 33 gültig bis 31.12.1997

1. ASVG § 111 heute
2. ASVG § 111 gültig ab 01.01.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2020
3. ASVG § 111 gültig von 01.01.2019 bis 31.12.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 113/2015
4. ASVG § 111 gültig von 01.01.2019 bis 31.12.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 79/2015
5. ASVG § 111 gültig von 01.01.2016 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 113/2015
6. ASVG § 111 gültig von 31.12.2009 bis 31.12.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 150/2009
7. ASVG § 111 gültig von 01.01.2008 bis 30.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 31/2007
8. ASVG § 111 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 67/2001
9. ASVG § 111 gültig bis 31.12.2001

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich erkennt durch Mag. Allraun als Einzelrichter über die Beschwerde des Herrn A, \*\*\*, \*\*\*, vertreten durch die C GmbH & Co KG, \*\*\*, \*\*\*, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wiener Neustadt vom 21.07.2022, Zl. \*\*\*, zu Recht:

1. Der Beschwerde wird insoweit stattgegeben, als das angefochtene Straferkenntnis betreffend die unter lit. b) angeführte Übertretung wegen der unterlassenen Anmeldung des Herrn B zur Sozialversicherung vor Arbeitsantritt aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren diesbezüglich eingestellt wird.
2. Darüber hinaus wird die Beschwerde mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, als anstelle der Gesamtstrafe von insgesamt € 3.650,- (Ersatzfreiheitsstrafe 562 Stunden) - unter Berücksichtigung der Aufhebung der unter lit. b) im angefochtenen Straferkenntnis angeführten Verwaltungsübertretung - hinsichtlich der unter den lit. a) und c) bis e) angeführten Verwaltungsübertretungen jeweils eine Geldstrafe von € 730,- (Ersatzfreiheitsstrafe: je 112 Stunden 24 Minuten) verhängt und in der Tatanlastung die Wortfolge „gemäß § 9 Abs.1 VStG 1991 zur Vertretung nach außen Berufener (Inhaber) der Firma“ durch die Wortfolge „Inhaber des eingetragenen Einzelunternehmens“ ersetzt wird.
3. Der Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde reduziert sich auf insgesamt € 292,-.
4. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 584,- Euro zu leisten.
5. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision nicht zulässig.

Rechtsgrundlagen:

§§ 50 und 52 Abs. 1 und 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG

§§ 19, 45 Abs. 3 Z 2 Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG

§ 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 – VwGG

Entscheidungsgründe:

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde dem nunmehrigen Beschwerdeführer Folgendes zur Last gelegt:

„Sie haben folgende Verwaltungsübertretung begangen:

Sie haben als gemäß § 9 Abs.1 VStG 1991 zur Vertretung nach außen Berufener (Inhaber) der Firma D e.U. mit Sitz in \*\*\*, \*\*\*, somit als Dienstgeber, nachstehende Personen, bei welchen es sich um in der Krankenversicherung pflichtversicherte Personen handelt, am 19.08.2020 um 09.35 Uhr beschäftigt, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Österreichischen Gesundheitskasse (Landesstelle Niederösterreich) zur Pflichtversicherung angemeldet wurden. Sie wären als Dienstgeber verpflichtet gewesen, die Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.

a) Name: E, geb. \*\*\*

Arbeitsantritt: 19.08.2020 um 07.30 Uhr

Beschäftigungsort: \*\*\*, \*\*\*

Tätigkeit: Bauarbeiten

b) Name: B, geb. \*\*\*

Arbeitsantritt: 18.08.2020 um 07.30 Uhr

Beschäftigungsort: \*\*\*, \*\*\*

Tätigkeit: Bauarbeiten

c) Name: F, geb. \*\*\*

Arbeitsantritt: 18.08.2020 um 07.30 Uhr

Beschäftigungsort: \*\*\*, \*\*\*

Tätigkeit: Bauarbeiten

d) Name: G, geb. \*\*\*

Arbeitsantritt: 19.08.2020 um 07.30 Uhr

Beschäftigungsort: \*\*\*, \*\*\*

Tätigkeit: Bauarbeiten

e) Name: H, geb. \*\*\*

Arbeitsantritt: 19.08.2020 um 07.30 Uhr

Beschäftigungsort: \*\*\*, \*\*\*

Tätigkeit: Bauarbeiten

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:

§ 33 Abs.1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz i.d.F.BGBl. I Nr. 44/2016

i.V.m. § 111 Abs.1 Z.1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz i.d.F.BGBl. I Nr. 99/2020

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von

Gemäß

€ 3.650,00

562 Stunden

§ 111 Abs.2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz i.d.F.

BGBl. I Nr. 99/2020

Vorgeschriebener Kostenbeitrag gemäß § 64 Abs.2 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), das sind 10% der Strafe, mindestens jedoch 10 Euro

€ 365,00

Gesamtbetrag:

€ 4.015,00“

Dagegen hat der Beschuldigte Beschwerde erhoben und darin im Wesentlichen ausgeführt, dass das angefochtene Straferkenntnis an die C GmbH & Co KG i.V. von A ausgestellt worden sei und sich das Straferkenntnis bei der Strafbemessung auf § 111 Abs. 2 ASVG mit Verweis auf §§ 20 und 21 VStG 1991 beziehe.

Wörtlich wurde ausgeführt:

„Dagegen richtet sich unsere Beschwerde.“

Gemäß § 46 Abs. 2 VStG iVm § 9 ZustG sei der Zustellbevollmächtigte auf der Zustellverfügung als Empfänger zu bezeichnen. Die Adressierung an die Partei zu Händen des Zustellbevollmächtigten reiche. Als Bescheidadressat sei jedoch stets die Partei zu nennen (Ritz/Koran, BAO7, § 9 ZustG Rz 23 Seite 1556). Der Bescheid hätte daher richtig an Herrn I bzw. an die D e.U., zu Händen C GmbH & Co KG, zugestellt werden müssen. Nachdem der Bescheid somit nicht an die Partei zugestellt worden sei, liege ein Nichtbescheid vor.

Bei Zitierung der Gesetzesstelle im Straferkenntnis auf Seite 4 mit Verweis auf § 111 Abs. 2 ASVG übersehe die Behörde außerdem, dass § 21 VStG aufgehoben worden sei. § 111 Abs. 2 ASVG verweise somit auf eine nicht mehr gültige Gesetzesstelle und behafte das Straferkenntnis mit einer weiteren Rechtswidrigkeit.

Gemeint ist offensichtlich § 45 VStG, jedoch solle ein Bescheid nach ständiger Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte und des VwGH zu keinem Rätselraten führen. Wenn die Behörde jedoch mit dem Verweis auf § 21 VStG den § 45 VStG meine, dann ergebe sich im Straferkenntnis keine Würdigung, warum diese Bestimmung (Einstellung des Verfahrens oder Ermahnung) oder die sonst im § 111 Abs. 2 ASVG angeführte Möglichkeit der Herabsetzung nicht in Betracht komme oder in Erwägung gezogen worden sei.

Weiters verweise die Behörde im Straferkenntnis auf Seite 9, 2. Absatz, dass das Ermittlungsverfahren gegen J eingestellt worden sei. Daraus ergebe sich nicht, warum das Ermittlungsverfahren eingestellt worden sei bzw. ergebe sich daraus nicht, warum diese Einstellung gegen den Beschwerdeführer wirke. Dazu habe es auch kein Parteiengehör gegeben, sodass er keine Stellungnahme zu allfälligen Aussagen des J abgeben hätte können.

Somit ergebe sich aus diesem Punkt eine Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Beantragt wurde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens, „weil

- die Partei nicht als Bescheidadressat bezeichnet wurde und somit ein Nichtbescheid vorliegt
- für die Strafbemessung eine Gesetzesstelle zitiert wurde, die nicht mehr in Kraft ist und
- eine Verletzung von Verfahrensvorschriften vorliegt.“

Mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Niederösterreich vom 27.06.2022, LVwG-S-2338/001-2021, wurde der nunmehrige Beschwerdeführer wegen vier Übertretungen nach dem AuslBG rechtskräftig bestraft.

Mit diesem Erkenntnis wurde über die Beschwerde des nunmehrigen Beschwerdeführers gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wiener Neustadt vom 17.08.2021, Zl. \*\*\*, entschieden, mit welchem dem Beschwerdeführer aufgrund des gleichen Sachverhalts wie dem verfahrensgegenständlichen jeweils die Übertretung der §§ 28 Abs. 1 Z 1 lit. a, BGBl. Nr. 218/1975 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2020 i.V.m. § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz, BGBl. Nr. 218/1975 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2019 betreffend die illegale Beschäftigung der gegenständlichen Arbeitnehmer (ausgenommen Herrn B als griechischer Staatsbürger) vorgeworfen wurde.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat am 04.11.2022 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, in der Beweis erhoben wurde durch Einsichtnahme in die Akten der Bezirkshauptmannschaft Wiener Neustadt zu den Zlen. \*\*\* und \*\*\* sowie in die Akten des Landesverwaltungsgerichts zu den Zl.

LVwG-S-2338/001-2021 und LVwG-S-2353/001-2022.

Auf die Verlesung dieser Akte wurde von den Verfahrensparteien ausdrücklich verzichtet.

Mit ausdrücklicher Zustimmung der anwesenden Verfahrensparteien wurde die Einvernahme des Herrn B, geboren am \*\*\*, vom 25.03.2022, welche im Akt des erkennenden Gerichts einliegt sowie die Zeugenaussagen des Herrn K und des Herrn L in der Verhandlung vom 15.06.2021 im Verfahren zu LVwG-S-2338/001-2021 verlesen.

Der Beschwerdeführer hat in der Verhandlung angegeben, seiner Aussage vom 05.06.2021 nichts hinzuzufügen zu haben. An den Aussagen von damals habe sich nichts geändert. Seine Aussage wurde mit Zustimmung der Parteienvertreter verlesen.

Folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt wird als erwiesen festgestellt:

Der Beschwerdeführer, Herr A, geboren am \*\*\*, betreibt als Einzelunternehmer unter der Firma D e.U. ein Bauunternehmen am Standort \*\*\*, \*\*\*.

Herr A hat mit der M GmbH, \*\*\*, \*\*\*, \*\*\*, einen Werkvertrag über die Durchführung von Rohbau-, Kanalisierungs- und Grabungsarbeiten für Versorgungsleitungen, Errichtung von Düwawänden und Kaminen sowie der Verlegung von Terrassenplatten, beginnend ab Oberkante Mauerwerk EG, betreffend die Errichtung von 2 Doppelhäusern in \*\*\*, \*\*\*, mit Baubeginn ca. KW 21-22/2020 und Fertigstellungstermin für den Rohbau am 01.08.2020, abgeschlossen zu einem Werklohn in Form einer Pauschale von € 79.798,-, exkl. Mehrwertsteuer.

Der Beschwerdeführer hat mit Herrn J, handelsrechtlicher Geschäftsführer der N GmbH, \*\*\*, \*\*\* (im Folgenden kurz: GmbH), einen „Werkvertrag“ am 01.06.2020 abgeschlossen, mit welchen die Rohbauarbeiten aus oben genanntem Auftrag an die GmbH weitergeben werden sollten. Ein Werklohn ist darin nicht enthalten.

Diesem Vertrag liegt ein von Herrn J erstelltes Angebot vom 27.05.2020 zugrunde, in dem der Arbeitsbeginn mit 02.06.2020 festgelegt ist. Als Werklohn ist darin ein Preis von € 45.120,- enthalten.

Weder der „Werkvertrag“ noch das Angebot vom 27.05.2020 konkretisieren das geschuldete Werk. Ein eigenständiges, gewährleistungstaugliches Werk liegt nicht vor. Regiearbeiten wurden nicht vereinbart.

Mit der Ausführung der gegenständlichen Bauarbeiten waren Herr E (bei der Kontrolle als O vom gefälschtem Ausweis ausgewiesen), StA: Albanien, Herr F, StA: Albanien, Herr G, StA: Kosovo, Herr H, StA: Kosovo jedenfalls am 19.08.2020 beschäftigt, wobei die Herren E und G am Tag der Kontrolle durch die Finanzpolizei am 19.08.2020 mit Stemmarbeiten beschäftigt waren, welche nicht vom „Werkvertrag“ vom 01.06.2020 und dem Angebot vom 27.05.2020 umfasst sind.

Diese Arbeiten wurden mit Geräten des Beschwerdeführers ausgeführt. Herr E und Herr Herr G haben mit dem Beschwerdeführer einen Lohn von € 80,- vereinbart. Mit Herrn F war ein Lohn von €10,- pro Stunde vereinbart. Herr F wurde beim Tragen von Ziegeln betreten.

Die genannten Arbeiter wurden vor Arbeitsantritt nicht vom Beschwerdeführer zur Sozialversicherung angemeldet.

Herrn B war auf der Baustelle bis zum Tag der Kontrolle bei der P e.U. beschäftigt und wurde auch von dieser bezahlt.

Neben den genannten Arbeitern waren auch die vom Beschwerdeführer angestellten L und Herr Q auf der Baustelle mit gegenständlichen Bauarbeiten beschäftigt.

Der Beschwerdeführer hat, da für die Errichtung der Decke zu wenige Steher auf der Baustelle vorhanden waren, selbst welche angemietet, auf die Baustelle verbracht und ausgeladen.

Am 17.06.2020 hat der beim Beschwerdeführer beschäftigte Herr K Arbeiter von der Baustelle verwiesen, weil diese nicht ordnungsgemäß gekleidet waren. Am Kontrolltag hat Herr K die Herren G und E auf die Baustelle gefahren.

Über das Vermögen der N GmbH wurde mit Beschluss des LG \*\*\* vom 27.08.2019, AZ \*\*\*, ein Konkursverfahren eröffnet. Mit Beschluss vom 10.09.2019 wurde die Schließung des Unternehmens wegen Masseunzulänglichkeit angeordnet. Mit Beschluss vom 18.10.2019 wurde der Wegfall der Masseunzulänglichkeit angezeigt. Mit Beschluss vom 12.08.2020 wurde durch rechtskräftige Bestätigung des Sanierungsplanes der Konkurs aufgehoben.

Mit Beschluss vom 15.10.2021 wurde ein Konkursverfahren über R GmbH, vormals N GmbH in Liqu. eröffnet.

#### Beweiswürdigung:

Soweit im Folgenden nicht näher darauf eingegangen wird, ergibt sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorliegenden Akteninhalt und ist unbestritten.

Der Umfang des vom Beschwerdeführer übernommenen Auftrags ergibt sich aus der Vertragsurkunde im Akt der belangten Behörde und seiner Aussage vom 20.08.2020 vor der Finanzpolizei, welche im Akt der belangten Behörde einliegt. Dort ist auf Seite 2, letzter Absatz die Aussage des Beschwerdeführers festgehalten, dass sein Unternehmen mit der Errichtung von 2er Doppelhaushälften, genauer gesagt mit „Rohbauarbeiten, Düwawände, Terrassenplatten, Kamine, Kanalisierungsarbeiten, Grabungsarbeiten für Versorgungsleitungen“ beauftragt worden sei. Weiters wird auf Seite 4 festgehalten, dass der Beschwerdeführer ausgesagt hat, dass er Stemmarbeiten für Rohre habe vornehmen müssen.

Dass weder der zwischen dem Beschwerdeführer und der N GmbH abgeschlossene „Werkvertrag“ vom 01.06.2020 noch das Angebot vom 27.05.2020 das geschuldete Werk konkretisieren, ergibt sich aus den im Akt einliegenden Urkunden. Die „Werkvertragsurkunde“ enthält keine Ausführungen über das konkret geschuldete Werk. Es wird darin auf ein Angebot vom 30.04.2020 sowie auf noch zu übermittelnde Polier- und Statikpläne verwiesen, welche aber nicht vorgelegt wurden.

Aus dem Angebot vom 27.05.2020 sind nur Mengen und daraus sich ergebende Preise enthalten. Diese Mengen beziehen sich nur auf Rohbauarbeiten, nicht jedoch auf z.B. Grabungsarbeiten für Versorgungsleitungen, Terrassenplatten oder Kanalisierungsarbeiten.

Dass kein eigenständiges, gewährleistungstaugliches Werk vorliegt, ergibt sich zunächst aus der mangelnden Konkretisierung der Leistung, aber auch daraus, dass der Beschwerdeführer eigene Angestellte auf der Baustelle zur Errichtung des Rohbaus eingesetzt hat. Zwischen den von den Angestellten des Beschwerdeführers eingesetzten Arbeitern und den verfahrensgegenständlichen ausländischen Arbeitern verrichteten Arbeiten kann nicht unterschieden werden.

Dass der Beschwerdeführer die eigenen Arbeiter Q und L eingesetzt hat, hat dieser selbst in der „Rechtfertigung“ vom 25.02.2021 ausgeführt und entspricht dies auch der Aussage des Herrn L in der mündlichen Verhandlung vom 15.06.2021 im Verfahren zu LVwG-S-2338/001-2021.

Dieser hat ausgesagt:

„Ich habe dort jeden Tag und zwar die ganze Woche gearbeitet. Ich habe mit zwei anderen Leuten geholfen die Decke zu schalen.

Auf der Baustelle war ich ganz am Anfang mit Herrn T, seinem Vater und noch einem dritten auf der Baustelle. Die drei haben auch gearbeitet und geschalt.“

Zudem hat der Beschwerdeführer selbst Steher für die Deckenerrichtung organisiert, auf die Baustelle verbracht und dort ausgeladen. Dies hat der Beschwerdeführer selbst in der mündlichen Verhandlung vom 15.06.2021 im Verfahren zu LVwG-S-2338/001-2021 ausgesagt.

Dass keine Regiearbeiten zwischen dem Beschwerdeführer und Herrn T vereinbart wurden, hat der Beschwerdeführer selbst in der mündlichen Verhandlung vom 15.06.2021 im Verfahren zu LVwG-S-2338/001-2021 ausgesagt.

Die Feststellung, dass die Herren E und G am Tag der Kontrolle durch die Finanzpolizei am 19.08.2020 mit Stemmarbeiten beschäftigt waren, welche nicht vom „Werkvertrag“ vom 01.06.2020 und dem Angebot vom 27.05.2020 umfasst waren und diese Arbeiten mit Geräten des Beschwerdeführers ausgeführt wurden, gründet sich auf die Aussage des Beschwerdeführers vom 20.08.2020 vor der Finanzpolizei. Das Einvernahmeprotokoll liegt im Akt der belangten Behörde.

Dort sagt der Beschwerdeführer aus: „...Wir mussten Stemmarbeiten für Rohre an der gegenständlichen Baustelle vornehmen und hat der S gefragt, ob er ihm 2 Arbeiter zur Verfügung stellen könnte. Mein Bruder hat dann diese beiden Arbeiter von deren Wohnadressen in \*\*\* abgeholt und diese auf die Baustelle mit dem Auto gebracht. Die Stemmarbeiten werden von meiner Firma durchgeführt. ...

Diese Bohrmaschine ist lt. Vorgelegten Foto von mir.

...

Die beiden Arbeiter G und O (Alias) habe ich auch auf anderen Baustellen eingesetzt und zwar auf einer Baustelle in Baden für die Demontage alter Fenster, das war vor, ca. 3-4 Tagen.

...“

Dass Herr E und Herr G mit dem Beschwerdeführer einen Lohn von € 80,- und Herr F einen Lohn von €10,- pro Stunde mit dem Beschwerdeführer vereinbart haben, ergibt sich aus den im Akt der belangten Behörde einliegenden, von den Arbeitern selbst ausgefüllten, in ihrer Landessprache gehaltenen Personenblätter. Auch wenn Herr F den von ihm als Arbeitgeber angeführten Namen des Beschwerdeführers im Personenblatt wieder durchgestrichen hat, hat er doch dessen Telefonnummer dort vermerkt.

Die zur Beurteilung des festgestellten Sachverhaltes maßgeblichen Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes lauten wie folgt:

§ 4 Abs. 2

Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hierzu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen. Als Dienstnehmer gelten jedenfalls Personen, die mit Dienstleistungsscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG), BGBl. I Nr. 45/2005, entlohnt werden. 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/innen von Geld- oder Sachleistungen nach dem Freiwilligengesetz.

§ 33 Abs. 1 ASVG idF BGBl. I. Nr. 44/2016

(1) 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.

(1a) Der Dienstgeber hat die Anmeldeverpflichtung so zu erfüllen, dass er in zwei Schritten meldet, und zwar

1. vor Arbeitsantritt die Beitragskontonummer, die Namen und Versicherungsnummern bzw. die Geburtsdaten der beschäftigten Personen, den Tag der Beschäftigungsaufnahme sowie das Vorliegen einer Voll- oder Teilversicherung und
2. die noch fehlenden Angaben mit der monatlichen Beitragsgrundlagenmeldung für jenen Beitragszeitraum, in dem die Beschäftigung aufgenommen wurde.

§ 35 Abs. 1

Als Dienstgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt 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. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

§ 111 Abs. 1 und 2

(1) Ordnungswidrig handelt, wer als Dienstgeber oder sonstige nach § 36 meldepflichtige Person (Stelle) oder nach § 42 Abs. 1 auskunftspflichtige Person oder als bevollmächtigte Person nach § 35 Abs. 3 entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes

1. die Anmeldung zur Pflichtversicherung 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 oder
5. gehörig ausgewiesenen Bediensteten der Versicherungsträger einen Ausweis oder eine sonstige Unterlage zur Feststellung der Identität nicht vorzeigt oder
6. gehörig ausgewiesenen Bediensteten der Versicherungsträger die zur Durchführung ihrer Aufgaben erforderlichen Auskünfte nicht erteilt.

(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.

Das Landesverwaltungsgericht Nö hat erwogen wie folgt:

Zunächst ist auszuführen, dass der Beschwerdeführer die ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen in der Beschwerde inhaltlich überhaupt nicht bestritten und nur formelle Mängel beanstandet hat.

Zu den behaupteten formellen Mängeln ist dazu auszuführen, dass die Vollmacht nach § 10 AVG auch die Zustellvollmacht nach § 9 Zustellgesetz umfasst.

Gemäß § 9 Abs. 3 Zustellgesetz hat die Behörde, soweit gesetzlich nicht anderes bestimmt ist, den Zustellbevollmächtigten als Empfänger zu bezeichnen. Geschieht dies nicht, so gilt die Zustellung als in dem Zeitpunkt bewirkt, in dem das Dokument dem Zustellungsbevollmächtigten tatsächlich zugekommen ist.

Die Zustellung des gegenständlich angefochtenen Bescheides wurde § 9 Abs. 3 Zustellgesetz entsprechend an den Vertreter des Beschwerdeführers verfügt und an die Adresse des Vertreters adressiert zugestellt.

In der Beschwerde wird ebenfalls auf § 9 Zustellgesetz hingewiesen, und dass der Zustellbevollmächtigte als Empfänger zu bezeichnen ist.

Genau das hat die belangte Behörde getan unter Nennung des Beschwerdeführers mit dem Zusatz „i.V. von A“.

Ein Zustellmangel kann hier nicht erblickt werden.

Die belangte Behörde hat § 111 ASVG zitiert, der in seinem Absatz 2 einen Verweis auf § 20 und § 21 VStG enthält. Auch wenn § 21 VStG nicht mehr gilt und nunmehr durch den inhaltsgleichen § 45 Abs. 1 Z 4 VStG „ersetzt“ wurde, erschließt sich dem erkennenden Gericht nicht, inwiefern dies die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung nach sich ziehen könnte, liegt hier doch allenfalls ein Versäumnis des Gesetzgebers vor, eine Richtigstellung vorzunehmen.

Zu den Tatvorwürfen ist inhaltlich zunächst noch einmal darauf hinzuweisen, dass diese vom Beschwerdeführer nicht bestritten wurden.

Im Hinblick auf die Kognitionsbefugnis des erkennenden Gerichts kann ungeachtet dessen eine weitergehende Prüfung der angefochtenen Entscheidung durchgeführt werden.

Betreffend den Arbeitnehmer B ist auszuführen, dass dieser zeugenschaftlich am 25.03.2020 von der Landespolizeidirektion Wien einvernommen wurde und ausgesagt hat, dass er bei der P e.U. beschäftigt war und auch von dieser bezahlt wurde.

Eine Beschäftigung des Herrn B in wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit gegen Entgelt durch den Beschwerdeführer liegt daher nicht vor.

Das Straferkenntnis war daher in diesem Punkt aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Betreffend der übrigen im angefochtenen Straferkenntnis angeführten Arbeitnehmer ist auszuführen wie folgt:

Bei der Prüfung der Versicherungspflicht nach § 4 ASVG ist die vertragliche Gestaltung der Beschäftigung in die Beurteilung des Gesamtbildes derselben einzubeziehen, wobei entscheidend bleibt, ob bei der tatsächlichen (und nicht bloß bei der vereinbarten) Beschäftigung im Rahmen der Beurteilung des Gesamtbildes derselben die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen (vgl. VwGH 2007/08/0179 mit Hinweis auf 88/08/0269).

Wird jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen, das heißt arbeitend, unter solchen Umständen angetroffen, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, ist die Behörde berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn auszugehen, sofern nicht atypische Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen. Spricht also die Vermutung für ein Dienstverhältnis, dann muss die dies bestreitende Partei ein ausreichend substantiiertes Vorbringen erstatten, aus dem man anderes ableiten könnte (vgl. VwGH vom 16.11.2011, Zl. 2008/08/0262, vom 19.12.2012,

Zl. 2012/08/0165 und vom 15.05.2013, Zl. 2011/08/0130 u.a.).

Bei dem zwischen dem Beschwerdeführer und Herrn J abgeschlossenen Vertrag handelt es sich um keinen Werkvertrag, da hier kein gewährleistungstaugliches Werk geschuldet wird, wie bereits oben ausgeführt. Es fehlt die Konkretisierung der Leistung und hat der Beschwerdeführer eigene Angestellte auf der Baustelle zur Errichtung des Rohbaus eingesetzt hat, sodass zwischen den von den Angestellten des Beschwerdeführers eingesetzten Arbeitern und den verfahrensgegenständlichen ausländischen Arbeitern verrichteten Arbeiten nicht unterschieden werden kann. Außerdem haben die Arbeiter bei den Stemmarbeiten Arbeitsmaterial des Beschwerdeführers verwendet. Der Beschwerdeführer hat auch die Steher für die Errichtung der Decke organisiert und zur Verfügung gestellt.

Die Arbeitnehmer E und G waren am Tag der Kontrolle durch die Finanzpolizei am 19.08.2020 mit Stemmarbeiten beschäftigt waren, welche nicht vom „Werkvertrag“ vom 01.06.2020 und dem Angebot vom 27.05.2020 umfasst sind.

Diese Arbeiten wurden mit Geräten des Beschwerdeführers ausgeführt. Herr E und Herr Herr G haben mit dem Beschwerdeführer einen Lohn von € 80,- vereinbart. Mit Herrn F war ein Lohn von €10,- pro Stunde vereinbart. (siehe Personenblätter)

Gemäß § 539a Abs. 1 ASVG ist 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.



Es ist daher unerheblich, dass die Vertragsurkunde als „Werkvertrag“ betitelt wurde.

Nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt waren die verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beim Beschwerdeführer beschäftigt, wobei anzumerken ist, dass nach ständiger Judikatur des VwGH (z.B. E vom 21.12.2011, Zl. 2010/08/0089) bei einfachen manuellen Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten, worunter zweifelsohne auch die vorliegenden Bauhilfstätigkeiten (gegenständlich Stemmarbeiten, Tragen von Ziegeln) zählen, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und auf die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlauben, in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte, das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden kann (vgl. dazu auch die hg. Erkenntnisse vom 27.07.2001, Zl. 99/08/0030, vom 20.11.2002, Zl.2000/08/0021, vom 23.04.2003, Zl.98/08/0270, vom 17.11.2004, Zl.2001/08/0131 und vom 24.01.2006, Zl. 2004/08/0202).

Mangels Vorliegens eines Werkvertrages ist auch der Beschwerdeführer als Dienstgeber der verfahrensgegenständlichen Arbeitnehmer im Sinne des § 35 ASVG anzusehen, da die Baustelle auf seine Rechnung geführt wurde.

Nach § 35 Abs. 1 ASVG ist es für die Dienstgebereigenschaft auch unerheblich, ob der Beschwerdeführer die Dienstnehmer selbst oder durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist.

Der Beschwerdeführer hat, da er die Anmeldung der Dienstnehmer zur Sozialversicherung vor Arbeitsantritt unterlassen hat, den objektiven Tatbestand der ihm unter den lit. a) und c) bis e) zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen verwirklicht.

Zum Verschulden:

Bei den gegenständlichen Übertretungen handelt es sich um Ungehorsamsdelikte im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG.

Danach genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt.

Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgen eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand eine 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.

Mangelndes Verschulden hat der Beschwerdeführer nicht glaubhaft machen können.

Es ist ihm daher jedenfalls fahrlässiges Verhalten anzulasten.

§ 19 VStG bestimmt:

„(1) Grundlage für die Bemessung der Strafe sind die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

(2) Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind 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 §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.“

Die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes kann nicht als geringfügig angesehen werden, liegt doch der Schutzzweck der übertretenen Norm einerseits auf der Sicherstellung der Pflichtversicherung für die Beschäftigten, aber darüber hinaus liegt der wesentliche Zweck in der vor Arbeitsantritt zu erfüllenden Meldepflicht noch viel mehr in der Bekämpfung der Schwarzarbeit. Insoweit besteht hierin ein besonderes öffentliches Interesse.

Auch das Verschulden kann nicht als geringfügig angesehen werden. Dem Beschwerdeführer war die Kenntnis der einschlägigen Normen zumutbar. Bei Zweifel über die Verpflichtung zur Anmeldung der genannten Dienstnehmer hätte der Beschwerdeführer Erkundigungen bei der zuständigen Behörde einholen können.

Das strafbare Verhalten des Beschwerdeführers ist nicht wesentlich hinter dem in der übertretenen Norm vertypen Unrechtsgehalt zurückgeblieben, weshalb die Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG nicht in Betracht gekommen ist.

Aus demselben Grund konnte auch die gesetzliche Mindeststrafe nach § 111 Abs. 2 ASVG nicht unterschritten werden, da schon die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und das Verschulden nicht als geringfügig anzusehen waren.

Milderungsgrund ist keiner gegeben.

Erschwerungsgründe sind keine gegeben.

Die Anwendung des § 20 VStG ist nicht in Betracht gekommen, da der Beschwerdeführer zur Tatzeit kein Jugendlicher war und auch keine Milderungsgründe vorliegen, welche die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen würden.

Der Beschwerdeführer bezieht laut eigenen Angaben 1.000 Euro netto im Monat, hat Schulden in Höhe von circa 260.000 Euro, ist Alleineigentümer einer Liegenschaft an der Wohnadresse im Wert von circa 300.000 Euro und für vier minderjährige Kinder sorgepflichtig.

Die belangte Behörde hat fälschlicher Weise eine Gesamtgeldstrafe verhängt.

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs, dass die Verletzung der Verpflichtung zur Anmeldung der Pflichtversicherung unterliegender Personen nach § 33 Abs. 1 ASVG nicht gemeinsam mit anderen unterlassenen Anmeldungen weiterer Dienstnehmer als einheitliches (fortgesetztes) Delikt angesehen werden kann und die Verletzung der Meldepflicht hinsichtlich jedes einzelnen Dienstnehmers daher eine - gesondert zu verfolgende - Verwaltungsübertretung im Sinn des § 111 Abs. 1 Z 1 ASVG darstellt (vgl. VwGH 14.11.2018, Ra 2016/08/0082, mwN).

Die Gesamtgeldstrafe entspricht dem Fünffachen der Mindestgeldstrafe von € 730,-.

Das erkennende Gericht hat entsprechend der zitierten Judikatur der Bestrafung vier eigenständige Übertretungen (unter Berücksichtigung der Aufhebung des Straferkenntnisses zu einem Dienstnehmer) zugrunde zu legen und bei gleichzeitiger Aufteilung der Gesamtgeldstrafe - und Ersatzfreiheitsstrafe - jeweils die gesetzliche Mindestgeldstrafe verhängt.

Die nunmehr in vier Fällen verhängte Mindestgeldstrafe von 730 Euro erweist sich als tat-, täter- und schuldangemessen, und zwar auch unter Berücksichtigung tristester wirtschaftlicher Verhältnisse.

Da für die Festsetzung der Ersatzfreiheitsstrafe dieselben Strafzumessungskriterien heranzuziehen sind, erweist sich auch die nunmehr jeweils bestimmte Ersatzfreiheitsstrafe als gerechtfertigt.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, da im gegenständlichen Verfahren keine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere, weil die Entscheidung nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

### **Schlagworte**

Sozialversicherungsrecht; Verwaltungsstrafe; Anmeldung; Pflichtversicherung; Dienstgeber;

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

ECLI:AT:LVWGN:2022:LVwG.S.2353.001.2022

### **Zuletzt aktualisiert am**

22.12.2022

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Niederösterreich LVwG Niederösterreich, <http://www.lvwg.noel.gv.at>