OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-302028/6/Kl/TO

Datum:
Linz, 9. Oktober 2018

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 Dr. Klempt über die Beschwerde des Ing. K O H, vertreten durch Rechtsanwälte x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 25.06.2018, GZ: SanRB96-87-2018/Gr, wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 19.09.2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als von der Verhängung einer Geldstrafe abgesehen und dem Beschwerdeführer stattdessen unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens eine Ermahnung erteilt wird.

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsverfahrens vor der belangten Behörde noch einen Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten.

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

I. 1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (in der Folge: belangte Behörde) vom 25.06.2018, GZ: SanRB96-87-2018/Gr, wurden über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 33 iVm § 111 Abs. 1 Z 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) zwei Geldstrafen in Höhe von jeweils 1.090,- Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit derselben Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 73 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag von insgesamt 218 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als Außenvertretungsbefugter der H GmbH mit Sitz in E, K, gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass diese Firma als Dienstgeber
1. Herrn T D, geb. x, und
2. Herrn M P, geb. x,
als Dienstnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt (1.800,00 Euro netto im Monat) als Arbeiter im Ausmaß einer Vollzeitbeschäftigung, zumindest von 5.2.2018 bis 23.3.2018 beschäftigt hat, ohne vor Arbeitsantritt (5.2.2018, 7.00 Uhr) eine zumindest mit den Mindestangaben ausgestattete Meldung bei der Oö. Gebietskrankenkasse mit Sitz in 4020 Linz, Gruberstraße 77, als zuständiger Sozialversicherungsträger zu erstatten. Sie haben somit gegen die sozialversicherungsrechtliche Meldepflicht des § 33 Abs. 1 ASVG verstoßen, zumal die verpflichtenden Meldungen verspätet erst am 5.2.2018 um 12.45 Uhr nach Arbeitsbeginn erstattet wurden.
Dieser Sachverhalt wurde von Organen des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr bei einer Kontrolle am 23.3.2018 um 13:15 Uhr in S, B, beim do. Objekt, indem o.a. Personen bei der Entfernung von Tellwolle betreten wurden und durch Abfragen im Hauptverband, festgestellt.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führt das angefochtene Straferkenntnis unter Wiedergabe des Verfahrensganges und der Rechtslage aus, dass der gegenständliche Sachverhalt dem Bf aufgrund des Strafantrages der Finanzpolizei Team 40 für das Finanzamt Linz vom 26.03.2018 zur Last gelegt wird.
Zur Strafbemessung wurde angeführt, dass dem Bf mit Bescheid vom 08.10.2015 (GZ: SV96-228-2013) bereits eine Ermahnung wegen Übertretung der Bestimmungen des ASVG erteilt worden sei und somit die Voraussetzungen für eine neuerliche Ermahnung nicht mehr gegeben seien. Aufgrund strafmildernder Gründe konnte die gesetzliche Mindeststrafe im Wiederholungsfall im Sinne des § 20 VStG unterschritten werden.

2. Dagegen wird vom Bf im Wege seiner rechtsfreundlichen Vertretung rechtzeitig Beschwerde eingebracht, in der eine öffentliche mündliche Verhandlung beantragt und Folgendes (auszugsweise wortwörtlich wiedergegeben) vorgebracht wurde:

„Der Beschwerdeführer hat in seinem Unternehmen ein lückenloses und grundsätzlich funktionierendes Anmeldeprozedere implementiert. Die jeweiligen Bauleiter und Poliere der einzelnen Baustellen melden vorab den Bedarf an Arbeitnehmern an, geben neu hinzugekommene Dienstnehmer der Personalabteilung bekannt und die Personalabteilung der H GmbH führt unmittelbar eine Anmeldung durch. Die Bauleiter und Poliere haben die interne Anweisung, bis spätestens Freitag die für den nächstfolgenden Montag anzumeldenden Arbeitnehmer und alle dazu notwendigen Informationen/Daten an die Personalabteilung bekannt zu geben.

Der Beschwerdeführer ließ bereits mehrfach seine Arbeitnehmer mittels schriftlicher Anweisung (23.01.2014, 30.03.2015 und 25.04.2018) unterweisen. Auf Grund von kurzfristigsten Ausfällen kann es - wie im vorliegenden Fall - zu sehr kurzfristigen An- und Ummeldungen kommen. Hier haben die zuständigen Bauleiter und Poliere die Arbeitnehmer und die notwendigen Daten in der Personalabteilung unmittelbar bekannt zu geben und ist von dieser ein überaus rasches Handeln erforderlich.

Davon völlig unabhängig hat der Beschwerdeführer ein Überwachungs-und Kontrollsystem implementiert. Seitens der Personalabteilung wird laufend eine Liste sämtlicher Neu- und Ummeldungen der vergangenen Woche an die zuständigen Bauleiter und Poliere der einzelnen Baustellen gesendet und von diesen kontrolliert. Dadurch kann sichergestellt werden, dass tatsächlich sämtliche Dienstnehmer ordnungsgemäß angemeldet sind.

Trotz der gut funktionierenden schriftlichen und telefonischen Meldungen und Kontrollen konnte im konkreten Fall keine Anmeldung vor Arbeitsantritt durchgeführt werden. Der Grund hiefür liegt einerseits in der Vielzahl der Neu- und Ummeldungen im Februar 2018 (26 Anmeldungen in diesem Monat, 15 davon in der ersten Februarwoche).

Andererseits liegt der Grund darin, dass der zuständige Polier die Arbeiter erstmals an diesem Wochenende (03.02.2018/04.02.2018) kennenlernte und für seine Baustelle bzw. die H GmbH akquirierte. Eine Meldung am Freitag, 02.02.2018, an die Personalabteilung war daher faktisch nicht möglich. Die Meldung an die Personalabteilung erfolgte am Montag, 06:06 Uhr (vgl. vorgelegtes E-Mail vom 05.02.2018, 6:06 Uhr), was grundsätzlich rechtzeitig gewesen wäre, zumal der Arbeitsantritt erst um 7.00 Uhr desselben Tages gewesen wäre. Da in dieser Meldung jedoch nicht sämtliche notwendigen Daten enthalten bzw. mitübermittelt worden sind, konnte keine ordnungsgemäße Anmeldung durch die Personalabteilung durchgeführt werden. Der zuständige Polier hat die Ordner mit den Daten der Personen/Arbeitnehmer entgegen interner Anweisungen am Morgen des 05.02.2018 auch nicht in der Personalabteilung abgegeben, sondern in seinem versperrten Büro deponiert, zu welchem die Personalabteilung auf Grund von datenschutzrechtlichen Vorgaben keinen Zutritt hat. In weiterer Folge wurde intensiv versucht, sich Zutritt zum versperrten Büro zu verschaffen bzw. den Polier telefonisch zu erreichen, was bis Mittag am 05.02.2018 in Anspruch nahm. Unmittelbar danach, um 12:45 Uhr, erfolgte die ordnungsgemäße Anmeldung.

Der von der belangten Behörde im Straferkenntnis vom 25.06.2018 angeführte Hinweis, dass das in Rede gestellte Kontrollsystem im vorliegenden Fall nicht lückenlos funktioniert habe und daher die Verwaltungsübertretung auch in subjektiver Hinsicht zuzurechnen sei, kann nicht überzeugen. Der Beschwerdeführer hat in seinem Unternehmen ein lückenloses und aufwendiges Kontrollsystem zur Sicherstellung, dass An- und Ummeldungen rechtzeitig, also vor Arbeitsantritt erfolgen, installiert. Würde man den im angefochtenen Straferkenntnis zum Ausdruck gebrachten Erwägungen der belangten Behörde folgen, so würde ein wirksames Kontrollsystem - in Abweichung der ständigen Rechtsprechung - nicht

ausreichen, sondern wäre jeglicher objektiver Verstoß automatisch subjektiv zu verantworten und damit jedenfalls strafbar. Dieser Ansicht folgend wäre es zwecklos ein wirksames Kontrollsystem einzuführen. Dass das Kontrollsystem funktioniert zeigt sich dadurch, dass allein seit 2013 624 An- und Ummeldungen rechtzeitig und fehlerlos erfolgten.

Die Kontrolle durch Organe des Finanzamts Kirchdorf, Perg, Steyr, erfolgte erst am 23.03.2018 und damit rund 1½ Monate nach der ordnungsgemäßen Anmeldung. Daraus ist ersichtlich, dass seitens des Beschuldigten in keinster Weise die Intention bestand, die Dienstnehmer nicht anzumelden, sondern es sich vielmehr um ein entschuldbares Versehen des Poliers handelte, das trotz des Vorliegens der internen Anweisungen und des funktionierenden Kontrollsystems im konkreten Fall nicht verhinderbar war, sodass den Beschuldigten kein Verschulden trifft. Vom Beschuldigten wurde kein Verhalten gesetzt, das vom Schutzzweck der §§ 33 iVm 111 ASVG umfasst ist.

[...]

Die belangte Behörde verkennt zudem, dass die Ermahnung zu GZ SV 96-228-2013 keine ‚Vorstrafe' ist und im gegenständlichen Fall kein ‚Wiederholungsfall' iSd § 111 ASVG vorliegt.

Eine bescheidmäßige Ermahnung iSd § 21 Abs. 1 VStG aF bzw. § 45 Abs. 1 Z. 4 VStG kann bei einer weiteren Verwaltungsübertretung nicht als erschwerend gewertet werden. Im Gegensatz zu § 12 JGG hat der Gesetzgeber im VStG bewusst keine Tilgung hinsichtlich einer Ermahnung vorgesehen (vgl. P. *Sander* in *Raschauer/Wessely,* VStG § 21 Rz 18).

Eine Subsumierung der Ermahnung unter die Tilgungsbestimmung des § 55 VStG scheitert daran, dass es sich bei der Ermahnung geradezu um kein Straferkenntnis handelt und es keine Straffolgen nach sich zieht, welche getilgt werden könnten. Da eine zeitlich unbeschränkte Berücksichtigung einer Ermahnung aus Wertungswidersprüchen bzw. gleichheitswidrigen Gesichtspunkten ausscheidet (vgl P. *Sander* in *Raschauer/Wessely,* VStG § 21 Rzl8), bleibt einzig der Schluss, dass der Gesetzgeber eben keine Tilgung der Ermahnung vorsehen wollte und es sich - wie ohnehin dem Wort selbst zu entnehmen ist - um eine bloße Ermahnung ohne weitere künftig zu berücksichtigende Konsequenz handeln soll.

[....]"
[Hervorhebungen nicht übernommen]

3. Mit Schreiben vom 16.08.2018 legte die Bezirkshauptmannschaft Linz-Land das eingebrachte Rechtsmittel samt bezughabendem Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor, das gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen ist.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 19.09.2018, an der die rechtsfreundliche Vertretung des Bf und der mit der Organisation im Unternehmen des Bf befasste Prokurist

Dr. G F als Auskunftsperson teilgenommen haben. Der Bf selbst sowie die Vertreter der belangten Behörde und des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr waren entschuldigt. Von der Finanzpolizei Team 43 für das Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr wurde mit Schreiben vom 30.08.2018 vorab eine Stellungnahme abgegeben.

4.1. Folgender Sachverhalt steht fest:

Bei einer Kontrolle durch Organe des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr am 23.03.2018 auf einer Baustelle in S gaben die angeführten Personen im Personenblatt an, dass sie bei der H GmbH arbeiten.
T D und M P waren demnach seit 05.02.2018, 07:00 Uhr bei dieser Firma beschäftigt.
Eine ELDA-Abfrage ergab, dass die Anmeldung der Arbeiter bei der OÖGKK an dem im Personenblatt angegebenen Tag erfolgte, dies jedoch erst Stunden nach Dienstantritt.

Der Polier des Unternehmens hat mit Mail vom 05.02.2018, 06:06 Uhr, der Personalabteilung gemeldet, dass die beiden Arbeiter, die er erst am Wochenende davor akquiriert hat, anzumelden seien. Dieses Mail hat jedoch nicht sämtliche notwendige Daten enthalten, die für die Durchführung einer ordnungsgemäßen Anmeldung bei der OÖ. Gebietskrankenkasse erforderlich gewesen wären. Entgegen interner Anweisungen hat der Polier die Ordner mit den Daten der Arbeitnehmer jedoch nicht in der Personalabteilung abgegeben, sondern in seinem versperrten Büro deponiert, zu welchem die Personalabteilung aufgrund von datenschutzrechtlichen Vorgaben keinen Zutritt hat. Die Anmeldung erfolgte somit erst in den Mittagsstunden, nachdem es gelang den Polier zu kontaktieren.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt und aus dem Vorbringen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung und ist in dieser Form unstrittig. In der öffentlichen mündlichen Verhandlung wird von Prokurist Dr. F darauf hingewiesen, dass seit der Kontrolle im Jahr 2013 - Bescheid vom 08.10.2015 (GZ: SV96-228-2013), mit dem eine Ermahnung ausgesprochen wurde – mehr als 600 Anmeldungen zum zuständigen Sozialversicherungsträger problemlos und gesetzeskonform durchgeführt wurden.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

1. Gemäß § 111 Abs. 1 ASVG handelt ordnungswidrig, wer als Dienstgeber oder sonstige nach § 36 ASVG meldepflichtige Person (Stelle) oder als bevollmächtigte Person nach § 35 Abs. 3 ASVG 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.

Gemäß § 111 Abs. 2 ASVG ist die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu bestrafen und zwar

- mit Geldstrafe von 730 € bis zu 2.180 €, im Wiederholungsfall von 2.180 € bis zu 5.000 €,
- bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen,

sofern die Tat weder den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet noch nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist. Unbeschadet der §§ 20 und 21 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 kann die Bezirksverwaltungsbehörde bei erstmaligem ordnungswidrigen Handeln nach Abs. 1 die Geldstrafe bis auf 365 € herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

Nach § 33 Abs. 1 ASVG haben Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach diesem Bundesgesetz in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Vollversicherte und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden und binnen sieben Tagen nach dem Ende der Pflichtversicherung abzumelden.

Gemäß § 33 Abs. 2 ASVG 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 sind.

Nach § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber i.S. dieses Gesetzes u.a. derjenige, für dessen Rechnung jener Betrieb geführt wird, in dem der Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 ASVG pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

Nach § 4 Abs. 2 ASVG ist als Dienstnehmer anzusehen, 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.

2. Dem Bf wird im Spruch des gegenständlichen Straferkenntnisses vorgeworfen, er habe die sozialversicherungsrechtliche Meldung hinsichtlich der Beschäftigungsverhältnisse der angeführten Dienstnehmer nicht rechtzeitig erstattet. Vielmehr wurden – wie bei einer 1½ Monate später durchgeführten Kontrolle anhand der Angaben der Dienstnehmer und der dann durchgeführten Abfrage beim Hauptverband hervortrat – die Anmeldungen erst Stunden nach Dienstantritt beim zuständigen Sozialversicherungsträger durchgeführt und somit gesehen verspätet im Sinne des § 33 ASVG. Dem Bf sind die ihm zur Last gelegten Übertretungen der sozialversicherungsrechtlichen Meldepflicht in objektiver Hinsicht zuzurechnen.

3. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht 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).

Übertretungen des § 33 ASVG sind Ungehorsamsdelikte iSd § 5 Abs. 1 VStG, weil zum Tatbestand dieser Verwaltungsübertretung der Eintritt des Schadens oder einer Gefahr nicht gehört. Das verantwortliche Organ ist strafbar, wenn es nicht genügende Vorkehrungen getroffen hat, um die Verwirklichung des Tatbildes durch den unmittelbaren Täter zu verhindern. In einem solchen Fall einer zur Last gelegten Unterlassung besteht gemäß § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG von vornhinein die Vermutung eines Verschuldens (in Form fahrlässigen Verhaltens) des Täters, welche aber von ihm widerlegt werden kann. Es ist daher Sache des Dienstgebers, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Begehung der Verwaltungsübertretung kein Verschulden traf, und initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht.

Für die Befreiung von der Verantwortlichkeit des Dienstgebers für die unterbliebene Anmeldung zur Sozialversicherung ist die Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems entscheidend, das verhindert, dass Beschäftigungsverhältnisse durch die Aufnahme einer Beschäftigung im Betreib des Dienstgebers ohne dessen Zustimmung bzw. ohne die erforderliche Anmeldung zur Sozialversicherung begonnen werden. Die Erteilung entsprechender Weisungen entschuldigt den Arbeitgeber nur dann, wenn er darlegt und nachgewiesen hat, dass er Maßnahmen ergriffen hat, die die Einhaltung der erteilten Anordnungen betreffend die Beachtung der Rechtsvorschriften über die Anmeldung von pflichtversicherten Dienstnehmern gewährleisten, insbesondere, welche Kontrollen er eingerichtet hat und wie er sich vom Funktionieren des Kontrollsystems informiert hat.

4. Gemäß § 19 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) ist Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat.

Nach § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung 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.

5. Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu 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 im Fall der Z 4 unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten. Eine Entscheidung gemäß § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG liegt nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes im Ermessen der Behörde („kann“) und hängt von einer auf den Einzelfall abzustellenden spezialpräventiven Prognose ab (vgl. VwGH 20.11.2015, Ra 2015/02/0167, 16.12.2016, Ra 2014/02/0087).

Grundsätzlich ist bei der gegenständlichen Fallkonstruktion davon auszugehen, dass zwar objektiv ein Verstoß gegen eine Gebotsnorm vorliegt, jedoch nicht von einer typischen Deliktsverwirklichung, wie sie der Gesetzgeber anlässlich der Novelle zum Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz idF des Sozialrechts-Änderungsgesetzes 2007, BGBl. I Nr. 37/2007 zur Bekämpfung der Schwarzarbeit im Auge hatte, auszugehen ist (vgl. die Erläuterungen zur Regierungsvorlage, 77 BlgNr. XXVIII. GP, 3, wonach wesentlicher Zweck der – vor Arbeitsantritt zu

erfüllenden – Meldepflicht gemäß § 33 ASVG die Bekämpfung der Schwarzarbeit ist). Gegenständlich wurde die Anmeldung der Dienstnehmer zwar kurze Zeit nach Arbeitsbeginn und somit verspätet, aber nicht erst aus Anlass einer Kontrolle durch Organe der Finanzbehörde vorgenommen. Die Anmeldung wurde - wenn auch geringfügig verspätet - am Tag des Dienstantrittes und unabhängig von allfälligen Beanstandungen durchgeführt, was auch im Hinblick auf den Normzweck, die Pflichtversicherung für die Beschäftigten sicherzustellen, zwar als Ordnungswidrigkeit anzusehen ist, jedoch nicht dem typisierten Unrechtsgehalt der Verwaltungsstrafvorschrift entspricht.

Unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des gegenständlichen Falles ergibt sich daher, dass das Verschulden des Bf und die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat als gering anzusehen sind. Es lag für diesen Arbeitstag Versicherungsschutz vor und es war nie beabsichtigt, die namentlich genannten Dienstnehmer ohne Abführung der entsprechenden Beiträge und Abgaben „schwarz“ zu beschäftigen. Da somit der wesentliche Schutzzweck der gegenständlichen Norm nicht beeinträchtigt wurde, sind die Voraussetzungen der Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG gegeben.

Der Einstellungsgrund gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG ist einer von sechs alternativen Einstellungsgründen, die in § 45 VStG aufgezählt werden. Die mit Bescheid auszusprechende Ermahnung des Beschuldigten ist zwar keine Strafe (vgl. VwSlg 8709 A/1974), sie ist gleichwohl nur für solche Fälle vorgesehen, in welchen an sich die Voraussetzungen für die Verhängung einer Strafe gegeben sind; ein derartiger Bescheid hat also einen Schuldspruch und den Ausspruch einer Ermahnung zu enthalten (VwGH 10.11.2011, 2010/07/0001). Nachdem eine Ermahnung nach ständiger Rechtsprechung keine Strafe ist, wird sie auch im Vorstrafenregister nicht vorgemerkt. Der im Fall der erstmaligen und weiteren Wiederholung vorgesehene Strafsatz des § 111 Abs. 2 ASVG sieht nach dem systematischen Aufbau des Gesetzestextes die Bestrafung einer Vortat voraus (VwGH vom 24.03.2004, 2001/09/0025).

Die belangte Behörde hat somit in Verkennung der Rechtslage einen unrichtigen Strafsatz angewendet. Es ist nicht von einem Wiederholungsfall, sondern von erstmaliger Tatbegehung auszugehen. Um den Bf von der Begehung einer strafbaren Handlung gleicher Art abzuhalten, war hingegen der Ausspruch einer Ermahnung erforderlich.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

III. Bei diesem Verfahrensergebnis war dem Bf gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG und § 66 Abs. 1 VStG weder ein Kostenbeitrag für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich noch für das verwaltungsbehördliche Verfahren vorzuschreiben.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, die unter Pkt. II wiedergegeben wurde, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

1. Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen

Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

2. Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt