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-302731/17/KHa

Datum:
Linz, 23. 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. Haas über die Beschwerde des J O P, vertreten durch Dr. G L, Rechtsanwalt in x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 12. März 2020, GZ: BHLL/920100025911/20, wegen Übertretung nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 16. November 2020

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird hinsichtlich der Schuld mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, als die verletzten Rechtsvorschriften „§ 111 Abs. 1 ASVG, BGBl. Nr. 189/1955 idF BGBl. I Nr. 113/2015 iVm § 33 Abs. 1 ASVG, BGBl Nr. 189/1955 idF BGBl. I Nr. 31/2007, sowie die Strafnorm „§ 111 Abs. 2 erster Strafsatz ASVG, BGBl. Nr. 189/1955 idF BGBl. I Nr. 31/2007“ zu lauten haben.

Der Beschwerde wird hinsichtlich der Strafe insofern stattgegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 850,00 Euro sowie die Ersatzfreiheitsstrafe auf 131 Stunden herabgesetzt wird.

II. Die beschwerdeführende Partei hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Der Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde reduziert sich auf 85,00 Euro.

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

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (im Folgenden: belangte Behörde) vom 12. März 2020, GZ: BHLL/920100025911/20, wurde dem Beschwerdeführer Folgendes vorgeworfen:

„Spruch

Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als Außenvertretungsbefugter der P – S GmbH mit Sitz in x, gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass diese Firma als Dienstgeberin

Herrn B S, geb. x,

zumindest von 1.8.2019 bis 12.11.2019, als Dienstnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt (lt. SV-Beitragsgrundlage) beschäftigt hat, ohne vor Arbeitsantritt (1.8.2019, 11:30 Uhr) zumindest die Beitragskontonummer, den Namen und die Versicherungsnummer, bzw. die Geburtsdaten der beschäftigten Person, den Tag der Beschäftigungsaufnahme, sowie das Vorliegen einer Voll- oder Teilversicherung bei der Oö. Gebietskrankenkasse (nunmehr: Österreichische Gesundheitskasse) mit Sitz in 4020 Linz, Gruberstraße 77, als zuständiger Sozialversicherungsträger, zu melden.

Dieser Sachverhalt wurde von Organen des Finanzamtes Grieskirchen Wels bei einer Kontrolle am 12.11.2019 um 13:10 Uhr in Ihrem Restaurant ‚P M' in x, indem die o.a Person und der Betreiber, Herr A F H, befragt wurden, sowie durch Abfragen im Hauptverband festgestellt.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 111 Abs. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 Sozialversicherungsgesetz – ASVG

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

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Gemäß
€ 3.000,00	8 Tage(n) 9 Stunde(n) 0 Minute(n)	§ 111 Abs. 2 Wiederholungsfall ASVG i.d.g.F.

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG 10 % der Strafe, das sind € 300,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, zu zahlen.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher
€ 3.300,00“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führte die belangte Behörde aus, dass der Beschwerdeführer dem Dienstnehmer B S zumindest von 1. August 2019 bis 12. November 2019 in seinem Unternehmen beschäftigt habe, ohne ihn vor Arbeitsbeginn zur Sozialversicherung angemeldet zu haben. Aufgrund der vorliegenden konkreten Umstände (teilweise Verwendung des Firmenfahrzeuges, Kontaktaufnahme mit einem Mitarbeiter der P – S GmbH im Falle eines Krankenstandes oder Urlaubs, monatliche Übermittlung einer Liste der Anzahl der Zustellfahrten) könne nicht von einer selbständigen Tätigkeit durch B S gesprochen werden. Der Verwaltungsgerichtshof habe bereits wiederholt ausgesprochen, dass bei der Tätigkeit eines Pizzazustellers vom Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit und damit von einem (echten) Dienstverhältnis auszugehen sei. Der Beschwerdeführer habe die Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes als handelsrechtlicher Geschäftsführer der P – S GmbH aus verwaltungsstrafrechtlicher Sicht zu vertreten.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde des Beschwerdeführers vom 28. Mai 2020. Darin führt der Beschwerdeführer zusammengefasst aus, dass B S niemals Dienstnehmer der P – S GmbH gewesen sei bzw. diese mit Herrn S in keinerlei Vertragsverhältnis gestanden habe. Zudem sei der Beschwerdeführer unternehmensintern nicht für die Einhaltung der verfahrensgegenständlichen Vorschriften verantwortlich. Die belangte Behörde habe zudem kein ordnungs-gemäßes Ermittlungsverfahren durchgeführt und sei die verhängte Strafe bei weitem überhöht und entspreche nicht den gesetzlichen Strafzumessungsgründen.

I.3. Mit Schreiben vom 8. Juni 2020 legte die belangte Behörde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt Verfahrensakt zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen. Damit ergibt sich die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich zur Entscheidungsfindung (Art. 130 Abs. 1 Z 1 iVm Art. 131 Abs. 1 B-VG iVm § 3 VwGVG). Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich entscheidet gemäß Art. 135 Abs. 1 erster Satz B-VG iVm § 2 VwGVG durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt der belangten Behörde, insbesondere in die Dokumentation und Unterlagen der Finanzpolizei, welche im Zuge der durchgeführten Kontrolle erstellt bzw. beigeschafft wurden.

Weiters wurde am 16. November 2020 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, an welcher ein Vertreter des zuständigen Finanzamtes teilgenommen hat. In dieser Verhandlung erfolgte die zeugenschaftliche Einvernahme eines bei der Kontrolle anwesenden Mitarbeiters der Finanzpolizei sowie des Betreibers der P M Filiale in x. Weder der Beschwerdeführer noch dessen

Rechtsvertreter haben an der Verhandlung teilgenommen und blieb die Verhandlung damit seitens des Beschwerdeführers sowie dessen Rechtsvertreters unentschuldigt unbesucht. Lediglich mit Schreiben vom 17. November 2020 hat der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers um Übermittlung des Protokolls zur mündlichen Verhandlung vom 16. November 2020 ersucht. Eine sonstige Kontaktaufnahme des Beschwerdeführers bzw. des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers mit dem erkennenden Gericht erfolgte nicht.

Der ebenfalls zur öffentlichen mündlichen Verhandlung geladene Zeuge B S ist nicht zur Verhandlung erschienen. Eine aktuelle Abfrage der Daten des B S aus dem Zentralen Melderegister hat ergeben, dass dieser seit 23. September 2020 keinen gemeldeten Wohnsitz mehr in Österreich hat und es daher dem erkennenden Gericht mangels Kenntnisse über dessen Aufenthaltsort nicht möglich ist, den Zeugen vorzuladen und einzuvernehmen.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Nachfolgender entscheidungsrelevanter S A C H V E R H A L T steht fest:

II.1.1. Der Beschwerdeführer ist seit 14. August 2013 gemeinsam mit A C P (gegen welchen zu GZ: LVwG-302729-2020 ebenfalls ein Verwaltungsstrafverfahren nach § 33 Abs. 1 ASVG iVm § 111 Abs. 1 und Abs. 2 ASVG anhängig ist) handelsrechtlicher Geschäftsführer der P – S GmbH. Die P – S GmbH ist zu FN x ins Firmenbuch eingetragen.

Es erfolgte keine Bestellung eines verantwortlich Beauftragten in der P – S GmbH.

II.1.2. Organe des Finanzamtes Grieskirchen Wels führten am 12. November 2019 um 13:10 Uhr eine Kontrolle im Restaurant „P M“ in x, durch. Das Restaurant wird vom Lokalbetreiber W A F H seit 1. August 2019 betrieben.

II.1.3. Die P – S GmbH liefert dem Lokalbetreiber W A F H alle für die Zubereitung von Speisen erforderliche Zutaten sowie die Getränke. Der Lokalbetreiber W A F H gibt wöchentlich die von ihm benötigten Waren bekannt und bekommt diese von der P – S GmbH geliefert.

Ein wesentlicher Teil des Geschäftsbetriebes des Restaurants „P M“ in W besteht darin, Speisen (insbesondere Pizzen) und Getränke an die Kunden frei Haus zuzustellen. Der Bestellvorgang ist so organisiert, dass die Kunden ihre Bestellung in der „P M Zentrale“, dabei handelt es sich um die P – S GmbH, abgeben und von dort der Auftrag an den Lokalbetreiber erteilt wird, die Speisen und Getränke an die jeweiligen Kunden zuzustellen. Auch Kundenreklamationen gehen in der „P M

Zentrale“, damit in der P – S GmbH, ein und werden diese auch dort in der Zentrale bearbeitet.

Die Pizzazustellungen für das Restaurant „P M“ in x wurden zumindest im Zeitraum 1. August 2019 bis zum Kontrolltag 12. November 2019 während der Öffnungszeiten durch B S durchgeführt.

II.1.4. Bei B S handelt es sich um einen indischen Staatsbürger, welchem gemäß Aufenthaltsberechtigungskarte des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl, Kartennummer: x, der Status eines Asylwerbers zuerkannt wurde.

B S war im Zeitraum 1. August 2019 bis 12. November 2019 nicht als Dienstnehmer der P – S GmbH zur Sozialversicherung angemeldet. Der P – S GmbH wurde für die Tätigkeit von B S im Tatzeitraum keine Beschäftigungsbewilligung gemäß Ausländerbeschäftigungsgesetz erteilt. B S besaß auch keine der in § 3 Abs. 1 AuslBG genannten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Berechtigungen.

II.1.5.Der Pizzazusteller B S war täglich von Montag bis Sonntag in der Zeit von 11.30 Uhr bis 24.00 Uhr im Restaurant „P M“ in W vor Ort anwesend, um die von der „P M Zentrale“ weitergeleiteten Kundenbestellungen auszuliefern. Nach Beendigung einer Auslieferung kehrte B S in das Restaurant „P M“ in W zurück, um dort auf die Durchführung weiterer Auslieferungen zu warten.

Für die Zustellfahrten erhielt der Pizzazusteller B S die bestellten Speisen und Getränke in einer entsprechenden Warmhaltetasche vom Lokalbetreiber W A F H übergeben. Die Warmhaltetasche wurde B S vom Lokalbetreiber zur Verfügung gestellt. Ebenso hat B S einen Kassenbon mit der Aufschrift „P M www.pizzamann.at“ „W A F, x“ zur Auslieferung erhalten. Auf diesem Bon waren die Kundendaten, die bestellten Speisen sowie die gewünschte Zustellzeit ersichtlich. Weiters wurde B S eine Geldtasche mit Wechselgeld vom Lokalbetreiber W A F H übergeben.

B S hat die Zustellfahrten mit seinem privaten Kraftfahrzeug mit dem behördlichen Kennzeichen x durchgeführt. Während dieser Zustellstellfahrten hatte B S ein „P M“ Magnetschild mit der Aufschrift „P M x“ am Dach seines Kraftfahrzeuges zu befestigen. Dieses „P M“ Magnetschild wurde B S vom Lokalbetreiber W A F H zur Verfügung gestellt. Fallweise wurde B S für die Zustellfahrten auch das Firmenauto des Lokalbetreibers W A F H (behördliches Kennzeichen x) zur Verfügung gestellt.

Die Aufgabe von B S bestand darin, die Auslieferungen der Speisen und Getränke umgehend so schnell als möglich, jedenfalls innerhalb von 30 Minuten, bzw. zur vorbestellten Zeit durchzuführen, vor Ort abzukassieren und unmittelbar nach Beendigung des Zustellvorgangs mit dem Kassabon und der Geldtasche mit

Wechselgeld in das Restaurant „P M“ in W zurückzukehren. Im Falle einer Bezahlung mittels Bankomatkarte wurde dieser Vorgang vor Ort beim Kunden durch B S durchgeführt. Hierzu wurde B S ein entsprechendes Gerät vom Lokalbetreiber zur Verfügung gestellt. Die Überweisung mittels Bankomatzahlung ging dabei unmittelbar auf einem Konto der P - S GmbH ein.

II.1.6. B S war während der gesamten Dauer seiner Tätigkeit als Pizzazusteller für den Lokalbetreiber W A F H im Zeitraum 1. August 2019 bis 12. November 2019 weder krank noch auf Urlaub. Für den Fall der Verhinderung von B S hätte der Lokalbetreiber W A F H einen Mitarbeiter der P - S GmbH kontaktiert, damit ihm dieser einen Ersatzzusteller organisiert. Für B S bestand nicht die Möglichkeit, ohne Grund (Krankheit, Urlaub) die Durchführung der Auslieferungsfahrten abzulehnen.

II.1.7. Der Lokalbetreiber W A F H hat für die Zustelltätigkeit des Pizzazustellers B S für das von ihm betriebene Restaurant „P M“ in W an die P – S GmbH Zahlungen geleistet und hierfür von der P – S GmbH eine monatliche Rechnung erhalten.

Auf der Rechnung scheint als die von der P – S GmbH erbrachte Leistung „Zustellleistung – P W“ auf.

Der monatliche Rechnungsbetrag errechnete sich aus der Anzahl der durch B S durchgeführten Zustellfahrten für das Restaurant „P M“ in x W A F H hat für jeden Tag des Monats die Anzahl der durch B S durchgeführten Zustellungen notiert und diese Auflistung der P – S GmbH übermittelt. Auf Basis dieser Auflistung erfolgte die Rechnungslegung der P – S GmbH an den Lokalbetreiber W A F H für die erbrachten Zustelltätigkeiten.

B S wurde für seine Tätigkeit von der P – S GmbH am 10. jeden Monats entlohnt. Zahlungen durch den Lokalbetreiber W A F H an B S erfolgten nicht.
II.1.8. B S verfügte seit 21. Februar 2019 über eine Gewerbeberechtigung für das freie Gewerbe der Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen oder Kraftfahrzeugen mit Anhängern, deren höchst zulässiges Gesamtgewicht insgesamt 3 500 kg nicht übersteigt.

Am 1. Februar 2019 wurde zwischen der P – S GmbH (als Zustellfirma bezeichnet) und B S (als Zusteller bezeichnet) ein als „Werkvertrag“ bezeichneter Vertrag abgeschlossen. Die wesentlichen Vertragspunkte lauten wie folgt:

„Art der Tätigkeit: Zustellung von Speisen und Getränken
Arbeitsort: Der (die) Betrieb(e) in welchem (welchen) der Zusteller seine Tätigkeit verrichten möchte. Diesbezüglich in den definierten Zustellgebieten.
Arbeitszeit: Der Zusteller bestimmt die Zeiten wann und in welchem Umfang er arbeiten möchte. Ausschluss der Regelmäßigkeit.

Honorar: Pro ordnungsgemäß durchgeführter Lieferung wird ein den entsprechenden Gegebenheiten zu berechnender Zustellsatz festgelegt.
Vertretungsrecht: der Zusteller hat das uneingeschränkte Recht sich durch geeignete Erfüllungsgehilfen (mit Arbeitspapieren!) vertreten zu lassen.
Auftragsannahme: Der Zusteller hat das Recht Aufträge abzulehnen.
Betriebsmittel: Es werden von der Zustellfirma keine Betriebsmittel zur Verfügung gestellt.
Eingliederung in den Betrieb: Der Zusteller ist weder in die Zustellfirma noch in die Firma des Auftraggebers der Zustellfirma eingegliedert.
Haftung: Der Zusteller haftet im Rahmen seiner Tätigkeit für sein eigenes Handeln.
Sozialversicherung – steuerliche Gebarung: Der Zusteller hat selbst für seine Sozialversicherung und gegebenenfalls für die Versteuerung seiner Einkünfte zu sorgen.
Unabhängigkeit: Die Tätigkeit erfolgt in wirtschaftlicher und persönlicher Selbständigkeit und in Unabhängigkeit vom Zusteller zur Zustellfirma.
Arbeitsrechtliche Bestimmungen: Arbeitsrechtliche Bestimmungen sind nicht auf diesen Vertrag anzuwenden.
Kündigungsfrist: es ist beidseitig keine Kündigungsfrist vorgesehen.
Zahlungsvereinbarungen: Das Honorar des Zustellers wird nach Rechnungslegung innerhalb von 10 Werktagen fällig.
Sonstiges: Erfüllungsort ist Österreich. Gerichtsstand ist Traun. Es gilt ausschließlich österreichisches Recht."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

II.1.9. Der Beschwerdeführer hat im Verfahren keine Angaben zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen gemacht. Die belangte Behörde hat dem verfahrensgegenständlichen Straferkenntnis ein durchschnittliches Einkommen in Höhe von 2.000,00 Euro netto zugrunde gelegt und ist von keinen Sorgepflichten und keinem Vermögen ausgegangen.

II.1.10. Hinsichtlich des Beschwerdeführers scheinen in dem von der belangten Behörde übermittelten Auszug aus den verwaltungsstrafrechtlichen Vormerkungen entsprechende Vormerkungen sowohl nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz als auch nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz auf.

II.2. Beweiswürdigung

II.2.1. Der Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt, insbesondere aus den im Akt einliegenden Dokumenten, sowie aus den glaubwürdigen Angaben der Zeugen M A (Finanzpolizei) und W A F H (Lokalbetreiber des Restaurants „P M" in W).

Der Zeuge W A F H hat insbesondere die genauen Abläufe der Auslieferungen der Speisen und Getränke durch den Pizzazusteller B S glaubwürdig und nachvollziehbar geschildert. Der Zeuge hat im Rahmen seiner Einvernahme dargelegt, wie die Auslieferung der Speisen und Getränke in Zusammenarbeit mit B S funktioniert hat, welche Betriebsmittel B S von ihm zur Verfügung gestellt wurden und welche Vorgaben es hinsichtlich des konkreten Zustellvorgangs gab.

Das erkennende Gericht hat im Rahmen der Einvernahme des Zeugen den Eindruck gewonnen, dass dieser die Abläufe wahrheitsgemäß dargelegt hat.

Dass B S für das Restaurant „P M“ in Wels die Zustellung von Speisen und Getränken durchgeführt hat, ergibt sich sowohl aus der Aussage des Zeugen W A F H als auch aus der Aussage des Zeugen M A. Letzterer hat hinsichtlich der am 12. November 2019 stattgefundenen Kontrolle geschildert, dass B S von einer Auslieferung ins Restaurant „P M“ zurückgekommen ist und B S die Durchführung der Zustellung von Speisen durch ihn auch entsprechend ausdrücklich bestätigt hat.

Dass B S für die Zustellfahrten grundsätzlich seinen privaten PKW verwendet hat, auf dem er das „P M“ Magnetschild zu montieren hatte, ergibt sich sowohl aus den Aussagen des Zeugen W A F H als auch aus der Schilderung des Zeugen M A. Die Möglichkeit der fallweisen Benutzung auch des Firmenautos hat der Zeuge W A F H im Rahmen seiner Einvernahme vor der Finanzpolizei am 12. November 2019 (Niederschrift vom 12. November 2019) eingeräumt.

Die erforderliche Anwesenheit von B S im Restaurant „P M“ in W täglich Montag bis Sonntag von 11:30 Uhr bis 24:00 Uhr wurde sowohl vom Zeugen W A F H angegeben, als auch vom Zeugen M A insofern bestätigt, als dieser am Kontrolltag B S persönlich dazu befragen konnte und dies entsprechend im Personenblatt (Anmerkungen auf Seite 2) dokumentiert hat. Aufgrund der Notwendigkeit der Gewährleistung einer zeitgerechten Auslieferung der von den Kunden georderten Speisen (diese stellt ein wesentliches Grundmerkmal eines Lieferservices dar) erscheint auch die Aussage des Lokalbetreibers W A F H für das erkennende Gericht nachvollziehbar, B S sei es nicht möglich gewesen, einzelne Zustellfahrten abzulehnen, zumal damit die organisatorische Planung der Zustellungen an die Kunden kaum möglich gewesen wäre.

Hinsichtlich der Verrechnung der Zustellleistungen durch B S zwischen der P – S GmbH und dem Lokalbetreiber W A F H kann ebenfalls auf die detaillierten Angaben des Zeugen in der Verhandlung verwiesen werden. Ergänzend finden sich auch im Akt entsprechende Dokumente und Unterlagen, insbesondere die Auflistung der täglichen Zustellfahrten durch B S hinsichtlich der Monate Oktober und November 2019, die von der P – S GmbH an den Lokalbetreiber fakturierten Rechnungen sowie die laufende Kommunikation der P – S GmbH mit dem Lokalbetreiber über Whats-App, die die Aussagen des Zeugen untermauern.

Der Zeuge W A F H hat auch glaubhaft dargelegt, dass er selbst keine Zahlungen an B S geleistet hat, sondern dass B S aufgrund des bestehenden Vertragsverhältnisses zur P – S GmbH von dieser monatlich entlohnt wurde. Dies ist auch insofern nachvollziehbar, als W A F H die Zustelldienste von der P – S GmbH in Rechnung gestellt wurden. Zudem deckt sich dies mit der Angabe am

Personenblatt, welches von B S selbst ausgefüllt wurde (erste Seite des Personenblattes) und auf welchem dieser einen monatlichen Lohn von 1.500,00 Euro sowie als Auszahlungstag den 10. eines Monats vermerkt hat.

Generell ist darauf hinzuweisen, dass der Zeuge W A F H sich sowohl vor dem erkennenden Gericht als auch gemäß Niederschrift vom 12. November 2019 gegenüber der Finanzpolizei inhaltlich ident verantwortet hat, sodass der Zeuge insgesamt einen glaubwürdigen Eindruck vermittelt hat.

II.2.2. Dass zwischen der P – S GmbH und dem Zusteller B S eine vertragliche Beziehung bestanden hat, ergibt sich einerseits aus den vom Zeugen W A F H geschilderten Abläufen sowie andererseits auch eindeutig aus den im Akt einliegenden Unterlagen, insbesondere in Form des „Werkvertrages“ vom 1. Februar 2019 sowie des mit B S aufgenommenen Datenblattes der P – S GmbH ebenfalls vom 1. Februar 2019. Auch die Tatsache der monatlichen Verrechnung der Zustelltätigkeit durch Rechnungslegung der P – S GmbH an den Lokalbetreiber W A F H spricht für das Vorliegen eines entsprechenden Vertragsverhältnisses zwischen der P – S GmbH und dem Pizzazusteller. Die Ausführungen des Beschwerdeführers in der Beschwerdeschrift, wonach die P – S GmbH mit B S in keinem Vertragsverhältnis gestanden sei, ist daher für das erkennende Gericht nicht nachvollziehbar.

Die inhaltliche Beurteilung des Vertragsverhältnisses bleibt der rechtlichen Beurteilung vorbehalten.

II.2.3. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass sich der Beschwerdeführer – abgesehen von den sehr pauschal gehaltenen Ausführungen in der Beschwerdeschrift – weder im Verfahren vor der belangten Behörde noch im Beschwerdeverfahren vor dem erkennenden Gericht zum Sachverhalt geäußert hat. Weder der Beschwerdeführer noch sein Rechtsvertreter sind trotz ausgewiesener Ladung zur Verhandlung erschienen.

Eine ergänzende Einvernahme des Zustellers B S war dem erkennenden Gericht mangels einer ladungsfähigen Zustelladresse (kein Wohnsitz mehr in Österreich seit 23. September 2020) nicht möglich. Der entscheidungsrelevante Sachverhalt konnte jedoch ohnehin aufgrund des bereits durchgeführten Beweisverfahrens (durch Einvernahme der Zeugen M A und W A F H sowie durch Einsicht in den Akt inklusive der dort einliegenden ausführlichen Unterlagen) durch das erkennende Gericht ausreichend geklärt und festgestellt werden und war die Einvernahme des Zustellers B S auch aus diesem Grund nicht mehr erforderlich.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Allgemeines

Zunächst ist festzuhalten, dass gegen den Beschwerdeführer zwei Verfahren vor der belangten Behörde anhängig sind, gegen welche jeweils Beschwerden eingebracht wurden:

LVwG-302730-2020: Straferkenntnis der belangten Behörde vom 12. März 2020 zu GZ: BHLL/920100025914/20 wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes

LVwG-302731-2020: Straferkenntnis der belangten Behörde vom 12. März 2020 zu GZ: BHLL/920100025911/20 wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungs-gesetzes

III.2. Rechtsgrundlagen

Gemäß § 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. 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.
Gemäß § 33 Abs. 1a ASVG hat der Dienstgeber die Anmeldeverpflichtung so zu erfüllen, dass er in zwei Schritten meldet, und zwar

1. vor Arbeitsantritt die Beitragskontonummer, die Namen und Versicherungsnummern bzw. die Geburtsdaten der beschäftigten Personen, den Tag der Beschäftigungsaufnahme sowie das Vorliegen einer Voll- oder Teilversicherung und
2. die noch fehlenden Angaben mit der monatlichen Beitragsgrund-lagenmeldung für jenen Beitragszeitraum, in dem die Beschäftigung aufgenommen wurde.

Gemäß § 111 Abs. 1 ASVG handelt ordnungswidrig, 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 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 oder

5. gehörig ausgewiesenen Bediensteten der Versicherungsträger einen Ausweis oder eine sonstige Unterlage zur Feststellung der Identität nicht vorzeigt oder
6. gehörig ausgewiesenen Bediensteten der Versicherungsträger die zur Durchführung ihrer Aufgaben erforderlichen Auskünfte nicht erteilt.

Gemäß § 111 Abs. 2 ASVG ist die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu bestrafen, und zwar

- mit Geldstrafe von 730,00 Euro bis zu 2.180,00 Euro, im Wiederholungsfall von 2.180,00 Euro bis zu 5.000,00 Euro
- bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe mit Freiheitsstrafen 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 365,00 Euro herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer im Sinne des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Gemäß § 539a Abs. 1 ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend. § 539a Abs. ASVG regelt weiters, dass durch den Missbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, insbesonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden können. Der Sachverhalt ist vielmehr gemäß § 539a Abs. 3 ASVG so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre.

III.3. Zur objektiven Tatbestandsverwirklichung

III.3.1. Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 26.01.2010, 2009/08/0269, festgehalten hat, ist bei Prüfung der Versicherungspflicht nach § 4 ASVG die vertragliche Gestaltung der Beschäftigung in die Beurteilung des Gesamtbildes derselben einzubeziehen, weil sie (sofern keine Anhaltspunkte für

ein Scheinverhältnis bestehen) die von den Parteien in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt, die wiederum bei der Deutung von Einzelmerkmalen der Beschäftigung eine Rolle spielen können. Entscheidend bleibt aber doch, ob bei der tatsächlichen (und nicht bloß bei der vereinbarten) Beschäftigung im Rahmen der Beurteilung des Gesamtbildes derselben die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen.

Zur Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits führt der Verwaltungsgerichtshof weiters aus, dass es entscheidend darauf ankommt, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen (den Dienstgeber) verpflichtet (diesfalls liegt ein Dienstvertrag vor) oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall liege ein Werkvertrag vor), wobei es sich im zuletzt genannten Fall um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt, während es im Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf die Bereitschaft des Letzteren zur Erbringung von Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit (in Eingliederung in den Betrieb des Leistungsempfängers sowie in persönlicher und regelmäßig damit verbundener wirtschaftlicher Abhängigkeit von ihm) ankommt.

Der Werkvertrag begründet in der Regel ein Zielschuldverhältnis. Die Verpflichtung besteht darin, die genau umrissene Leistung – in der Regel bis zu einem bestimmten Termin – zu erbringen. Mit der Erbringung der Leistung endet das Vertragsverhältnis. Das Interesse des Bestellers und die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind lediglich auf das Endprodukt als solches gerichtet (vgl. dazu VwGH 05.06.2020, 2001/08/0107 sowie VwGH 03.07.2002, 2000/08/0161). Ob bei der Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese und während dieser Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder nur beschränkt ist. Für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit sind als Ausdruck der weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung nur seine Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene (grundsätzlich) persönliche Arbeitspflicht unterscheidungskräftige Kriterien zur Abgrenzung von anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung, während das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie zB. einer längeren Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder eines das Arbeitsverfahren betreffenden Weisungsrechtes des Empfängers der

Arbeitsleistung) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt. Erlaubt allerdings im Einzelfall die konkrete Gestaltung der organisatorischen Gebundenheit des Beschäftigten in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten keine abschließende Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit, so können im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigung auch diese an sich nicht unterscheidungskräftigen Kriterien von maßgeblicher Bedeutung sein (VwGH 26.01.2010, 2009/08/0269 mwN).

III.3.2. Wie sich aus den getroffenen Feststellungen ergibt, liegt im hier zu beurteilenden Sachverhalt die Dienstnehmereigenschaft des Pizzazustellers B S zur Dienstgeberin P – S GmbH vor. Dies aus folgenden Gründen:

III.3.2.1. Der Pizzazusteller B S war in die Organisationsstruktur des Lokalbetreibers W A F H intensiv eingegliedert. Der Pizzazusteller musste während der gesamten Öffnungszeit des Lokals (von 11:30 Uhr bis 24:00 Uhr) vor Ort im Restaurant anwesend sein und Auslieferungen innerhalb der zeitlichen Vorgaben (Zustellung innerhalb von 30 Minuten bzw. zum bestellten Zeitpunkt) durchführen. Es bestand für den Pizzazusteller die diesbezügliche Verpflichtung, jede ihm übergebene Bestellung auszuliefern, vor Ort beim Kunden zu kassieren und war er diesbezüglich somit weisungsgebunden. Nach einer durchgeführten Auslieferung musste er unmittelbar ins Restaurant zurückkehren, um auf die nächste Auslieferung zu warten. Der Pizzazusteller S war daher in den arbeitsteiligen Organisationsablauf der Zubereitung der Speisen und der anschließenden Auslieferung zu den Kunden frei Haus hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Tätigkeit integriert und gab es für ihn keine Möglichkeit, eigene unternehmerische Entscheidungen zu treffen. Derart dichte organisatorische Vorgaben kommen materiell einer Weisungsbindung gleich.

Es hätte zudem auch die Möglichkeit bestanden, die Tätigkeit des Pizzazustellers sowohl direkt (durch Nachfahren) als auch indirekt (durch telefonische Kontaktaufnahme mit den belieferten Kunden) zu kontrollieren, und auf diesem Wege zu eruieren, ob die Zustellfahrten auf direktem Weg bzw. in der vorgesehenen Zeit erfolgten und ob diese zur Zufriedenheit der Kunden erledigt worden sind.

Im verfahrensgegenständlichen Sachverhalt liegt daher eine für eine Einbindung des Pizzazustellers in die betriebliche Organisation des Restaurants und die Substitution von persönlichen Weisungen und Kontrollen durch „stille Autorität“ charakteristische Eingliederung der Arbeitskraft in eine bestehende Ablauf-organisation vor.

III.3.2.2. Der Pizzazusteller war auch hinsichtlich der Arbeitszeit nicht frei, sondern musste von Montag bis Sonntag jeweils von 11:30 Uhr bis 24:00 Uhr vor Ort im Restaurant anwesend sein und die anfallenden Zustellfahrten übernehmen. Insofern ist von einer persönlichen Arbeitspflicht auszugehen.

Die in der als „Werkvertrag“ titulierten Vereinbarung zwischen dem Zusteller und der P – S GmbH festgelegte Möglichkeit, Aufträge abzulehnen bzw. sich durch Erfüllungsgehilfen vertreten zu lassen, war de facto nicht gegeben (dies hat auch der Lokalbetreiber im Rahmen seiner Zeugenaussage bestätigt) und wurde auch nicht gelebt. Auch hätte der Pizzazusteller im Falle seiner Verhinderung sich nicht selbst um einen Ersatz kümmern müssen, sondern wäre diesfalls die P – S GmbH kontaktiert worden.

Es stand dem Pizzazusteller B S damit nicht die Möglichkeit zu, jederzeit nach Gutdünken beliebige Teile seiner Verpflichtung an irgendeinen Dritten zu überbinden. Dass es im Falle einer begründbaren Verhinderung etwa durch Urlaub oder Krankheit zu einer zeitweisen Vertretung gekommen wäre (diesfalls hätte sich nach der Aussage des Lokalbetreibers jedoch nicht der Pizzazusteller selbst, sondern der Lokalbetreiber bei der P – S GmbH gemeldet) begründet keine generelle Vertretungsberechtigung.

Auch ließe sich eine generelle Ablehnungsmöglichkeit mit der Unternehmensstruktur eines Restaurants mit Zustelldienst nicht in Einklang bringen, da die Zustelltätigkeit, die ja auf den fristgerechten bzw. umgehenden Zustellungen an die Kunden frei Haus basiert, bei laufenden Ablehnungs-möglichkeiten für den Pizzazusteller nicht mehr organisiert werden könnte.

III.3.2.3. Bei der gegenständlichen Tätigkeit des Pizzazustellers handelt es sich zudem nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt um Hilfsarbeiten bzw. einfache manipulative Tätigkeiten. Wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen arbeitend unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten (wie dies bei der gegenständlichen Tätigkeit der Zustellung von Speisen und Getränken der Fall ist), kann von einem Dienstverhältnis ausgegangen werden. Insbesondere finden sich im festgestellten Sachverhalt diesbezüglich keine atypischen Umstände, die einer derartigen Deutung entgegenstehen könnten. Aus dem festgestellten Sachverhalt lassen sich für den Pizzazusteller keine außergewöhnlichen (unternehmerähnlichen) Dispositionsmöglichkeiten erkennen, die es rechtfertigen könnten, nicht von einer Dienstnehmereigenschaft auszugehen.

III.3.2.4. Die in der gebotenen Gesamtabwägung weiters zu berücksichtigenden Kriterien, wie etwa die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses und die im Wesentlichen ausschließliche Erbringung der geschilderten Arbeitsleistungen für

einen bzw. wenige „Auftraggeber“, unterstreichen das Bild der Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit iSd § 4 Abs. 2 ASVG.

Der Pizzazusteller erfüllte seine Verpflichtung in täglicher Regelmäßigkeit zu den Öffnungszeiten des Restaurants (11:30 Uhr bis 24:00 Uhr), wobei die Tätigkeit auf Dauer angelegt war. Die Zusammenarbeit zwischen dem Pizzazusteller und dem Lokalbetreiber dauerte seit der Lokalübernahme am 1. August 2019 bis zum Kontrolltag an und endete nicht nach Durchführung einzelner Zustellungsfahrten.

Nachdem der Pizzazusteller seine Tätigkeit an allen Wochentagen jeweils in der Zeit von 11:30 Uhr bis 24:00 Uhr zu verrichten hatte, bestand für ihn keine Möglichkeit, noch anderweitig tätig zu werden. Es ist daher davon auszugehen, dass der Pizzazusteller B S ausschließlich bzw. zumindest überwiegend für die P – S GmbH im Restaurant P M in x tätig war.

III.3.2.5. Trotz der Bezeichnung des Vertragsverhältnisses zwischen der P – S GmbH und dem Pizzazusteller als „Werkvertrag“ – liegen keine Hinweise dafür vor, dass das Vertragsverhältnis nach seinem wahren Inhalt auch tatsächlich als Werkvertrag zu qualifizieren sei.

Das Vertragsverhältnis ist nicht ausschließlich nach seinem Wortlaut zu beurteilen, sondern ist auch hier entscheidend, wie die gelebte Praxis ausgestaltet ist. Steht diese gelebte Praxis dem Wortlaut der vertraglichen Vereinbarung entgegen, ist die Beurteilung anhand der gelebten Praxis maßgeblich.

Ein Werkvertrag liegt nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Die Verpflichtung aus einem Werkvertrag besteht darin, die genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Werkbestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Essentiell sind auch ein gewährleistungstauglicher Erfolg der Tätigkeit, sowie die Beendigung des Werkvertragsverhältnisses mit Erbringung der Leistung. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten „Zieles“ kein Ende findet, spricht dies gegen das Vorliegen eines Werkvertrages (dazu VwGH 03.10.2013, 2012/09/0016).

Der festgestellte Sachverhalt enthält keine Elemente eines Werkvertrages. Weder bestand für den Pizzazusteller B S die Verpflichtung zur Herstellung eines „Werkes“ als in sich geschlossene Einheit, noch war er gewährleistungsrechtlich für einen bestimmten Erfolg verantwortlich. Auch endete das Vertragsverhältnis nicht mit Durchführung einer Zustellfahrt, sondern schuldete dieser ein dauerndes

Bemühen, alle anfallenden Auslieferungsfahrten nach den entsprechenden Vorgaben durchzuführen. Das Zustellen von Speisen an eine vorgegebene Adresse ist kein für den Werkvertrag essenzieller im Sinne der Gewährleistungsverpflichtung entsprechender Erfolg. Von einem individualisierten „Werk“ kann in diesem Zusammenhang daher keine Rede sein.

Der Pizzazusteller B S war vielmehr dazu verpflichtet, laufend niedrig qualifizierte Dienstleistungen zu erbringen, die üblicherweise von unselbständig Erwerbstätigen erbracht werden und für die – abgesehen von der Benutzung des privaten KFZ – keine sonstige unternehmerische Organisation erforderlich ist.

Das Vertragsverhältnis zwischen B S und der P – S GmbH ist daher nicht als Werkvertrag zu qualifizieren, sondern stellte B S als Pizzazusteller im Großen und Ganzen lediglich seine Arbeitskraft zur Verfügung.

Hingewiesen wird auch darauf, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes rein „formale“ Umstände wie die sozialversicherungsrechtliche und steuerrechtliche Gestaltung der Annahme einer Beschäftigung nicht entgegenstehen (vgl. dazu VwGH 10.12.2009, Zl. 2008/09/0048). Auch das Vorliegen einer Gewerbeberechtigung schließt ein Dienstverhältnis nicht aus.

III.3.3. Die P – S GmbH hat den Pizzazusteller B S an den Lokalbetreiber W A F H täglich von Montag bis Sonntag für den Zeitraum von 11:30 Uhr bis 24:00 Uhr überlassen, um die anfallenden Zustellfahrten an die Kunden frei Haus durchzuführen.

Im Zusammenhang mit einer Arbeitskräfteüberlassung ist der Überlasser weiterhin als sozialversicherungsrechtlicher Dienstgeber der überlassenen Arbeitskraft anzusehen. Der überlassene Dienstnehmer kommt durch seine Tätigkeit beim Beschäftiger rechtlich nur seiner Arbeitspflicht gegenüber dem Überlasser nach, wobei die Weisungen des Beschäftigers als solche des Überlassers zu beurteilen sind. Sämtliche Dienstgeberpflichten treffen damit weiterhin den Überlasser und es fehlt an einer unmittelbaren vertraglichen Rechtsbeziehung zwischen der überlassenen Arbeitskraft und dem Beschäftiger.

B S hat somit im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung seine Arbeitsleistung im Betrieb des Lokalbetreibers W A F H erbracht und war organisatorisch in den Betrieb des Lokalbetreibers eingegliedert, da die Arbeitsabläufe ineinander übergreifend ablaufen mussten (Auftragsannahme, Herstellung der Speisen, Befüllung der Warmhaltetaschen, Ausdrucken und Übergabe des Kassenbons durch den Lokalbetreiber sowie anschließende unverzüglich Auslieferung der Speisen und Getränken zu den Kunden frei Haus durch den Pizzazusteller). Der Pizzazusteller hatte diesbezüglich keine Möglichkeit, eigene unternehmerische

Entscheidungen zu treffen, sondern musste die an ihn übergebenen Speisen und Getränke schnellstmöglich (anhand der zeitlichen Vorgaben bzw. den Bestellterminen) ausliefern.

Die Verrechnung der durch den Pizzazusteller erbrachten Zustellleistungen erfolgte durch entsprechende Rechnungslegung der P – S GmbH an den Lokalbetreiber anhand der Anzahl der durchgeführten Zustellfahrten. Der Pizzazusteller selbst wurde monatlich für seine Dienste von der P – S GmbH als Arbeitgeber und Arbeitskräfteüberlasser entlohnt, sodass im hier vorliegenden Sachverhalt von einer Arbeitskräfteüberlassung iSd AÜG auszugehen ist.

III.3.4. Zusammengefasst war daher im verfahrensgegenständlichen Sachverhalt davon auszugehen, dass es sich bei der Tätigkeit des Pizzazustellers B S gemäß § 4 Abs. 2 ASVG um ein solches in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt gehandelt hat, wobei die wirtschaftliche Abhängigkeit bei entgeltlichen Arbeitsverträgen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit ist und zudem alle wesentlichen Betriebsmittel (mit einziger Ausnahme des KFZ) vom Lokalbetreiber zur Verfügung gestellt wurden.
Auch der Verwaltungsgerichtshof hat bereits wiederholt – zu ähnlichen Sachverhalten – ausgesprochen, dass bei der Tätigkeit eines Pizzazustellers, bei der es sich um eine einfache manuelle Tätigkeit ohne ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum in Bezug auf Arbeitsausführung und Verwertbarkeit handelt, vom Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit und damit von einem (echten) Dienstverhältnis iSd § 4 Abs. 2 ASVG auszugehen ist (zuletzt VwGH 23.05.2019, Ra 2019/08/008 mit weiteren zahlreichen Nachweisen).

Gemäß § 33 Abs. 1 ASVG bestand daher für die P – S GmbH als Dienstgeberin die Verpflichtung, den Dienstnehmer B S vor Arbeitsantritt (1. August 2019, 11:30 Uhr) beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden. Dadurch, dass diese Anmeldung nicht erfolgte, hat die P – S GmbH gegen die Bestimmung des § 33 Abs. 1 ASVG iVm § 111 Abs. 1 ASVG verstoßen und ist der objektive Tatbestand somit erfüllt.

Gemäß § 9 Abs. 1 VStG ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

Mangels Bestellung eines verantwortlich Beauftragten iSd § 9 Abs. 2 VStG trifft somit den Beschwerdeführer als handelsrechtlicher Geschäftsführer der P – S GmbH als Dienstgeberin und Überlasserin die diesbezügliche verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung.

III.4. Zum subjektiven Verschulden

III.4.1. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (Ungehorsamsdelikt).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung gemäß § 33 Abs. 1 ASVG iVm § 111 Abs. 1 ASVG stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschwerdeführer initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen sowie durch Beibringung von Beweismitteln oder durch Stellung konkreter Beweisanträge zu erfolgen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die „Glaubhaftmachung“ nicht aus.
Zudem ist bereits aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung bekannt, dass die Beschäftigung von Dienstnehmern einer entsprechenden Anmeldung zur Sozialversicherung beim zuständigen Krankenversicherungsträger bedarf. Weiters scheinen hinsichtlich des Beschwerdeführers bereits einschlägige verwaltungsstrafrechtliche Vormerkungen nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz auf, sodass dem Beschwerdeführer die grundsätzliche Verantwortung in diesem Zusammenhang auch bewusst sein musste.

Für jeden Arbeitgeber besteht die Verpflichtung, sich unter anderem auch mit den gesetzlichen Vorschriften betreffend Sozialversicherung vertraut zu machen. Bestehen über den Inhalt der Verwaltungsvorschrift Zweifel, ist der Gewerbetreibende verpflichtet, hierüber bei der zuständigen Behörde Auskunft einzuholen. Unterlässt er dies, so vermag ihn diese Unkenntnis nicht von seiner Schuld zu befreien.

Der Beschwerdeführer hat weder im Verfahren vor der belangten Behörde noch im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ein Vorbringen erstattet, wonach ihm die verfahrensgegenständliche Verwaltungsübertretung aus subjektiven Gründen nicht angelastet werden könne. Weder wurde die Einholung entsprechender Auskünfte bei den hierfür zuständigen Behörden behauptet und unter Beweis gestellt, noch hat der Beschwerdeführer ein im Unternehmen bestehendes Kontrollsystem dargelegt.

Dem Beschwerdeführer ist die gegenständliche Verwaltungsübertretung daher auch in subjektiver Hinsicht vorzuwerfen.

III.5. Strafbemessung

III.5.1. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Gemäß § 19 Abs. 2 VStG iVm § 38 VwGVG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) 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 §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

§ 19 Abs. 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind, unabhängig davon ob sie durch Organmandat, Strafverfügung oder im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46 VStG) erfolgt. Darüber hinaus normiert Abs. 2 leg cit für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbesondere Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- und Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.
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 maßgeblichen Umstände und Erwägungen für diese Ermessensentscheidung sind in der Begründung des Bescheides insofern aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

III.5.2. Der Schutzzweck der Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes liegt in der Gewährleistung der sozialen Absicherung der Dienstnehmer in Form der Begründung einer gesetzlichen Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung. Die Nichtanmeldung eines Dienstnehmers stellt in diesem Zusammenhang einerseits eine Benachteiligung desselben durch den nicht vorhandenen sozialen Schutz dar und bringt andererseits zudem einen unsachlichen und unzulässigen Wettbewerbsvorteil in Form von Kostenersparnissen mit sich. Der Schutzzweck der Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes ist daher als bedeutend einzustufen und ist der Unrechtsgehalt der vorliegenden Tat daher als erheblich zu qualifizieren.

Der vorliegende Sachverhalt verwirklicht die verfahrensgegenständliche Strafbestimmung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes zudem auch in geradezu typischer Weise.

Eine Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG kommt aus diesen genannten Gründen damit nicht in Betracht kommt.

III.5.3. Die von der belangten Behörde berücksichtigte verwaltungsstrafrechtliche Vormerkung nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz wurde mit 27. Mai 2015 rechtskräftig und gilt daher mittlerweile als getilgt.

Getilgte Verwaltungsstrafen dürfen bei der Strafbemessung nicht berücksichtigt werden, wobei maßgeblicher Zeitpunkt für eine Berücksichtigung früherer verwaltungsstrafrechtlicher Verurteilungen der Zeitpunkt der Erlassung der jeweiligen Entscheidung ist. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat selbst die Rechtsmittelbehörde somit bei der Strafbemessung während des Rechtsmittelverfahrens eingetretene Umstände zu berücksichtigen, wozu auch der Ablauf der Tilgungsfrist während des Rechtsmittelverfahrens gilt.

Da im Zeitpunkt der Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich die verfahrenseinschlägige Vorstrafe bereits als getilgt zu betrachten ist, kann diese im Rahmen der Strafbemessung nicht mehr berücksichtigt werden. Es liegt somit kein Wiederholungsfall des § 111 Abs. 2 ASVG (mehr) vor, sodass gemäß der Strafnorm des § 111 Abs. 2 ASVG der erste Strafsatz mit einem gesetzlichen Strafrahmen von 730,00 Euro bis 2.180 Euro zur Anwendung kommt.

Dem Beschwerdeführer kommt der Milderungsgrund der Unbescholtenheit zugute.

Als straferschwerend ist jedoch die Dauer der Beschäftigung ohne entsprechende sozialversicherungsrechtliche Anmeldung des Beschäftigungsverhältnisses jedenfalls von 1. August 2019 bis zum 12. November 2019 (Kontrolltag) und somit über mehrere Monate zu werten, sodass aus Sicht des erkennenden Gerichtes nicht mit der Verhängung der Mindeststrafe das Auslangen gefunden werden kann. Weitere Erschwerungsgründe sind im Verfahren nicht hervorgekommen.

Unter Berücksichtigung des Schutzzweckes des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes, der geradezu typischen Verwirklichung der Verwaltungsübertretung durch den vorliegenden Sachverhalt über einen Zeitraum von 3,5 Monaten, der Unbescholtenheit des Beschwerdeführers sowie den geschätzten Einkommens- und Vermögensverhältnissen erscheint die Verhängung einer Geldstrafe in Höhe von 850,00 Euro als tat- und schuldangemessen und in dieser Höhe jedoch jedenfalls auch erforderlich, um dem Beschwerdeführer das Unrecht seiner Tat vor Augen zu führen und ihn auf die besondere Wichtigkeit der Einhaltung der Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes insbesondere im Bereich der Meldepflicht der Dienstgeber hinzuweisen. Die reduzierte Geldstrafe ist diesbezüglich jedenfalls angemessen, da sie sich ohnehin

im Bereich der Mindeststrafe von 730,00 Euro bewegt. Auch aus generalpräventiven Gesichtspunkten ist die Verhängung einer Geldstrafe in dieser Höhe gerechtfertigt und notwendig.

Die Ersatzfreiheitsstrafe wurde im Verhältnis der herabgesetzten Geldstrafe neu bemessen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III.6. Zur Kostenentscheidung

Im Hinblick auf die herabgesetzte Geldstrafe ermäßigt sich der Kostenbeitrag hinsichtlich des Verfahrens vor der belangten Behörde auf 10 Prozent der nunmehr verhängten Geldstrafe, damit auf 85,00 Euro (§ 64 Abs. 1 und 2 VStG). Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG sind dem Beschwerdeführer keine Kosten für das Beschwerdeverfahren aufzuerlegen, da er mit seiner Beschwerde zumindest im Bereich der Strafhöhe teilweise durchgedrungen ist.

IV. 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 des Verwaltungsgerichtshofes. Die Entscheidung des erkennenden Gerichtes orientiert sich an der bestehenden einheitlichen und im Erkenntnis zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage der Qualifikation der Tätigkeit von Pizzazustellern als unselbständige Beschäftigung im Sinne des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes und der damit verbundenen Verpflichtung zur sozialversicherungsrechtlichen Anmeldung als Dienstnehmer. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Hinsichtlich der Frage der Strafbemessung handelt es sich stets um eine einzelfallbezogene und damit nicht verallgemeinerungsfähige Frage. Diese hängt vom konkreten Verhalten des jeweiligen Beschwerdeführers sowie der jeweiligen Intensität der Beeinträchtigung der verletzten Norm und vom konkret geschützten Rechtsgut 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

1. 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.

2. Bitte erachten Sie die von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelte Vorschreibung als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde eine aktualisierte Vorschreibung zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Haas