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-303191/14/Kl/TO

Datum:
Linz, 16. August 2022

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde des B S, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. S G, S, S, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 28.02.2022 GZ: BHLL/922100008950/22, betreffend Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 19.05.2022 durch mündliche Verkündung

zu Recht e r k a n n t:

I. Der Beschwerde wird mit der Maßgabe keine Folge gegeben, dass die verletzte Rechtsvorschrift wie folgt zu zitieren ist „§ 111 Abs. 1 Z. 1 ASVG, BGBl. Nr. 189/1955 idF. BGBl. I Nr. 99/2020 iVm § 33 Abs. 1 und 1a ASVG idF BGBl. I Nr. 44/2016“ und die Strafnorm zu zitieren ist mit „§ 111 Abs. 2 Wiederholungsfall ASVG, BGBl. Nr. 189/1955 idF. BGBl. I Nr. 99/2020“.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren von 436 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 der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (in der Folge: belangte Behörde) vom 28.02.2022, GZ: BHLL/922100008950/22, wurde über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 111 Abs. 1 Z 1 iVm § 33 Abs. 1 und 1a Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955 idF BGBl. I Nr. 99/2020, eine Geldstrafe iHv 2.180 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 6 Tagen und 2 Stunden verhängt.

Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als Außenvertretungsbefugter der Bäckerei F GmbH mit Sitz in H, H, gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass diese Firma als Dienstgeberin
Herrn Z M, geb. x,
zumindest am 7.12.2021, als Dienstnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt (lt. SV-Beitragsgrundlage) beschäftigt hat, ohne vor Arbeitsantritt (7.12.2021, 12:00 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 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 des Amtes für Betrugsbekämpfung, Finanzpolizei Team 40, im Zuge einer Kontrolle am 7.12.2021 um 14:45 Uhr in Ihrem o.a. Unternehmen, indem die genannte Person hinter der Theke bei der Zubereitung von Speisen betreten wurde, sowie durch Abfragen im Hauptverband festgestellt.“

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass die vorgeworfenen Übertretungen durch die Kontrolle des Amtes für Betrugsbekämpfung, Finanzpolizei Team 40, festgestellt worden wären. Zur Strafhöhe wurde ausgeführt, dass die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe im Wiederholungsfall verhängt wurde.

I.2. Dagegen hat der Bf rechtzeitig im Wege seiner rechtsfreundlichen Vertretung Beschwerde eingebracht und Folgendes (wortwörtlich wiedergegeben) darin ausgeführt:

„Laut Straferkenntnis habe der Beschwerdeführer als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Bäckerei F GmbH verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass diese Firma als Dienstgeberin Herrn Z M geboren x zumindest am 7.12.2021 als Dienstnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt habe ohne vor

Arbeitsantritt die Beitragskontonummer den Namen und die Versicherungsnummer bzw. die Geburtsdaten der Beschäftigen Person bei der Österreichischen Gesundheitskasse zu melden. Dieser Sachverhalt sei von Organen des Amtes für Betrugsbekämpfung, Finanzpolizei Team 40, im Zuge einer Kontrolle am 7.12.2021 um 14:45 Uhr in dem Unternehmen festgestellt worden.

Bei Herrn Z M handelt es sich um einen Verwandten des Beschwerdeführers, welcher nicht im Unternehmen des Beschwerdeführers in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftig ist und am 7.12.2021 auch nicht beschäftigt war. Herr Z M kennt lediglich Aufgrund des verwandtschaftlichen Verhältnisses den Hausbrauch im Lokal des Beschwerdeführers und durfte sich hinter der Theke selbst bedienen, um sich ein Glas Wasser zu holen.
Herr Z M war zu diesem Zeitpunkt vielmehr in einer Baufirma beschäftigt nämlich bei der Firma S S GmbH in A, B und war am 7.12.2021 auch mit Kollegen im Lokal des Beschwerdeführers zu Gast."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.3. Mit Schreiben vom 31.03.2022 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabendem Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses 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 19.05.2022, an der der Bf in Begleitung seiner rechtsfreundlichen Vertretung sowie eine Vertreterin der belangten Behörde und ein Vertreter des Amtes für Betrugsbekämpfung teilgenommen haben. Zudem wurden die Zeugen C K und ORev. C L vernommen. Der ebenfalls geladene Zeuge Z M ist der Verhandlung unentschuldigt ferngeblieben. Im Anschluss an die Verhandlung wurde von der zuständigen Einzelrichterin das Erkenntnis mündlich verkündet. Der Bf hat nach Belehrung gemäß § 29 Abs 2a VwGVG eine Vollausfertigung des Erkenntnisses beantragt.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht von folgendem Sachverhalt aus:

II.1. Im Zuge einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei Team 40 am 07.12.2021, 14:45 Uhr in der Bäckerei „E" an der Adresse H, H, wurde Herr M bei der Zubereitung eines Grillburgers hinter der Theke des Grill/Imbiss E, das mit der Bäckerei E mit einem Durchgang verbunden ist, angetroffen. Herr M gab im Personenblatt – das ihm in serbischer Sprache ausgehändigt wurde – selbst an, dass er am 07.12.2022, 12:00 Uhr mit der Arbeit für das Unternehmen des Bf begonnen habe und nennt dabei den Namen des Bf als denjenigen, der ihm Anweisungen erteilt. Eine Abfrage beim Sozialversicherungsträger ergab, dass

dieser nicht zum Kontrollzeitpunkt bei der ÖGK gemeldet war, sondern seit 01.12.2021 als arbeitssuchend beim AMS gemeldet war.
In einem vor Ort geführten Telefonat mit der Steuerberatungskanzlei des Bf wurde der Finanzpolizei Team 40 mitgeteilt, dass der Bf beabsichtigt habe Herrn M im Betrieb zu beschäftigen.
Am Kontrolltag war der Restaurantbetrieb zwar aufgrund der Schließungsregelungen nach Corona geschlossen, es war jedoch eine Speisenausgabe zum Abholen möglich.
Herr M hat im Zuge der Kontrolle weder bekanntgegeben, dass er mit dem Bf verwandt sei noch dass die von ihm zubereitete Speise für ihn selbst sei.

II.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung und ist in dieser Form unstrittig.

Die Kontrolle durch die Finanzpolizei ist im Akt auch mit Fotos dokumentiert. Diese Aufnahmen wurden durch eine Vernehmung der anwesenden Zeugen vor dem erkennenden Gericht nochmals im Detail überprüft.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Nach § 4 Abs. 2 ASVG ist als Dienstnehmer anzusehen, 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.

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.
(1a) Der Dienstgeber hat 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 Beitragsgrundlagenmeldung für jenen Beitragszeitraum, in dem die Beschäftigung aufgenommen wurde.

Gemäß § 33 Abs. 2 ASVG gilt Abs. 1 für die nur in der Unfall- und Pensionsversicherung sowie für die nur in der Unfallversicherung nach § 7 Z 3 lit. a Pflichtversicherten mit der Maßgabe, dass die Meldungen beim Träger der Krankenversicherung, der beim Bestehen einer Krankenversicherung nach diesem Bundesgesetz für sie sachlich und örtlich zuständig wäre, zu erstatten sind.

Nach § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber i.S. dieses Gesetzes u.a. derjenige, für dessen Rechnung jener Betrieb geführt wird, in dem der Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis 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 ASVG pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

Gemäß § 111 Abs. 1 ASVG handelt ordnungswidrig, wer als Dienstgeber oder sonstige nach § 36 ASVG meldepflichtige Person (Stelle) oder nach § 42 Abs. 1 auskunftspflichtige Person oder als bevollmächtigte Person nach § 35 Abs. 3 ASVG 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 erforderliche 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 § 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 maßgebend.

III.2. Dem Bf wird im gegenständlichen Straferkenntnis vorgeworfen, er habe den namentlich genannten Arbeitnehmer als Dienstgeber in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt ohne Anmeldung zur Sozialversicherung beschäftigt.

Im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kommt es für die Beurteilung, ob ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt auf das Gesamtbild und den wahren wirtschaftlichen Gehalt der konkret ausgeübten Tätigkeit an.

Da Herr M bei einfachen Küchentätigkeiten direkt am Arbeitsplatz angetroffen wurde und er auch selbst als Arbeitsbeginn den Kontrolltag angab, ist gegenständlich von einem Dienstverhältnis auszugehen, weil im Verfahren keine Umstände hervorgetreten sind, die einer solchen Deutung entgegenstehen würden (VwGH 19.12.2012, 2012/08/0165). Nach stRsp des VwGH entspricht es der allgemeinen Lebenserfahrung, dass die jeweils erste Aussage einer Partei in einem Verfahren der Wahrheit am nächsten kommt.
Dass hinsichtlich des Entgelts keine Angaben gemacht wurden, hindert nicht, zumal das entsprechende Entgelt trotzdem zu leisten gewesen wäre.
Der Bf ist als Dienstgeber anzusehen, weil ihm als Betreiber des gegenständlichen Lokals die Arbeitsleistungen des namentlich genannten Arbeitnehmers zugutekamen. Da dieser nicht zur Sozialversicherung angemeldet war, hat der Bf die ihm vorgeworfene Übertretung in objektiver und subjektiver Hinsicht zu verantworten.

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. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs 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.

Der Bf konnte nicht darlegen, dass die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht vorwerfbar ist und ist ihm zumindest fahrlässiges Verhalten anzulasten.
Da bereits einschlägige Vorstrafen bestehen, hätte der Bf sensibilisiert sein müssen, dass hier weitere Kontrollen stattfinden werden und hätte darauf bedacht nehmen müssen, dass seine Mitarbeiter legal beschäftigt werden, indem eine rechtzeitige Meldung zur Sozialversicherung vorgenommen wird.

III.3. 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 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 so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs. 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

Da zum Tatzeitpunkt bereits rechtskräftige Strafen nach dem ASVG vorliegen, ist von einem Wiederholungsfall auszugehen und war daher die bereits von der belangten Behörde verhängte Geldstrafe – Mindeststrafe, die nach § 111 Abs. 2 ASVG vorgesehen ist – zu bestätigen.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

III.4. Die Kostenentscheidung gründet auf die zitierte Gesetzesbestimmung. Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG war als Beitrag des Bf zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens ein Betrag in Höhe von 20 Prozent der verhängten Strafe auszusprechen.

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. 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.

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