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-301502/11/GS/AKe

Datum: Linz, 4. September 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Saxinger über die Beschwerde der H.A., geb. x, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. P.H., X, W., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 02.02.2017, GZ: SanRB96-145-2016-Fe, betreffend Verwaltungsstrafe nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 21.06.2017

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben, als hinsichtlich Spruchpunkt 1. und 3. betreffend Ö.A. und F.P. von der Verhängung einer Geldstrafe abgesehen und der Beschwerdeführerin unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens eine Ermahnung erteilt wird und hinsichtlich Spruchpunkt 2. die betreffend E.K. festgesetzte Strafe auf 365 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 56 Stunden) herabgesetzt wird. Als verletzte Verwaltungsvorschrift wird § 33 Abs. 2 ASVG hinzugefügt.

II. Nach § 38 VwGVG iVm mit § 64 VStG ermäßigt sich der Kostenbeitrag zum Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde auf 36,50 Euro. Für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG kein Kostenbeitrag zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision 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 02.02.2017, SanRB96-145-2016-Fe, hat die belangte Behörde wie folgt entschieden:

„1) Sie haben als Verantwortliche der Firma A. OG in X, S., zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeber nachstehende Person, bei welcher es sich um in der Krankenversicherung (vollversicherte) pflichtversicherte Person handelt, am 24.11.2016 um 11:20 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Oberösterreichische Gebietskrankenkasse Krankenkasse zur Pflichtversicherung als vollversicherte Person angemeldet wurde. Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, der Beschäftigte vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung erst am 10.11.2016 um 10:08 Uhr und damit nicht rechtzeitig erstattet.

Name: Ö.A., geb. x
Arbeitsantritt: 10.11.2016 um 10:00 Uhr
Beschäftigungsort: X, S.
Tatort: Gemeinde S., S., X.
Tatzeit (Kontrollzeitpunkt): 24.11.2016, 11:20 Uhr.

2) Sie haben als Verantwortlicher der Firma A. OG in X, S., zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeber nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung (vollversicherte) pflichtversicherte Person handelt, am 24.11.2016 um 11:20 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Oberösterreichische Gebietskrankenkasse Krankenkasse zur Pflichtversicherung als vollversicherte Person angemeldet wurde. Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung erst am 28.10.2016 um 13:18 Uhr und damit nicht rechtzeitig erstattet.

Name: E.K., geb. x
Arbeitsantritt: 26.10.2016 um 19:00 Uhr
Beschäftigungsort: X, S.
Tatort: Gemeinde S., S., X.
Tatzeit (Kontrollzeitpunkt): 24.11.2016, 11:20 Uhr.

3) Sie haben als Verantwortlicher der Firma A. OG in X, S., zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeber nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung (vollversicherte) pflichtversicherte Person handelt, am 24.11.2016 um 11:20 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Oberösterreichische Gebietskrankenkasse Krankenkasse zur Pflichtversicherung als vollversicherte Person angemeldet wurde. Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung erst am 28.10.2016 um 13:14 Uhr und damit nicht rechtzeitig erstattet.

Name: F.P., geb. x
Arbeitsantritt: 28.10.2016 um 11:00 Uhr
Beschäftigungsort: X, S.

Tatort: Gemeinde S., S., X.
Tatzeit (Kontrollzeitpunkt): 24.11.2016, 11:20 Uhr.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

1) § 111 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG
2 § 111 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG
3) § 111 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG

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

Geldstrafe von Euro	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	gemäß
1.) 730,--	112 Stunden	---	§ 111 Abs. 1 ASVG
2.) 730,--	112 Stunden	---	§ 111 Abs. 1 ASVG
3.) 730,--	112 Stunden	---	§ 111 Abs. 1 ASVG

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

1.) 73,-- Euro
2.) 73,-- Euro
3.) 73,-- 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
2.409,-- Euro“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Dagegen richtet sich die von der Beschwerdeführerin rechtzeitig eingebrachte Beschwerde. Begründend wird im Wesentlichen vorgebracht, dass H.A. zwar Gesellschafterin der A. OG sei, die Geschäfte würden aber von ihrem Ehemann I.A. geführt. Der Ehemann arbeite an allen Öffnungstagen während der üblichen Öffnungszeiten im Geschäft, habe die Personalauswahl und –planung über und sei auch Beauftragter iSd § 9 Abs. 2 VStG, dies wäre zwischen den Ehegatten A. so abgestimmt. Frau A. habe nur eine Gesellschafterrolle am Papier. Zum Tatvorwurf hinsichtlich des Dienstnehmers Ö.A. sei auszuführen, dass dieser einige Wochen vor Beginn der Beschäftigung bereits in der Wohnung oberhalb der Geschäftsräumlichkeiten wohnhaft gewesen wäre und laufend als Gast die gegenständlichen Gastronomieräumlichkeiten aufgesucht habe. Wenn der Dienstnehmer anlässlich der Prüfung der Finanzpolizei am 24.11.2016 vermeint habe, er hätte am 10.11.2016 um 10.00 Uhr seine Arbeit begonnen, so sei seine Erinnerung falsch. Herr I.A. als Geschäftsführer benötige schon um 10.00 Uhr in der Regel keine zusätzliche Arbeitskraft und beginne das Mittagsgeschäft üblicherweise frühestens um 11.00 Uhr. Wie den geführten Arbeitszeitaufzeichnungen zu entnehmen sei, habe der Dienstnehmer A. auch nie schon um 10.00 Uhr seine Tätigkeit begonnen. Es sei festzuhalten, dass die

Geschäftsräumlichkeiten der A. OG – nämlich ein Gastronomiebetrieb in der Form eines Imbisses/Kebab-Restaurants tatsächlich am 26.10.2016 eröffnet worden seien und der Geschäftsführer I.A. erst in den nachfolgenden Wochen den tatsächlichen Bedarf an Arbeitskräften erheben hätte können. Zum Tatvorwurf hinsichtlich des Dienstnehmers E.K. sei auszuführen, dass das gegenständliche Imbissrestaurant am 26.10.2016 anlässlich der „S." in S. nach Übernahme durch die A. OG erstmals geöffnet gewesen wäre. Die ab ca. 17.00 Uhr einsetzende höhere Besucherfrequenz habe I.A. veranlasst, an den persönlich bekannten E.K. in S. telefonisch heranzutreten, ob er kurzfristig 1 oder 2 Stunden aushelfen könne. E.K. sei dann um 19.00 Uhr eingetroffen und habe bis ca. 21.00 Uhr im Rahmen eines kostenlosen Gefälligkeitsdienstes ausgeholfen. Der Geschäftsführer der A. AG, Herr I.A., kenne Herrn K. bereits seit mehreren Jahren aus S., da Herr A. dort bis Mitte 2016 einen Kebab-Stand im X-Einkaufszentrum betrieben habe. Gerade aufgrund des besonderen Anlasses der Ersteröffnung des Geschäftes am Tag der „S." in S. und der äußerst kurzfristigen Hilfestellung habe Herr K. einen unentgeltlichen Freundschaftsdienst auch aufgrund des türkischen Community-Hintergrundes erwiesen. Zufolge einer dann geplanten geringfügigen Beschäftigung wäre Herr K. am 28.10.2016 um 13.18 Uhr bei der Oö. GKK angemeldet worden und habe an diesem Tag erstmals von 15.00 bis 18.00 Uhr gearbeitet. Entgegen der Annahme im Straferkenntnis Spruchpunkt 2 liege auch keine Vollversicherungspflicht vor, die die Bf falsch gemeldet hätte. Zum Tatvorwurf hinsichtlich des Dienstnehmers F.P. sei auszuführen, dass der Dienstnehmer korrekt angemeldet worden wäre und sein Arbeitsantritt tatsächlich erst am Abend erfolgt sei. Es habe kein Bedarf bestanden, am dritten Tag nach der Eröffnung einen Koch bereits ab 11.00 Uhr zu beschäftigen. Die Umsätze am Freitag würden in den Abendstunden erzielt werden und es sei daher die Angabe des Dienstnehmers zum 28.10.2016 offenbar eine irrige Erinnerung. Zum Strafausmaß sei auszuführen, dass im Falle der Annahme der Tatbestandsmäßigkeit die Bf schon aus Mangel an tatsächlicher Ausübung der Geschäftsführerschaft kein Verschulden treffe. Sämtliche Tagesagenden und auch die Beschäftigungsverhältnisse habe I.A. erledigt. Die Bf habe allenfalls Kontakt mit dem Steuerbüro gehalten und notwendige Personaldaten weitergeleitet. Die Bf habe keine Personalverantwortung, es wäre zuvor auch in der A. OG kein Dienstnehmer beschäftigt gewesen. Die Bf sei mittlerweile auch aus der OG als Gesellschafterin ausgeschieden, die OG sei aufgelöst und werde als nicht protokolliertes Unternehmen gemäß § 142 UGB durch den Ehemann I.A. fortgeführt. Bei der hinsichtlich des Dienstnehmers A. vorgeworfenen verspäteten Anmeldung handle es sich gerade einmal um 8 Minuten, beim Dienstnehmer F.P. – wenn auch diese Annahmen der Finanzpolizei vom Gericht übernommen werden – um etwas mehr als 2 Stunden, beim dritten Dienstnehmer um behauptete 2 Tage. Ein Strafbetrag in der Höhe von insgesamt 4.818 Euro gegen die beiden damaligen Geschäftsführer sei keinesfalls schuld- und tatangemessen, diese Höhe der Bestrafung laufe gänzlich aus dem Ruder. Beim gegenständlichen Unternehmen handle es sich um ein Kleinstunternehmen, das den ländlichen Raum

mit Bewirtungsleistungen versorge. Es fänden sich im Straferkenntnis keine Ausführungen dazu, worin tatsächlich der volkswirtschaftliche Schaden bei einer behaupteten achtminütigen oder zweistündigen Verspätung der Anmeldung bei der Oö. GKK liegen würden. § 111 Abs. 2 letzter Satz ASVG wäre von der belangten Behörde erst überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden. Vorgebracht werde weiters, dass es sich bei den 3 vorgeworfenen Delikten tatsächlich um ein fortgesetztes Delikt handle und könne daher nur wegen einer Verwaltungsübertretung bestraft werden.

I.3. Mit Schreiben vom 09.03.2017, eingegangen beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich am 15.03.2017, legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor, das zur Entscheidung gemäß § 2 VwGVG durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen ist.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme sowie Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung. An dieser nahmen Frau H. und Herr I.A. in Begleitung ihrer rechtsanwaltlichen Vertretung sowie als Zeugen ein Vertreter der Organpartei sowie Herr E.K. und Herr F.P. teil.

II. Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

Herr I.A., geb. x, und Frau H.A., geb. x, waren jedenfalls im verfahrensgegenständlichen Zeitraum Oktober 2016 bis November 2016 unbeschränkt haftende Gesellschafter der A. OG. Herr und Frau A. sind sorgepflichtig für 2 minderjährige Kinder. Frau H.A. hat einen monatlichen Nettoverdienst von 1.020 Euro und Herr I.A. verfügt über ca. 500 Euro pro Monat zum Leben.

Ö.A., geb. x, begann am 10.11.2016 um ca. 10.00 Uhr bei der A. OG als Dienstnehmer zu arbeiten. Bei der Oö. Gebietskrankenkasse wurde er vom Dienstgeber am 10.11.2016 um 10.08 Uhr angemeldet (verspätete Anmeldung um 8 Minuten).

F.P., geb. x, hat am 28.10.2016 um 11.00 Uhr bei der A. OG zu arbeiten begonnen, indem er mit dem Chef die Einkaufsliste und den Geschäftsablauf besprochen hat. Angemeldet zur Sozialversicherung wurde Herr P. vom Dienstgeber am 28.10.2016 um 13.14 Uhr (verspätete Anmeldung um 2 Stunden 14 Minuten).

E.K., geb. x, hat am 26.10.2016 um 18.00 Uhr bei der A. OG zu arbeiten begonnen. Er hat dort an diesem Tag für ca. 2 bis 3 Stunden bei der

Speisenzubereitung mitgeholfen. Die Anmeldung bei der Oö. Gebietskrankenkasse erfolgte erst am 28.10.2016 um 13.18 Uhr. Herrn I.A. hat Herrn E.K. als Kunde seines früheren Kebab-Standes im C. S. kennengelernt. Die unbeschränkt haftenden Gesellschafter haben mit E.K. vor seinem erstmaligen Arbeitsantritt nicht über ein allfälliges Entgelt gesprochen.

Am 24.11.2016 fand um 11.20 Uhr bei der A. OG, X, S., eine finanzbehördliche Kontrolle statt. Im Rahmen dieser Kontrolle wurden die genannten verspäteten Anmeldungen der Dienstnehmer festgestellt.

III. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und den Aussagen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich am 21.06.2017.

Im Straferkenntnis wurde von der belangten Behörde lediglich die verspätete Anmeldung der Dienstnehmer bei der Oö. Gebietskrankenkasse vorgeworfen und bestraft.

Unbestritten blieben die tatsächlichen Anmeldezeitpunkte bei der Oö. Gebietskrankenkasse.

Die Feststellung des Arbeitsantrittes des Herrn Ö.A. stützt sich auf seine glaubwürdigen, nachvollziehbaren niederschriftlichen Angaben am Kontrolltag, die ohne vorherige Beeinflussung durch die Bf getätigt wurden.

Der tatsächliche Arbeitsantritt des Herrn P. gründet sich auf seine glaubwürdige Schilderung in der mündlichen Verhandlung beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Dass die von ihm geschilderten Vorbereitungsarbeiten schon die Aufnahme seiner Arbeitstätigkeit begründen, ist in der rechtlichen Beurteilung abzuhandeln.

Die Arbeitstätigkeit des E.K. am 26.10.2016 für die Bf wurde an sich nicht bestritten. Der tatsächliche Arbeitsbeginn um 18.00 Uhr ergibt sich aus der glaubhaften lebensnahen Schilderung des Zeugen E.K. in der Verhandlung. Eingewendet wird hinsichtlich der Arbeitstätigkeit des E.K. am 26.10.2016 für die Bf das Vorliegen eines unentgeltlichen Freundschaftsdienstes. Dieser Einwand ist einer rechtlichen Beurteilung zu unterziehen. Diesbezüglich sagte der Zeuge in der Verhandlung aus, dass er Herrn A. seit ca. 6 bis 7 Jahren kennt, weil er Kunde in seinem Kebab-Stand war. Sie hätten sich damals befreundet, woraus sich eine Freundschaft entwickelt habe. Frau H.A. gab in der mündlichen Verhandlung zu Protokoll, dass E.K. nicht ihr persönlicher Freund ist. Herr E.K. sagte glaubwürdig

in der mündlichen Verhandlung aus, dass über Entgelt am 26.10.2016 nicht gesprochen wurde.

IV. Rechtliche Erwägungen:

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 wäre, zu erstatten ist.

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 zu 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 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 Euro herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

Gemäß § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften strafrechtlich verantwortlich, sofern die Verwaltungsvorschrift nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, wer zur Vertretung nach außen befugt ist. Eine bloß interne Geschäftsaufteilung bzw. Verantwortungsaufteilung ist für eine Pflichtenbegrenzung nach herrschender Meinung nicht hinreichend (VwGH 04.07.2008, Zl. 2008/17/0072).

Herr I.A. und Frau H.A. waren zum verfahrensgegenständlichen Zeitraum unstrittig unbeschränkt haftende Gesellschafter der A. OG. Der Einwand, dass die Geschäfte lediglich vom Ehemann I.A. geführt worden wären und Frau H.A. nur eine Gesellschafterrolle am Papier gehabt habe, geht im Hinblick auf die genannte Judikatur des VwGH ins Leere. Außerdem wird entgegengehalten, dass Frau H.A. in der mündlichen Verhandlung beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ausgesagt hat, dass sie zum Kontrollzeitpunkt Kontakt mit dem Steuerberatungsunternehmen gehalten hat und die notwendigen Personaldaten weitergeleitet hat. Verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich sind daher beide unbeschränkt haftenden Gesellschafter.

Zunächst ist festzuhalten, dass die vorliegenden verspätet durchgeführten Anmeldungen der Dienstnehmer nicht erst anlässlich einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei durchgeführt wurden. Vielmehr beziehen sich die Beanstandungen auf bereits einige Zeit vor der Kontrolle vom Unternehmen durchgeführten Anmeldevorgängen von Dienstnehmern beim zuständigen Sozialversicherungsträger.

Aufgrund der festgestellten Arbeitsantrittszeiten ist davon auszugehen, dass objektiv ein Verstoß gegen eine Gebotsnorm vorliegt. Auch die von F.P. geschilderten Besprechungstätigkeiten über die Einkaufsliste und den Geschäftsablauf zählen zweifelsfrei zu Arbeitstätigkeiten. Nach der ständigen Judikatur des VwGH sind sogar Einschulungstätigkeiten schon als Arbeitszeit zu werten (vgl. VwGH vom 04.09.2013, Zl. 2013/08/0156).

E.K. wurde nicht noch am Arbeitsantrittstag zur Sozialversicherung angemeldet. Hinsichtlich dieser verspäteten Anmeldung wurde das Vorliegen eines unentgeltlichen Freundschafts- oder Gefälligkeitsdienstes eingewendet.

Als Freundschafts- oder Gefälligkeitsdienste sind kurzfristige, freiwillige und unentgeltliche Dienste anzusehen, die vom Leistenden aufgrund von spezifischen Bindungen zwischen ihm und dem Leistungsempfänger erbracht werden und die einer Prüfung auf ihre sachliche Rechtfertigung standhalten.

Für die Abgrenzung zwischen einem Gefälligkeitsdienst und einer Beschäftigung ist eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen. Dabei trifft die Partei – unabhängig von der grundsätzlichen Verpflichtung der Behörde zur amtswegigen Erforschung des für die Entscheidung notwendigen Sachverhaltes und über die oben erwähnte Darlegungspflicht hinaus – eine entsprechende Mitwirkungspflicht, zumal es sich bei den zur Beantwortung der Frage, ob ein Freundschaft- oder Gefälligkeitsdienst vorliegt, maßgeblichen Umständen und Motiven um solche handelt, die zumeist der Privatsphäre der Partei zuzuordnen sind und der Behörde nicht unter weiteres zur Kenntnis gelangen. Es ist in diesen Fällen, daher Sache der Partei entsprechende konkrete Behauptungen aufzustellen und Beweise anzubieten (vgl. VwGH vom 19.12.2012, Zl. 2012/08/0165).

Die Beweisaufnahme in der mündlichen Verhandlung hat deutlich gezeigt, dass keine vom VwGH geforderte spezifische Bindung oder Nahebeziehung vorliegt, die ein für die Erbringung von Freundschafts- oder Gefälligkeitsdiensten nachvollziehbares Motiv bilden könnte. Frau H.A. sagte in der Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich dezidiert aus, dass E.K. nicht ihr persönlicher Freund ist. Auch I.A. gab in der Verhandlung konkret zu Protokoll, dass er und Herr E.K. keine engen Freunde sein können. Die bloße gemeinsame Herkunft aus der „T.-C“ rechtfertigt nicht das Vorliegen eines Freundschafts- oder Gefälligkeitsdienstes.

Für das Vorliegen der Entgeltlichkeit kommt es nicht darauf an, ob ausdrücklich ein Entgelt 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 Entgeltes 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 (VwGH Zl. 2012/08/0165).

Da der Zeuge E.K. in der Verhandlung aussagte, dass über Entgelt gar nicht gesprochen wurde, kann aufgrund des Fehlens einer Entgeltvereinbarung nicht von einer ausdrücklichen und erwiesenermaßen Vereinbarung der Unentgeltlichkeit ausgegangen werden. Ein angemessenes Entgelt gilt im Zweifel 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 Z 3 lit. a ASVG pflichtversicherten geringfügig Beschäftigten im Sinne des § 5 Abs. 2 ASVG bezieht. Weil er die Arbeit begonnen hatte, ist das Ausmaß dieser für die

verfahrensgegenständliche Verwaltungsstrafbarkeit irrelevant (vgl. VwGH vom 23.5.2012, Zl. 2010/08/0179). Da das genaue Ausmaß der vorgenommen Arbeiten nicht konkret feststeht und von der belangten Behörde lediglich die verspätete Anmeldung an sich unter Strafe gestellt wurde, war der Spruch des in Beschwerde gezogenen Straferkenntnisses um die Rechtsgrundlage des Absatzes 2 des § 33 ASVG zu ergänzen. Dazu war das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich berechtigt, da es gemäß § 50 VwGVG in der Sache selbst zu entscheiden hat.

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit wird bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen sein, 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 (sog. „Ungehorsamsdelikt“).

Nach Abs. 2 leg. cit. entschuldigt Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte.

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 (vgl. VwGH 23.12.1991, 88/17/0010 mwN).

Der Bf ist es nicht gelungen, glaubhaft zu machen, dass sie dafür Sorge getragen hätte, für die Einhaltung der Bestimmungen des ASVG zu sorgen. Einen Meldepflichtigen trifft vielmehr grundsätzlich eine Erkundigungspflicht, in deren Rahmen er gehalten ist, sich über die Vertretbarkeit seiner Rechtsauffassung bei der Behörde bzw. einer zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugten Person oder Stelle Gewissheit zu verschaffen (Anmerkung I.3 des SV-Kommentars, Mosler/Müller/Pfeil zu § 111 ASVG). Dieser Erkundigungspflicht ist die Bf jedoch nicht nachgekommen. Herr I.A. gab vielmehr in der Verhandlung zu Protokoll, das konkrete Gesetz nicht gewusst zu haben.

Der Bf ist es nicht gelungen, glaubhaft zu machen, dass sie dafür Sorge getragen hätte, für die Einhaltung der Bestimmungen des ASVG zu sorgen. Die angelastete Verwaltungsübertretung ist der Bf daher auch in subjektiver Hinsicht vorzuwerfen.

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG idgF iVm § 38 VwGVG 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 bis 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 Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (statt vieler VwGH 28.11.1966, 1846/65) innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (vgl. u.a. VwSlg 8134 A/1971).
Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbes. Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

Gemäß § 32 Abs. 2 StGB hat das Gericht bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen können. Nach Abs. 3 leg. cit. ist maßgeblich, wie intensiv ein Täter durch seine Handlung Pflichten verletzt hat, wie reiflich er seine Tat überlegt hat, wie sorgfältig er sie vorbereitet oder wie rücksichtslos er sie ausgeführt hat. Besondere Milderungsgründe liegen u.a. im Fall eines reumütigen Geständnisses, eines bisherigen ordentlichen Lebenswandels bzw. bisheriger Unbescholtenheit, achtenswerter Beweggründe, bloßer Unbesonnenheit, einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung oder, wenn die Tat unter einem Umstand, der einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommt, begangen wurde, vor (vgl. § 34 StGB).

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens absehen und die Einstellung verfügen, wenn die Bedeutung

des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind; Anstatt die Einstellung zu verfügen kann die Behörde dem Beschuldigten unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilten, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Hinsichtlich der Dienstnehmer Ö.A. (8 Minuten Verspätung) und F.P. (2 Stunden 14 Minuten Verspätung) handelt es sich um eine gering verspätete Anmeldung, wobei die sozialversicherungsrechtliche Anmeldung noch am Arbeitsantrittstag erfolgte und obendrein nicht erst anlässlich der Kontrolle durchgeführt wurde. Es ist deshalb nicht von einer typischen Deliktsverwirklichung, wie sie der Gesetzgeber anlässlich der Novelle zum Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz in der Fassung des Sozialrechtsänderungsgesetzes 2007, BGBl. I Nr. 37/2007, zur Bekämpfung der Schwarzarbeit im Auge hatte, auszugehen (vgl. die Erläuterungen zur Regierungsvorlage, 77 BlgNr. XXVII. GP, wonach wesentlicher Zweck der – vor Arbeitsantritt zu erfüllenden – Meldepflicht gemäß § 33 ASVG die Bekämpfung der Schwarzarbeit ist).

Aufgrund der gegenständlichen Fallkonstruktion ist daher davon auszugehen, dass zwar objektiv ein Verstoß gegen eine Gebotsnorm vorliegt, zumal die vom Bf angeführten Vorbereitungsarbeiten nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes schon als Arbeitszeit zu werten sind (vgl. VwGH vom 4.9.2013, Zl. 2013/08/0156), jedoch nicht von einer typischen Deliktsverwirklichung, wie sie der Gesetzgeber anlässlich der Novelle zum Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz in der Fassung des Sozialrechtsänderungsgesetz 2007, BGBl. I Nr. 37/2007, zur Bekämpfung der Schwarzarbeit im Auge hatte, auszugehen ist (vgl. die Erläuterungen zur Regierungsvorlage, 77 BlgNr. XXVII. GP, wonach wesentlicher Zweck der – vor Arbeitsantritt zu erfüllenden – Meldepflicht gemäß § 33 ASVG die Bekämpfung der Schwarzarbeit ist). Gegenständlich wurden die Anmeldungen der Dienstnehmer zwar erst kurze Zeit nach Arbeitsbeginn und somit verspätet, aber nicht erst aus Anlass einer Kontrolle durch Organe der Finanzbehörde am Tag des Dienstantrittes durchgeführt, was nicht dem typischen Unrechtsgehalt der Verwaltungsvorschrift entspricht und war damit auch die Pflichtversicherung beginnend mit dem ersten Arbeitstag für die Beschäftigten sichergestellt.

Hinzu kommt, dass die Bf sich in der Verhandlung reumütig zeigte und keine einschlägigen Verwaltungsvorstrafen vorliegen. Nach Ansicht der erkennenden Richterin erscheint daher aufgrund dieser besonderen Fallkonstruktionen hinsichtlich der Dienstnehmer Ö.A. und F.P. das Absehen von einer Bestrafung und die Erteilung einer Ermahnung als angemessen und gerechtfertigt, wobei die Bf gleichzeitig darauf aufmerksam gemacht werden, dass sie den Bestimmungen des

ASVG künftig größere Aufmerksamkeit zu schenken hat und bei weiteren Verstößen mit empfindlich höheren Strafen zu rechnen ist.

Zur Bemessung der Strafhöhe ist anzuführen, dass in der übertretenen Strafbestimmung die Mindeststrafe mit 730 Euro festgesetzt ist. Wenn es sich um ein erstmaliges ordnungswidriges Handeln im Sinne des § 111 ASVG handelt, kann die Mindeststrafe auf 365 Euro herabgesetzt werden.

Da bei der Bf keine einschlägigen Vorstrafen vorliegen, setzt die erkennende Richterin die von der belangten Behörde betreffend E.K. verhängte Strafe auf 365 Euro herab. Das Verschulden der Bf ist als geringfügig anzusehen, da Auslöser der Anmeldung nicht die vorgenommene Kontrolle war. Die Folgen sind unbedeutend, da die Bf den Dienstnehmer in nicht großem zeitlichem Abstand letztendlich doch bei der Sozialversicherung angemeldet hat.
Die Verhängung dieser Strafe ist sowohl aus spezial- als auch generalpräventiven Gründen erforderlich.

Angemerkt wird, dass es sich bei den von der belangten Behörde vorgeworfenen 3 Delikten nicht um ein fortgesetztes Delikt handelt.

Gemäß § 22 Abs. 2 Verwaltungsstrafgesetz 1991 - VStG sind die Strafen nebeneinander zu verhängen, wenn jemand durch mehrere selbstständige Taten mehrere Verwaltungsübertretungen begangen hat oder eine Tat unter mehrere einander nicht ausschließende Strafdrohungen fällt. Grundsätzlich ist nach dem Kumulationsprinzip nach dieser Bestimmung somit jede Verwaltungsübertretung gesondert zu bestrafen. Eine Ausnahme von diesem Prinzip besteht bei einem fortgesetzten Delikt (zB VwGH 25.5.1966, Slg 6932 A). Ein solches ist dann anzunehmen, wenn eine Reihe von gesetzwidrigen Einzelhandlungen, die vermöge der Gleichartigkeit der Begehungsform sowie der äußeren Begleitumstände im Rahmen eines – noch erkennbaren – zeitlichen Zusammenhanges sowie eines diesbezüglichen Gesamtkonzeptes des Täters zu einer Einheit zusammentreffen (vgl. dazu Hauer/Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens, 6. Auflage, Seite 1376 ff, und die dort angeführte Judikatur). Nach der Rechtsprechung des VwGH liegt ein fortgesetztes Delikt vor, wenn eine Reihe von Einzelhandlungen von in einem einheitlichen Willensentschluss umfasst waren und vermöge der Gleichartigkeit ihrer Begehungsform sowie der äußeren Begleitumstände im Rahmen eines erkennbaren zeitlichen Zusammenhangs zu einer Einheit zusammentraten (zB VwGH vom 26.2.2007, 2005/10/0011).

Zu den verfahrensgegenständlich relevanten Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes hat der Verwaltungsgerichtshof im Übrigen in mehreren Entscheidungen festgestellt, dass die Verletzung der Meldepflicht hinsichtlich jedes einzelnen Dienstnehmers eine - gesondert zu verfolgende - Verwaltungsübertretung im Sinne des § 111 Abs. 1 Z 1 ASVG darstellt (zB VwGH

vom 16.3.2011, 2009/08/0056, Slg 18081 A/2011; 11.7.2012, 2010/08/0056). Im zitierten Erkenntnis vom 16.3.2011 führte der Gerichtshof dazu Folgendes aus: "Nach § 33 ASVG ist jede pflichtversicherte Person anzumelden; die Meldung dient nicht nur - wie Schrank (Beitrag in ZAS 2008, S. 4; hier: S. 8) meint - dem Schutz der Beitragsinteressen der Versichertengemeinschaft, sondern wesentlich dem Schutz des Interesses des einzelnen Dienstnehmers, der - ungeachtet des Prinzips der ex lege eintretenden Pflichtversicherung - bei nicht erfolgter Anmeldung Nachteile im Leistungsrecht erleiden kann (vgl. dazu § 225 ASVG, der zum Tatzeitpunkt noch in der Fassung vor der Novelle durch das 2. SRÄG 2009, BGBl. I Nr. 83/2009, in Geltung stand; auch nach der nunmehr geltenden Fassung des § 225 ASVG kann das Unterbleiben der Anmeldung gegebenenfalls zu leistungsrechtlichen Nachteilen führen). Eine Verletzung der Verpflichtung, einen Dienstnehmer zur Pflichtversicherung anzumelden, beeinträchtigt damit auch Rechtsgüter, die dem einzelnen Dienstnehmer zuzuordnen sind, und kann daher - da kein Verstoß gegen dasselbe Rechtsgut vorliegt - nicht gemeinsam mit anderen unterlassenen Anmeldungen weiterer Dienstnehmer als einheitliches (fortgesetztes) Delikt angesehen werden (vgl. dem gegenüber für Angriffe auf ein identes - aber nicht höchstpersönliches - Rechtsgut das hg. Erkenntnis vom 18. März 1998, Zl. 96/09/0313, zu den Voraussetzungen für die Annahme eines fortgesetzten Delikts vgl. das Erkenntnis vom 14. Jänner 1993, Zl. 92/09/0286)."

Es ist daher festzustellen, dass in Bezug auf die verschiedenen Dienstnehmerinnen und Dienstnehmer kein fortgesetztes Delikt vorliegt. Die belangte Behörde hat daher zu Recht hinsichtlich der verspäteten Anmeldung jedes einzelnen Dienstnehmers eine gesonderte Verwaltungsübertretung festgestellt.

Im Ergebnis war daher der Beschwerde insofern stattzugeben, als hinsichtlich der Spruchpunkte 1. und 3. eine Ermahnung auszusprechen war und bezüglich Spruchpunkt 2. die Strafe auf 365 Euro herabgesetzt wurde.
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. Bei der Frage, ob ein unentgeltlicher Freundschafts- oder Gefälligkeitsdienst vorliegt, handelt es sich um eine grundsätzlich nicht reversible einzelfallbezogene Beurteilung (VwGH 24.02.2015, Ra 2015/08/0009-4). Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls

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 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 Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

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. Saxinger