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-303815/3/Py/TO

Datum:
Linz, 15. Oktober 2024

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde des Amtes für Betrugsbekämpfung, Finanzpolizei Team 44, vom 12.07.2024, gegen die im Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 10.07.2024, GZ: LINZ/923010008029/23, über Herrn A__, wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes verhängte Strafhöhe

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben, als über den Beschuldigten zu den Spruchpunkten 1. – 3. eine Geldstrafe von je 2.180 Euro (insgesamt somit 6.540 Euro) sowie eine Ersatzfreiheitsstrafe von je 146 Stunden verhängt wird.

II. 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. Der Bürgermeister der Stadt Linz (in der Folge: belangte Behörde) hat dem mitbeteiligten Beschuldigten im angefochtenen Straferkenntnis vom 10.07.2024, GZ: LINZ/923010008029/23, Folgendes vorgeworfen:

„Es wird Ihnen zur Last gelegt, folgende Verwaltungsübertretungen begangen zu haben:

Der Beschuldigte hat als unbeschränkt haftender Gesellschafter der B__ (FN aaa), mit Sitz in C__, D-Weg, welche für die Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Meldepflicht keinen Bevollmächtigten bestellt hat und somit als nach § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher, nachstehende Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes zu verantworten:

Die oa Gesellschaft hat als Dienstgeber im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG, am 18.12.2023 von 08.00 Uhr bis 09.35 Uhr (Kontrollzeitpunkt), nachstehende Personen als pflicht-versicherte Dienstnehmer, in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt (Anspruch iSd § 49 ASVG), als Arbeiter (Gartenarbeiten) beschäftigt:

1. E__, geb. tt.mm.jjjj, gegen Entgelt iHv €2.070,00 netto
2. F__, geb. tt.mm.jjjj, gegen Entgelt iHv€ 1.850,00 netto
3. G__, geb. tt.mm.jjjj, gegen Entgelt iHv € 2.030,00 netto

Die in der Rede stehenden Beschäftigten waren der Gesellschaft organisatorisch sowie hinsichtlich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit maßgeblich unterworfen. Auch bestand eine persönliche Arbeitsverpflichtung und Weisungsgebundenheit.

Obwohl diese Dienstnehmer nicht von der Vollversicherung im Sinne des § 5 ASVG ausgenommen und daher in der Kranken- Unfall- und Pensionsversicherung versichert sind, wurde hierüber eine, zumindest mit den Mindestangaben ausgestattete, Meldung, bei der OÖ Gesundheitskasse, als zuständigem Sozialversicherungsträger, nicht rechtzeitig vor Aufnahme der Tätigkeit, erstattet und zwar erfolgte die Anmeldung
ad 1. lt. ELDA-Protokoll Nr. bbb am 18.12.2023 um 09.39 Uhr
ad 2. lt. ELDA-Protokoll Nr. ccc am 18.12.2023 um 09.40 Uhr
ad 3. lt. ELDA-Protokoll Nr. ddd am 18.12.2023 um 09.40 Uhr
und somit jeweils verspätet.

Die gegenständliche Firma hat somit in drei Fällen gegen die sozialversicherungsrechtliche Meldepflicht des § 33 Abs. 1 ASVG verstoßen.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
Ad 1. bis 3. jeweils)

§ 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955 idF BGBl. I Nr. 44/2016 iVm § 111 Abs. 1 Z 1, 3. Fall, Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG),

BGBl. Nr. 189/1955 idF BGBl. I Nr. 99/2020

Wegen diesen Verwaltungsübertretungen werden über Sie folgende Strafen verhängt:

Geldstrafe von	Falls diese uneinbringlich ist Ersatzfreiheitsstrafe von	Gemäß
1. €730,00	4 Tage 16 Stunden	§ 111 Abs. 2 ASVG, BGBl. Nr. 189/1955, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2020
2. €730,00	4 Tage 16 Stunden	§ 111 Abs. 2 ASVG, BGBl. Nr. 189/1955, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2020
3. €730,00	4 Tage 16 Stunden	§ 111 Abs. 2 ASVG, BGBl. Nr. 189/1955, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2020“

I.2. Dagegen wurde vom Amt für Betrugsbekämpfung, Finanzpolizei Team 44, als am Verfahren beteiligte Organpartei rechtzeitig Beschwerde eingebracht und Folgendes vorgebracht:

„Im angeführten Straferkenntnis der belangten Behörde wird auf Seite 10, letzter Absatz, festgestellt, dass im gegenständlichen Fall in Erwägung nachstehender Milderungs- und Erschwernisgründe jeweils mit der gesetzlichen Mindeststrafe das Auslangen gefunden werden konnte. Als strafmildernd wurde die im Tatzeitpunkt vorgelegene verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Beschuldigten gewertet. Straferschwerend hingegen war kein Umstand.
Tatsächlich liegt jedoch keine verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit, sondern vielmehr folgender Wiederholungstatbestand vor: Straferkenntnis vom 28.10.2019, rechtskräftig mit 28.11.2019, Geschäftszahl Magistrat Linz: 0027236/2018. Es wird ergänzend angeführt, dass es sich um die gleichzeitige Beschäftigung von drei Arbeitern handelte, welche erst anlässlich der Kontrolle durch die Finanzpolizei zur Sozialversicherung angemeldet worden sind. Somit ist im gegenständlichen Fall eine geradezu typische Deliktsverwirklichung gegeben.
Es wird daher beantragt, der Beschwerde Folge zu geben, das Straferkenntnis im Zuge einer Beschwerdevorentscheidung zu beheben, sowie eine angemessene Strafe im Sinne des Strafantrages zu verhängen.“

I.3. Die belangte Behörde hat die Beschwerde des Amtes für Betrugsbekämpfung, Finanzpolizei Team 44, samt bezughabenden Verwaltungsakt mit Schreiben vom 06.08.2024 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidungsfindung vorgelegt. Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch seiner nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichterin zu entscheiden.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht. Dem Beschuldigten wurde vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich im Rahmen des Parteiengehörs mit Schreiben vom 29.08.2024 Gelegenheit gegeben, eine schriftliche Stellungnahme zur Strafhöhenbeschwerde abzu-

geben. Eine solche schriftliche Stellungnahme ist innerhalb der eingeräumten Frist beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht eingelangt.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

II.1. Da sich die Beschwerde ausschließlich gegen die Höhe der von der belangten Behörde verhängten Strafe richtet, ist der Schuldspruch in Rechtskraft erwachsen und ist es dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich verwehrt, sich inhaltlich mit der Entscheidung der belangten Behörde auseinanderzusetzen. Die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 3 Z 2 VwGVG entfallen.

II.2. Als Dienstnehmer gilt gemäß § 4 Abs. 2 ASVG derjenige, der in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird, wobei hiezu auch Personen gehören, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen; unabhängig davon gelten Personen jedenfalls dann als Dienstnehmer, wenn sie entweder mit einem Dienstleistungscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz entlohnt werden, oder wenn sie nach § 47 Abs. 1 iVm Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG) lohnsteuerpflichtig sind, soweit es sich nicht um Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. a oder b EStG oder um Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. c EStG, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen, handelt.

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 Abs. 2 leg. cit. 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 ist.

Nach § 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 Entgelts 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 als bevollmächtigte Person nach § 35 Abs. 3 entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes 1. Meldungen 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 oder Versicherungsträger während der Betriebszeiten nicht in Geschäftsbücher, Belege und sonstige Aufzeichnungen, die für das Versicherungsverhältnis bedeutsam sind, einsehen lässt. Gemäß § 111 Abs. 2 leg. cit. ist die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu bestrafen, und zwar mit Geldstrafe von 730 Euro bis 2.180 Euro, im Wiederholungsfall von 2.180 Euro bis 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 Verwaltungsbestimmungen 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.

II.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.

Der Schutzzweck der übertretenen Norm ist nicht bloß darauf gerichtet, die Pflichtversicherung für den Beschäftigten sicherzustellen. Wesentlicher Zweck der – vor Arbeitsantritt zu erfüllenden – Meldepflicht gemäß § 33 ASVG in der Fassung des Sozialrechts-Änderungsgesetzes 2007, BGBl. I Nr. 37/2007, ist die Bekämpfung der Schwarzarbeit (vgl. die Erläuterungen zur Regierungsvorlage, 77 BlgNr. 23. GP, 3; weiters VwGH vom 27.04.2011, 2010/08/0172).

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. Überwiegen die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich oder ist der Beschuldigte ein Jugendlicher, so kann die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden (§ 20 VStG).

Die belangte Behörde ist bei der Strafbemessung von der Unbescholtenheit des A__ ausgegangen. Da jedoch ein einschlägiges rechtskräftiges Straferkenntnis wegen Übertretung der Bestimmungen des ASVG vom November 2019 hinsichtlich des Beschuldigten vorliegt, gelangt gegenständlich der zweite Strafrahmen des § 111 Abs. 2 ASVG zur Anwendung und beträgt die gesetzliche Mindeststrafe somit 2.180 Euro.

Grundsätzlich entspricht es der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass das typische Bild eines Meldeverstoßes vorliegt, wenn die Anmeldung des Dienstnehmers zum Zeitpunkt der Kontrolle noch nicht nachgeholt worden ist und dass die Folgen des Meldeverstoßes in einem solchen Fall nicht im Sinne des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG oder des § 111 Abs. 2 letzter Satz als unbedeutend anzusehen sind (vgl. VwGH 14.03.2013, 2011/08/0187 und 2012/08/0125, mwN).

Im Hinblick auf den oben genannten Schutzzweck des § 33 ASVG, nämlich der Bekämpfung der Schwarzarbeit, führt der Verwaltungsgerichthof aus, dass dieser Zweck konterkariert würde, wenn im Falle einer Anmeldung kurz nach Betretung bei einer Kontrolle jedenfalls eine Herabsetzung der Strafe unter die Mindeststrafe zu erfolgen hätte (2011/08/0187 vom 14.03.2013, 2010/08/0172 vom 27.04.2011 u.a.)

Da somit die Voraussetzung für die Anwendung des § 20 VStG nicht vorliegen war der Beschwerde der Organpartei Folge zu geben und über den Beschuldigten die gesetzliche Mindeststrafe zu verhängen.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

III. 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, 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

Dr. Panny