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-302566/5/BMa/TK

Datum:
Linz, 22. Dezember 2020

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des A A, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. G L, x W, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 18.10.2019, GZ: Pol-303-SV03-25-2019/2, wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird mit der Maßgabe keine Folge gegeben, dass nach der im Spruch des bekämpften Erkenntnisses angeführten Gesetzesangabe „ASVG – BGBl. Nr. 189/1955“ der Ausdruck „idgF“ in Spruchpunkt 1 durch „BGBl. I Nr. 59/2018 “ und in Spruchpunkt 2 durch „BGBl. I Nr. 8/2019“ ersetzt wird.
Der im erstinstanzlichen Erkenntnis angeführte Gesamtbetrag der Geldstrafe wird von „€ 1.096“ auf den Betrag „€ 1.095“, der erstinstanzlich verhängte Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens wird von „Euro 109,60“ auf „Euro 109,50“ und der zu zahlende Gesamtbetrag wird von „Euro 1.205,60“ auf „Euro 1.204,50“ korrigiert.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von 219 Euro (146 Euro zu Spruchpunkt 1 des bekämpften Bescheids + 73 Euro zu Spruchpunkt 2 des bekämpften Bescheids) zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I.

1. Mit dem in der Präambel angeführten Straferkenntnis wurde der Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wie folgt schuldig gesprochen und bestraft:

„Sie haben als Gewerbeinhaber und Betreiber des Restaurants ‚P M ‘, D. x, x W (Standort der Gewerbeberechtigung), welcher für die Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Meldepflicht keinen Bevollmächtigten bestellt hat, folgende Verwaltungsübertretung zu verantworten:

1. Sie haben als Dienstgeber im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG von 01.02.2018 bis 15.11.2018 Herrn S C K, geb. x, als Dienstnehmer (P) im Restaurant P M, x W, D. x, in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt. Eine Anmeldung zur Sozialversicherung erfolgte nicht.
Der in Rede stehende Beschäftigte war Ihnen organisatorisch sowie hinsichtlich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit maßgeblich unterworfen. Auch bestand eine persönliche Arbeitsverpflichtung und Weisungsgebundenheit. Die Höhe des Entgelts lag über der Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs. 2 ASVG.
Obwohl dieser Dienstnehmer daher nicht von der Vollversicherung im Sinne des § 5 ASVG ausgenommen und daher in der Kranken- Unfall- und Pensionsversicherung vollversichert ist, wurde hierüber eine entsprechende Anmeldung bei der OÖ. Gebietskrankenkasse, 4020 Linz, Gruberstr.77, als zuständiger Sozialversicherungsträger, nicht erstattet.

Es wurde somit gegen die sozialversicherungsrechtliche Meldepflicht verstoßen.
2. Sie haben als Dienstgeber im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG von 01.01.2019 bis 23.01.2019 (Zeitpunkt der Kontrolle) Herrn S Gl, geb. x, als Dienstnehmer (P) im Restaurant P M, x W, D. x in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt. Eine Anmeldung zur Sozialversicherung erfolgte nicht.
Der in Rede stehende Beschäftige war Ihnen organisatorisch sowie hinsichtlich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit maßgeblich unterworfen. Auch bestand eine persönliche Arbeitsverpflichtung und Weisungsgebundenheit. Die Höhe des Entgelts lag über der Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs. 2 ASVG.
Obwohl dieser Dienstnehmerin daher nicht von der Vollversicherung im Sinne des § 5 ASVG ausgenommen und daher in der Kranken- Unfall- und Pensionsversicherung vollversichert ist, wurde hierüber eine entsprechende Anmeldung bei der OÖ. Gebietskrankenkasse, 4020 Linz, Gruberstr. 77, als zuständiger Sozialversicherungsträger, nicht erstattet.
Es wurde somit gegen die sozialversicherungsrechtliche Meldepflicht verstoßen.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

Zu 1. und 2. §§ 111/1 und 111/2 iVm 33/1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG - BGBl Nr 189/1955 idgF.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß jeweils
1. € 730,— 2. € 365,- Gesamt: € 1096,-	1. 112 Stunden 2. 56 Stunden Gesamt: 168 Stunden	---	§§ 111 ASVG idgF

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:

- Euro 109,60 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, mindestens jedoch 10 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro);

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher Euro 1205,60“ [Hervorhebungen nicht übernommen]

2.1. Gegen diesen Bescheid richtet sich die rechtzeitig vom Rechtsmittelwerber rechtsfreundlich vertreten eingebrachte Beschwerde, mit der u.a. die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens beantragt wurden.

2.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Einsicht genommen in den vorgelegten Verfahrensakt und am 09.10.2020 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt. Zur Verhandlung ist ein Vertreter des Finanzamts gekommen.

3. Das LVwG OÖ. hat erwogen:

3.1. Folgender rechtlich relevante Sachverhalt wird festgestellt:

A A ist Gewerbeinhaber und Betreiber und damit zur Vertretung nach außen Berufener des Restaurants „P M“, D, W. Er bietet auch Hauszustellungen seiner Produkte an. Dazu hat er mit S B einen Vertrag geschlossen, der am 01.02.2018 in Kraft getreten ist, in dem er S B als Auftragnehmer mit der Abwicklung und der Auslieferung der Speisen und Getränke beauftragt hat. Vereinbart wurde, dass die Zustellfirma des B S berechtigt sei, sich zur Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtung geeigneter Erfüllungsgehilfen „Zusteller“ zu bedienen (Punkt 1.3. des Vertrages). Darüber hinaus wurde in Punkt 3.5. des Vertrags geregelt, dass die Zusteller der Zustellfirma im arbeitsrechtlichen Sinn weder bei A A noch bei der Zustellfirma eingegliedert sind. In diesem Vertrag wurden u.a. auch die Zustellzeiten geregelt und die Abwicklung des Transports der Zustellung sowie das Entgelt für jede Transportfahrt. Pro Zustellung wurde ein Betrag von 3,60 Euro als Nettobetrag vereinbart. Es wurde auch die Verrechnung geregelt und unter Punkt 6.6. des Vertrags wurde festgehalten, dass die Zustellfirma verpflichtet sei, den durch ihre Logistik entstandenen Schaden bei der Hauszustellung – entsprechend der Definition dieser Vereinbarung – innerhalb von 7 Tagen ab Erhalt der Rechnung zu überweisen.

Nicht festgestellt werden kann, ob tatsächlich Schadensfälle abgerechnet wurden. Der Vertrag ist am 01.02.2018 in Kraft getreten und wurde auf unbestimmte Zeit geschlossen.
Anlässlich einer Kontrolle der Finanzpolizei Wels am 23.01.2019 im Restaurant „P M“, D, W, wurde neben dem Betreiber A A, der indische Staatsangehöriger G S, hinter der Theke im Kassabereich angetroffen. Im Zeitraum vom 01.02.2018 bis zur Kontrolle haben insgesamt drei Personen, die von S B dem A A vermittelt wurden, für diesen als Zusteller gearbeitet. C K S, ebenso wie G S, ein indischer Staatsangehöriger und Asylwerber, war vom 01.02.2018 bis 15.11.2018 und G S von 01.01.2019 bis 23.01.2019 im Lokal des Bf beschäftigt. Die tägliche Arbeitszeit war von 11:00 Uhr bis 24:00 Uhr. Die Zusteller haben auch Flyer als Werbung in die Postfächer von Bewohnern eines bestimmten Gebietes ausgeteilt. Diese Tätigkeit wurde ebenfalls mit B S abgerechnet.
Der Bf hat den Zustellern ein Magnetschild mit der Aufschrift „P M“ zum Anbringen auf dem Dach des Zustellautos und eine Transporttasche zum Transport der Speisen zur Verfügung gestellt. Das Auto zur Durchführung des Transports, ebenso Benzin etc. wurden selbst von den Zustellern organisiert.

B S war seit 19.12.2016 Inhaber einer Gewerbeberechtigung des freien Gewerbes „Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen oder Kraftfahrzeugen mit Anhängern, deren höchstzulässiges Gesamtgewicht insgesamt 3.500 kg nicht übersteigt“. Von G S wurden dem Bf der Gewerbeschein und der Führerschein vorgelegt. Von C K S hat der Bf den österreichischen Führerschein geprüft, sich einen Beschluss für einen Firmenbucheintrag und eine Namensänderung in diesem, sowie eine Mitteilung des Finanzamts vorlegen lassen.

Die Abwicklung der Zustellung erfolgte in der Weise, dass der Bf die Bestellungen entgegennahm, alles vorbereitete und den Essenszustellern mitteilte, wann sie welche Pizza zu einer bestimmten Adresse liefern müssen. In der Zeit, zu denen keine Zustellfahrten gemacht wurden, haben sich die Zusteller im Restaurant aufgehalten und auf die Aufträge gewartet. Die Pausenzeiten wurden vom Bf so vorgegeben, dass er den Zustellern, als zwei anwesend waren, gesagt hatte, dass sie sich die Pause so einteilen müssten, dass immer einer für die Aufträge zur Verfügung stehe. Die Zusteller hätten auch einen Urlaub oder einen Krankheitsfall dem Bf gemeldet, er hätte sich dann um Ersatz gekümmert. Bei den Essenszustellungen wurde das Entgelt durch die Zusteller eingehoben. Am Ende eines Arbeitstages übergab der Zusteller den eingenommenen Betrag dem Bf.
Der Arbeitsablauf war bei allen Zustellern gleich.
Der Bf hat den Zustellern kein Entgelt für ihre Arbeit übergeben. Sie bekamen aber das Essen um 50 % günstiger beim Bf und konnten auch ab und zu gratis essen. Die Abrechnung mit S B erfolgte in der Weise, dass pro Zustellung abgerechnet wurde. Es wurden 3,60 Euro netto pro Zustellung unter 4 km Zustellfahrt an B S bezahlt. Dazu kamen noch 2,80 Euro, wenn über eine Distanz von über 4 km geliefert wurde. Der Bf machte für die Abrechnung eine Liste mit der Anzahl der

Zustellungen und übermittelte diese Liste an B S, der daraufhin die Rechnung an den Bf legte. Die Abrechnungen erfolgten monatlich, durch Überweisung des geforderten Betrags auf das Konto des B S.
Von der Finanzpolizei wurde per E-Mail eine Anfrage an die Oö. GKK gestellt, zur Feststellung der Dienstnehmereigenschaft der Zusteller, die die Zustellfahrten und die Verteilung der Flyer für A A vorgenommen hatten. Von der Oö. GKK wurde zunächst mit E-Mail vom 08.04.2019 mitgeteilt, dass eine Dienstnehmereigenschaft der Zusteller von B S angenommen werde. Aufgrund weiterer Erhebungen zur Firma des B S wurde am 24.07.2019 ein Feststellungsbescheid erlassen, dass es sich bei der Firma des B S mit der UID-Nummer: ATU x um ein Scheinunternehmen gemäß § 8 Sozialbetrugsbekämpfungsgesetz handelt. Dieser Feststellungsbescheid, wonach der genannte Rechtsträger ab 09.11.2018 als Scheinunternehmen gilt, ist am 02.08.2019 in Rechtskraft erwachsen.

Der Bf hat die beiden Arbeitnehmer nicht vor deren Arbeitsbeginn als Zusteller in dem von ihm geführten Betrieb dem zuständigen Sozialversicherungsträger nach den Bestimmungen des ASVG gemeldet.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus den vorgelegten Behördenakten und aus den Ausführungen des Vertreters des Finanzamts in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 09.10.2020 ergibt.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das LVwG OÖ erwogen:

3.3.1. Rechtsgrundlagen:

§ 111 Abs. 1 und 2 ASVG in der zur Tatzeit 15.11.2018 geltenden Fassung:
(1) Ordnungswidrig handelt, wer als Dienstgeber oder sonstige nach § 36 meldepflichtige Person (Stelle) oder nach § 42 Abs. 1 auskunftspflichtige Person oder als bevollmächtigte Person nach § 35 Abs. 3 entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes

1. Meldungen oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet

.....

(2) Die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 ist 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.

§ 111 Abs. 1 und 2 ASVG in der zur Tatzeit 23.01.2019 geltenden Fassung:

(1) Ordnungswidrig handelt, wer als Dienstgeber oder sonstige nach § 36 meldepflichtige Person (Stelle) oder nach § 42 Abs. 1 auskunftspflichtige Person oder als bevollmächtigte Person nach § 35 Abs. 3 entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes

1. die Anmeldung zur Pflichtversicherung oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet

.....

(2) Die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 ist 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.

§ 33 Abs.1 ASVG in der zur jeweiligen Tatzeit geltenden Fassung:

(1) Die Dienstgeber haben 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. Die An(Ab)meldung durch den Dienstgeber wirkt auch für den Bereich der Unfall- und Pensionsversicherung, soweit die beschäftigte Person in diesen Versicherungen pflichtversichert ist.

§ 539a ASVG in der zur jeweiligen Tatzeit geltenden Fassung:

(1) Für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.
(2) Durch den Mißbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes können Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden.
(3) Ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre.
(4) Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen sind für die Feststellung eines Sachverhaltes nach diesem Bundesgesetz ohne Bedeutung. Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so ist das verdeckte Rechtsgeschäft für die Beurteilung maßgebend.
.....

§ 4 ASVG in der zur jeweiligen Tatzeit geltenden Fassung:

.....

(2) Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, 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. .....

(4) Den Dienstnehmern stehen im Sinne dieses Bundesgesetzes Personen gleich, die sich auf Grund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, und zwar für

1. einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.) .....

wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen; .....

§ 35 Abs.1 ASVG in der zur jeweiligen geltenden Fassung:

Als Dienstgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt 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.

§ 9 Abs.1 VStG i.d.g.F.:

Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

3.3.2. Mit Erkenntnis vom 03.11.2015, GZ. 2013/08/0153, hat der VwGH zur Tätigkeit von Zustellern u.a. ausgesprochen:

„*Bei einfachen manuellen Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlauben, kann bei einer Integration des Beschäftigten in den Betrieb des Beschäftigers - in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte - das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden (vgl. - ebenfalls zu einem Zusteller - die hg. Erkenntnisse vom 26. Jänner 2010, 2009/08/0269, und vom 10. September 2014, Ro 2014/08/0069).*“

Auch im vorliegenden Fall ist von einer einfachen manuellen Tätigkeit der Zusteller auszugehen. Die jeweiligen Zusteller haben auf ihre Fahrtaufträge, die sie vom Bf bekommen haben, in dessen Betrieb, auch in einem Bereich, der betriebsfremden Personen nicht zugänglich ist, gewartet. Bei den Essenslieferungen haben sie das Entgelt sowohl für die Zustellung aber auch jenes für die Ware selbst kassiert und am Ende des Arbeitstages den gesamten Betrag mit dem Bf abgerechnet. Zwar haben sie das Auto, mit dem die Transportfahren durchgeführt wurden, selbst organisiert, die Liefertasche für das Essen und das Werbeschild, das den Betrieb des Bf kennzeichnet, hat aber dieser zur Verfügung gestellt. Die Zusteller hätten Abwesenheiten auch dem Bf gemeldet und dieser hätte für einen Ersatz der Arbeitskraft gesorgt. Auch die Pausenzeiten wurden vom Bf determiniert.
Aufgrund des festgestellten Arbeitsablaufs, der den Zustellern keinen wesentlichen Gestaltungsspielraum eingeräumt hat, war eine Eingliederung in den Betrieb des Bf gegeben.

Zu prüfen ist im Sinne der vorzitierten Judikatur, ob Anhaltspunkte vorhanden sind, die das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG ausschließen:
Nach dem mit B S geschlossenen Vertrag war dieser nach außen hin Vertragspartner des Bf, der ihm die Dienstnehmer vermittelt hatte und über den die Entlohnung der Zusteller abgewickelt wurde. Es ist aber gem. § 539a Abs. 1 ASVG auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) abzustellen.
Der vom Bf mit B S geschlossene Vertrag stellt auf eine unbefristete Leistung des Auftragnehmers und auf eine der Zahl nach nicht vorhersehbare Anzahl von Arbeitsabläufen ab. Dementsprechend wurde auch kein abgeschlossenes Werk vereinbart. Zudem ist die Art der von den Zustellern ausgeübten Tätigkeit, die keine Fachkenntnisse erfordert, dem Organisationsplan des Betriebs des Bf unterworfen, der den Einsatz der Zusteller nach betrieblicher Notwendigkeit koordiniert und damit wie bei „formellen“ Dienstnehmern determiniert (siehe oben). Die Zusteller haben auch ausschließlich für den Betrieb des Bf gearbeitet. Darüber hinaus hat sich ergeben, dass vom Vertragspartner des Bf eine Scheinfirma geführt wurde.
Nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt waren die Zusteller damit in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit im Betrieb des Bf beschäftigt.
Der Annahme einer Dienstnehmereigenschaft steht auch nicht entgegen, dass die Bezahlung der Zusteller durch eine dritte Person, vermutlich durch B S (wie vom Bf angegeben), quasi als Mittelsmann, erfolgte. Vielmehr unterstreicht eine solche Konstruktion, bei gleichzeitiger vertraglicher Regelung, dass die Arbeitnehmer weder in den Betrieb des Bf noch in den des Auftragnehmers eingegliedert sind, den Versuch eine gesetzliche Versicherungspflicht zu umgehen.
Weil der Bf die beiden Dienstnehmer beschäftigt hat, ohne diese vor Aufnahme der Tätigkeit dem zuständigen Sozialversicherungsträger zu melden, hat er den objektiven Tatbestand der ihm vorgeworfenen Rechtsnorm erfüllt.

3.3.3 Zur subjektiven Tatseite der vorgeworfenen Übertretung:
Im Sinn des § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit Fahrlässigkeit. Diese ist bereits 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. Dies hat in erster Linie durch geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die „Glaubhaftmachung“ nicht.

Dem Bf ist zuzugestehen, dass er durch Abschluss des Vertrags mit B S die Zustellung der Essenslieferungen an eine Zustellfirma auslagern wollte. Die Ausgestaltung der Essenszustellungen war aber in einer Form, dass die Personen, die die Essenslieferungen übernommen hatten, in den Betrieb des Bf eingegliedert wurden und als Dienstnehmer verwendet wurden. Dem Bf ist vorzuwerfen, dass er damit eine Form der Beschäftigung gewählt hat, wonach er nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt Arbeitgeber der beiden Dienstnehmer war und diese beschäftigt hat, ohne sich bei der zuständigen Behörde zu erkundigen, ob eine Beschäftigung der beiden Dienstnehmer in der von ihm gewählten Form ohne Meldung beim zuständigen Sozialversicherungsträger rechtskonform war. Damit aber hat er zumindest fahrlässig gehandelt.
Der Verweis auf ein vom Bf installiertes Kontrollsystem geht ins Leere, hat der Bf doch nicht dargetan, in welcher Weise das behauptete Kontrollsystem Wirkung gezeigt hatte.

3.3.4. 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- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.
Die belangte Behörde ist von einem geschätzten monatlichen Nettoeinkommen von 2.500 Euro, dem Nichtvorliegen von Sorgepflichten und dem Nichtvorhandensein von einem Vermögen des Bf ausgegangen.

Strafmildernd wurde die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Bf und straferschwerend die Beschäftigungsdauer von 10 Monaten hinsichtlich des unter Spruchpunkt 1.) des bekämpften Bescheids angeführten Ausländers gewertet.
Der Bf ist den Strafzumessungsgründen der belangten Behörde nicht entgegen getreten, diese werden daher auch dem Verfahren vor dem LVwG OÖ zugrunde gelegt.

Die zu Spruchpunkt 1. des bekämpften Erkenntnisses verhängte Strafe ist lediglich die Mindeststrafe für die Beschäftigung des C K S. Eine Herabsetzung der Strafe, weil der Bf erstmalig ordnungswidrig gehandelt hat, konnte im Hinblick auf die lange Beschäftigungsdauer des Dienstnehmers, die nicht als unbedeutende Folge der Zuwiderhandlung des Bf angesehen werden kann, nicht erfolgen.

Hinsichtlich der zu Spruchpunkt 2. des bekämpften Erkenntnisses verhängten Strafe wurde bereits von der belangten Behörde die Mindeststrafe aufgrund des geringen Verschuldens des Bf und der nur kurzen Beschäftigungsdauer der Dienstnehmer auf das mögliche Mindestmaß herabgesetzt. Es erübrigt sich damit eine weitere Auseinandersetzung mit den Strafzumessungsgründen.

3.3.5. Die Spruchergänzung bezüglich der Fundstelle der Übertretungs- bzw Strafnorm erfolgte in Entsprechung der Entscheidung des VwGH vom 06.06.2020, Ra 2020/09/0013-5. Abstellend auf die jeweilige Tatzeit erfolgte zwischen den beiden relevanten Tatzeiten eine Gesetzesnovellierung des ASVG. Eine Schlechterstellung des Bf erfolgte dadurch nicht.

3.3.6. Der erstinstanzlich angeführte Gesamtbetrag der Strafe sowie die erstinstanzlich vorgeschriebenen Verfahrenskosten waren gem. § 62 Abs. 4 iVm § 24 VStG zu korrigieren, weil diesen Beträgen ein offensichtlicher Rechenfehler bei der Addition der verhängten Strafen und daraus resultierend ein Folgefehler bei der Berechnung der Verfahrenskosten und des Gesamtbetrags zugrunde liegt.

Zu II.
Bei Bestätigung des erstinstanzlichen Erkenntnisses sind gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG Kosten zum Beschwerdeverfahren in Höhe von 20 % der verhängten Strafe zu leisten.

Zu III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Insbesondere weicht die gegenständliche Entscheidung von der als einheitlich zu beurteilenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ab.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen 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. Bergmayr-Mann