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-302074/8/BZ

Datum:
Linz, 4. April 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Zauner über die Beschwerde des Finanzamtes Grieskirchen Wels gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Eferding vom 7. August 2018, GZ: Ge96-20-2017/EF, betreffend Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens gegen Mag. J L wegen des Verdachts einer Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 27. November 2018

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen und der angefochtene Bescheid bestätigt.

II. 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. Die Bezirkshauptmannschaft Eferding (im Folgenden: belangte Behörde) hat Mag. J L (im Folgenden: Beschuldigter) mit der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 15. Dezember 2017 unter Punkt A) zur Last gelegt folgende Verwaltungsübertretungen begangen zu haben:
„Sie haben als Verantwortlicher der Firma X Sozialbetriebe Gemeinnützige GmbH in Adresse, zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeberin nachstehend angeführte Personen, bei welchen es sich um in der Krankenversicherung pflichtversicherte Personen handelt, beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Oberösterreichische Gebietskrankenkasse Krankenkasse zur Pflichtversicherung angemeldet wurden. Die genannte Firma wäre als Dienstgeberin verpflichtet gewesen, die Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.

Unerlaubt bzw. unangemeldet beschäftigte Personen:

1. Name: J A, geb. X
   Arbeitsantritt: 12.01.2017
   Beschäftigungsort/Tatort: Adresse
   Tatort: Gemeinde A, Adresse
   Tatzeit: 12., 13., 17. bis 21., 23. und 26.1.2017

2. Name: A A, geb. X
   Arbeitsantritt: 12.01.2017
   Beschäftigungsort/Tatort: Adresse
   Tatort: Gemeinde A, Adresse
   Tatzeit: 12., 13., 17. bis 19., 23. und 26.1.2017

3. Name: H A, geb. X
   Arbeitsantritt: 12.01.2017
   Beschäftigungsort/Tatort: Adresse
   Tatort: Gemeinde A, Adresse
   Tatzeit: 12., 13., 17., 20. bis 26.1.2017

4. Name: M A, geb. X
   Arbeitsantritt: 13.01.2017
   Beschäftigungsort/Tatort: Adresse
   Tatort: Gemeinde A, Adresse
   Tatzeit: 13., 17. bis 21., 23., 25. und 26.1.2017

5. Name: H I, geb. X
   Arbeitsantritt: 12.01.2017
   Beschäftigungsort/Tatort: Adresse
   Tatort: Gemeinde A, Adresse
   Tatzeit: 12.1.2017

6. Name: A N, geb. X
   Arbeitsantritt: 12.01.2017
   Beschäftigungsort/Tatort: Adresse
   Tatort: Gemeinde A, Adresse
   Tatzeit: 12., 13., 17., 18., 20., 21., 24. und 25.1.2017

7. Name: K R, geb. X

Arbeitsantritt: 17.01.2017
Beschäftigungsort/Tatort: Adresse
Tatort: Gemeinde A, Adresse
Tatzeit: 17. bis 19.1.2017 und 21. bis 26.1.2017

8. Name: A S Z, geb. X
Arbeitsantritt: 18.01.2017
Beschäftigungsort/Tatort: Adresse
Tatort: Gemeinde A, Adresse
Tatzeit: 18. bis 21.1.2017 und 24. bis 26.1.2017“

I.2. Mit Bescheid der belangten Behörde vom 7. August 2018, GZ: Ge96-20-2017/EF, wurde das gegen den Beschuldigten wegen des Verdachts einer Übertretung gemäß § 33 Abs. 1 iVm § 111 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) eingestellt.

In der Begründung führt die belangte Behörde im Rahmen der rechtlichen Beurteilung Folgendes aus:
„Die Kriterien für die wirtschaftliche Abhängigkeit für Tätigkeiten bei der X Sozialbetriebe Gemeinnützige GmbH und für Unternehmensbindung liegen im gegenständlichen Sachverhalt ohne Zweifel nicht vor.
Die X Sozialbetriebe Gemeinnützige GmbH ist eine gemeinnützige Gesellschaft, deren Aufgabe u.a. die Begleitung und Betreuung von Erwachsenen, Familien und minderjährigen, unbegleiteten Flüchtlingen ist.
Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG (und damit für ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) ist die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG schon deshalb nicht vor.
Die beiden Zeugen W H und M K, MMH, wurden unter Hinweis auf die Wahrheitspflicht und den strafrechtlichen Folgen einer falschen Aussage an verschiedenen Tagen befragt. Unabhängig voneinander gaben diese an, dass es sich bei der ‚Beschäftigung‘ der unbegleiteten minderjährigen Fremden (UMF) um ein privates Sozialprojekt gehandelt habe, dessen Hauptziel es war, den Jugendlichen einen Einblick in die Arbeitswelt in Österreich zu geben und dabei für Österreicher selbstverständliche Abläufe kennenzulernen, wie z.B. Genauigkeit, Ordnung, Pünktlichkeit. Als wichtiges Element des Projekts wurde das Verwenden der deutschen Sprache im Alltag geübt. Die Teilnahme war freiwillig und unentgeltlich. Den UMF oblag es selbst, zur vereinbarten Zeit zum vereinbarten Treffpunkt zu kommen oder dies zu unterlassen und sie waren damit in ihrer Bestimmung frei. Es gab keinerlei Konsequenzen, wenn sich ein UMF nicht am Projekt beteiligt hat, vorzeitig weggegangen ist oder die ihm gezeigten Aufgaben nicht entsprechend ausgeführt hat. Eine Verrichtung von Arbeiten in persönlicher Abhängigkeit lag somit nicht vor.
Die Asylwerber wurden von der X Sozialbetriebe Gemeinnützige GmbH im Rahmen der Grundversorgung betreut und wurden nicht über das nach dem Grundversorgungsgesetz erlaubte Ausmaß beschäftigt.
§ 7 Abs. 3 GVG-B 2005 bestimmt, dass Asylwerber und Fremde mit ihrem Einverständnis für Hilfstätigkeiten, die im unmittelbaren Zusammenhang mit ihrer Unterbringung stehen und für gemeinnützige Hilfstätigkeiten für Bund, Land und Gemeinde herangezogen werden

können. Gemäß Abs. 4 können Asylwerber mit ihrem Einverständnis zu Tätigkeiten im Sinne des Abs. 3 auch dann herangezogen werden, wenn sie von Dritten betreut werden. D.h., dass insbesondere auch § 7 Abs. 4 GVG-B 2005 Möglichkeiten eröffnet, dass Asylwerber gemeinnützig tätig werden können. Sei es beispielsweise in administrativen, kulturellen oder sozialen Bereichen, die sinnvoll sind und dem Gemeinwohl dienen.
Das Sozialprojekt wurde in der Betriebsstätte der X Logistik GmbH mit den Mitteln des Unternehmers ausgeführt.
Es wurde in dem Informationsschreiben (Sachverhaltsmitteilung) vom 16.10.2017 vom Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl von dem UMF I angegeben, dass er u.a. mit dem Aufbringen von Aufklebern auf Schokolade (Schokoladearbeiten) beschäftigt war. Diese Angaben decken sich auch mit den Zeugenaussagen. Informationen über die Art der Beschäftigung, Bezahlung, Auftraggeber, persönlicher Arbeitsverpflichtung etc. können der Sachverhaltsvermittlung nicht entnommen werden.
Herr Mag. L gab in seiner Rechtfertigung vom 8.2.2018 u.a. an, dass es sich bei den Tätigkeiten um solche im Rahmen von Volontariaten gehandelt habe, mit dem Ziel, die Möglichkeit verschiedenster Tätigkeiten eines Logistikunternehmens kennenzulernen. Weiters wurde angegeben, dass es sich um ein Projekt in der X Logistik GmbH gehandelt habe, in dessen Rahmen die Arbeitswelt in einem Logistikbetrieb kennengelernt werden konnte. Eine Bezahlung der UMF im Zusammenhang mit den von ihnen geleisteten Arbeiten gab es nicht.
Dazu haben die Erhebungen der Behörde ergeben, dass für keinen der betroffenen UMF ein Antrag auf Volontariat bei der zuständigen Geschäftsstelle des AMS gestellt wurde. Die von den Projektteilnehmern ausgeführten Tätigkeiten, wie z.B. das Aufbringen von Aufklebern auf Schokolade, sind zweifelsohne einfache angelernte Tätigkeiten. Aufgrund dieser Umstände geht die Behörde davon aus, dass kein Volontariat im Sinne des § 3 AuslBG vorliegt.
Es wurde angegeben, dass den UMF das Kennenlernen verschiedenster Tätigkeiten eines Logistikunternehmens ermöglicht wurde. Als Beispiele wurden das Anbringen von Etiketten auf Verpackungen, korrekte Mülltrennung, das Verpacken von Waren, das Bedienen manueller Stapler genannt.
Durch die Tätigkeiten wurden den Asylwerbern neue Fertigkeiten und Wissen vermittelt, welche ihnen im weiteren Leben durchaus hilfreich sein können. Im Rahmen des Projektes war vordergründig das Benutzen der deutschen Sprache und das Vermitteln gesellschaftlicher Werte in Österreich Thema. Es waren zeitlich eng begrenzte Tätigkeiten und es wurde kein Bedarf, der üblicherweise durch einen fixen Arbeitsposten gedeckt werden würde, abgedeckt. Es wurde auch zweifelsohne durch die Ausübung dieser Tätigkeiten ein positiver Nutzen für die Allgemeinheit gefördert, womit Gemeinnützigkeit gegeben ist. Alleine der Faktor der Förderung der deutschen Sprache und Integration der Asylwerber ist schon ein solcher positiver Nutzen für die Allgemeinheit.
Aus der konkreten Gestaltung der Beschäftigung kann abgeleitet werden, dass es sich in den gegenständlichen Fällen nicht um arbeitnehmerähnliche Verhältnisse im Sinne des § 4 ASVG handelt. Zum Beispiel schließen schon die Berechtigung der UMF, freiwillig an dem Projekt teilzunehmen oder nicht, das sanktionslose Fernbleiben oder das Verlassen des Arbeitsraumes sowie die fehlende Sanktionierung nicht zufriedenstellend ausgeführter Tätigkeiten aus, dass der Empfänger der Arbeitsleistung von Vornherein mit der Arbeitskraft des Betreffenden rechnen oder entsprechend disponieren konnte (LVwG-301807/17/KLi/JW vom 25.5.2018 mit Hinweisen auf Erkenntnisse vom 10.12.1987, Zl. 87/08/0104 = SVSlg. 32369, vom 17.7.1991, Zl. 90/08/0152 und vom 19.6.1990, Zl. 88/08/0200, jeweils mit weiteren Literaturhinweisen).

Im Rahmen der Verpflichtung zur Information gemäß Punkt 8.1. der mit dem Land Oberösterreich abgeschlossenen Vereinbarung über die Führung einer Wohngruppe zur Unterbringung und Betreuung unbegleiteter minderjähriger Fremder nach der zwischen dem Land OÖ und der X Sozialbetriebe Gemeinnützige GmbH abgeschlossenen Rahmen-Vereinbarung SO-2016-55047/1 wurden der Grundversorgungsstelle des Landes Oberösterreich am 31.1.2018 Lohnzettel der betroffenen unbegleiteten minderjährigen Fremden aus den Jahren 2016 und 2017 übermittelt. Die Projektteilnehmer wurden rückwirkend von der X Sozialbetriebe Gemeinnützige GmbH zur Sozialversicherung angemeldet und die Auszahlung erfolgte rückwirkend.
Die rückwirkende Anmeldung erfolgte erst nach Beendigung des Dienstverhältnisses von Herrn Mag. L zur X Sozialbetriebe Gemeinnützige GmbH. Die Zeugin und derzeitige Geschäftsführerin M K sagte vor der Behörde aus, dass die rückwirkende Anmeldung zur Sozialversicherung nach Aufforderung durch die OÖ Gebietskrankenkasse vom 11.12.2017 erfolgte. Zuvor wurde bei der OÖ GKK nachgefragt, warum die UMF angemeldet werden müssten, wenn doch kein Arbeitsverhältnis zur X Sozialbetriebe Gemeinnützige GmbH bestanden habe. Es wurde ihr die Auskunft erteilt, dass dies aufgrund der Anzeige durch die Finanzpolizei notwendig sei.
Allein aufgrund der Strafanzeige wegen Verdacht der Übertretung des ASVG kann nicht abgeleitet werden, dass es sich tatsächlich um Arbeitsverhältnisse gehandelt habe, welche der Sozialversicherungspflicht unterliegen. Auch die Rechnung vom 30.11.2016 über das Sponsoring der X Handels GmbH an die X liefert keinen Beweis dafür, dass damit eine Bezahlung an die UMF für die von ihnen geleisteten Arbeiten erfolgt ist.
Zu der „Anmerkung“ auf Seite 4, Absatz 5, der von der Finanzpolizei dem Strafantrag beigelegten Beschuldigtenvernehmung des Herrn N K vom 7.3.2018 stelle die Behörde fest:
Herr K hat bei seiner Vernehmung eine Reihe von Anschuldigungen gegen seinen ehemaligen Dienstgeber D K, dem Geschäftsführer der Firma ‚X GmbH‘, getätigt. Aus dem Vernehmungsprotokoll geht hervor, dass offensichtlich ein Streit zwischen ihm und seinem ehemaligen Dienstgeber bestand.
Die Aussagen werden von der Behörde nicht als Beweise für eine Arbeitskräfteüberlassung durch die X Sozialbetriebe Gemeinnützige GmbH gewertet, weil Herr K seine Aussage als Beschuldigter gemacht hat und damit nicht unter Wahrheitspflicht stand.
Aufgrund obiger Ausführungen ist das Verfahren gemäß § 45 VStG einzustellen.“

I.3. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vom Finanzamt Grieskirchen Wels (im Folgenden: beschwerdeführende Partei) rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 5. September 2018, mit der die Aufhebung des Einstellungsbescheides und die Verhängung einer angemessenen Strafe beantragt werden.

Begründend wird ausgeführt, dass aufgrund der vorliegenden Sachverhalts-ermittlungen und der vorgelegten Beweise und auch aus Sicht der Gebiets-krankenkasse Beschäftigungsverhältnisse zwischen den acht Asylwerbern und der X Sozialbetriebe Gemeinnützige GmbH vorliegen würden. Dementsprechend wäre von der X Sozialbetriebe Gemeinnützige GmbH die rückwirkende Anmeldung der Dienstnehmer zur Sozialversicherung bei der OÖ Gebietskrankenkasse erfolgt und seien auch rückwirkende Lohnauszahlungen getätigt worden.

Es werde vollinhaltlich auf die Angaben im Strafantrag vom 7. Dezember 2017, die Stellungnahme vom 23. März 2018 sowie die Stellungnahme vom 5. Juli 2018 hingewiesen.
Zur Arbeitskräfteüberlassung (von der X Sozialbetriebe Gemeinnützige GmbH zur X Handels GmbH) iSd AuslBG werde festgehalten, dass die Gegenleistung für die Arbeitsleistung in Form eines Sponsoring durch die Firma X Handels GmbH erfolgt sei.
Unbestritten sei der Einsatz der Asylwerber und die erbrachten einfachen Tätigkeiten im Betrieb der Firma X Handels GmbH.
Es sei kein Einsatz der Asylwerber in einem nach dem AuslBG begünstigten Betrieb bzw. Einrichtung erfolgt, weshalb kein Ausnahmetatbestand nach dem AuslBG vorliegen könne bzw. keine Erwerbstätigkeit im Rahmen des Grundversorgungsgesetzes vorliege.
Ebenfalls werde angeführt, dass die im Zuge der Sachverhaltsermittlungen getätigten Erstaussagen, welche niederschriftlich festgehalten worden seien, eine höhere Gewichtung im Verfahren hätten finden müssen, als die Aussagen, die der im Zuge des Verfahrens getätigten Zeugen, und auch die Anmeldung der Asylwerber bei der Sozialversicherung, welche nach allgemeiner Lebenserfahrung und nicht zuletzt auch wegen der damit verbundenen Rechtsfolgen ein gewichtiges Indiz dafür sei, dass ein bewilligungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis iSd § 2 Abs. 2 AuslBG vorliege.

I.4. Mit Schreiben vom 12. September 2018 hat die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt.
Dieses hat durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin zu entscheiden.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 27. November 2018. Zu dieser Verhandlung sind ein Vertreter der beschwerdeführenden Partei, der Beschuldigte samt Rechtsvertreter und der Geschäftsführer der X Logistik GmbH (Beschuldigter in einem weiteren anhängigen Verfahren) erschienen. Zeugenschaftlich wurden W H und M K, MMH einvernommen.

II.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem relevanten Sachverhalt aus:

Der Beschuldigte war im vorgeworfenen Tatzeitraum handelsrechtlicher Geschäftsführer der X Sozialbetriebe Gemeinnützige GmbH mit Sitz in 4072 Adresse.

Die X Sozialbetriebe Gemeinnützige GmbH (im Folgenden: X GmbH) ist eine gemeinnützige Gesellschaft, deren Aufgabe die Unterbringung und Betreuung samt

Beaufsichtigung und Begleitung von minderjährigen unbegleiteten Flüchtlingen ist. Die X GmbH hat mit dem Land Oberösterreich am 9. März 2016 eine Rahmen-Vereinbarung, Zl. SO-2016-55047, über die Führung einer Wohngruppe zur Betreuung unbegleiteter minderjähriger Fremder nach Art. 7 der Grundversorgungsvereinbarung und dem Oö. Grundversorgungsgesetz 2006 und Übernahme von Aufgaben im Rahmen der Obsorge durch Übertragung des Kinder- und Jugendhilfeträgers abgeschlossen. Weiters hat die X GmbH mit dem Land Oberösterreich am 31. August 2016, Zl. SO-2015-281829/6, eine Vereinbarung über die Führung einer Wohngruppe zur Unterbringung und Betreuung unbegleiteter minderjähriger Fremder nach der zwischen dem Land Oberösterreich und der X GmbH abgeschlossenen Rahmen-Vereinbarung Zl. SO-2016-55047/1 abgeschlossen.

Die unter Punkt I.1. genannten acht Asylwerber waren bei der X GmbH untergebracht und wurden von dieser im Rahmen der Verträge mit dem Land Oberösterreich betreut. Die untergebrachten Asylwerber hatten keinerlei Aufgaben oder Tätigkeiten für die X GmbH zu erbringen. Die minderjährigen Flüchtlinge waren entweder schulpflichtig und haben eine Schule besucht oder sie haben eine Lehre absolviert bzw. sich um einen Lehrplatz bemüht.

Im Zeitraum vom 12. bis 26. Jänner 2017 fand an insgesamt acht Tagen ein Projekt in den Arbeitsräumen der X Logistik GmbH in Adresse, statt. Gegenstand der Logistik GmbH ist die Einlagerung, Auslagerung und Vermittlung von Lagerstellplätzen, unter anderem auch an die X Handels GmbH sowie an Drittunternehmen. Bei der X Logistik GmbH waren im Jänner 2017 insgesamt drei Arbeitnehmer beschäftigt. Aufgabe dieser Mitarbeiter war unter anderem Waren entladen, einlagern, LKW beladen und Waren kommissionieren.
Die X Handels GmbH in Adresse, ist ein Großhandelsbetrieb. Im Wesentlichen werden dort Büroarbeiten ausgeübt. Bei der Handels GmbH waren im Jänner 2017 drei Innendienstmitarbeiter angestellt.
Zweck der Trennung der Handels GmbH und der Logistik GmbH ist zum einen, dass das Handelsgeschäft nicht mit dem Logistikgeschäft vermischt wird und die Logistik GmbH Lagerstellplätze auch an Drittfirmen vermietet, zum anderen die kollektivvertragliche Trennung der Mitarbeiter.

Initiator und Verantwortlicher dieses Projektes war der Zeuge H, der in keinem Arbeitsverhältnis zur X GmbH oder zur X Logistik GmbH stand. Der Zeuge H ist im Institut H angestellt. Er arbeitet in der Beschäftigungstherapie und führt vergleichbare Projekte mit (schwer) beeinträchtigten Menschen durch.
Der Zeuge H ist Mitglied beim sog. „Asylstammtisch“, welcher ehrenamtlich Projekte in Zusammenarbeit mit der Gemeinde, Schulen, Kindergärten, Sportvereinen etc. initiiert, damit die Asylwerber betreut und integriert werden. Der Zeuge H und der Geschäftsführer der X Logistik GmbH kennen einander privat

und fanden auf diesem Weg die Kontaktaufnahme und die Entwicklung des Projekts statt.

Zweck dieses Projektes war den Asylwerbern Einblick in den Ablauf eines Arbeitstages zu gewähren sowie diesen Mülltrennung, die Verwendung der deutschen Sprache, die Ausführung von Arbeiten von Anfang bis zum Ende etc. näher zu bringen. Der Zeuge H hat dieses Projekt in seiner Freizeit (Urlaub) durchgeführt.

Die Auswahl der daran teilnehmenden Asylwerber geschah derart, dass die damalige pädagogische Leiterin der X GmbH Jugendliche ausgewählt hat, die aufgrund ihrer Deutschkenntnisse in Frage kommen würden, diesen sodann das Projekt vorgestellt wurde und sich anschließend die in Rede stehenden acht Asylwerber freiwillig gemeldet haben und ihre Teilnahme am Projekt bekannt gaben.

Ein Projekttag dauerte ca. 3 bis 4 Stunden. Die Anreise zu den Betriebsräumen der X Logistik GmbH erfolgte individuell, die teilnehmenden Asylwerber wurden entweder von der X GmbH gefahren oder legten diese den Weg zu Fuß zurück. Beim Projekt anwesend waren die teilnehmenden Asylwerber und der Zeuge H. Mitarbeiter der X Logistik GmbH oder der X GmbH waren nicht anwesend.

Der Zeuge H wurde vor Projektbeginn von einem Mitarbeiter der X Logistik GmbH eingeschult und wurde ihm auch ein Schlüssel zu den Betriebsräumlichkeiten ausgehändigt.
Die Projekttage liefen so ab, dass zu Beginn Schokolade aus Kartons ausgepackt wurde, diese auf Deutsch gezählt wurden, anschließend auf diese Etiketten exakt aufzukleben waren, der dabei anfallende Müll korrekt zu trennen war und anschließend die Schokolade wieder zu zählen, in Schachteln zu verpacken, auf Paletten zu stapeln, mit Plastik zu umwickeln und Zettel auf diese aufzukleben waren.

Diese Schokolade wurde anschließend von der X Logistik GmbH exportiert. Eine „Um-Etikettierung“ der Schokolade findet grundsätzlich durch die X Logistik GmbH nicht statt. Diese wird durch die ausländischen Kunden selbst vorgenommen.

Bei den Etiketten handelte es sich dabei um solche in den jeweiligen Sprachen der Exportländer. Das Material, die Arbeitsmittel und die Räumlichkeiten wurden von der X Logisitik GmbH zur Verfügung gestellt.

Es bestand keine Arbeitspflicht und wurde den Asylwerbern keine Arbeitszeit vorgegeben, sondern sind die genannten acht Personen zur Teilnahme erschienen, wenn sie Lust hatten und ansonsten ferngeblieben. Auch konnten sie das Projekt

jederzeit frühzeitig verlassen. Konsequenzen hat es deswegen keine gegeben. Es waren auch tatsächlich nicht immer alle acht gleichzeitig anwesend.

Es fanden auch vor dem vorgeworfenen Zeitpunkt bereits Projekttage statt.

Die Asylwerber sind während des Projektes unter keiner Aufsicht der X GmbH oder der X Logistik GmbH gestanden.

Die X Handels GmbH hat an die X GmbH einen Betrag von 7.000 Euro für Deutschkurse gespendet. Die Spende der X Handels GmbH stand mit diesem Projekt in keinem Zusammenhang.

Eine Entlohnung der teilnehmenden Asylwerber oder eine andere Form der Gegenleistung erfolgte grundsätzlich nicht.
Nachträglich wurde die X GmbH von der OÖ Gebietskrankenkasse aufgefordert, die in Rede stehenden Asylwerber rückwirkend zur Sozialversicherung anzumelden. Auf Nachfrage, warum dies notwendig sei, wurde von der OÖ Gebietskrankenkasse mitgeteilt, dass dies aufgrund der Anzeige und des laufenden Verfahrens erforderlich ist. Die in Rede stehenden Asylwerber wurden in der Folge von der X GmbH rückwirkend zur Sozialversicherung angemeldet.
In der Folge wurden von der X GmbH auch nachträglich Lohnauszahlungen an diese Personen getätigt, da laut einer Auskunft ihres Steuerberaters aufgrund der rückwirkenden Anmeldungen zur Sozialversicherungen eine Verpflichtung zur Lohnauszahlung bestand.

II.3. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung.

Die Angaben zur X GmbH und zu deren Aufgaben ergeben sich aus den sich im Akt befindlichen Vereinbarungen mit dem Land Oberösterreich sowie aus den damit übereinstimmenden Zeugenaussagen. Die Angaben zur X Logistik GmbH und zur X Handels GmbH gründen auf den unstrittigen Aussagen des Geschäftsführers dieser Gesellschaften.

Die Aussagen der in der öffentlichen mündlichen Verhandlung einvernommenen Zeugen decken sich mit den Angaben des Beschuldigten und des Geschäftsführers der X Handels bzw. Logistik GmbH und sind in sich schlüssig und glaubwürdig.

Zweck und Ablauf des Projektes gründen insbesondere auf den glaubwürdigen Aussagen des Zeugen H, der nachvollziehbar die Beweggründe für seine Initiative darstellte und dieses Projekt in seiner Freizeit (Urlaub) durchführte. So hat er unter anderem glaubwürdig ausgesagt, dass er in seiner beruflichen Tätigkeit mit beeinträchtigten Menschen im Institut H vergleichbare Projekte durchführt. Der Zeuge H hat insgesamt den Eindruck hinterlassen, dass er aus rein gemeinnützigen

und sozialen Motiven das gegenständliche Projekt initiierte und dieses hauptverantwortlich begleitete.

Ebenso hat der Beschuldigte glaubwürdig und nachvollziehbar ausgesagt, dass 2016/2017 die Situation herrschte, dass es insbesondere im Bahnhofsbereich in Linz immer wieder zu Problemen mit Flüchtlingen kam und deshalb auch das (politische) Ersuchen vorlag, die Personen vor Ort zu integrieren. Es ist somit nachvollziehbar, dass der Beschuldigte die Idee des Zeugen H für „eine gute Sache“ gehalten hat. So wurde auch für eine Teilnahme der Flüchtlinge bei Vereinsaktivitäten etc. gesorgt. Der Beschuldigte hat weiters dargelegt, dass es von unterschiedlichen Firmen, Vereinen und Privatpersonen Spenden für Kurse etc. gegeben hat. Die Aussagen des Beschuldigten in der Verhandlung waren insgesamt nachvollziehbar und glaubwürdig.

Die Zeugin K war zum in Rede stehenden Zeitraum pädagogische Leiterin der X GmbH und ist nunmehr Geschäftsführerin dieser Gesellschaft. Diese Zeugin hat glaubwürdig dargelegt, dass sie für das gegenständliche Projekt Asylwerber aufgrund der bestehenden Deutschkenntnisse vorgeschlagen hat und diesen sodann die Teilnahme freigestellt wurde. Dass keine Verpflichtung zur Teilnahme bestand haben beide Zeugen glaubwürdig ausgesagt. Die Freiwilligkeit der Teilnahme ergibt sich auch daraus, dass nicht alle Asylwerber, die sich grundsätzlich angemeldet haben, an allen Projekttagen teilgenommen bzw. sich manche vorzeitig entfernt haben. Insgesamt hat sich aus den übereinstimmenden Aussagen in der Verhandlung eindeutig ergeben, dass keine Arbeitspflicht bestand und den Asylwerbern auch keine Arbeitszeit vorgegeben wurde, sondern die genannten acht Personen zur Teilnahme erschienen, wenn sie Lust hatten und ansonsten ferngeblieben sind. Auch konnten sie das Projekt jederzeit ohne Konsequenzen frühzeitig verlassen und waren auch tatsächlich nicht immer alle acht gleichzeitig anwesend.
Ebenso ergibt sich aus der Aussage des Zeugen H unzweifelhaft, dass die Asylwerber während des Projektes unter keiner Aufsicht der X GmbH oder der X Logistik GmbH gestanden sind.

Dass grundsätzlich keine Entlohnung der teilnehmenden Asylwerber oder eine andere Form der Gegenleistung erfolgte, gründet ebenso auf den übereinstimmenden Aussagen in der Verhandlung. Die Zeugin K hat auch glaubwürdig ausgesagt, dass die nachträgliche Anmeldung der Asylwerber bei der OÖ Gebietskrankenkasse einzig aufgrund der Aufforderung dieser erfolgte und ihr auch im Rahmen einer telefonischen Nachfrage von der OÖ Gebietskrankenkasse mitgeteilt wurde, dass die Anmeldungen rückwirkend aufgrund der Anzeige der Finanzpolizei zu erfolgen haben. Auch dass die nachträglichen Lohnauszahlungen erfolgt sind, weil der Steuerberater der Zeugin mitgeteilt hat, dass diese aufgrund der nachträglichen Anmeldung zur Sozialversicherung dazu verpflichtet sei, war glaubwürdig und nachvollziehbar.

Dass die Tätigkeit der Asylwerber im Rahmen des Projektes nicht der Firma X zu Gute kam, gründet auf den Aussagen des Geschäftsführers dieses Unternehmens, wonach das Unternehmen keine Um-Etikettierung durchführt und vor Beginn des Projektes auch mit den Kunden aus diesem Grund Kontakt aufgenommen wurde. Die Glaubwürdigkeit dieser Aussage ist auch darin begründet, dass sowohl die X Handels GmbH als auch die X Logistik GmbH lediglich über jeweils drei Mitarbeiter verfügten und eine generelle Um-Etikettierung der Produkte (Schokolade) bei insgesamt 24 Millionen Stück Schokolade im Jahr 2016 schon aus diesem Grund unmöglich ist.

Dass es sich bei der Spende der X Handels GmbH um keine Gegenleistung für Arbeitsleistungen gehandelt hat, gründet auf den glaubwürdigen Aussagen des Geschäftsführers dieser Gesellschaft. Daran ändert auch die Bezeichnung als Sponsoring nichts. Er sagte auch glaubwürdig aus, dass er auch andere Sozialprojekte unterstützt.
Auch wollte er aufgrund seiner persönlichen Erfahrungen das gegenständliche Projekt unterstützen und hat sich deshalb dafür entschieden, seine Betriebsräumlichkeiten sowie Material und Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen. Seine persönlichen Erfahrungen hat er nachvollziehbar so begründet, dass er selbst 1992 als Flüchtling nach Österreich kam und er deshalb weiß, wie wichtig das Erlernen der deutschen Sprache und das Kennenlernen der Arbeitswelt in Österreich ist.

Insgesamt waren die Aussagen aller Befragten in der öffentlichen mündlichen Verhandlung glaubwürdig und nachvollziehbar. Für die erkennende Richterin hat sich ein schlüssiges und realistisches Bild der tatsächlichen Gegebenheiten ergeben.
Die Aussagen des H I in der Sachverhaltsmitteilung des BFA vom 16. Oktober 2017 sind dazu auch nicht widersprüchlich, da der angegebene Zeitraum, die angegebene Tätigkeit und auch dass sie kein Geld dafür bekommen haben, mit den Aussagen in der Verhandlung im Einklang stehen. Die Aussage hinsichtlich geleisteter „Schwarzarbeit“ ist als persönliche Bezeichnung des H I zu werten und sagt nichts über die tatsächlichen Umstände aus. Im Übrigen hat sich in der Verhandlung herausgestellt, dass dieser wegen disziplinärer Vergehen letztlich in eine andere Unterbringungseinrichtung verlegt wurde.
Auch die Aussage des N K im Rahmen der Beschuldigtenvernehmung am 7. März 2018 durch die LPD OÖ steht grundsätzlich nicht in Widerspruch zum festgestellten Sachverhalt, da die Projektstage tatsächlich in den Betriebsräumlichkeiten der X Logistik GmbH stattgefunden haben, im Rahmen des Projektes auch Etiketten auf Schokolade aufgeklebt wurden und der Zeuge H – wie festgestellt – als Projektleiter auch Kontakt zum Beschuldigten hatte. Weiters hat das Beweisverfahren auch ergeben, dass seitens der X Handels GmbH eine Spende für Deutschkurse geleistet wurde. Die getätigten Aussagen stehen somit insgesamt

dem festgestellten Sachverhalt nicht entgegen, da N K die Hintergründe – die Durchführung von Projektstagen – nicht bekannt sein mussten.

Da insgesamt somit keine widersprüchlichen Aussagen vorliegen und sich der festgestellte Sachverhalt auch mit den persönlichen Eindrücken der erkennenden Richterin deckt, konnte auf weitere Beweisaufnahmen verzichtet werden.

III. Rechtliche Beurteilung:

III.1. Gemäß § 111 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG), BGBl Nr. 189/1955 in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl I Nr. 151/2017, handelt ordnungswidrig, wer als Dienstgeber oder sonstige nach § 36 meldepflichtige Person (Stelle) oder nach § 42 Abs. 1 auskunftspflichtige Person 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 oder
5. gehörig ausgewiesenen Bediensteten der Versicherungsträger einen Ausweis oder eine sonstige Unterlage zur Feststellung der Identität nicht vorzeigt oder
6. gehörig ausgewiesenen Bediensteten der Versicherungsträger die zur Durchführung ihrer Aufgaben erforderlichen Auskünfte nicht erteilt.

Gemäß § 111 Abs. 2 ASVG ist die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu bestrafen, und zwar mit Geldstrafe von 730 Euro bis 2.180 Euro, im Wiederholungsfall von 2.180 Euro bis 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 Verwaltungsbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist. Unbeschadet der §§ 20 und 21 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 kann die Bezirksverwaltungsbehörde bei erstmaligem ordnungswidrigen Handeln nach Abs. 1 die Geldstrafe bis auf 365 Euro herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

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. 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 § 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 im Sinne dieses Bundesgesetzes derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer (Lehrling) in einem Beschäftigungs(Lehr)verhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

Nach § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Gemäß § 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.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet.

III.2. Verfahrensgegenständlich ist zu prüfen, ob die in Rede stehenden Asylwerber in einem Beschäftigungsverhältnis zur X GmbH standen und diese als Dienstgeberin zur Anmeldung der in Rede stehenden Asylwerber als Dienstnehmer bei der OÖ Gebietskrankenkasse verpflichtet gewesen wäre.

Dienstnehmer iSd ASVG ist nach der Legaldefinition, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird.

Der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes folgend hängt die Beurteilung, ob bei der Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des

Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10.12.1986, Slg. Nr. 12.325/A) davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung - nur beschränkt ist (vgl. etwa VwGH 22.2.2012, 2009/08/0075; 26.5.2014, 2013/08/0194 sowie jüngst 20.6.2018, Ra 2015/08/0149).

Unterscheidungskräftige Kriterien dieser Abgrenzung sind nur die Bindung des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse, während das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie zum Beispiel die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Empfängers der Arbeit) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt.
Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG und damit eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ist stets die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht vor. Persönliche Arbeitspflicht ist (u.a.) dann nicht gegeben, wenn demjenigen, dessen Leistungserbringung zu beurteilen ist, eine generelle Vertretungsbefugnis bei Erbringung dieser Leistung eingeräumt ist (VwGH 20.3.2014, 2012/08/0024; 25.5.2011, 2010/08/0025 mwN).

Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die nach der Rechtsprechung ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit (vgl. VwGH 20.3.2014, 2012/08/0024; 20.6.2018, Ra 2015/08/0149 mwN).

Aus dem durchgeführten Beweisverfahren ergibt sich, dass die Tätigkeiten der in Rede stehenden Asylwerber nicht im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses erfolgten, sondern es sich dabei um Projektstage gehandelt hat. Es konnten weder eine persönliche Arbeitspflicht oder eine Beschränkung der Entscheidungsfreiheit der Asylwerber, noch eine Berichterstattungspflicht oder eine Entgeltlichkeit festgestellt werden. Weiters konnten auch Arbeitszeiten, Weisungen oder eine Eingliederung in den Betrieb der X GmbH (oder der X Logistik GmbH) nicht festgestellt werden. Auch kam die Arbeitsleistung weder der X GmbH, noch der X Logistik GmbH zugute. Insgesamt konnten weder eine persönliche, noch eine wirtschaftliche Abhängigkeit festgestellt werden. Vielmehr waren die acht

Asylweber als unbegleitete minderjährige Flüchtlinge bei der X GmbH untergebracht und war diese aufgrund von Vereinbarungen mit dem Land Oberösterreich zur Betreuung und Versorgung zuständig. Die Asylwerber haben jedoch keinerlei Tätigkeiten für die X GmbH verrichtet und hatten auch keinerlei Aufgaben zu erledigen. Das durchgeführte Beweisverfahren hat unzweifelhaft ergeben, dass es sich um ein freiwilliges Projekt gehandelt hat das von einer außenstehenden Person zum Zweck der Betreuung und Integration der Asylwerber initiiert wurde.

Diesem Ergebnis widerspricht weder die Spende der X Handels GmbH, die in keinem Zusammenhang zum gegenständlichen Projekt stand, noch die nachträgliche Anmeldung zur Sozialversicherung, da diese einzig aufgrund der Aufforderung der OÖ Gebietskrankenkasse in Folge der Anzeige der beschwerdeführenden Partei erfolgte. Auch die nachträgliche Lohnauszahlung ist in der Folge aus diesem Grund erfolgt. Aus diesen Umständen kann daher keinesfalls auf ein Beschäftigungsverhältnis geschlossen werden. Im Übrigen ist auch nach § 539a Abs. 1 ASVG der wahre wirtschaftliche Gehalt für die Beurteilung von Sachverhalten maßgebend.

Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung der konkreten Umstände des gegenständlichen Falles kann daher nicht von einer persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit von den Asylwerbern gegenüber der X GmbH ausgegangen werden, sodass auch kein Dienstverhältnis iSd § 4 Abs. 2 ASVG anzunehmen ist. Mangels Vorliegen eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ist bereits die objektive Tatseite der zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen nicht erfüllt, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war.

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. Zur Frage des Vorliegens einer Versicherungspflicht nach dem ASVG liegt bereits umfangreiche Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vor und entspricht die Entscheidung dieser einheitlichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Im Übrigen hängt die Beurteilung, ob ein Beschäftigungsverhältnis und somit eine Versicherungspflicht vorliegt, stets von den konkreten Umständen ab. Es handelt es sich daher um eine einzelfallbezogene und nicht verallgemeinerungsfähige Beurteilung eines konkreten Sachverhaltes. Auch aus diesem Grund war die ordentliche Revision für unzulässig zu erklären.

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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Zauner