

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

24.11.2010

Geschäftszahl

2009/08/0262

Beachte**Serie (erledigt im gleichen Sinn):**

2011/08/0003 E 27. April 2011

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Strohmayr, Dr. Lehofer, Dr. Doblinger und MMag. Maislinger als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Peck, über die Beschwerde des Finanzamtes S, gegen den Bescheid des unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Salzburg vom 9. September 2009, Zl. UVS-38/10023/2-2009, betreffend Übertretung des § 111 iVm § 33 ASVG (weitere Partei: Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz; mitbeteiligte Partei: C in S), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Begründung

Das beschwerdeführende Finanzamt erstattete am 4. September 2008 Anzeige gegen die Mitbeteiligte wegen Übertretung des ASVG (§ 111 Abs. 1 iVm § 33 Abs. 1 ASVG) an den Magistrat S. Am 18. Juni 2008 sei eine Kontrolle des Securitypersonals für das r Nationalteam anlässlich der EURO 2008 durch das beschwerdeführende Finanzamt durchgeführt worden. Dabei sei festgestellt worden, dass mehrere Arbeitnehmer von der A GmbH & Co KEG gestellt worden seien. Mehrere dieser Arbeitnehmer (insgesamt 14) seien erst nach Arbeitsbeginn angemeldet worden. Die Mitbeteiligte sei die zur Vertretung nach außen Berufene der A GmbH & Co KEG. In angeschlossenen Unterlagen wurden jeweils Dauer und Ausmaß der Beschäftigung der einzelnen Arbeitnehmer angeführt; zur Entlohnung wurde ausgeführt, dass diese pro Stunde EUR 8,58 betragen habe.

Der Bürgermeister der Stadt S richtete am 12. September 2008 eine Aufforderung zur Rechtfertigung an die Mitbeteiligte: Der Mitbeteiligten werde zur Last gelegt, sie habe als gemäß § 9 VStG zur Vertretung nach außen berufenes Organ der A GmbH & Co KEG als Dienstgeberin für diese zu verantworten, dass - wie Organe des beschwerdeführenden Finanzamtes bei einer Kontrolle im Hotel K in L am 18. Juni 2008 um 20.00 Uhr festgestellt hätten - näher angeführte Arbeitnehmer (insgesamt 14) beschäftigt worden seien, ohne diese vor Arbeitsbeginn beim zuständigen Krankenversicherungsträger angemeldet zu haben. Sie habe dadurch die Rechtsvorschrift des § 33 Abs. 1 iVm § 111 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG verletzt.

Die Mitbeteiligte gab am 21. Oktober 2008 niederschriftlich vernommen - "nach Kenntnisnahme des Sachverhaltes" - an, sie hätte anlässlich der EURO 2008 mit einem anderen Unternehmen zusammen gearbeitet und diesem ein Kontingent von Mitarbeitern gemeldet. Da mit dem gemeldeten Personal letztlich nicht das Auslangen gefunden worden sei, seien Ersatzleute geschickt worden, wodurch sich der Dienstplan mehrfach geändert habe. Es sei daher nicht immer möglich gewesen, die Dienstnehmer vor ihrem Einsatz bei der Gebietskrankenkasse anzumelden, da sie nicht gewusst habe, wer gerade zum Einsatz kommen werde. Bei den zu den Zahlen 7 bis 10 genannten Personen stimme der Beginn der Beschäftigung nicht (laut Anzeige und Aufforderung zur Rechtfertigung: Arbeitsbeginn jeweils am 3. Juni 2008 um 24.00 Uhr; Anmeldung am 4. Juni 2008 um

12.35 Uhr): Bei diesen vier Arbeitnehmern sei der Dienstplan nicht in der vorliegenden Form eingehalten, sondern kurzfristig umgekrempelt worden, sie seien erst am 4. Juni 2008 um 20.00 Uhr zum Einsatz gekommen. Diese vier Personen seien somit rechtzeitig bei der Gebietskrankenkasse angemeldet worden.

Das beschwerdeführende Finanzamt äußerte sich zu dieser Vernehmung dahin, dass laut Einsatzliste die angeführten Personen bereits ab 3. Juni 2008, 24.00 Uhr im Einsatz gewesen seien; es erscheine unwahrscheinlich, dass die Einsatzliste mit den unrichtigen Einsatzzeiten nicht geändert worden wäre, hätten die angeführten Einsatzzeiten nicht den tatsächlichen Zeiten entsprochen.

Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt S vom 26. Mai 2009 wurde über die Mitbeteiligte eine Geldstrafe von jeweils EUR 365,-- (Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen) verhängt, weil sie als gemäß § 9 VStG zur Vertretung nach außen berufenes Organ der A GmbH & Co KEG als Dienstgeberin für diese zu verantworten habe, dass näher genannte (insgesamt 14) Arbeitnehmer beschäftigt worden seien, ohne die Beschäftigten vor Arbeitsbeginn beim zuständigen Krankenversicherungsträger angemeldet zu haben.

Sie habe dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt: "§ 33 Abs. 1 i. V.m. Abs. 2 i.Z.m. § 111 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2" ASVG. Begründend führte der Bürgermeister aus, die Mitbeteiligte bestreite den vorliegenden Sachverhalt grundsätzlich nicht. Zu den zu den Zahlen 7 bis 10 genannten Arbeitnehmern werde auf die Stellungnahme des Finanzamtes verwiesen, wonach die Einsatzliste nicht geändert worden sei.

Die Mitbeteiligte erhob - anwaltlich vertreten - gegen diesen Bescheid betreffend die zu den Zahlen 7 bis 10 genannten Dienstnehmer Berufung. Die Mitbeteiligte habe insoweit angegeben, dass hinsichtlich dieser Personen der Dienstplan kurzfristig geändert worden sei, sodass diese Personen rechtzeitig bei der Gebietskrankenkasse angemeldet worden seien. Das Vorbringen hätte durch die Einvernahme dieser Personen und durch Einholung entsprechender Auskünfte bei dem Unternehmen, mit dem die A GmbH & Co KEG zusammen gearbeitet habe, überprüft und bestätigt werden können. Der Bürgermeister habe sich hingegen mit der lapidaren Stellungnahme des Finanzamtes zufrieden gegeben. Einer der Mitarbeiter habe auch eine Klage gegen den Dienstgeber eingebracht und dabei vorgebracht, dass das Dienstverhältnis am 4. Juni 2008 um 20.00 Uhr begonnen habe.

Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung Folge und hob das erstinstanzliche Straferkenntnis "hinsichtlich der Spruchteile 7. bis 10." auf; die betreffenden Verwaltungsstrafverfahren wurden gemäß § 45 Abs. 1 Z 3 VStG eingestellt. Begründend führte die belangte Behörde aus, § 33 ASVG unterscheide zwischen der Meldung krankenversicherter Personen in seinem Abs. 1 und der Meldung bloß geringfügig Beschäftigter in seinem Abs. 2. Bestrafe die Behörde daher wegen Übertretung des § 33 Abs. 1 ASVG (Nichtanmeldung krankenversicherter Personen), so habe sie in der Begründung die Krankenversicherungspflicht der Beschäftigung, also einen Entgeltanspruch, der die Geringfügigkeitsgrenze übersteige, darzutun. Es sei sohin zumindest die Feststellung eines solchen Umfanges der Arbeitsverpflichtung darzutun, dass daraus verlässlich auf einen die Geringfügigkeitsgrenze übersteigenden Anspruchslohn geschlossen werden dürfe. Gelingen ihr dies nicht, käme nur ein Schuldspruch nach § 33 Abs. 1 iVm Abs. 2 ASVG in Betracht. Der Spruch eines Straferkenntnisses habe unter anderem die als erwiesen angenommene Tat zu enthalten. Dies habe durch Angabe von Tatort, Tatzeit sowie des wesentlichen Inhaltes des Tatgeschehens zu erfolgen. Tatbildlich im Sinne des § 33 Abs. 1 ASVG handle aber nicht jeder Arbeitgeber bei Bestehen (irgendeiner) Pflichtversicherung. Nach dieser Bestimmung sei nur jeder in der Krankenversicherung nach dem ASVG Pflichtversicherte zu melden. Mit dem erstinstanzlichen Straferkenntnis sei lediglich vorgeworfen worden, die angeführten Arbeitnehmer seien beschäftigt worden, ohne diese vor Arbeitsbeginn beim zuständigen Krankenversicherungsträger angemeldet zu haben. Es sei eine Übertretung gemäß "§ 33 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2" ASVG zur Last gelegt worden. Es sei nicht angelastet worden, ob es sich jeweils um eine Beschäftigung gehandelt habe, die der Pflichtversicherung in der Krankenversicherung gemäß § 33 Abs. 1 ASVG unterlegen sei oder ob bloß in der Unfallversicherung eine Pflichtversicherung bestanden habe, weshalb sich die Meldepflicht aus § 33 Abs. 2 ASVG ergebe. Auch in keiner anderen Verfolgungshandlung seien Ausführungen dazu enthalten, ob es sich um in der Krankenversicherung pflichtversicherte Dienstnehmer gehandelt habe. Da aus dem erstinstanzlichen Straferkenntnis nicht eindeutig entnehmbar sei, welche Übertretungen der Mitbeteiligten angelastet würden, sei das Verwaltungsstrafverfahren wegen zwischenzeitlich eingetretener Verfolgungsverjährung gemäß § 45 Abs. 1 Z 3 VStG einzustellen gewesen.

Gegen diesen Bescheid wendet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in welcher sie die Abweisung der Beschwerde beantragte.

Die Mitbeteiligte beteiligte sich nicht am verwaltungsgerichtlichen Verfahren.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 3 VwGG gebildeten Senat erwogen:

1. Gemäß § 33 Abs. 1 ASVG haben die Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach diesem Bundesgesetz in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Vollversicherte und Teilversicherte) vor Arbeitsbeginn beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden, wobei diese Anmeldepflichtung auch in zwei Schritten erfüllt werden kann (§ 33 Abs. 1a ASVG).

Für die nur in der Unfall- und Pensionsversicherung sowie für die nur in der Unfallversicherung nach § 7 Z 3 lit. a ASVG Pflichtversicherten gilt § 33 Abs. 1 ASVG 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 (§ 33 Abs. 2 ASVG).

Nach § 111 ASVG begehen Dienstgeber, im Falle einer Bevollmächtigung nach § 35 Abs. 3 ASVG die Bevollmächtigten, die der ihnen auf Grund dieses Bundesgesetzes obliegenden Verpflichtung (u.a.) zur Erstattung von Meldungen und Anzeigen nicht oder nicht rechtzeitig nachkommen, eine Verwaltungsübertretung und werden von der Bezirksverwaltungsbehörde in einer näher genannten Weise bestraft.

2. Dass die Mitbeteiligte zur Vertretung der A GmbH & Co KEG (wie sich aus einem vom Verwaltungsgerichtshof beigeschafften Firmenbuchauszug ergibt: als Geschäftsführerin der spanischen Komplementärgesellschaft) nach außen berufen ist und demnach die Meldepflichten zu erfüllen hat, blieb im Verfahren unbestritten.

3. Tatbildlich im Sinne des § 33 Abs. 1 ASVG handelt nicht jeder Arbeitgeber bei Bestehen (irgendeiner) Pflichtversicherung. Nach dieser Bestimmung ist nur jeder in der Krankenversicherung nach dem ASVG Pflichtversicherte zu melden (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. April 1998, Zl. 97/08/0423). § 33 ASVG unterscheidet zwischen der Meldung krankenversicherter Personen im Abs. 1 und der Meldung bloß geringfügig Beschäftigter in § 33 Abs. 2 ASVG. Bestraft die Behörde daher wegen Übertretung des § 33 Abs. 1 ASVG (Nichtmeldung krankenversicherter Personen), so hat sie in der Begründung die Krankenversicherungspflicht der Beschäftigung, d.h. einen Entgeltanspruch, der die Geringfügigkeitsgrenze übersteigt, darzutun. Es ist demnach zumindest ein solcher Umfang der Arbeitsverpflichtung festzustellen, dass daraus (oder aus den lohnrelevanten Vorschriften eines Kollektivvertrages) verlässlich auf einen die Geringfügigkeitsgrenze übersteigenden Anspruchslohn geschlossen werden darf. Gelingt ihr dies nicht, kommt nur ein Schuldspruch nach § 33 Abs. 1 iVm Abs. 2 ASVG in Betracht (vgl. das hg. Erkenntnis vom 27. Juli 2001, Zl. 99/08/0030, VwSlg. 15.653 A/2001). Werden in einem Verwaltungsstrafverfahren Feststellungen dazu getroffen, dass ganztätig Hilfsarbeitertätigkeiten verrichtet wurden und hatte der Beschuldigte im Verwaltungsstrafverfahren nie behauptet, dass die Arbeiter bloß geringfügig beschäftigt worden seien, kann im Ergebnis davon ausgegangen werden, dass der für diesen Tag geschuldete, von einer Vereinbarung unabhängige Anspruchslohn jeweils die tägliche Geringfügigkeitsgrenze überstiegen habe (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. April 2003, Zl. 98/08/0270).

4. Gemäß § 31 Abs. 1 VStG ist die Verfolgung einer Person unzulässig, wenn gegen sie binnen der Verjährungsfrist von der Behörde keine Verfolgungshandlung (§ 32 Abs. 2 und 3 VStG) vorgenommen worden ist.

Verfolgungshandlung ist jede von einer Behörde gegen eine bestimmte Person als Beschuldigten gerichtete Amtshandlung (Ladung, Vorführungsbefehl, Vernehmung, Ersuchen um Vernehmung, Auftrag zur Ausforschung, Strafverfügung u. dgl.), und zwar auch dann, wenn die Behörde zu dieser Amtshandlung nicht zuständig war, die Amtshandlung ihr Ziel nicht erreicht oder der Beschuldigte davon keine Kenntnis erlangt hat (§ 32 Abs. 2 VStG).

Eine Verfolgungshandlung, die gegen einen zur Vertretung nach außen Berufenen (§ 9 Abs. 1 VStG) gerichtet ist, gilt auch als Verfolgungshandlung gegen die anderen zur Vertretung nach außen Berufenen und die verantwortlichen Beauftragten. Eine Verfolgungshandlung, die gegen den Unternehmer (§ 9 Abs. 3 VStG) gerichtet ist, gilt auch als Verfolgungshandlung gegen die verantwortlichen Beauftragten (§ 32 Abs. 3 VStG).

Der Verfolgungshandlung muss entnommen werden können, wegen welcher Tat sich die Verfolgung der Behörde gegen die beschuldigte Person richtet. Im Erkenntnis eines verstärkten Senates des Verwaltungsgerichtshofes vom 3. Oktober 1985, Zl. 85/02/0053, VwSlg. 11.894/A, wurde in Ansehung der Umschreibung der als erwiesen angenommenen Tat im Sinne des § 44a lit. a (nunmehr § 44a Z 1) VStG ausgeführt, dass dieser Bestimmung dann entsprochen werde, wenn a) im Spruch des Straferkenntnisses dem Beschuldigten die Tat in so konkretisierter Umschreibung vorgeworfen ist, dass er (im vorliegenden Verwaltungsstrafverfahren und gegebenenfalls auch in einem Wiederaufnahmeverfahren) in die Lage versetzt wird, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten, um eben diesen Tatvorwurf zu widerlegen, und b) der Spruch geeignet ist, den Beschuldigten (Bestraften) rechtlich davor zu schützen, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden. Das an die Umschreibung der als erwiesen angenommenen Tat zu stellende Erfordernis wird nicht nur von Delikt zu Delikt, sondern auch nach den jeweils gegebenen Begleitumständen in jedem einzelnen Fall ein verschiedenes, weil an den erwähnten Rechtsschutzüberlegungen zu messendes, sein. Diese Rechtsschutzüberlegungen sind auch bei der Prüfung der Frage anzustellen, ob eine taugliche Verfolgungshandlung im Sinne des § 32 Abs. 2 VStG vorliegt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. April 1992, Zl. 91/09/0199).

5. Die Tatbilder des § 111 ASVG iVm § 33 Abs. 1 ASVG (Bestehen einer Krankenversicherung im Rahmen einer Vollversicherung oder einer Teilversicherung) einerseits und jenes des § 111 ASVG iVm § 33 Abs. 2 ASVG (Nichtbestehen einer Krankenversicherung, aber Bestehen einer Teilversicherung entweder in der Unfallversicherung als geringfügig entlohnter Dienstnehmer oder in der Unfall- und Pensionsversicherung) andererseits können - bezogen auf Beschäftigungsverhältnisse im Sinne des § 4 Abs. 1 Z. 1 iVm Abs. 2 oder § 4 Abs. 4 ASVG sowie auf einen konkreten Arbeitnehmer und eine konkrete Tatzeit - nicht nebeneinander

verwirklicht werden, sondern nur alternativ, wobei - bezogen auf den vorliegenden Fall - das Tatbestandselement des Vorliegens einer Teilversicherung nur in der Unfallversicherung gemäß § 7 Z. 3 lit. a ASVG umfänglich enger ist, als jenes der Vollversicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung, die nach § 33 Abs. 1 und 2 ASVG zu melden ist. Eine Bestrafung wegen einer Übertretung des § 33 Abs. 1 und 2 ASVG kommt - bei ansonsten identen Tatumständen hinsichtlich Personen, Zeit und Ort und im Falle von Beschäftigten nach § 4 Abs. 1 Z. 1 iVm Abs. 2 oder nach § 4 Abs. 4 ASVG - daher nur dann in Betracht, wenn eine Bestrafung allein wegen Übertretung des § 33 Abs. 1 ASVG ausscheidet. Eine auch nur versehentliche Doppelbestrafung ist insoweit - bei ansonsten gegebenem Sachverhalt - auszuschließen.

Bei Beschäftigten im Sinne des § 4 Abs. 1 Z. 1 iVm Abs. 2 (und bei jenen iS des § 4 Abs. 4 ASVG) ist es daher unter dem Gesichtspunkt der Zwecke des Rechtsschutzes nach dem Erkenntnis des verstärkten Senates vom 3. Oktober 1985, Slg. Nr. 11.894/A, zur Vermeidung von Doppelbestrafungen und zur eindeutigen Klärung der vorgeworfenen Tat zwar erforderlich, schon in der Aufforderung zur Rechtfertigung, aber auch im Straferkenntnis die Namen der nicht gemeldeten Dienstnehmer sowie den Tatort und -zeitpunkt präzise zu nennen; es reicht im Übrigen aber aus, den Tatverdacht auf § 111 ASVG iVm § 33 Abs. 1 ASVG zu stützen, da diese Bestimmung kraft der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung des § 33 Abs. 2 ASVG auch für geringfügig Beschäftigte gilt und sich das Tatbild insoweit nicht unterscheidet. Es kann daher in solchen Fällen § 33 Abs. 2 ASVG jederzeit im Verfahren dann zusätzlich zu § 33 Abs. 1 ASVG als Grundlage einer Bestrafung herangezogen werden, wenn zwar eine meldepflichtige Beschäftigung im Sinne des § 4 Abs. 2 Z. 1 iVm Abs. 2 ASVG oder im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG feststeht eine Bestrafung wegen Übertretung allein des § 33 Abs. 1 ASVG aber mangels Erweislichkeit einer Vollversicherung nicht in Betracht kommt.

In der Aufforderung zur Rechtfertigung wurden 14 Dienstnehmer mit Vor- und Zunamen, sowie mit Zeit und Ort der Aufnahme der meldepflichtigen Beschäftigung genannt und auf die verletzte Rechtsvorschrift des § 33 Abs. 1 ASVG hingewiesen. Es lag somit innerhalb der Frist für die Verfolgungsverjährung (§ 111 Abs. 3 ASVG; vgl. 77 BlgNR 23. GP, 4 f; 110 BlgNR 23. GP, 13) eine wirksame Verfolgungshandlung betreffend die vorgeworfene Tat des § 33 Abs. 1 ASVG vor. Dieser Tatvorwurf umfasst aber - für den Fall, dass es der Behörde nicht gelingt, einen Beschäftigungsumfang festzustellen, dass daraus verlässlich auf einen die Geringfügigkeitsgrenze übersteigenden Anspruchslohn geschlossen werden kann - auch den Vorwurf eines Verstoßes gegen § 33 Abs. 2 ASVG. Zutreffend ist freilich, dass im Straferkenntnis sodann nachprüfbare Feststellungen dazu zu treffen sind, in welchem Umfang Arbeitsverpflichtungen bestanden und ob sohin - bezogen auf die einzelnen betroffenen Arbeitnehmer - eine Meldepflicht nach § 33 Abs. 1 oder nach § 33 Abs. 2 ASVG bestand. Derartige Feststellungen können aber auch im Verfahren zweiter Instanz nachgeholt werden.

Da die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens wegen eingetretener Verfolgungsverjährung somit nicht der Rechtslage entspricht, war der angefochtene Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

Im fortgesetzten Verfahren wird sich die belangte Behörde insbesondere mit dem Berufungsvorbringen, die genannten Arbeitnehmer seien rechtzeitig angemeldet worden, auseinanderzusetzen haben.

Wien, am 24. November 2010