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-301644/7/Kl/TO

Datum:
Linz, 30. November 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde des M.B., X, S., gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 13.07.2017, GZ: SV-51/16, betreffend Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 31.08.2017

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde noch einen Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. 1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 13.07.2017, SV-51/16, wurde über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 33 Abs. 1 iVm § 111 Abs. 1 und 2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG, BGBl. Nr. 189/1955 idF BGBl. I Nr. 75/2016 eine Geldstrafe iHv 2.180 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 144 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag iHv 218 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis lag folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Sie haben es als Gewerbeinhaber der Firma M.B. in S., X, verwaltungsstrafrechtlich zu vertreten, dass durch oa. Firma Hr. N.E., geb. am x, am 2.11.2016, um ca. 14.30 Uhr, von oa. Firma mit der Auslieferung einer Pizza beschäftigt wurde, ohne dass dieser Dienstnehmer vor Arbeitsantritt von oa. Firma als verantwortlicher Dienstgeberin beim zuständigen Sozialversicherungsträger angemeldet wurde.
Der Monatslohn von Hrn. N.E. lag - bei Annahme einer kollektivvertraglichen Entlohnung - über der Geringfügigkeitsgrenze des § 5 (2) ASVG.
Hr. N.E. arbeitete gemäß den Anweisungen und auf Rechnung oa. Firma. Er war somit Dienstnehmer.
Da die Dienstgeber jeden von ihnen beschäftigten vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden haben und Sie bereits wegen der Übertretung der Bestimmungen des ASVG bestraft wurden stellt dies eine wiederholte Übertretung der Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) dar.“

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde, in der der Bf Folgendes (wortwörtlich wiedergegeben) vorbringt:
„In Bezug auf Herrn E.N. / VSNR: x, möchte ich eine Beschwerde einreichen.
Und zwar handelt es sich um ein Missverständnis, das am 02.11.2016 um 14:30 Uhr passiert ist. Herr E. war mit meinem Geschäftsauto unterwegs, um seine Frau von der Arbeit abzuholen und seinen Einkauf zu machen, jedoch war er zu diesem Zeitpunkt nicht bei mir beschäftigt. Weiters war mein Geschäft zu diesem Zeitpunkt geschlossen, aufgrund der Mittagspause. Ich kann es mir selber nicht erklären, warum Herr E. behauptete bei mir beschäftigt zu sein. Ich wollte ihm mit meinem Auto nur einen Gefallen machen, da ich sowieso in dieser Zeit geschlossen hatte. Wahrscheinlich gab er diese falsche Aussage an, weil der Polizist ihm eine Strafe geben wollte, da er nicht angeschnallt war und deswegen gab er dies an, das er wenig verdient und ihm die Strafe zu hoch ist. Weiters ist es ärztlich bewiesen, dass Herr E. psychische Probleme hat, darum ist er in der Frühpension. Das ist meine Ansicht zu diesem Thema, dies entspricht auch der Wahrheit, weil ich wollte nie einen Schwarzarbeiter bei mir beschäftigen. Daher bitte ich um Verständnis und danke Ihnen im Voraus für Ihr Bemühen.“

3. Der Magistrat der Stadt Steyr hat den bezughabenden Verwaltungsstrafakt mit Schreiben vom 07.08.2017 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt, das gemäß § 2 VwGVG durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Richterin entscheidet.

4. Die Beweisaufnahme erfolgte durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 31.08.2017, an welcher der Bf und ein Vertreter der Finanzverwaltung teilgenommen haben. Chefinspektor S. sowie Herr N.E. wurden als Zeugen einvernommen.

4.1. Folgender Sachverhalt steht fest:

Der Bf ist Gewerbeinhaber der Firma M.B. in S., X, die an diesem Standort die Pizzeria M. betreibt. Öffnungszeiten der Pizzeria sind montags bis freitags von 11:00 bis 14:00 Uhr sowie von 17:00 bis 23:00 Uhr. Samstags, sonntags sowie feiertags ist durchgehend von 11:00 bis 23:00 Uhr geöffnet. Während der Öffnungszeiten der Pizzeria gibt es auch ein Zustellservice.

Herr N.E., der sich wegen seiner psychischen Erkrankung in Frühpension befindet ist seit Jahren mit dem Bf freundschaftlich verbunden. Der Bf hat ihm im August 2016 die Möglichkeit geboten bei ihm in der Pizzeria zu arbeiten, nämlich Pizza ausfahren. Herr E. hat aber nach kurzer Zeit erkannt, dass ihm das Arbeiten zu schwer fällt und eine Belastung für ihn darstellt.

Am 02.11.2016 hat sich Herr E. kurz nach 14:00 Uhr den Lieferwagen, in dem sich immer eine Pizzaliefertasche befindet, mit Zustimmung des Bf ausgeborgt um seine Frau von der Arbeit abzuholen und in der Folge Einkäufe zu tätigen.
Nachdem er seine Frau von ihrem Arbeitsplatz abgeholt hat, wurde er von einer Polizeistreife bei einer Routinekontrolle aufgehalten. Da Herr E. und seine Ehefrau nicht angegurtet waren, hat er eine Strafzahlung befürchtet und bei dieser Kontrolle schnelle unüberlegte und logisch nicht nachvollziehbare Angaben gemacht, um so einer Strafe zu entgehen.

4.2. Diese Sachverhaltsdarstellungen gründen sich auf die Aussagen des Bf sowie des einvernommenen Zeugen Herrn E., der im Rahmen der mündlichen Verhandlung einen glaubwürdigen Eindruck vermittelte. Der Zeuge ChefInsp. S. hält fest, dass der Vorfall schon so lange her sei und er nicht mehr genau in Erinnerung habe, was bei der Kontrolle geschehen sei und ob nun eine Strafe zu zahlen gewesen wäre oder nicht. Er habe sich aber an eine Frau am Beifahrersitz erinnern können.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

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

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

Gemäß § 111 Abs. 2 ASVG ist die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu bestrafen und zwar

- mit Geldstrafe von 730 € bis zu 2.180 €, im Wiederholungsfall von 2.180 € bis zu 5.000 €,
- bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen,

sofern die Tat weder den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet noch nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist. Unbeschadet der §§ 20 und 21 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 kann die Bezirksverwaltungsbehörde bei erstmaligem ordnungswidrigen Handeln nach Abs. 1 die Geldstrafe bis auf 365 € herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

Nach § 33 Abs. 1 ASVG haben Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach diesem Bundesgesetz in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Vollversicherte und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden und binnen sieben Tagen nach dem Ende der Pflichtversicherung abzumelden.

Nach § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber i.S. dieses Gesetzes u.a. derjenige, für dessen Rechnung jener Betrieb geführt wird, in dem der Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 ASVG pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

Nach § 4 Abs. 2 ASVG ist als Dienstnehmer anzusehen, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Gemäß § 539a Abs. 1 ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.

5.2. Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG 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. Ein wesentliches Merkmal ist die Entgeltlichkeit der Tätigkeit, wobei sich der Anspruch des Arbeitenden auf Bezahlung aus einer mit dem Arbeitgeber getroffenen Vereinbarung, allenfalls aber auch unmittelbar aus arbeitsrechtlichen Vorschriften (aus gesetzlichen und kollektivvertraglichen Regelungen) ergeben kann. Nicht nur Geldleistungen erfüllen dieses Tatbestandsmerkmal, sondern alle Leistungen, die der Arbeitnehmer als Gegenleistung für seine Arbeitsleistung erhält (auch Naturalleistungen wie freie Unterkunft, freies Essen als Gegenleistung für die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft). Ist hingegen glaubhaft – sei es ausdrücklich oder konkludent – für die Tätigkeit Unentgeltlichkeit vereinbart, fehlt es an der persönlichen oder wirtschaftlichen Abhängigkeit.

Zunächst ist auszuführen, dass im ASVG keine widerlegliche gesetzliche Vermutung analog zu den Bestimmungen des § 28 Abs. 7 AuslBG normiert ist. Eine Beweislastumkehr findet daher nicht statt. Allein aufgrund des Umstandes, dass Herr E. in einem auf die Firma des Bf zugelassenen PKW angetroffen wurde, ergibt sich daher nicht die Vermutung, dass eine Beschäftigung in wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit gegen Entgelt vorliegt, sofern nicht zusätzliche Sachverhaltsmerkmale eine solche Annahme rechtfertigen.

Für die erkennende Richterin des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich steht aufgrund der Ergebnisse des durchgeführten Ermittlungsverfahrens die langjährige Bekanntschaft zwischen dem Bf und Herrn E. fest. Dieses freundschaftlich geprägte Verhältnis ist auch Grund dafür, dass Herrn E. im August 2016 die Möglichkeit geboten wurde im Unternehmen des Bf zu arbeiten, obwohl dem Bf bekannt war, dass Herr E. an schizoaffektiver Störung leidet und seit Jahren therapiert wird. Gegenstand des Verwaltungsstrafverfahrens ist die Fahrt des N.E. mit dem Firmenfahrzeug des Bf am 02.11.2016 um 14:30 Uhr und wird dem Bf angelastet, Herrn E. ohne entsprechende Anmeldung zur Sozialversicherung beschäftigt zu haben.

Bei der Routinekontrolle am 02.11.2016 um 14.30 Uhr – und somit außerhalb der Öffnungszeiten der Pizzeria – bei der auch die Ehegattin im Auto saß, gab Herr E. gegenüber dem Polizeibeamten an für 5 Euro pro Stunde Pizza auszuliefern. Dem Beamten war jedoch die schizoaffektive Störung, an der Herr E. leidet, durch dieser er in ständiger ärztlicher Behandlung und bereits in Frühpension ist, zum Zeitpunkt der Kontrolle nicht bekannt und so nahm dieser auch den Redeschwall von Herrn E. für „bare Münze“.

Herr E. hat in der mündlichen Verhandlung glaubhaft vermitteln können, dass er bei der Kontrolle alles Mögliche gesagt habe um wenig Strafe bzw. keine Strafe für die Nichtverwendung des Sicherheitsgurtes zu zahlen.

Symptome einer schizoaffektiven Störung können sich ua. durch unorganisiertes und unlogisches Reden, Paranoia und Halluzinationen manifestieren.

Abgesehen vom Umstand, dass Herr E. im Beisein seiner Ehegattin das auf das vom Bf vertretene Unternehmen zugelassene Fahrzeug lenkte, liegen keine Umstände vor, aus denen auf eine Beschäftigung durch die Pizzeria M. in wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit gegen Entgelt geschlossen werden kann. Die Bereitstellung des Fahrzeugs durch den Bf erfolgte freiwillig und unentgeltlich. Es lag weder eine beauftragte Zustellfahrt noch eine entgeltliche Personenbeförderung vor. Eine solche kann nicht nachgewiesen werden.

5.3. Gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG 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.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

II. Bei diesem Verfahrensergebnis entfällt die Verpflichtung zur Leistung von Kostenbeiträgen zum Verwaltungsstrafverfahren.

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 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.

H i n w e i s e

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

2. Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt