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
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-300957/12/Py/SH

Datum:
Linz, 24. Jänner 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde der Frau M M, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. P B, L, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 14. Jänner 2016, GZ: SV96-125-2014, wegen Verwaltungsübertretung nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 1. Dezember 2016

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 VStG iVm § 38 VwGVG eingestellt.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 und 9 VwGVG entfällt die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. 1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (in der Folge: belangte Behörde) vom 14. Jänner 2016, GZ: SV96-125-2014, wurde über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretung nach § 33 Abs. 1 in Verbindung mit § 111 Abs. 1 Z 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG, BGBl. Nr. 189/1995 idgF, eine Geldstrafe in Höhe von 730 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe in Höhe von 113 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 73 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

"Sie haben als Geschäftsführerin, somit als das zur Vertretung nach außen berufene Organ und gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortliche Person der Firma E KG mit Sitz in T zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeber im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG Herrn A H, geb., bei welchem es sich um in der Krankenversicherung (vollversicherte) pflichtversicherte Person handelt, zumindest am 30.07.2014 in T als Dienstnehmer iSd § 4 Abs. 2 ASVG beschäftigt und obwohl dieser Dienstnehmer nicht von der Vollversicherung gemäß § 5 ASVG ausgenommen und somit in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung (vollversichert) versichert ist, hierüber keine zumindest mit den Mindestangaben ausgestattete Meldung bei der x-krankenkasse, L, x, als zuständigem Krankenversicherungsträger, vor Arbeitsantritt erstattet. Sie wären als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden, diese Meldung wurde jedoch nicht erstattet."

In der Begründung führt die belangte Behörde an, dass sich der festgestellte Sachverhalt im Wesentlichen auf die im Strafantrag der Finanzpolizei Team 40 übermittelten Erhebungsergebnisse der Kontrolle vom 30. Juli 2014 stützt. Der im Spruch angeführte ausländische Staatsangehörige, Herr H, wurde im Zuge der finanzpolizeilichen Kontrolle beim "Umhängen" eines Bierfasses hinter der Bar angetroffen, was auch nicht bestritten wurde. Herr H war bereits in der Vergangenheit als Kellner mit Inkasso bei der E beschäftigt und war dieser den Ein- und Ausreisevermerken in seinem Reisepass zufolge seit Mitte Mai in Österreich aufhältig. Womit er seinen Lebensunterhalt während dieses beinahe dreimonatigen Aufenthaltes in Österreich finanzierte, darüber konnte er laut Strafantrag der Finanzpolizei vom 14.08.2014 keine Angaben machen. Auch diese Tatsache spricht dafür, dass Herr H einer illegalen Beschäftigung nachgegangen ist.

Abschließend legt die belangte Behörde ihre für die Strafbemessung herangezogenen Gründe dar.

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 9. Februar 2016. Darin wird vorgebracht, dass das Straferkenntnis seinem

gesamten Inhalt und Umfang nach angefochten werde. Begründend wird dazu ausgeführt, dass die belangte Behörde deckungsgleich die Sachverhaltsmitteilung des Strafantrages der Finanzpolizei Team 40 übernommen habe, obwohl in zahlreichen Stellungnahmen des Rechtsvertreters der Bf aufgezeigt wurde, wie oberflächlich und mangelhaft diese Ermittlungen der Organe der Finanzpolizei Linz geblieben sind. Die Behörde habe völlig das Vorbringen der Bf sowie deren Beweisanbot ignoriert und zeige mit keinem Satz auf, warum sie den Angaben der Bf nicht folge. Weder Herr H noch die Kellnerin, Frau F B, wurden als Zeugen einvernommen. Die Schlussfolgerung, Herr H sei im Lokal illegal beschäftigt gewesen, ohne jede Prüfung der von der Bf vorgebrachten Gegenargumente, sei schlichtweg unzulässig. Die Bf habe auf Grund ihrer Ortsabwesenheit nicht einmal Kenntnis darüber gehabt, dass sich Herr H am 30.07.2014 als Gast im Lokal aufhielt. Dieser habe der Kellnerin, Frau B, freiwillig beim Wechseln eines schweren Bierfasses geholfen, zumal er das Gastlokal aus seiner früheren Beschäftigung kannte, jedoch stand er in keinem Beschäftigungsverhältnis zur Bf.

3. Mit Schreiben vom 11. Februar 2016 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oö. vor, das gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen ist.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht und Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 1. Dezember 2016, die aufgrund des sachlichen Zusammenhangs gemeinsam mit der im Verfahren zu LVwG-300958 wegen Verwaltungsübertretung nach dem ASVG anberaumten Verhandlung durchgeführt wurde.
An dieser nahmen die Bf mit ihrem Rechtsvertreter sowie ein Vertreter der belangten Behörde teil. Als Zeuge wurde ein an der gegenständlichen Kontrolle beteiligtes Organ der Finanzpolizei einvernommen.

Die Ladung und Einvernahme der Zeugen F B und A H war mangels Vorliegen von zustellfähigen Ladungsadressen nicht möglich.

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

Die Bf war im Sommer 2014 unbeschränkt haftende Gesellschafterin der Firma E KG mit Sitz in T. Das Unternehmen betrieb an diesem Standort eine Gaststätte.

Anlässlich einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei am 30. Juli 2014 wurde festgestellt, dass der x Staatsangehörige Herr A H, geboren x, im Barbereich des Lokals gemeinsam mit der im Lokal beschäftigten Kellnerin F B ein Bierfass umhängte.

Es konnte im Verfahren nicht festgestellt werden, dass Herr H diese Tätigkeit im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses zur Firma E KG durchführte.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 1. Dezember 2016.

In dieser Verhandlung gab die Bf neuerlich an, es habe sich bei Herrn H am Tattag lediglich um einen Gast gehandelt, der der schmächtigen Kellnerin beim Wechseln eines Bierfasses geholfen habe, zumal er auf Grund seiner früheren Beschäftigung im Lokal mit dieser Tätigkeit vertraut war. Zwingende Schlussfolgerungen, die diese Angaben schlüssig entkräften, traten im Beweisverfahren nicht hervor. Insbesondere sind keine zweifelsfreien Feststellungen möglich, wonach es sich nicht tatsächlich bloß um eine freiwillige kurzfristige Unterstützungsleistung des Herrn H gegenüber der Kellnerin gehandelt hat. So bestätigte auch das in der mündlichen Verhandlung einvernommene Kontrollorgan, dass sowohl die im Lokal anwesende Kellnerin, Frau B, als auch Herr H selbst bereits unmittelbar bei der Kontrolle gegenüber den Beamten angaben, dass lediglich eine freiwillige manipulative Hilfe beim Wechseln des Bierfasses vorliege. Diese Aussagen seien für die Beamten jedoch unglaubwürdig gewesen, mit diesen Zeugen seien daher auch keine Niederschriften aufgenommen worden. Wahrnehmungen, wonach Herr H im Lokal der Bf weitere Tätigkeiten verrichtete, konnten vom Kontrollorgan nicht festgestellt werden. Die der Anzeige zugrundeliegenden Angaben gründen sich im Wesentlichen auf Mutmaßungen. Grundsätzlich erscheint die von der Bf geschilderte Situation durchaus lebensnah und schlüssig. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass Stammgäste eines Lokals eine Kellnerin freiwillig bei derartigen Tätigkeiten unterstützen, sofern sie dafür Hilfe benötigt. Allein der Umstand, dass Herr H rd. fünf Wochen vor der Kontrolle in den EU-Raum einreiste, rechtfertigt nicht die zwingende Annahme, dieser sei zur Bestreitung seines Lebensunterhalts jedenfalls auf das aus einer Beschäftigung bei der Bf resultierende Einkommen angewiesen gewesen. Im Hinblick auf die gegenüber den Kontrollorganen von Herrn H getätigten Angaben, die auch den Rechtfertigungsangaben der Bf entsprechen, wäre daher zur zweifelsfreien Abklärung die zeugenschaftliche Einvernahme des Herrn H erforderlich gewesen, was jedoch dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mangels Vorliegen einer ladungsfähigen Adresse (sh. ZMR vom 7. November 2016) nicht möglich war.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. Gemäß § 4 Abs. 2 erster Satz ASVG ist Dienstnehmer im Sinn 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 selbstständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

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

1. Meldungen oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet oder
2. Meldungsabschriften nicht oder nicht rechtzeitig weitergibt oder
3. Auskünfte nicht oder falsch erteilt oder
4. gehörig ausgewiesene Bedienstete der Versicherungsträger während der Betriebszeiten nicht in Geschäftsbücher, Belege und sonstige Aufzeichnungen, die für das Versicherungsverhältnis bedeutsam sind, einsehen lässt.

§ 111 Abs. 2 ASVG besagt: Die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 ist 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 Euro herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

Gemäß § 539a ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach dem ASVG in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (z.B. Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend. Durch den Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten nach bürgerlichem Recht können Verpflichtungen nach dem ASVG, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden (§ 539a Abs. 2 ASVG). Ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei

einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre (§ 539a Abs. 3 ASVG).

5.2. Der Bf wird im angefochtenen Straferkenntnis eine Übertretung der Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes durch Beschäftigung des Herrn A H am 30. Juli 2014 als Dienstnehmer ohne entsprechende Meldung beim zuständigen Sozialversicherungsträger zur Last gelegt. Diese verantwortet sich – bereits im Verfahren vor der belangten Behörde – damit, dass es sich bei der gegenständlichen Tätigkeit um einen freiwilligen und unentgeltlichen Gefälligkeitsdienst gehandelt habe. Als Freundschafts- oder Gefälligkeitsdienste sind insbesondere kurzfristige, freiwillige und unentgeltliche Dienste anzusehen, die vom Leistenden aufgrund spezifischer Bindungen zwischen ihm und dem Leistungsempfänger erbracht werden (vgl. VwGH vom 14. März 2013, Zl. 2010/08/0229). Die Rechtfertigungsangaben der Bf sind somit dahingehend zu beurteilen, ob aufgrund dieser atypischen Umstände das Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses zu verneinen ist.

Der Bf ist es in diesem Zusammenhang gelungen glaubhaft zu machen, dass die Dienste des Herrn H am Tattag in ihrem Unternehmen nicht im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses erfolgten, sondern lediglich eine freiwillige kurzfristige manipulative Unterstützung der anwesenden Kellnerin darstellten. Ein darüber hinausgehendes Beweisergebnis konnte im Verfahren nicht festgestellt werden. Weder ist eine Entgeltlichkeit der Arbeit noch eine persönliche oder wirtschaftliche Abhängigkeit des Herrn H gegenüber dem von der Bf vertretenen Unternehmen hervorgekommen. Vielmehr haben alle Beteiligten bereits bei der Amtshandlung gegenüber den Kontrollorganen ausgesagt, dass es sich lediglich um eine kurzfristige freundschaftliche Geste der Unterstützung gehandelt hat.

5.3. Gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG, der gemäß § 38 VwGVG auch im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Anwendung findet, hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet.

Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung der zur Anzeige gebrachten Tätigkeit des Herrn H verbleiben daher Zweifel an der Täterschaft der Bf. Im Ergebnis war daher der Beschwerde stattzugeben, das angefochtene Straferkenntnis zu beheben und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG in Verbindung mit § 38 VwGVG einzustellen.

II.
Bei diesem Verfahrensergebnis war der Bf gemäß § 52 Abs. 8 und Abs. 9 VwGVG weder ein Kostenbeitrag für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht noch ein Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vor der belangten Behörde vorzuschreiben.

III. 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. Insbesondere weicht die gegenständliche Entscheidung von der als einheitlich zu beurteilenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ab. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage ab.

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

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Panny