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-301242/11/BMa/TK**

Datum: **Linz, 26. Juli 2017**

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag.ª Bergmayr-Mann über die Beschwerde des R K, vertreten durch Rechtsanwälte W O G, S, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land vom 21. Juli 2016, GZ: SanRB-1057/7-2016, betreffend Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als der Tatvorwurf zu Spruchpunkt 1. des bekämpften Bescheids lautet: „1. Sie haben als Dienstgeber seit 22.09.2015 die Dienstnehmerin S K, geb. 19xx, als Arbeiterin in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit in Ihrem Lokal M P, G, im Umfang von zehn Wochenarbeitsstunden und einer Entlohnung von 380 Euro beschäftigt. Obwohl S K seit zumindest Ende Mai 2016, jedenfalls aber am 23.06.2016 im Umfang von 20 Wochenarbeitsstunden beschäftigt war, wurde eine Änderungsmeldung hinsichtlich der geänderten Arbeitszeit und des geänderten Verdienstes der Arbeitnehmerin nicht beim zuständigen Sozialversicherungsträger vor Änderung des Arbeitsumfangs erstattet. S K war in Ihre Firma organisatorisch hinsichtlich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit eingegliedert. Auch bestand eine persönliche Arbeitsverpflichtung und Weisungsgebundenheit. Die Höhe des gebührenden Entgelts lag nach Erhöhung der Arbeitszeit über der Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs. 2 ASVG.“,
der Absatz „Obwohl jeder dieser Dienstnehmer daher von der Vollversicherung im Sinne des § 5 ASVG, ausgenommen und als geringfügig Beschäftigter in der Unfallversicherung teilversichert ist,

wurde hierüber eine, zumindest mit den Mindestangaben ausgestattete, Meldung, bei der OÖ. Gebietskrankenkasse, L, als zuständiger Sozialversicherungsträger, nicht vor Aufnahme der Tätigkeit, erstattet." wird durch folgenden ersetzt:
„Obwohl der Dienstnehmer W von der Vollversicherung im Sinne des § 5 ASVG ausgenommen und als geringfügig Beschäftigter in der Unfallversicherung teilversichert war, wurde hierüber eine zumindest mit den Mindestangaben ausgestattete Meldung, nicht vor Aufnahme seiner Tätigkeit, und hinsichtlich S K wurde die erforderliche Änderungsmeldung vor Änderung des Beschäftigungsumfangs ebenfalls nicht bei der OÖ. Gebietskrankenkasse, L, als zuständiger Sozialversicherungsträger, erstattet." ,
und es werden die verhängten Geldstrafen zu beiden Spruchpunkten auf jeweils 730 Euro herabgesetzt.

II. Der Beschwerdeführer hat folgende Kosten zu tragen:
Der Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vor der belangten Behörde ermäßigt sich auf 146 Euro (je 73 Euro zu Spruchpunkt 1. und 2.).

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

zu I.

1.1. Mit dem in der Präambel angeführten Straferkenntnis wurde der Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wie folgt schuldig erkannt und bestraft (wörtlich wiedergegeben):

„1. Sie haben als Dienstgeber im Sinne des §33 Abs. 1 ASVG zumindest ab dem 22.09.2015 den Dienstnehmer
Frau K S, geb. 19xx
als Arbeiter in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit in Ihrem Lokal M P, G beschäftigt, ohne ihn rechtmäßig bei der Sozialversicherung anzumelden. Die Meldung zur Sozialversicherung wurde falsch erstattet (hinsichtlich Arbeitszeit und Verdienst). Dem liegen die eigenen Angaben von Frau K zugrunde.
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 nicht über der Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs. 2 ASVG.

2. Sie haben als Dienstgeber im Sinne des § 33 Abs. 1 ASVG zumindest ab dem 18.05.2016 den Dienstnehmer
Herrn W L, geb. 19xx
als Arbeiter in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit in Ihrem Lokal M P, G, beschäftigt, ohne ihn rechtzeitig bei der Sozialversicherung anzumelden. Laut eigenen Angaben hat Herr W am 18.05.2016 zu arbeiten begonnen. Die Anmeldung zur Sozialversicherung erfolgte jedoch erst am 19.05.2016 um 15:05 Uhr.
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 nicht über der Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs. 2 ASVG.
Obwohl jeder dieser Dienstnehmer daher von der Vollversicherung im Sinne des § 5 ASVG, ausgenommen und als geringfügig Beschäftigter in der Unfallversicherung teilversichert ist, wurde hierüber eine, zumindest mit den Mindestangaben ausgestattete, Meldung, bei der OÖ. Gebietskrankenkasse, L, als zuständiger Sozialversicherungsträger, nicht vor Aufnahme der Tätigkeit, erstattet.

Die unerlaubten Beschäftigungen wurden durch Strafantrag der Finanzpolizei des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr angezeigt, im Zuge einer Kontrolle am 23.06.2016 um 14:20 Uhr wurde im Lokal M P, G, eine Kontrolle durch die Finanzpolizei durchgeführt. Dabei wurden obgenannte Arbeitnehmer bei Tätigkeiten (Pizzazubereitung bzw. Pizzaliefertätigkeit) betreten.
Oben näher bezeichnete Personen waren nicht entsprechend zur Sozialversicherung angemeldet.
Sie haben somit in beiden Fällen gegen die sozialversicherungsrechtliche Meldepflicht des § 33 ASVG verstoßen.

Diese Tat wird Ihnen als gem. § 9 Abs. 1 VStG. verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher angelastet

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§111 Abs. 1 Aligemeines Sozialversicherungsgesetz (ÄSVG) iVm § 33 Abs. 1 ASVG, BGBl. Nr. 189/1955 idgF
Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von je	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von je	Gemäß
1300.-Euro	48Stunden	§§ 111 Abs. 2 ASVG

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen: 260.- Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe
Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 2860.- Euro."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Begründend führt die belangte Behörde im Wesentlichen aus, hinsichtlich S K sei die Meldung zur Sozialversicherung falsch (hinsichtlich Arbeitszeit und Verdienst) und hinsichtlich L W sei die Anmeldung zur Sozialversicherung verspätet erstattet worden. Dieser habe am 18.05.2016 zu arbeiten begonnen und die Anmeldung zur Sozialversicherung sei erst am 19.05.2016 um 15.05 Uhr erfolgt. Auch wenn das Verhalten des Bf nur fahrlässig gewesen sei, liege trotzdem eine Verwaltungsübertretung vor. Zur Strafbemessung wurde im Wesentlichen ausgeführt, bei der Festsetzung der Strafhöhe seien auch spezialpräventive Gesichtspunkte berücksichtigt worden und es könne aufgrund der Wiederholung der Übertretung im gegenständlichen Fall keine geringe Strafe verhängt werden.

1.3. Dagegen richtet sich die rechtzeitige Beschwerde vom 22.08.2016. Mit dieser wurde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses vom 21.07.2016 und Einstellung des Verwaltungsverfahrens, in eventu die Herabsetzung der Strafe bzw. die Erteilung einer Ermahnung, beantragt.

2.1. Das Landesverwaltungsgericht entscheidet gemäß § 2 VwGVG durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

2.2. Das Landesverwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und am 23.06.2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der der Beschwerdeführer in rechtsfreundlicher Vertretung gekommen ist. Als Zeugin wurde S K unter Beiziehung einer Dolmetscherin einvernommen.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird festgestellt:

R K ist Betreiber des Lokals „M P" in G.
L W hat anlässlich der Kontrolle durch die Finanzpolizei am 23.06.2016 ein Personenblatt ausgefüllt, worin er angegeben hatte, seit 18.05.2016 für R K als Pizzalieferant zu arbeiten. Zur Ermittlung des Arbeitsbeginns wurde ihm beim Ausfüllen des Personenblatts ein Kalender vorgelegt. Durch Herrn W wurde bestätigt, dass Arbeitsbeginn der Mittwoch nach dem Feiertag (18.05.2016) war. An diesem Tag ist Wagner mit einem anderen von R K beschäftigten Pizzalieferanten mitgefahren und hat sich die Tätigkeit angeschaut.

S K wurde zunächst ab dem 22.09.2015 im Ausmaß von 10 Wochenstunden im Betrieb des Beschwerdeführers beschäftigt und zumindest ab Ende Mai im Ausmaß von ca. 20 Wochenstunden, ohne dass eine diesbezügliche Änderungsmeldung an den zuständigen Sozialversicherungsträger erstattet worden ist.
Anlässlich der Kontrolle am 23.06.2016 wurde von ihr im Personenblatt angegeben, jeweils 3 Stunden an 7 Tagen in der Woche zu arbeiten und dafür eine Entlohnung von 400 Euro zu erhalten. M P hatte vom 27.06.2016 bis 04.07.2016 Betriebsurlaub und in dieser Zeit hatte S K 10 Stunden Zeitausgleich, die von den geleisteten Mehrstunden abgezogen wurden.
Es kann nicht festgestellt werden, dass die Mehrdienstleistungen der S K darüber hinaus abgebaut wurden. Arbeitsaufzeichnungen wurden weder von S K noch von R K geführt, diese wurden erst im Nachhinein erstellt, wobei sich aus dem vom Bf anlässlich der mündlichen Verhandlung vorgelegten niederschriftlichen Protokoll vom 14.11.2016, welches bei der Oö. GKK angefertigt wurde, ergibt, dass Arbeitsaufzeichnungen auch während des Krankenstandes von Frau K geführt wurden, was zur Folge hatte, dass das bezogene Krankengeld zurückgefordert wurde.
Die Änderungsmeldung hinsichtlich der Dienstnehmerin S K erfolgte ca. fünf Stunden nach der Kontrolle am 23.06.2016, wonach sie ab 01.07.2016 im Umfang von 20 Wochenarbeitsstunden und einem Verdienst von 772 Euro gemeldet wurde.
Die Höhe der tatsächlichen Entlohnung der S K kann nicht festgestellt werden. Sie hat als Mutter des Bf mit ihm in einer Wohnung zusammengelebt und immer wieder Geld von ihm bekommen. Welcher Betrag des erhaltenen Entgelts sich auf ihre Entlohnung bezogen hat, kann nicht festgestellt werden.
Für die zumindest ab Ende Mai von S K geleistete Arbeit im Ausmaß von ca. 20 Wochenstunden gebührt ihr nach dem Kollektivvertrag für Gastronomie als Küchenhilfe ein die Geringfügigkeitsgrenze übersteigendes Entgelt. Zusätzlich hat sie täglich noch Entlohnung in Form von Essen und Trinken als Bezahlung erhalten.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgesellte Sachverhalt aus dem vorgelegten Behördenakt und dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung ergibt. Die Feststellungen hinsichtlich der Beschäftigung des L W stützen sich auf die Angaben im Personenblatt, das als verlesen gilt. L W ist zur mündlichen Verhandlung trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht gekommen, von

der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers wurde auf dessen Befragung ausdrücklich verzichtet.

Der Bf selbst hat angegeben, dass L W am 18.05.2016 mit einem Pizzalieferanten für seine Firma mitgefahren ist. Er hat jedoch dazu ausgeführt, dass für seine Firma aufgrund der Mitfahrt des L W von diesem keine Leistung erbracht wurde und er das Mitfahren auch jederzeit beenden hätte können.

Die Feststellungen hinsichtlich der die Geringfügigkeitsgrenze übersteigende Beschäftigung der S K ergeben sich aus dem anlässlich der Kontrolle am 23.06.2016 ausgefüllten Personenblatt und ihrer Aussage in der mündlichen Verhandlung, die jedoch in wesentlichen Teilen nicht nachvollziehbar war. So hat sie zunächst angegeben, seit Anfang Mai ca. 20 Stunden pro Woche im Betrieb des Bf zu arbeiten, während des Betriebsurlaubs 10 Stunden des entstandenen Zeitguthabens abgebaut zu haben und den Rest des Zeitguthabens durch ein eintägiges Fernbleiben vom Betrieb in der darauffolgenden Woche abgebaut zu haben. Rein rechnerisch ergibt sich dadurch jedoch lediglich ein Abbau von 13 Arbeitsstunden, hat die Bf doch, neben der Angabe des Zeitabbaus von 10 Stunden während des Betriebsurlaubs, auch angegeben, an sieben Tagen in der Woche jeweils 3 Stunden gearbeitet zu haben, wobei sich die angegebene Mehrdienstleistung seit Beginn des Monats Mai sich bis zum 23.06.2016 auf über 70 Stunden aufsummiert.
Während dieser Befragung hat sie später angegeben, seit 07.01.2016 eine Arbeitszeit von 20 Stunden gehabt zu haben, sie hat damit aber laut der beigezogenen Dolmetscherin 01.07.2016 gemeint, was sie auch später bestätigt hat.
Für S K besteht kein Unterschied darin, ob sie Zeitausgleich oder Urlaub bekommen hat. Die Aussagen der S K zum Ausgleich der Mehrdienstleistungen konnten den Feststellungen auch nicht zugrunde gelegt werden, hat sie doch gar nicht zwischen Zeitausgleich und Urlaub unterschieden („Er hat mir einfach frei gegeben." – Seite 7 des Sprachprotokolls vom 23.06.2017).
Sie war sichtlich bemüht, keine den Bf belastenden Aussagen zu machen.

Der Beginn der Aufstockung der Arbeitszeit der S K von der zur Sozialversicherung gemeldeten Arbeitszeit von 10 Stunden/Woche auf 20 Stunden/Woche war nach Aussage des Bf (Seite 3 des Sprachprotokolls vom 23.06.2017) Ende Mai. Diesbezüglich ist den Angaben des Bf zu folgen, war die Aussage der S K dazu doch sehr widersprüchlich.

Die Angaben des Beschwerdeführers zum Abbau der Arbeitszeit der Arbeitnehmerin wird als Schutzbehauptung gewertet. So hat er dazu zunächst angegeben, dass die Arbeitszeit innerhalb von zwei Monaten, dann bis zum Ende des Jahres 2016, bzw. - in einer weiteren von ihm angegeben Variante - mit Beginn der Beschäftigung der S K mit 40 Stunden ausgeglichen wurde, wobei sich

nachträglich herausgestellt hat, dass S K erst im Jahr 2017 in einem Umfang von 40 Stunden in der Pizzeria angestellt war. Ein Beweis zum zeitlichen Abbau der Mehrdienstleistung wurde nicht erbracht.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

3.3.1. 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 § 111 Abs. 1 leg. cit. 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 die 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. 1 Z 1 ASVG sind die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung (unmittelbar) auf Grund des ASVG versichert (Vollversicherung), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet.

Nach § 4 Abs. 2 erster Satz leg. cit. ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hierzu 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 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 Leistung Dritter anstelle des Entgelts verweist. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

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 (z.B. Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.
Nach Abs. 2 leg. cit. können durch den Missbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden.
Ferner ist gemäß Abs. 3 leg. cit. ein Sachverhalt so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre.

Gemäß § 49 Abs. 1 ASVG sind unter Entgelt die Geld- und Sachbezüge zu verstehen, auf die der pflichtversicherte Dienstnehmer (Lehrling) aus dem Dienst(Lehr)Verhältnis Anspruch hat oder die er darüber hinaus auf Grund des Dienst(Lehr)Verhältnisses vom Dienstgeber oder von einem Dritten erhält.

Gemäß § 5 Abs. 2 Z 2 ASVG in der zum Zeitpunkt der Kontrolle geltenden Fassung gilt ein Beschäftigungsverhältnis als geringfügig, wenn es für mindestens einen Kalendermonat oder auf unbestimmte Zeit vereinbart ist und im Kalendermonat kein höheres Entgelt als 415,72 Euro gebührt.

3.3.2. Für das Vorliegen einer Beschäftigung ist es hinreichend, dass der Arbeiter faktisch verwendet wird und es ist daher unerheblich, ob bzw. allenfalls von wem ein formeller Arbeitsvertrag mit ihm geschlossen wird bzw. welchen Inhalt eine allenfalls darüber ausgefertigte Vertragsurkunde hat. Maßgebend für die Einordnung in den Beschäftigungsbegriff gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist, dass die fest-

gestellte Tätigkeit in persönlicher bzw. wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeübt wird. Als Beschäftigungsverhältnis ist u.a. auch eine kurzfristige oder aushilfsweise Beschäftigung anzusehen.
Das Tatbestandselement der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen. Liegt eine Verwendung in einem Abhängigkeitsverhältnis vor, das typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bildet, ist von einer der Meldepflicht nach dem Sozialversicherungsgesetz unterworfenen Beschäftigung auszugehen. Unmaßgeblich ist eine zivilrechtliche Betrachtung, ob überhaupt ein Dienstvertrag zustande gekommen ist.

Für das Vorliegen der Entgeltlichkeit kommt es nicht darauf an, ob ausdrücklich ein Entgelt (allenfalls in einer bestimmten Höhe) vereinbart wurde oder eine solche Vereinbarung unterblieb. Im Zweifel gilt für die Erbringung von Dienstleistungen ein angemessenes Entgelt als bedungen (vgl. § 1152 ABGB). Wurde die Höhe des Entgelts nicht festgelegt, so ist ein angemessener Lohn zu zahlen. Demnach 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 standhalten (vgl. VwGH 15.05.2013, 2011/08/0123 mwN.).

Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH ist das Bestehen eines Anspruchs auf einen Geld- oder Sachbezug nach zivilrechtlichen (arbeitsrechtlichen) Grundsätzen zu beurteilen.

3.3.3. Der Bf ist Betreiber des Lokals „M P" und war Dienstgeber der S K, die als Küchenhilfe, und des L W, der als Pizzazusteller, in seinem Betrieb beschäftigt war. Wie sich aus den Feststellungen ergibt, war S K in einem die Geringfügigkeitsgrenze übersteigenden Ausmaß zumindest ab Ende Mai 2016 in dem Lokal beschäftigt, obwohl sie zu dieser Zeit nur als geringfügig Beschäftigte zur Sozialversicherung gemeldet war. Auch wenn S K für ihre Arbeit nur mit einem geringfügigen Betrag bezahlt wurde, gilt das ihr gemäß Kollektivvertrag zustehende, und damit ein die Geringfügigkeitsgrenze übersteigendes Entgelt, als bedungen. Durch die verspätete Änderungsmeldung, erst nach der Kontrolle am 23.06.2016 hat der Bf das Tatbild des Spruchpunkts 1. des bekämpften Bescheids erfüllt.

L W wurde als Pizzazusteller im Betrieb des Bf eingesetzt und ist am 18.05.2016 mit einem dort bereits beschäftigten Pizzazusteller bei den Auslieferungsfahrten mitgefahren. Nach der Übung des redlichen Verkehrs ist das Mitfahren bei Pizzazustellungen, das offensichtlich Einschulungszwecken gedient hat, als Einverständnis sowohl des W als auch des Bf zu einer Beschäftigung zu deuten, auch wenn diese Tätigkeit jederzeit beendet hätte werden können. Diese Wertung

entspricht dem strengen Maßstab, der bei Beurteilung der Konkludenz eines Verhaltens im Hinblick auf einen bestimmten rechtsgeschäftlichen Willen anzulegen ist. Dafür spricht auch, dass W angegeben hatte, seit 18.05.2016 für den Bf gearbeitet zu haben.
Weil W somit ab 18.05.2016 im Betrieb des Bf gearbeitet hat und die Anmeldung zur Sozialversicherung für diesen verspätet erst am 19.05.2016 erfolgte, hat der Bf hat damit hinsichtlich Spruchpunkt 2 des bekämpften Strafbescheids das Tatbild der ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretung begangen.

Eine Korrektur des Spruchs des Bescheides der belangten Behörde konnte erfolgen, war wurde die zur Last gelegte Tat dadurch nur präzisiert.

3.3.4. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. 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 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.

Die Verwaltungsübertretung ist dem Bf auch in subjektiver Hinsicht vorzuwerfen, hat er doch keine Beweise angeboten, aufgrund derer sein Verschulden an der Übertretung der Verwaltungsnormen ausgeschlossen hätte werden können. Als Verschuldensgrad ist hinsichtlich der verspäteten Meldung des L W Fahrlässigkeit anzunehmen. Der Bf war offensichtlich in einem (vorwerfbaren) Rechtsirrtum dahingehend befangen, dass er vermeinte die Mitfahrt des W bei den Pizzaauslieferungen sei nicht als Dienstverhältnis im Rahmen dessen Tätigkeit zu werten. Hinsichtlich der Falschmeldung der S K wird grobe Fahrlässigkeit angenommen. Der Bf hat es nicht für notwendig erachtet, Arbeitszeitaufzeichnungen für die Dienstnehmerin zu führen oder ihr Geldzahlungen zukommen zu lassen, die von privaten Zahlungen, die er ihr als seiner Mutter geleistet hat, unterscheidbar sind.
Das Vorhandensein eines Kontrollsystems zur Einhaltung der Vorschriften des ASVG wurde vom Bf nicht einmal behauptet.

3.3.5. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG idgF sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.
Nach Abs. 2 leg. cit. sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 – 46) 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 §§ 32 – 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Die belangte Behörde ist bei Verhängung der Strafe von einem Wiederholungsfall der Übertretung ausgegangen. Im vorgelegten Verwaltungsstrafakt hat sich jedoch kein Hinweis auf die rechtskräftige Verhängung einer einschlägigen Strafe gefunden. Vielmehr ist als Milderungsgrund von der absoluten verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit des Beschwerdeführers auszugehen. Die Strafen waren daher entsprechend herabzusetzen.

Zumal nunmehr zu beiden Spruchpunkten des bekämpften Bescheides nur die Mindeststrafe verhängt wurde, erübrigt sich eine weitere Auseinandersetzung mit den übrigen Strafzumessungsgründen.

zu II.
Weil die Beschwerde teilweise Erfolg hatte, ermäßigt sich der Kostenbeitrag zum Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde nach § 38 VwGVG iVm § 64 VStG entsprechend. Für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG kein Kostenbeitrag zu leisten.

zu III.
Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Insbesondere weicht die gegenständliche Entscheidung als 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. 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.

H i n w e i s

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

H i n w e i s

Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag.[a] Bergmayr-Mann