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-302993/4/AL/Mu

Datum:
Linz, 15. März 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lukas über die Beschwerde des A S, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 9.4.2021, GZ: BHFR/920060015599/20, wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG)

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Die beschwerdeführende Partei hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 146 Euro zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt (im Folgenden: belangte Behörde) vom 9.4.2021, GZ: BHFR/920060015599/20, wurde über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 111 Abs. 2 iVm § 111 Abs. 1 Z 1 iVm § 33 ASVG, eine Geldstrafe in der Höhe von 730 Euro und für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 112 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag von 73 Euro vorgeschrieben.

Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„ Datum/Zeit: 31.08.2020, 06:00 Uhr – 02.09.2020, 10:00 Uhr
Ort: x, x
Sie haben es als gemäß § 9 VStG 1991 zur Vertretung nach außen Berufener der Firma x GmbH in x, zu verantworten, dass die Firma nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person handelt, von 31.08.2020 um 06:00 Uhr bis 02.09.2020 um 10:00 Uhr beschäftigt war, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Österreichischen Gesundheitskasse angemeldet wurde.

Sie wären als gemäß § 9 VStG 1991 zur Vertretung nach außen Berufener verpflichtet gewesen, den Beschäftigten, welcher als Verleger einer Fußbodenheizung tätig war, vor Arbeitsantritt anzumelden, jedoch wurde die Meldung für den Beschäftigungszeitraum von 31.08.2020 bis 02.09.2020 erst am 06.10.2020 erstattet.

Name: V S geb. x, bulgarischer Staatsbürger
Arbeitsantritt: 31.08.2020 um 06:00 Uhr
Beschäftigungsort: x“

I.2. Dagegen wurde vom Bf mit E-Mail vom 29.4.2021 rechtzeitig Beschwerde eingebracht und das Absehen von der Strafe beantragt. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der im Spruch angeführte Arbeitnehmer im Zeitraum vom 31.08.2020 bis 02.09.2020 lediglich im Rahmen einer Probearbeit beschäftigt und laut dessen Angaben zu diesem Zeitpunkt beim AMS angemeldet gewesen sowie dort vereinbart worden sei, dass dieser in seinem Unternehmen zur Probearbeit antreten könne. Der im Spruch angeführte Dienstnehmer habe schon einmal für das Unternehmen gearbeitet. Bei der erneuten Beschäftigungsanfrage habe dieser mitgeteilt, dass er mittlerweile viel dazu gelernt habe, weshalb er das Unternehmen davon in der Probearbeit überzeugen habe wollen. Nach positivem Verlauf wäre dieser Arbeitnehmer nach der 3-tägigen Probezeit zur Sozialversicherung angemeldet worden. Daher und nachdem ihm ferner von diesem Dienstnehmer versichert worden sei, dass die Probearbeit mit dem Arbeitsamt vereinbart worden sei, sei er sich keiner Schuld bewusst. Sein

Unternehmen beschäftige seine Mitarbeiter seriös, es würden stets die Abgaben ordnungsgemäß bezahlt und lägen bislang keine vorsätzlichen Handlungen vor.

I.3. Die belangte Behörde hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 5.5.2021 zur Entscheidung vorgelegt. Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin zu entscheiden.

I.4. Mit Schreiben des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 21.12.2021 wurde das Amt für Betrugsbekämpfung, Finanzpolizei Team 44, am Beschwerdeverfahren beteiligt, indem ihm die Beschwerde des Bf übermittelt und ihm die Gelegenheit dazu gegeben wurde, dazu eine Stellungnahme abzugeben.

In seiner Stellungnahme vom 30.12.2021 führte dieses unter Hinweis auf die Ausführungen des Bf vom 26.4.2021 und den Angaben des im Spruch angeführten Dienstnehmers im Rahmen dessen einvernehmlicher Niederschrift aus, dass es sich bei den Rechtfertigungsangaben des Bf, dass die Probezeit aufgrund einer Vereinbarung zwischen dem AMS und diesem Arbeitnehmer zustande gekommen wäre, um eine reine Schutzbehauptung handle. Vereinbarungen über „spezielle Dienstverhältnisse“, die über das AMS abgewickelt werden (zB. im Rahmen von Stiftungen), werden üblicherweise zwischen dem AMS und dem Arbeitgeber abgeschlossen und nicht zwischen dem AMS und Dienstnehmern, die dann ihrerseits den Arbeitgeber darüber informieren. Nach Ansicht der Abgabenbehörde sei im vorliegenden Fall die Initiative zur Probearbeit offenbar vom Bf ausgegangen. Demgegenüber seien daher auch die Ausführungen des betreffenden Arbeitnehmers glaubwürdiger zu werten, weil diese kurz nach dessen Beschäftigung niederschriftlich festgehalten worden seien. Unstrittig sei jedenfalls, dass dieser Dienstnehmer gearbeitet hat und nicht rechtzeitig zur Sozialversicherung angemeldet worden ist, weshalb auch im gegebenen Fall von einer vorsätzlichen Nichtanmeldung auszugehen sei, da gemäß der vorliegenden Niederschrift der Bf ferner gesagt habe: „S du bist Probezeit. Du bist jetzt noch beim AMS. Bleib jetzt noch beim AMS.“ Aufgrund dieser Gründe beantragte das Amt für Betrugsbekämpfung die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung des angefochtenen Straferkenntnisses.

I.5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt. Aufgrund der darin enthaltenen Dokumentationen des Amtes für Betrugsbekämpfung, Finanzpolizei Team 44, den Ausführungen in der Stellungnahme des Bf vom 24.2.2021 und dessen Beschwerdeschrift vom 29.4.2021 sowie den Ausführungen zur Beschwerdeschrift in der Stellungnahme des Amtes für Betrugsbekämpfung, Finanzpolizei Team 44, vom 30.12.2021, an deren Richtigkeit kein Grund zu zweifeln besteht, sowie, da eine mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt und einem Entfall der Verhandlung weder Art. 6 EMRK noch Art. 47 der EU-

Charta der Grundrechte entgegenstehen (§ 44 Abs. 4 VwGVG), konnte von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden.

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

II.1. Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma x GmbH mit Sitz in x.

Gemäß der Strafanzeige der Finanzpolizei vom 14.9.2020, FA-GZ: 052/10387/9/4420, teilte das Arbeitsmarktservice Freistadt am 7.9.2020 telefonisch der Abgabenbehörde mit, dass der bulgarische Staatsbürger S V vom 31.8.2020 bis 2.9.2020 für die gegenständliche Firma tätig geworden ist, ohne zur Sozialversicherung angemeldet worden zu sein, weshalb auch die Leistungen aus dem Arbeitslosenversicherungsgesetz für diesen Dienstnehmer aberkannt wurden. Dieser Anzeige wurden u.a. die mit dem im Spruch angeführten Arbeitnehmer angefertigte Niederschrift vom 10.9.2020, ein Auszug der Sozialversicherungs-Abfrage und ein GISA-Registerabfrage-Auszug beigelegt.

Am 10.9.2020 gab der im Spruch genannte Dienstnehmer im Rahmen seiner niederschriftlichen Einvernahme an, dass er vom 31.8.2020 bis 2.9.2020 für die gegenständliche Firma gearbeitet habe. Ferner habe er bereits schon von Februar 2019 bis März 2020 für diese gearbeitet und ist dann aufgrund der Corona-Pandemie gekündigt worden. Im Mai oder Juni 2020 sei er dort wieder für ca. 2 Wochen beschäftigt gewesen. Auf Facebook habe er dann gelesen, dass dieses Unternehmen wieder Arbeitnehmer sucht, weshalb er dem Bf eine Messenger-Nachricht geschrieben habe. Der Bf habe ihm daraufhin mitgeteilt, dass er am nächsten Tag um 14:00 Uhr im Unternehmen vorbeischauen soll. Als Beweis wurde vom AMS der diesbezügliche Messenger-Nachrichten-Verkehr zwischen dem Bf und dem betreffenden Arbeitnehmer abgelichtet. Am Freitag, 28.8.2020, sei er zum Firmensitz gefahren und habe mit dem Bf vereinbart, dass er am Montag zu arbeiten beginnen soll. Danach habe er noch am selben Tag das Werkzeug der Firma auf ein Firmenauto geladen. Am 31.8.2020 ist er um 06:00 Uhr zum Unternehmen gefahren, hat das restliche Werkzeug aufgeladen und ist anschließend um 06:30 Uhr alleine mit dem Firmenauto auf die Baustelle der Firma nach Saalfelden gefahren. Dort waren andere Arbeitnehmer anwesend. Der Bf habe zu ihm gesagt, dass es sich bei der ersten Woche um eine Probearbeitszeit handle und, wenn er seine Arbeit gut machen werde, würde er mit ihm einen Arbeitsvertrag machen. Der im Spruch angeführte Dienstnehmer sei der Meinung gewesen, dass er ab dem ersten Tag seiner Beschäftigung zur Sozialversicherung gemeldet werde. Er habe auch mit dem Bf über den Lohn gesprochen und ihm wurde dazu mitgeteilt, dass er ca. 2.200 Euro pro Monat erhalten würde. Für die Beschäftigung habe er auch vom Unternehmen zwei T-Shirts bekommen. Eine Hose habe er noch vom letzten Mal gehabt. Am 2.9.2020 um ca. 06:00 Uhr sei er

aber wegen der Geburt seines Kindes wieder mit dem Firmenauto vom Arbeitsort in S nach Hause gefahren, habe um 10:00 Uhr das Firmenauto beim Unternehmen des Bf abgestellt und sei anschließend in das Krankenhaus gefahren. Dort habe er dann erfahren, dass seine Frau nicht versichert wäre und die Krankenhauskosten selber zu bezahlen habe. Deshalb habe er den Bf angerufen und die Krankenhausmitarbeiterin habe dann mit dem Bf gesprochen. Dabei habe er mithören können, dass er in Probezeit sei. Zu diesem Zeitpunkt sei ihm bewusst geworden, dass er nicht zur Sozialversicherung angemeldet worden sei. Er sei daraufhin zum AMS gefahren und habe dort erklärt, dass er für das gegenständliche Unternehmen tätig sei und ihm nicht bekannt sei, warum er von dieser Firma nicht zur Sozialversicherung angemeldet worden sei. Vom AMS sei ihm mitgeteilt worden, dass es sich bei dieser Tätigkeit um eine Schwarzarbeit gehandelt habe, weil er eigentlich ab der ersten Sekunde angemeldet werden hätte müssen. Der Bf hätte ihm dann in einem anschließenden Telefonat erklärt, dass er nur in der Probezeit sei und er derzeit noch beim AMS gemeldet sei. Gemäß dem Bf habe er noch weiter beim AMS gemeldet bleiben sollen und, wenn seine Frau vom Krankenhaus nach Hause kommt, sich wieder bei ihm melden sollen. Danach hätte ihn der Bf für eine Woche zur Probe beschäftigt und anschließend mit ihm vielleicht einen Arbeitsvertrag abgeschlossen. Vor dem AMS gab der betreffende Arbeitnehmer weiters an, dass er auf der betreffenden Baustelle eine Fußbodenheizung verlegt habe und er schon seit ca. 20 Jahren in diesem Bereich tätig sei. Am 31.8.2020 habe er von 06:00 Uhr bis 18:00 Uhr und am 1.9.2020 ca. 11 Stunden gearbeitet. Am 2.9.2020 sei er um ca. 05.30 Uhr von Saalfelden in das gegenständliche Unternehmen gefahren. Für diesen Tag habe er keine Stunden aufgeschrieben. Normalerweise hätten alle Arbeitnehmer auf ihrem Handy ein Programm, wo die Arbeitsstunden eingetragen werden. Bei ihm habe dieses Programm aber nicht funktioniert. Für die gegenständliche Tätigkeit habe er keinen Lohn erhalten. Am 1.9.2020 sei der Bf auf der Baustelle anwesend gewesen.

Aus dem im Akt einliegenden Auszug des AJ-WEB-Auskunftsverfahrens mit der Transaktionsnummer 0746385147130 ist ersichtlich, dass der betreffende Dienstnehmer ab 4.8.2020 laufend arbeitssuchend beim AMS gemeldet und sowohl vom 1.7.2019 bis 24.3.2020 als auch vom 12.5.2020 bis 2.6.2020 bei dem gegenständlichen Unternehmen beschäftigt und zur Sozialversicherung angemeldet war.

Im Zuge der Aufforderung zur Rechtfertigung führte der Bf in seiner Stellungnahme vom 24.2.2021 aus, dass sich der betreffende Dienstnehmer bei ihm wegen einer Probearbeit in der Zeit vom 31.8.2020 bis 2.9.2020 mit dem Hinweis, dass das AMS darüber Bescheid weiß und er zur Probe arbeiten könne, gemeldet habe. Aufgrund dieser Annahme und, dass dieser beim AMS gemeldet gewesen sei, habe er ihn nicht zur Sozialversicherung angemeldet. Anfang Oktober sei er von einer Mitarbeiterin der Österr. Gesundheitskasse (ÖGK) telefonisch

aufgefordert worden, diesen Arbeitnehmer vom 31.8.2020 bis 2.9.2020 beim Sozialversicherungsträger anzumelden und ihm einen entsprechenden Lohn auszubezahlen. In der Folge sei dieser am 6.10.2020 über die Lohnverrechnung seines Unternehmens angemeldet worden und wurde ihm auch der noch ausständige Lohn ausbezahlt. Als Beweis wurde dieser Stellungnahme ein Auszug aus dem elektronischen Datensammelsystem der Sozialversicherungsträger für ÖGK-O und eine Lohnabrechnung des betreffenden Dienstnehmers vom Oktober 2020 für die Beschäftigung vom 31.8.2020 bis 2.9.2020 der belangten Behörde vorgelegt. Aus diesem Auszug geht hervor, dass der betreffende Arbeitnehmer am 6.10.2020 nachträglich für das Unternehmen und für den gegenständlichen Zeitraum zur Sozialversicherung angemeldet wurde.

Der Bf ist bislang verwaltungsstrafrechtlich unbescholten.

II.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt, insbesondere aus der Strafanzeige des Amtes für Betrugsbekämpfung, Finanzpolizei Team 44, vom 14.12.2020 samt deren Beilagen und deren Stellungnahme vom 30.12.2021 sowie der Stellungnahme des Bf vom 24.2.2021 und dessen Beschwerde vom 29.4.2021 und ist in dieser Form unbestritten. Strittig ist lediglich die rechtliche Frage, ob bereits eine aufgenommene Probearbeit zur Sozialversicherung angemeldet werden muss.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Gemäß § 4 Abs. 2 erster Satz Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG), BGBl. 189/1955 idgF, 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.

Nach § 33 Abs. 1 ASVG haben die Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach diesem Bundesgesetz in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Vollversicherte und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden und binnen sieben Tagen nach dem Ende der Pflichtversicherung abzumelden. Die An(Ab)meldung durch den Dienstgeber wirkt auch für den Bereich der Unfall- und Pensionsversicherung, soweit die beschäftigte Person in diesen Versicherungen pflichtversichert ist.

Gemäß § 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 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 pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

Gemäß § 111 Abs. 1 Z 1 ASVG 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 die Anmeldung zur Pflichtversicherung oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet.

Nach § 111 Abs. 2 ist die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu bestrafen, und zwar mit Geldstrafe von 730 Euro bis zu 2.180 Euro, im Wiederholungsfall von 2.180 Euro bis zu 5.000 Euro, bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen, sofern die Tat weder den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet noch nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist. Unbeschadet der §§ 20 und 21 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 kann die Bezirksverwaltungsbehörde bei erstmaligem ordnungswidrigen Handeln nach Abs. 1 die Geldstrafe bis auf 365 € herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

III.2. Im vorliegenden Fall steht unbestritten fest, dass der betreffende Dienstnehmer vom 31.8.2020, 06:00 Uhr, bis 2.9.2020, 10:00 Uhr, für das gegenständliche Unternehmen tätig geworden ist, ohne beim Sozialversicherungsträger angemeldet worden zu sein. Die Anmeldung zur Sozialversicherung erfolgte erst am 6.10.2020, nachdem der Bf vom Sozialversicherungsträger dazu aufgefordert wurde. In der Beschwerdeschrift führte der Bf aus, dass es sich noch um kein Beschäftigungsverhältnis gehandelt habe, sondern lediglich um eine „Probearbeit“. Strittig ist daher lediglich die Frage, ob es zutrifft, dass eine aufgenommene Probearbeit noch nicht zur Sozialversicherung angemeldet werden hätte müssen, oder ob bereits mit der Aufnahme der Probearbeit ein die Meldepflicht nach § 33 ASVG auslösendes versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt, welches beim Sozialversicherungsträger gemeldet werden hätte müssen.

Unter einem Beschäftigungsverhältnis ist grundsätzlich das dienstliche Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit des Dienstnehmers iSd § 4 Abs. 2 ASVG zu dem Dienstgeber iSd § 35 Abs. 1 erster Satz ASVG zu verstehen. Ob

jemand in einem Beschäftigungsverhältnis iSd § 4 Abs. 2 ASVG steht, ist daher immer in Bezug auf eine bestimmte andere Person, nämlich grundsätzlich den Dienstgeber, zu prüfen (VwGH vom 21.4.2004, 2001/08/0130).

Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer iSd Bundesgesetzes, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird. Bei der Prüfung der Versicherungspflicht nach § 4 ASVG ist die vertragliche Gestaltung der Beschäftigung in die Beurteilung des Gesamtbildes derselben einzubeziehen, wobei entscheidend bleibt, ob bei der tatsächlichen – und nicht bloß bei der vereinbarten – Beschäftigung im Rahmen der Beurteilung des Gesamtbildes derselben die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen (VwGH vom 4.6.2008, 2007/08/0179).

Die Entscheidung über das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung iSd § 4 Abs. 2 ASVG ist das Ergebnis einer im Einzelfall vorzunehmenden Gesamtabwägung der maßgeblich für bzw. gegen das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses sprechenden Umstände und Merkmale (VwGH vom 27.4.2020, Ra 2019/08/0080).

Vom Bf wurde sowohl in seiner Stellungnahme vom 24.2.2021 als auch in seiner Beschwerde vom 29.4.2021 stets vorgebracht, dass es sich bei der Beschäftigung des betreffenden Dienstnehmers noch nicht um ein Arbeitsverhältnis gehandelt hätte, sondern lediglich um eine „Probearbeit“, um sich davon überzeugen zu können, ob dieser Dienstnehmer, welcher schon mehrmals für das Unternehmen tätig geworden war, in der Zwischenzeit tatsächlich viel dazu gelernt hat, um mit ihm dann tatsächlich einen Arbeitsvertrag vereinbaren zu können.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes setzt der Zweck eines „Probetages“, die Eignung des (potentiellen) Dienstnehmers zu überprüfen 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 Einschuldung (hier das sich Überzeugen davon, ob der Dienstnehmer für seine Tätigkeit etwas in den letzten Monaten dazugelernt hat) bereits als Teil der Betriebsarbeit anzusehen. Auch ohne ausdrücklich vereinbartes Gehalt, hatte der den Probetag Absolvierende daher Anspruch auf den kollektivvertraglichen bzw. angemessenen Lohn (VwGH vom 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 Verwaltungsgerichtshof hat auch in seinem Erkenntnis vom 14.2.2013, 2012/08/0023, 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 jederzeitiger Auflösung ohne Begründung besteht. Für die danach erforderliche Abgrenzung eines bloßen Vorstellungsgespräches 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 arbeitssuchende Personen zu Arbeitsleistungen ohne Entgeltanspruch 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 eigentlich 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 (vgl. VwGH vom 18.2.2004, 2000/08/0180, VwSlg. 16285A/1996).

Im gegenständlichen Fall bestand die Probearbeit darin, dass der betreffende Dienstnehmer bereits im Anschluss seines Vorstellungsgespräches am 28.8.2020 (ein Freitag) das Firmenwerkzeug auf ein Firmenfahrzeug und folglich am 31.8.2020 (ein Montag) um 06:00 Uhr bei der Firma das restliche Werkzeug auf das bereits beladene Fahrzeug aufgeladen hatte. Danach fuhr dieser um 06:30 Uhr alleine auf die Baustelle nach Saalfelden. Erst dort waren auch andere Arbeitnehmer der gegenständlichen Firma anwesend, wo sie gemeinsam die Fußbodenheizung verlegten. Am ersten Arbeitstag war er für dieses Unternehmen für 12 Stunden und am zweiten Tag für 11 Stunden tätig. Für diese Tätigkeit bekam er auch zwei Firmen-T-Shirts. Eine Arbeitshose dieser Firma hatte er noch von seiner letzten Beschäftigung. Am 2.9.2020 fuhr der Bf aufgrund der Geburt seines Kindes vom Arbeitsort zurück zum Unternehmen, wo er das Firmenauto um ca. 10:00 Uhr abstellte. Aufgrund dieser Umstände steht für die erkennende Richterin fest, dass dieser Dienstnehmer über mehrere Stunden jedenfalls von 31.8.2020 bis 2.9.2020 an der Arbeit zur Verlegung einer Fußbodenheizung in untergeordneter Weise beteiligt war und Arbeitsleistungen für dieses Unternehmen leistete, weshalb im vorliegenden Fall von einem Beschäftigungsverhältnis gemäß § 4 Abs. 2 ASVG iVm § 35 Abs. 1 erster Satz ASVG auszugehen ist.

Für die erkennende Richterin steht daher fest, dass der im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses angeführte Arbeitnehmer vom 31.8.2020, 06:00 Uhr, bis 2.9.2020, 10:00 Uhr, für den Bf tätig wurde, diese Beschäftigung dem Bf wirtschaftlich zugute kam und dem Bf dazu diente, sich vom Arbeitenden ein Bild zu machen.
Die Nichtanmeldung beim zuständigen Sozialversicherungsträger vor Arbeitsantritt wurde auch vom Bf nicht bestritten, sodass dem Bf als handelsrechtlichen Geschäftsführer die gegenständliche Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht vorwerfbar ist.

III.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 (Ungehorsamdelikt).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamdelikt 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.

Im vorliegenden Fall rechtfertigte sich der Bf dahingehend, dass es sich beim betreffenden Dienstnehmer um noch kein Dienstverhältnis, sondern lediglich um eine Probearbeit gehandelt hätte, die von diesem vorab auch mit dem Arbeitsamt abgeklärt worden wäre. Der Bf selbst hat sich diesbezüglich jedoch nicht bei einer hierfür zuständigen Stelle oder Behörde erkundigt, um die Rechtsfrage zu klären, ob durch eine Probearbeit bereits ein Dienstverhältnis besteht, welches eine Anmeldung zur Sozialversicherung vor Dienstantritt erfordert.

Bei fehlenden Kenntnissen zur Beurteilung der Verpflichtung der Meldung zur Sozialversicherung trifft den Meldepflichtigen eine entsprechende Erkundigungspflicht. Das Verschulden des Bf besteht folglich darin, dass er als zur Vertretung nach außen Berufener seiner GmbH die Meldung zur Sozialversicherung nicht vorgenommen und er sich nicht bei einer hierfür zuständigen Stelle erkundigt hat, ob schon bei einer Aufnahme einer Probearbeit eine solche Meldung erforderlich ist oder nicht.

Gemäß der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH vom 20.6.2018, Ra 2017/08/0012) trifft einen Meldepflichtigen, der nicht über alle zur

Erfüllung seiner gesetzlichen Verpflichtung notwendigen Kenntnisse verfügt, eine grundsätzliche Erkundigungspflicht. Im Rahmen dieser Erkundigungspflicht ist der Meldepflichtige angehalten, sich über die Vertretbarkeit seiner Rechtsauffassung bei der Behörde bzw. bei einer zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugten Person oder Stelle Gewissheit zu verschaffen.

Dass der Bf betreffend einer Anmeldung zur Sozialversicherung bei Aufnahme einer Probearbeit entsprechende Erkundigungen durchgeführt hätte, wurde allerdings von ihm weder behauptet noch nachgewiesen. Auch die subjektive Meinung des Bf, dass bei einer Probearbeit noch keine Sozialversicherungspflicht vorliege, beruht auf seinen diesbezüglichen mangelnden Kenntnissen und kann ihn dies aus subjektiver Sicht auch nicht entlasten (vgl. VwGH vom 22.2.2012, 2010/08/0190). Im Beschwerdeverfahren sind daher keine Umstände hervorgetreten die auf ein mangelndes Verschulden des Bf am Zustandekommen der ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretung schließen lassen. Die gegenständliche Verwaltungsübertretung ist ihm daher auch in subjektiver Hinsicht zuzurechnen.

III.4. 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.

Der Schutzzweck der hier übertretenen Norm des § 33 Abs. 1 iVm Abs. 2 ASVG ist nicht bloß darauf gerichtet, die Pflichtversicherung für die Beschäftigung sicherzustellen. Wesentlicher Zweck der – vor Arbeitsantritt zu erfüllenden – Meldepflicht gemäß § 33 ASVG ist die Bekämpfung der Schwarzarbeit (VwGH 14.3.2013, 2011/08/0187). Das strafrechtlich geschützte Rechtsgut ist somit

sowohl im Hinblick auf die Gewährung des Versicherungsschutzes für den betroffenen Dienstnehmer (und allenfalls auch seiner Familie) als auch im Hinblick auf die aus gesamtwirtschaftlicher Sicht gebotene Verhinderung von Schwarzarbeit als überaus bedeutend zu qualifizieren.

III.5. Von der belangten Behörde wurde über den Bf die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe in der Höhe von 730 Euro verhängt. Strafmildernde und straferschwerende Umstände wurden von ihr keine berücksichtigt. Bei der Strafbemessung ging sie mangels Mitwirkung des Bf von einem monatlichen Nettoeinkommen in der Höhe von 1.500 Euro, keinem nennenswerten Vermögen und keinen Sorgepflichten aus.

Bei der Strafbemessung sind zwar auch als mildernd die verwaltungsstrafrechtliche absolute Unbescholtenheit des Bf und die kurze Dauer der Tätigkeit des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, allerdings ist demgegenüber erschwerend zu werten, dass dieser Arbeitnehmer von ihm erst nach der Aufklärung durch eine Mitarbeiterin der ÖGK am 6.10.2020, also fast ein Monat später, beim zuständigen Sozialversicherungsträger angemeldet wurde, weshalb im vorliegenden Fall kein geringfügiges Verschulden vorliegt; insbesondere auch deshalb, weil er als das nach außen berufene Organ seiner Firma auch keine entsprechenden Erkundigungen bei der zuständigen Behörde betreffend einer Anmeldung zur Sozialversicherung bei Aufnahme einer Probearbeit durchgeführt hatte. Schon aufgrund dieser erschwerenden Umstände und, zumal auch ein Überwiegen der Milderungsgründe über die Erschwerungsgründe nicht festgestellt werden konnte und der Bf auch den von der Behörde angenommenen Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen nicht entgegengetreten ist, kam eine weitere Herabsetzung der verhängten Strafhöhe unter Anwendung des § 111 Abs. 2 ASVG auf die Hälfte nicht in Betracht.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich kommt daher zur Ansicht, dass die von der belangten Behörde verhängte gesetzliche Mindeststrafe unter Berücksichtigung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes sowie des vorliegenden Verschuldens des Bf, unter Berücksichtigung der bisherigen absoluten Unbescholtenheit des Bf, auch tat- und schuldangemessen ist. 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.

III.6. Gemäß § 52 Abs. 1 VwGVG ist in jedem Erkenntnis, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat. Abs. 2 par. cit. normiert, dass dieser Beitrag mit 20 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit 10 Euro zu

bemessen ist. Es sind dem Bf daher 146 Euro als Verfahrenskostenbeitrag vorzuschreiben.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

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, 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

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

Dr. Lukas