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-302155/7/GS/JW

Datum:
Linz, 25. Juni 2019

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Saxinger über die Beschwerde des R L, vertreten durch Mag. B K, Rechtsanwalt, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung vom 3.10.2018, GZ: Ge96-153-2017, wegen einer Übertretung des allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13.6.2019

zu Recht:

I. Dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird stattgegeben.

II. Der Beschwerde wird stattgegeben, das Straferkenntnis vom 3.10.2018, GZ: Ge96-153-2017, wird aufgehoben und das Strafverfahren eingestellt.

III. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde noch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten.

IV. 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.1. Mit Straferkenntnis vom 3.10.2018, GZ: Ge96-153-2017, hat die Bezirkshauptmannschaft U (im Folgenden: belangte Behörde) bezüglich Herrn R L wie folgt entschieden:

„Es wird Ihnen zur Last gelegt, folgende Verwaltungsübertretung(en) begangen zu haben: Taten (einschließlich Ort, Datum und Zeit der Begehung)

Sie haben als handelsrechtlichen Geschäftsführer der L GmbH (FN 9) in F, zu verantworten, dass die genannte Firma als DienstgeberIn nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person handelt, am 20.11.2017 um 11:30 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Oberösterreichische Gebietskrankenkasse Krankenkasse zur Pflichtversicherung angemeldet wurde. Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den/die Beschäftigte(n) vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung erst am 20.11.2017 um 17:51 Uhr erstattet.

Name: A.P
Arbeitsantritt: 20.11.2017 09:30
Beschäftigungsort: (Verkaufsplatz)
Kontrollort: W (Verkaufsplatz).
Kontrollzeit: 20.11.2017, 11:30 Uhr

Die Anmeldung erfolgte am 20.11.2017 um 17:51:36 Uhr für einen Arbeitsbeginn ab dem 21.11.2017 bei der OÖ GKK und wurde somit falsch erstattet.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 111 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 Bundesgesetz vom 9. September 1955 über die Allgemeine Sozialversicherung (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG.), BGBl. Nr. 189/1955 i.d.F. BGBl. Nr. 18/1956

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

| Geldstrafe von | Falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von | Freiheitsstrafe von | Gemäß |
|---|---|---|---|
| 730,00 Euro (Mindeststrafe) | 113 Stunden | | § 111 Abs. 1 Z. 1 ASVG |

Weitere Verfügungen (zB Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):
---
Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:
73,00 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich 100 € angerechnet):
Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher
803,00 Euro“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass am 20.11.2017 um 11:30 Uhr durch Organe der Finanzpolizei P A als Beifahrer und M W als Lenker im Firmenfahrzeug der Firma L GmbH angetroffen worden wären. Nach Feststellung der Identität wäre Herr P ein Personenblatt vorgelegt worden, da er zum Zeitpunkt der Kontrolle nicht zur Sozialversicherung angemeldet gewesen wäre. Er habe angegeben, dass er seit 20.11.2017, 09:30 Uhr, zur Probe als Zusteller für die oben angeführte Firma arbeiten würde. Herr M wäre zum Zeitpunkt der Kontrolle zur Sozialversicherung angemeldet gewesen. Eine Anmeldung beim zuständigen Krankenversicherungsträger für Herrn P sei erst nach der Kontrolle erfolgt. Herr P wäre am 20.11.2017 um 17:51:36 ab 21.11.2017 als Fahrer mit 40 Stunden pro Woche für die oben angeführte Firma angemeldet worden. Die Behörde habe die Tätigkeit des Herrn P als Probearbeitstag beurteilt. Dies umso mehr, als dieser bis 19.12.2017 in ein Arbeitsverhältnis übernommen worden wäre.

I.2. Gegen diesen Tatvorwurf richtet sich die Beschwerde vom 16.11.2018. Diesbezüglich wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass richtig sei, dass sich Herr A.P am 20.11.2017 als Beifahrer in einem Dienstfahrzeug der L GmbH befunden habe. Entgegen der Ausführungen der belangten Behörde sei dies jedoch nicht als Probetag zu qualifizieren, da er keinerlei Arbeitstätigkeiten zu verrichten gehabt hätte, sondern lediglich unentgeltlich „hineinschnupperte“, um überhaupt erst entscheiden zu können, ob er sich vorstellen könne, die genannte Tätigkeit künftig selber auszuführen. Das „Schnuppern“ sei auf rein freiwilliger Basis erfolgt und hätte jederzeit beendet werden können. Bei einem Probetag gehe es hingegen um das Kennenlernen von betrieblichen Abläufen, wobei hier jedoch nicht nur ein potentielles Interesse an der Tätigkeit vorliege, sondern bereits ein konkretes Kennenlernen des Betriebes sowie die Eignung zur später auszuübenden Tätigkeit erfolgte. Es liege somit kein Probearbeitstag, sondern lediglich ein „Schnuppern“ des Herrn P vor, das aus den angeführten Gründen nicht anmeldepflichtig gewesen wäre. Weiters wurde mit der Beschwerde der Antrag auf Wiedereinsetzung eingebracht und vorgebracht, dass der Beschwerdeführer (Bf) am 5.11.2018 gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft U vom 3.10.2018, zugestellt am 9.10.2018, sohin binnen offener Frist, beiliegende Beschwerde fristgerecht per Einschreiben eingebracht habe. Wie aus den Beilagen ersichtlich sei, sei im Sichtfenster eindeutig die belangte Behörde und deren Anschrift ersichtlich, bei welcher die eingebrachte Beschwerde einzubringen gewesen wäre. Festzuhalten sei auch, dass die richtige Adresse, insbesondere die richtige Postleitzahl angegeben worden wäre. Die am 5.11.2018 eingebrachte Beschwerde wäre am 14.11.2018 mit dem Rücksendedatum 12.11.2018 retourniert worden. Dies deshalb, da angeblich die Postleitzahl falsch angegeben worden wäre, was jedoch offenkundig nicht der Fall sei. Vom Umstand, dass die fristgerecht eingebrachte Beschwerde nicht bei der belangten Behörde eingelangt sei, habe der Beschwerdeführer am 14.11.2018 Kenntnis erlangt und der gegenständliche Antrag auf Wiedereinsetzung sei sohin fristgerecht. Festzuhalten sei weiters, dass

dem Bf kein Verschulden treffe, da dieser die Beschwerde ordnungsgemäß und fristgerecht bei der Post per Einschreiben aufgegeben habe. Es handle sich überdies auch um ein unvorhergesehenes Ereignis, da der Bf die Retournierung aufgrund einer angeblichen falschen Postleitzahl nicht verhindern hätte können, da dieser alle Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Zustellung erfüllt habe.

I.3. Die belangte Behörde hat die Beschwerde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 6.12.2018 (eingegangen beim LVwG am 13.12.2018) zur Entscheidung vorgelegt.

Das LVwG entscheidet gemäß § 2 VwGVG durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

I.4. Das LVwG Oö. hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt der belangten Behörde und am 13.6.2019 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der der rechtsfreundliche Vertreter des Bf, ein Vertreter der Organpartei sowie der als Zeuge geladene Beifahrer A P erschienen sind.

II. Nachfolgender Sachverhalt steht fest:

Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma L GmbH (FN 9) in F.

Die Firma L GmbH erbringt Zustelldienste für den B Onlineshop und beschäftigt zu diesem Zweck Mitarbeiter, deren Aufgabe es ist, innerhalb bestimmter Zeitfenster von B-Filialen an externe Standorte zu liefern. A P interessierte sich für die Aufnahme einer solchen Arbeitstätigkeit bei der L GmbH. Am 17. oder 18.11.2017 hat Herr P mit dem Bf ein Telefonat geführt. Dabei wurde ihm von diesem angeboten, dass er sich die Arbeit einmal anschauen könne, um so einen Eindruck von der genannten Arbeitstätigkeit gewinnen zu können. Der Bf hat ihm angeboten, am Montag, den 20.11.2017 in der Früh, ca. um 08:00 Uhr zur B-Filiale in L zu kommen.

Als Herr P um ca. 08:00 Uhr am 20.11.2017 bei der genannten B-Filiale eintraf, übergab er einem Mitarbeiter der Firma des Bf seine Unterlagen für die Anmeldung zur Sozialversicherung. Es war nämlich mit dem Bf telefonisch vereinbart, diese zu übergeben, damit bei Aufnahme der in Betracht gezogenen Arbeitstätigkeit die Anmeldung am folgenden Tag erfolgen kann.

A.P fuhr sodann mit dem bei der Firma des Bf zur Sozialversicherung gemeldeten W.M im Firmenfahrzeug mit. Im Zuge dieser Zustellfahrt lenkte ausschließlich W.M das Fahrzeug, A P befand sich lediglich am Fahrersitz und verrichtete keinerlei Arbeitstätigkeit bei den Zustellfahrten. Der Zustellfahrer erklärte Herrn P, wie die

Zustellfahrten durchzuführen sind (wo die Waren zu lagern und abzustellen sind und wo das Auto eingeparkt werden soll).

Am 20.11.2017 um 11:30 Uhr erfolgte durch Organe der Finanzpolizei vor dem Verkaufsplatz der Firma „W“, eine Kontrolle. Im Rahmen dieser Kontrolle wurde mit A P ein Personenblatt aufgenommen. Auf diesem ist vermerkt, dass Herr P angegeben hat, dass er den ersten Tag mit dem Zusteller mit ist, um sich die Arbeit anzuschauen und auszuprobieren. Wenn alles passt, arbeitet er ab morgen fix als Zusteller.

A P hätte dem Bf jederzeit mitteilen können, dass er die Arbeitsstelle nicht antreten wolle.

Im Zuge dieser Zustellfahrt wurden nicht die Fähigkeiten des A P als Zustellfahrer überprüft, sondern diente diese Fahrt A P dazu, sich ein Bild von der geplanten Arbeitsstelle zu machen. Für die Durchführung dieser Zustellfahrt war ein Beifahrer nicht notwendig.

Eine Anmeldung beim zuständigen Krankenversicherungsträger für A P erfolgte am 20.11.2017 um 17:51:36 Uhr ab 21.11.2017 als Fahrer mit 40 Stunden/Woche für die L GmbH.

Das angefochtene Straferkenntnis wurde dem Rechtsvertreter des Bf nachweislich am 9.10.2018 zugestellt.

Der Bf hat am 5.11.2018 dagegen fristgerecht per Einschreiben Beschwerde eingebracht. Im Sichtfenster des Beschwerdekuverts sind eindeutig die belangte Behörde und deren korrekte Anschrift (v.a. korrekte Postleitzahl) ersichtlich.

Der Rechtsvertretung des Bf wurde die eingebrachte Beschwerde am 14.11.2018 mit dem Rücksendedatum 12.11.2018 retourniert. Fälschlicherweise ist darauf angegeben, dass die Postleitzahl falsch angegeben worden ist.

## III. Beweiswürdigung

Die Feststellungen ergeben sich aus dem vorgelegten Akteninhalt und den Aussagen des in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einvernommenen Zeugen A P Dieser schilderte schlüssig, glaubwürdig und widerspruchsfrei den festgestellten Sachverhalt. Da A P zum Zeitpunkt seiner Einvernahme vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht mehr im Betrieb des Bf beschäftigt war, ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb er eine Gefälligkeitsaussage zu Gunsten des Bf machen hätte sollen. Der Zeuge schilderte glaubwürdig, dass er den Zustellfahrer am Kontrolltag lediglich aus dem Grund begleitete, um für sich einen Eindruck von der bevorstehenden Arbeitstätigkeit

gewinnen zu können. Unbestritten blieb, dass A P am Kontrolltag lediglich Beifahrer war und keinerlei Arbeitstätigkeit verrichtete. A.P schilderte auch nachvollziehbar, dass für die Zustellfahrten grundsätzlich kein Beifahrer notwendig ist. Nach erfolgter Anmeldung am 21.11.2017 führte er am 2. oder 3. Tag die Waren alleine aus. Eine besondere Einschulung ist für die gegenständlichen Zustellfahrten dem Grunde nach nicht nötig gewesen, da die jeweilige Route zu den Kunden immer unterschiedlich war und anhand von jeweils übergebenen Listen definiert worden ist. In den grundsätzlichen Erklärungen des Zustellfahrers gegenüber dem Zeugen während der Fahrt kann daher keine spezielle Einschulung für den Job als Zustellfahrer gesehen werden. Der Zeuge sagte in der Verhandlung aus, dass er selbst gewusst hat, was er bei den Zustellfahrten machen muss.

Laut Angaben des Bf erfolgte die Mitfahrt des Zeugen auf freiwilliger Basis und hätte jederzeit beendet werden können. Der Zeuge gab in diesem Zusammenhang in der Verhandlung an, dass er dem Chef einfach gesagt hätte, dass es ihm nicht gefällt.

Dem Zeugen wurde auch vorgehalten, dass er im Personenblatt einen Lohn von 1.400 Euro angegeben hat. Er erklärte daraufhin glaubwürdig und nachvollziehbar, dass es sich dabei um den Betrag gehandelt hat, der in der Jobannounce gestanden ist. Ob er für die Mitfahrt am Kontrolltag ein Entgelt erhalten hat, konnte der Zeuge in der Verhandlung nicht sagen.

Dass der Zeuge am 20.11.2017 um 17:51:36 Uhr ab 21.11.2017 als Fahrer mit 40 Stunden pro Woche für die Firma des Bf angemeldet wurde – also vor Dienstantritt- ergibt sich aus dem ELDA-Auszug. Die Anmeldung um diese Uhrzeit ist außerdem unbestritten.

Die Angaben des Bf zur eingebrachten Beschwerde sind unstrittig. Unstrittig ist weiters aufgrund des vorgelegten Akteninhaltes, dass die Beschwerde per Einschreiben an die richtige Adresse unter Anführung der richtigen Postleitzahl adressiert wurde. Die Angabe der Post auf dem Rückschein, nämlich falsche PLZ, entspricht unstrittig nicht den Tatsachen.

IV. In rechtlicher Hinsicht hat das Landesverwaltungsgericht erwogen:

IV.1. Zum Antrag auf Wiedereinsetzung:

Nach § 71 Abs. 1 Z 1 AVG – der gemäß § 24 VStG auch im Verwaltungsstrafverfahren anzuwenden ist – ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung einer Frist unter anderem dann zu bewilligen, wenn eine Partei glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die Frist

einzuhalten und sie kein Verschulden oder nur ein minderer Grad des Versehens trifft.

Dem Beschwerdeführervertreter wurde das angefochtene Straferkenntnis vom 3.10.2018 nachweislich am 9.10.2018 zugestellt. Per Einschreiben wurde vom Bf am 5.11.2018 fristgerecht Beschwerde eingebracht. Die Beschwerde ist an die belangte Behörde unter Anführung der richtigen Adresse, insbesondere der richtigen Postleitzahl, gerichtet. Vom Umstand, dass die fristgerecht eingebrachte Beschwerde nicht bei der belangten Behörde eingelangt ist, hat der Bf am 14.11.2018 Kenntnis erlangt. An diesem Tag wurde der Rechtsvertretung des Bf die am 5.11.2018 eingebrachte Beschwerde mit dem Rücksendedatum 12.11.2018 retourniert. Fälschlicherweise ist auf dem Rücksendeschein von der Post angegeben, dass die Postleitzahl falsch angegeben worden wäre. Dies ist jedoch aufgrund des Akteninhaltes offenkundig nicht der Fall. Den Bf trifft somit kein Verschulden, da dieser die Beschwerde ordnungsgemäß und fristgerecht bei der Post per Einschreiben aufgegeben hat. Es handelt sich daher um ein unvorhergesehenes Ereignis, da der Bf die Retournierung aufgrund einer angeblich falschen Postleitzahl nicht verhindern konnte, da dieser alle Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Zustellung erfüllt hat. Dem Antrag auf Wiedereinsetzung war daher stattzugegeben.

IV.2. Zur Entscheidung in der Sache selbst:

Als Dienstnehmer gilt gemäß § 4 Abs. 2 ASVG derjenige, der in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird, wobei hiezu auch Personen gehören, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbstständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen; unabhängig davon gelten Personen jedenfalls dann als Dienstnehmer, wenn sie entweder mit einem Dienstleistungscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz entlohnt werden, oder wenn sie nach § 47 Abs. 1 iVm Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG) lohnsteuerpflichtig sind, soweit es sich nicht um Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. a oder b EStG oder um Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. c EStG, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen, handelt.

Gemäß § 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. 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 Abs. 2 leg. cit. gilt Abs. 1 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, dass die Meldungen beim Träger der Krankenversicherung, der beim Bestehen einer Krankenversicherung nach diesem Bundesgesetz für sie sachlich und örtlich zuständig wäre, zu erstatten ist.

Nach § 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 (Lehrling) in einem Beschäftigungs(Lehr)verhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgelts verweist. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

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 oder Versicherungsträger während der Betriebszeiten nicht in Geschäftsbücher, Belege und sonstige Aufzeichnungen, die für das Versicherungsverhältnis bedeutsam sind, einsehen lässt. Gemäß § 111 Abs. 2 leg. cit. ist die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu bestrafen, und zwar mit Geldstrafe von 730 Euro bis 2.180 Euro, im Wiederholungsfall von 2.180 Euro bis 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 Verwaltungsbestimmungen 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.

Unstrittig war der Zeuge am Kontrolltag lediglich Beifahrer in einem Dienstfahrzeug der L GmbH. Ebenso steht fest, dass der Zeuge das Fahrzeug am Kontrolltag nie lenkte und keinerlei Arbeitstätigkeit verrichtete. Weiters war ein Beifahrer für die Durchführung der Zustellfahrten nicht notwendig. Der Zeuge sollte durch die freiwillige Mitfahrt selbst entscheiden, ob die gegenständliche Zustelltätigkeit für ihn persönlich vorstellbar ist.

Verfahrensgegenständlich ist daher die Frage, ob die Teilnahme dieser Zustellfahrt als Beifahrer zu einem anmeldepflichtigen Dienstverhältnis zählt oder ob der

Dienstantritt tatsächlich erst am 21.11.2017 stattfand. Insbesondere zu klären ist, ob es sich dabei um eine Probearbeit handelte, die anmeldepflichtig ist.

Hinsichtlich der Teilnahme an der aufgezeigten Zustellfahrt als Beifahrer ist daher abzuwägen, ob diese dazu diente, dass sich der Zeuge ein Bild vom Betrieb des Bf machen konnte, oder ob auch der Bf die Kenntnisse und Fähigkeiten des Zeugen testen wollte.

Der Verwaltungsgerichtshof führte dazu aus:

„Der Zweck des ‚Probetages', die Eignung des (potentiellen) Dienstnehmers zu überprüfen, setzt 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 Einschulung (hier das Kennenlernen der Route und der zu verrichtenden Tätigkeiten durch Teilnahme an einer Auslieferungsfahrt) bereits Teil der Betriebsarbeit. Auch ohne ausdrücklich vereinbartes Gehalt, hatte der den Probetag Absolvierende daher Anspruch auf den kollektivvertraglichen bzw. angemessenen Lohn (vgl. § 1152 ABGB); Zur Vermutung der Entgeltlichkeit auch bei Einschulungszeiten s. auch das Urteil des Obersten Gerichtshofes ArbSlg. 8457)." [VwGH 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.

Im gegenständlichen Fall hat der Zeuge keine eigene Arbeitsleistung erbracht. Der Beschwerdeführer machte sich im Zuge der Zustellfahrt insofern kein Bild von den Fähigkeiten des Zeugen als Zustellfahrer. Auch eine konkrete Einschulung fand nicht statt, zumal immer verschiedene Routen anhand von übergebenen Listen abzufahren waren. Aus diesem Grund war eine spezielle Einschulung nicht nötig. Die Teilnahme an der Zustellfahrt diente dem Zeugen, sich ein Bild von seiner späteren Tätigkeit zu machen, nicht aber dem Bf sich ein Bild vom Zeugen zu machen.

Der VwGH hat in seinem Erkenntnis vom 14. Februar 2013, Zl.: 2012/08/0023, Nachfolgendes erkannt:

„Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung 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 jederzeitigen Auflösung ohne Begründung besteht. Für die danach erforderliche Abgrenzung eines bloßen Vorstellungsgesprächs 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 arbeitsuchende Personen zu Arbeitsleistungen ohne Entgeltsanspruch 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 eigentliche 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 (Hinweis E 18.2.2004, Zl.: 2000/08/0180, VwSlg. 16285A/1996).“

Im gegenständlichen Fall hat sich ergeben, dass Arbeitsleistungen des Zeugen vom Bf nicht eingefordert wurden und er auch nicht seine Fähigkeiten als Zustelllenker demonstrierte. Vielmehr war er ausschließlich als Beifahrer im Auto anwesend, sodass sich der Bf noch nicht einmal von den Fähigkeiten des Zeugen als KFZ-Zustelllenker im Generellen ein Bild machte. Außerdem hätte der Zeuge während der Zustellfahrt jederzeit bei Abbruch erklären können, dass es ihm nicht gefällt. Eine Probearbeitsleistung wurde von ihm insofern nicht gefordert bzw. erbracht.

Da sich aus den Angaben des Bf im Einklang mit der Aussage des Zeugen glaubwürdig ergibt, dass der Zeuge keinerlei eigene Arbeitsleistung erbrachte, ein Beifahrer für die Zustellfahrten nicht notwendig war und darüber hinaus im Falle der sofortigen Beendigung der Zeuge jederzeit kundtun konnte, dass es ihm nicht gefällt, liegt in der Tätigkeit des Zeugen am 20.11.2017 noch keine sozialversicherungspflichtige Arbeitsverrichtung. Vielmehr kann die Teilnahme an der Zustellfahrt als Beifahrer als „Schnuppern“ betrachtet werden.

Aus den genannten Erwägungen ergibt sich insofern, dass im vorliegenden Fall noch nicht von einer sozialversicherungspflichtigen Tätigkeit ausgegangen werden kann. Der Dienstantritt hat vielmehr tatsächlich erst am 21.11.2017 stattgefunden und erfolgte die Anmeldung für diesen Tag im Vorhinein, somit vor Dienstantritt.

Der Beschwerde war daher Folge zu geben und spruchgemäß zu entscheiden. Die Kostenentscheidung gründet auf den gesetzlichen Bestimmungen.

## V. 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.

Hinsichtlich der Abgrenzung zwischen einem „Schnuppern“ des Arbeitnehmers und einer sozialversicherungspflichtigen Probearbeit wird auf die oben zitierten Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes verwiesen. Die vorliegende Entscheidung weicht von dieser Judikatur nicht ab.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich außerdem aus den konkreten Aussagen des Zeugen und den Ausführungen des Bf. Die vorliegende Entscheidung betrifft daher nur den konkret vorliegenden Einzelfall. Auch diesem Grund war die ordentliche Revision für unzulässig zu erklären.

## 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

Mag. Saxinger