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-301216/14/Kü/JB

Datum:
Linz, 29. September 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde des B.A., X, S. vom 28. Juli 2016, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 29. Juni 2016, GZ: SV-18/16, wegen Übertretung des Allgemeines Sozialversicherungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 23. August 2017

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 2.180 Euro herabgesetzt wird. Die Ersatzfreiheitsstrafe bleibt unverändert. Im Übrigen wird das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten. Der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde wird auf 218 Euro herabgesetzt.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

I.1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 29.06.2016, GZ: SV-18/16, wurde über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 33 Abs. 1 iVm § 111 Abs. 1 und 2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) eine Geldstrafe in Höhe von 2.200 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 144 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag von 220 Euro vorgeschrieben.

Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zu Grunde:
„Sie haben es als Gewerbeinhaber des Gastgewerbebetriebes in S., X (K. „I.“), zu vertreten, dass Hr. J.E., geb. am x, zumindest am 24.3.2016 um 11:45 Uhr, von oa. Firma als Speiselieferant beschäftigt wurde, ohne dass dieser Dienstnehmer vor Arbeitsantritt von oa. Firma als verantwortlicher Dienstgeberin beim zuständigen Sozialversicherungsträger angemeldet wurde. Der Monatslohn von Hrn. J.E. lag – bei Annahme des Anspruches auf kollektivvertragliche Entlohnung – über der Geringfügigkeitsgrenze des § 5 (2) ASVG. Hr. J.E. arbeitete gemäß den Anweisungen und auf Ihre Rechnung oa. Firma. Er war somit Dienstnehmer.
Da die Dienstgeber jeden von ihnen beschäftigten vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden haben, und Sie bereits wegen der Übertretung der Bestimmungen des ASVG bestraft wurden, stellt oa. Tatbestand eine wiederholte Übertretung der Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) dar.“

I.2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde in der der Sachverhalt nochmals dargestellt wird und die Aufhebung des Straferkenntnisses beantragt wird.

Begründend wurde ausgeführt, dass der Polizist gesehen habe, wie Herr J.E. in den Innenhof gefahren sei und deshalb nach dem Führerschein gefragt worden sei, welchen Herr E. auch gezeigt habe. Der Polizist habe gefragt, ob Herr E. in der Firma K. I. arbeite. Er habe dies aber verneint. Nach kurzer Zeit sei der Bf zum Vorfall gekommen und habe mitgeteilt, dass Herr E. nicht im Lokal arbeite, sondern nur kurz nach Hause gefahren sei (K.) um etwas für sich zu holen. Dass im Auto Pizzataschen gewesen seien, sei normal, da dies ein Lieferauto gewesen sei. Da Herr E. zum Kontrollzeitpunkt erst seit zwei Monaten in Österreich gewesen sei, habe er die deutsche Sprache nicht gut sprechen können und habe ihn der Polizist vielleicht nicht richtig verstanden. Deswegen könne der Polizist nicht behaupten, dass Herr E. liefern gewesen sei.

I.3. Mit Schreiben vom 01.08.2016 legte die belangte Behörde die eingebrachte Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor, dass gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seinen nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter berufen ist.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 23.08.2017, an welcher ein Vertreter der Finanzverwaltung teilgenommen hat. Die zur mündlichen Verhandlung geladenen Zeugen, ChefInsp. G.S. und Herr J.E. waren wegen Urlaub bzw. Krankheit entschuldigt.

Dem Bf wurde die Ladung zur mündlichen Verhandlung im Wege der Hinterlegung am 28.07.2017 zugestellt. Am 28.08.2017 meldete sich der Bf telefonisch beim erkennenden Richter und gab an, dass er am 27.07.2017 in die T. geflogen sei und bei der Hinterlegung nicht anwesend gewesen sei. Der Bf wurde aufgrund dieser Mitteilung aufgefordert, einen entsprechenden Beleg über seine Reise in die T. dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorzulegen. Es wurde ihm gegenüber geäußert, dass bei Nachweis seiner Ortsabwesenheit neuerlich eine mündliche Verhandlung ausgeschrieben wird. Festzustellen ist aber, dass bis dato vom Bf kein Nachweis über seine Ortsabwesenheit am 28.07.2017 vorgelegt wurde. Der erkennende Richter geht davon aus, dass es sich bei der Behauptung des Bf, wonach er sich zum Hinterlegungszeitpunkt in der T. aufgehalten habe, um eine reine Schutzbehauptung handelt und er vielmehr die hinterlegte Sendung beim Postamt nicht abgeholt hat. Aus diesen Gründen ist daher von einer wirksamen Zustellung der Ladung auszugehen und konnte daher am 23.08.2017 die mündliche Verhandlung auch in Abwesenheit des Bf durchgeführt werden. Eine neuerliche mündliche Verhandlung war daher vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht anzuberaumen.

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

Der Bf betreibt am Standort X, S., das Lokal „I.“, X. Der Bf ist im Besitz der Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe gemäß § 111 Abs. 1 Z 2 GewO 1994, Betriebsart: Buffet.

Am 24.03.2014 wurde von einer Polizeistreife beobachtet, dass eine Person mit dem Firmenkraftfahrzeug des Bf, Kennzeichen: X von der Zwischenbrücke kommend direkt in den Hof des Objektes X gefahren ist. Diese Person wurde von der Polizeistreife daraufhin kontrolliert. Es handelte sich dabei um Herrn J.E., welcher k. Staatsangehöriger ist. Auf die Frage was er mit dem PKW gemacht hat, gab Herr E. bei der Kontrolle an, dass er gerade für den Bf Essen (Pizza) zugestellt hat. Die Polizeiorgane konnten im Kofferraum des Firmen-PKW eine rote Essenswarmhaltetasche, wie sie für Zustellungen und Lieferungen verwendet wird, vorfinden. Herr E. war am Tag der Kontrolle vom Bf nicht zur Sozialversicherung angemeldet.

I.4.2. Dieser Sacherhalt ergibt sich aus der Anzeige der Finanzverwaltung, welche aufgrund der Feststellungen der kontrollierenden Polizeiorgane ausgefertigt wurde. Herr ChefInsp. S., welcher die Kontrolle am 24.03.2016 durchgeführt hat, wurde von der belangten Behörde bereits als Zeuge einvernommen. Der Zeuge schilderte die Kontrolle und gab an, dass Herr E. ihm gegenüber erklärt habe, dass er gerade Essen (Pizza) ausgeliefert hat. Auf die Frage, ob er beim Bf angestellt sei, gab er an, dass er nur kurz ausgeholfen habe.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zweifelt nicht am Wahrheitsgehalt dieser Aussage, zumal das Kontrollorgan diese Aussage unter Wahrheitsplicht stehend abgegeben hat. Auch wurde vom Bf nicht bestritten, dass Herr E. das Firmenfahrzeug gelenkt hat und eine Essenswarmhaltetasche im Kofferraum gelegen ist. Wenn der Bf dagegen meint, dass Herr E. sich nur kurz zu Hause etwas geholt hat, ist dies als Schutzbehauptung zu werten und äußerst unglaubwürdig. Zudem ist es nicht ausgeschlossen, dass Herr E. im Rahmen seiner Zustellfahrt für den Bf auch bei sich zu Hause war, um sich etwas zu holen. Vielmehr ist auf Grund der Erstangaben von Herrn E., wonach er kurz ausgeholfen hat, den Darstellungen im Strafantrag zu folgen und war der Sachverhalt in dieser Weise festzustellen. An den Ausführungen des Bf ergeben sich für den erkennenden Richter auch insofern Zweifel, zumal dieser hinsichtlich der Ladung zur mündlichen Verhandlung telefonisch angegeben hat in der T. aufhältig gewesen zu sein. Der Bf hat es allerdings trotz Aufforderung nicht für notwendig erachtet, entsprechende Unterlagen zum Nachweis seiner Behauptung vorzulegen. Wenn solche Unterlagen tatsächlich vorliegen würden, wäre es für den Bf leicht möglich gewesen, diese zu übersenden. Insofern bestehen insgesamt Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Bf insbesondere was auch sein Beschwerdevorbringen betrifft.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

II.1. Gemäß § 111 Abs. 1 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 § 111 Abs. 2 ASVG ist die Ordnungswidrigkeit nach Abs.1 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.

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 gilt als Dienstgeber i.S. dieses Gesetzes u.a. derjenige, für dessen Rechnung jener Betrieb geführt wird, in dem der Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis 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 ASVG pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

Nach § 4 Abs. 2 ASVG ist als Dienstnehmer anzusehen, 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 selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

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

II.2. Der Verwaltungsgerichtshof führt in ständiger Judikatur aus, dass bei einfachen manuellen Arbeiten an sich das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses gemäß § 4 Abs. 2 ASVG – in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte – bei organisatorischer Einbringung in den Betrieb des Arbeitgebers ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden kann. So hat der Verwaltungsgerichtshof in der Entscheidung vom 24.04.2014, 2012/08/0177, bestätigt, dass wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen, d.h. arbeitend, unter solchen Umständen angetroffen werde, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, sei die Behörde

berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinne auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen. Spricht also die Vermutung für ein Dienstverhältnis, dann muss die Partei ein ausreichend substantiiertes Vorbringen erstatten, aus dem man anderes ableiten könnte.

Im gegenständlichen Verfahren sind jedoch solche atypischen Umstände nicht hervorgekommen. Der Bf bestreitet nicht, dass Herr E. mit dem Firmenfahrzeug, in welchem sich auch die Warmhaltetasche für die Pizzazustellungen befunden hat, unterwegs gewesen ist. Auch wenn Herr E. bei sich zu Hause etwas abgeholt hat – wie vom Bf behauptet – und deshalb das Fahrzeug verwendet hat, erscheint es nicht ausgeschlossen, dass er auf dieser Fahrt auch eine Zustellung einer Pizza im Auftrag des Bf durchgeführt hat. Wie der von der belangten Behörde einvernommenen Zeugen ausgeführt, hat Herr E. bei der Kontrolle angegeben, dass er bei der Zustellung einer Pizza ausgeholfen hat. Insgesamt ist daher Herr E. bei der Kontrolle durch die Polizeiorgane bei einer Tätigkeit angetroffen worden, die üblicherweise auf ein Dienstverhältnis als Zusteller hindeutet. Vom Bf konnte jedenfalls im Rahmen des Verfahrens nichts gegenteiliges, welches als nachvollziehbar und glaubwürdig einzustufen wäre, vorgebracht werden. Insgesamt geht daher das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich davon aus, dass am Kontrolltag von Herrn E. im Auftrag des Bf eine Zustellfahrt durchgeführt wurde und daher von einem Dienstverhältnis iSd § 4 Abs. 2 ASVG auszugehen ist. Da nachweislich keine Anmeldung zur Sozialversicherung erfolgt ist, ist dem Bf die Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht vorwerfbar.

II.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 Tatsachen-vorbringen und durch Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die „Glaubhaftmachung“ nicht.

Wie bereits oben ausgeführt, ist das Vorbringen des Bf nicht geeignet ihn zu entlasten und damit sein mangelndes Verschulden aufzuzeigen. Vom Bf wird nicht nachvollziehbar dargelegt, warum es ihm nicht möglich gewesen ist, sich

gesetzeskonform zu verhalten und Herrn E., den er mit Zustellfahrten beauftragt hat, bei der Sozialversicherung anzumelden. Insofern ist es dem Bf nicht gelungen Argumente für sein mangelndes Verschulden aufzuzeigen, weshalb ihm die angelastete Verwaltungsübertretung auch in subjektiver Hinsicht anzulasten ist.

II.4. 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 Verwaltungsstrafrechts sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse 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 des Bescheides 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.

Tatsache ist, dass im gegenständlichen Fall aufgrund einer einschlägigen Vorbelastung des Bf (eine Verwaltungsübertretung gemäß § 33 Abs. 1 iVm § 111 Abs. 1 und 2 ASVG ist aktenkundig) bei der Strafbemessung von der erhöhten Strafdrohung des § 111 Abs. 2 ASVG für den Wiederholungsfall auszugehen ist. Aufgrund des Umstandes, dass – wie bereits von der belangten Behörde zutreffend festgestellt – keine erschwerenden oder mildernden Umstände im Rahmen des Verfahrens bekannt wurden, ist für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht ersichtlich, warum die für den Wiederholungsfall festgesetzte Mindeststrafe – auch wenn nur in geringem Ausmaß – überschritten werden soll. Aus diesem Grund war daher eine Korrektur der festgesetzten Strafe in diesem Sinn auszusprechen. Durch diesen Umstand war auch der Verfahrenskostenbeitrag zum Verfahren der belangten Behörde entsprechend zu korrigieren.

III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu Dienstverhältnissen, die dem ASVG unterworfen sind, ab, noch fehlt es an einer solchen. Diese Rechtsprechung ist nicht als uneinheitlich zu beurteilen und es liegen keine Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Darüber hinaus ist der festgestellte Sachverhalt ein Ergebnis der Beweiswürdigung und wurde dieser nach Durchführung einer Verhandlung festgestellt und entsprechend begründet. Es handelt sich dabei um keine Rechtsfrage, jedenfalls nicht um eine solche von grundsätzlicher Bedeutung.

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 Eingabengebühr 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 e

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

2. Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kühberger