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-303137/4/Py/PP

Datum:
Linz, 6. Oktober 2022

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde des H.P., X, St., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 24. September 2021, GZ: BHKI/920090026356/20, betreffend Verwaltungsübertretung nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG)

zu Recht:

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

II. Es entfällt die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen.

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

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf (in der Folge: belangte Behörde) vom 24. September 2021, GZ: BHKI/920090026356/20, wurde dem Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) als Verantwortlicher der Firma S. GmbH in P., X, zur Last gelegt, dass die genannte Firma als Dienstgeberin Herrn J.S., geb. x, am 23. August 2020 um 11:00 Uhr in P., X, beschäftigt hat, obwohl dieser nicht vor Arbeitsantritt bei der Österreichischen Gesundheitskasse zur Pflichtversicherung angemeldet wurde. Über den Bf wurde daher gemäß § 111 Abs. 1 Z 1 iVm § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) eine Geldstrafe in Höhe von 730 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe in Höhe von 4 Tagen und 16 Stunden verhängt. Des Weiteren wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 73 Euro vorgeschrieben.

2. In der dagegen rechtzeitig eingebrachten Beschwerde bringt der Bf zusammengefasst vor, dass eine Verwaltungsübertretung nach § 111 Abs. 1 Z 1 iVm § 33 Abs. 1 ASVG nicht vorliege, das Herr S. als (selbstständiger) Werkvertragspartner der S. GmbH tätig war. Diesbezüglich wird auch auf die Rechtsansicht der Österreichischen Gesundheitskasse in der beiliegenden Beschwerdevorentscheidungen vom 13. September 2021 verwiesen.

3. Mit Schreiben vom 14. Dezember 2021 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses ist gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht. Des Weiteren wurde mit Schreiben vom 11. Jänner 2022 von der Österreichischen Gesundheitskasse die dort unter Zahl VR/RS He 6596 aufgenommene Niederschrift vom 2. September 2021 mit Herrn J.S. angefordert. Die dazu am 12. Jänner 2022 übermittelte Niederschrift wurde in weiterer Folge im Rahmen des Parteiengehörs mit Schreiben vom 18. Jänner 2022 übermittelt und gleichzeitig, dass beabsichtigt ist von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung Abstand zu nehmen – Gelegenheit gegeben, eine Stellungnahme abzugeben, wovon seitens der Organpartei Abstand genommen wurde.

4.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem Sachverhalt aus:

Am 23. August 2020 gegen 11:00 Uhr führten Organe des Amtes für Betrugsbekämpfung, Finanzpolizei Wels, im Geschäftslokal der S. GmbH mit Sitz in P., X, (in der Folge: Firma S.) in Sch., X, eine Kontrolle durch. Dabei wurde der Bf als

handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma S. sowie Herr J.S., geb. x, bei der Kundenbetreuung bzw. Verkaufstätigkeiten angetroffen.

Aufgrund der dabei vom Bf sowie Herrn S. gegenüber den Beamten der Finanzpolizei gemachten Angaben über die Tätigkeit des Herrn S. ging die Finanzpolizei vom Vorliegen einer der Versicherungspflicht unterliegenden Tätigkeit des Herrn S. für die Firma S. aus und legten die verfahrensgegenständliche Anzeige.

In weiterer Folge wurde mit Herrn S. anlässlich des Beitragszuschlagverfahrens vor der Österreichischen Gesundheitskasse, Landesstelle Oberösterreich, eine Niederschrift über dessen Tätigkeit im Zusammenhang mit dem vom Bf vertretenen Unternehmen aufgenommen.

Herr S. vertreibt unter der Internetadresse „X.com“ den Verkauf maßgeschneiderte Lederhosen. Dafür wurde von ihm in Sch., X, ein Büroraum angemietet, in dem eine Dienstnehmerin tätig ist und von dem aus der Internetverkauf abgewickelt wird. Interessierte Kunden werden dorthin eingeladen um die Maße zu nehmen. Für den Fall, dass sich Kunden nicht nur für eine maßgeschneiderte Lederhose sondern eine ganze Trachtenausstattung interessieren, hat Herr S. mit dem Bf eine Vereinbarung abgeschlossen, wonach er mit diesen das Geschäftslokal der Firma S. aufsuchen und ihnen dort dessen Produkte anbieten und verkaufen kann, dafür ist er in der dortigen Kasse unter „Kasse 2“ registriert. Es steht ihm ein Schlüssel für das Geschäftslokal zur Verfügung und kann er den Verkaufsraum jederzeit, etwa auch für Anproben seiner Kunden, betreten. Die maßgeschneiderten Lederhosen werden von Herrn S. mit seinen Kunden abgerechnet, sämtliche Produkte der Firma S. inklusive allfälliger Änderungswünsche dieser Produkte werden von der Firma des Bf abgerechnet. Wann und in welcher Dauer sich Herr S. im Geschäftslokal der Firma S. aufhält bleibt ihm überlassen.

Mit Beschwerdevorentscheidung der Österreichischen Gesundheitskasse (ÖGK), Landesstelle Oberösterreich, vom 13. September 2021, GZ: VS/RS He 6596, wurde der Bescheid der ÖGK, Landesstelle Oberösterreich, vom 17. Februar 2021, GZ: VS/VP 22269, mit dem die Firma S. als Dienstgeber verpflichtet wurde, wegen der Nichtmeldung von Herrn S. einen Beitragszuschlag in Höhe von 1.000 Euro zu entrichten, ersatzlos behoben.

Mit Beschwerdevorentscheidung der ÖGK, Landesstelle Oberösterreich, vom 13. September 2021, GZ: VS/RS He 6596, wurde der Beschwerde der Firma S. gegen den Bescheid der ÖGK, Landesstelle Oberösterreich, vom 8. Juni 2021, GZ: VS/RS He 6596, Folge gegeben und ausgesprochen, dass Herr S. hinsichtlich der für die Firma S. ausgeübten Tätigkeiten als Verkäufer zu den angeführten Zeiträumen nicht der Pflichtversicherung in der Vollversicherung sowie der

Arbeitslosenversicherung und nicht der Pflichtversicherung in der Teilversicherung unterliegt.

Mit Beschwerdevorentscheidung der ÖGK, Landesstelle Oberösterreich vom 13. September 2021, GZ: VS/RS He 6596, wurde der Beschwerde der Firma S. gegen den Bescheid der ÖGK, Landesstelle Oberösterreich, vom 9. Juni 2021, GZ: VS/RS pr 6596, Folge gegeben und der Ausspruch, dass von der Firma S. allgemeinen Beiträgen, Beiträge zur Betrieblichen Vorsorge, Service Entgelt sowie Verzugszinsen für Herrn S. zu entrichten sind, ersatzlos behoben.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt, dem Beschwerdevorbringen einschließlich der mit der Beschwerde vorgelegten Entscheidungen der ÖGK vom 13. September 2021 sowie der Vernehmung des Herrn J.S. vor der ÖGK über seine Tätigkeit im Zusammenhang mit der Firma S. vom 2. September 2021.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955 idgF lauten:

Gemäß § 4 Abs. 2 1. Satz ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, 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 § 33 Abs. 1 ASVG haben die 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 § 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 ASVG ist die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu bestrafen, und zwar
– mit Geldstrafe von 730 € bis zu 2 180 €, im Wiederholungsfall von 2 180 € bis zu 5 000 €,
– bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen,
sofern die Tat weder den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet noch nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist. Unbeschadet der §§ 20 und 21 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 kann die Bezirksverwaltungsbehörde bei erstmaligem ordnungswidrigen Handeln nach Abs. 1 die Geldstrafe bis auf 365 € herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

5.2. Im Hinblick auf die Wahrnehmungen, die die Finanzpolizei anlässlich ihrer Kontrolle am 23. August 2020 hinsichtlich der Tätigkeit des Herrn S. machte, wurde von der Verrichtung einfacher Hilfstätigkeiten in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit zum vom Bf vertretenen Unternehmen ausgegangen.

Es entspricht der Rechtsprechung des VwGH, dass dann, wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen arbeitend unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, die Behörde bzw. das VwG berechtigt ist, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden können, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen (vgl. etwa VwGH 13.12.2019, Ra 2019/08/0164, mwN). Spricht also eine Vermutung der genannten Art für ein Dienstverhältnis, dann muss die Partei ein ausreichend substantiiertes Vorbringen erstatten, aus dem man anderes ableiten könnte (vgl. VwGH 23.10.2017, Ra 2015/08/0135, mwN).

Unter einem Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG ist das dienstliche Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit des Dienstnehmers im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG zum Dienstgeber im Sinn des § 35 Abs. 1 ASVG zu verstehen (vgl. VwGH 19.02.2016, 2013/08/0287). Es erfordert einen übereinstimmenden Willen, dass (abhängige) Dienste entgeltlich geleistet und entgegengenommen werden (vgl. VwGH 20.09.2006, 2004/08/0110; 07.09.2017, Ro 2014/08/0046).

Für die Beurteilung, ob eine Erwerbstätigkeit in persönlicher Abhängigkeit ausgeübt wird, ist es von besonderer Aussagekraft, ob der Erwerbstätige in einen Betrieb mit einer vom Dienstgeber determinierten Ablauforganisation in einer Weise eingebunden war, dass dies der Erteilung ausdrücklicher persönlicher Weisungen und der Vornahme entsprechender Kontrollen gleichgehalten werden kann (vgl. VwGH 23.08.2021, Ra 2020/08/0040, mwN).

Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens ist es dem Bf gelungen darzulegen, dass ein sozialversicherungspflichtiges Dienstverhältnis des Herrn S. zur Firma S. nicht vorgelegen ist. Unter Beachtung der Bestimmung des § 539a ASVG, wonach der wahre wirtschaftliche Gehalt der Tätigkeit für die Beurteilung, ob eine der Versicherungspflicht unterliegende Tätigkeit vorliegt oder nicht, maßgeblich ist, ist unter näherer Betrachtung der zwischen Herrn S. und dem Bf aufgebauten Geschäftsbeziehungen hervorgekommen, dass deren Zusammenarbeit nicht von der für eine Dienstnehmereigenschaft typischen Merkmale geprägt ist. So konnte weder eine Bindung an Arbeitsort oder Arbeitszeit festgestellt werden, auch lag weder eine Weisungsgebundenheit vor noch Vorgaben hinsichtlich eines arbeitsbezogenen Verhaltens des Herrn S. Diesen traf auch keine persönliche Arbeitspflicht und konnten keinerlei Kontrollbefugnisse des Bf über dessen Tätigkeit im Rahmen der Zusammenarbeit festgestellt werden. Im Ergebnis konnte daher eine Tätigkeit in wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit nicht nachgewiesen werden.

6. Gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG, der gemäß § 38 VwGVG auch im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Anwendung findet, hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

II. Bei diesem Ergebnis entfällt gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG die Verpflichtung zur Leistung eines Kostenbeitrages zum Beschwerdeverfahren.

III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls

liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

## R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen 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. Panny