

# TE Lvwg Erkenntnis 2018/11/23 LVwG-S-2244/001-2017

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 23.11.2018

## Entscheidungsdatum

23.11.2018

## Norm

ASVG §4 Abs1

ASVG §4 Abs2

ASVG §33 Abs1

ASVG §33 Abs2

ASVG §111

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat durch die Richterin

HR Dr. Hagmann über die Beschwerde des Herrn B, \*\*\*, \*\*\*, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Amstetten vom 30. August 2017, Zl. \*\*\*, betreffend Bestrafung wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), zu Recht erkannt:

1. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen. Der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses wird mit der Maßgabe bestätigt, dass

1.1. der Ausdruck

„vom 27.5.2017, 22.00 Uhr (Arbeitsantritt) bis zum 5.6.2017 als Taxi- und Mietwagenfahrer beschäftigt, ohne diesen Dienstnehmer als in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person vor Arbeitsantritt“

durch den Ausdruck

„vom 27.5.2017, 22:00 Uhr, bis 28.5.2017, 04:00 Uhr, und vom 4.6.2017, 22:00 Uhr, bis 5.6.2017, 05:00 Uhr beschäftigt, ohne diesen Dienstnehmer vor Arbeitsantritt am 27.5.2017 als in der Unfallversicherung pflichtversicherte Person“

ersetzt wird,

und

1.2. die verletzte Rechtsvorschrift lautet:

„§ 111 Abs 1 Z 1 iVm § 33 Abs 1 iVm Abs 2 und Abs 1a ASVG“

2. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 146,-- Euro zu leisten.

3. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision nicht zulässig.

Rechtsgrundlagen:

§ 50 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG

§ 52 Abs 1 bis 3 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG

§ 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 – VwGG

Entscheidungsgründe:

1. Zum verwaltungsbehördlichen Verfahren:

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Amstetten vom 30. August 2017, Zl. \*\*\*, wurde der Beschwerdeführer wegen Übertretung des § 111 Abs 1 Z 1 iVm § 33 Abs 1 und 1a Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) iVm § 111 Abs 2 iVm Abs 1 Z 1 ASVG mit einer Geldstrafe von € 730,-- (Ersatzfreiheitsstrafe: 112 Stunden) bestraft. Im Schulterspruch dieses Straferkenntnisses wurde es als erwiesen angesehen, dass der Beschwerdeführer in seiner Funktion als unbeschränkt haftender Gesellschafter der A OG mit Sitz in \*\*\*, \*\*\*, zu verantworten habe, dass die OG als Dienstgeberin vom 27.5.2017, 22:00 Uhr (Arbeitsantritt) bis zum 5.6.2017 Herrn C als Taxi- und Mietwagenfahrer beschäftigt hat, ohne diesen Dienstnehmer als in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden.

2. Zum Beschwerdevorbringen:

In der gegen dieses Straferkenntnis fristgerecht erhobenen Beschwerde wird zunächst ausgeführt, der Beschwerdeführer betreibe gemeinsam mit Frau D ein Taxi- und Mietwagenunternehmen am Standort \*\*\*, \*\*\*. Der Schwiegervater der Mitgesellschafterin, C, helfe dieser in Einzelfällen unentgeltlich bei Fahrten aus. Er sei 66 Jahre alt und Pensionist, habe von 27.5.2017 22:00 Uhr bis 28.5.2017 4:00 Uhr unentgeltlich ausgeholfen und sei in der Nacht an ihrer Stelle gefahren. Auch vom 4.6.2017 22:00 Uhr bis 5.6.2017 5:00 Uhr habe C seiner Schwiegertochter unentgeltlich ausgeholfen.

Der Straferkenntnis werde im gesamten Umfang einschließlich der Höhe der verhängten Strafe angefochten. Begründend sei im Wesentlichen auszuführen, dass der von der Behörde angegebene Zeitraum 27.5.2017 bis zum 5.6.2017 falsch sei. Herr C sei lediglich in der Nacht von 27.5.2017 auf 28.5.2017 und vom 4.6.2017 bis 5.6.2017 aushilfsweise und unentgeltlich für D tätig gewesen. Er habe überdies beim Ausforschen von Personen im Zusammenhang mit einer Sachbeschädigung mitgewirkt. Er helfe ausnahmsweise in jenen Situationen aus, in denen Frau D aufgrund der Kinderbetreuung verhindert sei. Bei 4 Kindern könne es im Ausnahmefall vorkommen, dass sie spontan und kurzfristig eine Aushilfe benötige, die ihr Schwiegervater dankenswerterweise in Ausnahmefällen übernehme.

Laut der im Straferkenntnis zitierten VwGH-Entscheidung (2011/08/0318) seien als Freundschafts- und Gefälligkeitsdienste insbesondere kurzfristige, freiwillige und unentgeltliche Dienste anzusehen, die vom Leistenden aufgrund spezifischer Bindungen zwischen ihm und dem Leistungsempfänger erbracht werden. Natürlich habe deren Schwiegervater diese Hilfsleistungen freiwillig erbracht, er sei selbstverständlich nicht verpflichtet ihr zu helfen. Wenn jedoch Not am Mann sei und sie kurzfristig Hilfe brauche, etwa weil ihre Kinder erhöhte Betreuung benötigen würden oder sonst keine andere Betreuungsperson zur Verfügung stehe, dann helfe auch ihr Schwiegervater im Ausnahmefall unentgeltlich aus. Die Rechtsfrage bezüglich der Unentgeltlichkeit sei von der Behörde nicht thematisiert worden bzw sei diese bewusst ausgeklammert worden. Die Unentgeltlichkeit sei eine Grundvoraussetzung für das Vorhandensein der unentgeltlichen, familienhaften Mitarbeit. Es seien von der Behörde keinerlei Überlegungen zu jenen Fakten angestellt worden, die gegen das Vorliegen eines Dienstverhältnisses sprechen würden. Das Vorliegen von Unentgeltlichkeit schließe das Vorliegen eines Dienstverhältnisses aus. Dies sei auch im Merkblatt von Sozialversicherung, Wirtschaftskammer und BMF dargelegt. Dies sei von der Behörde weder hinterfragt noch geprüft worden. C sei Pensionist und habe als solcher bereits sowohl Einkommen als auch Sozialversicherung. Er sei somit auf keinen Fall von einem Dienstverhältnis finanziell abhängig, er helfe unentgeltlich aus.

Mit Hinweis auf § 4 Abs 2 erster Satz ASVG sei auszuführen, dass die Merkmale eines Dienstverhältnisses nicht vorlägen.

Zur Kurzfristigkeit sei auszuführen, dass es keine Rechtsprechung gäbe, was in derartigen Fällen als kurzfristig anzusehen sei, da auch der VwGH zur Frage der Dauer der Kurzfristigkeit schweige. Die Behörde habe keinerlei substantielle Begründung für die Behauptung anbieten können, diese Hilfätigkeiten seien nicht als kurzfristig anzusehen. Wenn Unentgeltlichkeit vereinbart sei, sei ungeachtet einer etwaigen Kurzfristigkeit ohnedies ein Dienstverhältnis nicht anzunehmen. Eine familienhafte Mitarbeit sei auch in Personengesellschaften möglich. Dies werde auch durch das gemeinsame Merkblatt von Sozialversicherung, Wirtschaftskammer und Bundesministerium für Finanzen nochmals verdeutlicht. Die Hilfaktivität habe sich lediglich auf jene von D selbst eingeplanten Fahrten bezogen, mit dem Beschwerdeführer habe dies nichts zu tun und seien dessen Fahrten niemals von C übernommen worden. Dies sei damit zu begründen, dass es sich bei den Hilfaktivitäten um Gefälligkeitsdienste gehandelt habe, die dieser vor allem aus dem Grund, dass seine Enkelkinder die Aufmerksamkeit ihrer Mutter benötigen würden, unentgeltlich übernommen habe. Es habe darüber hinaus auch keine Vorwegvereinbarungen oder Dienstplaneinteilungen gegeben, sondern sei er im Notfall spontan eingesprungen.

Der Parteiwille sei von der Behörde absolut nicht erhoben und thematisiert worden. Die Behörde habe sich vielmehr pauschal auf das Vorliegen der Vermutung eines Dienstverhältnisses gestützt und hierzu nichts mehr erhoben. Eine kritische Auseinandersetzung und Abwägung aller zu beachtenden Gesichtspunkte habe seitens der Behörde im Zusammenhang mit dem Merkblatt von Sozialversicherung, Wirtschaftskammer und Bundesministerium für Finanzen nicht stattgefunden.

Sollte eine Aufhebung des Verfahrens nicht möglich sein, so werde auf § 20 VStG verwiesen. Im Fall des Beschwerdeführers würden keine Erschwerungsgründe vorliegen, dem gegenüber sei die bisherige verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit als mildernd anzurechnen. Es sei daher zumindest die Strafe auf die Hälfte zu mindern. In diesem Zusammenhang sei auch auf § 111 Abs 2 ASVG zu verweisen.

Es wurde beantragt, eine mündliche Verhandlung durchzuführen und in der Sache selbst zu entscheiden, den gegenständlichen Bescheid ersatzlos aufzuheben, in eventu die Strafhöhe herabzusetzen.

### 3. Zum durchgeführten Ermittlungsverfahren:

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat in Entsprechung des § 44 VwGVG in Verbindung mit dem zu GZ LVwG-S-2243/001-2017 protokollierten, gegen die weitere Beschwerdeführerin D, die wie der Beschwerdeführer unbeschränkt haftende Gesellschafterin der A OG ist, geführten Beschwerdeverfahren in Anwesenheit eines Vertreters der belangten Behörde eine gemeinsame öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, in welcher durch Einvernahme der beiden Beschwerdeführer sowie der Zeugen C und E, weiters durch Einsicht in die Akten des Verfahrens, auf deren Verlesung verzichtet wurde (davon ausgenommen die in den Akten enthaltenen Niederschriften, welche nicht verlesen wurden), Beweis erhoben wurde.

### 4. Feststellungen:

Der Beschwerdeführer ist unbeschränkt haftender Gesellschafter der im Firmenbuch des Landesgerichtes \*\*\* zu Zahl \*\*\* protokollierten, mit Gesellschaftsvertrag vom 20.1.2016 gegründeten A OG, mit dem Sitz in \*\*, \*\*, die im Geschäftszweig „Taxi- und Mietwagen“ tätig ist. Weitere unbeschränkt haftende Gesellschafterin der OG ist die Mitbeschuldigte D.

Der im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses bezeichnete Herr C war vom 27.5.2017, 22:00 Uhr, bis 28.5.2017, 4:00 Uhr, und vom 4.6.2017, 22:00 Uhr bis 5.6.2017, 5:00 Uhr, im Rahmen des Geschäftsbetriebes der A OG jeweils als Lenker eines Fahrzeugs des genannten Unternehmens tätig.

Er hat diese Tätigkeit mit einem Anspruch auf Entlohnung ausgeübt. Der Beschwerdeführer hat vor der gegenständlich angelasteten Tatzeit keine Erkundigungen über eine allfällige Meldepflicht betreffend die Tätigkeit des Herrn C bei der zuständigen Behörde eingeholt. Eine Anmeldung zur Sozialversicherung vor Arbeitsantritt war nicht erfolgt.

### 5. Beweiswürdigung:

Diese Feststellungen ergeben sich unzweifelhaft aus den vom Beschwerdeführer bestätigten Angaben der Mitbeschuldigten und stimmen vollinhaltlich überein mit den Aussagen des Zeugen C.

Demnach hat der Zeuge C, Schwiegervater der Mitbeschuldigten, zu den angeführten Zeiten Kraftfahrzeuge des Unternehmens im Rahmen des Geschäftsbetriebes gelenkt. Die Mitbeschuldigte C verwies im Rahmen der mündlichen

Verhandlung darauf, dass das im Jahr 2016 gegründete Unternehmen darauf ausgerichtet gewesen sei, dass nur sie selbst sich durch Taxifahren am Wochenende etwas dazuverdiene. Bis zum Vorfallszeitpunkt sei das Unternehmen mit 2 Fahrzeugen betrieben worden. Mittlerweile gebe es Standorte des Unternehmens in \*\*\*, \*\*\*, \*\*\* und \*\*\*. Es sei unbestritten, dass ihr Schwiegervater an den angeführten Tagen Taxifahrten durchgeführt habe. Er habe das Taxi in diesen Nächten betreut und die Fahrten für sie durchgeführt. Bereits im März 2016 sei die Zusage seitens ihres Schwiegervaters gegeben worden, auszuholen, wenn es notwendig wäre. Es sei keine regelmäßige Tätigkeit vereinbart worden, es sei vielmehr so gewesen, dass sie ihn im Bedarfsfall angerufen habe. Seine Aushilfe habe etwa dreimal pro Monat stattgefunden. Es sei immer klar gewesen, dass sie für diese Aushilfe nichts bezahlen könne und nichts bezahlen würde. Es habe keine schriftliche Vereinbarung gegeben. Die Vereinbarung der Unentgeltlichkeit sei eher stillschweigend als ausdrücklich erfolgt, mit Hinweis darauf, dass man Familie sei. Die Mitbeschuldigte verwies darauf, bei der „Neuen Volkspartei“ am 5.10.2017, sowie ebenfalls bei der Wirtschaftskammer Erkundigungen eingeholt zu haben. Keine dieser Anfragen sei jedoch vor dem angelasteten Tatzeitraum erfolgt. Sie räumte in diesem Zusammenhang ein, zu keinem Zeitpunkt eine Anfrage an die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse gerichtet zu haben.

Der Beschwerdeführer ergänzte die Aussage dahin gehend, vor dem Vorfallszeitpunkt mit Frau D eine allfällige Tätigkeit des Herrn C angesprochen zu haben. Dabei habe er ihr gesagt, dass das für ihn in Ordnung gehe, wenn dieser nicht sehr viel arbeite, ansonsten müsse sie ihn anmelden. Es sei ihm versichert worden, dass er nicht sehr viel arbeiten würde, damit würde keine Anmeldung erforderlich sein. Er selbst habe Kenntnis über die Anmeldeverpflichtungen auf Grund seiner Ausbildung für die Konzession, darüber hinaus habe er keine konkreten Erkundigungen eingezogen.

Der Zeuge C bestätigte die Angaben der Mitbeschuldigten. Es sei im Jahr 2016 gewesen, dass die Rede davon war, dass er aushilfsweise einspringen solle. Für diese Aushilfe habe er weder etwas verlangt noch tatsächlich etwas bekommen. Der Zeuge bestätigte weiters verfahrensrelevant seine Tätigkeit für das Unternehmen im Umfang von zwei- bis dreimal monatlich. Er sei als Pensionist bei der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse sozialversichert, darüber hinaus habe er keine weiteren Pflichtversicherungsverhältnisse. Nach seinem Wissensstand gäbe es keine Doppelversicherungen, außer man versichere sich privat.

Der Zeuge E verwies auf von ihm geführte Amtshandlungen, in deren Zuge ihm zur Kenntnis gebracht worden sei, dass C Fahrzeuge der A OG gelenkt habe. Er selbst habe den Zeugen dreimal als Lenker im Zuge von Amtshandlungen wahrgenommen, wobei die dritte genannte Amtshandlung rasch beendet worden sei, weil er zu einem Einsatz gerufen wurde. Näheres könne er daher dazu nicht angeben.

Aus dem Gewerbeinformationssystem ergibt sich, dass die Gewerbeberechtigung der A OG am 16. März 2016 entstanden ist. Gewerberechtlicher Geschäftsführer ist seit diesem Zeitpunkt der Beschwerdeführer. Aus dem Auszug des Firmenbuches beim Landesgericht \*\*\* zu Zahl \*\*\* geht hervor, dass die A OG in der Rechtsform einer Offenen Gesellschaft im Geschäftszweig Taxi- und Mietwagen laut Gesellschaftsvertrag vom 20. Jänner 2016 eingetragen ist und beide Beschwerdeführer unbeschränkt haftende Gesellschafter sind.

## 6. Erwägungen:

Folgende Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) sind verfahrensrelevant und lauten in der zur Tatzeit anzuwendenden Fassung (auszugsweise):

### § 4 Abs 1 und 2 ASVG

„(1) In der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sind aufgrund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet:

[...]

(2) Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hierzu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbstständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen. [...]"

### § 5 Abs 1 Z 2 und Abs 2 ASVG:

„(1) Von der Vollversicherung nach § 4 sind – unbeschadet einer nach § 7 oder nach § 8 eintretenden Teilversicherung – ausgenommen:

1. [...]

2. Dienstnehmer [...], wenn das ihnen aus einem oder mehreren Beschäftigungsverhältnissen im Kalendermonat gebührende Entgelt den Betrag gemäß Abs 2 nicht übersteigt (geringfügig beschäftigte Personen);

(2) Ein Beschäftigungsverhältnis gilt als geringfügig, wenn daraus im Kalendermonat kein höheres Entgelt als [2017: 425,70] gebührt. [...]"

§ 7 Z 3 lit a ASVG:

„Nur in den nachstehend angeführten Versicherungen sind von den im § 4 genannten Personen aufgrund dieses Bundesgesetzes versichert (teilversichert):

[...]

3. in der Unfallversicherung hinsichtlich der nachstehend bezeichneten Tätigkeiten (Beschäftigungsverhältnisse):

a) die im § 5 Abs 1 Z 2 von der Vollversicherung ausgenommenen Beschäftigten;"

§ 33 Abs 1 bis 2 ASVG:

„(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 [...].

(1a) der Dienstgeber kann die Anmeldeverpflichtung so erfüllen, dass er in zwei Schritten meldet, und zwar

1. vor Arbeitsantritt die Dienstgeberkontonummer, die Namen und Versicherungsnummern bzw die Geburtsdaten der beschäftigten Personen sowie Ort und Tag der Beschäftigungsaufnahme (Mindestangaben-Anmeldung) und

2. die noch fehlenden Angaben innerhalb von 7 Tagen ab Beginn der Pflichtversicherung (vollständige Anmeldung).

[...]

(2) Abs1 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.“

§ 49 Abs 1 und 2 ASVG:

„(1) Unter Entgelt sind die Geld- und Sachbezüge zu verstehen, auf die der pflichtversicherte Dienstnehmer (Lehrling) aus dem Dienst- (Lehr) Verhältnis Anspruch hat oder die er darüber hinaus aufgrund des Dienst- (Lehr) Verhältnisses vom Dienstgeber oder von einem Dritten erhält.

(2) Sonderzahlungen, das sind Bezüge im Sinne des Abs 1, die in größeren Zeiträumen als den Beitragszeiträumen gewährt werden wie zum Beispiel ein 13. oder 14. Monatsbezug, Weihnachts- oder Urlaubsgeld, Gewinnanteile oder Bilanzgeld, sind als Entgelt nur nach Maßgabe der Bestimmungen des §§ 54 und der sonstigen Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, in denen die Sonderzahlungen ausdrücklich erfasst werden, zu berücksichtigen.“

§ 54 Abs 1 ASVG:

„(1) Von den Sonderzahlungen nach § 49 Abs 3 sind [...] Sonderbeiträge [...] zu entrichten.“

§ 111 Abs 1 und 2 ASVG:

„(1) Ordnungswidrig handelt, wer als Dienstgeber [...] entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes

1. Meldungen oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet

[...].

(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 € 500,-- bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe mit Freiheitsstrafe bis zu 2 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.“

§ 471b ASVG:

„Unter fallweise beschäftigten Personen sind Personen zu verstehen, die in unregelmäßiger Folge tageweise beim selben Dienstgeber beschäftigt werden, wenn die Beschäftigung für eine kürzere Zeit als eine Woche vereinbart ist.“

Gegenständlich ist zunächst auf die Frage einzugehen, ob die unbestritten an den in Rede stehenden Tagen ausgeführten Tätigkeiten des Schwiegervaters der Mitbeschuldigten als Fahrzeuglenker des Taxi- und Mietwagenunternehmens als Dienstnehmer im sozialversicherungsrechtlichen Sinn erbracht wurden.

Unter einem „Beschäftigungsverhältnis“ ist grundsätzlich das dienstliche „Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit“ des „Dienstnehmers“ im Sinne des § 4 Abs 2 ASVG zu dem „Dienstgeber“ im Sinne des § 35 Abs 1 erster Satz ASVG zu verstehen (VwGH 83/08/0200, Hinweis E 4.12.1957, 1836/56, VwSlg 4495 A/1957). Ob jemand in einem „Beschäftigungsverhältnis“ im Sinne des § 4 Abs 2 ASVG steht, ist daher immer in Bezug auf eine bestimmte andere Person (bestimmte andere Personen), nämlich grundsätzlich den Dienstgeber (die Dienstgeber), zu prüfen (Hinweis E 31.5.1961, 767/59, VwSlg 5577 A/1961).

Nach der früheren Judikatur des VwGH kam die Dienstgebereigenschaft iSd§ 35 Abs 1 ASVG hinsichtlich jener Personen, die für eine OHG (KG) in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Tätigkeit abhängig tätig waren, den Gesellschaftern (bei der KG grundsätzlich nur dem Komplementär) zu. Nach dem Erkenntnis des verstärkten Senates vom 10.12.1986, 83/08/0200, VwSlg 12325 A/1986, ist jedoch in diesen Fällen nunmehr die OHG (KG) selbst Dienstgeber (iSd ASVG) (VwGH 91/09/0221). Mit Blick auf die gefestigte Rechtsprechung kommt daher gegenständlich (nur) die OG selbst als Dienstgeberin in Betracht.

Die Beurteilung, 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, (vgl das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, Slg. Nr. 12.325/A) hängt 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 etwa VwGH E vom 22. Februar 2012, 2009/08/0075). Der VwGH führt weiter in ständiger Rechtsprechung aus, dass die Behörde berechtigt ist, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn auszugehen, wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen arbeitend unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden können, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen (vgl VwGH 2010/08/0091 ua).

Die Tätigkeit als Taxilenker deutet üblicherweise nach der Lebenserfahrung auf ein Dienstverhältnis hin. Im Hinblick auf den Einwand der familienhaften unentgeltlichen und aushilfsweisen Tätigkeit des Beschäftigten ist jedoch in weiterer Folge darauf einzugehen, ob die Umstände im vorliegenden Fall so atypisch sind, dass sie einer Qualifikation des Vertragsverhältnisses als Dienstverhältnis entgegenstehen. Dazu ist zunächst zu bedenken, dass ein allfälliges Dienstverhältnis nicht zum Beschwerdeführer besteht, sondern zur Gesellschaft selbst. Darüber hinaus ist zu beachten, dass ungeachtet dieses Umstandes nach der einheitlichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bei Beschäftigungsverhältnissen zwischen wechselseitig nicht unterhaltpflichtigen bzw -berechtigten Verwandten im Zweifel ein entgeltliches Verhältnis als bedungen anzunehmen ist (vgl VwGH 85/08/0093). Bezogen auf die gegenständlich behauptete familienrechtliche Beziehung zur Mitbeschuldigten ist in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung zu verweisen, wonach - anders als im Verhältnis zwischen Kindern zu ihren Eltern - vom Verwaltungsgerichtshof zB die Mitarbeit der Schwiegertochter im Betrieb des Schwiegervaters nicht als Ausfluss einer familienrechtlichen Mitarbeitsverpflichtung gewertet wurde und die Vermutung hier nicht für eine solche unentgeltliche Beschäftigung im Rahmen bloß familienhafter Beziehungen sprach (vgl VwGH 85/08/0093). In diesem

Sinn hat der Verwaltungsgerichtshof auch im Falle der Mitarbeit der Lebensgefährtin eines Cousins des persönlich haftenden Gesellschafters einer Gesellschaft etwa ausgesprochen, dass im Regelfall – ohne das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände – nicht zu erwarten sei, dass sie im Rahmen eines Gewerbebetriebes Gefälligkeitsdienste für den daraus Gewinn ziehenden Unternehmer leiste (vgl VwGH 2012/08/0165).

Auch hinsichtlich (nicht familienhafter) unentgeltlicher Gefälligkeitsdienste ist in der Rechtsprechung einheitlich ausgeführt, dass für die Abgrenzung zwischen einem Gefälligkeitsdienst und einer Beschäftigung eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen ist, wobei die Partei eine entsprechende Mitwirkungspflicht trifft, zumal es sich bei den zur Beantwortung der Frage, ob ein Freundschafts- oder Gefälligkeitsdienst vorliegt, maßgeblichen Umständen oder Motiven um solche handelt, die zumeist der Sphäre der Partei zuzuordnen sind. Für das Vorliegen der Entgeltlichkeit kommt es dem gemäß nicht darauf an, ob ausdrücklich ein Entgelt vereinbart wurde, da im Zweifel für die Erbringung von Dienstleistungen ein angemessenes Entgelt als bedungen gilt. Demnach ist Unentgeltlichkeit der Verwendung erst zu vermuten, wenn diese erwiesenermaßen vereinbart worden ist und einer Prüfung auf ihre sachliche Rechtfertigung standhält, die zB in persönlichen Beziehungen begründet sein könnte (vgl dazu VwGH 2010/08/0229).

Im Beschwerdefall hält die behauptete stillschweigende Vereinbarung, wonach die Tätigkeit unentgeltlich erbracht werde, einer Prüfung auf ihre sachliche Rechtfertigung nicht stand. Die Dienste wurden nicht – wie dies die dazu entwickelten Grundsätze der Rechtsprechung erfordern – bloß einmalig und kurzfristig erbracht, sondern es war zwischen der Mitbeschuldigten und dem Beschäftigten vereinbart, dass dieser sogar bezogen auf einen längeren Zeitraum immer im Bedarfsfall zur Verfügung stehe. Dazu ist weiter zu bedenken, dass es zwischen dem Beschwerdeführer und dem Beschäftigten keinerlei ersichtliche persönlichen Beziehungen gab. Bereits im Jahr 2016 gab es die Zusage an die Mitbeschuldigte, jederzeit auszuhelfen, wenn es notwendig wäre. Tatsächlich gab es die vereinbarten Aushilfsdienste zwei- bis dreimal pro Monat und wurde die Aushilfstätigkeit der Absprache gemäß praktiziert. Aus dem Hinweis, dass der Beschäftigte der Schwiegervater der Mitbeschuldigten ist, kann unter diesen Umständen keinesfalls abgeleitet werden, dass dieser im Rahmen des (nicht bloß von der Schwiegertochter allein als Einzelunternehmen geführten) Gewerbebetriebes Gefälligkeitsdienste für die daraus Gewinn ziehende Unternehmerin, die OG, leiste, zu deren (weiterem) Gesellschafter, dem Beschwerdeführer, keinerlei spezifische Bindungen bestehen.

Somit führt auch der Hinweis, dass die Unentgeltlichkeit (stillschweigend) vereinbart worden sei, „weil man Familie sei“, in rechtlicher Hinsicht zu keinem anderen Ergebnis, zumal eine familienrechtliche Beistandspflicht im Fall des Schwiegervaters zur Schwiegertochter nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts nicht gegeben ist und – wie bereits ausgeführt – keine spezifische Bindung des Beschäftigten zur Gewinn ziehenden Gesellschaft, aber auch nicht zum Beschwerdeführer, nachvollziehbar ist.

Das Sozialversicherungsverhältnis besteht ex lege und meldeunabhängig mit Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen (Aufnahme einer versicherungspflichtigen Erwerbstätigkeit). Das bedeutet gleichzeitig, dass der Pflichtversicherte kein Wahlrecht hat, ob er auf Grund der ausgeübten Tätigkeit der Sozialversicherung unterliegen soll oder nicht. Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen vor, so tritt die Pflichtversicherung ein, wobei diese im Umfang der Vollversicherung (Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung) oder nur in Teilen – wie im Fall der hier vorliegenden geringfügigen Beschäftigung nur in der Unfallversicherung – eintritt. Somit trägt auch der Einwand nicht, der Beschäftigte sei bereits als Pensionist sozialversichert.

Im vorliegenden Fall ist auf Grund der getroffenen Feststellungen von einer fallweisen Beschäftigung auszugehen, die beim selben Dienstgeber in unregelmäßiger Folge tageweise ausgeübt wurde und die jeweils für kürzere Zeit als eine Woche vereinbart war. Dabei ist im Hinblick auf den Umfang der Pflichtversicherung zu prüfen, ob das Entgelt für den jeweiligen Kalendertag die monatliche Geringfügigkeitsgrenze übersteigt (Anm.: seit 1.1.2017 gibt es keine tägliche Geringfügigkeitsgrenze mehr), zumal bei der fallweisen bzw tageweisen Beschäftigung zu beachten ist, dass jeder Tag als eigenständiges Dienstverhältnis zu betrachten ist.

Der weiteren rechtlichen Beurteilung ist zu Grunde zu legen, dass ein angemessenes Entgelt als bedungen gilt. Da bei den geleisteten Tätigkeiten vom Bestehen von Entgeltansprüchen auszugehen ist, kommt es somit auf die tatsächliche Auszahlung des Entgelts nicht an.

Der dem Beschäftigten im gegenständlichen Fall zustehende Anspruchslohn betrug im Jahr 2017 nach dem anzuwendenden Kollektivvertrag für Taxi- und Mietwagenlenker, dem Bundeskollektivvertrag für das

Personenbeförderungsgewerbe mit Personenkraftwagen iVm dem Landeskollektivvertrag monatlich brutto € 1.200,--. Unter Zugrundelegung der festgestellten Einsatzzeiten des Beschäftigten ergeben sich Entgeltansprüche für den Beschäftigten, die bei einem Stundenlohn von € 5,04/Stunde (2017) einen Anspruchslohn ergeben, der an keinem Einsatztag die monatliche Geringfügigkeitsgrenze von € 425,70 übersteigt. Es ist somit jeweils von einer geringfügigen Beschäftigung auszugehen.

Der Beschwerdeführer als vertretungsbefugtes Organ der OG hat somit zu verantworten, dass die Anmeldung des fallweise beschäftigten Dienstnehmers nicht vor Arbeitsantritt erfolgt ist.

Wenn die Mitbeschuldigte - bestätigt vom Beschwerdeführer - in diesem Zusammenhang, um die Richtigkeit ihrer Rechtsmeinung zu stützen, auf das gemeinsame Merkblatt von Sozialversicherung, Wirtschaftskammer Österreich und Bundesministerium für Finanzen verweist, so ist dem entgegenzuhalten, dass darin Auslegungshinweise zur familienhaften Mitarbeit enthalten sind, diese aber keinesfalls die Einholung von verbindlichen Rechtsauskünften im Einzelfall unter Zugrundelegung aller relevanten Sachverhaltselemente ersetzen können. Den Meldepflichtigen trifft eine Erkundungspflicht, sofern er seine objektiv unrichtige Rechtsansicht im Zeitpunkt der Unterlassung der Meldung nicht etwa auf höchstgerichtliche Rechtsprechung zu stützen vermag oder – bei Fehlen einer solchen – auf eine ständige Verwaltungsübung. Der Meldepflichtige wird insbesondere gehalten sein, sich über die Vertretbarkeit seiner Rechtsauffassung bei der Behörde bzw einer zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugten Person oder Stelle Gewissheit zu verschaffen, ehe er sich zur Unterlassung der Meldung entschließt (vgl VwGH 2007/08/0235). Die Berufung auf das erwähnte Merkblatt schließt das Verschulden des Beschwerdeführers an der gegenständlichen Meldeübertretung nicht aus, da nur im Falle der Erteilung einer unrichtigen Auskunft der zuständigen Behörde im Vertrauen auf diese Auskunft erfolgte Gesetzesverstöße geeignet sind, das Verschulden auszuschließen. Im Übrigen hat die Mitbeschuldigte eingeräumt, eine relevante Auskunft tatsächlich – jedenfalls vor dem gegenständlichen Zeitpunkt des Arbeitsantrittes – nicht eingeholt zu haben.

Der Beschwerdeführer hat ausgeführt, keine konkreten Erkundigungen eingeholt zu haben und seiner subjektiven Verantwortung steht überdies weder der Hinweis der Mitbeschuldigten entgegen, dass der Beschwerdeführer im Unternehmen selbst nicht tätig war, noch sein eigener Einwand, dass im Vorfeld mit der Mitbeschuldigten besprochen worden sei, die praktizierte Vorgangsweise sei für ihn in Ordnung, wenn der Beschäftigte nicht zu viel arbeite, ansonsten dieser angemeldet werden müsse.

Ausgehend von der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl VwGH 2011/08/0004) obliegt es dem verantwortlichen Organ, das für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften Sorge zu tragen hat, ein wirksames Kontrollsyste einzurichten, wenn dieses Organ die verantwortliche Besorgung einzelner Angelegenheiten wie die An- und Abmeldung von Dienstnehmern anderen Personen überlässt. Dabei hat das verantwortliche Organ im Fall eines Verstoßes gegen die Verwaltungsvorschriften dieses System, das eine wirksame begleitende Kontrolle sicherstellen muss (vgl VwGH 2009/03/0171), im Einzelnen darzutun (VwGH Ra 2015/08/0082).

Insofern hat der Beschwerdeführer die gegenständlich unterlassene Anmeldung zur Sozialversicherung auch subjektiv zu verantworten.

Zur Strafhöhe wird erwogen:

Gemäß § 19 Verwaltungsstrafgesetz idFBGBI. I Nr. 33/2013 ist die Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Im ordentlichen Verfahren sind 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 des Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Zweck der vor Arbeitsantritt zu erfüllenden Meldepflicht ist einerseits, die Pflichtversicherung für die Beschäftigten sicherzustellen, und andererseits, die Schwarzarbeit zu bekämpfen. Unter diesem Gesichtspunkt liegen unbedeutende Folgen der Tat gegenständlich nicht vor, da solche nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes etwa dann vorliegen, wenn sie hinter dem typischen Bild eines Meldeverstoßes zurückbleiben, beispielsweise wenn die Anmeldung zwar verspätet erfolgte, im Zeitpunkt der Kontrolle aber bereits vollzogen worden ist [(also entgegen dem

typischen Regelfall feststeht, dass Schwarzarbeit nicht intendiert war); vgl etwa VwGH 2012/08/0228]. Dies trifft hier nicht zu, sodass die Voraussetzungen des § 111 Abs 2 letzter Satz ASVG nicht gegeben sind.

Dem Umstand, dass der Beschwerdeführer verwaltungsstrafrechtlich unbescholten ist, sowie ebenfalls der von ihm bekannt gegebenen Einkommenssituation und seinen Sorgepflichten ist durch die Verhängung der gesetzlichen Mindeststrafe Rechnung getragen. Weitere Milderungsgründe oder erschwerende Umstände sind nicht zu Tage getreten. Der einzige Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit wiegt in der Gesamtschau der Tatumstände nicht so schwer, dass eine Unterschreitung des gesetzlichen Strafrahmens zulässig wäre, wie dies der Beschwerdeführer eventualiter beantragt. Diesbezüglich kommt es nach der Rechtsprechung nämlich nicht auf die Anzahl der Milderungsgründe an, sondern auf deren Gewicht, weshalb es auch nicht erheblich ist, dass ein oder mehrere Milderungsgründe (wie hier) keinem einzigen Erschwerungsgrund gegenüberstehen. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner jüngeren Judikatur nämlich ausgesprochen, dass aus dem Nichtvorliegen von Erschwerungsgründen alleine nicht das Überwiegen der Milderungsgründe abgeleitet werden kann (zB VwGH 2009/03/0155 ua) wie auch bei der Abwägung der Unrechtsgehalt der Verwaltungsübertretung zu bewerten ist (VwGH 2000/03/0224; 2000/03/0151). Die nicht ordnungsgemäße Anmeldung eines Dienstnehmers zur Sozialversicherung schädigt einerseits die Beitragsgemeinschaft und schmälert andererseits die Rechte des Beschäftigten, weshalb der Unrechtsgehalt – auch fallbezogen – nicht als gering einzustufen ist.

Auf Grund des nicht als bloß geringfügig erkannten Verschuldensausmaßes und der Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes kann auch nicht vom Vorliegen der Voraussetzungen für die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens iSd § 45 Abs 1 Z 4 VStG iVm dem Ausspruch einer Ermahnung ausgegangen werden.

Zur Spruchänderung ist auszuführen, dass die Tatbilder des§ 111 ASVG iVm § 33 Abs 1 ASVG (Bestehen einer Krankenversicherung im Rahmen einer Vollversicherung oder einer Teilversicherung) einerseits und jenes des § 111 ASVG iVm § 33 Abs 2 ASVG (Nichtbestehen einer Krankenversicherung, aber Bestehen einer Teilversicherung entweder in der Unfallversicherung als geringfügig entlohter Dienstnehmer oder in der Unfall- und Pensionsversicherung) andererseits - bezogen auf Beschäftigungsverhältnisse im Sinne des § 4 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 ASVG sowie auf einen konkreten Arbeitnehmer und eine konkrete Tatzeit - nicht nebeneinander verwirklicht werden können, sondern nur alternativ, wobei - bezogen auf den vorliegenden Fall - das Tatbestandselement des Vorliegens einer Teilversicherung nur in der Unfallversicherung gemäß § 7 Z 3 lit a ASVG umfänglich enger ist, als jenes der Vollversicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung, die nach § 33 Abs 1 und 2 ASVG zu melden ist. Eine Bestrafung wegen einer Übertretung des § 33 Abs 1 und 2 ASVG kommt - bei ansonsten identen Tatumständen hinsichtlich Personen, Zeit und Ort und im Falle von Beschäftigten nach § 4 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 ASVG - daher nur dann in Betracht, wenn eine Bestrafung allein wegen Übertretung des § 33 Abs 1 ASVG ausscheidet. Eine auch nur versehentliche Doppelbestrafung ist insoweit - bei ansonsten gegebenem Sachverhalt - auszuschließen. Bei Beschäftigten im Sinne des § 4 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 ASVG ist es daher unter dem Gesichtspunkt der Zwecke des Rechtsschutzes nach dem Erkenntnis des verstärkten Senates vom 3. Oktober 1985, 85/02/0053, VwSlg 11894 A/1985, zur Vermeidung von Doppelbestrafungen und zur eindeutigen Klärung der vorgeworfenen Tat zwar erforderlich, schon in der Aufforderung zur Rechtfertigung, aber auch im Straferkenntnis die Namen der nicht gemeldeten Dienstnehmer sowie den Tatort und -zeitpunkt präzise zu nennen; es reicht aber aus, den Tatverdacht auf § 111 ASVG iVm § 33 Abs 1 ASVG zu stützen, da diese Bestimmung kraft der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung des § 33 Abs 2 ASVG auch für geringfügig Beschäftigte gilt und sich das Tatbild insoweit nicht unterscheidet. Es kann daher in solchen Fällen § 33 Abs 2 ASVG jederzeit im Verfahren dann zusätzlich zu § 33 Abs 1 ASVG als Grundlage einer Bestrafung herangezogen werden, wenn zwar eine meldepflichtige Beschäftigung im Sinne des § 4 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 ASVG feststeht, eine Bestrafung wegen Übertretung allein des § 33 Abs 1 ASVG aber mangels Erweislichkeit einer Vollversicherung nicht in Betracht kommt (vgl VwGH 2009/08/0262). Darüber hinaus war die Tatzeit im Sinne der rechtlichen Beurteilung als fallweise Beschäftigung richtigzustellen.

## 7. Zur Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, da im gegenständlichen Verfahren keine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil die Entscheidung nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

## **Schlagworte**

Sozialversicherungsrecht; Verwaltungsstrafe; fallweise Beschäftigung; geringfügige Beschäftigung; Dienstgeber; Offene Gesellschaft; Gefälligkeitsdienst;

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGNI:2018:LVwG.S.2244.001.2017

**Zuletzt aktualisiert am**

07.01.2019

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Niederösterreich LVwg Niederösterreich, <http://www.lvwg.noe.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)