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-303530/5/Kü/MG

Datum:
Linz, 21. Mai 2024

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde der A__, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 25. Mai 2023, GZ: BHKI/922090034781/22, wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

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

II. Die Beschwerdeführerin hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens noch zu den Kosten des behördlichen Strafverfahrens 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

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf (im Folgenden: belangte Behörde) vom 25. Mai 2023, GZ: BHKI/922090034781/22, wurde über die Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 111 Abs. 1 Z 1 iVm § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) eine Geldstrafe von 730 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen und 16 Stunden verhängt.

Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„1. Datum/Zeit: 25.11.2022, 11:50 Uhr
Ort: B__, Oberösterreich, C-Strasse

Sie haben als Verantwortliche(r) der Firma D__ in B__, C-Strasse, zu verantworten, dass die genannte Firma als DienstgeberIn nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person handelt, am 25.11.2022 um 11:50 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Österreichischen Gesundheitskasse Krankenkasse zur Pflichtversicherung angemeldet wurde.
Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den/die Beschäftigte(n) vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.
Name E__ geb. tt.mm.jjjj.
Arbeitsantritt: 25.11.2022 um 11:30 Uhr.
Beschäftigungsort: B__, C-Strasse“

I.2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde in der erkennbar beantragt wird, das Straferkenntnis aufzuheben.

Begründend wird festgehalten, dass die Bf bei den Kontrollen des Lokals durch die Finanzpolizei nicht dabei war, da sie aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Firma gewesen sei. Ihr Sohn F__ sei verantwortlich gewesen und habe sie ihm die Verantwortung auch übergeben.

Der Sohn der Bf habe ihr auch mitgeteilt, dass er kurz seinen Bruder E__ um Hilfe ersucht habe bei der Auslieferung von bestellten Pizzen. Um Hilfe sei deshalb ersucht worden, weil der Fahrer, der üblicherweise die Zustellungen vornimmt, nicht zur Arbeit erschienen sei. Es habe sich daher um eine kurze familiäre Aushilfe gehandelt und habe es dabei keine Gegenleistung gegeben.

I.3. Die Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf hat die gegenständliche Beschwerde samt Verwaltungsstrafakt mit Schreiben vom 22. Juni 2023 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt. Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 6. Mai 2024, an welcher die Bf persönlich in Begleitung ihres Sohnes F__, sowie ein Vertreter des Amtes für Betrugsbekämpfung teilgenommen haben. Die belangte Behörde war zur mündlichen Verhandlung entschuldigt. Der Sohn der Bf, F__, wurde im Zuge der mündlichen Verhandlung in Einverständnis mit dem anwesenden Vertreter des Amtes für Betrugsbekämpfung nicht als Zeuge einvernommen, sondern er gab in Vertretung seiner Mutter als Auskunftsperson Auskunft über den Ablauf der Kontrollen und diente gleichzeitig als Dolmetscher für seine Mutter.

II.1. Folgender Sachverhalt steht fest:

Die Bf ist unbeschränkt haftende Gesellschafterin der D__ mit dem Sitz in . Als Kommanditist dieser Firma fungiert der Sohn der Bf, Herr F__. Die D__ wurde von der Bf über Ersuchen ihres Sohnes gegründet, da beabsichtigt war, den Betrieb der Pizzeria „G__“ in B__, H-Strasse, zu übernehmen. Die D__ wurde zu diesem Zweck am 6. September 2022 gegründet und war dieses Unternehmen ab dem Zeitpunkt für den Betrieb der Pizzeria verantwortlich.

Die Bf selbst war im Lokal nur für die Reinigungsarbeiten zuständig. Der gesamte Betrieb wurde vom Sohn der Bf durchgeführt und war dieser für sämtliche Abläufe in der Pizzeria, insbesondere auch die Personaleinstellungen und die Anmeldung des Personals zur Sozialversicherung, zuständig. Beschäftigt wurden im Lokal ca. 3-4 Personen, welche auch zur Sozialversicherung angemeldet gewesen sind.

Nachdem bereits am 30. September 2022 eine Kontrolle des Lokals durch die Finanzpolizei stattgefunden hat, wurde am 25. November 2022 um 11:45 Uhr eine weitere Kontrolle der Pizzeria „G__“ von Organen der Finanzpolizei durchgeführt. Bei der Kontrolle wurden im Lokal wiederum der Sohn der Bf sowie die Dienstnehmerin I__ angetroffen. Im Zuge einer verdeckten Ermittlung vor der Kontrolle konnten die Kontrollorgane feststellen, dass der Sohn der Bf seinen Bruder J__ zur Auslieferung übergeben hat und dieser die Zustellungen auch vorgenommen hat. Gegenüber den Kontrollorganen gab der Sohn der Bf aber an, dass nur er selbst und Frau K__ an diesem Tag im Lokal gearbeitet haben. Über Vorhalt, dass Auslieferungen von E__ beobachtet wurden, gab der Sohn der Bf an, dass er selbst im Lokal habe arbeiten müssen, er aber einen Auftrag zur Auslieferung von Pizzen angenommen hat. Da allerdings der angemeldete Lieferant an diesem Tag nicht zur Arbeitsleistung erschienen ist, hat er seinen Bruder E__ ersucht, um die Mittagszeit die Lieferungen durchzuführen. Herr E__ hat für diese Unterstützung keine Gegenleistung erhalten und ist nach der Zustellung wiederum nach Hause gegangen. Herr E__ steht seit 2010 durchgehend in sozialversicherungspflichtigen Dienstverhältnissen bei verschiedenen

Arbeitgebern und hat die Aushilfe nur aufgrund des Familienverhältnisses durchgeführt. Eine Anmeldung von E__ zur Sozialversicherung konnte von den Kontrollorganen nicht festgestellt werden.

II.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Strafantrag des Amtes für Betrugsbekämpfung über die Kontrolle am 25. November 2022. Die aushilfsweise Tätigkeit von E__ im Zuge der Auslieferung von Pizzen wird von der Bf bzw. dem Sohn der Bf nicht bestritten. Der Grund für das Ersuchen um Aushilfe ist darin gelegen, da der Sohn der Bf das Lokal nicht habe verlassen können bzw. an diesen Tagen der Lieferant der Pizzen, der auch zur Sozialversicherung angemeldet war, nicht zur Arbeit erschienen ist und dieser nach Angaben des Sohnes der Bf auch nicht so zuverlässig gewesen ist. Da aber Bestellungen bereits aufgenommen wurden, war eine Auslieferung auch durchzuführen. Aus diesen Gründen hat der Sohn der Bf um Hilfe ersucht. E__ war jedenfalls auf eine familienhafte Mithilfe in finanzieller Hinsicht nicht angewiesen, zumal er seit 2010 einer geregelten Arbeit nachgeht und ordnungsgemäß zur Sozialversicherung angemeldet ist. Dies wurde im Zuge der mündlichen Verhandlung durch dessen telefonische Befragung erhoben.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.1. Rechtslage:

Die im gegenständlichen Fall maßgeblichen Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955 idF BGBl. I Nr. 108/2022, lauten wie folgt:

„Pflichtversicherung
Vollversicherung
§ 4

[...]
(2) Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen. Als Dienstnehmer gelten jedenfalls Personen, die mit Dienstleistungsscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG), BGBl. I Nr. 45/2005, entlohnt werden. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer nach § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist, es sei denn, es handelt sich um

1. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. a oder b EStG 1988 oder
2. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. c EStG 1988, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen oder
3. Bezieher/innen von Geld- oder Sachleistungen nach dem Freiwilligengesetz.

[...]

Meldungen und Auskunftspflicht
An- und Abmeldung der Pflichtversicherten
§ 33

(1) Die Dienstgeber haben 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.
[...]
(2) Abs. 1 gilt 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.
[...]

Dienstgeber
§ 35

(1) Als Dienstgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt 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 Entgeltes verweist. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.
[...]

Strafbestimmungen
Verstöße gegen melderechtliche Vorschriften
§ 111

(1) Ordnungswidrig handelt, 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.

(2) Die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 ist 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.
[...].“

III.2. Für die Beurteilung, ob ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt, kommt es auf das Gesamtbild und den wahren wirtschaftlichen Gehalt der konkret ausgeübten Tätigkeit an.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind als Freundschafts- bzw. Gefälligkeitsdienste nur kurzfristige, freiwillige und unentgeltliche Dienste anzusehen, die vom Leistenden aufgrund spezifischer Bindungen zwischen ihm und dem Leistungsempfänger erbracht werden und die einer Prüfung auf ihre sachliche Rechtfertigung standhalten (VwGH 23.10.2017, Ra 2015/08/0135). Bei der Frage, ob ein unentgeltlicher Freundschafts- oder Gefälligkeitsdienst vorliegt, handelt es sich um eine grundsätzlich nicht revisible einzelfallbezogene Beurteilung (VwGH 24.02.2015, Ra 2015/08/0009).

Wird jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen, d.h. arbeitend, unter solchen Umständen angetroffen, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, ist die Behörde berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinne auszugehen, 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. 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 - 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, entsprechende konkrete Behauptungen aufzustellen und Beweise anzubieten (VwGH 20.06.2018, Ra 2015/08/0149).

Bei Herrn L__ handelt es sich um den Bruder des für den Lokalbetrieb verantwortlichen Sohns der Bf. Es ist nachvollziehbar, dass der Sohn der Bf während der Kontrolle nicht in der Lage war, bereits zuvor bestellte Pizzen auszuliefern. Zudem ist der Sohn der Bf zum Zeitpunkt der Bestellung noch davon ausgegangen, dass der zur Sozialversicherung gemeldete Mitarbeiter, der für die Auslieferung der Pizzen beschäftigt wurde, rechtzeitig zu Mittag zum Dienst erscheint. Da dies aber nicht der Fall war, sah sich der Sohn der Bf gezwungen seinen Bruder um Hilfe zu ersuchen. Herr E__, der seit 2010 einer geregelten Arbeit nachgeht, war daher auf irgendwelche Gegenleistungen für seinen Gefälligkeitsdienst nicht angewiesen. Vielmehr ergibt sich aus der bestehenden Sachlage nachvollziehbar, dass Herr E__ keiner persönlichen Arbeitspflicht oder irgendwelchen Weisungen der Bf unterlegen ist, sondern vielmehr aufgrund der bestehenden nahen Verwandtschaft seinem Bruder bei der Auslieferung behilflich war. Eine Verpflichtung zur Durchführung dieser Tätigkeiten hat jedenfalls nicht bestanden. Zudem wurde auch keinerlei Entgelt für die Tätigkeiten vereinbart bzw. wurde ein solches auch zu keiner Zeit erwartet.

Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass Herr E__ gegenüber dem Unternehmen der Bf einen Gefälligkeitsdienst im Sinne der Judikatur des VwGH durchgeführt hat und damit kein versicherungspflichtiges Dienstverhältnis im Sinne der Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes begründet wurde. Aufgrund dieser Umstände kann der Bf nicht angelastet werden, gegen sie treffende Verpflichtungen zur Anmeldung eines Dienstnehmers zur Sozialversicherung verstoßen zu haben, da diese Verpflichtung nicht bestanden hat. Aus diesen Gründen kann daher der Bf die angelastete Verwaltungsübertretung nicht zum Vorwurf gemacht werden, weshalb dem Beschwerdevorbringen zu folgen, das Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen war.

IV. 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, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. 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. Kühberger