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-301406/7/Kü/TO

Datum:
Linz, 8. Mai 2017

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde des Finanzamts K vom 07.12.2016, gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 28.11.2016, GZ: 0017254/2016, betreffend die Einstellung des gegen Herrn R A, X, X geführten Verwaltungsstrafverfahrens wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. 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 Bescheid vom 28.11.2016, GZ: 0017254/2016, entschied der Bürgermeister der Landeshauptstadt Linz (in der Folge: belangte Behörde), dass das gegen Herrn R A (in der Folge: Beschuldigter) eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren wegen des Verdachtes der Übertretung gemäß § 33 Abs. 1 iVm § 111 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG eingestellt werde.

Der in der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 29.10.2016 vorgeworfene Tatvorwurf lautete folgendermaßen:
„Sie haben als Dienstgeber im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG, am 12.03.2016, 10:10 Uhr (Kontrollzeitpunkt), nachstehend angeführte Personen, als pflichtversicherte Dienstnehmer, in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt (Anspruch iSd. § 49 ASVG), auf der Baustelle des Wohnhauses X, X, als Arbeiter (Bauhelfer) beschäftigt.
1. K M, geb. X, X, X, als Bauhelfer auf der o.a. Baustelle zumindest beschäftigt seit 12.03.2016, 10:10 Uhr;
2. K T, geb. X, wh. X, X, als Bauhelfer auf der o.a. Baustelle zumindest beschäftigt seit 12.03.2016, 10:05 Uhr;
3. P B, geb. X, wh. X, X, als Bauhelfer auf der o.a. Baustelle zumindest beschäftigt seit 12.03.2016, 08:30 Uhr;
Die in Rede stehenden Beschäftigen waren ihnen organisatorisch sowie hinsichtlich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit maßgeblich unterworfen. Auch bestand eine persönliche Arbeitsverpflichtung und Weisungsgebundenheit.

Für die Behörde war im vorliegenden Fall von einem Arbeitsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt auszugehen, da Unentgeltlichkeit nicht ausdrücklich vereinbart wurde und somit ein angemessenes Entgelt gem. § 1152 ABGB als bedungen gilt. Die Höhe des Entgelts lag über der Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs. 2 ASVG.
Obwohl diese Dienstnehmer nicht von der Vollversicherung im Sinne des § 5 ASVG ausgenommen und daher in der Kranken- Unfall- und Pensionsversicherung vollversichert sind, wurde hierüber eine, zumindest mit den Mindestangaben ausgestattete Meldung, bei der gem. § 30 ASVG örtlich zuständigen Gebietskrankenkasse, als zuständiger Sozialversicherungsträger, nicht rechtzeitig vor Aufnahme der Tätigkeit, erstattet.
Sie haben somit in 3 Fällen gegen die sozialversicherungsrechtliche Meldepflicht des § 33 Abs. 1 ASVG verstoßen.“

In der Begründung führte die belangte Behörde Folgendes an:
„Mit der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 29.10.2016 wurde gegen Sie wegen der im Spruch dargestellten Verwaltungsübertretung das ordentliche Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet. Im Zuge der Niederschrift am 25.11.2016 brachten Sie nachstehendes vor:
Bei der Baustelle X, X handelt es sich um mein privates Mehrfamilienhaus. Dort wohnt jetzt meine Familie und ich.
Bei Herrn T K handelt es sich um meinen Freund. Dieser hatte mir nur Material (Kabel und Schläuche) besorgt und auf die Baustelle gebracht Dabei war er zufällig in Begleitung

seines Bruders Herrn K M. Die beiden haben niemals bei mir im Hausbau geholfen. Die Rechnung über das Material vom Einkauf liegt in Kopie im Akt.
Herr P ist ein Freund meines Sohnes. Da mein Sohn auch in dem Haus wohnt hat sein Freund ihm zugesagt beim Bau unentgeltlich mitzuhelfen. Dies entstand rein aus der Freundschaft zwischen Herrn P und meinem Sohn A A.
Gesamt hatte ich zu keinem der genannten Personen weder ein Dienstverhältnis noch hatten die Herren irgendeine Arbeitsverpflichtung oder Weisungsgebundenheit. Auch Entgelt wurde für keinen bezahlt. Selbst Herr P hat für seine Hilfe nichts bekommen."

Weiters führte die belangte Behörde aus, dass am 28.11.2016 mit dem Sozialversicherungsträger, der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse telefonische Rücksprache gehalten worden sei, und der zuständige Sachbearbeiter mitgeteilt habe, dass seitens des Versicherungsträgers zu den im Tatvorwurf angeführten Personen kein sozialversicherungspflichtiges Dienstverhältnis festgestellt habe werden können.
Aufgrund der vorliegenden Beweismittel, insbesondere der Feststellung des zuständigen Sozialversicherungsträger, dass im gegenständlichen Fall keine Dienstnehmereigenschaft iSd ASVG und damit keine Versicherungspflicht vorliege, sei dem Beschuldigten die im Spruch angeführte Tat nicht vorwerfbar und es sei daher das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG einzustellen gewesen.

2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die Beschwerde des Finanzamts K vom 07.12.2016, in der beantragt wird, das Straferkenntnis zu beheben und eine Strafe gemäß den Bestimmungen des ASVG zu verhängen. Dazu wurde vorgebracht, dass der im Spruch angeführte Sachverhalt nicht den Tatsachen entspreche, die von Organen der Finanzpolizei zur Anzeige gebracht worden seien.

3. Mit Schreiben vom 13.12.2016 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor, das gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seinen nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter berufen ist.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme. Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 3 Z 1 VwGVG abgesehen werden, zumal in der Beschwerde nur eine unrichtige rechtliche Beurteilung behauptet und die Durchführung einer Verhandlung nicht beantragt wurde.
Der Beschuldigte nahm im Rahmen des ihm vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 27.12.2016 eingeräumten Parteiengehörs zur Beschwerde Stellung. Darin wird die Rechtfertigung vom 25.11.2016 nochmals wortwörtlich wiederholt.

4.1. Folgender Sachverhalt steht fest:

Am 12.03.2016 fand an der Adresse X, X eine Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei statt. Der Beschuldigte ist Eigentümer des Grundstücks und hat darauf ein Mehrfamilienhaus für seine Familie errichtet. Sein volljähriger Sohn A ist an dieser Adresse ebenfalls mit Hauptwohnsitz gemeldet.
Im Rahmen der Kontrolle wurden neun Personen auf der Baustelle angetroffen.
Am Flachdach des Rohbaus haben vier Personen einer beauftragten Firma gearbeitet. Im Erdgeschoss waren zwei Söhne des Beschuldigten und drei weitere Personen mit k Staatsangehörigkeit anwesend.
Dabei handelte es sich um Herrn B P, einen Freund der Söhne des Beschuldigten, der im Bereich des WC's Mauerarbeiten durchführte und gegenüber den Kontrollorganen angab bei den Bauarbeiten an diesem Tag unentgeltlich mitzuhelfen.
Angetroffen wurde auch Herr T K, ein Freund des Beschuldigten, der im Auftrag dessen Baumaterial im Bauhaus gekauft hat, selbiges mit dem Firmenfahrzeug (seines Arbeitgebers) zur Baustelle transportiert hat und dies mit einer Rechnung belegt hat.
Die dritte Person war Herr M K, der Bruder von Herrn T K. Dieser war aus K für ungefähr 2 Wochen zu Besuch in Österreich, hat bei der Familie des Bruders gewohnt und war auch dort gemeldet und hat seinen Bruder zur Baustelle des Beschuldigten begleitet, um nicht mit seiner Schwägerin alleine zu Hause zu sein.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem vorliegenden Akt der belangten Behörde, insbesondere aus dem Strafantrag sowie der Rechtfertigung des Beschuldigten und dessen Stellungnahme vom 20.01.2017. Die Darstellung der Kontrollsituation im Strafantrag und das Vorbringen des Beschuldigten in seiner Rechtfertigung vom 25.11.2016 widersprechen sich nicht.
Das Verhältnis der k Staatsbürger zum Beschuldigten und deren Anwesenheit auf der Baustelle wurde bereits bei der Kontrolle durchaus nachvollziehbar dargestellt und wiederholt, dass hier ausschließlich aus Gefälligkeit mitgeholfen wurde bzw. nur die Baustelle besichtigt wurde. Bereits im Zuge der Kontrolle wurde angemerkt, dass keine bei der Kontrolle angetroffenen Personen Entgelt für ihre Hilfeleistungen erhalten haben. Dies ist auch den amtlichen Vermerken auf den Personenblättern zu entnehmen.

Die von Herrn T K im Personenblatt gemachten Angaben zu Tätigkeit und Lohn beziehen sich auf das Dienstverhältnis, das er seit 23.11.2015 bei der Firma X GmbH & Co KG hat. Ein Hinweis auf ein Arbeitsverhältnis zum Beschuldigten ist dessen Angaben jedenfalls nicht zu entnehmen. Es ist jedenfalls nicht als unüblich zu werten, dass einem Freund oder Bekannten beim Transport von Baumaterial mit einem dafür bestens geeigneten Fahrzeug geholfen wird. Gegenteiliges konnte von den Kontrollorganen im Zuge der Kontrolle auch nicht festgestellt werden bzw. wird im Strafantrag nur lapidar ohne Angabe einer Begründung, warum an den Angaben des Angetroffenen zu zweifeln und von

einem Arbeitsverhältnis zum Beschuldigten auszugehen ist, davon gesprochen, dass eine Verwaltungsübertretung vorliege.

Der Darstellung im Strafantrag ist auch nicht zu entnehmen, dass bei der Kontrolle konkrete Arbeitsleistungen von M K festgestellt hätten werden können. Auch fehlen Angaben dazu, ob der Angetroffene überhaupt Arbeitskleidung getragen hat bzw. auf Grund welcher Tatsachen dessen Angaben gegenüber den Kontrollorganen kein Glauben geschenkt wurde und einfach von einer Arbeitsleistung ausgegangen wird. Aus der Darstellung im Strafantrag ergibt sich damit kein Beweis für die angelastete Tat und vielmehr überhaupt kein Anhaltspunkt darüber, dass der angetroffene Ausländer zum Kontrollzeitpunkt bzw. in der Zeit davor Arbeitsleistungen für den Beschuldigten erbracht hätte. Allein die Mitfahrt im Firmenfahrzeug des Bruders und die Anwesenheit im jenem Bereich des Hauses, in dem gerade gemauert wird, rechtfertigen die Annahme eines Arbeitsverhältnisses jedenfalls nicht.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

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 (z.B. Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.

2. Das Finanzamt K bringt in der Beschwerde vor, dass der im Spruch angeführte Sachverhalt nicht den Tatsachen entspreche, die von Organen der Finanzpolizei zur Anzeige gebracht worden seien. Nach Ansicht der Abgabenbehörde liege eine Beschäftigung gemäß des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes vor. Diese Ansicht wird aber durch die Darstellung der Kontrollsituation im Strafantrag – wie bereits in Punkt I. 4.2. festgehalten – nicht gedeckt.

Vielmehr kommt dem Einwand des Beschuldigten in seiner Stellungnahme vom 20.01.2017, wonach er keine der genannten Personen beschäftigt habe und keine Arbeitsverpflichtung oder Weisungsgebundenheit vorliege, Berechtigung zu. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes können als Gefälligkeits- bzw. Freundschaftsdienste nur kurzfristige, freiwillige und unentgeltliche Dienste anerkannt werden, die vom Leistenden auf Grund spezifischer Bindungen zwischen ihm und dem Leistungsberechtigten erbracht werden, wobei der Übergang zwischen Gefälligkeitsdienst und kurzfristiger Beschäftigung im Sinne des ASVG fließend sein kann. Es ist daher eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmen, um einen Gefälligkeitsdienst annehmen zu können. Eine Dienstnehmereigenschaft iSd § 4 Abs. 2 ASVG wird letztendlich nur dann

angenommen werden können, wenn aufgrund der Betrachtung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes und nicht der äußeren Erscheinungsform ein Mindestmaß an wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit der Arbeitskraft besteht.

Für den erkennenden Richter steht aufgrund der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens die Bekanntschaft zwischen dem Beschuldigten und Herrn P fest, die aus einer langjährigen Freundschaft mit den Söhnen des Beschuldigten resultiert. Dieses freundschaftliche Verhältnis ist auch der Grund dafür, dass Herr P bei den Bauarbeiten rund um das Haus mitgeholfen hat. Gegenstand des Verfahrens ist die Tätigkeit von Herrn P. am 12.03.2016. Hier geht das Finanzamt in seiner Beschwerde davon aus, dass der Beschuldigte Herrn P einen Tag ohne entsprechende Anmeldung zur Sozialversicherung beschäftigt habe. Unzweifelhaft ist daher von einer kurzfristigen Tätigkeit, die gerade mal einen Tag angedauert hat, auszugehen. An der Freiwilligkeit der Leistung des Herrn P bestehen aufgrund des freundschaftlichen Naheverhältnisses zur Familie, keine Zweifel. Bei der Tätigkeit des Herrn P steht keine persönliche oder wirtschaftliche Abhängigkeit im Vordergrund. Dieser hat die Tätigkeit aufgrund des freundschaftlichen Verhältnisses unentgeltlich und freiwillig erbracht und dies auch bereits während der Kontrolle den Kontrollorganen gegenüber geäußert.

Auch der Einkauf von Baumaterialien und der Transport dieser zum Rohbau des Beschuldigten mit einem Fahrzeug jener Firma, in der Herr T K seit November 2015 beschäftigt ist, kann als Gefälligkeitsdienst dem Beschuldigten gegenüber angesehen werden und ist im privaten Hausbau nichts ungewöhnliches. Ein Arbeitsverhältnis, welches durch eine wirtschaftliche und persönliche Abhängigkeit gekennzeichnet ist, kann alleine aus dieser Tatsache nicht abgeleitet werden.

Zum Tatvorwurf der Beschäftigung des Herrn M K ist anzumerken, dass aus dem bloßen Umstand – ohne weitere sachverhaltsmäßige Konkretisierung –, dass jemand, der sich auf einem Privatgrundstück eines Bekannten aufhält und aus Interesse am Baufortschritt und vor allem, weil er mit seiner Schwägerin nicht alleine in der Wohnung bleiben wollte, seinen Bruder begleitet hat, noch nicht der verlässliche Schluss auf ein Dienstnehmerverhältnis gezogen werden kann.

3. Zusammengefasst kann daher dem Beschuldigten mangels Vorliegen von Arbeitsverhältnissen in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt die in der Aufforderung zur Rechtfertigung angelasteten Übertretungen des ASVG nicht vorgeworfen werden.
Die belangte Behörde hat das Verwaltungsstrafverfahren gegen den Beschuldigten zu Recht eingestellt. Der Bescheid der belangten Behörde vom 28.11.2016, GZ: 0017254/2016, ist deshalb nicht zu beanstanden, weshalb die Beschwerde des Finanzamtes vom 16.12.2016 abzuweisen war.

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. 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.

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

Mag. Kühberger