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
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-301234/10/GS/FE

Datum:
Linz, 16. Jänner 2017

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 Mag. Saxinger über die Beschwerde des Herrn H.W., X, L., vertreten durch Rechtsanwalt Dr. C.S., X, W., vom 9. August 2016, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 18. Juli 2016, GZ: SanRB96-39-2015, wegen Übertretung nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG),

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass als verletzte Rechtsvorschrift § 33 Abs. 2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) hinzugefügt wird.

II. Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG hat der Beschwerdeführer einen Beitrag von 73 Euro, das sind 20 % der verhängten Strafe, zu den Kosten des Verfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis vom 18. Juli 2016, GZ: SanRB96-39-2015, hat die belangte Behörde dem Beschwerdeführer (Bf) folgende Verwaltungsübertretung zur Last gelegt: [Hervorhebungen nicht übernommen]

„Sie haben folgende Verwaltungsübertretung begangen:
Tat (einschließlich Ort, Datum und Zeit der Begehung)
Sie haben es als zur Vertretung nach außen berufener Verantwortlicher der Firma x GmbH mit Sitz in L., X zu verantworten, dass diese Firma, welche für die Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Meldepflichten keinen Bevollmächtigten bestellt hat, als Dienstgeberin im Sinne des § 35 Abs. 1ASVG, den nachstehend angeführten, bei Ihnen beschäftigten, und nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG) pflichtversicherten Dienstnehmer, vor Arbeitsantritt am 21.08.2015 nicht beim zuständigen Krankenversicherungsträger angemeldet hat und auch nicht die, mit den Mindestangaben ausgestattete Meldung bei der x-krankenkasse, L, x, als zuständiger Sozialversicherungsträger, vor Aufnahme der Tätigkeit erstattet wurde.

Namen und Geburtsdatum des Beschäftigten: S.V., geb. x, t. Staatsangehöriger

Tatort: L., X

Tatzeit: 21. August 2015, 09:30 Uhr (Kontrollzeitpunkt)

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§111 Abs. 11Vm § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz ASVG

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	gemäß
365,00 Euro	56 Stunden	*§111 Abs. 2 ASVG*

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:
36,50 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, mindestens jedoch 10 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro);

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 401,50 Euro"

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die Beschwerde des Bf, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. C.S., vom 9.8.2016.

Darin wird begründend im Wesentlichen vorgebracht, dass das Straferkenntnis seinem gesamten Umfang nach angefochten werde und als Beschwerdegründe werden Mangelhaftigkeit des Verfahrens sowie unrichtige rechtliche Beurteilung

geltend gemacht. Bereits in seiner ersten Rechtfertigung an die belangte Behörde habe der Bf insbesondere auch zum Beweisthema der ausdrücklich vereinbarten Unentgeltlichkeit des Testgesprächs die Ladung und Einvernahme des Zeugen S. und des Bf beantragt; dies sei jedoch seitens der belangten Behörde unterlassen worden und es wäre dadurch ein wesentlicher Verfahrensmangel begründet worden. In der Zwischenzeit wäre Herr S. und der Bf zum Sachverhalt bereits im Verfahren GZ: L50121270-1/6Z vor dem Bundesverwaltungsgericht einvernommen worden und der Zeuge habe darin bestätigt, dass hinsichtlich des Testgesprächs ausdrücklich Unentgeltlichkeit vereinbart worden wäre (Seite 8 des beiliegenden Protokolls vom 9.3.2016) und es berufe sich der Bf alternativ zum Zeugen auf dieses Protokoll. Jedenfalls ergebe sich die Tatsache aus der Aussage des Bf (Seite 4 beiliegendes Protokoll vom 9.3.2016) und es sei damit evident, dass die belangte Behörde in einem wesentlichen Punkt bei Durchführung des beantragten Beweismittels zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre, nämlich - ausgehend von der ausdrücklichen Vereinbarung der Unentgeltlichkeit des Testgesprächs - zu einer Einstellung des Strafverfahrens:

1. Herr S.V. wäre kein Dienstnehmer. Mit ihm wäre im Zuge des Bewerbungsgespräches lediglich vereinbart gewesen, dass er mit dem Mechaniker der Firma x, Herrn R., im Zuge von diesem durchzuführender Reparaturarbeiten ein Testgespräch führe, um die von Herrn S. behaupteten Qualifikationen zu verifizieren und allenfalls vorgelegte Zeugnisse auf ihren Wahrheits- und Echtheitsgehalt zu überprüfen. Herr S. wäre somit zu keinem Zeitpunkt der Firma x organisatorisch sowie hinsichtlich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit maßgeblich unterworfen gewesen, weil Ort und Zeit beider Bewerbungsgespräche einvernehmlich vereinbart gewesen wären und es Herrn S. freigestanden wäre, diese ohne jede Sanktion zu jedem Zeitpunkt abzubrechen und das Firmenareal ohne Angaben von Gründen zu verlassen.

2. Mit Herrn S. wäre ausdrücklich Unentgeltlichkeit des Testgesprächs vereinbart gewesen. Wie bei Vorstellungsgesprächen mit anschließendem Qualifikationstest üblich, wäre mit Herrn S. dafür ausdrücklich Unentgeltlichkeit vereinbart gewesen, schon gar kein Entgelt in auch nur annähernder Höhe der Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs. 2 ASVG oder bei der Vollversicherung. Unabhängig von der Tatsache der zum Zeitpunkt des Testgespräches nicht gegebenen persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit von Herrn S. ergebe sich der Umstand, dass die Vorwürfe eines strafbaren Verhaltens des Bf jedenfalls ungerechtfertigt seien, schon allein aus der Tatsache der ausdrücklich vereinbarten Unentgeltlichkeit. Eine Probearbeit, die nicht als Beschäftigung im Sinn des § 2 AuslBG zu qualifizieren sei, könne grundsätzlich nur dann als gegeben erachtet werden, wenn eine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit nicht bestehe und etwa ausdrücklich Unentgeltlichkeit vereinbart worden sei. Gemäß der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes müsse die Unentgeltlichkeit von Beschäftigungsverhältnissen ausdrücklich und erwiesenermaßen - wenigstens nach den Umständen konkludent - vereinbart worden sein und einer Prüfung auf ihre sachliche Rechtfertigung Stand halten; sei dies nicht

der Fall, so sei gemäß § 1152 ABGB im Zweifel von der Entgeltlichkeit auszugehen, selbst wenn eine ausdrückliche Entgeltvereinbarung fehle und auch kein Entgelt entrichtet worden wäre.
3. Schuld: Das Beweisverfahren habe ergeben, dass für das Testgespräch zwischen dem Bf und Herrn S. ausdrücklich Unentgeltlichkeit vereinbart gewesen wäre und dementsprechend der Bf auf Grund der klaren und unmissverständlichen Formulierung des § 4 Abs. 2 ASVG, wonach ein anmeldungspflichtiger Dienstnehmer nur bei Entgeltlichkeit gegeben sei, mit Fug und Recht von einer nicht gegebenen Anmeldeverpflichtung hinsichtlich des Zeugen S. ausgehen hätte können; jedenfalls treffe den Bf kein Verschulden, wenn er die Grenze zwischen Vorstellungsgespräch und der Aufnahme einer (auch versicherten) Betriebsarbeit auf Grund der von der Rechtsprechung herangezogenen, höchst vagen "objektiven Gesichtspunkte" unter Berücksichtigung der Übung des redlichen Verkehrs im vorliegenden Fall so gezogen habe, dass er für das hier gegenständliche Testgespräch von keiner Anmeldeverpflichtung ausgegangen sei. Letztlich erlaube sich der Bf anzumerken, dass das Erkenntnis vom 18.2.2004, GZ: 2000/08/0180, soweit es ausführe, es könne die Abgrenzung eines Vorstellungsgespräches von der Aufnahme der Betriebsarbeit vor dem Hintergrund des Schutzzweckes arbeitsrechtlicher Normen nicht dem Übergeber überlassen werden, wohl schon eine - vielleicht wünschenswerte, nichts desto weniger als solche unzulässige - Vorschreibung und nicht mehr eine zulässige Interpretation des Gesetzes darstelle.
4. In eventu: Nach den Feststellungen der Erstbehörde habe Herr S. am Kontrolltag um 9 Uhr mit der Arbeit begonnen und die Kontrolle durch die Organe der Finanzpolizei habe um 9:30 Uhr begonnen, sodass davon auszugehen sei, dass auch ab diesem Zeitpunkt Herr S. seine Arbeit beendet habe, um sich seiner Einvernahmen widmen zu können. In rechtlicher Hinsicht bedeute dies, dass es hinsichtlich einer allenfalls geplanten weiteren Verwendung des Zeugen S. jedenfalls beim Versuch geblieben sei, der aber gemäß § 8 VStG straffrei sei. Ab 11:30 Uhr wäre der Zeuge S. dann regulär angemeldet gewesen. Bei der Prüfung einer allfälligen Meldeverpflichtung sei daher von einer Dauer des Testgespräches von 30 Minuten auszugehen und es ergebe sich bei richtiger rechtlicher Beurteilung, dass jedenfalls keine Meldeverpflichtung bestanden habe.
5. In eventu: Auf Grund der sehr vagen und daher schwer vorhersehbaren Grenzziehung zwischen beitragsfreiem Testgespräch und beitragspflichtiger Betriebsarbeit, der Tatsache der erfolgten unmittelbaren Nachmeldung, des Umstandes der erstmaligen Begehung, faktisch keiner Folgen und der bereits durch die Beitragserhöhung eingetretenen abschreckenden Wirkung könne im vorliegenden Fall auf Grund des faktisch fehlenden Verschuldens des Bf mit einer Ermahnung gemäß § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG oder in eventu mit einer nochmaligen Halbierung der verhängten Mindeststrafe gemäß § 20 VStG völlig das Auslangen gefunden werden.

I.3. Mit Schreiben vom 17. August 2016 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabendem Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht. Auf die Durchführung der für 14. Dezember 2016 vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich bereits anberaumten Verhandlung wurde vom Bf mit Schriftsatz vom 13.12.2016 ausdrücklich verzichtet.

II. Folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Der Bf H.W., geboren am x, ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma x GmbH mit Sitz in L. Im Zuge einer bei der x GmbH in X, W., am 21.8.2015 um 9:30 Uhr durchgeführten Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei wurden der t. Staatsangehörige V.S., geboren x, sowie der österreichische Staatsangehörige A.R. bei der Reparatur der rechten Vorderradbremse eines S-Planenwagens angetroffen. Herr S. hatte über seine Frau K.S., einer d und t sprechenden Mitarbeiterin der x GmbH, um Arbeit bei dieser GmbH angesucht. Am 21.8.2015 erschien der t. Staatsangehörige S. sodann vereinbarungsgemäß bei der x GmbH, um sich einen Tag lang einer Überprüfung seiner Eignung als möglicher Mechaniker zu unterziehen bzw. um die potentielle Arbeitsstelle kennen zu lernen. Auf Grund einer technischen Panne traf er jedoch wie ausgemacht nicht schon um 8 Uhr dort ein, sondern erst um 9 Uhr. Nachdem er seine Arbeitskleidung angezogen hatte (die Umkleide war ihm gezeigt worden), führte er am Tag der Kontrolle auf Anweisung des Chefmechanikers bis in die Nachmittagsstunden Hilfsarbeiten durch, so wusch er beispielsweise die Räder eines Lastkraftwagens vor deren Demontage, entfernte Rost oder verrichtete Aufräumtätigkeiten. Zum Kontrollzeitpunkt war der t. Staatsangehörige nicht als Dienstnehmer der x GmbH zur Sozialversicherung gemeldet; um 11:36 Uhr wurde er mittels ELDA nachträglich als Dienstnehmer der Firma x GmbH angemeldet. Vor Arbeitsaufnahme durch Herrn S. hat der Bf mit diesem keine Gespräche hinsichtlich einer Entlohnung geführt.

III. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorgelegten Verwaltungsakt, insbesondere der niederschriftlichen Aussage des Bf am Kontrolltag und den im Akt einliegenden Bildern von der Kontrolle, die Herrn S.V. bei Verrichtung der genannten Arbeitstätigkeiten zeigen. Außerdem stützt sich der festgestellte Sachverhalt auf die Feststellungen des rechtskräftigen Erkenntnisses des Bundesverwaltungsgerichtes vom 14. März 2016, GZ: L501 2120070-1/7E, mit dem auf Grund der verfahrensgegenständlichen Kontrolle die Vorschreibung

eines Beitragszuschlages nach § 113 ASVG gegenüber der Firma x GmbH rechtskräftig bestätigt wurde. Betont wird, dass der Bf das dem genannten Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes zugrunde liegende Verhandlungsprotokoll über die am 9.3.2016 am Bundesverwaltungsgericht durchgeführte mündliche Verhandlung mit der verfahrensgegenständlichen Beschwerde vorgelegt hat.

Die Beschwerdebehauptung, dass mit Herrn S. nur ein Testgespräch geführt worden wäre, ist als Schutzbehauptung zu werten. Dies vor allem in Anbetracht der im Akt einliegenden Bilder von der Kontrolle, die Herrn S. bei der Tätigkeit im Arbeitsgewand zeigen. Weiters wird diesbezüglich auf die Feststellungen im genannten Erkenntnis des Bundeverwaltungsgerichtes verwiesen. Auch der Beschwerdeeinwand, dass mit Herrn S. ausdrücklich Unentgeltlichkeit des Testgesprächs vereinbart worden wäre, ist als Schutzbehauptung zu werten. In der mit dem Bf am Kontrolltag aufgenommenen Niederschrift, die vom Bf auch eigenhändig unterfertigt wurde, ist festgehalten, dass über eine Entlohnung mit Herrn S. noch nicht gesprochen wurde.

IV. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 33 Abs. 1 ASVG haben die 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 wär, zu erstatten sind.
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 der Versicherungsträger während der Betriebszeiten nicht in Geschäftsbücher, Belege und sonstige Aufzeichnungen, die für das Versicherungsverhältnis bedeutsam sind, einsehen lässt.

§ 111 Abs. 2 ASVG besagt: Die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 ist 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 5.000 Euro, bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen, sofern die Tat weder den Tatbestand einer in der Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet noch nach anderen Verwaltungsbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist. Unbeschadet der §§ 20 und 21 des Verwaltungsstrafgesetztes 1991 kann die Bezirksverwaltungsbehörde bei erstmaligem Handeln nach Abs. 1 die Geldstrafe bis auf 365 Euro herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

Gemäß § 4 Abs. 2 erster Satz ASVG ist Dienstnehmer im Sinn 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 § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber im Sinn 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 Leistung Dritter anstelle des Entgelts verweist. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

Im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kommt es für die Beurteilung, ob ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt, auf das Gesamtbild und den wahren wirtschaftlichen Gehalt (§ 539a ASVG) der konkreten Tätigkeit an.

Wird jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen, das heißt arbeitend unter solchen Umständen angetroffen, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, ist die Behörde berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinne auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen(vgl. VwGH 19.12.2012, 2012/08/0165). Spricht also die Vermutung für ein Dienstverhältnis, dann muss die Partei ein

ausreichend substantiiertes Vorbringen erstatten, aus dem man anderes ableiten könnte.

Der Bf bringt vor, dass der Chefmechaniker der Firma x, Herr R., im Zuge von ihm durchzuführenden Reparaturarbeiten lediglich ein Testgespräch mit dem t. Staatsangehörigen S. geführt habe, um dessen Qualifikationen zu verifizieren und allenfalls vorgelegte Zeugnisse auf ihren Wahrheits- und Echtheitsgehalt zu überprüfen. Weiters wäre ausdrücklich Unentgeltlichkeit des Testgesprächs vereinbart worden. So wie bei Vorstellungsgesprächen mit anschließenden Qualifikationstests üblich, wäre mit Herrn S. dafür ausdrücklich Unentgeltlichkeit vereinbart worden, schon gar kein Entgelt in auch nur annähernder Höhe bei der Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs. 2 ASVG oder gar bei der Vollversicherung.

Nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes unterliegt nun jedoch auch eine probeweise verrichtete Tätigkeit der Pflichtversicherung nach dem ASVG. Für die Abgrenzung eines Vorstellungsgesprächs von der Aufnahme der versicherten Betriebsarbeit im Rahmen eines Probeverhältnisses liegt es vor dem Hintergrund des Schutzzwecks arbeitsrechtlicher Normen nicht im Belieben des Arbeitgebers, eine Beschäftigung, die typischerweise Teil eines Probearbeitsverhältnisses ist, bereits in das Vorstellungsgespräch zu integrieren und so arbeitsuchende Personen zu Arbeitsleistungen ohne Entgeltanspruch zu verhalten. Die Abgrenzung des Vorstellungsgesprächs von einer Arbeitsleistung, die den Beginn eines Arbeitsverhältnisses markiert, hat daher nach objektiven Gesichtspunkten unter Berücksichtigung der Übung des redlichen Verkehrs zu erfolgen. Soweit aber der Arbeitgeber das Vorstellungsgespräch dazu benützt, eine Arbeitsleistung in Anspruch zu nehmen, die nach Art und Umfang üblicherweise nicht unentgeltlich erbracht wird, und dadurch das Vorstellungsgespräch der Sache nach in die eigentliche Betriebsarbeit oder in eine für die Beschäftigung allenfalls erforderliche Einschulung - und sei es auch nur die Herstellung eines Werkstückes - erstreckt, kommt es zu einer einseitigen Verkürzung der Interessen des Arbeitnehmers, ohne dass dies durch berechtigte Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt werden könnte. Eine solche Vorgangsweise entspricht daher nicht der Übung des redlichen Verkehrs (vgl. VwGH 18.2.2004, 16285/A/2004, 23.5.2012, 2010/08/0179).

Wie im Sachverhalt und in der Beweiswürdigung dargelegt, sah Herr S. den beschäftigten Herrn R. am Kontrolltag keineswegs bloß zu, sondern er verrichtete vielmehr selbst auf Anweisung des Chefmechanikers Hilfsarbeiten und diese dauerten bis in die Nachmittagsstunden an. Es ist dem Arbeitgeber nun zwar gemäß Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht verwehrt, sich bei einem Vorstellungsgespräch davon zu überzeugen, ob der Bewerber die für die in Aussicht genommene Stelle erforderlichen Kenntnisse besitzt, wozu auch kurze praktische Erprobungen zählen mögen, eine Arbeit im hier zu Rede stehenden

zeitlichen Ausmaß geht aber dem Umfang und der Sache nach erheblich über das bei einem Vorstellungsgespräch Übliche und Zulässige hinaus.

Hinsichtlich des Beschwerdeeinwandes, dass auf Grund der Anmeldung des Herrn S. ab 11:36 Uhr am Kontrolltag bei der x-krankenkasse lediglich von einer Dauer des Testgespräches von 30 Minuten auszugehen sei, wird auf Grund lebensnaher Betrachtung festgestellt, dass Herr S. alleine aus Anlass der durchgeführten Kontrolle bereits um 11:36 Uhr des Kontrolltages bei der x-KK angemeldet wurde. Unbestritten bleibt, dass eine Arbeitstätigkeit des Herrn S. vor seiner Anmeldung zur x-KK vorgelegen ist.

Soweit der Bf behauptet, die Bezahlung eines Entgeltes sei ausdrücklich nicht vereinbart worden, ist auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hinzuweisen, wonach Unentgeltlichkeit der Verwendung nicht schon bei Fehlen einer Entgeltvereinbarung zu vermuten ist, sondern muss eine solche - wenigstens nach den Umständen konkludent - vereinbart worden sein und einer Prüfung auf ihre sachliche Rechtfertigung Stand halten. Eine derartige sachliche Rechtfertigung könne in persönlichen Beziehungen, in bestimmten wirtschaftlichen Interessen, aber auch in der idealistischen Einstellung (etwa im Fehlen der ehrenamtlichen Tätigkeit für einen Verein) begründet sein. Es ist Sache der Partei, hierzu entsprechend konkrete Behauptungen aufzustellen und Beweise anzubieten (vgl. VwGH 14.3.2013, 2010/08/0229, 6.3.2008, 2007/09/0285). Das bloße Vorbringen, für das "Zusehen" sei kein Entgelt vereinbart worden, erfüllt jedenfalls die von der Rechtsprechung geforderte sachliche Rechtfertigung nicht.

Im Zweifel gilt für die Erbringung von Dienstleistungen ein angemessenes Entgelt als bedungen (vgl. § 1152 ABGB). Wurde die Höhe des Entgeltes nicht festgelegt, so ist ein angemessener Lohn zu zahlen. Wie bereits erwähnt ist Unentgeltlichkeit der Verwendung nicht schon bei Fehlen einer Entgeltvereinbarung zu vermuten, sondern diese muss ausdrücklich und erwiesenermaßen - wenigstens nach den Umständen konkludent - vereinbart worden sein und einer Prüfung auf ihre sachliche Rechtfertigung Stand halten (vwGH 19.12.2012, 2012/08/0165).

Wie in der Beweiswürdigung ausgeführt, liegt eine solche ausdrückliche und erwiesenermaßen vereinbarte Unentgeltlichkeit nicht vor.

Somit gilt im Zweifel ein angemessenes Entgelt als bedungen (§ 1152 ABGB).

Sofern die Tätigkeit einmal begonnen worden ist, kommt es nicht mehr auf das vereinbarte oder in der Folge tatsächlich erbrachte Ausmaß der Beschäftigung an, zumal sich die Meldepflicht gemäß § 33 Abs. 2 ASVG auch auf die gemäß § 7 Abs. 3 lit. a ASVG pflichtversicherten geringfügig Beschäftigten im Sinne des § 5

Abs. 2 ASVG bezieht. Weil Herr S. die Arbeit begonnen hatte, ist das Ausmaß dieser für die verfahrensgegenständliche Verwaltungsstrafbarkeit irrelevant (vgl. VwGH 23.5.2012, 2010/08/0179).

Auf Grund der festgestellten Hilfstätigkeit und der Anmeldung zur Sozialversicherung um 11:36 Uhr ist jedoch nicht von einer die Geringfügigkeitsgrenze überschreitenden Tätigkeit auszugehen, weshalb der Spruch des in Beschwerde gezogenen Straferkenntnisses entsprechend zu ergänzen war. Dazu war das LVwG Oö. berechtigt, da es gemäß § 50 VwGVG in der Sache selbst zu entscheiden hat.

Der t. Staatsangehörige S. wurde sohin am Kontrolltag zweifellos unter Umständen angetroffen, was auf ein Dienstverhältnis hindeuten - mag dies auch lediglich zu Erprobungszwecken erfolgt sein - und es konnten im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die im Sinne der oben angeführten Rechtsprechung einer solchen Wertung entgegenstehen würden.

Obwohl der Bf den betretenen t. Staatsbürger am Kontrolltag in einem Arbeitsverhältnis beschäftigte, hat er diesen vor Arbeitsantritt nicht zumindest mit den Mindestangaben zur Sozialversicherung beim zuständigen Sozialversicherungsträger angemeldet. Der objektive Sachverhalt der gegenständlichen Verwaltungsübertretung ist daher als erfüllt zu werten.

Verwirklicht der Täter bei schlichten Tätigkeitsdelikten die gesamte Tathandlung, so besteht Strafbarkeit nicht nur wegen des Deliktsversuchs, sondern wegen des vollendeten Delikts (vgl. Anmerkung 6 zu § 8 VStG, Kommentar zum VStG von *Lewisch/Fister/Weilguni*). Die vom Bf eingewendete Straffreiheit nach § 8 VStG (Versuch) kommt aufgrund des oben Ausgeführten deshalb nicht zur Anwendung.

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 der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine 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 der Bf entsprechend sorgfältig verhalten hat, um glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Für den Bf besteht die Verpflichtung, sich u. a. mit den gesetzlichen Vorschriften betreffend Erstattung von Meldungen an den zuständigen Sozialversicherungsträger vertraut zu machen. Vor Arbeitsbeginn des t. Arbeiters in seiner Firma wäre es die Pflicht des Bf gewesen, bei der zuständigen Stelle (x-krankenkasse) entsprechende Erkundigungen über die gesetzlichen inländischen Vorschriften einzuholen. Dies hat der Bf nicht getan, weshalb ihm Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist. Der Bf hat vielmehr darauf vertraut, dass eine unentgeltliche Probearbeit und somit keine Meldepflicht vorliege.

Der Bf hat somit gegen die sozialversicherungsrechtliche Meldepflicht nach § 33 Abs. 1 ASVG verstoßen. Er hat dadurch das Ungehorsamsdelikt der Nichtmeldung von Dienstnehmern zur Sozialversicherung im Sinn des § 5 Abs. 1 Satz 2 VStG begangen und er hätte ein mangelndes Verschulden initiativ darlegen müssen. Mit seinem Vorbringen ist ihm eine Glaubhaftmachung fehlenden Verschuldens nicht gelungen. Er hat daher zumindest Fahrlässigkeit zu verantworten, was für die Strafbarkeit nach § 111 Abs. 1 Z 1 in Verbindung mit § 33 Abs. 1, 1a und Abs. 2 ASVG genügt. Die gegenständliche Verwaltungsübertretung ist dem Bf daher auch in subjektiver Hinsicht zuzurechnen.

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-, 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.

Vorliegend bemisst sich der Strafrahmen nach § 111 Abs. 2 ASVG, wonach die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu bestrafen ist, und zwar mit Geldstrafe von 730 Euro bis zu 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 der 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 Handeln nach Abs. 1 die Geldstrafe bis auf 365 Euro herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

Die belangte Behörde setzte die verhängte Verwaltungsstrafe in der Höhe der Hälfte der Mindeststrafe fest, da es die Voraussetzungen des § 111 Abs. 2 letzter Satz ASVG als erfüllt ansah. Da das Verschulden lediglich in Form von Fahrlässigkeit gegeben war, wurde es als geringfügig angesehen. Weiters wurde auch davon ausgegangen, dass die Folgen der Übertretung unbedeutend sind, da der Beschäftigte unmittelbar nach der Kontrolle durch die Finanzpolizei zur Sozialversicherung angemeldet wurde und im Verfahren keinerlei Anhaltspunkte hervorgekommen sind, die darauf schließen lassen, dass der Beschäftigte auch im Zeitraum vor der Kontrolle durch die Finanzpolizei widerrechtlich beim Bf beschäftigt war.

Eine nochmalige Herabsetzung, das heißt unter die Grenze der Hälfte der Mindeststrafe, ist jedoch aus rechtlichen Gründen nicht möglich. Die verhängte Verwaltungsstrafe kann entweder auf Grund des § 111 Abs. 2 ASVG bis auf 365 Euro (= Hälfte der Mindeststrafe) herabgesetzt werden oder es kann die Mindeststrafe bis zur Hälfte auf Grund des § 20 VStG unterschritten werden. Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der einen oder anderen Vorschrift sind jeweils verschieden. Eine Herabsetzung der Strafe ist in beiden Fällen jedoch nur bis zur Hälfte der vorgesehenen Mindeststrafe möglich.

Auf Grund des Verbots der Verhängung einer höheren Strafe (§ 42 VwGVG) scheidet eine Erhöhung bei der Strafe durch das erkennende Gericht aus.

Wesentlicher Zweck der - vor Arbeitsantritt zu erfüllenden - Meldepflicht gemäß § 33 ASVG ist die Bekämpfung der das österreichische Sozialversicherungssystem aushöhlenden Schwarzarbeit. Dieser Zweck würde jedenfalls dann konterkariert, wenn im Falle einer Anmeldung und Entrichtung der Beiträge - wenn auch bereits kurz nach Beschäftigungsbeginn - überhaupt von der

Verhängung einer Strafe abgesehen werden würde oder gegenüber dem Bf - wie von diesem zuletzt in der Beschwerde begehrt - gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG bloß eine Ermahnung ausgesprochen werden würde. Voraussetzung für die Anwendung des § 21 Abs. 1 VStG (in der bis 20.6.2013 geltenden Fassung) bzw. des nunmehrigen § 45 Abs. 1 Z 4 VStG war bzw. ist das kumulative Vorliegen beider in diesen Gesetzesstellen genannten Kriterien, nämlich das Vorliegen eines bloß geringen Verschuldens und lediglich unbedeutender Folgen bzw. dass die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat gering sind. Hier muss wohl die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes als grundsätzlich nicht bloß gering angesehen werden (VwGH 10.4.2013, 2011/08/0218; 14.3.2013, 2011/08/0187; 27.4.2011, 2010/08/0172; 27.4.2011, 2010/08/0106).

Die belangte Behörde hat - wie bereits erwähnt - die verhängte Strafe bereits mit der Hälfte der Mindeststrafe festgesetzt. Unter der Berücksichtigung der oben angeführten Kriterien (vgl. auch § 42 VwGVG) kann dem Verwaltungshandeln der belangten Behörde im Ergebnis nicht entgegengetreten werden und es entspricht die verhängte Strafe den Strafbemessungskriterien des § 19 VStG. Die Strafe war aus spezialpräventiven Gründen erforderlich und hinsichtlich ihrer Höhe auch dazu geeignet, dem Bf das durch Sorglosigkeit geprägte Unrecht seiner Tat klar und unmissverständlich vor Augen zu führen und ihn in Zukunft von ähnlichen Übertretungen abzuhalten. Die Strafhöhe ist zudem auch aus generalpräventiven Gründen jedenfalls erforderlich, um in Hinkunft derartige Übertretungen des ASVG wirksam zurück zu drängen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die zitierten Gesetzesbestimmungen.

Aus den angeführten Gründen war spruchgemäß zu entscheiden.

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. Insbesondere weicht die gegenständliche Entscheidung von der als einheitlich zu beurteilenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ab.

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

Gegen dieses Erkenntnis 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 Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Saxinger