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-302882/9/GS/CJ

Datum:
Linz, 14. Juli 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Saxinger über die Beschwerde des K A, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. G B, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 19.11.2020, GZ: BHLL/920100135434/20, wegen einer Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 03.03.2021,

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass die Strafsanktion „§ 111 Abs. 2 erster Strafsatz ASVG, BGBl. Nr. 189/1955 idF BGBl. I Nr.113/2015“ zu lauten hat.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in der Höhe von 146 Euro (20 % der verhängten Strafe) zu bezahlen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof 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 19.11.2020, GZ: BHLL/920100135434/20, hat die die Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (im Folgenden: belangte Behörde) bezüglich K A, x, wie folgt entschieden:

„Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als Außenvertretungsbefugter der x GmbH, mit Sitz in x, gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass diese Firma als Dienstgeberin

Herrn N K, geb. x,

zumindest am 27.4.2020, als Dienstnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt (lt. SV-Beitragsgrundlage) im Ausmaß beschäftigt hat, ohne vor Arbeitsantritt (27.4.2020, 13:25 Uhr) zumindest die Beitragskontonummer, den Namen und die Versicherungsnummer, bzw. die Geburtsdaten der beschäftigten Person, den Tag der Beschäftigungsaufnahme, sowie das Vorliegen einer Voll- oder Teilversicherung bei der Österreichischen Gesundheitskasse mit Sitz in x, als zuständiger Sozialversicherungsträger, zu melden.
Die verpflichtende Meldung wurde erst am 27.4.2020 um 14:13 Uhr und somit verspätet erstattet.
Dieser Sachverhalt wurde von Organen des Finanzamtes Linz bei einer Kontrolle am 27.4.2020 um 13:25 Uhr auf der Baustelle in x, Bauvorhaben x, indem die o.a. Person bei Gerüstarbeiten betreten wurde, sowie durch Abfragen im Hauptverband festgestellt.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 111 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG

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

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	gemäß
€ 730,00	4 Tage(n) 16 Stunde(n) 0 Minute(n)		§ 111 Abs. 2 ASVG i.d.g.F

Weitere Verfügungen (zB Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG 10% der Strafe, das sind € 73,00, als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, zu zahlen.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

€ 803,00“

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Bf N K zumindest am 27.04.2020, in seinem Unternehmen als Dienstnehmer beschäftigt habe, ohne ihn vor Arbeitsbeginn zur Sozialversicherung angemeldet zu haben. Die verpflichtende Meldung sei erst am 27.04.2020 um 14.13 Uhr, und somit verspätet, erstattet worden.

I.2. Gegen diesen Tatvorwurf richtet sich die Beschwerde vom 17.12.2020. Im Wesentlichen wurde vorgebracht, dass N K am 27.04.2020 gegen Mittag zu einem zuvor vereinbarten Vorstellungsgespräch in das Büro der Firma x GmbH zu Herrn I A, der mit Personalangelegenheiten betraut sei, gekommen sei. N K wäre an einer Arbeit bei der Firma x GmbH interessiert gewesen. Nach dem üblichen Vorstellungsgespräch hätte I A dem Interessenten die Möglichkeit geben wollen, sich von der Tätigkeit (Aufbau bzw. Abbau von Gerüsten) ein Bild vor Ort auf der Baustelle der Firma x GmbH zu machen und N K hätte sich dann entscheiden sollen, ob diese Tätigkeit etwas für ihn sei oder nicht. Sie wären daher im Zuge des Vorstellungsgespräches zu Mittag zur Baustelle in x, Bauvorhaben x, gefahren, wo es kurz nach deren Eintreffen um 13.25 Uhr durch Organe des Finanzamtes Linz zu einer Kontrolle gekommen wäre. N K sei zu diesem Zeitpunkt neben dem LKW gestanden. Er habe keine Tätigkeit durchgeführt, sondern wäre lediglich zur Besichtigung im Zuge des Bewerbungsgespräches vor Ort auf der Baustelle gewesen. Er wäre im Zuge der Kontrolle irrtümlich der Arbeitsgruppe zugeordnet worden, obwohl er keine Arbeit verrichtet habe. Mit N K wäre daher zum Zeitpunkt der Kontrolle am 27.04.2020 um 13.25 Uhr noch kein Beschäftigungsverhältnis begründet worden. Er habe auch keine Tätigkeit für die Firma x GmbH verrichtet. Nach diesem Vorfall und nachdem sich N K entschieden habe, ein Beschäftigungsverhältnis bei der Firma x GmbH einzugehen, wäre noch am selben Tag (27.04.2020 um 14.13 Uhr) eine Anmeldung erfolgt, der eigentliche Arbeitsantritt sei jedoch erst am nächsten Tag erfolgt. Mangels Vorliegens eines Beschäftigungsverhältnisses zum Zeitpunkt der Kontrolle erweise sich der Vorwurf der Unterlassung der Anmeldung vor Arbeitsantritt als ungerechtfertigt. Im Übrigen sei der strafrechtliche Vorwurf zu unkonkret, zumal aus dem Straferkenntnis nicht einmal hervorgehe, mit welcher konkreten Tätigkeit Herr N K beschäftigt gewesen wäre und bei der Kontrolle angetroffen worden sei. Als Beweis werden die Zeugeneinvernahme von N K und I A beantragt. Außerdem wäre die Strafe zu hoch bemessen. Abschließend wurde der Antrag gestellt, eine mündliche Verhandlung durchzuführen, der Beschwerde Folge zu geben und nach Ergänzung des Beweisverfahrens das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen, in eventu zumindest die Geld- und Ersatzfreiheitsstrafe schuld- und tatangemessen herabzusetzen.

I.3. Die belangte Behörde hat die Beschwerde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 23.12.2020, eingegangen beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich am 29.12.2020, zur Entscheidung

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

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt der belangten Behörde und am 03.03.2021 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der der rechtsfreundliche Vertreter des Bf, ein Vertreter der Organpartei, ein als Zeuge geladener Kontrollbeamter des Finanzamtes Österreichs (Finanzpolizei Team x) sowie die beantragten Zeugen N K und I A erschienen sind.

II. Nachfolgender Sachverhalt steht fest:

D A und K A sind handelsrechtliche Geschäftsführer der x GmbH mit Sitz in x.

Am 27.04.2020 fand um 13.25 Uhr beim Bauvorhaben x, Höhe x, eine Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei Linz, FPT x statt. Im Rahmen dieser Kontrolle wurden Arbeitnehmer der Firma x GmbH sowie Herr N K, geb. 02.02.1982, ungarischer Staatsangehöriger, in Arbeitskleidung angetroffen. N K war zu Beginn der Kontrolle von der Firma des Bf nicht zur Sozialversicherung angemeldet. N K war mit den anderen zur Sozialversicherung gemeldeten Dienstnehmern der Firma x GmbH gerade dabei, abgebaute Gerüstteile auf einen LKW zu verladen. Gemäß ELDA-Protokoll (Nr. x) vom 27.04.2020 wurde N K um 14.13 Uhr zur Sozialversicherung bei der Firma x GmbH. angemeldet.

Am 27.04.2020 hatte N K um ca. 12.30 Uhr einen Vorstellungstermin mit I A, einem Angestellten und Onkel des Bf, im Büro der Firma vereinbart. Es wurde sodann entschieden mit einem Firmenwagen gemeinsam auf die gegenständliche Baustelle zu fahren. N K war bereits in Arbeitskleidung zum Vorstellungsgespräch gekommen, Arbeitsschuhe erhielt er von der Firma des Bf. I A ist in der Firma für Personalangelegenheiten zuständig. N K wurde von I A auf der Baustelle den anderen Mitarbeitern der Firma vorgestellt, dann wurde die Baustelle besichtigt und die abgebauten Gerüstteile auf einen Firmen-LKW aufgeladen.

Der geplante Einsatzbereich des N K waren Lagerarbeiten bzw. Ein- bzw. und Ausräumen von LKWs.

N K Arbeitskleidung war verschmutzt, er trug den gleichen Sonnenhut mit dem Aufdruck „S“ wie ein anderer von der Firma zur Sozialversicherung angemeldeter Arbeitnehmer.

Nach der Kontrolle fuhr I A mit N K in die Firma zurück. Zirka eine Stunde arbeitete N K sodann dort in untergeordneter Funktion im Lager.

III. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich nachvollziehbar aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung am Landesverwaltungsgericht Oberösterreich am 03.03.2021.

Im Rahmen der Kontrolle wurde von der Finanzpolizei eine umfangreiche Fotodokumentation erstellt. Auf dieser ist N K mit einem anderen von der Firma zur Sozialversicherung angemeldeten Dienstnehmer auf der Baustelle neben einem LKW, der noch nicht zur Gänze mit Gerüstteilen beladen ist, zu sehen. Er bewegt sich in Richtung der aufzuladenden Teile zu. Auf den Bildern ist eindeutig ersichtlich, dass die Arbeitsjacke des N K deutlich verschmutzt ist. Die zeugenschaftliche Verantwortung des I A, dass die Arbeitshose für die schmutzige Baustelle noch sehr sauber aussehe, wird als Schutzbehauptung gewertet. Ein neben N K erkennbarer und unstrittig tätiger Arbeitnehmer der Firma des Bf trägt nämlich eine größtenteils weiße Hose (mit blauen Einschlüssen), die auch nicht grob verschmutzt erscheint.

In der Beschwerde sowie vom zeugenschaftlich einvernommenen Dienstnehmer und Onkel des Bf I A wurde bestritten, dass N K vor Beginn der Kontrolle auf der Baustelle bereits gearbeitet hat. Dies ist jedoch aus mehreren Gründen unglaubwürdig:

Einerseits wird auf die verschmutzte Arbeitskleidung hingewiesen, andererseits ist N K bereits zum Vorstellungsgespräch in Arbeitskleidung erschienen, von der Firma wurden ihm vor der Fahrt auf die Baustelle Arbeitsschuhe ausgehändigt, er trug auf der Baustelle den gleichen Sonnenhut wie angemeldete Arbeitnehmer. Außerdem war die Arbeitsjacke offensichtlich verschmutzt. Zudem hat der zeugenschaftlich einvernommene Finanzbeamte, der die Kontrolle am 27.04.2020 geleitet hat, glaubwürdig ausgesagt, dass ihm die Auskunftsperson M W (Dienstnehmer einer anderen Firma) auf der Baustelle berichtet hat, dass er N K vor dem Eintreffen der Finanzbeamten mit Gerüstelementen in der Hand gesehen hat. Aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung steht diese Aussage auch im Einklang mit den bei der Kontrolle angefertigten Bildern. Neben dem nicht vollständig mit Gerüstteilen beladenen LKW sind bereits die restlichen Teile zur Aufladung an den LKW angelehnt, während sich N K in Richtung dieser aufzuladenden Teile in Bewegung setzt. Der zeugenschaftlich einvernommene N K verantwortete sich in der Verhandlung sehr widersprüchlich und machte dadurch auf die erkennende Richterin einen unglaubwürdigen Eindruck. Zuerst meinte er, die Arbeitskleidung wäre schon von der Firma für ihn vorbereitet gewesen, während ihm nachher eingefallen ist, dass er sie von einem Kollegen, dessen Name er nicht genau benennen konnte, erhalten haben will. Außerdem verneinte er die Frage, ob er vor der Kontrolle ein Gerüstteil getragen hat, nicht ausdrücklich, sondern beantwortete

die Frage dahingehend, dass er sich nicht mehr erinnern könne. Zudem führte er aus, dass ihm ein Freund vor dem Vorstellungsgespräch gesagt hat, dass die gegenständliche Firma immer wieder Arbeiter auf zwei Stunden suche. Beachtenswert ist auch, dass K A, handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma, zum Zeitpunkt der Kontrolle zwar auf der Baustelle anwesend war, jedoch im Firmenauto sitzen blieb und den Finanzpolizisten keine Auskünfte gab (Aktenvermerk vom 27.4.2020). Aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung liegt es nahe, dass er ein schlechtes Gewissen in Bezug auf rechtskonformes Verhalten hatte. Auch hinsichtlich dem Tätigkeitsbereich des N K liegt keine einheitliche Rechtfertigung seitens der Firma vor. In der Beschwerde wird die Tätigkeit noch mit Aufbau- bzw. Abbau von Gerüsten angegeben. Der Dienstnehmer und Onkel des Bf I A sagte in der Verhandlung dagegen zeugenschaftlich aus, dass N K für Lagerarbeiten bzw. für Ein- und Ausräumen der LKWs geplant war. Außerdem entgegnete I A auf den Vorhalt, dass ein Herr M, N K auf der Baustelle arbeiten gesehen hat, dahingehend, dass er nicht die ganze Zeit auf der Baustelle neben N K war. Insgesamt ist daher auf Grund der aufgezeigten Tatsachen nach allgemeiner Lebenserfahrung davon auszugehen, dass N K bereits vor Beginn der Kontrolle gearbeitet hat, nämlich abgebaute Gerüstteile zum LKW getragen hat. Die restlichen Gerüstteile lehnten bereits zum Aufladen bereit am Firmen-LKW. Laut dem im Akt aufliegenden Bild bewegte sich N K auf diese Teile zu.

Strittig ist außerdem, ob sich I A N K bei der Arbeit anschauen wollte, um sich ein Bild von ihm zu machen oder ob umgekehrt sich Herr K ein Bild von der Arbeit machen sollte (wie in der Beschwerde behauptet wurde). Diesbezüglich ist der Erstangabe des I A am Kontrolltag (Vermerk am Personenblatt von N K) der Vorzug zu geben. Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH entspricht es der allgemeinen Lebenserfahrung, dass die jeweils erste Aussage einer Partei in einem Verfahren der Wahrheit am nächsten kommt (vgl. z.B. VwGH 31.10.1991, Zl. 90/16/0176). Diese Angabe erfolgte unbeeinflusst von jeglicher rechtlichen Beratung. Die Beschwerdebehauptung, dass N K Gelegenheit geboten wurde, sich von der Tätigkeit ein Bild vor Ort auf der Baustelle zu machen, wird daher als unglaubwürdige Schutzbehauptung gewertet. Ebenso die in diesem Zusammenhang gemachte zeugenschaftliche Aussage des mit dem Bf verwandten Dienstnehmers I A.

IV. Rechtliche Erwägungen:

IV.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. 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.

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 (zB. Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.

Das Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) regelt in § 9 unter der Überschrift „Besondere Fälle der Verantwortlichkeit“ Folgendes:

„§ 9. (1) Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes

bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

Im gegenständlichen Fall steht unstrittig fest, dass N K am Kontrolltag um 14.13 Uhr zur Sozialversicherung angemeldet wurde. Unbestritten ist nach Abführung des Beweisverfahrens weiters, dass er nach der Anmeldung zur Sozialversicherung in untergeordneter Funktion im Lager in der Firma des Bf gearbeitet hat. Bestritten wurde jedoch, dass N K vor Kontrollbeginn um 13.25 Uhr am 27.04.2020 bereits eine Arbeitstätigkeit durchgeführt hat.

Das Beweisverfahren hat ergeben, dass N K am 27.04.2020 vor der Anmeldung zur Sozialversicherung um 14.13 Uhr bereits Tätigkeiten auf der Baustelle beim Bauvorhaben x, Höhe x durchgeführt hat. Er hat den Arbeitern der Firma x GmbH. geholfen, Gerüstteile für die Beladung des Firmen-LKWs zum Abtransport zu tragen.

IV.2. Der Verwaltungsgerichtshof führt in ständiger Judikatur aus, dass bei einfachen manuellen Arbeiten an sich das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses gemäß § 4 Abs. 2 ASVG – in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte – bei organisatorischer Einbringung in den Betrieb des Arbeitgebers ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden kann. So hat der Verwaltungsgerichtshof in der Entscheidung vom 24.04.2014, 2012/08/0177, bestätigt, dass wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen, d.h. arbeitend, unter solchen Umständen angetroffen werde, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, ist die Behörde berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinne auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen. Spricht also die Vermutung für ein Dienstverhältnis, dann muss die Partei ein ausreichend substantiiertes Vorbringen erstatten, aus dem man anderes ableiten könnte. Im gegenständlichen Verfahren sind jedoch solche atypischen Umstände nicht hervorgekommen.

Der Bf wurde in verschmutzter Arbeitskleidung neben einem noch fertig zu beladendem Firmen-LKW (noch aufzuladende Gerüstteile standen bereits angelehnt am LKW zum Aufladen bereit) von den Kontrollbeamten angetroffen. Außerdem trug er den gleichen Sonnenhut wie die übrigen Arbeitnehmer der Firma des Bf. Dem erhebenden Finanzbeamten wurde darüber hinaus mitgeteilt, dass N K vor Kontrollbeginn beobachtet wurde, wie er Gerüstteile getragen hatte.

Insgesamt ist daher N K. bei der Kontrolle durch die Polizeiorgane bei einer Tätigkeit angetroffen worden, die üblicherweise auf ein Dienstverhältnis als Arbeiter hindeutet. Vom Bf konnte jedenfalls im Rahmen des Verfahrens nichts Gegenteiliges, welches als nachvollziehbar und glaubwürdig einzustufen wäre,

vorgebracht werden. Insgesamt geht daher das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich davon aus, dass am Kontrolltag von N K Arbeitstätigkeiten auf der Baustelle durchgeführt hat und daher von einem Dienstverhältnis iSd § 4 Abs. 2 ASVG auszugehen ist.

Weiters wird vom Bf vorgebracht; dass N K nur die Möglichkeit gegeben werden sollte, sich von der Tätigkeit ein Bild vor Ort auf der Baustelle zu machen und sich Herr N K dann entscheiden hätte können, ob diese Tätigkeit etwas für ihn sei oder nicht.

Der Verwaltungsgerichtshof führte dazu aus:

Der Zweck des ‚Probetages', die Eignung des (potentiellen) Dienstnehmers zu überprüfen, setzt voraus, dass dieser sich zumindest in untergeordneter Weise an der Arbeit (etwa der Regalbetreuung in den Supermärkten) beteiligt, zum anderen wäre auch eine mehrere Stunden dauernde Einschulung (hier das Kennenlernen der Route und der zu verrichtenden Tätigkeiten durch Teilnahme an einer Auslieferungsfahrt) bereits Teil der Betriebsarbeit. Auch ohne ausdrücklich vereinbartes Gehalt, hatte der den Probetag Absolvierende daher Anspruch auf den kollektivvertraglichen bzw. angemessenen Lohn (vgl. § 1152 ABGB); Zur Vermutung der Entgeltlichkeit auch bei Einschulungszeiten s. auch das Urteil des Obersten Gerichtshofes ArbSlg. 8457)." [VwGH 14.2.2013, 2012/08/0023].

In rechtlicher Hinsicht dient das „Schnuppern" daher dem Arbeitnehmer, sich ein Bild vom Arbeitgeber zu machen und die Probearbeit dem Arbeitgeber, sich ein Bild vom Arbeitnehmer zu machen. Während „Schnuppern" nicht zu einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung führt, ist dies bei einer Probearbeit sehr wohl der Fall.

Der VwGH hat in seinem Erkenntnis vom 14. Februar 2013, Zl.: 2012/08/0023, Nachfolgendes erkannt:

„Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung bereits klargestellt, dass es der Annahme eines (versicherungspflichtigen) Probearbeitsverhältnisses nicht entgegensteht, wenn die (Weiter)Beschäftigung vom Ergebnis dieser Erprobung abhängig gemacht wird, zumal im Probearbeitsverhältnis ohnehin die Möglichkeit zu dessen jederzeitigen Auflösung ohne Begründung besteht. Für die danach erforderliche Abgrenzung eines bloßen Vorstellungsgesprächs von der Aufnahme der (auch versicherten) Betriebsarbeit kann es vor dem Hintergrund des Schutzzweckes arbeitsrechtlicher Normen nicht dem Arbeitgeber überlassen werden, eine Beschäftigung, die typischerweise Teil eines Probearbeitsverhältnisses ist, nach Belieben in das Vorstellungsgespräch zu integrieren und so arbeitsuchende Personen zu Arbeitsleistungen ohne Entgeltsanspruch zu verhalten. Die Abgrenzung des Vorstellungsgespräches von einer Arbeitsleistung, die den Beginn eines Arbeitsverhältnisses markiert, hat daher nach objektiven Gesichtspunkten und Berücksichtigung der Übung des redlichen Verkehrs zu erfolgen. Soweit der Arbeitgeber das Vorstellungsgespräch dazu benützt, eine Arbeitsleistung in Anspruch zu nehmen, die

nach Art und Umfang üblicherweise nicht unentgeltlich erbracht wird und dadurch das Vorstellungsgespräch der Sache nach in die eigentliche Betriebsarbeit oder in eine für die Beschäftigung allenfalls erforderliche Einschulung erstreckt, kommt es zu einer einseitigen Verkürzung der Interessen des Arbeitnehmers, ohne dass dies durch berechtigte Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt würde. Eine solche Vorgangsweise entspricht daher nicht der Übung des redlichen Verkehrs (Hinweis E 18.2.2004, Zl.: 2000/08/0180, VwSlg. 16285A/1996).“

Aufgrund der beweiswürdigenden Ausführungen steht für die erkennende Richterin fest, dass von N K am 27.04.2020 vor Kontrollbeginn Arbeitsleistungen durch Gerüstabbauarbeiten zur Beladung eines LKWs ausgeführt wurden und diese Tätigkeit dazu diente, sich dem Dienstgeber ein Bild vom Arbeitenden zu machen. Da zu diesem Zeitpunkt (vor Kontrollbeginn) nachweislich keine Anmeldung zur Sozialversicherung erfolgt ist, ist dem Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer die Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht vorwerfbar.

IV.3. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die „Glaubhaftmachung“ nicht.

Wie bereits oben ausgeführt, ist das Vorbringen des Bf nicht geeignet ihn zu entlasten und damit sein mangelndes Verschulden aufzuzeigen, weshalb ihm fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen ist. Vom Bf wird nicht nachvollziehbar dargelegt, warum es ihm nicht möglich gewesen ist, sich gesetzeskonform zu verhalten und N K bei der Sozialversicherung anzumelden. Insofern ist es dem Bf nicht gelungen, Argumente für sein mangelndes Verschulden aufzuzeigen, weshalb ihm die angelastete Verwaltungsübertretung auch in subjektiver Hinsicht anzulasten ist.

IV.4. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

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

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs. 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

Die belangte Behörde ist – mangels Angabe – von einem monatlichen Einkommen in der Höhe von 2.000 Euro netto, keinem Vermögen und keinen Sorgepflichten ausgegangen. Es konnten weder strafmildernde noch straferschwerende Gründe gefunden werden.

Die belangte Behörde hat über den Bf die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe in der Höhe von 730 Euro verhängt. Da kein beträchtliches Überwiegen der Milderungsgründe vorliegt, fehlen die Voraussetzungen für eine Strafmilderung im Sinne des § 20 VStG.

Der Schutzzweck der hier übertretenen Norm des § 33 Abs. 1 iVm Abs. 2 ASVG ist nicht bloß darauf gerichtet, die Pflichtversicherung für die Beschäftigten sicherzustellen. Wesentlicher Zweck der – vor Arbeitsantritt zu erfüllenden – Meldepflicht gemäß § 33 ASVG ist die Bekämpfung der Schwarzarbeit (VwGH 14.03.2013, 2011/08/0187). Das strafrechtlich geschützte Rechtsgut ist somit sowohl im Hinblick auf die Gewährung des Versicherungsschutzes für die betroffenen Dienstnehmer als auch im Hinblick auf die aus gesamtwirtschaftlicher Sicht gebotene Verhinderung von Schwarzarbeit als überaus bedeutend zu qualifizieren.

Zur Regelung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG ist 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. Gemäß § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG kann die Behörde, anstatt die Einstellung zu verfügen, 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 Einstellung bzw. eine Ermahnung setzt somit gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG voraus, dass die dort genannten Voraussetzungen kumulativ vorliegen. Insbesondere muss daher die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes gering sein. Bei Betrachtung des oben dargelegten Schutzzweckes, der nicht nur den Interessen der Versichertengemeinschaft und des einzelnen Dienstnehmers, der durch die unterlassene Anmeldung Nachteile im sozialversicherungsrechtlichen Leistungsbereich erleiden kann, sondern auch insbesondere der Verhinderung von Schwarzarbeit dient (dazu VwGH 27.04.2011, 2010/08/0172), ist die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes als überaus groß zu qualifizieren, sodass keinesfalls von der in § 45 Abs. 1 Z 4 VStG geforderten „geringen Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes“ gesprochen werden kann. Bereits aus diesem Grund kommt eine Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens bzw. die Erteilung einer Ermahnung iSd § 45 Abs. 1 Z 4 VStG nicht in Betracht. Auch kann im hier vorliegenden Sachverhalt nicht von einem geringen Verschulden des Beschwerdeführers gesprochen werden.

Die belangte Behörde hat im verfahrensgegenständlichen Sachverhalt die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe verhängt. Diese erscheint unter Berücksichtigung der Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes sowie des vorliegenden Verschuldens des Beschwerdeführers, unter Berücksichtigung der bisherigen verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit des Beschwerdeführers sowie im Hinblick auf die soliden finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers auch als tat- und schuldangemessen. Sowohl aus spezialpräventiver Sicht als auch aus generalpräventiven Gesichtspunkten ist die Verhängung einer Geldstrafe in dieser Höhe jedenfalls erforderlich, um auf die Wichtigkeit der Einhaltung der melderechtlichen Vorgaben nach dem ASVG hinzuweisen.

Eine Herabsetzung der Strafe gemäß § 111 Abs. 2 2. Satz ASVG kommt aufgrund des geschilderten Schutzzweckes der übertretenen Norm insofern nicht in Betracht, als gerade dieser Zweck typischerweise durch das Verhalten des Beschwerdeführers konterkariert wurde. Durch die Deliktsverwirklichung im vorliegenden Fall haben sich jene Aspekte geradezu typisch verwirklicht, die durch die Norm verhindert werden sollten, indem der Beschwerdeführer eine Person ohne die entsprechende sozialversicherungsrechtlich gebotene Meldung durchzuführen, als Bauhilfskraft auf seiner Baustelle eingesetzt hat. Bereits aufgrund der geradezu typischen Deliktsverwirklichung können die Folgen dieser Rechtsverletzung nicht

als unbedeutend qualifiziert werden. Zudem entspricht es der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass das typische Bild eines Meldeverstoßes vorliegt, wenn die Anmeldung des Dienstnehmers zum Zeitpunkt der Kontrolle noch nicht nachgeholt worden ist, sodass die Folgen des Meldeverstoßes in einem solchen Fall nicht (iSd § 111 Abs. 2 letzter Satz) als unbedeutend anzusehen sind (dazu beispielsweise VwGH 10.04.2013, 2013/08/0041 mwN; zuletzt: VwGH 14.12.2020, Ra 2020/08/0144).

Aus den angeführten Gründen war spruchgemäß zu entscheiden und die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG hat der Bf einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 20 % der verhängten Strafe, das sind 146 Euro, zu bezahlen.

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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen 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 keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Hinsichtlich der Abgrenzung zwischen einem „Schnuppern“ des Arbeitnehmers und einer sozialversicherungspflichtigen Probearbeit wird auf die oben zitierten Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes verwiesen. Die vorliegende Entscheidung weicht von dieser Judikatur nicht ab.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich außerdem aus den konkreten Aussagen der Zeugen und den Ausführungen des Bf. Die vorliegende Entscheidung betrifft daher nur den konkret vorliegenden Einzelfall. Auch 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 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

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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Saxinger