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-303040/9/Kl/CG

Datum:
Linz, 25. November 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde des J O P, x, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. G L, x, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 10. Juni 2021, GZ: BHLL/921100013541/21, wegen einer Übertretung nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz - ASVG, nach öffentlicher mündlicher Verhandlung am 4. November 2021

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren in der Höhe von 600 Euro zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 10. Juni 2021, GZ: BHLL/921100013541/21, wurde gegen den Beschwerdeführer eine Geldstrafe von 3.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 8 Tagen, 9 Stunden, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 111 Abs. 1 iVm § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG verhängt, weil er es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als Außenvertretungsbefugte der P GmbH mit Sitz in x, x, gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten hat, dass diese Firma als Dienstgeberin
Herrn N T, geb. x,
zumindest von 1.8.2019 bis 21.1.2021, als Dienstnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt (lt. SV-Beitragsgrundlage) beschäftigt hat, ohne vor Arbeitsantritt (1.8.2019) 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 Österreichischen Gesundheitskasse mit Sitz in 4020 Linz, Gruberstraße 77, als zuständigen Sozialversicherungsträger, zu melden.
Sie haben somit gegen die sozialversicherungsrechtliche Meldepflicht des § 33 Abs. 1 ASVG verstoßen.
Dieser Sachverhalt wurde von Organen der Finanzpolizei Team 47 im Zuge einer Kontrolle in Ihrem Restaurant in x, x, sowie durch Abfragen im Hauptverband festgestellt.

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und die Aufhebung des Straferkenntnisses und Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens beantragt. Dazu wurde ausgeführt, dass N T niemals Dienstnehmer der Fa. P GmbH war. Die Fa. P GmbH stand mit Herrn T in keinerlei Vertragsverhältnis. Der Beschwerdeführer ist unternehmensintern nicht für die Einhaltung der verfahrensgegenständlichen Vorschriften verantwortlich. Die Verwaltungsbehörde hat kein ordnungsgemäßes Ermittlungsverfahren durchgeführt. Auch ist die über den Beschwerdeführer verhängte Strafe bei weitem überhöht und entspricht nicht den gesetzlichen Strafzumessungsgründen.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Linz-Land als belangte Behörde hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt vorgelegt.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt sowie durch Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 4. November 2021, zu welcher die Verfahrensparteien geladen wurden. Der Beschwerdeführer und sein Rechtsvertreter sind trotz ausgewiesener Ladung nicht erschienen, die Bezirkshauptmannschaft Linz-Land hat sich entschuldigt. Seitens des Amtes für

Betrugsbekämpfung hat ein Vertreter teilgenommen. Weiters wurden die als Zeugen geladenen R W und C W vom Amt für Betrugsbekämpfung einvernommen. Die weiters geladenen Zeugen N T und C H sind trotz ausgewiesener Ladung nicht erschienen.

4.1. Im Grunde des durchgeführten Beweisverfahrens steht folgender Sachverhalt als erwiesen fest:
Bei einer Kontrolle der Finanzpolizei Wels am 21. Jänner 2021 gegen 12:25 Uhr, im Restaurant P in x, x, wurde unter anderem der Speisenzusteller N T in der Küche des Restaurants auf Zustellaufträge wartend angetroffen. Er gab an, selbständiger Speisenzusteller für das Restaurant P zu sein. Er ist im Besitz einer Gewerbeberechtigung „Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen oder Kraftfahrzeugen mit Anhängern, deren höchstzulässiges Gesamtgewicht insgesamt 3.500 kg nicht übersteigt." Er ist lt. ELDA-Abfrage als Selbständiger zur Gewerblichen Sozialversicherung gemeldet. Er ist nach seinen Angaben seit Juni bzw. Juli 2019 bis laufend für das Restaurant P in T als Speisenzusteller tätig. Seitdem ist er für kein anderes Unternehmen bzw. kein anderes Restaurant als Speisenzusteller tätig. Das für die Speisenzustellung erforderliche Auto trägt die Aufschrift P. Dieser PKW wurde zunächst von P zur Verfügung gestellt, wurde aber dann um 4.000 Euro von ihm gekauft und steht nun in seinem Eigentum. Den Treibstoff für das Auto zahlt sich der Zusteller selbst. Warmhaltetaschen für die Speisen werden von der Fa. P zur Verfügung gestellt. Auch die Bankomatterminals gehören der Firma und werden von der Firma den Zustellern zur Verfügung gestellt. Für Bargeld verwendet der Zusteller seine eigene Geldtasche und Wechselgeld. Auch wird ihm kein Navigationsgerät zur Verfügung gestellt, sondern verwendet er sein eigenes Handy. Andere Betriebsmittel hat der Zusteller nicht, auch kein eigenes Büro. Es gibt fixe Arbeitszeiten, die vom Restaurant vorgegeben sind: die Zeiten sind grundsätzlich vom Betriebssitz vorgegeben, der Zusteller kann sich aber aussuchen, in welcher Schicht er arbeiten will. In einem Art Schichtplan im Betrieb kann der Zusteller eintragen, welche Schicht er machen möchte. Er arbeitet Montag bis Sonntag; von 10:00 – 13:00 Uhr und nach einer Pause wieder ab 16:00 Uhr – 21.00 oder 22:00 Uhr (montags bis freitags), am Samstag und Sonntag bis 17:00 Uhr, wobei er nach seinen Angaben auch einmal eine Pause braucht. Die Arbeitszeiten werden mit Frau K W vereinbart. Es gibt einen Art Schichtplan, in dem sich der Zusteller eintragen kann. Jeder Zusteller hat eine Kennzahl, mit der er sich dann einträgt. Hinsichtlich Problemen mit der Zustellung oder auch hinsichtlich Urlaub oder Erkrankung ist Frau W die Ansprechperson. Sie ist für alle Zusteller für das Lokal P in T und in L x zuständig. Auch sorgt sich Frau W im Fall von Urlaub und Krankheit um einen Ersatz. Auch hinsichtlich der Anstellung gab es ein Gespräch mit Frau W, die der Zusteller schon länger kennt. Er hat schon vorher einmal für P gearbeitet und war dann längere Zeit arbeitslos. Er hat dann jedenfalls wieder bei Frau W angefragt und gab diese ihm an, dass jemand gebraucht wird für die Speisenzustellung. Es gab daher auch dann ein Einstellungsgespräch mit Frau W und wurde ihm die Tätigkeit als

Speisenzusteller erklärt. Auch hat Frau W ihm aufgetragen, dass er ein Gewerbe als Zusteller bzw. Güterbeförderer anmelden muss. Auch wurde dann ein Werkvertrag mit der P GmbH geschlossen. Hinsichtlich der konkreten Aufträge für Speisen ist die jeweilige Person bei der Kassa zuständig. Dies war am Kontrolltag Frau H. Diese teilt die Aufträge, die sie hereingespielt bekommt, auf die Zusteller auf, indem sie ihnen die Speisen zuteilt und eine Rechnung aushändigt. Die Kassenkraft teilt auch mit, ob bereits bezahlt wurde oder ob noch zu kassieren ist. Der zu kassierende Betrag und die Lieferadresse scheinen auf der Rechnung auf. Ist noch zu kassieren, so hat der Zusteller seine eigene Geldbörse mit Wechselgeld. Falls der Kunde mit Bankomatkarte zahlen will, stellt der Betrieb Bankomatterminals im Lokal zur Verfügung, die vom Zusteller mitgenommen werden können. Nach jeder Zustellfahrt kommt der Zusteller zurück ins Lokal und wird der Betrag von der Angestellten, die einen Schlüssel hat, in die Registrierkassa eingegeben - die Zusteller haben keinen Schlüssel zur Registrierkassa - und die Zustellfahrt vom Zusteller dokumentiert, d.h. in ein in der Firma vorhandenes vorgefertigtes Formular, das nach Monaten geordnet ist, werden die Fahrten in der jeweiligen Schicht dokumentiert. Je nach Zeit der Lieferung bestehen unterschiedliche Tarife, nämlich entweder 5 Euro bzw. 3,50 Euro pro Fahrt. In der Zeit von 10:00 Uhr bis 16:00 Uhr erhält er 5 Euro pro Zustellfahrt, in der Zeit von 16:00 Uhr bis 22:00 Uhr 3,50 Euro pro Zustellfahrt und in der Zeit von 22:00 Uhr bis 24:00 Uhr wieder 5 Euro pro Zustellfahrt. Für bestimmte Orte gibt es 1 Euro Zuschlag pro Zustellfahrt.
Am Monatsende werden dann die Fahrten nach Eintragung in den Listen der P GmbH übermittelt und dort zur Abrechnung gebracht. Der einzelne Zusteller hat das Formular der Firma am Monatsende zu unterschreiben.
Das Restaurant P in T wird von der Fa. P GmbH betrieben. Die Fa. P GmbH hat einen mündlichen Vertrag mit der Fa. P S GmbH im Hinblick auf die Abwicklung der Speisenzustellung. Der Zusteller hat einen Werkvertrag mit der P S GmbH. Prokurist der Fa. P GmbH und der P S GmbH ist C H. Abgerechnet wird mit der Fa. P S GmbH monatlich, indem eine monatliche Auftragsliste geführt wird, in welche jeder Speisenzusteller seine Anzahl an Zustellungen pro Zeitraum, pro Tag, pro Tarifstufe einträgt.
Eine Anmeldung nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz wurde nicht vorgenommen.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den im Akt aufliegenden Dokumenten sowie den aufliegenden Niederschriften mit dem Prokuristen und der Kassiererin sowie dem Zusteller T. Auch wird dieser Sachverhalt von den in der mündlichen Verhandlung einvernommenen Zeugen bestätigt. An der Glaubwürdigkeit der Zeugen bestehen keine Zweifel. Es kann daher der festgestellte Sachverhalt der Entscheidung zu Grunde gelegt werden.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Gemäß § 111 Abs. 1 ASVG, BGBl. Nr. 189/1955 idF. BGBl. I Nr. 22/2021 (zum Tatzeitpunkt geltende Fassung), handelt ordnungswidrig, wer als Dienstgeber oder sonstige nach § 36 meldepflichtige Person (Stelle) oder nach § 42 Abs. 1 auskunftpflichtige 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 hat
….

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

- mit Geldstrafe von 730 Euro bis zu 2.180 Euro, im Wiederholungsfall von 2.180 Euro bis zu 5.000 Euro,
- bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen,

sofern die Tat weder den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet noch nach anderen 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 Euro herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

Nach § 33 Abs. 1 ASVG haben Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach diesem Bundesgesetz in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Vollversicherte und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden und binnen sieben Tagen nach dem Ende der Pflichtversicherung abzumelden. 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 § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG sind in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine

Teilversicherung begründet: die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer.

Nach § 4 Abs. 2 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 § 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.

5.2. Der Verwaltungsgerichtshof führt in seinem Erkenntnis vom 24.4.2014, Zl. 2012/08/0081, aus:
„Dienstnehmer ist gemäß § 4 Abs. 2 ASVG 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. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer gemäß § 47 Abs. 1 iVm Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist. Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21.02.2001, Zl. 96/08/0028).....
Ob bei Erfüllung der übernommenen Arbeitspflicht die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jener persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffspaares – davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder – wie bei anderen Formen einer Beschäftigung (z.B. aufgrund eines freien Dienstvertrages im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG) – nur beschränkt ist (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10.12.1986, VwSlg. Nr. 12325/A).
Unterscheidungskräftige Kriterien der Abgrenzung der persönlichen Abhängigkeit von der persönlichen Unabhängigkeit sind nur die Bindungen des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse, während das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie z.B. die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Empfängers der Arbeit) dann,

wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt.“ (vgl. so auch VwGH vom 20.03.2014, Zl. 2012/08/0024).

Weiters führt der Verwaltungsgerichtshof aus: „Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG (und damit für ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) ist die persönliche Arbeitspflicht (vgl. zum Folgenden die hg. Erkenntnisse vom 25.6.2013, Zl. 2013/08/0093, und vom 15.7.2013, Zl. 2013/08/0124). Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG schon deshalb nicht vor (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25.4.2007, VwSlg. 17185/A).“

„Die persönliche Arbeitspflicht fehlt andererseits auch dann, wenn einem Beschäftigten ein ‚sanktionsloses Ablehnungsrecht‘ zukommt, wenn er also die Leistung bereits übernommener Dienste jederzeit nach Gutdünken ganz oder teilweise sanktionslos ablehnen kann. Der Empfänger der Dienstleistungen kann unter solchen Umständen nicht darauf bauen und entsprechend disponieren, dass dieser Beschäftigte an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit für Dienstleistungen vereinbarungsgemäß zur Verfügung steht“ (VwGH vom 24.4.2014, Zl. 2013/08/0258).

Dabei liegt sämtlicher Judikatur des VwGH zugrunde, dass „persönliche Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit“ vorliegt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner ständigen Rechtsprechung, z.B. Erkenntnis vom 29.4.2015, 2013/08/0196, zur Frage, ob die Merkmale eines der Pflichtversicherung nach dem ASVG unterliegenden Dienstverhältnisses gegeben sind, ausgeführt, dass es nicht (primär) auf die vertragliche Vereinbarung bzw. auf die Bezeichnung des Vertrages ankommt, sondern auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit (vgl. § 539a Abs. 1 ASVG). Für die Beurteilung der Frage, ob ein auf einem Vertrag beruhendes Beschäftigungsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit besteht, kommt dem Vertrag zwar zunächst die Vermutung seiner Richtigkeit zu, d.h. es ist davon auszugehen, dass er den wahren Sachverhalt widerspiegelt. Soweit ein Vertrag von den tatsächlichen Gegebenheiten nicht abweicht, ist er als Teilelement der vorzunehmenden Gesamtbeurteilung in diese einzubeziehen, weil er die von den Parteien in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt. Weicht die tatsächliche Ausübung der Beschäftigung aber vom Vertrag ab, ist nicht primär der Vertrag maßgebend, sondern dann sind die wahren Verhältnisse entscheidend, d.h. ob bei der tatsächlichen und nicht bloß vereinbarten Art der Beschäftigung die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen (mit weiteren Judikaturnachweisen). So hat der Verwaltungsgerichtshof z.B. in seinem Erkenntnis vom 28.1.2015, 2013/08/0048, hinsichtlich

einer Verwendung für Reinigungsarbeiten, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und ihre Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum erlauben und typischerweise den Inhalt eines Dienstverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bilden, in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte als der Meldepflicht nach dem ASVG unterworfener Beschäftigung bestätigt. Auch im Erkenntnis vom 24.4.2014, 2012/08/0177, bestätigt er, dass berechtigt von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn ausgegangen werden kann, wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen, d.h. arbeitend, unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen. Spricht also die Vermutung für ein Dienstverhältnis, dann muss die Partei ein ausreichend substantiiertes Vorbringen erstatten, aus dem man anderes ableiten könnte.

5.3. Im Grunde der zitierten gesetzlichen Bestimmungen und der ausführlichen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes war daher hinsichtlich des Zustellers T von persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit auszugehen, wurde er doch in der Küche auf Aufträge wartend angetroffen und daher bei der Erbringung von Dienstleistungen, d.h. arbeitend, unter solchen Umständen angetroffen, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten. Atypische Umstände kamen im Verfahren dagegen nicht hervor. Dies ergibt sich insbesondere aus dem im durchgeführten Beweisverfahren erwiesenen Sachverhalt, wonach der Zusteller ein Einstellungsgespräch mit Frau W mit genauer Erörterung der Tätigkeit führte, auch die näheren Vorgaben von Frau W erhielt, nämlich die Schichtzeiten, zu denen Auslieferungen durchgeführt werden, welche sich an den Öffnungszeiten des Restaurants richteten. Es gab daher keine freie Wahlmöglichkeit, sondern nur die jeweilige Auswahl der Schicht, in welcher der Zusteller tätig ist. Auch war hinsichtlich Urlaub oder Krankheit Kontakt mit Frau W aufzunehmen, welche dann für Ersatz sorgte. Insbesondere war auch maßgeblich, dass der Zusteller zwar über einen eigenen PKW verfügte und auch die Tankkosten selbst zu tragen hatte, dass er aber als Unternehmer nicht auf der Aufschrift des Fahrzeuges aufschien, sondern noch immer die Aufschrift von P ersichtlich war. Auch wurden die Zustellungen vom Kassenpersonal eingeteilt und vorgegeben und auch dem Zusteller dann gesagt, ob noch zu kassieren ist oder nicht. Es wurde auch vom Kassenpersonal entsprechend dann die Rechnung dem Zusteller mitgegeben, auf welcher P und nicht der Zusteller aufscheint. Es schien daher gegenüber dem Kunden der Zusteller nicht auf, sondern lediglich P. Auch werden die sonstigen Betriebsmittel von P zur Verfügung gestellt, wie Warmhaltetaschen und auch Bankomatgeräte. Auch hat der Zusteller in einem Formular von P in der jeweiligen Schicht die durchgeführten Lieferungen zu dokumentieren und wird anhand dieser Listen dann abgerechnet. Die Eintragung der Zahl der Lieferungen je Schicht ist auch erforderlich, da verschiedene Entgeltsätze je nach der Zeit, in der geliefert wird, verrechnet werden. Die

Lieferungen finden in bestimmten Arbeitszeiten statt, nämlich Montag bis Freitag 10:00 Uhr bis 13:00 Uhr und 16:00 Uhr bis 22:00 Uhr und Samstag und Sonntag 11:00 Uhr bis 16:00 oder 17:00 Uhr. Bei Barzahlung des Kunden hat zwar der Zusteller seine eigene Geldbörse mit Wechselgeld mit, allerdings kehrt er nach jeder Lieferung in das Restaurant zurück und wird über die Registrierkasse abgerechnet, wobei das Kassenpersonal einen Schlüssel zur Registrierkasse hat. Der Zusteller hat keinen Schlüssel. Auch besitzt der Zusteller keinen eigenen Betrieb, kein eigenes Büro und ist auch die Rechnungslegung vereinfacht über Vordruck der Firma gegeben, wobei er nur den Betrag eintragen und eine Unterschrift leisten muss. Es sind daher gemäß der vorzitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs wesentliche Merkmale einer persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit des Zustellers nach dem Gesamtbild der Beschäftigung gegeben, insbesondere hinsichtlich Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten. Insbesondere werden die Zustellfahrten und die Rechnungslegung vom Kassenpersonal eingeteilt und den Zustellern zugewiesen. Es bleibt daher für den Zusteller keine Bestimmungsfreiheit. Wenn hingegen auf den vorgelegten Werkvertrag und die Anmeldung eines Gewerbes bei der Gewerbebehörde sowie Anmeldung zur gewerblichen Sozialversicherung ins Treffen geführt wird, so hindert dies nicht an der Beurteilung des Verhältnisses als Dienstverhältnis nach dem ASVG. Es wird auf die entsprechende Bestimmung des § 539a Abs. 1 ASVG hingewiesen, wonach der wahre wirtschaftliche Gehalt maßgeblich ist. In Gesamtbetrachtung war nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt daher von persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit und daher von einem unselbständigen Beschäftigungsverhältnis auszugehen. Es war daher der objektive Tatbestand der Verwaltungsübertretung erfüllt, zumal eine Anmeldung zur Sozialversicherung nach dem ASVG nicht erfolgt ist.
Der Beschwerdeführer als handelsrechtlicher Geschäftsführer hat daher die Verwaltungsübertretung gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten.

5.4. 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.
Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar, wobei zur Strafbarkeit bereits Fahrlässigkeit ausreicht und Fahrlässigkeit im Sinne der zitierten Bestimmungen ohne weiteres anzunehmen ist, sofern vom Beschwerdeführer kein Entlastungsnachweis erbracht wird.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein

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 aus.

Eine solche Entlastung ist dem Beschwerdeführer nicht gelungen. Insbesondere ist ihm als Gewerbetreibenden und Wirtschaftstreibenden zuzumuten, dass er die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen kennt, und ist bei Unkenntnis bzw. bei Zweifeln dem Beschwerdeführer zuzumuten, dass er Erkundigungen bei der dafür zuständigen Behörde einholt. Dass er entsprechende Erkundigungen durchgeführt hätte, wurde von ihm nicht behauptet und nicht nachgewiesen. Diesbezügliche konkrete Erkundigungen bei der Sozialversicherungsanstalt wurden ebenfalls vor Vertragsabschluss nicht geltend gemacht. Es ist daher kein entlastender Umstand eingetreten und war daher von schuldhafter, zumindest fahrlässiger Tatbegehung auszugehen. Insbesondere war zu berücksichtigen, dass schon eine einschlägige rechtskräftige Vorstrafe vorliegt und daher der Beschuldigte gehalten gewesen wäre sich entsprechend zu erkundigen.

5.5. 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.
Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des StGB sinngemäß anzuwenden.
Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides soweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

Von der belangten Behörde wurde im Straferkenntnis von einem Nettoeinkommen von 2.000 Euro monatlich und keinen Sorgepflichten ausgegangen. Diesen Angaben wurde seitens des Beschwerdeführers nicht entgegengetreten. Es liegt eine einschlägige rechtskräftige Vorstrafe vor. Hingegen liegen keine Milderungsgründe vor und wurden auch vom Beschwerdeführer nicht vorgebracht. Vielmehr hat auch schon die belangte Behörde berücksichtigt, dass das Beschäftigtenverhältnis und daher die Verwaltungsübertretung über einen langen

Zeitraum erfolgte. Dies ist erschwerend zu werten. Im Grunde der rechtskräftigen einschlägigen Vorstrafe ist daher die belangte Behörde zu Recht von einem Wiederholungsfall ausgegangen. Bei einem Strafrahmen von 2.180 bis zu 5.000 Euro ist daher die konkret verhängte Geldstrafe tat- und schuldangemessen und auch den persönlichen Verhältnissen angepasst. Sie ist auch erforderlich, den Beschwerdeführer zu einem gesetzeskonformen Verhalten anzuleiten und ist im Übrigen auch erforderlich, um generalpräventive Wirkung zu zeigen. Auch ist durch den langen Zeitraum ein hoher Schaden durch Nichtentrichtung von Beiträgen erfolgt.
Im Grunde des längeren Zeitraumes der Tatbegehung und der Unterlassung der Einholung einer Auskunft war ein geringfügiges Verschulden nicht gegeben und waren daher die Voraussetzungen für das Absehen von der Strafe nicht erfüllt (VwGH vom 5.9.2013, 2012/09/0119).

6. Weil die Beschwerde keinen Erfolg hatte, war ein Kostenbeitrag von 20 % der verhängten Strafe, das sind 600 Euro, gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG aufzuerlegen.

7. 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. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.
Es handelt sich um eine der Revision nicht zugängliche Einzelfallentscheidung, die sich auf die Beweise und Beweiswürdigung stützt und von der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht abweicht.

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

Dr. Klempt