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-303682/11/KLe/HK

Datum:
Linz, 15. April 2024

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Lederer über die Beschwerde der Z Z, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. A U, W, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 05.12.2023, GZ: WELS/923030003539/23, wegen einer Übertretung des Allgemeines Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

Der Bürgermeister der Stadt Wels (im Folgenden: belangte Behörde) hat mit Straferkenntnis vom 05.12.2023, GZ: WELS/923030003539/23, folgenden Spruch erlassen:

„Sie haben als unbeschränkt haftende Gesellschafterin und somit als ¡Sd § 9 Abs 1 VStG zur Vertretung nach außen Berufene der Firma C W KG (Arbeitgeberin), mit Sitz in W, welche für die Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Meldepflicht keinen Bevollmächtigten bestellt hat, folgende Verwaltungsübertretung zu verantworten:

Die oa. Firma hat als Arbeitgeberin im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG, den Arbeitnehmer Z Y alias W J X, geb. x, zumindest am 29.08.2023 als Küchenhilfe im Restaurant ‚X', W, in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt. Der Arbeitnehmer war vor Arbeitsantritt nicht zur Sozialversicherung angemeldet sondern erfolgte die Anmeldung während der Kontrolle am 229.08.2023 um 14:05:54 Uhr. Die Kontrolle begann um 13:50 Uhr.

Für die Behörde war in diesem Fall von einem Arbeitsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt auszugehen, da Unentgeltlichkeit nicht ausdrücklich vereinbart wurde und somit ein angemessenes Entgelt gern. § 1152 ABGB als bedungen gilt.

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. Die Höhe des Entgelts lag über der Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs. 2 ASVG.

Obwohl dieser Arbeitnehmer daher nicht von der Vollversicherung im Sinne des § 5 ASVG ausgenommen und daher in der Kranken- Unfall- und Pensionsversicherung vollversichert ist, erfolgte keine Anmeldung vor Arbeitsbeginn sondern erst nach Beginn der Kontrolle am 29.08.2023 um 14:05:54 Uhr.

Es wurde dadurch die sozialversicherungsrechtliche Meldepflicht verletzt.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriftenverletzt:

§ 111 Abs. 1 Ziff. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG, BGBl. Nr. 189/1955, idF BGBL I Nr. 99/2020 i.V.m. § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG, BGBl. Nr. 189/1955, idF BGBl. I Nr. 44/2016

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

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß
€ 2.180,00	6 Tagen 2 Stunden		§ 111 Abs. 2 Wiederholungsfall Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG, BGBl. Nr. 189/1955, idF BGBl. I Nr. 99/2020

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

€ 218,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens € 10,00 für jedes Delikt (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 100,00 angerechnet).

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher € 2.398,00“. [Hervorhebungen nicht übernommen]

Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtsfreundlich eingebrachte Beschwerde, in der ausgeführt wurde, dass die Beschwerdeführerin nicht wegen einer Ordnungswidrigkeit gemäß § 111 ASVG vom Magistrat der Stadt Graz bestraft worden sei. Das Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Graz wäre vom Landesverwaltungsgericht Steiermark aufgehoben worden. Es liege daher kein Wiederholungsfall vor. Die Beschwerdeführerin habe sich in einem Rechtsirrtum befunden, da sie davon ausgegangen sei, dass es ausreiche, wenn sie den Arbeitnehmer am Tag des ersten Arbeitens anmelde. Dabei sei auch darauf hinzuweisen, dass es in der Gastronomie üblich sei, dass zuerst Probe gearbeitet werde - was von einer Probezeit zu differenzieren sei. Die Beschwerdeführerin habe den Arbeitnehmer ihrem Rechtsirrtum folgend rechtzeitig angemeldet. Es liege daher kein fahrlässiges Verhalten vor. Sollte das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich davon ausgehen, dass doch ein fahrlässiges Verhalten vorgelegen habe, liege ein Anwendungsfall des § 111 Abs. 2 letzter Satz ASVG vor.

Die belangte Behörde hat dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde mit Schreiben vom 18.01.2024 samt Verwaltungsstrafakt vorgelegt. Gemäß § 2 VwGVG hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin zu entscheiden.

Das Landesverwaltungsgericht Oberrösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

Die Beschwerdeführerin ist unbeschränkt haftende Gesellschafterin der Firma C W KG mit Sitz in W.

Die Firma C W KG hat den Arbeitnehmer Z Y alias W J X, geb. x, am 29.08.2023 als Küchenhilfe im Restaurant „X“, W, in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt.

Der Arbeitnehmer war vor Arbeitsantritt nicht zur Sozialversicherung angemeldet, sondern es erfolgte die Anmeldung während der finanzpolizeilichen Kontrolle am 29.08.2023 um 14:05:54 Uhr. Die Kontrolle begann um 13:50 Uhr.

Mit rechtskräftigem Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Innsbruck vom 20.04.2023, Zl. II-STR-1193/2022 wurde über die Beschwerdeführerin wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 111 Abs. 1 Z 1 ASVG iVm § 33 Abs. 2 und

§ 33 Abs. 1 ASVG eine Geldstrafe von 730 Euro und für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen verhängt.

Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, dass sie sich in einem Rechtsirrtum befunden habe, da sie davon ausgegangen sei, dass es ausreiche, wenn sie den Arbeitnehmer am ersten Tag des Arbeitens anmeldet, ist als Schutzbehauptung zu werten, zumal gegen die Beschwerdeführerin bereits zuvor ein rechtskräftiges Straferkenntnis erlassen wurde und sie Kenntnis über die einschlägigen rechtlichen Vorschriften zum Tatzeitpunkt haben musste.

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

§ 33 ASVG
(1) Die Dienstgeber haben jede von ihnen beschäftigte, nach diesem Bundesgesetz in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Vollversicherte und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden und binnen sieben Tagen nach dem Ende der Pflichtversicherung abzumelden. Die An(Ab)meldung durch den Dienstgeber wirkt auch für den Bereich der Unfall- und Pensionsversicherung, soweit die beschäftigte Person in diesen Versicherungen pflichtversichert ist.
(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.
(1b) Erfolgt die Anmeldung nach Abs. 1a Z 1 nicht mittels elektronischer Datenfernübertragung, so ist die elektronische Übermittlung (§ 41 Abs. 1) – unbeschadet des § 41 Abs. 4 – innerhalb von sieben Tagen ab dem Beginn der Pflichtversicherung nachzuholen.
(1c) Die Anmeldung durch Unternehmen, die bescheidmäßig als Scheinunternehmen nach § 35a festgestellt wurden, ist unzulässig und gilt nicht als Meldung nach § 41. Die davon betroffenen Personen sind nach § 43 Abs. 4 zur Auskunftserteilung aufzufordern.
(2) Abs. 1 gilt 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.
(3) Für Personen, die in unregelmäßiger Folge tageweise beim selben Dienstgeber beschäftigt werden und deren Beschäftigung kürzer als eine Woche vereinbart ist (fallweise beschäftigte Personen), kann der Krankenversicherungsträger in der Satzung bestimmen, dass die Frist für die Anmeldung sowie die Abmeldung hinsichtlich der innerhalb des Kalendermonates liegenden Beschäftigungstage spätestens mit dem Ersten des nächstfolgenden Kalendermonates beginnt, wenn dies der Verwaltungsvereinfachung dient.

§ 111 ASVG
(1) Ordnungswidrig handelt, wer als Dienstgeber oder sonstige nach § 36 meldepflichtige Person (Stelle) oder nach § 42 Abs. 1 auskunftspflichtige Person oder als bevollmächtigte Person nach § 35 Abs. 3 entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes
1. die Anmeldung zur Pflichtversicherung oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet 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.
(2) Die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 ist von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu bestrafen, und zwar
– mit Geldstrafe von 730 € bis zu 2 180 €, im Wiederholungsfall von 2 180 € bis zu 5 000 €,
– bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen,
sofern die Tat weder den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet noch nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist. Unbeschadet der §§ 20 und 21 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 kann die Bezirksverwaltungsbehörde bei erstmaligem ordnungswidrigen Handeln nach Abs. 1 die Geldstrafe bis auf 365 € herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.
(3) Die Verjährungsfrist bei Verwaltungsübertretungen nach Abs. 2 beträgt ein Jahr.
(4) Die Versicherungsträger, das Amt für Betrugsbekämpfung und die Abgabenbehörden des Bundes, deren Prüforgane Personen betreten haben, sind verpflichtet, alle ihnen auf Grund der Betretung zur Kenntnis gelangenden Ordnungswidrigkeiten nach Abs. 1 bei der Bezirksverwaltungsbehörde anzuzeigen.

(5) Die Verwaltungsübertretung gilt als in dem Sprengel der Bezirksverwaltungsbehörde begangen, in dem der Sitz des Betriebes des Dienstgebers liegt.

Für die Beurteilung, ob ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis vorliegt, komme es auf das Gesamtbild und den wahren wirtschaftlichen Gehalt der konkret ausgeübten Tätigkeit an. Wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen, d.h. arbeitend, unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, ist die Behörde berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen (VwGH vom 23,04.2013, Zl. 98/08/0270). Spricht also die Vermutung für ein Dienstverhältnis, dann muss die Partei ein ausreichend substantiiertes Vorbringen erstatten, aus dem man anderes ableiten könnte.

Dies ist der Beschwerdeführerin jedoch im gegenständlichen Verfahren nicht gelungen. Nach den Bestimmungen des § 539a ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach dem ASVG in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt maßgeblich.

Da eine Anmeldung des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung vor Arbeitsaufnahme durch die Firma der Beschwerdeführerin nicht vorlag, ist der objektive Tatbestand der der Beschwerdeführerin zur Last gelegten Verwaltungsübertretung als erfüllt zu werten.

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 stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat die Beschwerdeführerin initiativ alles darzulegen, was für ihre Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringung von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die "Glaubhaftmachung" nicht. Es ist daher zu prüfen, ob sich die Beschwerdeführerin entsprechend sorgfältig verhalten hat, um glaubhaft machen zu können, dass sie an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Von der Beschwerdeführerin wurde kein Vorbringen erstattet, das ihr Verschulden am Zustandekommen der gegenständlichen Verwaltungsübertretung in Zweifel ziehen könnte. Dass der Einsatz eines Arbeitnehmers ohne Anmeldung zur Sozialversicherung durch die Firmeninhaberin unter Sanktion gestellt ist, musste der Beschwerdeführerin bewusst sein, weshalb ihr die gegenständliche Verwaltungsübertretung auch in subjektiver Hinsicht zuzurechnen ist.

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 Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

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 der Entscheidung 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 die Beschwerdeführerin bereits einschlägig vorbestraft ist, kam der erhöhte Strafrahmen zur Anwendung.

Von der belangten Behörde wurde über die Beschwerdeführerin die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe verhängt. Eine Herabsetzung der verhängten Strafhöhe unter Anwendung des § 20 VStG ist nicht angebracht, da ein Überwiegen der Milderungsgründe über die Erschwerungsgründe nicht festgestellt werden kann, zumal der Beschwerdeführerin die Unrechtmäßigkeit ihres Verhaltens durchaus bewusst gewesen sein musste und auch von einem Selbständigen erwartet werden kann, sich hinsichtlich der gesetzlichen Bestimmungen entsprechend zu informieren. Ebenso scheidet eine Anwendung des § 45 Abs. 1

Z 4 VStG aus, da die dafür erforderlichen kumulativen Voraussetzungen nicht vorliegen.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

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 solchen. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. 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, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. 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. Lederer