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-302499/8/KLi/JB

Datum:
Linz, 11. November 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde vom 24. September 2019 des R U S, geb. x, vertreten durch Dr. N F M.A., Rechtsanwältin, x 9, L, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 26. August 2019, GZ: 0026901/2019, wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

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

II. 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 bezahlen.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit Straferkenntnis vom 26. August 2019 des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz (in der Folge: belangte Behörde), GZ: 0026901/2019, wurde dem Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) eine Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) vorgeworfen. Er habe es als Gewerbeinhaber und Betreiber des Lokals „A“, x 31, L, welcher für die Erfüllung der Sozialversicherungsrechtlichen Meldepflicht keinen Bevollmächtigten bestellt habe, folgende Übertretung des ASVG zu verantworten. Er habe als Dienstgeber iSd § 35 Abs. 1 ASVG am 8. März 2019 um 12:35 Uhr (Kontrollzeitpunkt) M S, geb. x, als pflichtversicherten Dienstnehmer, in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt (Anspruch gemäß § 49 ASVG), im oa. Lokal als Arbeiter (Aushilfe), beschäftigt. Der in Rede stehende Beschäftigte sei ihm organisatorisch, sowie hinsichtlich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit maßgeblich unterworfen gewesen. Auch habe eine persönliche Arbeitsverpflichtung und Weisungsgebundenheit bestanden. Für die Behörde sei im vorliegenden Fall von einem Arbeitsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt auszugehen gewesen, da Unentgeltlichkeit nicht ausdrücklich vereinbart worden sei und somit ein angemessenes Entgelt gemäß § 1152 ABGB als bedungen gelte. Die Höhe des Entgeltes sei über der Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs. 2 ASVG gelegen. Obwohl der Dienstgeber nicht von der Vollversicherung iSd § 5 ASVG ausgenommen und daher in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung vollversichert sei, sei hierüber eine, zumindest mit den Mindestangaben ausgestattete Meldung, bei der gemäß § 30 ASVG örtlich zuständigen Gebietskrankenkasse, als zuständiger Sozialversicherungsträger, nicht vor Aufnahme der Tätigkeit, erstattet worden. Der Bf habe gegen die sozialversicherungsrechtliche Meldepflicht des § 33 Abs. 1 ASVG verstoßen.

Er habe somit § 33 Abs. 1 iVm 111 Abs. 1 Z 1 ASVG verletzt. Gemäß § 111 ASVG werde eine Geldstrafe von 730 Euro bzw. eine Ersatzfreiheitsstrafe von 112 Stunden verhängt. Darüber hinaus habe der Bf einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens von 73 Euro zu bezahlen.

Begründend führte die belangte Behörde unter Wiedergabe der gesetzlichen Bestimmungen aus, dass vom zuständigen Sozialversicherungsträger für den Tatzeitpunkt ein versicherungspflichtiges Dienstverhältnis festgestellt worden sei. In rechtlicher Würdigung gehe daher auch die belangte Behörde von einem solchen Dienstverhältnis aus. Insofern sei unter Berücksichtigung des § 19 VStG die festgesetzte Geldstrafe bzw. Ersatzfreiheitsstrafe zu verhängen gewesen.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die Beschwerde vom 24. September 2019, mit welcher das Straferkenntnis in vollem Umfang angefochten wird.

Zusammengefasst bringt der Bf vor, der Bf sei als gewerberechtlicher Geschäftsführer im Lokal A OG tätig gewesen. Er sei in diesem Lokal zuständig für die Zubereitung der Gerichte und er habe das Lokal mit drei weiteren, ebenfalls unbeschränkt haftenden Gesellschaftern, die dem Firmenbuchauszug entnommen werden könnten, betrieben. Zu den Gesellschaftern zähle auch M S.

Am Tag der Kontrolle am 8. März 2019 habe sich dieser Gesellschafter und Bruder des Bf im Lokal befunden. Allerdings habe dieser nicht für den Bf gearbeitet. Der angebliche Dienstnehmer gehe keiner Beschäftigung nach und halte sich daher sehr häufig im Lokal auf. Er wohne auch beim Bf, dessen Gattin und den vier Kleinkindern. Andere Familienangehörige seien nicht in Österreich, weshalb die Beiden ein sehr enges Verhältnis zueinander hätten und sehr viel Zeit miteinander verbringen würden. Der angebliche Dienstnehmer hole auch hin und wieder eines der Kinder des Bf vom Kindergarten ab. Er verbringe viel Zeit mit den Kindern des Bf.

M S sei im Lokal weder in persönlicher noch in wirtschaftlicher Abhängigkeit und auch nicht gegen Entgelt als Arbeiter oder als Aushilfe beschäftigt worden.

Er sei Gesellschafter der Personengesellschaft. Hin und wieder habe er als solcher den Bf im Lokal besucht, ohne dort einer Erwerbstätigkeit nachzugehen.

Aus diesem Grund stelle der Bf den Antrag, das Verwaltungsgericht möge den angefochtenen Bescheid aufheben.

I.3. Mit Vorlageschreiben vom 26. September 2019 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem angefochtenen Straferkenntnis und dem Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu erlassen. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich entscheidet durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

Ergänzend führte die belangte Behörde in Erwiderung der Beschwerde aus, die A OG sei nie berechtigt gewesen, das vorliegende Gewerbe auszuüben. Der Bf sei dort auch nicht gewerberechtlicher Geschäftsführer gewesen, sondern habe das Gewerbe selbstständig ausgeübt.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beraumte für 4. November 2019 eine öffentliche mündliche Verhandlung an, zu welcher sowohl der Bf und seine rechtsfreundliche Vertretung als auch die belangte Behörde und die

Abgabenbehörde geladen wurden. Ferner wurden Zeugen einvernommen. Die Sach- und Rechtslage wurde umfassend erörtert.

II. Nachfolgender S A C H V E R H A L T steht fest:

II.1. Der Bf ist am x geboren und a Staatsangehöriger. Er wohnt in L, x 2/S2/1.

Der angebliche Dienstnehmer, M S, ist am x geboren, ebenfalls a Staatsangehöriger und der Bruder des Bf. Er wohnt in der Wohnung des Bf in L, x 2/S2/1.

II.2. Sowohl der Bf als auch der Bruder des Bf und angebliche Dienstnehmer sowie zwei weitere Personen haben die A OG, mit Sitz in L, x 31, gegründet. Sowohl beim Bf als auch dessen Bruder und angeblichen Dienstnehmer handelt es sich um unbeschränkt haftende Gesellschafter dieser Personengesellschaft. Die A OG ist zu GZ: x im Firmenbuch beim Landesgericht L eingetragen.

II.3. Entsprechend einem Auszug aus dem Gewerbeinformationssystem Austria (GISA) verfügte der Bf über eine Gewerbeberechtigung mit dem Gewerbewortlaut „Gastgewerbe in der Betriebsart Cafe“. Datum der Entstehung war der 1. November 2018, die Endigung der 15. April 2019.

Mit Bescheid vom 26. März 2019 des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz, GZ: 0008283/2019, wurde der A OG die Ausübung des Gewerbes untersagt.

II.4. Am 8. März 2019 um 12:35 Uhr fand im genannten Lokal eine Kontrolle der Finanzpolizei statt. Zu dieser Zeit waren zwei Personen im Lokal anwesend. Es handelte sich um den Bf sowie dessen Bruder.

Beide Personen erklärten im Zuge der Kontrolle ihre Familienverhältnisse und gaben übereinstimmend an, dass der angebliche Dienstnehmer nur deshalb im Lokal anwesend ist, weil er viel Freizeit mit seinem Bruder verbringt. Er holt gelegentlich die Tochter des Bf vom Kindergarten ab und erledigt Einkäufe für die private Verwendung.

Im Zeitpunkt der Kontrolle bzw. unmittelbar davor erledigte der angebliche Dienstnehmer einen Einkauf für den Bf. Eine Beschäftigung im Lokal konnte allerdings nicht mit der für eine Strafbarkeit notwendigen Sicherheit festgestellt werden.

Der angebliche Dienstnehmer betreute außerdem nicht das Lokal, mangels Kenntnis über die Zubereitung von Speisen und Bedienung der Kasse. Wenn der

Bf Hilfe benötigte, z.B. bei der Kinderbetreuung, so übernahm sein Bruder die Abholung der Kinder, während der Bf weiterhin selbst im Lokal arbeitete.

II.5. Mit Beschwerdevorentscheidung vom 19. August 2019 der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse wurde die Beschwerde des Bf vom 8. Juli 2019 gegen den Bescheid vom 27. Juni 2019 der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse, mit welchem dem Bf wegen der Beschäftigung seines Bruders, ohne diesen bei der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse anzumelden, ein Beitragszuschlag gemäß § 113 Abs. 1 Z 1 und 2 ASVG in der Höhe von 1.000 Euro vorgeschrieben wurde, als unbegründet abgewiesen. Nach dem Akteninhalt ist diese Beschwerdevorentscheidung rechtskräftig.

II.6. Der angebliche Dienstnehmer, M S, war weder zur Sozialversicherung angemeldet, noch verfügte er über eine Beschäftigungsbewilligung.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Die Feststellungen zum Bf sowie seinem Bruder (dem angeblichen Dienstnehmer) ergeben sich aus dem Akteninhalt sowie den Angaben dieser beiden Personen. Diese sind außerdem unstrittig.

III.2. Die Feststellungen zur A OG gehen aus dem im Akt befindlichen Firmenbuchauszug hervor. Daraus ergibt sich auch, dass beide Personen unbeschränkt haftende Gesellschafter dieser Personengesellschaft sind.

III.3. Die Gewerbeberechtigung des Bf sowie deren Zurücklegung ergeben sich aus dem Akteninhalt.

Die Untersagung mittels Bescheid der belangten Behörde vom 26. März 2019 hinsichtlich der A OG ergibt sich ebenfalls aus den im Akteninhalt befindlichen Dokumenten.

III.4. Die Feststellungen zur Kontrolle gründen auf den Erhebungsergebnissen in der Verhandlung des erkennenden Gerichtes, in der sowohl der Bf als auch der Bruder des Bf und ein Kontrollorgan der Finanzpolizei als Zeugen vernommen wurden.

Im Ergebnis schilderte der Bf und dessen Bruder übereinstimmend, dass der Bruder nicht als Dienstnehmer im Lokal tätig war, sondern lediglich einen Einkauf für den Bf erledigt hatte. Dass es sich beim Erledigen dieses Einkaufes um eine Beschäftigung als Dienstnehmer gehandelt hätte, kann nicht festgestellt werden.

Dass der Bruder des Bf gelegentlich die Kinder des Bf vom Kindergarten abholt, ergibt sich aus der übereinstimmenden Aussage beider Personen. Dies lässt sich auch daraus nachvollziehen, dass die beiden Brüder im selben Haushalt leben und sich wechselseitig unterstützen. Der Bruder des Bf hat auch nachvollziehbar geschildert, dass ihn der Bf finanziell, z.B. bei der Finanzierung von Deutschkursen, unterstützt hatte.

In der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht hinterließen sowohl der Bf als auch der Zeuge einen um Aufklärung bemühten Eindruck. Sie versuchten auch im Rahmen ihrer Deutschkenntnisse ihre Aussagen ohne Dolmetscher abzulegen. Für das erkennende Gericht entstand der Eindruck, dass beide Personen sehr darum bemüht waren, sowohl ihr rechtmäßiges Verhalten als auch das Erlernen der deutschen Sprache unter Beweis zu stellen.

Dass bei der Kontrolle der Finanzpolizei der Eindruck entstand, der Bf würde seine Kinder selbst vom Kindergarten abholen, während sein Bruder alleine im Lokal blieb, ist wohl auf die Situation bei der Kontrolle zurückzuführen. Vor der belangten Behörde und vor dem erkennenden Gericht hat der Bf seine Verantwortung gleichlautend dahingehend dargestellt, dass sein Bruder Kinderbetreuungsaufgaben übernimmt, wenn er im Lokal beschäftigt ist.

Für die beiden Brüder stellten sich all diese wechselseitigen Unterstützungen als im Familienbereich üblich dar.

III.5. In wie fern der angetroffene Bruder des Bf nunmehr als Dienstnehmer zu qualifizieren ist und eine Anmeldung zur Sozialversicherung notwendig gewesen wäre bzw. eine Beschäftigungsbewilligung nach dem AuslBG einzuholen gewesen wäre, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

IV. Rechtslage:

IV.1. Als Dienstnehmer gilt gemäß § 4 Abs. 2 ASVG derjenige, der 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 gelten jedenfalls Personen die mit Dienstleistungscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG) entlohnt werden. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer nach § 47 Abs. 1 iVm Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG) lohnsteuerpflichtig ist, es sei denn. es handelt sich um 1. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. a oder b EStG oder 2. um Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. c EStG, die in einem öffentlich-rechtlichen

Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen oder 3. um Bezieher von Geld- oder Sachleistungen nach dem Freiwilligengesetz.

IV.2. 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.

IV.3. 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.

IV.4. 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. die Anmeldung zur Pflichtversicherung 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 oder 5. gehörig ausgewiesenen Bediensteten der Versicherungsträger einen Ausweis oder eine sonstige Unterlage zur Feststellung der Identität nicht vorzeigt oder 6. gehörig ausgewiesenen Bediensteten der Versicherungsträger die zur Durchführung ihrer Aufgaben erforderlichen Auskünfte nicht erteilt.

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.

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen:

V.1. Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob der Bf seinen Bruder als Dienstnehmer beschäftigt habe, ohne diesen zuvor bei der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse zur Sozialversicherung angemeldet zu haben.

V.2. In diesem Zusammenhang ist zunächst auf die obigen Sachverhaltsfeststellungen hinzuweisen, wonach sowohl der Bf als auch sein Bruder unbeschränkt haftende Gesellschafter der A OG waren. Diese hatte ihren Sitz am Kontrollort in L, x 31.

V.3. In rechtlicher Hinsicht fragt sich daher, in wie fern der Bruder des Bf überhaupt als Dienstnehmer des Bf in Betracht kommen kann. Immerhin waren beide Personen unbeschränkt haftende Gesellschafter jener Personengesellschaft, die entsprechend dem vorliegenden Firmenbuchauszug ihren Firmensitz am Kontrollort hatte.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes baut das System der Versicherungspflicht abhängig Beschäftigter auf der Verschiedenheit von Dienstgeber (iSd § 35 Abs. 1 ASVG) und Dienstnehmer auf; letzteres kann daher auch jener nicht sein, der auf einen Dienstgeber in rechtlicher Hinsicht (sei es als Mehrheitsgesellschafter einer juristischen Person, sei es als persönlich haftender Gesellschafter einer Personengesellschaft) einen beherrschenden Einfluss ausübt (vgl. die Erkenntnisse vom 18.12.1986, Zl. 84/08/0117, und vom 30.3.1993, Zl. 92/08/0189). Auch kann niemand sein eigener Dienstnehmer sein (vgl. die Erkenntnisse vom 19.6.1990, Zl. 89/08/0326, und vom 20.11.2002, Zl. 98/08/0017). Daher kann es insbesondere zwischen einer KG und ihrem uneingeschränkt vertretungs- und weisungsbefugten Komplementär keinen Dienstvertrag geben. Dies spricht entschieden gegen eine (nach dem Maßstab des § 4 Abs. 2 Z 3 AÜG zu beurteilende) Überlassung der Arbeitskraft eines Komplementär einer KG an eine beschwerdeführende Partei (vgl. im Übrigen zur Unterscheidung zwischen Dienstleistungen einer Personengesellschaft an einen Dritten und der Beschäftigung ihrer – auch keinen wesentlichen Einfluss auf die Gesellschaft ausübenden – Gesellschafter bei diesem Dritten, insbesondere zum sogenannten Gruppenarbeitsvertrag die Erkenntnisse vom 12.7.2011,

Zl. 2009/09/0123 sowie die darin verwiesenen Erkenntnisse vom 25.1.1994, Zl. 92/08/0264 vom 23.10.2002, Zl. 99/08/0157, und vom 20.2.2008, Zl. 2007/08/0053). [VwGH 23.10.2002, 99/08/0157; VwGH 12.7.2011, 2009/09/0123; VwGH 10.4.2013, 2013/08/0042].

In seinem Erkenntnis vom 4. Oktober 2018, Ra 2018/22/0038, führte der Verwaltungsgerichtshof aus:

„Jemand, der in einem Unternehmen in rechtlicher Hinsicht (sei es als Mehrheitsgesellschafter einer juristischen Person, sei es als persönlich haftender Gesellschafter einer Personengesellschaft) einen beherrschenden Einfluss ausübt, kann nicht Dienstnehmer sein. Dem Fremden als Geschäftsführer und unbeschränkt haftender Gesellschafter fehlt somit die Eigenschaft als Dienstnehmer. Zwischen einer KG und ihrem uneingeschränkt vertretungs- und weisungsbefugten Komplementär kann es auch keinen Dienstvertrag geben (vgl. VwGH 10.4.2013, 2013/08/0042). Das Vorbringen zu Art. 6 ARB 1/80 ist daher nicht zielführend."

V.4. Somit ergibt sich aber für den vorliegenden Fall, dass der Bruder des Bf nicht gleichzeitig persönlich haftender Gesellschafter der genannten Personengesellschaft und Dienstnehmer sein konnte. Dies würde darauf hinauslaufen, dass ein Dienstgeber gleichzeitig sein eigener Dienstnehmer wäre. Entsprechend der soeben dargestellten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist eine derartige Konstellation aber ausgeschlossen.

V.5. Letztendlich ist noch das besondere persönliche Verhältnis zwischen dem Bf und dem angeblichen Dienstnehmer zu würdigen. Beide Personen haben bereits gegenüber der Finanzpolizei ausgesagt, Brüder zu sein und sich wechselseitig zu unterstützen. Während der Bf seinen Bruder bei der Integration in Österreich unterstützt (z.B. beim Finanzieren von Deutschkursen) und ihm Unterkunft in seiner Wohnung gewährt, unterstützt der Bruder den Bf bei der Kinderbetreuung (z.B. Abholen der Kinder vom Kindergarten) und im Haushalt (z.B. Erledigen von Einkäufen).

Insofern kommt auch ein Familiendienst des angeblichen Dienstnehmers für seinen Bruder in Betracht.

Als Freundschafts- oder Gefälligkeitsdienste sind kurzfristige, freiwillige und unentgeltliche Dienste anzusehen, die vom Leistenden auf Grund spezifischer Bindungen zwischen ihm und dem Leistungsempfänger erbracht werden und die einer Prüfung auf ihre sachliche Rechtfertigung standhalten (vgl. die zum Ausländerbeschäftigungsgesetz ergangenen hg. Erkenntnisse vom 6. März 2008, Zl. 2007/09/0285, mwN, und vom 14. Jänner 2010, Zl. 2009/09/0276, sowie auf letzteres Bezug nehmend, das vom 19. Jänner 2011, 2009/08/0062).

Für die Abgrenzung zwischen einem Gefälligkeitsdienst und einer Beschäftigung ist eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen. Dabei trifft die Partei – unabhängig von der grundsätzlichen Verpflichtung der Behörde zur amtswegigen Erforschung des für die Entscheidung notwendigen Sachverhaltes und über die oben erwähnte Darlegungspflicht hinaus – eine entsprechende Mitwirkungspflicht, zumal es sich bei den zur Beantwortung der Frage, ob ein Freundschafts- oder Gefälligkeitsdienst vorliegt, maßgeblichen Umständen und Motiven um solche handelt, die zumeist der Privatsphäre der Partei zuzuordnen sind und der Behörde nicht ohne weiteres zur Kenntnis gelangen. Es ist in diesen Fällen daher Sache der Partei, entsprechend konkrete Behauptungen aufzustellen und Beweise anzubieten (vgl. die zum Ausländerbeschäftigungsgesetz ergangenen hg. Erkenntnisse vom 18. Mai 2010, Zl. 2007/09/0374, und vom 12. Juli 2011, Zl. 2009/09/0101) [VwGH 12.07.2011, 2009/09/0101 und 19.12.2012, 2012/08/0165].

Der Bf hat sein Verhältnis zu seinem Bruder sowohl bei der Kontrolle der Finanzpolizei, als auch in einer Niederschrift am 4. Juni 2019 vor der belangten Behörde und in der Verhandlung am 4. November 2019 vor dem erkennenden Gericht geschildert.

In Zusammenschau aller Beweisergebnisse mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann insofern von einer wechselseitigen Hilfe im Familienkreis ausgegangen werden.

V.6. Zum Beitragszuschlagsverfahren und zur Bindungswirkung der rechtskräftigen Beschwerdevorentscheidung vom 19. August 2019 der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse ist in rechtlicher Hinsicht noch Nachfolgendes auszuführen:

Aus einem vor der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse anhängigen Beitragszuschlagsverfahren kann für die Beurteilung der Strafbarkeit des Bf nichts gewonnen werden. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat nach § 38 AVG die Vorfrage, ob der vom Bf nicht zur Sozialversicherung angemeldete Dienstnehmer in der konkreten Tätigkeit der Pflichtversicherung unterlag, selbst zu beurteilen (VwGH 16.03.2011, 2008/08/0040).

V.7. Im Ergebnis liegt somit ein Verstoß des Bf gegen das ASVG nicht vor.

Der Beschwerde war daher Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Gemäß § 52 Abs. 8 und Abs. 9 VwGVG hat der Bf weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde, noch zu den Kosten des

Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu bezahlen.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

VI.1. 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.

VI.2. Darüber hinaus steht die vorliegende Entscheidung im Einklang mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage des beherrschenden Einflusses eines persönlich haftenden Gesellschafters einer Personengesellschaft auf diese Personengesellschaft, wonach niemand sein eigener Dienstnehmer sein kann (VwGH 19.06.1990, 89/08/0326; 20.11.2002, 98/08/0017; 12.07.2011, 2009/09/0123; sowie jüngst 04.10.2018, Ra 2018/22/0038). Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt insofern nicht vor.

VI.3. Die Beurteilung des Vorliegens eines Familiendienstes ist stets das Ergebnis der konkreten Beweiswürdigung und der konkreten Sachverhaltsfeststellungen. Sie ist somit einzelfallbezogen und nicht verallgemeinerungsfähig.

Darüber hinaus steht die vorliegende Entscheidung mit der dazu ergangenen ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (wie diese oben zu Punkt V.5. dargestellt wurde).

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

Dr. Lidauer