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-303855/12/AL**

Datum: **Linz, 16. Dezember 2024**

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. Lukas über die Beschwerde des A__, vertreten durch Hochstöger B__, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 30.07.2024, GZ: 0182643/2022 AS/VS, wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

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

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vor der belangten Behörde noch einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich 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. Verfahrensgang:

I.1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz (im Folgenden: belangte Behörde) vom 30.07.2024, GZ: 0182643/2022 AS/VS, wurde über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 111 Abs. 1 Z 1 1. Fall iVm § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) eine Geldstrafe iHv 730 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe verhängt.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Der*Die Beschuldigte, Herr A__, geboren am tt.mm.jjjj, hat als unbeschränkt haftender Gesellschafter der C__, D-Strasse welche für die Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Meldepflicht keinen Bevollmächtigten bestellt hat und somit als nach § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher, folgende Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes zu verantworten:
Die oa. Firma hat als Dienstgeber im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG, am 31.10.2022 von 08.00 Uhr bis 12.50 Uhr (Kontrollzeitpunkt), E__, geb. tt.mm.jjjj, als pflichtversicherten Dienstnehmer, in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt (Anspruch iSd. § 49 ASVG), ausgehend vom o.a. Firmenstandort, als Arbeiter (Fassadenarbeiten) beschäftigt.

Der in Rede stehende Beschäftige war der Firma organisatorisch sowie hinsichtlich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit maßgeblich unterworfen. Auch bestand eine persönliche Arbeitsverpflichtung und Weisungsgebundenheit. Für die Behörde war im vorliegenden Fall von einem Arbeitsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt auszugehen, da Unentgeltlichkeit nicht ausdrücklich vereinbart wurde und somit ein angemessenes Entgelt gem. § 1152 ABGB als bedungen gilt. Die Höhe des Entgelts lag über der Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs. 2 ASVG. Obwohl diese Dienstnehmer nicht von der Vollversicherung im Sinne des § 5 ASVG ausgenommen und daher in der Kranken- Unfall- und Pensionsversicherung versichert sind, wurde hierüber eine, zumindest mit den Mindestangaben ausgestattete, Meldung, bei der OÖ Gesundheitskasse, als zuständigem Sozialversicherungsträger, nicht rechtzeitig vor Aufnahme der Tätigkeit, erstattet."

Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde. Begründend wird ausgeführt, dass kein Arbeitsverhältnis begründet gewesen sei. Tatsächlich habe ein Mitarbeiter der Firma ohne Wissen des Beschwerdeführers seinen Sohn während der Herbstferien als Besucher mit auf die Baustelle genommen. Der Sohn sei lediglich anwesend gewesen.

Die belangte Behörde hat die Beschwerde ohne Beschwerdevorentscheidung dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt. Dieses hat

gemäß § 2 VwGVG durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin zu entscheiden.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 04.12.2024, an welcher der Bf in Begleitung seiner Rechtsvertretung, sowie ein Vertreter des Amtes für Betrugsbekämpfung teilgenommen hat. In der mündlichen Verhandlung wurde sowohl ein Organ des Amtes für Betrugsbekämpfung als auch zwei weitere Zeugen einvernommen.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Der Beschuldigte war im Tatzeitpunkt unbeschränkt haftender Gesellschafter der C__, F__.

Am 31.10.2022 um ca. 12:50 Uhr wurde bei einer Kontrolle durch das Amt für Betrugsbekämpfung bei einem Einfamilienhaus in G__ neben dem Arbeitnehmer der C__ H__ auch dessen Sohn E__ angetroffen. Dieser war zum damaligen Zeitpunkt Schüler der I__ und begleitete den Vater, da in der Schule Herbstferien waren, am Kontrolltag zu dessen Arbeit. Der Schüler stand in keinem Beschäftigungsverhältnis gegen Entgelt zur C__. Insbesondere stand dieser in keinem persönlichen oder wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis zum Unternehmen des Bf. Dieses war nicht informiert über die Anwesenheit des Schülers auf der Baustelle.

II.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den Aussagen des Bf in der mündlichen Verhandlung, die dem Grunde nach von den einvernommenen Zeugen, die unter Wahrheitspflicht stehend einvernommen wurden, bestätigt werden, und dem Verfahrensakt. Der Schüler hat zwar beim Personenblatt der Finanzpolizei (Beilage./A zum Protokoll) unter der Rubrik „*Ich arbeite derzeit für*" das Unternehmen des Bf angeführt und unter der Rubrik „*Beschäftigt/tätig als*" das „*Assistieren beim Vater beim Fassaden*" angegeben, gleichzeitig aber auch vermerkt: „*keine Bezahlung*". Im Strafantrag vom 08.11.2022 wird von der Finanzpolizei ausgeführt, dass der „*Vater […] gegenüber den Kontrollorganen an[gegeben hat], dass er seinen Sohn zur Baustelle mitgebracht habe, damit ihm in den Ferien nicht langweilig wird und er neben der Schule auch handwerkliche Arbeit lernt. Der Firmenchef wisse darüber nicht bescheid, dass der Sohn sich ebenfalls auf der Baustelle befindet.*"

Es erscheint dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich durchaus glaubwürdig, dass der Sohn den Vater in den Ferien zur Baustelle begleitet hat, um die berufliche Tätigkeit des Vaters in der Praxis zu sehen. Es ist auch glaubwürdig ausgeführt worden, dass der Schüler kein Entgelt vom Unternehmen des Beschuldigten

bekommen hat. Glaubwürdig ist in diesem Zusammenhang auch, dass der Vater des Schülers seinen Arbeitgeber über die Mitnahme seines Sohnes an die Baustelle im Vorfeld nicht einmal informiert hat. Eine wirtschaftliche Abhängigkeit des Schülers gegenüber dem Unternehmen des Bf lag damit jedenfalls nicht vor.

Aufgrund der mehr als zwei Jahre zurückliegenden Kontrolle ist es auch durchaus nachvollziehbar, dass das Kontrollorgan keine detaillierten Erinnerungen mehr an die Kontrolle hat. Es erscheint durchaus plausibel nach der allgemeinen Lebenserfahrung, dass ein Vater sein Kind in den Schulferien einmal zur Arbeit mitnimmt, um ihm sein Tätigkeitsfeld zu zeigen und – wie der Vater in der Verhandlung glaubwürdig angibt – *„dass der Bub sieht, wie schwer meine Arbeit ist und dass er damit auch besser in der Schule lernt*".

Aufgrund der dargestellten Umstände geht das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich daher im Rahmen einer Gesamtbetrachtung davon aus, dass der Schüler vom Unternehmen der C__ im Kontrollzeitpunkt nicht in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt war.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Rechtslage:

Die im gegenständlichen Fall maßgeblichen Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955 in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung 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.

(1a) Der Dienstgeber hat die Anmeldeverpflichtung so zu erfüllen, dass er in zwei Schritten meldet, und zwar

1. vor Arbeitsantritt die Beitragskontonummer, die Namen und Versicherungsnummern bzw. die Geburtsdaten der beschäftigten Personen, den Tag der Beschäftigungsaufnahme sowie das Vorliegen einer Voll- oder Teilversicherung und

2. die noch fehlenden Angaben mit der monatlichen Beitragsgrundlagenmeldung für jenen Beitragszeitraum, in dem die Beschäftigung aufgenommen wurde.

[...]

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.
[...]

Grundsätze der Sachverhaltsfeststellung
§ 539a. (1) Für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.
(2) Durch den Mißbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes können Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden.
(3) Ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre.
[...]."

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

Ob bei einer Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung - nur beschränkt ist (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10.12.1986, VwSlg. Nr. 12.325/A).

Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG und damit eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ist stets die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht vor. Persönliche Arbeitspflicht ist (unter anderem) dann nicht gegeben, wenn demjenigen, dessen Leistungserbringung zu beurteilen ist, eine generelle Vertretungsbefugnis bei Erbringung dieser Leistung eingeräumt ist (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 11.12.2013, Zl. 2011/08/0322, mwN) oder wenn ein Beschäftigter die Leistung bereits übernommener Dienste jederzeit nach Gutdünken ganz oder teilweise sanktionslos ablehnen kann (vgl. dazu erneut das Erkenntnis vom 02.12.2013, Zl. 2013/08/0191, mwN).

Aus dem abgeführten Beschwerdeverfahren, insbesondere dem Vorbringen des Bf in der mündlichen Verhandlung sowie den Aussagen der Zeugen, ergibt sich für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nachvollziehbar, dass am fraglichen Tag, dem 31. Oktober 2022, eine persönliche Arbeitspflicht des Schülers E__ gegenüber dem Unternehmen des Bf aufgrund der Ergebnisse des Verfahrens nicht bestanden. Im Ergebnis gelangt das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich aufgrund der obigen Sachverhaltsfeststellungen daher zur Auffassung, dass eine Beschäftigung des Schülers E__ gegen Entgelt durch das Unternehmen des Bf im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG am Kontrolltag nicht stattgefunden hat. Für den Bf hat daher mangels Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses auch keine Meldepflicht nach dem ASVG für den Schüler E__ bestanden.

Im Grunde der zitierten Gesetzesbestimmung und der diesbezüglichen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kann das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Erfüllung des objektiven Tatbestandes der vorgeworfenen Verwaltungsübertretung nicht feststellen.

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 somit der Beschwerde Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Bei diesem Ergebnis war dem Bf gemäß § 52 Abs. 9 VwGVG und § 66 Abs. 1 VStG weder ein Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht noch ein Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde vorzuschreiben.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu Dienstverhältnissen, die dem ASVG unterworfen sind, ab, noch fehlt es an einer solchen. Diese Rechtsprechung ist nicht als uneinheitlich zu beurteilen und es liegen keine Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Darüber hinaus ist der festgestellte Sachverhalt ein Ergebnis der Beweiswürdigung und wurde dieser nach Durchführung einer Verhandlung festgestellt und entsprechend begründet. Es handelt sich dabei um keine Rechtsfrage, jedenfalls nicht um eine solche von grundsätzlicher Bedeutung.

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. Lukas