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

Geschäftszeichen:
LVwG-302019/9/BZ

Datum:
Linz, 9. Oktober 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Zauner über die Beschwerde des E.P., L., X, vertreten durch G. Rechtsanwälte OG, L., X, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 30. Juli 2018, GZ: 0056809/2016, wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 73 Euro zu leisten.

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.1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz (im Folgenden: belangte Behörde) vom 30. Juli 2018, GZ: 0056809/2016, wurde über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen einer Verwaltungsübertretung nach §§ 33 Abs. 1 iVm 111 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) eine Geldstrafe in der Höhe von 365 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit dieser eine Ersatzfreiheitsstrafe von 56 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von 36,50 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Der Beschuldigte, Herr P.E., geb. x, hat als nach außen zur Vertretung Berufener mit Gewerbesitz (Gastgewerbe in der Betriebsart eines Cafes) in L., X, nachstehend angeführte Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten:

Am 20.09.2016 um 10.00 Uhr wurde durch die Finanzpolizei Freistadt Rohrbach Urfahr (Team 44) eine Kontrolle gemäß Ausländerbeschäftigungsgesetz und § 89 Abs.3 Einkommensteuergesetz im Lokal ‚O.', X, 4040 Linz, durchgeführt.

Bei der Kontrolle wurde nachstehende Person beim Ausschank von Getränken betreten:
Herr F.S., geb. 22.09.1963, österreichischer Staatsbürger.

Zum Zeitpunkt der Kontrolle war die genannte Person bei Herrn E.P., X, L., ohne gültige Anmeldung zur Sozialversicherung beschäftigt.

Aufgrund des vorliegenden Sachverhalts liegt eine Übertretung der Bestimmungen des ASVG vor.
[...]"

In der Begründung führt die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass der Tatbestand der dem Bf angelasteten Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht erfüllt sei. Den Schuldentlastungsbeweis hätte der Bf mit seiner Rechtfertigung nicht erbringen können bzw. gehe dieser ins Leere. Dem Vorbringen, dass der Bf den Dienstnehmer nicht beschäftigt habe, widerspreche die nachträglich eingebrachte rückwirkende Anmeldung zur Sozialversicherung. Die gegenständliche Verwaltungsübertretung sei daher auch hinsichtlich der subjektiven Tatbestandsmäßigkeit erwiesen. Abschließend legt die belangte Behörde ihre für die Strafbemessung herangezogenen Gründe dar.

I.2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vom Bf rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 2. August 2018, mit der die ersatzlose Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens, in eventu die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und

die Zurückverweisung an die belangte Behörde bzw. die Herabsetzung der verhängten Strafe beantragt werden.

Begründend wurde zusammengefasst ausgeführt, dass die angefochtene Entscheidung an Begründungsmängel leide, die Beweiswürdigung unschlüssig, d.h. unzureichend bzw. unvollständig sei und die belangte Behörde den Beweisantrag auf Einvernahme des Zeugen F.S. zu Unrecht übergangen habe. Auch die rechtliche Beurteilung sei unrichtig, da die Behörde prüfen hätte müssen, ob der nicht gemeldete Beschäftigte am angegebenen Tag in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt war. Der Bf hätte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen, weil er den Zeugen F.S. nicht beschäftigt hätte bzw. mit diesem kein Arbeitsverhältnis begründet gehabt hätte, dieser hätte am 20.9.2016 die Tätigkeit als selbstständiger Gastwirt auf eigene Rechnung gesetzt.
Im Übrigen hätte selbst unter Zugrundelegung des festgestellten Sachverhaltes im Hinblick auf das Fehlen einer Voll- bzw. einer Teilversicherung eine Bestrafung nach §§ 111 iVm 33 ASVG nicht erfolgen dürfen. Der Anspruchslohn übersteige ja zweifellos die Geringfügigkeitsgrenze nicht. Selbst also wenn man das Vorliegen einer Beschäftigung bejahen würde, sei eine Tatbestandsmäßigkeit deswegen zu verneinen.
Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes würden Gefälligkeitsdienste, also kurzfristige, freiwillige und weitestgehend unentgeltliche Dienste, die vom Leistenden auf Grund spezifischer Bindungen zwischen ihm und dem Leistungsberechtigten erbracht werden, nicht unter den von der Behörde angezogenen Tatbestand fallen.
Abschließend wurde zur Strafbemessung vorgebracht, dass die unangemessene Verfahrensdauer nicht als strafmildernd berücksichtigt worden wäre und der Umstand der Unbescholtenheit, das Doppelverwertungsverbot sowie die außerordentliche Strafmilderung zu berücksichtigen gewesen wären. Auch würden die Voraussetzungen für eine Verfahrenseinstellung wegen Geringfügigkeit vorliegen. Schließlich sei das Ermessen bei der Verhängung der Ersatzfreiheitsstrafe rechtswidrig ausgeübt worden.

I.3. Mit Schreiben vom 6. August 2018 hat die belangte Behörde die Beschwerde samt ihrem Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt.
Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch Einzelrichterin zu entscheiden.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 7. September 2018. Zu dieser Verhandlung sind der Bf gemeinsam mit seinem rechtsfreundlichen Vertreter, ein Vertreter des Finanzamtes und ein Vertreter der

belangten Behörde erschienen. Zeugenschaftlich wurden F.S. sowie M.K. von der Finanzpolizei einvernommen.

Dem Bf wurde in Entsprechung seines Antrages eine zweiwöchige Frist zur Vorlage von Rechnungen und Dokumentationen über die Reparaturmaterialien, die zur Renovierung des Lokals erforderlich waren, zum Beweis dafür, dass Renovierungsarbeiten durchgeführt wurden, eingeräumt.

Mit Eingabe vom 3. Oktober 2018 hat der Bf Rechnungen über Renovierungsmaterialien vorgelegt. Die Rechnungen von O.S. GmbH, B. GmbH und H. GmbH über Muffen, Rohre, Waschtisch, Marmorkies, Außenleuchten, Mehrzweckplatten, Schalbretter, Niederdruck-Armatur, FS Holzdekor, Solar-LED, Flexkleber, Fi-Trapezschalung, Vertikalmarkise, SAT-Verbindungskabel, Trockenbeton etc. sind alle datiert mit 2018 (23.6.2018, 21.6.2018, 16.6.2018, 8.6.2018, 29.6.2018, 26.7.2018, 25.7.2018, 19.7.2018, 28.5.2018, 31.3.2018, 5.6.2018, 23.6.2018, 22.6.2018).

II.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem relevanten Sachverhalt aus:

Der Bf ist seit 40 bis 45 Jahren Eigentümer des Lokals „O.“ in L., X. Eine Gewerbeberechtigung für dieses Lokal lag zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt nicht vor.

Der Bf hatte das Lokal im Mai oder Juni 2016 an C.P. verpachtet. Zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt war das Lokal nicht verpachtet.

Der Bf bzw. mittlerweile sein Sohn betreibt noch ein weiteres Lokal in L. in der X.

Am 20. September 2016 um 10:00 Uhr fand im Lokal „O.“ in L., X, eine Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei statt. Das Lokal war am Kontrolltag geöffnet und ist die Eingangstüre offen gestanden. Im Zuge dieser Kontrolle wurde der Zeuge S. beim Ausschank von Getränken hinter der Theke angetroffen. Der Bf selbst oder weiteres Personal war nicht im Lokal anwesend. Im Thekenbereich waren drei Gäste anwesend, die Getränke konsumierten.
Der Zeuge S. hatte eine Kellnerbrieftasche bei sich und befanden sich im Thekenbereich Bierzettel mit Aufzeichnungen über die Abrechnung der konsumierten Getränke von verschiedenen Personen.

Am Kontrolltag wurden keine Renovierungsarbeiten durchgeführt.

Zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt hat der Zeuge S. „normale“ Kleidung und keine „Arbeitskleidung“ getragen.

Die vorgelegten Rechnungen von O.S. GmbH, B. GmbH und H. GmbH über Renovierungsmaterialien, wie zB Muffen, Rohre, Waschtisch, Marmorkies, Außenleuchten, Mehrzweckplatten, Schalbretter, Niederdruck-Armatur, FS Holzdekor, Solar-LED, Flexkleber, Fi-Trapezschalung, Vertikalmarkise, SAT-Verbindungskabel, Trockenbeton weisen alle ein Rechnungs- und Lieferdatum aus dem Jahr 2018 auf.

Der Zeuge S. war zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt nicht zur Sozialversicherung angemeldet. Im Anschluss an die Kontrolle hat der Bf den Zeugen S. rückwirkend bei der Oö. Gebietskrankenkasse als Dienstnehmer angemeldet und auch die Beiträge rückwirkend entrichtet.

Der Bf und der Zeuge S. kennen einander, weil dieser bereits früher einmal beim Bf beschäftigt war. Ein Freundschaftsverhältnis liegt nicht vor.

Es war geplant, dass der Zeuge S. das Lokal „O.“ in L., X, vom Bf pachten wird. Im Jahr 2017 hat der Zeuge S. die Konzession von der Gewerbebehörde erhalten und das Lokal vom Bf gepachtet und auch tageweise betrieben. Nach einigen Tagen wurde die Konzession von der Gewerbebehörde widerrufen. Anschließend hat der Bf den Zeugen S. geringfügig im besagten Lokal als Kellner beschäftigt.

II.3. Die Sachverhaltsfeststellungen ergeben sich aus dem vorliegenden Verwaltungsakt und dem durchgeführten Beweisverfahren.

Die Aussagen des Bf und des Zeugen S., dass sich dieser lediglich aus dem Grund im Lokal befand, da sie an diesem Tag gemeinsam Renovierungsarbeiten durchführen wollten, sind aus folgenden Gründen nicht glaubwürdig:
Zum einen wurden Rechnungen über Materialien zum Renovieren aus dem Jahr 2018 vorgelegt. Dass zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt am 20. September 2016 Renovierungsarbeiten durchgeführt worden wären, kann durch diese Rechnungen, die alle aus dem Jahr 2018 stammen, nicht bewiesen werden. Vielmehr kann daraus abgeleitet werden, dass erst im Jahr 2018 die behaupteten Renovierungsarbeiten durchgeführt wurden. Zum anderen hat der Zeuge von der Finanzpolizei, der bei der Kontrolle anwesend war, im Zuge seiner Einvernahme in der mündlichen Verhandlung glaubwürdig ausgesagt, dass keine Renovierungsarbeiten ersichtlich waren und er keine diesbezüglichen Arbeiten wahrgenommen hat. Vielmehr hätte das Lokal „ganz normal“ ausgesehen und auch die Toilette hätte benutzbar ausgesehen. Die dazu im Widerspruch stehende Aussage des Bf in der mündlichen Verhandlung, dass das Lokal am 20. September 2016 in keinem Zustand war, in dem man es betreiben könnte, da die Kühlung defekt und die Toilette „kaputt“ war, ist insgesamt nicht glaubwürdig. Zudem hat der Zeuge S. auch „normale“ Kleidung und keine „Arbeitskleidung“, wie grundsätzlich bei Renovierungsarbeiten üblich, getragen.

Auch das Vorbringen des Bf, dass dieser den Zeugen, da er keinen Fehler machen wollte, wegen der Verrichtung von Hilfstätigkeiten beim Renovieren des Lokals bei der OÖ Gebietskrankenkasse nachgemeldet hat, ist demnach unglaubwürdig.

Dazu stehen auch die übereinstimmenden Aussagen des Bf und des Zeugen, dass es keine Anweisungen des Bf hinsichtlich des Verkaufspreises der Getränke gab, nicht im Widerspruch, da der Zeuge bereits einmal vom Bf beschäftigt wurde und ihm die Preise – wie er auch selbst aussagte – bekannt waren.

Auch die Aussage des Zeugen S., dass die Aufzeichnungen auf den Bierzetteln nicht vom 20.9.2016 stammen würden sondern aus Zeiten davor, steht aus folgenden Gründen den Feststellungen nicht entgegen: Die gegenständliche Kontrolle fand um 10:00 Uhr statt, sodass es durchaus glaubwürdig erscheint, dass die anwesenden Gäste nicht sämtliche Getränke, die auf diesen Bierzetteln abgerechnet wurden, konsumiert haben. Sie sprechen jedoch eindeutig dafür, dass der Zeuge S. die von ihm ausgeschenkten Getränke an die Gäste verkauft hat. Ebenso spricht die Kellnerbrieftasche, die der Zeuge auch am Tag der Kontrolle hinter der Ausschank bei sich hatte, unzweifelhaft für diese Feststellungen. Die diesbezügliche Aussage des Zeugen S., dass er die Kellnerbrieftasche aus Gewohnheit immer bei sich hatte auch wenn er privat unterwegs war, ist jedenfalls unglaubwürdig. Es widerspricht auch der allgemeinen Lebenserfahrung privat alltäglich eine große, unhandliche Brieftasche zu verwenden.

Auch das Vorbringen, dass geplant war, dass der Zeuge S. das Lokal vom Bf pachten möchte, steht dazu in keinem Widerspruch, da der Bf zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt unbestritten das Lokal noch nicht an den Zeugen S. verpachtet hatte. Im Übrigen hat der Bf selbst angegeben, dass nicht vereinbart war, dass der Zeuge das Lokal probeweise betreiben darf, sodass darauf nicht weiter einzugehen ist.

Insgesamt haben der Bf und der Zeuge teilweise widersprüchliche Angaben getätigt und stimmen die Aussagen des Bf zum Teil auch nicht mit seinen Angaben bei der Vernehmung im Zuge der Kontrolle überein. So hat der Bf bei der Befragung durch die Organe der Finanzpolizei im Zuge der Kontrolle zB angegeben, dass die Bestellung und Abrechnung der Getränke durch ihn bei der L.B. erfolgt und er die Getränke von seinem anderen Lokal mit in dieses Lokal genommen und zum Verkauf bereit gestellt hat. Im Zuge der mündlichen Verhandlung am 7. September 2018 hat der Bf ausgesagt, dass sich die Getränke noch vom Vorpächter P. im Lokal befinden und er die Getränke von diesem übernommen hat.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.1. Gemäß § 111 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG), BGBl Nr. 189/1955 in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung, 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 oder 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 2.180 Euro, im Wiederholungsfall von 2.180 Euro bis 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 Verwaltungsbestimmungen 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.

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 im Sinne dieses Gesetzes 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. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 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; hierzu 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 (z.B. Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.

Nach § 539a Abs. 2 ASVG können durch den Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten nach bürgerlichem Recht Verpflichtungen nach dem ASVG, besonderes die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden.

Nach § 539a Abs. 3 ASVG ist ein Sachverhalt so zu beurteilen, wie er bei einer, den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre.

III.2. Dem Bf wird gegenständlich vorgeworfen, dass er F.S. im Lokal „O." in L., X, beschäftigt habe, ohne dass dieser vor Arbeitsantritt beim zuständigen Sozialversicherungsträger angemeldet wurde.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist, wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen, das heißt arbeitend unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, 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 (vgl. nur VwGH 20.6.2018, Ra 2015/08/0149; 23.10.2017, Ra 2015/08/0135; 19.12.2012, 2012/08/0165; 27.7.2011, 99/08/0030; 27.4.2011, 2010/08/0091; 8.8.2008, 2008/09/0022).

Aus dem durchgeführten Beweisverfahren ergibt sich, dass der Zeuge S. von den Organen der Abgabenbehörde in dem in Rede stehenden Lokal hinter der Ausschank betreten wurde. Der Zeuge S. hatte eine Kellnerbrieftasche bei sich und befanden sich im Thekenbereich Bierzettel mit Aufzeichnungen über die Abrechnung der konsumierten Getränke von verschiedenen Personen.

Das Vorbringen des Bf, dass er gemeinsam mit dem Zeugen im Lokal Renovierungsarbeiten durchgeführt hat und den Zeugen auch wegen seiner Hilfe bei diesen Renovierungsarbeiten im Nachhinein rückwirkend zur Sozialversicherung angemeldet hat, ist lediglich als Schutzbehauptung zu werten (siehe II.3.). Unabhängig davon würde die Art der Beschäftigung des F.S. keine Rolle spielen, da er jedenfalls nicht vor Arbeitsantritt beim zuständigen Sozialversicherungsträger angemeldet wurde.

Dass ein Freundschafts- oder Gefälligkeitsdienst vorlag, wurde in der öffentlichen mündlichen Verhandlung auch nicht weiter behauptet. Vielmehr haben sowohl der Bf als auch der Zeuge S. lediglich angegeben, dass sie einander kennen, da der Zeuge bereits früher beim Bf beschäftigt war.

Insgesamt sind im Verfahren nicht jene atypischen Umstände hervorgekommen, die einen Schluss darauf zulassen würden, dass gegenständlich von keinem Beschäftigungsverhältnis auszugehen ist.

Da der Bf den Zeugen vor Arbeitsbeginn nicht beim zuständigen Sozialversicherungsträger angemeldet hat, ist diesem die angelastete Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht vorzuwerfen.

III.3. Gemäß § 5 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit wird bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen sein, 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 (sog. „Ungehorsamsdelikt“).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar, sodass es gemäß § 5 Abs. 1 (zweiter Satz) VStG dem Beschuldigten obliegt, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung dieser Verwaltungsvorschriften kein Verschulden trifft. Zu einer solchen Glaubhaftmachung ist es erforderlich, dass der Beschuldigte initiativ, von sich aus in substantiierter Form alles darlegt, was für seine Entlastung spricht. Bloß allgemein gehaltene Behauptungen sind nicht geeignet, um diese Entlastungsbescheinigung für mangelndes Verschulden zu erbringen (vgl. auch VwGH 26.3.2015, 2013/07/0011).

Wenn der Bf vorbringt, dass er am Tag der Kontrolle noch in seinem anderen Lokal und nicht vor Ort war und deshalb nicht gewusst hatte, dass der Zeuge S. das Lokal aufsperren und Gäste bewirten wird, so ist dem entgegenzuhalten, dass er jedenfalls dazu verpflichtet gewesen wäre, ein entsprechendes Kontrollsystem dahingehend einzurichten, dass nicht Personen ohne sein Wissen und ohne seine Zustimmung in seinem Lokal anwesend bzw. tätig sind.

Will der Dienstgeber verhindern, dass Beschäftigungsverhältnisse durch Aufnahme einer Beschäftigung in seinem Betrieb ohne seine Zustimmung bzw. ohne die erforderliche Anmeldung zur Sozialversicherung begonnen werden, muss er ein wirksames Kontrollsystem einrichten bzw. entsprechende Weisungen erteilen und deren Befolgung sicherstellen. Für die mangelnde Effektivität seines Kontrollsystems hat der Dienstgeber unabhängig von seinem Verschulden einzustehen

(VwGH 3.12.2013, 2012/08/0026; 17.1.2014, 2013/08/0281; 14.3.2014, 2012/08/0029; 26.5.2014, 2012/08/0207).

Der Bf wäre somit – selbst für den Fall dass er nichts von der Anwesenheit bzw. Tätigkeit des Zeugen in seinem Lokal gewusst haben will – verpflichtet gewesen, ein entsprechendes Kontrollsystem einzurichten. Dass ein solches eingerichtet war, hat der Bf selbst nicht einmal behauptet.

Im Verfahren sind somit keine Umstände hervorgekommen, die Zweifel am Verschulden des Bf am Zustandekommen der Verwaltungsübertretung aufkommen lassen, weshalb ihm fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen ist. Die Verwaltungsübertretung ist somit auch in subjektiver Hinsicht vorwerfbar.

III.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 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 ist von einem monatlichen Nettoeinkommen von 1.400 Euro und Sorgepflichten für 1 Kind ausgegangen. Strafmildernd hat die belangte Behörde die erstmalige Ordnungswidrigkeit, geringfügiges Verschulden, unbedeutende Folgen und die lange Dauer des Verfahrens gewertet und hat sie die gesetzliche Mindeststrafe auf die Hälfte herabgesetzt.

In der Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht hat der Bf angegeben, dass die von der belangten Behörde der Strafbemessung zugrunde gelegten Einkommensverhältnisse sowie Sorgepflichten nach wie vor richtig sind, sodass auch das Landesverwaltungsgericht von diesen Einkommens- und Familienverhältnissen ausgeht.

Da von der belangten Behörde die Mindeststrafe iSd § 111 Abs. 2 ASVG bereits zur Hälfte unterschritten wurde, kommt eine (weitere) Strafherabsetzung ohnehin nicht in Betracht, sodass spruchgemäß zu entscheiden war.

III.5. Im Ergebnis ist daher die vorgeworfene Tat als Verwaltungsübertretung strafbar. Die Beschwerde war somit als unbegründet abzuweisen und das angefochtene Straferkenntnis zu bestätigen.

Bei diesem Ergebnis war dem Bf gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG ein Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht in der Höhe von 73 Euro (das sind 20 % der Strafe) vorzuschreiben.

IV. 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 sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnissen 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. Soweit die Entscheidung von der Beweiswürdigung abhängig war, wurde diese nach Durchführung einer Verhandlung getroffen 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 diese Entscheidung 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.
Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.
Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Zauner