

# TE UVS Steiermark 2011/02/16 30.15-35/2010

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 16.02.2011

## **Spruch**

Der Unabhängige Verwaltungssenat für die Steiermark hat durch das Senatsmitglied Dr. Renate Merl über die Berufung des Herrn H Sch, geb. am, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. U S, Hg E, B/M, gegen das Straferkenntnis des Bezirkshauptmannes von Bruck/Mur vom 28.09.2010, GZ.: BHBM-15.1-7439/2009, wie folgt entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (im Folgenden AVG) in Verbindung mit § 24 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (im Folgenden VStG) wird der Berufung Folge gegeben, das Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG eingestellt.

## **Text**

Mit dem Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses wurde dem Berufungswerber nachstehende Übertretung des § 33 Abs 2 ASVG zur Last gelegt:

Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher der Firma G Sch GmbH mit Geschäftsanschrift in O, L, zu verantworten, dass die genannte Firma als DienstgeberIn nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Unfallversicherung pflichtversicherte Person handelt, am 27.10.2008 um 16:45 Uhr beschäftigt obwohl diese nicht vor Arbeitsbeginn beim Träger der Krankenversicherung, der beim Bestehen einer Krankenversicherung nach diesem Bundesgesetz für sie sachlich und örtlich zuständig wäre, angemeldet zu haben, obwohl Abs. 1 auch 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 gilt, 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.

Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den/die Beschäftigte(n) vor Arbeitsantritt anzumelden.

Name Mi Sh, geb..

Arbeitsantritt: 27.10.2008, spätestens um 16:45 Uhr (Hervorhebungen durch UVS)

Wegen dieser Übertretung des § 33 Abs 2 ASVG wurde über den Berufungswerber eine Geldstrafe von ? 730,00 verhängt.

In seiner dagegen rechtzeitig eingebrachten Berufung wandte der Bestrafte ein, Frau Sh sei am Kontrolltag nicht in einem Arbeitsverhältnis gestanden. Sowohl er, als auch seine Tochter und Co-Geschäftsführerin, Ga Sf, seien mit Frau Sh schon seit deren Kindheit befreundet, hätten mit ihr regelmäßig Kontakt und seien auch schon mehrere gemeinsame Urlaube mit ihr verbracht worden. Lediglich auf Grund eines Personalmangels habe seine Tochter ihre Freundin kurzfristig ersucht, ob sie ihr über die Allerheiligen-Tage ein paar Stunden aushelfen könne. Dies sei keinesfalls ein Arbeitsverhältnis gewesen, da weder über Beginn noch Ende desselben noch über eine Arbeitszeit gesprochen worden sei, geschweige denn über eine Entlohnung, sondern sei es für die Freundinnen klar gewesen, dass Frau Sh lediglich so lange helfen sollte, als dies unbedingt nötig war. Dass Frau Sh im Winter in den Räumlichkeiten der G Sch GesmbH ein paar ihrer großen Pflanzen einstellen dürfe, sei nicht im Zusammenhang mit der Hilfe zu Allerheiligen gestanden, insbesondere habe es sich nicht um die Gegenleistung für die am Kontrolltag getätigten Aushilfe gehandelt. Er selbst habe von dem gegenständlichen Personalengpass und von der kurzfristig zwischen seiner Tochter und Frau Sh getroffenen Vereinbarung überhaupt nichts gewusst.

Das Verfahren wurde gemäß § 51e Abs 7 VStG mit dem wegen des gleichen Vorfalls zu GZ: UVS 30.15-36/2010, gegen die Tochter und Co-Geschäftsführerin des Berufungswerbers, Frau Ga Sf, anhängigen Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung verbunden.

Nach Durchführung einer öffentlichen, mündlichen Berufungsverhandlung am 01.02.2011 wird nach Befragung der beiden Berufungswerber sowie der Zeugen Er E und Mi Sh unter Verwertung der in der Verhandlung vorgekommenen Urkunden, insbesondere der Anzeige des Finanzamtes Bruck-Leoben-Mürzzuschlag samt Beilagen (Erhebungsbogen) nachstehender, entscheidungsrelevanter Sachverhalt als erwiesen angenommen:

Der Berufungswerber ist seit dem 07.08.2002 gemeinsam mit seiner Tochter Ga Sf selbstständig vertretungsbefugter handelsrechtlicher Geschäftsführer der G Sch GesmbH mit dem Sitz in O, L. Zwischen Vater und Tochter besteht eine interne Aufgabenteilung dahingehend, dass sich H Sch weitgehend aus dem Geschäftsbetrieb zurückgezogen hat. Er ist nahezu ausschließlich für den Gemüseein- und verkauf zuständig und betreut mehrere Verkaufsstände auf Wochenmärkten. Für den Gartenbaubetrieb ist Frau Ga Sf alleine verantwortlich, dies gilt insbesondere auch für Personalanstellungen. Es werden zwischen 12 und 15 fix angestellte Mitarbeiter beschäftigt, dazu kommen saisonbedingte Aushilfen, z.B. für Allerheiligen, das Weihnachtsgeschäft und die Tage rund um den Valentinstag.

Frau Sf ist mit Frau Mi Sh schon seit ihrer Kindheit über die Landjugend befreundet. Die beiden Frauen treffen sich regelmäßig und haben auch schon mehrere Urlaube miteinander verbracht. Frau Sh war in den Jahren 1991 bis 1994 mit karenzurlaubsbedingten Unterbrechungen als vollbeschäftigte Mitarbeiterin in der G Sch GesmbH tätig, unterbrach dann ihre Berufstätigkeit für einige Jahre, um sich der Erziehung ihrer insgesamt vier Kinder zu widmen und war danach in den Jahren 2006 und 2007 wieder als geringfügig beschäftigte Mitarbeiterin im Betrieb des Berufungswerbers tätig.

Frau Sh stellt schon seit vielen Jahren ihre ca. 30 bis 40 Stück Kübelpflanzen, welche sie zu Hause aus Platzgründen nicht überwintern kann, über die Wintermonate im Gartenbaubetrieb des Berufungswerbers ein. Es handelt sich hiebei um eine kostenlose Überwinterungsmöglichkeit unabhängig davon, ob Frau Sh in dem betreffenden Jahr im Betrieb tätig war oder nicht. Dieses Einstellen der Kübelpflanzen wird im Betrieb nur für Familienangehörige und Freunde kostenlos angeboten, nicht jedoch für Kunden gegen Bezahlung.

Im Jahr 2008 hatte Frau Sh ab dem 04.11.2008 bereits eine fixe Wiedereinstellungszusage im Betrieb der Frau Ga Sf. Eine Arbeitsaufnahme bereits im Oktober 2008 kam für Frau Sh damals deshalb nicht in Betracht, weil im Herbst in der von Frau Sh und ihrem Gatten betriebenen Landwirtschaft noch viel zu tun war und eines ihrer Kinder gerade die Schule gewechselt hatte. Am 27.10.2008 ergab sich für Frau Ga Sf kurzfristig ein Personalengpass, da einer ihrer Mitarbeiter erkrankt war und zwei Lehrlinge nicht, wie in den Vorjahren üblich, über Allerheiligen in der Berufsschule frei bekommen hatten, um in ihrem Betrieb mitarbeiten zu können. Frau Ga Sf rief daher Frau Sh an und fragte diese, ob es ihr möglich sei, für ein paar Stunden auszuhelfen. Frau Sh teilte ihrer Freundin mit, dass sie an diesem Tag ein paar Stunden Zeit hätte. Sie verband dies mit der ohnedies geplanten Anlieferung ihrer Kübelpflanzen und traf zwischen 09.00 Uhr und 10.00 Uhr im Gartenbaubetrieb ein. Ab diesem Zeitpunkt half sie im Verkauf mit. Zwischen den Frauen war nicht über die Dauer dieser Aushilfe gesprochen worden, auch nicht über eine Bezahlung. Beide Frauen betrachteten dies als Freundschaftsdienst. Frau Sh selbst schätzte, dass sie an den Tagen vor Allerheiligen insgesamt 10 Stunden aushelfen würde.

Am 27.10.2008 führte Er E am späteren Nachmittag gemeinsam mit mehreren Beamten des Finanzamtes Bruck-Leoben-Mürzzuschlag im Rahmen einer Schwerpunktaktion eine Kontrolle des gegenständlichen Gartenbaubetriebes durch. Während sich die übrigen Beamten in anderen Teilen des Firmenareals aufhielten, traf Herr E im Verkaufsraum auf Frau Sh, welche gerade bei einem Tisch stand, auf welchem Blumentöpfe abgestellt waren. Herr E begab sich mit Frau Sh in den unmittelbar angrenzenden Produktionsraum, wo Frau Ga Sf gerade damit beschäftigt war, mit mehreren Mitarbeiterinnen die Abschlussarbeiten im Bereich der Produktion - die Produktionsstätte schließt um 16.30 Uhr, der Verkauf hingegen erst um 18.00 Uhr - durchzuführen. Ga Sf nahm kurz nach Beginn der Erhebungen an der Befragung von Frau Sh teil. Der Beamte füllte auf Grund der Aussagen von Frau Sh den Erhebungsbogen gemäß § 111 ASVG und § 89 Abs 3 EStG aus. Auf die Frage nach dem momentanen Arbeitgeber gab Frau Sh an, dass sie am Kontrolltag nur aushelfe und nicht angestellt sei, worauf der Beamte in die entsprechende Rubrik des Erhebungsbogens die Worte kein DV eintrug, darunter jedoch den Firmennamen. In den Rubriken Arbeitszeit und beschäftigt seit gab Frau Sh an, dass sie nur heute und die nächsten zwei Tage über Allerheiligen ca. 10 Stunden tätig sein werde. Auf die Frage nach der Entlohnung gab sie an, keinen Geldlohn zu erhalten, worauf der Beamte eindringlich nachfragte, ob sie nicht eine Entlohnung in Naturalien erhalte. Daraufhin erwähnte Frau Sh, dass sie hier ihre Blumen einstellen könnte. Auf die Frage des Beamten, was dies kosten würde, konnte sie zunächst keinen Preis nennen, worauf der Beamte fragte, was er bezahlen müsste, wenn er selbst seine Pflanzen im gegenständlichen Gartenbaubetrieb einstellen würde, worauf Frau Ga Sf einen Betrag von ? 150,00 nannte, welcher auch im Erhebungsbogen vermerkt wurde. Frau Ga Sf erwähnte auch ausdrücklich, dass sie mit Frau Sh befreundet sei und die am Kontrolltag durchgeführte Tätigkeit eine unentgeltliche Aushilfe sei. Diese Angaben wurden jedoch vom Beamten am Erhebungsbogen nicht vermerkt, da er dies nicht als wesentlich erachtete. Nach der Kontrolle setzte Frau Sh ihre Aushilfe nicht mehr fort. Sie wurde seitens der G Sch GesmbH nachträglich für den Zeitraum 27.10. bis 29.10.2008 als geringfügig beschäftigte Arbeiterin zur Sozialversicherung angemeldet und war ab dem 04.11.2008 bis 16.06.2009 als geringfügig beschäftigte Mitarbeiterin mit 12 Wochenstunden und einem Bruttomonatslohn von ? 313,32 sowie ab dem 15.09.2009 bis laufend ebenfalls wieder als geringfügig beschäftigte Arbeiterin mit 8 Wochenstunden und einem Bruttomonatslohn von ? 216,50 im Betrieb der Frau Ga Sf tätig.

#### Beweiswürdigung:

Die Feststellungen betreffend die vorangegangenen bzw. nachfolgenden Beschäftigungsverhältnisse von Frau Sh im Betrieb des Berufungswerbers ergeben sich aus dem vorliegenden Sozialversicherungsauszug und decken sich mit den Aussagen der befragten Personen. Hinsichtlich der entscheidungswesentlichen Frage, was am Kontrolltag tatsächlich zwischen den beiden Frauen vereinbart war, war letztlich den übereinstimmenden Aussagen der Frau Ga Sf und der Zeugin Sh Glauben zu schenken. Beide Frauen wirkten offen, sympathisch und in jeder Hinsicht glaubwürdig. Es trifft zwar zu, dass von einem unentgeltlichen Freundschaftsdienst in den schriftlichen Unterlagen von der Kontrolle nichts vermerkt ist, jedoch musste der Meldungsleger auf Nachfrage zugeben, sich an derartige Aussagen sehr wohl erinnern zu können, sie jedoch im Erhebungsbogen nicht vermerkt zu haben, da er sie nicht als wesentlich erachtet habe bzw. in

dem verwendeten Formular keine Rubrik hiefür vorgesehen war. Insgesamt ergab sich für die Berufungsbehörde der Eindruck, dass der Meldungsleger im vorliegenden Fall einseitig ermittelt hat, indem er bewusst nur jene Umstände dokumentierte, die für ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis sprachen bzw. den befragten Frauen auch die eine oder andere Aussage in den Mund legte. So erscheint seine in der Berufungsverhandlung getätigten Rechtfertigung, das verwendete Formular enthalte keine Rubrik für derartige Angaben, wenig überzeugend, zumal dem zur Entscheidung berufenen Senatsmitglied aus vorangegangenen Befragungen duzender anderer Meldungsleger der mitbeteiligten Partei bekannt ist, dass diese selbstverständlich zur Aufklärung des Sachverhaltes dienende Angaben der befragten Personen im Zuge einer Kontrolle auf den verwendeten Formularen am Rand bzw. auf der Rückseite notieren, wenn ihnen dies erforderlich erscheint. Als weiteres Beispiel für die selektive Wahrnehmung des Meldungslegers kann auch gelten, dass dieser in der Anzeige vermerkte, er habe Frau Sh bei Blumenbindearbeiten angetroffen, er jedoch in der Berufungsverhandlung zugeben musste, dass er aus ihrer Anwesenheit im Verkaufsraum lediglich auf die Durchführung dieser Tätigkeit geschlossen hat. Es ist zwar für die rechtliche Beurteilung unerheblich, ob Frau Sh nun tatsächlich Verkaufstätigkeiten oder Blumenbindearbeiten durchgeführt hat, da beides ein sozialversicherungspflichtiges Dienstverhältnis begründen kann, jedoch zeigt diese Vorgangsweise doch eine gewisse Voreingenommenheit des Meldungslegers bei der Durchführung der Ermittlungen. Hinsichtlich der Frage, ob der Meldungsleger Frau Sh alleine befragt hat oder im Beisein der Frau Ga Sf, welche ebenfalls Angaben zum Sachverhalt gemacht hat, war ebenfalls der Aussage der beiden Frauen Glauben zu schenken, da aus der Bemerkung des Meldungslegers zur Zeugin Sh hinsichtlich ihrer Haarfarbe (Seite 8, zweiter Absatz der Verhandlungsschrift) der Schluss zu ziehen ist, dass der Meldungsleger offensichtlich die Zeugin Sh mit Frau Ga Sf verwechselt hat. Auf Grund des persönlichen Eindrucks der Verhandlungsleiterin vom Zeugen E, welcher in der Berufungsverhandlung einen recht harschen Eindruck machte, erscheint auch die Aussage der Zeugin, sie habe sich vom Beamten, welcher die Amtsperson heraushängen ließ, im Zuge der Kontrolle eingeschüchtert gefühlt und sich zu missverständlichen Aussagen betreffend die angebliche Naturalleistung des Blumeneinstellens drängen lassen, durchaus glaubwürdig.

In dubio pro reo war auch davon auszugehen, dass sich die Aushilfe von Frau Sh auf den Kontrolltag beschränkte, da beide Frauen durchaus glaubwürdig aussagten, sie hätten sich nach der Kontrolle nicht getraut, diese Tätigkeit fortzusetzen und es keine Beweise für die gegenteilige Annahme gibt.

Zusammenfassend folgt daraus, dass auf Grund einer nicht durchgehend objektiven und vor allem nicht vollständig dokumentierten Erhebung wesentliche Umstände, welche für die -schwierige - Abgrenzung zwischen auf bloßer Gefälligkeit auf Grund persönlicher Verbindungen durchgeführter Tätigkeiten und solchen Arbeiten, bei welchen die Merkmale persönlicher Abhängigkeit überwiegen, nicht ausreichend dokumentiert wurden. Dies ist letztlich jedoch nicht entscheidungswesentlich, da das Verfahren ohnedies aus anderen Gründen einzustellen ist (vgl. dazu im Folgenden).

Rechtliche Beurteilung:

Die im Gegenstandsfall anzuwendenden Bestimmungen des ASVG lauten in der zur Tatzeit geltenden Fassung wie folgt:

§ 4 Abs 1 Z 1 ASVG:

In der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sind auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet:

die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer;

#### § 4 Abs 2 ASVG:

Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, 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. Als Dienstnehmer gelten jedenfalls Personen, die mit Dienstleistungsscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG), BGBl. I Nr. 45/2005, entlohnt werden. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer nach § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist, es sei denn, es handelt sich um

1.

Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. a oder b EStG 1988 oder

2.

Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. c EStG 1988, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen.

#### § 5 Abs 1 Z 2 ASVG:

Von der Vollversicherung nach § 4 sind - unbeschadet einer nach § 7 oder nach § 8 eintretenden Teilversicherung - ausgenommen:

Dienstnehmer und ihnen gemäß § 4 Abs. 4 gleichgestellte Personen, ferner Heimarbeiter und ihnen gleichgestellte Personen sowie die im § 4 Abs. 1 Z 6 genannten Personen, wenn das ihnen aus einem oder mehreren Beschäftigungsverhältnissen im Kalendermonat gebührende Entgelt den Betrag gemäß Abs. 2 nicht übersteigt (geringfügig beschäftigte Personen);

#### § 5 Abs 2 ASVG:

Ein Beschäftigungsverhältnis gilt als geringfügig, wenn es

1. für eine kürzere Zeit als einen Kalendermonat vereinbart ist und für einen Arbeitstag im Durchschnitt ein Entgelt von höchstens ? 26,80, insgesamt jedoch von höchstens ? 349,01 gebührt oder
2. für mindestens einen Kalendermonat oder auf unbestimmte Zeit vereinbart ist und im Kalendermonat kein höheres Entgelt als ? 349,01 gebührt.

Keine geringfügige Beschäftigung liegt hingegen vor, wenn das im Kalendermonat gebührende Entgelt den in Z 2 genannten Betrag nur deshalb nicht übersteigt, weil -infolge Arbeitsmangels im Betrieb die sonst übliche Zahl von Arbeitsstunden nicht erreicht wird (Kurzarbeit) oder -die Beschäftigung im Laufe des betreffenden Kalendermonates begonnen oder geendet hat oder unterbrochen wurde. Auch gilt eine Beschäftigung als Hausbesorger nach dem Hausbesorgergesetz, BGBl. Nr. 16/1970, nicht als geringfügig, außer während der Zeit -eines Beschäftigungsverbotes gemäß den §§ 3 und 5 des Mutterschutzgesetzes (MSchG), BGBl. Nr. 221/1979, oder -eines Karenzurlaubes gemäß den §§ 15, 15a, 15b und 15d MSchG und den §§ 2, 5 und 9 des Eltern-Karenzurlaubsgesetzes (EKUG), BGBl. Nr. 651/1989, bei Anspruch auf Wochengeld bzw. auf Karenzgeld nach dem Karenzgeldgesetz (KGG), BGBl. I Nr. 47/1997.

Auf Beschäftigungsverhältnisse, die mit Dienstleistungsscheck entlohnt werden, ist ausschließlich die monatliche Geringfügigkeitsgrenze (Z 2) anzuwenden. An die Stelle der im ersten Satz genannten Beträge treten ab Beginn jedes Beitragsjahres (§ 242 Abs. 10) die unter Bedachtnahme auf § 108 Abs. 6 mit der jeweiligen Aufwertungszahl (§ 108a Abs. 1) vervielfachten Beträge.

Gemäß § 7 Z 3 lit a ASVG sind geringfügig Beschäftigte nur in der Unfallversicherung teilversichert.

Frau Sh wurde von Frau Ga Sf ab dem 04.11.2009 als geringfügig Beschäftigte mit einem Bruttolohn von ? 6,52 - dies entspricht auch dem kollektivvertraglichen Stundenlohn für Arbeiter nach dem Kollektivvertrag für die Arbeiter/innen in den steirischen Betrieben des Gartenbaus und der Baumschulen - zur Sozialversicherung angemeldet.

Die belangte Behörde hat zunächst mit Ladungsbescheid vom 04.08.2009 nachstehende Verfolgungshandlung gesetzt:

Es wird Ihnen zur Last gelegt, folgende Verwaltungsübertretung begangen zu haben:

Ihre Funktion: handelsrechtliche(r) Geschäftsführer(in) und daher als gem. § 9 Abs. 1 VStG Verantwortlicher

#### 1. Übertretung

Sie haben es als Verantwortliche der Firma G Sch GmbH, Geschäftsanschrift O, L, zu verantworten, dass die genannte Firma als DienstgeberIn nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung vollversicherte pflichtversicherte Person handelt, am 27.10.2008 um 16:45 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt zur Pflichtversicherung bei der Stmk. Gebietskrankenkasse angemeldet wurde.

Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den/die Beschäftigte(n) vor Arbeitsantritt anzumelden.

Name Mi Sh

geb. Arbeitsantritt: 27.10.2008

Dadurch wurden folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 111 Abs. 1 i.V.m. §§ 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG (Hervorhebungen durch UVS)

Die belangte Behörde hat dem Berufungswerber sohin zunächst mit Ladungsbescheid vom 04.08.2009 zur Last gelegt, er habe Frau Mi Sh als in der Krankenversicherung vollversicherte pflichtversicherte Person entgegen § 33 Abs 1 ASVG ohne Anmeldung bei der zuständigen Gebietskrankenkasse beschäftigt. In weiterer Folge wurde dieser Tatvorwurf - vermutlich auf Grund der Angaben von Frau Sh am Kontrolltag, es sei geplant gewesen, dass sie über drei Tage hinweg nur insgesamt 10 Stunden aushelfe, wie im ersten Absatz der Begründung wiedergegeben - abgeändert und dem Berufungswerber somit im Ergebnis zur Last gelegt, er habe Frau Sh als eine lediglich in der Unfallversicherung teilversicherte Person beschäftigt.

Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens ist jedoch als erwiesen anzunehmen, dass Frau Sh zumindest am Kontrolltag - nur dieser war im Gegenstandsfall nachweisbar - ca. 6 1/2 Stunden gearbeitet hat. Legt man dabei einen Anspruchslohn im Ausmaß des obgenannten Kollektivvertragslohns zugrunde, so ergibt dies einen Lohnanspruch von ? 42,42, welcher über der damals geltenden Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs 2 ASVG liegt. Auch unter Zugrundelegung des Anspruchslohnes laut dem damals geltenden Kollektivvertrag für die ArbeiterInnen in dem Betrieb des Gartenbaus kommt man zu keinem anderen Ergebnis, da sich daraus für die am 27.10.2008 geleisteten Arbeitsstunden unter Zugrundelegung des Tarifs 3 ein Lohnanspruch von mindestens ? 42,50 ergibt. Somit müsste die Berufungsbehörde auf Grund der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens den Tatvorwurf dahingehend abändern, dass dem Berufungswerber nunmehr doch ein Verstoß gegen die Vollversicherungspflicht zur Last gelegt wird.

Der Verwaltungsgerichtshof vertritt zwar nunmehr in seinem jüngsten Erkenntnis vom 24.11.2010, Zl. 2009/08/0262, in Abkehr von seiner bisherigen ständigen Judikatur nicht mehr die Auffassung, dass die Teilversicherungspflicht in Relation zur Vollversicherung ein rechtliches Aliud darstellt (vgl. bisher unter anderem 22.09.2004, Zl. 2002/08/0196;

03.07.2002, Zl. 99/08/0173; 03.10.2002, Zl. 99/08/0007; 22.01.2003, Zl. 2000/08/0069; u.a.). Im Erkenntnis vom 24.11.2009 wurde vielmehr hinsichtlich der Erfordernisse einer tauglichen Verfolgungshandlung gemäß § 44a Z 1 VStG bei Übertretungen des § 33 ASVG Nachstehendes ausgeführt:

Bei Beschäftigten im Sinne des § 4 Abs. 1 Z. 1 iVm Abs. 2 (und bei jenen iS dess 4 Abs. 4 ASVG) ist es daher unter dem Gesichtspunkt der Zwecke des Rechtsschutzes nach dem Erkenntnis des verstärkten Senates vom 3. Oktober 1985, Slg. Nr. 11.894/A, zur Vermeidung von Doppelbestrafungen und zur eindeutigen Klärung der vorgeworfenen Tat zwar erforderlich, schon in der Aufforderung zur Rechtfertigung, aber auch im Straferkenntnis die Namen der nicht gemeldeten Dienstnehmer sowie den Tatort und -zeitpunkt präzise zu nennen; es reicht im Übrigen aber aus, den Tatverdacht auf § 111 ASVG iVm § 33 Abs. 1 ASVG zu stützen, da diese Bestimmung kraft der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung des § 33 Abs. 2 ASVG auch für geringfügig Beschäftigte gilt und sich das Tatbild insoweit nicht unterscheidet. Es kann daher in solchen Fällen § 33 Abs. 2 ASVG jederzeit im Verfahren dann zusätzlich zu § 33 Abs. 1 ASVG als Grundlage einer Bestrafung herangezogen werden, wenn zwar eine meldepflichtige Beschäftigung im Sinne des § 4 Abs. 2 Z. 1 iVm Abs. 2 ASVG oder im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG feststeht eine Bestrafung wegen Übertretung allein des § 33 Abs. 1 ASVG aber mangels Erweislichkeit einer Vollversicherung nicht in Betracht kommt.

Im selben Erkenntnis hat der Verwaltungsgerichtshof allerdings auch klargestellt, dass das Tatbestandselement des Vorliegens einer Teilversicherung nur in der Unfallversicherung gemäß § 7 Z 3 lit a ASVG umfänglich enger ist, als jenes der Vollversicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung, die nach § 33 Abs 1 und 2 ASVG zu melden ist. Daraus folgt allerdings, dass der Berufungsbehörde eine Abänderung des Tatvorwurfs von in der Unfallversicherung pflichtversichert auf in der Krankenversicherung vollversichert verwehrt ist, weil dies einer Ausdehnung des Tatvorwurfs gleich käme und diese Vorgangsweise gegen das im Verwaltungsstrafverfahren geltende Verbot der reformatio in peius verstößen würde.

Da die Strafbehörde erster Instanz im vorliegenden Fall jedoch mit der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 04.08.2009 eine Verfolgungshandlung mit einem Tatvorwurf gesetzt hat, welcher jedenfalls auch eine Übertretung des § 33 Abs 1 ASVG abdeckt, stünde einer Bestrafung des Berufungswerbers wegen Übertretung dieser Bestimmung nichts entgegen.

Da somit das Verfahren ohnedies aus formalen Gründen wegen eines unrichtigen Tatvorwurfs einzustellen war, erübrigte sich ein Eingehen auf die von dem Berufungswerber aufgeworfene Frage, ob die verfahrensgegenständliche Aushilfe am Kontrolltag tatsächlich ein Gefälligkeitsdienst bzw. ein nicht dem ASVG unterliegender Freundschaftsdienst gewesen ist.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

#### **Schlagworte**

Meldepflicht; Vollversicherung; Teilversicherung; Unfallversicherung; enthalten; Auswechselung der Tat

#### **Zuletzt aktualisiert am**

10.06.2011

**Quelle:** Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/ups/index.html>