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-301731/18/Kl/JB

Datum:
Linz, 28. Februar 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde des G.A., X, vertreten durch Rechtsanwälte Dr. S.H., Dr. T.H., X, V., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 19. Oktober 2017, GZ: BHVBSanR-2017-319489/7-BC, wegen einer Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes - ASVG nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 10. Jänner 2018 und 21. Februar 2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben, als die Geldstrafe auf 365 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit die Ersatzfreiheitsstrafe auf 12 Stunden herabgesetzt wird. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

II. Der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde ermäßigt sich auf 36,50 Euro. Zum Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich entfällt ein Kostenbeitrag.

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

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 19. Oktober 2017, GZ: BHVBSanR-2017-319489/7-BC, wurde über den Beschwerdeführer wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 111 Abs. 1 Z 1 iVm § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG eine Geldstrafe von 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 33 Stunden, verhängt und folgender Tatvorwurf zu Grunde gelegt:

„Sie haben als Dienstgeber nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung (vollversicherte) pflichtversicherte Person handelt, beschäftigt obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse zur Pflichtversicherung als vollversicherte Person angemeldet wurde.

M.B., x.
Tätigkeit: Zubereiten Pizza und Kebap
Beschäftigungsort: X, F.
Tatort: X, F. (Sitz des Einzelunternehmens)
Tatzeit: zumindest zum Kontrollzeitpunkt, 04.07.2017 um 13:30 Uhr.

Sie wären als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden. Eine Meldung wurde jedoch nicht erstattet.“

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und die Aufhebung des Straferkenntnisses beantragt. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass M.B. nicht beim Beschwerdeführer beschäftigt sei und am 4. Juli 2017 lediglich für sich selber einen Kebap zubereitet habe. Er stehe weder in persönlicher noch wirtschaftlicher Abhängigkeit zum Beschwerdeführer und habe ihm der Beschwerdeführer lediglich als Freundschaftsdienst kostenlos Essen zur Verfügung gestellt. Es habe daher keine Meldeverpflichtung bestanden.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck als belangte Behörde hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweise erhoben durch Akteneinsichtnahme, insbesondere in die Anzeige und das beigeschlossene Foto, sowie durch Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 10. Jänner 2018, fortgesetzt am 21. Februar 2018, zu welcher die Verfahrensparteien geladen wurden und erschienen sind. Weiters wurde der Zeuge W.Q. vom Finanzamt Gmunden Vöcklabruck sowie M.B., A.A., A.P. und P.M. geladen und einvernommen. Der weiters geladene Zeuge W.S. hat sich entschuldigt.

4.1. Im Grunde des durchgeführten Beweisverfahrens steht folgender Sachverhalt als erwiesen fest und wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Der Beschwerdeführer betreibt am Standort F., X, einen Imbiss, wo Pizza und Kebap hergestellt werden. Das Lokal verfügt über einen Pizzaofen und einen Kebapofen sowie über Tische und Sessel für acht Personen. Von der Ausschank konnte Essen sowohl auf die Straße hinaus als auch in das Lokal ausgegeben werden. Bei der Kontrolle am 4. Juli 2017 um 13:30 Uhr wurde M.B. hinter der Theke bzw. Ausschank angetroffen, wobei er beim Pizzaofen und dann beim Kebap hantierte. Er hat ein Kebap zubereitet und bei Betreten der Organe der Abgabenbehörde in das Lokal den Thekenbereich verlassen und in das Kebap gebissen. M.B. wies sich bei der Kontrolle mit einer Asylkarte aus. Eine Einvernahme in deutscher Sprache konnte nicht erfolgen. Es wurde ihm ein Personenblatt zum Ausfüllen gegeben, worin er aber nur den Namen vermerkte und dann ein weiteres ausfüllen verweigerte, weil er Konsequenzen für sich befürchtete. Während dieser Beobachtungen befand sich der Beschwerdeführer mit Gästen an einem Tisch. Die Gäste konsumierten Getränke, aber kein Essen. Nasenbluten oder ein angeschlagener Gesundheitszustand des Beschwerdeführers wurde weder von den Kontrollorganen noch von den Gästen wahrgenommen.
Da der Beschwerdeführer öfters Essen ins Asylheim bringt hat er dort M.B. kennengelernt, welcher gelegentlich zu ihm ins Lokal auf Besuch kommt. Dies zu verschiedenen Zeiten. Der Beschwerdeführer hat ihm auch zu essen und zu trinken gegeben. Das Essen wurde immer vom Beschwerdeführer zubereitet. B. hat sich nie vorher selber bedient oder sich selber etwas genommen. Auch zum Kontrollzeitpunkt gab es keine Aufforderung durch den Beschwerdeführer, sich selber zu bedienen bzw. sich etwas zu nehmen bzw. einen Kebap selber zuzubereiten.

4.2. Dieser Sachverhalt gründet sich auf das im Akt einliegende Foto, welches M.B. hinter der Theke zeigt. Weiters stützt sich der Sachverhalt auf die Aussagen der Zeugen. Einhellig geben alle an, dass es keine Aufforderung an B. gegeben hat, sich etwas zu nehmen oder ein Kebap zuzubereiten. Einhellig ergibt sich auch, dass B. an diesem Tag ins Lokal gekommen ist und sich gleich hinter der Theke einen Kebap zubereitet hat. Auch finden es alle befragten Zeugen, die gelegentlich ins Lokal kamen und auch gelegentlich B. gesehen haben, sonderbar, dass sich B. unaufgefordert selbst bediente. Sie gaben einhellig an, dass zuvor B. sich noch nie selbst bedient hat sondern immer Essen bekommen hat. Auch sonst ist es im Lokal nicht üblich, dass sich jemand selbst bedient. Zum Zeitpunkt der Kontrolle hat der Beschwerdeführer kein Essen zubereitet, keine Getränke serviert und ist mit den Gästen an einem Tisch gesessen. Dies wird von allen Zeugen bestätigt.
Nach der Kontrolle hat der Beschwerdeführer eine Arbeitskraft ganztätig beschäftigt. Diese wurde gemeldet. Hinsichtlich M.B. gab es keine Meldung zur Sozialversicherung.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. 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.

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 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 § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber iSd Bundesgesetzes derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer (Lehrling) in einem Beschäftigungs-(Lehr)verhältnis 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.

Gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG sind in der Kranken-, Unfalls- und Pensionsversicherung die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer aufgrund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet.

Gemäß § 4 Abs. 2 1. Satz ASVG ist Dienstnehmer iSd 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.

5.2. Unbestritten wurde zum Kontrollzeitpunkt der türkische Staatsangehörige B. beim Zubereiten eines Kebap hinter der Theke des Beschwerdeführers angetroffen.
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 Einbindung in den Betrieb des Arbeitgebers ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden kann. So hat der Verwaltungsgerichtshof in der Entscheidung vom 24.4.2014, 2012/08/0177, bestätigt, dass wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen, das heißt Arbeiten, unter solchen Umständen angetroffen werde, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, die Behörde berechtigt sei, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinne auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegen stehen. Spricht also die Vermutung für ein Dienstverhältnis, dann muss die Partei ein ausreichend substantiierten Vorbringen erstatten, aus dem man anderes ableiten könnte. Auch im Erkenntnis vom 11.5.2016, Ra 2015/08/0143, führt der Verwaltungsgerichtshof aus, dass bei den zu beurteilenden einfachen Hilfstätigkeiten – dem Zubereiten sowie Verkaufen von Speisen und Getränken bzw. dem Verteilen von Flyern von einer GmbH betriebenen Imbissstand – mangels gegenläufiger Anhaltspunkte ohne weitwendige Untersuchungen das Vorliegen von Beschäftigungsverhältnissen in persönlicher Abhängigkeit vorausgesetzt werden durfte.
Der Judikatur entsprechend wurde auch M.B. bei einer einfachen Tätigkeit angetroffen. Ein besonderes Naheverhältnis wie ein Verwandtschaftsverhältnis oder ein Freundschaftsverhältnis wurde vom Beschwerdeführer nicht aufgezeigt und kam auch im Beweisverfahren nicht hervor. Auch kam B. nur gelegentlich ins Lokal. Es gab seitens des Beschwerdeführers weder eine Aufforderung sich einen Kebap zuzubereiten noch sich selber zu bedienen, sondern kam B. von sich aus gleich bei Eintreffen hinter die Theke. Dies ist ein Ort, der üblicherweise nur vom Beschwerdeführer selbst oder von Beschäftigten betreten wird. Auch ist es unüblich, dass Gäste unaufgefordert diesen Bereich betreten und auch dass sie sich dann selber Speisen zubereiten. Es ist daher das Vorbringen des Beschwerdeführers unglaubwürdig und wurde auch durch die Zeugen nicht glaubwürdig erhärtet. Vielmehr kann hier im Sinne der weiteren Judikatur davon ausgegangen werden, dass B. Beschäftigter ist und die Vorgehensweise kennt und in Bezug auf diese doch sehr einfache Tätigkeit auch weiß was zu tun ist und daher

konkrete Anweisungen des Beschwerdeführers entfallen (VwGH vom 23.2.2005, 2002/08/0220).
Es war daher der objektive Tatbestand der Verwaltungsübertretung erfüllt.

5.3. Im Hinblick auf das Verschulden verweist die belangte Behörde zu Recht auf die Bestimmung des § 5 Abs. 1 VStG, wonach bei Ungehorsamsdelikten, zu welchen auch die ggst. Verwaltungsübertretung zählt, ohne weiteres von Fahrlässigkeit ausgegangen werden kann, sofern der Beschuldigte nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.
Ein weiteres Vorbringen hinsichtlich einer Entlastung hat der Beschuldigte aber nicht gemacht und war daher jedenfalls von fahrlässiger Tatbegehung auszugehen.

5.4. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG idF BGBl. I Nr. 33/2013, in Geltung ab 1. Juli 2013, sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind 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 §§ 32 bis 35 des StGB 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 des Bescheides soweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

Die belangte Behörde legt im Straferkenntnis die Angaben des Beschwerdeführers, nämlich ein Einkommen von 1.500 Euro bis 2.000 Euro monatlich und zwei Sorgepflichten der Entscheidung zu Grunde. Auch ist der Beschwerdeführer unbescholten und wurde dies als Milderungsgrund gewertet.

Gemäß § 111 Abs. 2 letzter Satz ASVG kann die Bezirksverwaltungsbehörde unbeschadet der §§ 20 und 21 des Verwaltungsstrafgesetztes 1991 bei erstmaligem Handeln nach Abs. 1 die Geldstrafe bis auf 365 Euro herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind. Da M.B. lediglich zum Kontrollzeitpunkt angetroffen wurde und eine weitere bzw. längere Beschäftigung nicht wahrgenommen und bestraft wurde und es sich um eine

erstmalige ordnungswidrige Tathandlung des Beschwerdeführers handelt, konnte aufgrund der nur punktuell angelasteten Tat von der Voraussetzung der genannten Gesetzesbestimmung ausgegangen werden. Der Beschwerdeführer hat seinen Betrieb bisher ordentlich ohne Beanstandungen geführt und steht daher die ggst. Verwaltungsübertretung mit dem sonstigen Verhalten des Beschwerdeführers in Widerspruch. Auch hat sich der Beschwerdeführer nach Tatbegehung bis zur Erkenntniserlassung ordnungsgemäß verhalten. Er hat nunmehr eine Ganztagskraft angestellt und auch zur Sozialversicherung gemeldet. Es ist daher die nunmehr herabgesetzte Geldstrafe im Einzelfall ausreichend, um dem Beschwerdeführer die Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens vor Augen zu führen und ihn in Hinkunft von der Begehung gleichartiger Verwaltungsübertretungen abzuhalten.
Da bereits die Mindeststrafe unterschritten wurde war von § 20 VStG nicht Gebrauch zu machen. Auch war eine weitere Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG mangels weiterer Voraussetzungen nicht in Erwägung zu ziehen.

6. Weil die Beschwerde teilweise Erfolg hatte, entfällt ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG. Der Kostenbeitrag zum erstbehördlichen Verwaltungsstrafverfahren war gemäß § 64 VStG auf 10 % der nunmehr verhängten Geldstrafe, das sind 36,50 Euro herabzusetzen.

7. 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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch 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 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

Dr. Klempt