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-301032/8/BMa/FE

Datum:
Linz, 21. Februar 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 des F.G., vertreten durch Mag. W.K., Rechtsanwalt in L., gegen den Bescheid des Magistrates der Landeshauptstadt Linz vom 18. März 2016, GZ: 0004374/2016, wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 26. September 2016

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG hat der Beschwerdeführer einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von 146 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 der Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wie folgt schuldig gesprochen und bestraft [Hervorhebungen nicht übernommen]:

„Der Beschuldigte Herr G.F., geb. x, hat als unbeschränkt haftender Gesellschafter der Firma G. KG, X, L., welche für die Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Meldepflicht keinen Bevollmächtigten bestellt hat und somit als nach § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher, folgende Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes zu verantworten:
Sie wurden als Dienstgeber mit Schreiben vom 08.09.2015 vom zuständigen Sozialversicherungsträger, der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse, nachweislich zur Niederschrift und Auskunftserteilung hinsichtlich des versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses von Herrn B.B., geb. x, aufgefordert. Die Ladung wurde am 09.09.2015 übernommen.
Dieser Aufforderung zur Auskunftserteilung sind Sie ohne Angabe von Gründen in der gesetzlichen Frist gem. § 42 Abs. 1 ASVG (14 Tage) nicht nachgekommen.
Sie haben somit innerhalb der gesetzlichen Frist von 14 Tagen (gerechnet von der Übernahme der Ladung des Versicherungsträgers), bis 23.09.2015, trotz Aufforderung des Versicherungsträgers, nicht wahrheitsgemäß Auskunft über alle für das Versicherungsverhältnis von Herrn G.B., maßgeblichen Umstände erteilt und daher eine Ordnungswidrigkeit iSd. Bestimmungen des § 111 Abs. 1 Z. 3 ASVG begangen.

II. Verletzte Verwaltungsvorschriften in der jeweils gültigen Fassung:
§ 42 Abs. 1 iVm § 111 Abs. 1 Z. 3 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz

III. Strafausspruch:
Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von	Falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Gemäß
€ 730,00	112 Stunden	§111 ASVG

IV. Kostenentscheidung:
Als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens haben Sie 10% der verhängten Strafe zu leisten: € 73,00

Rechtsgrundlage in der jeweils gültigen Fassung:
§ 64 (1) und (2) Verwaltungsstrafgesetz

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher
€ 803,00.

V. Zahlungsfrist:
Wird keine Beschwerde erhoben, ist der Gesamtbetrag (Strafe/Verfahrenskosten) in der Höhe von € 803,00 binnen zwei Wochen nach Rechtskraft des Bescheides mittels beiliegendem Erlagschein einzuzahlen. Sonst müsste die zwangsweise Einbringung veranlasst werden."

1.2. Gegen diesen Strafbescheid richtet sich die rechtzeitige Beschwerde vom 13. April 2016, mit der im Wesentlichen vorgebracht wurde, der Neffe des Bf, B.G., habe lediglich auf das Geschäft "aufgepasst", als der Bf Erledigungen getätigt habe. Dabei habe es sich um einen unentgeltlichen Freundschaftsdienst gehandelt.
Es wurde daher die Aufhebung des Erkenntnisses und Einstellung des Verfahrens, die Erteilung einer Ermahnung und die Herabsetzung der verhängten Strafe sowie die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung beantragt.

2.1. Das Landesverwaltungsgericht entscheidet gemäß § 2 VwGVG durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

2.2. Das Landesverwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und am 26. September 2016 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der der Bf in rechtsfreundlicher Vertretung gekommen ist. Als Zeuge wurde B.G. einvernommen.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Der Bf F.G. ist persönlich haftender Gesellschafter der G. KG und vertritt die Gesellschaft nach außen. Diese Gesellschaft hat das Lokal "D." in der X, L., am 22. April 2015 betrieben.
An diesem Tag wurde eine Kontrolle durch die Finanzpolizei durchgeführt und B.G., der Neffe des Bf, wurde im Lokal angetroffen. B.G. hat während der ca. 20-minütigen Abwesenheit des Bf auf das Lokal "aufgepasst". Wenn ein Gast etwas benötigt hat, hat B.G. ihm das gegeben. Am 22. April 2015 beispielsweise hat er ein Cola ausgegeben und dies aufgeschrieben. Entgelt für die Tätigkeit des B.G. wurde mit diesem nicht vereinbart, er konnte sich jedoch gratis Getränke im Lokal nehmen. B.G. war wiederholt über Ersuchen des Beschwerdeführers in dessen Betrieb als Kellner tätig.
Mit Schreiben vom 8. September 2015 wurde F.G. von der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse zur Niederschrift und Auskunftserteilung über das Beschäftigungsverhältnis von B.G. aufgefordert. Die Ladung wurde am 9. September 2015 von ihm übernommen. Es waren auch andere Verfahren gegen den Bf anhängig und F.G. wurde durch einen anderen Rechtsanwalt, als jenen der bei der mündlichen Verhandlung am 26. September 2016 anwesend war, vertreten. Diesem hat er sämtliche Briefe gegeben. Er war der Meinung, dass sich die Ladung zum Sozialversicherungsträger auf ein anderes Verfahren bezieht. Mit dem Rechtsvertreter war vereinbart, dass dieser die Schriftstücke sichtet und F.G. verständigt, sollte er einen Handlungsbedarf haben.
Von seinem Rechtsvertreter erfolgte keine Verständigung, dass der Bf der Ladung zum zuständigen Sozialversicherungsträger Folge zu leisten hat. Aus

diesem Grund ist der Bf der ihm ordnungsgemäß zugestellten Ladung nicht nachgekommen.
Das Verfahren gegen den Bf wegen Übertretung der Bestimmungen des ASVG, weil er keine Meldung zum zuständigen Sozialversicherungsträger trotz Beschäftigung des B.G. erstattet hatte, wurde mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oö. (LVwG-301033/10/BMa/AKe vom 6. Februar 2017) aus formellen Gründen eingestellt.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorgelegten Behördenakt, dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 26. September 2016 und Einsichtnahme in das Erkenntnis LVwG-301033/10/BMa/AKe ergibt.
Bei seiner Befragung am 22. April 2015 hat B.G. auf die Frage, ob er die Tätigkeit im Lokal dem AMS gemeldet hat, geantwortet: "Hat mich nicht gefragt und ich habe nichts gesagt. Wenn er gefragt hätte, hätte ich „ja" gesagt." Ebenfalls am 22. April 2015 hat er in das von ihm ausgefüllte Personenblatt, das auch in a. Sprache abgefasst ist, unter "beschäftigt/tätig als" die Bezeichnung "Kellner" eingetragen.
In der mündlichen Verhandlung am 26. September 2016 hat er seiner Angabe jedoch widersprochen, indem er angegeben hatte, nur auf das Lokal aufgepasst zu haben.
Weil der Bf auf Seite 3 seiner niederschriftlichen Befragung am 22. April 2015 – in Übereinstimmung mit den von B.G. an diesem Tag getätigten Angaben – ausgesagt hatte, dass B. einem Gast das gegeben habe, was dieser gebraucht habe, er glaube, ein Cola sei aufgeschrieben gewesen, welches B.G. ausgegeben habe, ist von einer Beschäftigung des B.G. als Kellner auszugehen. Das diesem entgegenstehende Vorbringen des Bf wird als Schutzbehauptung gewertet.
B.G. war in der mündlichen Verhandlung bemüht, keine den Bf belastenden Aussagen zu tätigen.
Er hat in der mündlichen Verhandlung angegeben, einen Dolmetscher zu benötigen, obwohl von der Kanzlei des Rechtsvertreters des Bf, über Anfrage einer Bearbeiterin des LVwG vor der Verhandlung, die Auskunft erteilt wurde, dieser würde einen solchen nicht benötigen.
Weil davon ausgegangen wird, dass es auf Grund von Verständigungsproblemen zu widersprüchlichen Aussagen des B.G. in der mündlichen Verhandlung gekommen war, ist dessen Erstaussage und seinen Angaben auf dem zweisprachigen Personenblatt am 22. April 2014 ein höherer Wahrheitswert beizumessen, als seiner Aussage in der mündlichen Verhandlung.
Vom Bf wurde die ordnungsgemäße Zustellung des Schreibens vom 8. September 2015, mit dem er von der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse zur Niederschrift und Auskunftserteilung über das Beschäftigungsverhältnis von B.G. aufgefordert wurde, am 9. September 2015, nicht bestritten.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

3.3.1. Gemäß § 42 Abs. 1 Z 1 ASVG haben die Dienstgeber auf Anfrage des Versicherungsträgers längstens binnen 14 Tagen wahrheitsgemäß Auskunft über alle für das Versicherungsverhältnis maßgebenden Umstände zu erteilen. ...

Nach § 33 Abs. 1 ASVG haben 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.

Nach § 35 Abs. 1 ASVG ist als Dienstgeber derjenige anzusehen, für dessen Rechnung der Betrieb geführt wird, in dem der Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis steht, wobei gemäß § 35 Abs. 2 ASVG Besonderes für jene nach § 4 Abs. 1 Z 4 und 5 ASVG pflichtversicherte und für nach § 8 Abs. 1 Z 3 lit. c ASVG teilversicherte Dienstnehmer, für Heimarbeiter und für nach dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz überlassene Dienstnehmer gilt. Die dem Dienstgeber gemäß § 33 ASVG vorgeschriebenen Pflichten können nach § 35 Abs. 3 ASVG grundsätzlich auch auf Bevollmächtigte übertragen werden; dennoch hat der Dienstgeber auch in diesem Fall die in § 33 ASVG vorgesehene Meldung selbst zu erstatten, wenn eine der Voraussetzungen des § 35 Abs. 4 ASVG vorliegt.

Gemäß § 539a Abs. 1 ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts (z.B. Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.

Gemäß § 49 Abs. 1 ASVG sind unter Entgelt die Geld- und Sachbezüge zu verstehen, auf die der pflichtversicherte Dienstnehmer (Lehrling) aus dem Dienst-(Lehr)verhältnis Anspruch hat oder die er darüber hinaus auf Grund des Dienst-(Lehr)verhältnisses vom Dienstgeber oder von einem Dritten erhält.

Gemäß § 50 ASVG sind geldwerte Vorteile aus Sachbezügen (Wohnung, Heizung, Beleuchtung, Kleidung, Kost, Waren, Überlassung von Kraftfahrzeugen zur Privatnutzung und sonstige Sachbezüge) mit den um übliche Preisnachlässe verminderten üblichen Endpreisen des Abgabeortes anzusetzen.

3.3.2. In seinem Erkenntnis vom 14. März 2013, Zl.: 2010/08/0229, führt der VwGH aus, dass auch ein Sachbezug (etwa alkoholfreie Getränke) als Entgelt im Sinne des § 49 Abs. 1 und § 50 ASVG zu beurteilen ist.

Zwar wurde vom Bf behauptet, es sei Unentgeltlichkeit vereinbart worden (im Sinne eines Gefälligkeitsdienstes), jedoch fehlt es hier an einer sachlichen Rechtfertigung für eine allfällige Vereinbarung der Unentgeltlichkeit, weil einem Gefälligkeitsdienst nach der Rechtsprechung des VwGH schon entgegensteht, dass es sich nicht um bloß kurzfristige Dienste handelt (VwGH 19. Dezember 2012, 2012/08/0165).
Zwar wurde B.G. am Tag der Kontrolle nur ca. 20 Minuten lang vom Bf beschäftigt, dessen Beschäftigung erfolgte aber wiederholt, sodass nicht nur von einer einmaligen kurzfristigen Hilfeleistung auszugehen ist.
Nach einer weiteren Entscheidung des VwGH vom selben Tag, Zl.: 2012/08/0214, ist die Behörde berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen, wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen arbeitend unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten (wie dies bei der Tätigkeit einer Kellnerin in einem Gastwirtschaftsbetrieb der Fall ist).
Dem Bf ist es durch die Behauptung, es liege die Vereinbarung der Unentgeltlichkeit mit seinem Neffen vor, nicht gelungen, jene atypische Umstände darzulegen, die die Annahme des Nichtbestehens eines Arbeitsverhältnisses rechtfertigen würden, denn eine wiederholte Beschäftigung als Kellner in einem Gastronomiebetrieb ist typischerweise eine meldepflichtige Beschäftigung. Es ist damit hier von einer Beschäftigung des B.G. durch die G. KG, dessen persönlich haftender Gesellschafter der Bf ist, auszugehen.
Die Aufforderung des zuständigen Sozialversicherungsträgers an F.G., Auskünfte hinsichtlich des versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses von B.G. zu erteilen, erfolgte damit - entgegen der Behauptung in der Beschwerde - zu Recht.
Dem steht auch nicht entgegen, dass das wegen Übertretung der Bestimmungen des ASVG wegen illegaler Beschäftigung des B.G. durch den Bf geführte Verfahren LVwG-301033 wegen eines Spruchmangels, aus formellen Gründen, eingestellt wurde.
Weil der Bf der Aufforderung zur Auskunftserteilung hinsichtlich des versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses von Herrn B.G., nicht nachgekommen war, hat er das Tatbild der ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretung erfüllt.

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 Verwaltungsgerichtshofs hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine 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.

Das Verhalten des Bf ist als fahrlässig einzustufen, hätte er sich doch als verantwortlicher Dienstgeber über die Bestimmungen des ASVG informieren und der Aufforderung zur Auskunftserteilung nachkommen müssen. Durch die einfache Weitergabe des an ihn gerichteten Schreibens an seinen Rechtsvertreter, ohne sich um dessen Inhalt weiter zu kümmern und sich ausschließlich auf das Tätigwerden des Rechtsanwalts zu verlassen, ohne sich einen Überblick über dessen Tätigkeit zu verschaffen, hat der Rechtsmittelwerber die nötige Sorgfalt eines persönlich haftenden Gesellschafters einer KG außer Acht gelassen.
Der Bf hat damit die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung auch in subjektiver Hinsicht begangen.

3.3.4. 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.

Bei der Strafbemessung ist die belangte Behörde von einem monatlichen Nettoeinkommen von 2.000 Euro und dem Nichtvorliegen von Sorgepflichten ausgegangen. In der Beschwerde wurde dem insofern entgegengetreten, als dargetan wurde, dass das monatliche Nettoeinkommen 1.500 Euro beträgt. Strafmildernd wurde die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit und straferschwerend kein Umstand gewertet.

Weil lediglich die Mindeststrafe von 730 Euro verhängt wurde, erübrigt sich eine weitere Auseinandersetzung mit den Strafzumessungsgründen. § 111 Abs. 2 ASVG zur Herabsetzung der Geldstrafe bis auf 365 Euro konnte nicht angewendet werden, weil die Folgen der Übertretung nicht hinter dem deliktstypischen Erfolg

zurückgeblieben sind und diese damit nicht als unbedeutend angesehen werden können.

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 Rechtsanwalt 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