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-302943/8/KHa

Datum:
Linz, 21. September 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Haas über die Beschwerde des U G, x, x, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 17. Dezember 2020, GZ: 0069468/2019, wegen einer Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 25. Mai 2021

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, als die verletzte Verwaltungsvorschrift „§ 33 Abs. 1 iVm § 111 Abs. 1 iVm § 111 Abs. 2 erster Strafsatz ASVG“ zu lauten hat.

II. Die beschwerdeführende Partei hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 146 Euro 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

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz (in der Folge: belangte Behörde) vom 17. Dezember 2020, GZ: 0069468/2019, wurde über den Beschwerdeführer wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 33 Abs. 1 iVm § 111 ASVG eine Geldstrafe in Höhe von 730 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 112 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 73 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Der Beschuldigte, Herr U G, geboren am x, hat als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma X G GmbH, x, x, welche für die Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Meldepflichten keinen Bevollmächtigten bestellt hat und somit als nach § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher, folgende Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes zu verantworten:

Die oa. Firma hat als Dienstgeber im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG, am 18.10.2019, 12:10 Uhr (Kontrollzeitpunkt), Herrn K H, geb. x, als pflichtversicherten Dienstnehmer, in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt (Anspruch iSd. § 49 ASVG), im o.a. Lokal, als Hilfskraft in der Küche (Herr K wurde im Zuge einer Kontrolle beim Anbraten von Fleisch in der Küche des Lokales betreten) beschäftigt.

Der in Rede stehende Beschäftigte war der Firma 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 über der Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs. 2 ASVG.

Obwohl dieser Dienstnehmer nicht von der Vollversicherung im Sinne des § 5 ASVG ausgenommen und daher in der Kranken- Unfall- und Pensionsversicherung vollversichert ist, wurde hierüber eine, zumindest mit den Mindestangaben ausgestattete, Meldung, bei der gem. § 30 ASVG örtlich zuständigen Gebietskrankenkasse, als zuständiger Sozialversicherungsträger, nicht rechtzeitig vor Aufnahme der Tätigkeit, erstattet.
Die gegenständliche Firma hat somit gegen die sozialversicherungsrechtliche Meldepflicht des § 33 Abs. 1 ASVG verstoßen.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Dagegen richtet sich die vom Beschwerdeführer rechtzeitig per E-Mail eingebrachte Beschwerde. In dieser bringt der Beschwerdeführer zusammengefasst vor, dass der hinter dem Tresen angetroffene H K nur dann hinter den Tresen dürfe, um die Pizzen zu schneiden und zu verpacken. Am Kontrolltag sei H K wieder hinter dem Tresen gewesen um die Pizzen fertigzustellen. Da der Beschwerdeführer selbst in der Küche und im Lokal alleine gearbeitet habe, habe er H K gebeten, das Fleisch für die Burger-Bestellung umzudrehen. Mehr habe H K nicht gemacht. Zu seinen finanziellen Verhältnissen bringt der Beschwerdeführer vor, dass er seit 16. November 2020 geringfügig für 10 Stunden in der Woche in einer Pizzeria beschäftigt sei und einen Lohn in der Höhe von 400 Euro brutto verdiene. Es werde daher beantragt, das Straferkenntnis nochmals durchzugehen und die aktuelle persönliche finanzielle Situation zu berücksichtigen.

I.3. Mit Schreiben vom 3. März 2021 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu erlassen. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht sowie Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 25. Mai 2021. An dieser Verhandlung nahmen der Beschwerdeführer, die belangte Behörde sowie ein Vertreter des Amtes für Betrugsbekämpfung, Finanzpolizei Team 44, teil. Im Zuge der mündlichen Verhandlung wurden H K sowie M K (Amt für Betrugsbekämpfung, FPT 44) zeugenschaftlich einvernommen.

II. Es steht folgender entscheidungsrelevante S a c h v e r h a l t fest:

II.1. Der Beschwerdeführer war von 23. Oktober 2017 bis 31. März 2020, somit jedenfalls auch zum Zeitpunkt der stattgefundenen Kontrolle am 18. Oktober 2019, handelsrechtlicher Geschäftsführer der X G GmbH, eingetragen im Firmenbuch zu FN x. Die X G GmbH verfügte seit 2. März 2018 über eine Gewerbeberechtigung zur Ausübung des Gastgewerbes in der Betriebsart Restaurant und betrieb im Rahmen dieser Gewerbeberechtigung, insbesondere auch im Zeitpunkt der stattgefundenen Kontrolle am 18. Oktober 2019, das Lokal mit der Bezeichnung „S“ am Standort x, x. Die X G GmbH wurde mittlerweile amtswegig gelöscht (Eintragung der amtswegigen Löschung am 13. Oktober 2020).

II.2. Am 18. Oktober 2019 fand um 12:10 Uhr eine Kontrolle im Lokal „X“ in x, x, durch das Amt für Betrugsbekämpfung, Finanzpolizei Team 44, statt. Im Zuge der Kontrolle wurde H K in der Küche des Lokals beim Anbraten von Fleisch

angetroffen. H K wurde bei dieser Tätigkeit in der Küche von den Kontrollorganen der Finanzpolizei bereits 5 Minuten zuvor durch die Fenster des Lokals beobachtet.

Zum Zeitpunkt der Kontrolle durch die Finanzpolizei waren keine Gäste vor Ort im Lokal anwesend.

II.3. Das Lokal „X“ war täglich von 11:00 Uhr bis 22:00 Uhr geöffnet. Neben dem Angebot des Konsumierens von Speisen und Getränken vor Ort wurde auch die Zustellung von Speisen und Getränken angeboten.

II.4. H K hat für die X G GmbH im Lokal „X“ in x, x, während der Öffnungszeiten des Lokals sowohl Zustellungen der von den Kunden georderten Speisen und Getränke durchgeführt, als auch in der Küche anfallende Küchenhelferdienste verrichtet, wie etwa das Anbraten von Fleisch sowie das Schneiden und Verpacken der auszuliefernden Pizzen. Auch im Zeitpunkt der Kontrolle am 18. Oktober 2019 war H K über Anordnung des Beschwerdeführers in der Küche im genannten Lokal mit derartigen Küchenhilfstätigkeiten (Anbraten von Fleisch) beschäftigt. H K hat diese Küchenhilfstätigkeiten zumindest am 18. Oktober 2019 im Lokal „X“ ausgeführt. Auch zuvor war H K zumindest zeitweise für die X G GmbH im genannten Lokal tätig.

Hinsichtlich der Tätigkeiten des Zustellens der Speisen wurde am 9. Oktober 2019 eine Vereinbarung zwischen der X G GmbH und H K abgeschlossen.

II.5. Im Falle einer Verhinderung von H K hätte sich der Beschwerdeführer selbst um einen entsprechenden Ersatz sowohl hinsichtlich der Zustellertätigkeit als auch hinsichtlich der Küchenhilfstätigkeit kümmern müssen.

II.6. Hinsichtlich der Küchenhilfstätigkeiten von H K wurde über eine Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit nicht gesprochen. Lediglich hinsichtlich der Zustellertätigkeit von H K wurde ein Betrag von 5,50 Euro pro Auslieferung vereinbart.

II.7. H K war hinsichtlich seiner Tätigkeit für die X G GmbH nicht zur Sozialversicherung angemeldet. Der Beschwerdeführer hat sich im Vorfeld lediglich mit seinem Steuerberater besprochen. Erkundigungen zur rechtlichen Qualifikation der Tätigkeit von H K, insbesondere im Hinblick auf die Bestimmungen des ASVG, bei einer hierfür zuständigen Stelle bzw. Behörde (wie etwa dem zuständigen Krankenversicherungsträger, der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde bzw. beim Bürgermeister der Stadt Linz oder beim Amt für Betrugsbekämpfung) wurden seitens des Beschwerdeführers nicht eingeholt.

II.8. Der Beschwerdeführer ist derzeit unselbständig als Pizzakoch beschäftigt und verfügt über ein monatliches Nettoeinkommen in Höhe von rund 1.500 Euro. Der Beschwerdeführer ist für zwei minderjährige Kinder sorgepflichtig.

Hinsichtlich des Beschwerdeführers scheinen insgesamt drei verwaltungsstrafrechtliche Vormerkungen nach der Gewerbeordnung auf.

III. Beweiswürdigung

III.1. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt, insbesondere aus den im Akt einliegenden Dokumenten sowie aus den Ausführungen des Beschwerdeführers sowohl in seiner Beschwerde als auch im Rahmen seiner Einvernahme vor dem erkennenden Gericht. Der einvernommene Zeuge Matthias Königsecker hat die Wahrnehmungen der Organe der Finanzpolizei bei der verfahrensgegenständlichen Kontrolle glaubwürdig und nachvollziehbar geschildert. Auch die Aussagen des Zeugen H K konnten – insoweit diese nachvollziehbar waren – das Ausmaß seiner Tätigkeit für die X G GmbH ergänzend darlegen.

III.2. Die Feststellungen hinsichtlich des Betriebs des Lokals sowie der Funktion des Beschwerdeführers als Geschäftsführer ergeben sich aus den im Akt einliegenden Dokumenten, insbesondere aus der Gisa-Abfrage sowie aus dem Firmenbuchauszug der X G GmbH. Auch der Beschwerdeführer selbst hat im Rahmen seiner Einvernahme ausgeführt, dass im Kontrollzeitpunkt das verfahrensgegenständliche Lokal von der X G GmbH betrieben wurde und der Beschwerdeführer zu diesem Zeitpunkt handelsrechtlicher Geschäftsführer der X G GmbH war.

III.3. Dass H K im Kontrollzeitpunkt in der Küche angetroffen wurde und dieser Küchenhilfstätigkeiten ausgeführt hat (konkret das Anbraten von Fleisch) steht ebenfalls unzweifelhaft fest. Die genannte Tätigkeit konnte von den Kontrollorgangen der Finanzpolizei sowohl beim Vorbeifahren am Lokal durch die dortige Fensterfront als auch beim nachfolgenden Betreten des Lokals beobachtet werden. Auch der Beschwerdeführer selbst hat bereits in der Beschwerdeschrift dargelegt, dass H K nach seiner Anweisung zur Tatzeit derartige Küchenhilfstätigkeiten verrichtet hat. Im Rahmen seiner Einvernahme hat der Beschwerdeführer nochmals ausdrücklich bestätigt, dass H K - neben seiner Zustelltätigkeit - nach Anweisung des Beschwerdeführers auch Küchenhilfsdienste verrichtet hat bzw. im Rahmen einer weiteren Zusammenarbeit verrichten sollte. Auch der vernommene Zeuge H K hat seine Küchenhilfstätigkeit am 18. Oktober 2019 zur Tatzeit bestätigt.

III.4. Nicht nachvollziehbar geklärt werden konnte im Rahmen der durchgeführten mündlichen Verhandlung, ab wann H K seine Tätigkeit für die X G GmbH

aufgenommen hat. Die diesbezüglichen Angaben des Beschwerdeführers waren in sich widersprüchlich. Unzweifelhaft war jedoch H K am 18. Oktober 2019 zur Tatzeit mit der Durchführung von Küchenhilfstätigkeiten im Lokal der X G GmbH beschäftigt, sodass sich der entscheidungsrelevante Sachverhalt aus dem abgeführten Beweisverfahren unzweifelhaft ergibt.

III.5. Dass H K von der X G GmbH nicht zur Sozialversicherung angemeldet wurde, ergibt sich aus den im Akt einliegenden Abfragen zur Sozialversicherung (AJ-WEB Dienstnehmerauskunft zur X G GmbH sowie AJ-WEB Auskunftsverfahren betreffend H K). Auch der Beschwerdeführer hat im Rahmen seiner Verantwortung nicht behauptet, dass H K als Dienstnehmer der X G GmbH zur Sozialversicherung angemeldet war.

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

IV.1. Rechtsgrundlagen

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

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 § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer (Lehrling) in einem Beschäftigungs(Lehr)verhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

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 oder sonstige Aufzeichnungen, die für das Versicherungsverhältnis bedeutsam sind, einsehen lässt oder
5. gehörig ausgewiesene Bedienstete 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 € 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.

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

IV.2. Zur objektiven Tatbestandsverwirklichung

IV.2.1. Unter Dienstnehmern im Sinne des § 4 Abs. 1 ASVG versteht man Personen, die in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt sind. Dabei ist es ausreichend, wenn die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen einer selbständigen Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Entsprechend der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hängt die Beurteilung, ob bei der Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen, davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser

konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese Beschäftigung weitestgehend ausgeschaltet oder nur beschränkt ist (vgl. dazu etwa VwGH 22.02.2012, 2009/08/0075).

IV.2.2. Gemäß dem vorliegenden Sachverhalt war H K am 18. Oktober 2019 zur Tatzeit für die X G GmbH mit der Durchführung von Küchenhilfstätigkeiten (Anbraten von Fleisch) tätig. Generell sollte H K nach den Weisungen des Beschwerdeführers derartige Küchenhilfstätigkeiten (Anbraten von Fleisch, Schneiden und Verpacken der zur Auslieferung fertigzustellenden Pizzen) im Lokal „X“ neben seiner Auslieferungstätigkeit bei entsprechender Notwendigkeit übernehmen.

H K war hinsichtlich seiner Aufgabe einerseits an den Arbeitsort im Lokal der X G GmbH „X“ gebunden und waren auch die Arbeitszeiten entsprechend vorgegeben, da dieser während der Öffnungszeiten des Lokals seine Tätigkeiten der Zustellung sowie der Küchenhilfstätigkeiten durchzuführen hatte. Diesbezüglich bestanden für H K keine Bestimmungsfreiheiten. H K war hinsichtlich dieser Tätigkeiten auch in die arbeitsbezogenen Abläufe im Lokal entsprechend eingegliedert. Die Aufgabe von H K bestand im Hinblick auf ein arbeitsteiliges Zusammenarbeiten in der Durchführung von Küchenhilfstätigkeiten sowie im Ausliefern der zubereiteten und zum Verkauf angebotenen Speisen. Die diesbezüglichen Weisungen, welche Tätigkeiten durchzuführen waren, erfolgten durch den Beschwerdeführer. Insoweit bestand somit eine für Küchenhilfstätigkeiten (und auch für die Zustellung der Speisen) typische Eingliederung in den Organisationsablauf des Verkaufs von Speisen und Getränke durch die X G GmbH im verfahrensgegenständlichen Lokal.

Auch im Fall einer Verhinderung hätte sich H K beim Beschwerdeführer gemeldet und oblag es dem Beschwerdeführer, für einen Ersatz der Arbeitskraft Sorge zu tragen. Zudem wurden H K alle wesentlichen Betriebsmittel (Kücheneinrichtung, Küchenutensilien, Lebensmittel, zubereitete Speisen, Verpackungsmaterial udgl.) von der X G GmbH zur Verfügung gestellt.

Es liegt somit gemäß den oben genannten Kriterien eine Einbindung in die betriebliche Organisation des von der X G GmbH betriebenen Lokals „X“ und somit auch eine Dienstnehmereigenschaft iSd ASVG vor. Aufgrund des festgestellten Sachverhalts, der sich aus dem abgeführten Beweisverfahren ergeben hat, hat das erkennende Gericht daher davon auszugehen, dass sich H K in dem dem Beschwerdeführer angelasteten Tatzeitpunkt in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit zum Beschwerdeführer befunden hat.

IV.2.3. Der Verwaltungsgerichtshof hat in diesem Zusammenhang zudem wiederholt ausgesprochen, dass dann, wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen, d.h. arbeitend, unter solchen Umständen angetroffen, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, die Behörde

berechtigt ist, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinne auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen (dazu beispielsweise VwGH 19.12.2012, 2012/08/0165 mwN; VwGH 14.03.2013, 2011/08/0187; VwGH 27.04.2011, Zl. 2010/08/0091).

Bei der Küchenhilfstätigkeit, bei welcher H K am Kontrolltag angetroffen wurde, handelt es sich typischerweise um eine Tätigkeit, die nach der allgemeinen Lebenserfahrung auf ein Dienstverhältnis im üblichen Sinne hindeutet (vgl. dazu VwGH 14.03.2013, 2012/08/0059; VwGH 19.12.2012, 2012/08/0214). Bereits aufgrund dieser Verwirklichung des typischen Vorliegens einer Tätigkeit als Dienstnehmer konnte somit seitens der belangten Behörde ohne nähere Untersuchung das Vorliegen eines Dienstverhältnisses nach dem ASVG angenommen werden.

IV.2.4. Etwaige atypische Umstände, die einer Qualifikation der Tätigkeit als Dienstverhältnis entgegen stehen könnten (etwa Freundschafts- oder Gefälligkeitsdienste, ehrenamtliche Tätigkeiten in einem Verein usw.) kommen im hier vorliegenden Sacherhalt nicht in Betracht und wurden vom Beschwerdeführer auch nicht vorgebracht.

Das Sozialversicherungsverhältnis entsteht ex lege und meldeunabhängig mit Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen (Aufnahme einer sozialversicherungspflichtigen Erwerbstätigkeit), dies unabhängig von Wissen und Willen des Dienstgebers und des Dienstnehmers. Es besteht somit auch kein Wahlrecht des/der Pflichtversicherten, ob aufgrund der ausgeübten Tätigkeit eine Pflichtversicherung in der Sozialversicherung begründet wird oder nicht. Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen vor, so tritt die Pflichtversicherung im jeweiligen gesetzlichen Umfang ein.

Es war daher vom Vorliegen eines Dienstverhältnisses des H K zur E Gasto GmbH als Dienstgeber auszugehen, sodass der Beschwerdeführer als handelsrechtlicher Geschäftsführer für eine ordnungsgemäße Anmeldung dieser Dienstnehmertätigkeit beim zuständigen Krankenversicherungsträger hätte Sorge tragen müssen.

Indem dies nicht erfolgte, wurde der Tatbestand des § 111 Abs. 1 Z 1 ASVG iVm § 33 Abs. 1 ASVG in objektiver Sicht erfüllt. Der Beschwerdeführer ist als Geschäftsführer der X G GmbH, die als Lokalbetreiberin und somit als Empfängerin der Leistungen als Dienstgeberin anzusehen ist, für die Übertretung somit verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich.

IV.3. Zur subjektiven Tatbestandsverwirklichung

IV.3.1. Gemäß § 5 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes 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.

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung 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. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die „Glaubhaftmachung“ nicht aus.

IV.3.2. Die Verantwortung des Beschwerdeführers beschränkte sich im Grunde darauf, dass aus seiner Sicht kein Dienstverhältnis von H K zur X G GmbH begründet worden sei. Der Beschwerdeführer hat sich zur Abklärung dieser Ansicht jedoch nicht bei einer hierfür zuständigen Stelle oder Behörde erkundigt, um die Rechtsfrage einer allenfalls bestehenden Dienstnehmereigenschaft klären zu lassen.

Bei fehlenden Kenntnissen zur Beurteilung der Verpflichtung der Meldung zur Sozialversicherung trifft den Meldepflichtigen eine entsprechende Erkundigungspflicht. Das Verschulden des Beschwerdeführers besteht daher einerseits darin, dass die erforderliche Meldung zur Sozialversicherung nicht vorgenommen hat bzw. dass sich dieser nicht bei einer hierfür zuständigen Stelle erkundigt hat, ob eine solche Meldung erforderlich ist oder nicht.

Zwar hat der Beschwerdeführer angegeben, sich mit seinem Steuerberater besprochen zu haben, dies kann allerdings insofern nicht zu einer subjektiven Entlastung führen, als eine (allenfalls unrichtige?) Auskunft des Steuerberaters dem Beschwerdeführer aus rechtlicher Sicht in dessen Sphäre fallend zuzurechnen ist. Zudem hat der Beschwerdeführer die konkrete Fragestellung an den Steuerberater nicht näher dargelegt, sondern sich nur vage darauf berufen, dass er sich mit seinem Steuerberater besprochen habe. Es erscheint dem erkennenden Gericht mehr als zweifelhaft, dass ein Steuerberater die Tätigkeit der Küchenhilfsdienste in einem Restaurant als nicht dem ASVG unterliegend qualifizieren würde, sodass die diesbezügliche Behauptung des Beschwerdeführers für das erkennende Gericht nicht nachvollziehbar ist.

Da dem Beschwerdeführer somit ein Entlastungsbeweis nicht gelungen ist, hat dieser die objektive Tatbestandsverwirklichung somit auch subjektiv zu vertreten.

IV.4. Zur Strafbemessung

IV.4.1. 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-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgeblichen Umstände und Erwägungen für die Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides 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.

IV.4.2. Hinsichtlich des Beschwerdeführers liegen keine einschlägigen, rechtskräftigen und noch nicht getilgten Verwaltungsstrafvormerkungen nach dem ASVG vor. Die somit verfahrensgegenständlich anzuwendende Strafnorm des § 111 Abs. 2 erster Strafsatz ASVG sieht hinsichtlich der Beschäftigung eines Dienstnehmers ohne entsprechende Anmeldung zur Sozialversicherung einen Strafrahmen von 730 Euro bis zu 2.180 Euro vor.

Der Schutzzweck der hier übertretenen Norm des § 33 Abs. 1 iVm Abs. 2 ASVG ist nicht bloß darauf gerichtet, die Pflichtversicherung für die Beschäftigten sicherzustellen. Wesentlicher Zweck der – vor Arbeitsantritt zu erfüllenden – Meldepflicht gemäß § 33 ASVG ist die Bekämpfung der Schwarzarbeit (VwGH 14.03.2013, 2011/08/0187). Das strafrechtlich geschützte Rechtsgut ist somit sowohl im Hinblick auf die Gewährung des Versicherungsschutzes für die betroffenen Dienstnehmer als auch im Hinblick auf die aus gesamtwirtschaftlicher Sicht gebotene Verhinderung von Schwarzarbeit als überaus bedeutend zu qualifizieren.

Die belangte Behörde hat im verfahrensgegenständlichen Sachverhalt die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe verhängt. Diese erscheint unter Berücksichtigung der Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes sowie des vorliegenden Verschuldens des Beschwerdeführers sowie im Hinblick auf die finanziellen Lage des Beschwerdeführers trotz der Tatsache, dass dem Beschwerdeführer der

Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit (hinsichtlich des Beschwerdeführers liegen verwaltungsstrafrechtliche Vormerkungen nach der Gewerbeordnung vor) nicht zu Gute kommt, auch als tat- und schuldangemessen. Sowohl aus spezialpräventiver Sicht als auch aus generalpräventiven Gesichtspunkten ist die Verhängung einer Geldstrafe in dieser Höhe jedoch jedenfalls erforderlich, um auf die Wichtigkeit der Einhaltung der melderechtlichen Vorgaben nach dem ASVG hinzuweisen.

IV.4.3. Eine Herabsetzung der Strafe gemäß § 111 Abs. 2 2. Satz ASVG kommt aufgrund des geschilderten Schutzzweckes der übertretenen Norm insofern nicht in Betracht, als gerade dieser Zweck typischerweise durch das Verhalten des Beschwerdeführers konterkariert wurde. Durch die Deliktsverwirklichung im vorliegenden Fall haben sich jene Aspekte geradezu typisch verwirklicht, die durch die Norm verhindert werden sollten, indem die X G GmbH den Zeugen H K für Hilfstätigkeiten in der Küche herangezogen hat, ohne die entsprechende sozialversicherungsrechtlich gebotene Meldung durchzuführen. Dies ist von der Beschwerdeführer als Geschäftsführer der X G GmbH und damit als hierfür verantwortliche Person auch entsprechend verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten.

Es haben sich im abgeführten Beweisverfahren auch keine Anhaltspunkte dafür ergeben, wonach das dem Beschwerdeführer anzulastende Verschulden lediglich als geringfügig einzustufen wäre. Die vage Verantwortung, der Beschwerdeführer habe sich mit seinem Steuerberater besprochen, erscheint dem erkennenden Gericht nicht als ausreichend dafür, ein lediglich geringfügiges Verschulden anzunehmen, zumal es – wie bereits ausgeführt – nicht wahrscheinlich erscheint, dass ein Steuerberater die Tätigkeit als Küchenhilfe in einem Restaurant als kein dem ASVG unterliegendes Dienstverhältnis qualifizieren würde.

Insofern kommt somit eine Herabsetzung der Geldstrafe gemäß § 111 Abs. 2 2. Satz ASVG nicht in Betracht.

IV.4.4. Auch die gesetzlichen Voraussetzungen einer außerordentlichen Milderung der Strafe iSd § 20 VStG sind insofern nicht erfüllt, da sich im Ermittlungsverfahren keine Milderungsgründe ergeben haben und somit nicht von einem im Gesetz vorgesehenen beträchtlichem Überwiegen der Milderungsgründe im Vergleich zu den Erschwerungsgründen ausgegangen werden kann.

III.5.5. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden. Die Ersatzfreiheitsstrafe wurde von der belangten Behörde entsprechend der verhängten Geldstrafe verhältnismäßig festgesetzt.

V. 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 entsprechenden Rechtsprechung. Die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich orientiert sich vielmehr an der umfangreich bestehenden, einheitlichen und im Erkenntnis zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes insbesondere zur Frage des Vorliegens eines Dienstverhältnisses nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz sowie zur Strafbemessung. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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

Gegen 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. Haas