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-302058/7/GS/JW

Datum:
Linz, 05. November 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Saxinger über die Beschwerde des W A, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. G W, S x, x L, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 7.8.2018, GZ: 0064314/2015, wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 10.10.2018

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 dem angefochtenen Straferkenntnis hat der Bürgermeister der Landeshauptstadt Linz (im Folgenden: belangte Behörde) über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wie folgt entschieden:

„I. Tatbeschreibung:
Der Beschuldigte, Herr A W, geb. x, hat als Gewerbeinhaber und Betreiber des Lokales ‚Cafe M B ‘, T x, x L, welcher für die Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Meldepflicht keinen Bevollmächtigten bestellt hat, nachstehende Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten:

Sie haben als Dienstgeber im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG, am 05.10.2015 von 20:00 bis 21:00 Uhr (Kontrollzeitpunkt), Frau W C, geb. x, als pflichtversicherte Dienstnehmerin, in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt (Anspruch iSd. § 49 ASVG), im o.a. Lokal, als Kellnerin mit Inkasso beschäftigt.

Die in Rede stehende Beschäftigte war Ihnen organisatorisch sowie hinsichtlich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit maßgeblich unterworfen. Auch bestand eine persönliche Arbeitsverpflichtung und Weisungsgebundenheit.

Für die Behörde war im vorliegenden Fall von einem Arbeitsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt auszugehen, da Unentgeltlichkeit nicht ausdrücklich vereinbart wurde und somit ein angemessenes Entgelt gem. § 1152 ABGB als bedungen gilt. Die Höhe des Entgelts lag nicht über der Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs. 2 ASVG.

Obwohl diese Dienstnehmerin von der Vollversicherung im Sinne des § 5 ASVG ausgenommen und daher in der Unfallversicherung teilversichert ist, wurde hierüber eine, zumindest mit den Mindestangaben ausgestattete, Meldung, bei der gem. § 30 ASVG örtlich zuständigen Gebietskrankenkasse, als zuständiger Sozialversicherungsträger, nicht vor Aufnahme der Tätigkeit, erstattet.
Sie haben somit gegen die sozialversicherungsrechtliche Meldepflicht des § 33 Abs. 1 u. 2 ASVG verstoßen.

II. Verletzte Verwaltungsvorschriften in der jeweils gültigen Fassung:

§ 33 Abs. 1 u. 2 iVm § 111 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz

III. Strafausspruch:

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von	Falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Gemäß
€ 365,00	56 Stunden	§ 111 ASVG

IV. Kostenentscheidung:

Als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens haben sie 10% der verhängten Strafe zu leisten:
€ 36,50

Rechtsgrundlage in der jeweils gültigen Fassung:
§ 64 (1) und (2) Verwaltungsstrafgesetz
Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

€ 401,50."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend wird unter anderem vorgebracht, dass Frau W seit dem angeführten Tatzeitraum geringfügig zur Sozialversicherung angemeldet sei. Die vom Beschuldigten im Verfahren vorgebrachten Angaben würden daher als reine Schutzbehauptungen erscheinen.

I.2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vom Bf rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 10.9.2018, mit der beantragt wurde, der Beschwerde Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verfahren einzustellen, in eventu die Strafe herabzusetzen und jedenfalls eine mündliche Verhandlung durchzuführen.
Begründend wurde zusammengefasst ausgeführt, dass richtig sei, dass der Beschuldigte das oben genannte Lokal als nach außen verantwortliche Person betreibe. Jedoch wäre Frau W C nicht am 5.12.2015 von 20:00 Uhr bis 21:00 Uhr als Dienstnehmerin gegen Entgelt beim Bf beschäftigt gewesen. Vielmehr habe sie sich am 5.12.2015 ab zirka 13:00/14:00 Uhr nur als Gast im Lokal aufgehalten. Sie wäre früher als Kellnerin tätig gewesen und sei seither hier Stammgast. Um zirka 20:00 Uhr wäre der Beschuldigte von einem schweren Unfall seiner Schwiegertochter in spe verständigt worden. Da er eine befugte Vertretung für das Lokal nicht sofort organisieren hätte können, hätte er persönlich eine befugte Vertretung für das Lokal holen wollen. Zu diesem Zweck habe er die wenigen Gäste im Lokal gefragt, ob sie sofort zahlen oder noch etwas bestellen wollten, da er sich wegen des Notfalles für 20 Minuten entfernen müsse. Da niemand zahlen oder bestellen hätte wollen, habe er sich mit der Bemerkung, dass Frau W auf das Lokal aufpassen solle, entfernt. Mit der Bemerkung „Pass mir bitte 20 Minuten auf das Lokal auf" habe der Bf gewollt, dass Frau W aus rein freundschaftlicher Gefälligkeit darauf achte, dass sich niemand selber etwas einschenke oder niemand etwas stehle. Frau W wäre weder berechtigt noch verpflichtet gewesen, Gäste zu bedienen, irgendwelche Arbeiten für den Bf durchzuführen und sie hätte auch nicht kassieren dürfen. Frau W habe derartige Tätigkeiten im inkriminierten Zeitraum auch tatsächlich nicht durchgeführt. Zunächst sei von 20:00 bis 20:20 Uhr keine derartige Tätigkeit erfolgt. Laut Strafantrag habe die gegenständliche Kontrolle durch die Behörde um 20:20 Uhr begonnen. Ab diesem Zeitpunkt wäre ebenso keine solche Tätigkeit festgestellt worden. Festgestellt wäre von der

einschreitenden Behörde lediglich worden, dass ein Gast (Frau W) einem anderen Gast die Kellnerbrieftasche gezeigt habe. Auf dem im gegenständlichen Behördenstrafakt erliegenden Foto sei auch klar zu erkennen, dass die Brieftasche lediglich gezeigt worden wäre. Auf dem Foto sei keine Inkassosituation zu sehen. Inkasso würde im gegenständlichen Fall bedeuten, dass jemand Geld einnehme. Das sei auf dem Foto nicht zu sehen. Beide abgebildeten Personen würden lediglich in die Brieftasche blicken. Die angelastete Verwaltungsübertretung liege daher insbesondere hinsichtlich folgender Detailpunkte nicht vor: 21:00 Uhr wäre nicht der Kontrollzeitpunkt, der Bf wäre nicht Dienstgeber, sie wäre nicht persönlich und wirtschaftlich abhängig, sie habe keinen Entgeltanspruch, sie wäre nicht Kellnerin, sie wäre nicht inkassoberechtigt, sie wäre nicht organisatorisch sowie hinsichtlich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit maßgeblich unterworfen, es habe keine Arbeitsverpflichtung bestanden, es bestehe keine Weisungsgebundenheit, § 1152 ABGB sei nicht anwendbar, da diese Bestimmung einen Vertrag voraussetze, welcher aber nicht abgeschlossen worden wäre, sowie die Höhe des Entgelts wäre nicht über der Geringfügigkeitsgrenze gelegen. Um zirka 21:00 Uhr sei der geringfügig Beschäftigte und ordnungsgemäß zur Sozialversicherung angemeldete Herr M L im Lokal eingetroffen und habe den Bf abgelöst. Die Bitte des Bf in einer Notsituation habe jedenfalls kein Dienstverhältnis im Sinne des ASVG begründet und wäre daher auch nicht anmeldepflichtig. Als Beweis werde die Zeugin G A und die Einvernahme des Bf beantragt.

I.3. Mit Schreiben vom 11.9.2018 (eingelangt beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich am 13.9.2018) hat die belangte Behörde die Beschwerde samt ihrem Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt. Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch die zuständige Einzelrichterin zu entscheiden.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Obersterreich (LVwG Oö.) hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 10.10.2018. Zu dieser Verhandlung sind der Rechtsvertreter des Bf, ein Vertreter der belangten Behörde sowie ein Vertreter des Finanzamtes erschienen. Zeugenschaftlich wurde Ing. F R von der Finanzpolizei einvernommen. Die als Zeugin geladene C W sowie die vom Bf beantragte Gattin des Bf G A sind unentschuldigt zur Verhandlung nicht erschienen.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem relevantem Sachverhalt aus:
Der Bf ist Gewerbeinhaber und Betreiber des Lokales „Cafe M B“, in x L, T x.

Aufgrund einer Anzeige fand am 5.12.2015 eine Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei statt (Beginn: 20:20 Uhr). Zu Beginn dieser Kontrolle wurde Frau W

C, geb. x, hinter der Theke mit geöffneter Kellnerbrieftasche in der Hand angetroffen. Sie schaute mit einem vor der Theke stehenden Gast in die geöffnete Kellnerbrieftasche. Zum Zeitpunkt der Kontrolle war Frau W für die Finanzpolizisten die einzige Ansprechperson im Lokal. Laut den niederschriftlichen Angaben von Frau W am Kontrolltag hat der Lokalbetreiber A W gegen 20:00 Uhr das Lokal verlassen und sie ersucht, auf das Lokal aufzupassen. Er hat Frau W erklärt, dass seine Schwiegertochter in spe einen Unfall erlitt. Um zirka 21:00 Uhr traf Herr M L, SV-Nr. x, im Lokal ein. Er war als geringfügig beschäftigter Arbeiter beim Bf zur SV angemeldet und übernahm die Kellnertätigkeit.

Frau W C war zum Kontrollzeitpunkt nicht zur Sozialversicherung angemeldet. Die Bf war längere Zeit vor dem Kontrolltag beim Bf schon einmal als Kellnerin zur Sozialversicherung gemeldet.

III. Beweiswürdigung:

Die Sachverhaltsfeststellungen ergeben sich nachvollziehbar aus dem vorliegenden Verwaltungsakt und dem durchgeführten Beweisverfahren. Nach diesem steht unstrittig fest, dass Frau W beim Betreten durch die Kontrollbeamten hinter der Theke mit einer Kellnerbrieftasche in der Hand betreten wurde und sie gemeinsam mit einem Gast, der sich im Bereich vor der Theke aufhielt, in die Geldtasche blickte. Unbestritten blieb weiters, dass Frau W C von zirka 20:00 Uhr bis zirka 21:00 Uhr für die Finanzbeamten im Lokal die einzige Ansprechperson war. Laut Strafantrag wurde die Kontrolle aufgrund einer Anzeige, wonach Frau W C seit ca. acht Monaten regelmäßig im Cafe B arbeite, ohne zur Sozialversicherung angemeldet zu sein, durchgeführt.

Der vom Bf aufrechterhaltene Beweisantrag auf Einvernahme der Gattin des Bf, Frau G A, zum Beweis, dass die Schwiegertochter in spe einen schweren Unfall am Kontrolltag habe und deswegen der Bf im Sinne eines Notfalles kurzfristig das Lokal verlassen hätte müssen und weiters, dass kein Dienstverhältnis zwischen dem Bf und Frau W begründet worden wäre, wird abgewiesen. Das bekanntgegebene Beweisthema ist nicht entscheidungsrelevant. Es wurde nicht in Frage gestellt, dass der Bf am Kontrolltag um zirka 20:00 Uhr das Lokal wegen eines Unfalles der Schwiegertochter in spe verlassen hatte und um 21:00 Uhr eine zur Sozialversicherung angemeldete Person die Dienste im gegenständlichen Lokal wieder übernommen hat. Der Antrag des Beschwerdeführervertreters auf Anberaumung eines neuen Verhandlungstermins wird ebenfalls abgewiesen. Der Bf war in der anberaumten und durchgeführten Verhandlung am 10.10.2018 anwaltlich vertreten und wusste von seinem Anwalt nachweislich vom Verhandlungstermin. Seiner Gattin wurde die Ladung nachweislich zugestellt, sie wurde jedoch von ihr nicht behoben. Aufgrund des unstrittig festgestellten Sachverhaltes ist eine Vertagung der Verhandlung nicht nötig. Die Beurteilung der

Frage, ob ein sozialversicherungspflichtiges Dienstverhältnis vorliegt, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

IV.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.

IV.2. Dem Bf wird gegenständlich vorgeworfen, dass er C W im Lokal „Cafe M B“ in x L, T x, beschäftigt habe, ohne dass diese 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 unstrittig, dass C Wr von den Organen der Abgabebehörde in dem in Rede stehenden Lokal hinter der Theke mit geöffneter Kellnerbrieftasche in der Hand betreten wurde. Alleine die unbestrittene Tatsache, dass Frau W die geöffnete Kellnerbrieftasche in der Hand hatte und sich im Bereich hinter der Theke befand und weiters die einzige Ansprechperson für die Finanzpolizisten im Lokal war, bedeuten solche Umstände, die üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten.

Als atypischer Umstand, der einer solchen Deutung entgegensteht, wurde vom Bf ein Notfall (Unfall der Schwiegertochter in spe) eingewendet, der ein plötzliches Verlassen des Lokals durch den Bf bedingt hat.

Diese Einwendung ist jedoch im Zusammenhang mit der Tatsache zu sehen, dass die gegenständliche Kontrolle aufgrund einer Anzeige stattgefunden hat. Es wurde angezeigt, dass Frau W C seit zirka 8 Monaten regelmäßig im gegenständlichen Kaffee arbeite ohne jedoch zur Sozialversicherung angemeldet zu sein.

Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch, dass Frau W längere Zeit vor der Kontrolle schon einmal als zur Sozialversicherung angemeldete Kellnerin im gegenständlichen Lokal tätig war. Der Bf hätte im gegenständlichen Fall unter dieser Prämisse zumindest eine telefonische Mindestangaben-Anmeldung bei der Gebietskrankenkasse telefonisch veranlassen können.

Insgesamt betrachtet sind daher im Verfahren nicht jene atypischen Umstände hervorgekommen, die einen Schluss darauf zulassen würden, dass gegenständlich von keinem Beschäftigungsverhältnis auszugehen ist. Zum Einwand, dass im gegenständlichen Fall ein Vertrag nicht erweislich ist, ist darauf hinzuweisen, dass ein Vertrag auch konkludent mündlich geschlossen werden kann. Durch die Beauftragung des Bf, dass Frau W eine Zeit lang auf sein Lokal aufpassen soll, liegt ein diesbezüglich schlüssig konkludent geschlossener Vertrag vor.

Wie der Bf richtig zitiert, besteht gemäß § 1152 ABGB ein Anspruch auf ein angemessenes Entgelt. Ob Frau W vom Bf inkassoberechtigt war, ist rechtlich irrelevant. Dass die Höhe des Entgelts unter der Geringfügigkeitsgrenze lag, wurde von der belangten Behörde nicht angenommen und ist daher unstrittig.

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

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 durch einen Notfall sein Lokal verlassen musste, so ist dem entgegenzuhalten, dass er jedenfalls dazu verpflichtet gewesen wäre, in einem solchen Fall, entweder sein Lokal zu schließen und die Gäste des Lokals zu verweisen oder durch eine Mindestangabenmeldung bei der Oö. GKK Frau W kurzfristig zur Sozialversicherung anzumelden. Eine solche Mindestangabenmeldung ist schnell und unkompliziert bei der Gebietskrankenkasse zu bewerkstelligen und somit auch im vorliegenden Fall zumutbar.

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.

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.

Der Bf hat sich zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen sowie Sorgepflichten nicht geäußert. Die belangte Behörde hat jedoch im angefochtenen Straferkenntnis die gesetzliche Mindeststrafe aufgrund des Vorliegens der Voraussetzungen des § 111 Abs. 2 ASVG (erstmaliges ordnungswidriges Handeln, geringes Verschulden und unbedeutende Folgen)bereits auf die Hälfte herabgesetzt, weshalb dem diesbezüglichen Antrag in der Beschwerde bereits durch die Behörde entsprochen wurde. Es erübrigt sich daher ein Eingehen darauf, ob den Bestimmungen des § 19 VStG bei der Bemessung der Strafe durch die belangte Behörde entsprochen wurde oder nicht.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind.

Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde dem Beschuldigten im Fall der Z 4 unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Das geringe Verschulden des Bf wurde von der belangten Behörde bereits durch die Anwendung des halbierten Mindeststrafsatzes des § 111 Abs. 2 ASVG berücksichtigt.

Der Schutzzweck der übertretenen Norm ist nicht bloß darauf gerichtet, die Pflichtversicherung für die Beschäftigten sicherzustellen. Wesentlicher Zweck der – vor Arbeitsantritt zu erfüllenden Meldepflicht – gemäß § 33 ASVG in der Fassung des Sozialrechtsänderungsgesetzes 2007, BGBl. I Nr. 37/2007, ist die Bekämpfung der Schwarzarbeit (vgl. die Erläuterungen zur Regierungsvorlage, 77 BlgNr. 23. GP, 3). Die gesetzliche Verpflichtung zur Anmeldung von Dienstnehmern schon vor Beginn der Arbeitsleistung soll sicherstellen, dass eine das Österreichische Sozialversicherungssystem aushöhlende Schwarzarbeit leichter erkennbar wird und dies damit erschweren. Der zu beurteilenden Übertretung des ASVG war sohin ein erheblicher Unrechtsgehalt beizumessen. Aus diesem Grund konnte die verhängte und bereits durch die belangte Behörde halbierte Mindeststrafe nicht weiter herabgesetzt werden oder sogar eine Einstellung oder Ermahnung ausgesprochen werden.

Dem Einwand, dass 21:00 Uhr nicht der Kontrollzeitpunkt gewesen sei, wird entgegengehalten, dass das gesetzliche Tatbild des § 111 Abs. 1 Z 1 ASVG nicht die Anführung des Zeitpunktes der finanzbehördlichen Kontrolle umfasst. Es handelt sich dabei um kein wesentliches Tatbestandsmerkmal der Verwaltungsübertretung nach § 111 ASVG. Maßgebend ist der Zeitpunkt, an dem keine Meldung zur Sozialversicherung vorgelegen ist. Dieser Tatzeitraum war unstrittig -wie von der belangten Behörde festgestellt- der Zeitraum von 20:00 bis

21:00 Uhr am Kontrolltag. In diesem Zeitraum war Frau W unbestritten die einzige Aufsichtsperson im Lokal, da der Bf um 20:00 Uhr sein Lokal verlassen hat und um 21:00 Uhr der zur Sozialversicherung angemeldete Kellnerersatz im Lokal eintraf. Die Finanzbeamten befanden sich zu diesem Zeitpunkt darüber hinaus noch immer im Lokal.

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.

V. 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. Der Beurteilung, ob ein sozialversicherungspflichtiges Dienstverhältnis unter Würdigung der unstrittig vorliegenden Umstände vorgelegen ist, kommt keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zu.

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. Saxinger