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-302399/16/KL/CG

Datum:
Linz, 4. Dezember 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde des T H, vertreten durch Rechtsanwäte Dr. K, Dr. N, Mag. H, Mag. P, Mag. K LL.M., M, L, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 29. Mai 2019, GZ: SanRB96-66-2019, wegen Übertretungen nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz - ASVG nach öffentlicher mündlicher Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird hinsichtlich des Dienstnehmers P D stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.
Hinsichtlich des Dienstnehmers H R wird die Beschwerde betreffend die Schuld abgewiesen. Hinsichtlich der verhängten Strafe wird der Beschwerde dahingehend stattgegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 365 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit die Ersatzfreiheitsstrafe auf 56 Stunden herabgesetzt wird.
Die Verwaltungsstrafnorm gemäß § 44a Z. 3 VStG hat zu lauten:
„§ 111 Abs. 2 ASVG“.

II. Hinsichtlich Faktum 1 entfallen jegliche Verfahrenskostenbeiträge; hinsichtlich Faktum 2 ermäßigt sich der Kostenbeitrag zum Verfahren der belangten Behörde auf 36,50 Euro; zum Beschwerdeverfahren ist kein Kostenbeitrag zu leisten.

III. 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

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 29. Mai 2019, SanRB96-66-2019, wurden gegen den Beschwerdeführer in zwei Fällen Geldstrafen von je 730 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen von je 112 Stunden wegen je einer Verwaltungsübertretung gemäß § 33 iVm § 111 Abs. 1 Z. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG verhängt, weil er es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als Außenvertretungsbefugter der D F GmbH, mit Sitz in L, H, gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten hat, dass diese Firma als Dienstgeber

1) Herrn P D, geb. x, zumindest vom 1.11.2018 bis 22.1.2019 als Dienstnehmer (Speisenzusteller), in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt (November 2018: 4,-- € pro Zustellung; lt. Werkvertrag: 3,70 € pro Zustellung) beschäftigt hat, ohne vor Arbeitsantritt (1.11.2018) und
2) Herrn H R, geb. x, zumindest vom 26.10.2018 bis 29.1.2019 als Dienstnehmer (Speisenzusteller), in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt (Oktober 2018: 3,-- € pro Zustellung, November und Dezember 2018: 3,50 € pro Zustellung; lt. Werkvertrag: 80,-- € pro Tag) beschäftigt hat, ohne vor Arbeitsantritt (26.10.2018)
zumindest die Beitragskontonummer, den Namen und die Versicherungsnummer, bzw. die Geburtsdaten der beschäftigten Personen, den Tag der Beschäftigungsaufnahme, sowie das Vorliegen einer Voll- oder Teilversicherung bei der Oö. Gebietskrankenkasse mit Sitz in 4020 Linz, Gruberstraße 77, als zuständiger Sozialversicherungsträger, zu melden.

Dieser Sachverhalt wurde von Organen des Finanzamtes Linz durch eine Kontrolle von Herrn D am 22.1.2019 beim M in L, W, eine Kontrolle von Herrn R am 29.1.2019 an dessen Gewerbestandort in A, H, sowie durch Abfragen im Hauptverband, festgestellt.

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und die Aufhebung des Straferkenntnisses und Einstellung des Strafverfahrens beantragt. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass D und R von der D F GmbH nicht als persönlich und wirtschaftlich abhängige Dienstnehmer beschäftigt worden seien, sondern diese als selbständige Geschäftspartner der D F GmbH Speisenzustellungen vorgenommen hätten. Diese führte für die Onlineplattform M.at Essenslieferungen im Großraum Linz durch. Die Bestellungen werden vom Kunden über die App oder die Website von M.at getätigt. Über ein Softwaresystem, mit welchem auch die Fahrer der D F GmbH verbunden sind, werden die Aufträge an einen verfügbaren Fahrer zugeteilt. Grundsätzlich seien für die D F GmbH zum überwiegenden Teil unselbständige Dienstnehmer beschäftigt, welchen größtenteils auch eigene Firmenfahrzeuge zur Verfügung gestellt werden. Wenn

unselbständige Fahrer die Lieferungen mit eigenen PKW´s vornehmen, wird diesen der dafür angefallene Aufwand zusätzlich zum vereinbarten Monatslohn vergütet. Neben diesen unselbständigen Dienstnehmern führen D und R als selbständige Geschäftspartner Essenslieferungen für die D F GmbH durch. Vor Beginn der Geschäftsbeziehungen seien mit den selbständigen Geschäftspartnern die Rahmenbedingungen wie insbesondere das Entgelt pro erfolgter Lieferung sowie ein Vertretungsrecht geregelt worden. Im Unterschied zu unselbständigen Fahrern erhalten die selbständig tätigen Geschäftspartner keinerlei Betriebsmittel, sodass insbesondere die Fahrzeuge und die EDV-Hardware von den selbständigen Geschäftspartnern bereitzustellen ist. Eine über die Pauschale pro Lieferung hinausgehende Vergütung beispielsweise für die Verwendung des PKW´s wird nicht geleistet. Auch steht es ihnen frei, über Software zugeteilte Aufträge zur Gänze abzulehnen bzw. ohne Rücksprache mit der D F GmbH offline zu gehen. Sobald ein Fahrer offline geht, scheint dieser nicht mehr im System auf, sodass diesem auch keine Aufträge mehr zugeteilt werden können. Auch sind den Selbständigen keinerlei Arbeitszeiten vorgegeben. Es ist lediglich vereinbart, dass die selbständigen Geschäftspartner die Zeiten, in welchen sie verfügbar sind, gegenüber der D F GmbH bekannt geben. Für den Fall, dass der Bedarf in diesen Zeiten durch eigene Dienstnehmer abgedeckt werden kann, wird den selbständigen Geschäftspartnern mitgeteilt, dass sie in diesem Zeitraum nicht benötigt werden. Es obliegt aber den selbständigen Geschäftspartnern diese Aufträge nach Belieben anzunehmen oder abzulehnen bzw. haben sie auch die Möglichkeit, ohne jegliche Konsequenzen offline zu gehen, was zur Folge hat, dass ihnen überhaupt keine Aufträge mehr zugeteilt werden können.

Es wurde auf das E-Mail der OÖ. GKK vom 5.6.2019 hingewiesen, wonach hinsichtlich der Herren D und R keine Dienstnehmereigenschaft im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG vorliegt. Es wurde mit den Geschäftspartnern in den gegenständlichen Rahmenvereinbarungen ausdrücklich ein Vertretungsrecht vereinbart. Da aber keine Bindung an vorgegebene Arbeitszeiten besteht, kann von diesen nicht verlangt werden, sich vertreten zu lassen wenn sie nicht für Essensauslieferungen zur Verfügung stehen. Eine Pflicht zur Vertretung besteht nicht. Wenn ein entsprechender Bedarf besteht und die selbständigen Geschäftspartner nicht zur Verfügung stehen, hat der Beschwerdeführer daher jedenfalls für Ersatz zu sorgen. Die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit hinsichtlich der selbständigen Geschäftspartner sind daher nicht gegeben. Sie sind nicht an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit und das arbeitsbezogene Verhalten des Unternehmens gebunden und kommt der D F GmbH keinerlei Kontroll- und Weisungsbefugnis zu.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Linz-Land als belangte Behörde hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt vorgelegt.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt sowie durch Anberaumung und Durchführung von öffentlichen mündlichen Verhandlungen am 13. November und 27. November 2019, zu welchen die Verfahrensparteien geladen wurden und mit Ausnahme der belangten Behörde erschienen sind. Weiters wurden die Zeugen P D, H R und M S geladen und einvernommen.

4.1. Im Grunde des durchgeführten Beweisverfahrens steht folgender Sachverhalt als erwiesen fest:

Der Beschwerdeführer ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der D F GmbH mit Sitz in L, H, welche im September 2018 entstand und sich am Wohnsitz des Vaters des Beschwerdeführers befindet. Der Vertrag mit der Firma M begann mit 1. Oktober 2018. Mit 1.10.2018 erwarb die Gesellschaft am Firmensitz als Standort die Gewerbeberechtigung für die Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen oder Kraftfahrzeugen mit Anhängern, deren höchstzulässiges Gesamtgewicht insgesamt 3.500 kg nicht übersteigt. Als gewerberechtlicher Geschäftsführer ist ebenfalls der Beschwerdeführer eingetragen. Die Gesellschaft ist Subunternehmerin der Fa. M, eine Onlineplattform zur Essensbestellung. Zuständiges Gebiet ist die Stadt Linz und die Umlandgemeinden wie Traun, L etc. Die Gesellschaft verfügt über 20 – 25 unselbständig Beschäftigte sowie über die beiden genannten Personen D und R, wobei diese als Selbständige zum Ausgleich von Spitzen gedacht sind. Mit der Fa. M gibt es eine klare Vereinbarung, wonach die Dispatcher genau Bescheid wissen über die unselbständig und selbständig tätigen Mitarbeiter, wobei unter den Unselbständigen auch Radfahrer sind, für welche bestimmte Ziele gesperrt sind. Als Selbständige gedacht mit Werkvertrag bzw. Vereinbarung waren P D seit 1.11.2018 und H R seit 26.10.2018. Mit D gab es einen Werkvertrag von 1.11.2018, wobei ein Entgelt von 4 Euro pro Lieferung, sowie ein Ablehnungsrecht und ein Vertretungsrecht vereinbart wurden. Mit Vereinbarung vom 1.1.2019 wurde ein Entgelt von 3,70 Euro pro Lieferung vereinbart, weil das Lieferungsgebiet verdichtet wurde und daher nicht mehr so lange Wege anfallen. Dies ist auch aus der Rechnungslegung vom 3.12.2018 für den Monat November 2018 ersichtlich. Mit R, einem Asylwerber aus dem Irak, wurde zunächst ein Werkvertrag vom 26.10.2018 geschlossen, wobei als Entgelt 80 Euro pro Tag festgelegt wurde. Mit Vereinbarung vom 1.11.2018 wurde ein Entgelt von 3,50 Euro je Lieferung vereinbart. Auch in diesen Vereinbarungen ist ein Ablehnungsrecht und Vertretungsrecht festgelegt. In den jeweiligen Vereinbarungen ist auch festgehalten, dass eine Woche im Voraus mitzuteilen ist, an welchen Tagen der Zusteller eingeteilt werden möchte.

H R hat das Güterbeförderungsgewerbe mit Kraftfahrzeugen oder Kraftfahrzeugen mit Anhängern, deren höchstzulässiges Gesamtgewicht insgesamt 3.500 kg nicht übersteigt, mit 27.8.2018, P D mit 1.11.2018 angemeldet.

Die Rechnungslegung durch R erfolgte zunächst zu einem Tagessatz von 80 Euro für 26. – 28.10.2018, sodann mit Honorarnote Nr. 1 sowie Honorarnote Nr. 2 für 80 Lieferungen zu je 3,00 Euro für den gleichen Zeitraum. Weiters wurde mit Honorarnote Nr. 2 für den Zeitraum 1.11. bis 30.11.2018 mit einem Satz von 3,50 Euro pro Lieferung verrechnet sowie mit Honorarnote Nr. 3 für den Zeitraum von 1.12. bis 30.12.2018 mit einem Satz von 3,50 Euro pro Lieferung, wobei bei der Honorarnote Nr. 3 ein Firmenlogo „H R D GmbH x“ verwendet wurde.
Von beiden Personen wurde die Software Roadrunner verwendet, wobei man sich online und offline stellen konnte. Im Offline-Modus war man nicht erreichbar. Weiters gab es noch den Modus „Temp“, bei dem man kommunizieren konnte, allerdings nicht für Auslieferungen zur Verfügung stand. Weiters wurden mit dieser App im Online-Modus die Bestellungen dem jeweiligen Auslieferer zugewiesen und waren sowohl die verfügbaren Zeiten als auch erfolgten Lieferungen durch diese App aufgezeichnet und für den Auslieferer abrufbar. Aufgrund dieser Aufzeichnungen wurde dann Rechnung gelegt.

Eine Woche im Voraus wurde der Gesellschaft, also dem Beschwerdeführer, vom Auslieferer bekanntgegeben, an welchen Tagen und zu welchen Zeiten er zur Verfügung stand. Beide gaben aber an, dass sie grundsätzlich von Mittwoch bis Sonntag von 11.00 Uhr – 23.00 Uhr zur Verfügung standen. Die Roadrunner-App lief ebenfalls von 11.00 Uhr – 23.00 Uhr, allerdings 7 Tage die Woche, ausgenommen wenn die Plattform ausgebucht war, dann konnten keine Bestellungen mehr auf der Bestellplattform abgegeben werden. Die Bestellungen auf der Plattform M.at werden mit der App vom Dispatchmentteam jenem Auslieferer zugewiesen, der dem Abhol- und Zielort am nächsten ist.

Während sich D gelegentlich auch während der von ihm angegebenen Zeiten offline stellte und auch gelegentlich Bestellungen ausdrücklich ablehnte, war dies bei R nicht der Fall. Die Handyaufzeichnungen dokumentieren, dass von R Pausen an den Beschwerdeführer bekanntgegeben wurden und auch gefragt wurde wenn er vorzeitig seine Zeiten der Verfügbarkeit beendete bzw. wenn er auch krankheitshalber nicht zur Verfügung stehen wollte bzw. auch Urlaub haben wollte. Auch ist aus einer Kommunikation dokumentiert, dass er nicht sofort offline gehen durfte, sondern einige Bestellungen noch ausführen sollte bevor er seine Arbeit beendete. Er fragte auch wenn er Urlaub haben wollte. Wenngleich auch vertragsmäßig ein Ablehnungsrecht eingeräumt wurde, so zeigen die Dokumentationen, dass dies nicht so gelebt wurde. Auch wenn R angibt, dass er die Meldungen nur freiwillig macht, so zeigen doch die Dokumentationen, dass von einem bedingungslosen Ablehnungsrecht und von einer freien Zeiteinteilung durch R nicht Gebrauch gemacht wurde. Vielmehr ist R gemäß den eingehenden und zugewiesenen Bestellungen in Linz und Umgebung immer nachgekommen.

Bei der Einstellung „Temp“ kann der Auslieferer angeschrieben werden, führt aber keine Bestellungen durch und bekommt keine Bestellungen. Bei der weiteren Taste

„Chat“ kann kommuniziert werden, z.B. kann man sich da abmelden. Die Kommunikation fand hinsichtlich D immer mit M statt, nicht mit dem Beschwerdeführer. Die Bestellungen und deren Abwicklung wurden nur mit dem Dispatchteam der Fa. M kommuniziert. Auch Reklamationen werden über Chat durch die Fa. M an den Auslieferer weitergegeben. Während D lediglich mit M kommunizierte und nicht mit dem Beschwerdeführer, lag die Kommunikation von R nur mit dem Beschwerdeführer vor und wurde diese Kommunikation mit WhatsApp durchgeführt. Während R lediglich die eine Gewerbeberechtigung besaß und im Zeitraum Oktober 2018 bis Jänner 2019 nur für den Beschwerdeführer arbeitete, verfügte D auch über andere Gewerbeberechtigungen und übte auch diese anderen Gewerbe aus.

Sowohl D als auch R fahren mit eigenen PKW´s, wobei diese keine Beschilderung oder Kennzeichnungen mit Firmenlogo aufweisen. Auch bekommen sie für den Aufwand betreffend Fahrzeug keine gesonderte Vergütung.

Die unselbständig Beschäftigten fahren zum Teil mit Firmenkraftfahrzeugen, zum Teil auch mit eigenen Kraftfahrzeugen. Bei Verwendung der eigenen Kraftfahrzeuge bekommen sie 75 Cent pro Bestellung als Vergütung. Die unselbständig Beschäftigten bekamen Firmenschilder und Bekleidung mit der Aufschrift M, allerdings besteht keine Verpflichtung zur Verwendung.

Bei einer Kontrolle des P D bei M in Linz, W, am 22.1.2019 wurde festgestellt, dass dieser bis zu diesem Zeitpunkt nicht zur Sozialversicherung gemeldet war. Bei einer Kontrolle des R an seinem Standort am 29.1.2019 wurde festgestellt, dass dieser bis zu diesem Zeitpunkt nicht zur Sozialversicherung gemeldet war und auch keine arbeitsmarktrechtlichen Papiere vorlagen.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den von den Parteien vorgelegten Unterlagen sowie insbesondere auch aus den Aussagen der in der mündlichen Verhandlung einvernommenen Zeugen. Der Zeuge D hat überzeugend und glaubwürdig seine Vorgehensweise bei der Auslieferung dargelegt und auch die Rechnungslegung dargelegt. Insbesondere konnte er einwandfrei seine Entscheidungsfreiheit hinsichtlich der zur Verfügungstellung seiner Arbeitskraft darlegen. Der Zeuge R hingegen hatte Verständigungsprobleme, allerdings war aus seinen Angaben zwar zu entnehmen, dass er frei wählen konnte, andererseits wurde aber auch in seinen Aussagen bekräftigt, dass eine Ablehnung nie vorgekommen ist, dass die Bestellungen von ihm immer erledigt wurden und auch keine Wahl der Gebiete erfolgte. Zwar gab er auch an, dass er sich nicht abmelden musste, führte aber auch trotzdem an, dass er dies machte, und zwar immer beim Beschwerdeführer. Dies ist auch aus der Handykommunikation ersichtlich. Daraus ist aber auch ersichtlich, dass der Zeitpunkt des Abschaltens nicht einseitig vom Zeugen festgelegt werden konnte. Auch ist aus dem Verlauf ersichtlich, dass die Rechnungslegung mit dem Beschwerdeführer abgestimmt wurde und ihm der

Beschwerdeführer behilflich war. Während der Zeuge D lediglich zur Bekanntgabe von Tagen und Uhrzeiten eine Kommunikation mit dem Beschwerdeführer pflegte, die übrige Kommunikation aber mit M erfolgte, erfolgte die Kommunikation des Zeugen R ausschließlich mit dem Beschwerdeführer und nicht mit der Fa. M. Bei gleichlautender Vereinbarung ergaben sich daher in der Ausführung durch die Zeugen wesentliche Unterschiede.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Gemäß § 111 Abs. 1 ASVG handelt ordnungswidrig, wer als Dienstgeber oder sonstige nach § 36 meldepflichtige Person (Stelle) oder nach § 42 Abs. 1 auskunftspflichtige Person 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.

...

Gemäß § 111 Abs. 2 ASVG ist die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 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.

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.

Gemäß § 33 Abs. 2 ASVG 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 sind.

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. Der Verwaltungsgerichtshof führt in seinem Erkenntnis vom 24.4.2014, Zl. 2012/08/0081, aus:
„Dienstnehmer ist gemäß § 4 Abs. 2 ASVG 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 gilt jedenfalls auch, wer gemäß § 47 Abs. 1 iVm Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist. Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21.02.2001, Zl. 96/08/0028).....
Ob bei Erfüllung der übernommenen Arbeitspflicht die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jener persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffspaares – davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder – wie bei anderen Formen einer Beschäftigung (z.B. aufgrund eines freien

Dienstvertrages im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG) – nur beschränkt ist (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10.12.1986, VwSlg. Nr. 12325/A). Unterscheidungskräftige Kriterien der Abgrenzung der persönlichen Abhängigkeit von der persönlichen Unabhängigkeit sind nur die Bindungen des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse, während das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie z.B. die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Empfängers der Arbeit) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt.“ (vgl. so auch VwGH vom 20.03.2014, Zl. 2012/08/0024).

Weiters führt der Verwaltungsgerichtshof aus: „Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG (und damit für ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) ist die persönliche Arbeitspflicht (vgl. zum Folgenden die hg. Erkenntnisse vom 25.6.2013, Zl. 2013/08/0093, und vom 15.7.2013, Zl. 2013/08/0124). Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG schon deshalb nicht vor (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25.4.2007, VwSlg. 17185/A).“

„Die persönliche Arbeitspflicht fehlt andererseits auch dann, wenn einem Beschäftigten ein ‚sanktionsloses Ablehnungsrecht‘ zukommt, wenn er also die Leistung bereits übernommener Dienste jederzeit nach Gutdünken ganz oder teilweise sanktionslos ablehnen kann. Der Empfänger der Dienstleistungen kann unter solchen Umständen nicht darauf bauen und entsprechend disponieren, dass dieser Beschäftigte an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit für Dienstleistungen vereinbarungsgemäß zur Verfügung steht“ (VwGH vom 24.4.2014, Zl. 2013/08/0258).

Dabei liegt sämtlicher Judikatur des VwGH zugrunde, dass „persönliche Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit“ vorliegt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner ständigen Rechtsprechung, z.B. Erkenntnis vom 29.4.2015, 2013/08/0196, zur Frage, ob die Merkmale eines der Pflichtversicherung nach dem ASVG unterliegenden Dienstverhältnisses gegeben sind, ausgeführt, dass es nicht (primär) auf die vertragliche Vereinbarung bzw. auf die Bezeichnung des Vertrages ankommt, sondern auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit (vgl. § 539a Abs. 1 ASVG). Für die Beurteilung der Frage, ob ein auf einem Vertrag beruhendes Beschäftigungsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit besteht, kommt dem Vertrag zwar zunächst die Vermutung seiner Richtigkeit zu, d.h. es ist davon auszugehen, dass er den wahren

Sachverhalt widerspiegelt. Soweit ein Vertrag von den tatsächlichen Gegebenheiten nicht abweicht, ist er als Teilelement der vorzunehmenden Gesamtbeurteilung in diese einzubeziehen, weil er die von den Parteien in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt. Weicht die tatsächliche Ausübung der Beschäftigung aber vom Vertrag ab, ist nicht primär der Vertrag maßgebend, sondern dann sind die wahren Verhältnisse entscheidend, d.h. ob bei der tatsächlichen und nicht bloß vereinbarten Art der Beschäftigung die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen (mit weiteren Judikaturnachweisen). So hat der Verwaltungsgerichtshof z.B. in seinem Erkenntnis vom 28.1.2015, 2013/08/0048, hinsichtlich einer Verwendung für Reinigungsarbeiten, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und ihre Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum erlauben und typischerweise den Inhalt eines Dienstverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bilden, in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte als der Meldepflicht nach dem ASVG unterworfener Beschäftigung bestätigt. Auch im Erkenntnis vom 24.4.2014, 2012/08/0177, bestätigt er, dass berechtigt von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn ausgegangen werden kann, wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen, d.h. arbeitend, unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen. Spricht also die Vermutung für ein Dienstverhältnis, dann muss die Partei ein ausreichend substantiiertes Vorbringen erstatten, aus dem man anderes ableiten könnte.

5.3. Im Grunde der zitierten gesetzlichen Bestimmungen und der ausführlichen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes war daher hinsichtlich des Zustellers D persönliche und wirtschaftliche Unabhängigkeit gegeben. Unzweifelhaft brachte dieser auch bei seiner Zeugenvernehmung zum Ausdruck, dass er ein sanktionsloses Ablehnungsrecht hatte und dieses auch gelebt wurde. Dies wurde auch vom Beschwerdeführer durch Dokumentationen belegt. Auch war unzweifelhaft, dass der Zeuge auch anderen gewerblichen Tätigkeiten nachging, sodass dies in Zusammenschau für seine Unabhängigkeit spricht. Auch war erwiesen, dass er seine Arbeitszeiten frei wählte und auch sich frei gewählte Auszeiten nahm.

Es war daher hinsichtlich dieses Zustellers ein Dienstverhältnis im Sinn des ASVG nicht gegeben und daher bestand keine Verpflichtung zur Meldung zur Sozialversicherung. Es war daher das Straferkenntnis gemäß § 45 Abs. 1 Z. 2 VStG aufzuheben und das Strafverfahren einzustellen.

Hinsichtlich des Zustellers R war zwar festzustellen, dass eine gleichlautende Vereinbarung im Hinblick auf Vertretungsrecht und Ablehnungsrecht sowie Wahl der Dienstzeiten vorlag, allerdings wurden diese Bedingungen nicht tatsächlich

gelebt. So gab dieser an, dass er immer von Mittwoch bis Sonntag von 11.00 Uhr bis 23.00 Uhr zur Verfügung stand. Auch war das Gebiet der Zustellung festgelegt. Es kam nie vor, dass er wo anders eingesetzt wurde. Es kam daher auch nicht vor, dass er eine Zustellung ablehnte. Auch war durch Dokumentation auf seinem Handy ersichtlich, dass er trotz vertragsmäßig freier Wahl der Arbeitszeit dann hinsichtlich Pausen nachfragte oder auch hinsichtlich vorzeitiger Beendigung seiner Arbeitszeit um Erlaubnis fragte bzw. auch bei Urlaub. Es zeigte sich, dass er nicht nur eine Meldung, dass er nicht zur Verfügung stand, bekanntgab, sondern auch dezidiert nachfragte und auch dann aus der Kommunikation ersichtlich ist, dass noch Endarbeiten zu erledigen waren. Auch hinsichtlich der Rechnungslegung gab es Schwierigkeiten und erfolgte diese in Rücksprache mit dem Beschwerdeführer. In Zusammenhalt damit ist auch zu sehen, dass der Zeuge R über keine Büroeinrichtung oder keinen Gewerbebetrieb verfügte. Auch arbeitete er im angegebenen Zeitraum für keinen anderen Auftraggeber, sondern verdiente seinen Unterhalt aus den ihm zugewiesenen Zustellungen bei M. Wenngleich auch vom Beschwerdeführer die sprachlichen Schwierigkeiten eingewendet wurden und zu berücksichtigen sind, so war doch aus der Gesamtbetrachtung der Aussagen und des Verhaltens des Zeugen ersichtlich, dass dieser nicht als selbständiger Wirtschaftstreibender agierte, sondern vielmehr jenes Verhalten zeigte, das auch in unselbständiger Tätigkeit üblich ist. So ist letztlich auch hervorzuheben, dass der Zeuge nicht einmal den Firmennamen, für die er arbeitete, benennen konnte, auch keine Angaben zu der ihm zur Verfügung gestellten App machen konnte und auch weder Namen noch Anschrift seines Steuerberaters angeben konnte. Auch gab er zu seinem vereinbarten Vertretungsrecht befragt an, dass er sich tatsächlich nie habe vertreten lassen. Auch eine etwaige fehlende Weisungs- und Kontrollbefugnis ist hier nicht maßgeblich, sondern werden Kontrollen durch stille Autorität ausgeübt, zumal der Arbeitsablauf durch die Vorgaben in der Bestell-App vorgegeben ist und somit die Arbeitserbringung im Kern sich an den Bedürfnissen des Dienstgebers orientiert hat. Auch schadet nicht, dass das erforderliche Kraftfahrzeug vom Zeugen angeschafft wurde, zumal es sich um einen üblichen PKW handelte ohne Firmenaufschrift, der auch für Privatzwecke verwendet werden kann. Auch wurde dieser PKW über Kredit erworben und nicht bezahlt. Darüber hinausgehende Betriebsmittel lagen aber nicht vor. In Gesamtbetrachtung nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt war daher hinsichtlich H R von persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit und daher von einer unselbständigen Beschäftigung auszugehen. Es war daher diesbezüglich der objektive Tatbestand erfüllt.

Der Beschwerdeführer als handelsrechtlicher Geschäftsführer hat die Verwaltungsübertretung gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten.

Hinsichtlich der Beurteilung der OÖ. GKK über das Vorliegen eines beitragspflichtigen Dienstverhältnisses ist darauf hinzuweisen, dass das

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nach § 38 AVG die Vorfrage, ob die vom Beschuldigten nicht zur Sozialversicherung gemeldete Person in der konkreten Tätigkeit der Pflichtversicherung unterlag, selbst zu beurteilen hat oder – sofern ein diesbezügliches Feststellungsverfahren bereits anhängig gewesen wäre oder gleichzeitig anhängig gemacht worden wäre – das Strafverfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Vorfrage auch hätte aussetzen können. Durch die Beurteilung dieser Vorfrage der Pflichtversicherung in einem Verwaltungsstrafverfahren wird diese Frage zwar für die konkrete Sache beantwortet, nicht aber mit Bindungswirkung für das Hauptfrageverfahren – die Feststellung der Pflichtversicherung – entschieden. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich war daher gehalten, selbst über das Vorliegen einer der Pflichtversicherung unterliegenden Tätigkeit zu entscheiden. Das Verfahren vor der OÖ. GKK bzw. die Entscheidung der OÖ. GKK stellt daher keine die Verwaltungsstrafbehörde bindende Entscheidung dar (VwGH vom 16.3.2011, 2008/08/0040).

5.4. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.
Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar, wobei zur Strafbarkeit bereits Fahrlässigkeit ausreicht und Fahrlässigkeit im Sinne der zitierten Bestimmungen ohne weiteres anzunehmen ist, sofern vom Beschwerdeführer kein Entlastungsnachweis erbracht wird.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die "Glaubhaftmachung" nicht aus.

Eine solche Entlastung ist dem Beschwerdeführer nicht gelungen. Insbesondere können die Angaben, dass er auch Erkundigungen bei seinem Steuerberater eingeholt habe, ihn nicht entschuldigen. Insbesondere ist ihm als Gewerbetreibenden und Wirtschaftstreibenden zuzumuten, dass er die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen kennt. Bei Unkenntnis bzw. bei Zweifeln ist ihm zumutbar, dass er Erkundigungen bei der dafür zuständigen Behörde einholt. Dass er diesbezügliche Erhebungen durchgeführt hätte, wurde von ihm nicht behauptet und unter Beweis gestellt. Diesbezügliche konkrete Erkundigungen bei der Sozialversicherungsanstalt wurden ebenfalls vor Vertragsabschluss nicht nachgewiesen. Es ist daher kein entlastender Umstand

eingetreten und war daher von schuldhafter, zumindest fahrlässiger Tatbegehung auszugehen.

5.5. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.
Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des StGB sinngemäß anzuwenden.
Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides soweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

Von der belangten Behörde wurde im Straferkenntnis von einem Nettoeinkommen von 2.000 Euro monatlich und keinen Sorgepflichten ausgegangen. Diesen Angaben wurde seitens des Beschwerdeführers nicht entgegengetreten. Weiters liegen aber gegen den Beschuldigten keine Verwaltungsstrafvormerkungen vor, sodass von Unbescholtenheit auszugehen ist und dies einen Milderungsgrund darstellt. Auch wirkte der Beschuldigte bei der Erhebung des Sachverhaltes wesentlich mit, was auch einen Milderungsgrund darstellt. Es wurde glaubhaft dargelegt, dass der Beschuldigte nicht die Verkürzung von Sozialabgaben beabsichtigte, da er 20 – 25 unselbständige Dienstnehmer beschäftigt und auch gemeldet hat. Es konnte daher von einem – wenn auch nicht entschuldbaren – Irrtum des Beschwerdeführers ausgegangen werden. Es liegt daher eine erstmalige und nur leicht fahrlässige Tatbegehung vor, weshalb eine Strafherabsetzung auf die Hälfte der Mindeststrafe gerechtfertigt ist.
Entsprechend war auch die Ersatzfreiheitsstrafe herabzusetzen.

Im Grunde des längeren Zeitraumes der Tatbegehung und der Unterlassung der Einholung einer Auskunft war ein geringfügiges Verschulden nicht gegeben und waren daher die Voraussetzungen für das Absehen von der Strafe nicht erfüllt (VwGH vom 5.9.2013, 2012/09/0119).

6. Im Grunde der Strafherabsetzung ermäßigt sich der Verfahrenskostenbeitrag vor der belangten Behörde auf 36,50 Euro, das sind 10 % der verhängten Strafe. Da die Beschwerde Erfolg bzw. teilweise Erfolg hatte, entfällt ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG.

7. 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. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.
Es handelt sich um eine der Revision nicht zugängliche Einzelfallentscheidung, die sich auf die Beweise und Beweiswürdigung stützt und von der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht abweicht.

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.

H i n w e i s

Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt