OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-300977/9/BMa/SH

Datum:
Linz, 30. Jänner 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Mag.[a] Bergmayr-Mann über die Beschwerde der S D, K, E, vom 29. Februar 2016, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 3. Februar 2016, GZ: SV96-177-2014, wegen Übertretungen der Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG)

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) wird der Beschwerde insofern Folge gegeben, als der Schuldspruch hinsichtlich H I D (Spruchpunkt 2) dahingehend abgeändert wird, dass die Wortgruppe „zumindest am 26.11.2014“ durch „am 27.11.2014“ ersetzt wird. Im Übrigen wird der angefochtene Bescheid bestätigt.

II. Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG hat die Beschwerdeführerin einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 292 Euro zu leisten.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I:

1.1. Mit dem in der Präambel angeführten Straferkenntnis wurde die Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) wie folgt schuldig gesprochen und bestraft:

„Sie haben als Dienstgeber im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG

1. Herrn A D, geb., seit 15.10.2014, zumindest aber am 26.11.2014 und
2. Herrn H I D, geb., zumindest am 26.11.2014

in der Fa. „Y P" mit Sitz in E, K, als Arbeiter für Hilfstätigkeiten, somit als Dienstnehmer iSd § 4 Abs. 2 ASVG beschäftigt und obwohl diese Dienstnehmer nicht von der Vollversicherung gemäß § 5 ASVG ausgenommen und somit in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung (vollversichert) versichert sind, hierüber keine zumindest mit den Mindestangaben ausgestattete Meldung bei der Oö. Gebietskrankenkasse, 4020 Linz, Gruberstr. 77, als zuständigem Krankenversicherungsträger, vor Arbeitsantritt erstattet. Sie wären als Dienstgeber verpflichtet gewesen, die Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden, diese Meldung wurde jedoch nicht erstattet.

Sie haben dadurch jeweils folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

Zu 1. § 33 Abs. 1 iVm § 111 Abs. 1 Z 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG, BGBl. Nr. 189/1995, idgF

Zu 2. § 33 Abs. 1 iVm § 111 Abs. 1 Z 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG, BGBl. Nr. 189/1995, idgF

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von Euro		falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	gemäß
Zu 1.)	730	113 Stunden	§ 111 Abs. 2 ASVG
Zu 2.)	730	113 Stunden	§ 111 Abs. 2 ASVG

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

146 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, mindestens jedoch 10 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro)

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

1.606 Euro“

2.1. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde vom 29. Februar 2016. Der Akt wurde dem LVwG Oö. mit Schreiben vom 1. März 2016 vorgelegt.

2.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt der belangten Behörde und am 18. März 2016 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der die Bf und eine Vertreterin der Organpartei gekommen sind. Das Verfahren wurde aus verwaltungsökonomischen Gründen mit jenem von H I D, (LVwG-300883-2015) zur gemeinsamen Verhandlung verbunden.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Die Bf ist Inhaberin der Bäckerei „Y P“ mit Sitz in E, K. Am 26.11.2014 wurde eine Kontrolle durch die Finanzpolizei im Betrieb der Bf durchgeführt.
H I D wurde auf einem Treppenzugang angetroffen, von dem sowohl eine Verbindung zum Betrieb der S D als auch zu den darüber liegenden Wohnungen, in der auch H D selbst mit seiner Familie wohnt, besteht. Er hat Müll nach draußen gebracht. Es kann nicht festgestellt werden, dass es sich dabei um betrieblichen Müll gehandelt hat.
Es kann keine betriebliche Tätigkeit des H I D am 26.11.2014 festgestellt werden.

A D hat ab 27.11.2014 von Montag bis Freitag jeweils zwei Stunden im Betrieb der Bf gearbeitet und am Samstag nach Bedarf, wenn ein Auftrag abzuarbeiten war. Er hat ca. eine halbe Stunde zum Verpacken des Brots benötigt und die restliche Zeit mit Reinigungs- und Vorbereitungsarbeiten verbracht.
I H D hat ab 27.11.2014 die gesamte Auslieferung des Brotes der Bäckerei „Y P“ übernommen.

Zwei Tage nach der durchgeführten Kontrolle, also am 28.11.2014 ist bei der OÖ GKK die Anmeldung des H I D und des A D eingelangt. Als Beginn der Beschäftigung beider Dienstnehmer wurde der 27. November 2014 angegeben.
Nach der Kontrolle des Finanzamts hat A D, der Ehegatte der Bf geäußert, dass nun die Anmeldung zur Sozialversicherung gemacht wird (Seite 4 des Tonbandprotokolls vom 18. März 2016).

Die Aufforderung zur Rechtfertigung vom 16.12.2014 lautet auszugsweise:
„Sie haben als Gewerbeinhaberin Ihres Unternehmens mit Sitz in E, K, verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass Sie als Dienstgeber
1. Herrn A D, geb., als Dienstnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt als Arbeiter im Ausmaß einer geringfügigen

Beschäftigung zumindest seit 15.10.2014 beschäftigt haben, ohne vor Arbeitsantritt (15.10.2014), und
2. Herrn H I D, geb., als Dienstnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt als Arbeiter im Ausmaß einer geringfügigen Beschäftigung zumindest seit 26.11.2014 beschäftigt haben, ohne vor Arbeitsantritt (26.11.2014),
eine zumindest mit den Mindestangaben ausgestattete Meldung bei der OÖ Gebietskrankenkasse mit Sitz in 4020 Linz, Gruberstraße 77, als zuständiger Sozialversicherungsträger zu erstatten. ...“

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorliegenden Verwaltungsakt der belangten Behörde und der Angabe der Bf in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 18. März 2016 ergibt.
In dieser Verhandlung wurden neben dem Bf zwei Zeugen befragt. Die Betreiberin der Bäckerei hat bereits anlässlich der Kontrolle am 26.11.2014 angegeben gehabt, dass H I D bis zum 27. November 2014 nicht in ihrem Betrieb gearbeitet hat und diese Aussage in der mündlichen Verhandlung wiederholt.
Der Zeuge D, der den Vermerk hinsichtlich der Beschäftigung des H I D auf Seite 2 des Personenblatts angefertigt hatte, konnte nicht ausschließen, dass es sich bei dem von ihm notierten Vermerk um ein Missverständnis gehandelt hat, wurde doch der Befragung des H I D kein Dolmetsch beigezogen (Seite 9 des Sprachprotokolls vom 18.03.2016).
Er konnte auch keine Angaben hinsichtlich der Qualität des von H I D verbrachten Mülls machen, ob dieser in der Bäckerei angefallen oder privater Hausmüll war.
Vom Ehegatten der Bf wurde beim Ausfüllen des Personenblatts angegeben, er würde von Montag bis Samstag jeweils zwei Stunden arbeiten und sei mit Brot verpacken beschäftigt. Die Bf gab in ihrer niederschriftlichen Befragung anlässlich der Kontrolle zur Arbeit des A D unter anderem an, dass die Verpackung ca. eine halbe Stunde dauere, den Rest der zwei Stunden helfe ihr Mann beim Reinigen und Vorbereiten für den nächsten Tag. Am Samstag würde nur wenn nötig gearbeitet, wenn sie eine Bestellung bekommen würden (Seite 4 der Niederschrift vom 26.11.2014).
Zeugenschaftlich in der mündlichen Verhandlung befragt hat die Bf die Beschäftigung des A D und des H I D bestritten, sodass – aus Mangel an Beweisen, die ein anderes Ergebnis hervorgebracht hätten – davon auszugehen war, dass eine solche weder vor dem 26. November 2014 noch am Tag der Kontrolle selbst stattgefunden, sondern erst am 27.11.2014 begonnen hat.

Die Bf selbst hat in der Verhandlung ausgeführt, dass A D und H I D bereits am nächsten Tag nach der Kontrolle (also am 27. November 2014) ihre Arbeit in ihrem Betrieb aufgenommen haben und aus diesem Grund in der Folge zur Sozialversicherung gemeldet wurden.

Obwohl die Bf in der mündlichen Verhandlung die Beschäftigung sowohl des A D als auch des H D vor Meldung zur Sozialversicherung bestritten hat, war sie hinsichtlich der Arbeitsaufnahme am 27. November 2014 beider Arbeiter geständig. Dass die Meldung zur Sozialversicherung vor dem 28. November 2014 liegenden Datum erfolgt wäre, wurde von der Bf auch nie behauptet.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

3.3.1. Gemäß § 111 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG handelt ordnungswidrig, wer als Dienstgeber oder sonstige nach § 36 ASVG meldepflichtige Person (Stelle) oder als bevollmächtigte Person nach § 35 Abs. 3 ASVG 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 Abs. 2 ist die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu bestrafen und zwar

- mit Geldstrafe von 730 Euro bis zu 2.180 Euro, im Wiederholungsfall von 2.180 Euro bis zu 5.000 Euro,
- 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 Euro herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

3.3.2. Wie sich aus den Feststellungen ergibt, wurden sowohl A als auch I H D verspätet am 28. November 2014 beim zuständigen Sozialversicherungsträger gemeldet, haben sie doch ab 27. November 2014 im Betrieb der Bf gearbeitet. Damit hat die Bf das Tatbild der ihr vorgeworfenen Rechtsnorm erfüllt.

Es war aber eine Korrektur des erstinstanzlichen Spruches hinsichtlich I H D vorzunehmen, denn seine Beschäftigung am 26.11.2014 konnte nicht nachgewiesen werden. Mit dem Tatvorwurf der illegalen Beschäftigung in der innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist ergangenen Aufforderung zur

Rechtfertigung „seit 26.11.2014“ wurde ein nicht abschließend definierter Tatzeitraum vorgeworfen, der auch den 27.11.2014 mitumfasst.

Gemäß § 44a Z 1 VStG hat der Spruch, wenn er nicht auf Einstellung lautet, die als erwiesen angenommene Tat zu enthalten.
Zu dieser Norm führt der VwGH in seinem Erkenntnis vom 13.09.2016, GZ: Ra 2016/03/0048, Folgendes aus:
„Der Bestimmung des § 44a Z 1 VStG wird - aus Rechtschutzüberlegungen - dann entsprochen, wenn dem Beschuldigten im Spruch des Strafbescheides bzw. der Entscheidung des Verwaltungsgerichts die Tat in so konkretisierter Umschreibung vorgeworfen ist, dass er im ordentlichen Verwaltungsstrafverfahren (gegebenenfalls auch einem Wiederaufnahmeverfahren) in die Lage versetzt wird, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten und eben diesen Tatvorwurf zu widerlegen, und der Spruch geeignet ist, die beschuldigte (bestrafte) Person rechtlich davor zu schützen, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden. Diese Rechtschutzüberlegungen sind auch für die Prüfung der Frage anzustellen, ob eine taugliche Verfolgungshandlung iSd § 32 Abs. 2 VStG gegeben ist. Das bedeutet, dass die der beschuldigten Person vorgeworfene Tat (lediglich) unverwechselbar konkretisiert sein muss, damit diese in die Lage versetzt wird, dem Vorwurf entsprechend zu reagieren und damit ihr Rechtschutzinteresse zu wahren (vgl. etwa VwGH vom 28. Mai 2014, 2012/07/0033).“

Weil hinsichtlich beider Dienstnehmer in der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 16.12.2014 nicht nur ein einzelner Tag, sondern ein nicht exakt abgegrenzter Zeitraum vorgeworfen wurde, sind mit diesem Tatzeitraum alle Übertretungen beginnend mit 15.10.2014 betreffend A D und hinsichtlich I D beginnend mit 26.11.2014 bis zur Erlassung des erstinstanzlichen Strafbescheides erfasst (vgl. VwGH vom 12.09.1985, GZ 85/07/0032).

Zu den Tatbestandsvoraussetzungen des § 111 Abs. 1 Z 1 iVm § 33 Abs. 1 (und 1a) ASVG führt der VwGH in seinem Erkenntnis vom 16.02.2016, GZ: Ra 2016/08/0025 aus: „Eine Verfolgungshandlung hat sich nach § 32 Abs. 2 VStG auf eine bestimmte physische Person als Beschuldigten, ferner auf eine bestimmte Tatzeit, den ausreichend zu konkretisierenden Tatort und sämtliche Tatbestandselemente der durch die Tat verletzten Verwaltungsvorschriften im Sinn des § 44a Z 2 VStG zu beziehen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 11. Juni 2014, Zl. 2013/08/0096, mwN). Tatbestandsmäßig gemäß § 111 Abs. 1 Z 1 iVm § 33 Abs. 1 (und Abs. 1a) ASVG ist die fehlende, falsche oder nicht rechtzeitige Anmeldung von pflichtversicherten Personen beim zuständigen Krankenversicherungsträger.“

Demnach bedurfte der Spruch des bekämpften Strafbescheides hinsichtlich A D keiner Korrektur und weil der Tatvorwurf in der Aufforderung zur Rechtfertigung

vom 16.12.2014, der auch den 27.11.2014 umfasst, die Rechtsmittelwerberin von der vorgeworfenen Tat in Kenntnis gesetzt hat, war hinsichtlich des Spruchpunkt 2. des bekämpften Bescheides eine Korrektur vorzunehmen.

3.3.3. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. 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.

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat die Bf initiativ alles darzulegen, was für ihre Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die "Glaubhaftmachung" nicht.

3.3.4. Die Bf hat anlässlich der Verhandlung angegeben, dass die Kontrolle dafür ausschlaggebend gewesen sei, dass ihr Gatte, A D, gesagt habe, dass eine Meldung zur Sozialversicherung nach der Kontrolle erfolgen werde. Weil sie zwar selbst die Bäckerei betreibt, jedoch in Bezug auf den Geschäftsablauf (z.B. die Vornahme der Anmeldung beim zuständigen Sozialversicherungsträger) sich auf die Vorgaben ihres Gatten A D verlässt, hat die Bf grob fahrlässig gehandelt, denn als Betreiberin einer Bäckerei hat sie die nötigen Meldungen zu erstatten. Sonstige Gründe für die verspätete Meldung hat sie keine angegeben. Die ihr angelastete Verwaltungsübertretung ist ihr daher in subjektiver Hinsicht vorzuwerfen.

3.3.5. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG idgF sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.
Nach Abs. 2 leg.cit. sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 – 46) 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 §§ 32 – 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

3.3.6. Von der belangten Behörde wurde lediglich die Mindeststrafe verhängt. Eine Herabsetzung des Strafausmaßes gem. § 111 Abs. 2 letzter Satz ASVG oder gem. § 20 VStG hat nicht zu erfolgen, weil weder das Verschulden geringfügig ist noch die Folgen unbedeutend sind. Auch kann nicht von einem Überwiegen der Milderungs- gegenüber den Erschwerungsgründen ausgegangen werden. Denn die verspäteten Meldungen erfolgten in zwei Fällen, was erschwerend zu werten ist. Von der belangten Behörde wurde strafmildernd gewertet, dass keine einschlägigen Verwaltungsvorstrafen aufscheinen. Als Strafmilderungsgrund kann aber nur die absolute verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit gewertet werden. Davon kann hier aufgrund von bereits vorhandenen Verwaltungsstrafen (wegen Übertretungen des KFG und der StVO) nicht ausgegangen werden.

Die Verhängung der Strafe war sowohl aus spezialpräventiven Gründen notwendig, um die Bf von weiteren Übertretungen des ASVG abzuhalten, aber auch aus generalpräventiven Überlegungen.

Zu II.:
Zumal der Beschwerde keine Folge gegeben wurde, waren gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG Kosten für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht in Höhe von 20 % der verhängten Strafe vorzuschreiben.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Zu III.:
Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Insbesondere weicht die gegenständliche Entscheidung von der als einheitlich zu beurteilenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ab.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechts-

anwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag.[a] Bergmayr-Mann