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-300981/13/Py/JW**

Datum: **Linz, 27. April 2017**

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde des Herrn M M, B x, x W, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 2. Februar 2015, GZ: SV96-185-2014, wegen Verwaltungsübertretung nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 21. April 2017

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 146 Euro zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (in der Folge: belangte Behörde) vom 2. Februar 2015, GZ: SV96-185-2014, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretung nach § 33 Abs. 1 iVm § 111 Abs. 1 Z 1 Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG), BGBl. Nr. 189/1995 idgF eine Geldstrafe in Höhe von 730 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe in Höhe von 113 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 73 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben es als Geschäftsführer, somit als das zur Vertretung nach außen berufene Organ und gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortliche Person der B G GmbH mit Sitz in x N, S x, zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeber im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG die nachstehend angeführte Person, bei welcher es sich um in der Krankenversicherung (vollversicherte) pflichtversicherte Person handelt, seit Jänner 2013 zumindest aber am 29.10.2014 in x N, S x, als Koch und Kellner, somit als Dienstnehmer iSd § 4 Abs. 2 ASVG beschäftigt und obwohl dieser Dienstnehmer nicht von der Vollversicherung gemäß § 5 ASVG ausgenommen und somit in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung (vollversichert) versichert ist, 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, den Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden, diese Meldung wurde jedoch nicht erstattet.

Herrn D E, geb. x“

In der Begründung führt die belangte Behörde unter Wiedergabe des Verfahrensganges und der Rechtsgrundlagen zusammengefasst aus, dass im Zuge einer finanzpolizeilichen Kontrolle festgestellt wurde, dass für Herrn E keine Anmeldung zur Sozialversicherung vorliegt. Dieser gab im Zuge der niederschriftlichen Befragung an, als Koch und Kellner, meistens aber als Hilfskoch, tätig zu sein. Damit steht fest, dass Herr E Arbeitstätigkeiten für die B G GmbH verrichtet hat. Für eine Beteiligungsmehrheit reichen die Anteile von Herrn E, nämlich 33,3 %, als Gesellschafter der B G GmbH nicht aus, weshalb mangels beherrschendem Einfluss des Gesellschafters auf die GmbH von einem klassischen Dienstverhältnis auszugehen ist. Da gemäß § 1152 ABGB ein angemessenes Entgelt als bedungen gilt, hatte Herr E Anspruch auf Entgelt und ist die angelastete Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht als erwiesen anzusehen.

Zur verhängten Strafhöhe wird ausgeführt, dass die geltend gemachten Einkommensverhältnisse berücksichtigt wurden und die Tatsache, dass keine

einschlägigen Verwaltungsvorstrafen aufscheinen, als Strafmilderungsgrund gewertet wurde.

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 29. Februar 2016, die zusammengefasst damit begründet wird, dass Herr E zum Zeitpunkt der Kontrolle zufällig im Lokal war und kurzfristig mittätig war, da er sah, dass seine Mithilfe gebraucht werden könnte. In dieser Funktion war er weder weisungsgebunden noch organisatorisch in den Betrieb eingegliedert. Ein Entgelt war für diese Leistung, da Herr E als Gesellschafter tätig ist, nicht vereinbart und war er somit weder persönlich noch wirtschaftlich abhängig. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist das Bestehen eines steuerlichen Dienstverhältnisses im Sinne des § 47 Abs. 2 EStG allein aufgrund der bestehenden schuldrechtlichen Vereinbarungen zur GmbH zu beurteilen. Wesentlich ist somit, dass im Innenverhältnis im Rahmen der Gesellschaftsvereinbarung eine Übereinkunft besteht, dass jeder Gesellschafter keinen Weisungen des anderen Gesellschafters unterliegt. Ein schuldhaftes Verhalten liegt daher mangels Bestehen eines Dienstverhältnisses im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG nicht vor.

3. Mit Schreiben vom 3. März 2016 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt *Verwaltungsstrafakt* dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses ist gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht und Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 21. April 2017. An dieser nahmen der Bf sowie ein Vertreter der am Verfahren beteiligten Organpartei teil. Als Zeuge wurde Herr D E einvernommen.

4.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem Sachverhalt aus:

Der Bf war zum Tatzeitpunkt handelsrechtlicher Geschäftsführer des Gastronomiebetriebes „B G GmbH" mit Sitz in x N, S x.

Das Restaurant weist rund 70 Verabreichungsplätze auf und war zum Tatzeitpunkt täglich geöffnet, und zwar in der Zeit von Montag bis Freitag von 16.00-23.00 Uhr und am Wochenende in der Zeit von 11.00-14.00 Uhr sowie von 16.00-23.00 Uhr bzw. Sonntags bis 22.00 Uhr. Bei der OÖGKK wurden bis zum Kontrolltag vom Unternehmen folgende Dienstnehmer als geringfügig Beschäftigte angemeldet:
Frau C B ab 1. Februar 2013 im Ausmaß von 5,5 Wochenstunden, Herr F B ab 1. Februar 2013 im Ausmaß von 5 Wochenstunden, Frau S O ab 18. Juli 2013 im

Ausmaß von 10 Wochenstunden und Frau L-M V ab 1. Oktober 2013 im Ausmaß von 5,5 Wochenstunden.
Im November 2014 wurde zudem Frau L B als Kellnerin für die Beschäftigungstage 7.11., 22.11. und 29.11. geringfügig angemeldet.

Im Rahmen einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei am 29. Oktober 2014 trat hervor, dass seit Jänner 2013 Herr D E, geb. 21. September 1981, der zu 33,3 % an der B G GmbH beteiligt ist, im Bedarfsfall als Hilfskraft im Unternehmen beschäftigt wurde, ohne dass dieser vor Arbeitsantritt beim zuständigen Sozialversicherungsträger als Dienstnehmer angemeldet wurde.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 21. April 2017.

Die Angaben zur Anzahl der Sitzplätze im Restaurant und zu den Öffnungszeiten des Lokals wurden vom Bf in seiner Aussage getroffen und vom Zeugen E bestätigt. Aus diesen Angaben geht hervor, dass das Restaurant im Schnitt rd. 54 Stunden wöchentlich geöffnet hatte, wovon mit den zur Sozialversicherung gemeldeten Dienstnehmer nicht einmal 40 % abgedeckt werden konnten, wobei noch zu berücksichtigt ist, dass aufgrund der Größe des Lokals für den Betrieb in der Regel sowohl Küchen-, als auch Servicepersonal erforderlich ist und zudem Reinigungsarbeiten anfallen. Schon daraus ergibt sich, dass für den Betrieb des gegenständlichen Lokals mit dem zur Sozialversicherung gemeldeten Personal nicht das Auslangen gefunden werden konnte. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich kommt daher beweiswürdigend zum Schluss, dass Herr D E, der zum damaligen Zeitpunkt keiner Beschäftigung nachging, nicht nur ausnahmsweise kurzfristig sondern laufend als Hilfskraft eingesetzt wurde.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat in rechtlicher Hinsicht erwogen:

5.1. Gemäß § 4 Abs. 2 erster Satz ASVG ist Dienstnehmer im Sinn 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 selbstständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Gemäß § 33 Abs. 1 ASVG, 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 Pensionsversicherung, soweit die beschäftigte Person in diesen Versicherungen pflichtversichert ist.

Gemäß § 111 Abs. 1 ASVG 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.

§ 111 Abs. 2 ASVG besagt: Die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 ist 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.

Gemäß § 539a ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach dem ASVG in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (z.B. Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend. Durch den Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten nach bürgerlichem Recht können Verpflichtungen nach dem ASVG, besonderes die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden (§ 539a Abs. 2 ASVG). Ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei einer, den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre (§ 539a Abs. 3 ASVG).

5.2. Für die Beurteilung von Sachverhalten nach dem ASVG kommt es im Sinn des § 539a ASVG nicht (primär) auf die vertragliche Vereinbarung bzw. auf die Bezeichnung des Vertrages, sondern auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit an (vgl. VwGH 29.4.2015, 2013/08/0196). Für die Beantwortung der

Frage, ob ein Beschäftigungsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit besteht, sind die „wahren Verhältnisse" maßgeblich. Aufgrund des festgestellten Sachverhaltes war die regelmäßige Mitarbeit des Herrn E als Hilfskraft für den laufenden Betrieb des Restaurants erforderlich. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann bei einfachen Hilfstätigkeiten, wie sie im gegenständlichen Fall vorliegen, mangels gegenläufiger Anhaltspunkte ohne weitwendige Untersuchungen das Vorliegen von einem Beschäftigungsverhältnis in persönlicher Abhängigkeit vorausgesetzt werden (vgl. VwGH 11.5.2016, Ra 2015/08/0143). Eine Anmeldung zur Sozialversicherung des Herrn E lag für den angeführten Zeitraum nicht vor. Das von der belangten Behörde dem Bf angelastete Vorliegen einer Meldepflichtverletzung im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Herrn E steht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH 3.11.2015, Zl. 2013/08/0153, mwN). Der Umstand, dass Herr E mit 33,3 % an der gegenständlichen GmbH als Gesellschafter beteiligt war, schließt seine Dienstnehmereigenschaft gemäß § 4 Abs. 2 ASVG nicht aus, wenn die Beschäftigung sonst alle Merkmale eines Dienstverhältnisses aufweist. Gemäß § 539a ASVG ist der vorliegende Sachverhalt in wirtschaftlicher Betrachtungsweise nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt zu beurteilen. Die wirtschaftliche Abhängigkeit ergibt sich bereits aus der persönlichen Abhängigkeit (vgl. VwGH 24.11.2016, Zl. Ra 2016/08/0011), ist mit jener doch ein Fehlen der (eigenen) Verfügungsmacht über die wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel verbunden. Ein maßgebender Einfluss auf die Gestion des Unternehmens kam Herrn E – wie von der belangten Behörde bereits zutreffend ausgeführt – nicht zu. Aus dem Gesamtbild, welches nach dem durchgeführten Beweisverfahren hervorgetreten ist, ergibt sich, dass die Verwendung des Herrn E im Unternehmen zur Abdeckung der Leistungen, die das Restaurant anbot, regelmäßig erforderlich war.

Der Behauptung, es habe sich um eine unentgeltliche Tätigkeit gehandelt, kann kein Glaube geschenkt werden. Gemäß der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes muss die Unentgeltlichkeit von Beschäftigungsverhältnissen ausdrücklich und erwiesenermaßen - wenigstens nach den Umständen konkludent - vereinbart worden sein und einer Prüfung auf ihre sachliche Rechtfertigung standhalten; ist dies nicht der Fall, so ist – wie von der belangten Behörde zutreffend ausgeführt - gemäß § 1152 ABGB im Zweifel von der Entgeltlichkeit auszugehen, selbst wenn eine ausdrückliche Entgeltvereinbarung fehlt und auch kein Entgelt entrichtet wurde (vgl. etwa VwGH 15.05.2013, Zl. 2011/08/0123, mwN).
Der objektive Tatbestand der dem Bf zur Last gelegten Verwaltungsübertretung ist daher als erfüllt zu werten.

6. 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 (Ungehorsamsdelikt).

Mangelndes Verschulden am Zustandekommen der gegenständlichen Verwaltungsübertretung konnte vom Bf nicht dargelegt werden. Als handelsrechtlicher Geschäftsführer des Unternehmens war er verpflichtet, sich mit dem zum Betrieb des Gewerbes erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen ausreichend vertraut zu machen. Die gegenständliche Verwaltungsübertretung ist ihm daher auch in subjektiver Hinsicht zuzurechnen.

7. 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 § 19 Abs. 2 VStG 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. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung der Entscheidung so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs. 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

Die belangte Behörde hat über den Bf die gesetzliche Mindeststrafe verhängt. Als Milderungsgrund kommt ihm neben seiner Unbescholtenheit zwar auch die lange Dauer des gegenständlichen Verwaltungsstrafverfahrens zugute, erschwerend ist jedoch der Umstand zu werten, dass der gesetzwidrige Zustand über einen so langen Zeitraum aufrechterhalten wurde. Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass der Betrieb offenbar systematisch ohne Anmeldung aller als Dienstnehmer

Tätigen beim zuständigen Sozialversicherungsträger geführt wurde, da nach Aussage des Bf sowie des einvernommen Zeugen in der mündlichen Verhandlung noch ein weiterer (Minderheits-)Gesellschafter regelmäßig im Lokal mitarbeitete, eine Anmeldung zur Sozialversicherung lag jedoch für diesen ebenfalls nicht vor.

Eine Anwendung des § 20 VStG scheidet daher ebenso wie ein Vorgehen nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG aus, da die dafür erforderlichen kumulativen Voraussetzungen nicht vorliegen.

Nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich ist die verhängte Strafe erforderlich und angemessen, um dem Bf die Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens eindringlich vor Augen zu führen. Zudem handelt es sich bei der gesetzlichen Meldepflicht nach dem ASVG bzw. der Ahndung von Verstößen gegen die Meldepflicht um eine wesentliche Maßnahme zur Eindämmung der Schwarzarbeit, weshalb die Verhängung der Mindeststrafe auch aus generalpräventiven Gründen erforderlich ist.

Gemäß § 50 VwGVG war somit spruchgemäß zu entscheiden.

II. Da der Beschwerde keine Folge gegeben werden konnte, war gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG ein Kostenbeitrag für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in Höhe von 20 % der verhängten Gelstrafe vorzuschreiben.

III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Gemäß § 25a VwGG ist die ordentliche Revision unzulässig, da 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 bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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 Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

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

Dr. Panny