

TE Lvwg Erkenntnis 2018/6/19 LVwG-S-1221/001-2017

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.06.2018

Entscheidungsdatum

19.06.2018

Norm

ASVG §4 Abs1 Z1

ASVG §4 Abs2

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich erkennt durch Dr. Köchle als Einzelrichterin über die Beschwerde des A, vertreten durch

C, Rechtsanwältin in ***, ***, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Mödling vom 10. Jänner 2017, Zl. ***, betreffend Bestrafung nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung zu Recht:

1. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben, als die von der Behörde festgesetzte Geldstrafe in der Höhe von 1.000,-- Euro auf den Betrag von 730,-- Euro und die angedrohte Ersatzfreiheitsstrafe von 154 Stunden auf 127 Stunden herabgesetzt werden.

Im Übrigen wird das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Mödling vom 10. Jänner 2017, Zl. ***, mit der Maßgabe bestätigt, dass die Tatbeschreibung im Spruch wie folgt zu lauten hat:

„Sie haben als Inhaber des Einzelunternehmens „****“ mit Sitz in ***, *** in ihrer Eigenschaft als Dienstgeber den Dienstnehmer B, geboren am ***, zumindest vom 01.03.2015 bis zum 04.09.2015 als Außendienstmitarbeiter geringfügig beschäftigt, ohne diesen Dienstnehmer vor Arbeitsantritt zur Sozialversicherung (Teilversicherung in der Unfallversicherung) beim örtlich zuständigen Sozialversicherungsträger, der ***, ***, ***, anzumelden.“

2. Die Kosten des verwaltungsbehördlichen Verfahrens werden mit 73,-- Euro neu festgesetzt. Ein Beitrag zu den Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ist nicht zu leisten.

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

Rechtsgrundlagen:

§ 50 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG

§§ 19, 64 Abs. 1 und 2 Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG

§ 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 – VwGG

Zahlungshinweis:

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe idHv 730,--/Kosten idHv 73,--) beträgt daher 803,-- Euro und ist gemäß § 52 Abs. 6 VwGVG iVm § 54b Abs. 1 VStG binnen zwei Wochen unter Berücksichtigung des beigeschlossenen Zahlungshinweises einzuzahlen.

Ein allfälliger Antrag auf Zahlungserleichterung (Ratenzahlung oder Stundung) wäre an die Bezirkshauptmannschaft Mödling zu richten.

Entscheidungsgründe:

1. Angefochtenes Straferkenntnis, verwaltungsbehördliches Verfahren:

1.1. Mit dem gegenständlichen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Mödling (in der Folge: belangte Behörde) wurde der Beschwerdeführer wie folgt für schuldig befunden:

„Tatbeschreibung:

Sie haben als Inhaber des freien Gewerbes „Ankündigungsunternehmen“ mit Standort in ***, ***, und als Dienstgeber nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung (vollversicherte) pflichtversicherte Person handelt, gegen Entgelt beschäftigt, obwohl diese nicht vor Arbeitsbeginn beim örtlich zuständigen Krankenversicherungsträger, der NÖ Gebietskrankenkasse, ***, ***, angemeldet wurde.

Sie wären als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden und die Meldung wurde nicht erstattet.

Name und Geburtsdatum des Dienstnehmers: B geb ***

Arbeitsantritt: 16.02.2015

Beschäftigungsort: ***, ***

Tätigkeit: Außendienstmitarbeiter

Dauer und Ausmaß der Beschäftigung: von 16. Februar 2015 bis 04.09.2015, insgesamt 1.106,5 Stunden

Entlohnung: im Juni €205,70 Provision; für Juni und Juli gesamt € 470,--"

Der Beschwerdeführer habe durch die so umschriebene Tat § 111 Abs. 1 Z. 1 iVm § 33 Abs. 1 ASVG verletzt und wurde über ihn eine Verwaltungsstrafe in der Höhe von 1.000,-- Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 154 Stunden) verhängt und ihm ein Beitrag zu den Verfahrenskosten in der Höhe von 100,-- Euro vorgeschrieben.

Begründend wird im Straferkenntnis ausgeführt, die gegenständliche Verwaltungsübertretung sei durch das Finanzamt *** dienstlich wahrgenommen und der belangten Behörde mit Strafantrag vom 02.12.2015 zur Kenntnis gebracht worden. Dem Beschwerdeführer sei mittels Aufforderung zur Rechtfertigung vom 15.01.2016 Gelegenheit gegeben worden, sich zum Tatvorwurf zu äußern. Das Schriftstück sei dem Beschwerdeführer nach zwei vergeblichen Zustellversuchen am 29.06.2016 persönlich durch die Polizei ausgehändigt worden. Der Beschwerdeführer habe auf eine Rechtfertigung verzichtet und sei das Verfahren ohne seine Anhörung durchgeführt worden.

Weiters wird in der Begründung des Straferkenntnisses folgende Passage aus dem Strafantrag der Finanzpolizei Team *** für das Finanzamt *** wörtlich zitiert:

„Dabei gab Hr. B. an, dass er vom März bis September 2015 bei Hr. A, ***, ***, Fa. *** (***) beschäftigt gewesen war. In der Stundenabrechnung ist als Beginn jedoch bereits der 16. Februar 2015 ersichtlich.

Er wurde für diesen Zeitraum nicht beim zuständigen Krankenversicherungsträger angemeldet. Dies ist auch aus den ho. durchgeführten Abfragen durch die Finanzpolizei ersichtlich.“

Aufgrund der Erhebungen des Anzeigenlegers und den zitierten Aufführungen im Strafantrag sowie mangels einer Rechtfertigung seitens des Beschwerdeführers sei –so die Begründung des angefochtenen Bescheides weiter – die Verwaltungs-übertretung als erwiesen anzusehen.

Hinsichtlich des Verschuldens wird auf § 5 VStG verwiesen und festgehalten, dass dem Beschwerdeführer der Entlastungsbeweis für seine Schuldlosigkeit nicht gelungen sei. Bei der Strafbemessung ging die belangte Behörde von einem monatlichen Einkommen idH von 2.000,-- Euro und davon aus, dass weder mildernde noch erschwerende

Umstände vorlägen.

1.2. Zum verwaltungsbehördlichen Verfahren ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer im Zuge des nach Strafantrag der Finanzpolizei Team *** für das Finanzamt *** vom 02.12.2015 eingeleiteten Verwaltungsstrafverfahrens durch die belangte Behörde mit Schreiben vom 15.01.2016 (am selben Tag abgefertigt) förmlich aufgefordert wurde, sich zu rechtfertigen, wobei die Tatbeschreibung in der Aufforderung zur Rechtfertigung mit der Tatbeschreibung im nunmehr angefochtenen Straferkenntnis ident ist.

1.3. Nachdem dem Beschwerdeführer, der sich ortsabwesend gemeldet hatte, die Aufforderung zur Rechtfertigung nach erfolglosen Zustellversuchen (erst) am 29.10.2016 durch ein Organ der PI *** persönlich übergeben wurde, rechtfertigte er sich mit Schreiben vom 30.10.2016 schriftlich.

In diesem Schreiben gab der Beschwerdeführer an, dass der spruchgegenständliche B (im Folgenden: B) in seinem Unternehmen als Außendienstmitarbeiter tätig gewesen sei, allerdings als selbständiger Außendienstmitarbeiter. Es sei immer Bs Wunsch gewesen, als selbständiger Außendienstmitarbeiter tätig zu sein, da er für diese Tätigkeit immer nur stundenweise Zeit habe aufbringen können. B habe dem Beschwerdeführer und seinen Mitarbeitern mitgeteilt, dass er schon lange einen privaten Konkurs mit seinem Unternehmen anstrebe. Nach persönlichen Angaben von B – so der Beschwerdeführer in seiner Rechtfertigung weiter – habe dieser zum in Frage stehenden Zeitraum finanzielle Leistungen des AMS und von *** bezogen. B habe dem Unternehmen des Beschwerdeführers keine genaue Meldeadresse, an der er sich immer aufhalte, mitteilen können, da dieser immer wieder bei einer anderen Freundin gewohnt und seine eigene Wohnung aus Kostengründen untervermietet habe. Grundsätzlich sei jeder Mitarbeiter des Unternehmens des Beschwerdeführers angemeldet, da es bei der Tätigkeit als Werbeunternehmen im Rotlicht-Milieu immer wieder zur Personenkontrollen durch die Polizei komme. Weiters machte der nunmehrige Beschwerdeführer zwei namentlich genannte Zeugen für die Aussagen und Wünsche von B zu seinem Beschäftigungsverhältnis namhaft.

2. Beschwerdevorbringen:

2.1. Da der Beschwerdeführer (erneut) ortsabwesend gemeldet war, wurde ihm das gegenständliche Straferkenntnis vom 10.01.2017 erst am 01.05.2017 – erneut durch ein Organ der PI *** persönlich ausgehändigt und damit – wirksam zugestellt.

2.2. Am 16.05.2017 – und somit im Hinblick auf die erst am 01.05.2017 wirksam erfolgte Zustellung rechtzeitig – erhob der Beschwerdeführer durch seine anwaltliche Vertreterin Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich. In der Beschwerde wird die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die ersatzlose Behebung des angefochtenen Straferkenntnisses sowie die Einstellung des Verfahrens beantragt.

2.3. Begründend wird in der Beschwerde ausgeführt, B sei nicht wirtschaftlich abhängig vom Beschwerdeführer gewesen, er habe sich seine Arbeitszeiten frei einteilen können und sei nicht weisungsgebunden gewesen, weshalb er nicht als Dienstnehmer gem. § 4 Abs. 2 ASVG zu qualifizieren sei. Sohin habe auch keine Pflicht des Beschwerdeführers bestanden, B beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden. Es sei noch nicht einmal bescheidmäßig festgestellt worden, dass der Beschwerdeführer B überhaupt hätte anmelden müssen.

Selbst wenn es sich bei B um einen Dienstnehmer iSd ASVG gehandelt haben sollte, sei nicht die Niederösterreichische, sondern die *** Gebietskrankenkasse der zuständige Krankenversicherungsträger. Dies habe auch die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse zwischenzeitig erkannt und aufgrund dessen alle (ihre) Vorschreibungen storniert und an die *** Gebietskrankenkasse zur weiteren Bearbeitung übermittelt. Daher sei das angefochtene Straferkenntnis im Hinblick auf die darin enthaltene Tatbeschreibung unrichtig.

Weiters wird in der Beschwerde vorgebracht, dass aufgrund der Tatsache, dass eine etwaige Anmeldung bei der *** und nicht bei der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse hätte erfolgen müssen, die Verwaltungsübertretung im Sprengel des *** und nicht im Sprengel der Bezirkshauptmannschaft Mödling begangen worden sei. Sohin sei die Bezirkshauptmannschaft Mödling für die Erlassung des Straferkenntnisses nicht zuständig gewesen.

3. Zum durchgeführten Ermittlungsverfahren:

3.1. Mit Schreiben vom 17.05.2017 legte die belangte Behörde dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich die gegenständliche Beschwerde sowie den Bezug habenden Verwaltungsakt zur Entscheidung vor.

3.2. Die Finanzpolizei gab mit Schreiben vom 23.06.2017 eine Stellungnahme ab, in der sie zusammengefasst Folgendes ausführte:

Zum Beschwerdevorbringen, wonach B nicht wirtschaftlich vom Beschwerdeführer abhängig gewesen sei, sei auf die Angaben von B bei den Befragungen am 30.10.2015 bzw. am 06.11.2015 zu verweisen. Hier habe B angegeben, vom Beschwerdeführer Anweisungen hinsichtlich interner Vorgangsweisen bei der Rechnungserstellung erhalten zu haben. Weiters sei B ein Motorrad, ein iPhone5, ein iPad, eine Bankomatkarte sowie ein Schlüssel zum Lager zur Geschäftsabwicklung übergeben worden. Es werde auch auf den Abschlussbericht der PI *** vom 14.11.2015 an die Staatsanwaltschaft *** verwiesen, ausweislich dessen der Beschwerdeführer selbst die Übergabe der genannten Gegenstände an B bestätigt habe. Weiter habe der Beschwerdeführer B sogar ein Darlehen in der Höhe von 500,-- Euro gegeben. Außerdem sei B ab 14.09.2015 Bezieher von Arbeitslosengeld gewesen. Aufgrund der übergebenen Gegenstände bzw. des Darlehens und des ermittelten Sachverhaltes, der im Strafantrag dargelegt worden sei, gehe die Finanzpolizei weiterhin von einer wirtschaftlichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit von B aus.

Die Abtretung an die *** Gebietskrankenkasse sei irrelevant. Weiters gelte gemäß § 111 Abs. 5 ASVG die Verwaltungsübertretung in dem Sprengel der Bezirkshauptmannschaft begangen, in dem der Sitz des Unternehmens des Dienstgebers liege. Es sei erhoben worden, dass der Beschwerdeführer Einzelunternehmer gewesen sei mit Betriebssitz in ***. Weiters werde auf die durch den Beschwerdeführer angemeldeten Gewerbe verwiesen.

Es werde darauf hingewiesen, dass es im Verwaltungsstrafverfahren nicht wie seitens des Beschwerdeführers irrig angenommen um den Beschäftigungsort, sondern um den Betriebssitz, der sich in *** befinde, gehe. Somit sei die Bezirkshauptmannschaft Mödling die zur Erlassung des Straferkenntnisses zuständige Behörde gewesen.

3.3. Das Landesverwaltungsgericht führte am 11.04.2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, in der Beweis erhoben wurde durch Einschau in den Verwaltungsakt der belangten Behörde sowie durch Befragung des (ohne seine anwaltliche Vertreterin erschienenen) Beschwerdeführers und zeugenschaftliche Einvernahme von B (als dem spruchgegenständlichen Dienstnehmer), D (der im fraglichen Zeitraum für den Beschwerdeführer ebenso wie der Zeuge B als Außendienstmitarbeiter tätig war, allerdings auf Grundlage eines Dienstvertrages) und Frau E (die im fraglichen Zeitraum als Sekretärin im Unternehmen des Beschwerdeführers tätig war). Weiters wurde Beweis erhoben in vom Beschwerdeführer bei der mündlichen Verhandlung vorgelegte Unterlagen, nämlich zum einen in eine von ihm ausgestellte Bestätigung über ein Vorstellungsgespräch mit B (Beilage A) sowie in „Leistungsbeschreibungen“ für die Monate Juni bis September 2015, aus denen die von B in diesen Monaten für das Unternehmen des Beschwerdeführers erzielten Umsätze, sowie das an ihn in diesen Monaten ausbezahlte Entgelt hervorgeht (Beilagen B bis E).

4. Feststellungen:

4.1. Der Beschwerdeführer betrieb im in Frage stehenden Zeitraum – Februar bis September 2015 – ein Einzelunternehmen mit Sitz in ***, dessen Gegenstand zum einen im Handel mit Erotikartikeln und zum anderen im Betrieb einer Internetseite (***), auf der im Rotlicht-Milieu tätige Personen bzw. Unternehmen kostenpflichtig – vom Unternehmen des Beschwerdeführers mit von den Kunden erhaltenen Daten und Fotos erstellte – Inserate schalten konnten, bestand.

4.2. Der Beschwerdeführer setzte für seine unternehmerische Tätigkeit „Außendienstmitarbeiter“ ein, um die von ihm angebotenen Dienstleistungen – Erstellen von Inseraten sowie deren Online-Stellen auf der Internetseite des Unternehmens bzw. Vermittlung an andere Plattformen – und die von seinem Unternehmen vertriebenen Artikel direkt an den Arbeitsstellen der Kunden zu bewerben und zu verkaufen. Im in Frage stehenden Zeitraum waren neben dem spruchgegenständlichen B noch drei weitere Personen als Außendienstmitarbeiter für den Beschwerdeführer tätig, wobei mit den anderen drei Außendienstmitarbeitern ein schriftlicher Dienstvertrag abgeschlossen wurde und diese auch zur Sozialversicherung angemeldet wurden.

Der spruchgegenständliche B war jedenfalls von 01.03. bis 04.09.2015 als Außendienstmitarbeiter für den Beschwerdeführer tätig, wobei er während dieses gesamten Zeitraumes nicht vom Beschwerdeführer als Dienstnehmer zur Sozialversicherung angemeldet wurde. Auch eine nachträgliche, rückwirkende Anmeldung von B erfolgte nicht.

Die von B für den Beschwerdeführer verrichteten Tätigkeiten bestanden – ebenso wie jene der anderen

Außendienstmitarbeiter – insbesondere im Bewerben und im Verkauf von Erotikartikeln im Namen und auf Rechnung des Unternehmens des Beschwerdeführers, in der Bewerbung der vom Unternehmen des Beschwerdeführers angebotenen Inserate, sowie in der Entgegennahme von für diese Inserate verwendeten Daten und Fotos, die er dann an den Beschwerdeführer selbst oder an dessen Sekretärin weiterleitete.

Die von B und den anderen für den Beschwerdeführer tätigen Außendienstmitarbeitern zu verkaufenden Artikel wurden im Namen und auf Rechnung des Beschwerdeführers von Großhändlern angekauft. Gängige, sehr häufig nachgefragte Artikel wurden vom Beschwerdeführer selbst oder von seiner Sekretärin regelmäßig im Voraus in großen Mengen angekauft, eine gewisse Menge davon wurde dann vom Beschwerdeführer selbst oder von einem seiner Mitarbeiter in das Gepäckfach des – B vom Beschwerdeführer zur Verfügung gestellten – Motorrades eingefüllt. B fuhr in der Folge mit dem so befüllten Motorrad zu den Kunden und verkaufte ua diese Waren an den Arbeitsstellen der Kunden, wobei er den Kaufpreis kassierte und das eingenommene Geld mit einer „Botenkarte“, also einer Bankomatkarte, die nur Einzahlungen erlaubt, auf das Konto des Beschwerdeführers einzahlte. Dabei wurden unterschiedlich gestaltete Lieferscheine verwendet.

Speziellere, nicht täglich in großen Mengen nachgefragte Artikel wurden von B bei entsprechender Nachfrage direkt vor Ort bei den Kunden über ein spezielles (für das Unternehmen des Beschwerdeführers programmiertes und auf dem B vom Beschwerdeführer für seine Tätigkeit zur Verfügung gestellten Tablet installiertes) Programm unter Weiterleitung an das Büro des Unternehmens des Beschwerdeführers beim jeweiligen Händler bestellt, in der Folge von B unter Verwendung eines durch das Programm erstellten Lieferscheines direkt beim Großhändler abgeholt und an die Kunden geliefert. Der von B bei Lieferung der so bestellten und dann abgeholten Waren von den Kunden kassierte – im Katalog des Unternehmens festgelegte – Kaufpreis war von B in der Folge mittels der ihm zur Verfügung gestellten Botenkarte auf das Konto des Beschwerdeführers einzuzahlen.

Fallweise holte sich B mittels des ihm ausgehändigten Schlüssels auch selbst die zu verkaufenden Waren aus einem dem Beschwerdeführer gehörenden Lager.

Für die von B ausgeübte Tätigkeit war selbstsicheres Auftreten, ein gutes Netzwerk in der einschlägigen Branche und ein gewisses kaufmännisches Geschick erforderlich bzw. wünschenswert. Eine spezielle Ausbildung oder Qualifikation war nicht erforderlich.

B wurden vom Beschwerdeführer für seine Tätigkeit ein iPad, ein Mobiltelefon und ein Motorrad zur Verfügung gestellt, wobei sowohl die Kosten für die Versicherung als auch für Reparaturen des Motorrades vom Beschwerdeführer übernommen wurden, während B den Treibstoff bezahlte. Weiters erhielt B eine lediglich Einzahlungen ermöglichende Botenkarte, mit der er das von ihm beim Verkauf der Produkte kassierte Geld auf das Konto des Beschwerdeführers einzahlte, sowie einen Schlüssel zu einem Lager.

Es gab keinen Dienstplan und es wurden dem Beschwerdeführer auch keine festen Arbeitszeiten vorgegeben. Dem Beschwerdeführer wurde, wie den anderen Außendienstmitarbeitern auch, nahegelegt, seine Tätigkeit zu jenen Zeiten auszuüben, zu denen die (potentiellen) Kunden in den Studios oder sonstigen Einrichtungen anzutreffen sind. Die tatsächliche Arbeitszeit variierte ebenso wie das Arbeitsausmaß und konnte im Beweisverfahren nicht zweifelsfrei festgestellt werden.

Der Arbeitsort des Beschwerdeführers wurde nicht ausdrücklich festgelegt und konnte der Beschwerdeführer auch grundsätzlich frei entscheiden, wann und in welcher Reihenfolge er zu welchen Studios bzw. Kunden fuhr. Fallweise wurde B vom Beschwerdeführer selbst oder von einem der anderen Mitarbeiter mitgeteilt, dass er zu einem bestimmten Kunden bzw. einem bestimmten Studio fahren solle, weil dort etwas gebraucht werde.

In monatlich stattfindenden Sitzungen, an denen auch B wiederholt teilgenommen hat, wurde den Außendienstmitarbeitern ua. erklärt, wie Bestellungen abzuwickeln sind und wurde auch besprochen, welche Studios von bestimmten Außendienstmitarbeitern des Unternehmens „betreut“ werden.

Die von B für den Beschwerdeführer ausgeführten Tätigkeiten hat dieser stets ausschließlich selbst verrichtet. Ein Vertretungsrecht wurde nicht vereinbart und gingen sowohl der Beschwerdeführer als auch B davon aus, dass B seine Tätigkeit selbst auszuüben hatte und sich nicht hätte vertreten lassen dürfen.

Eine Unentgeltlichkeit der Tätigkeit von B wurde zwischen diesem und dem Beschwerdeführer nicht vereinbart, vielmehr wurde B einmal monatlich ein Entgelt für seine Tätigkeit ausbezahlt, wobei die Höhe des ausbezahlten

Entgelts davon abhing, wieviel Umsatz er erzielte. In den Monaten Juni 2015 bis September 2015 wurden B zwischen 71,79 (im Juli 2015) und 190,63 Euro (im Juni 2015) ausbezahlt. Die Höhe des in den Monaten März bis Mai 2015 erzielten Entgelts kann nicht festgestellt werden.

Ein ausdrückliches Konkurrenzverbot wurde zwischen dem Beschwerdeführer und B nicht vereinbart, sowohl der Beschwerdeführer selbst als auch B gingen aber davon aus, dass B während er für das Unternehmen des Beschwerdeführers tätig war, nicht für ein anderes in diesem Bereich tätiges Unternehmen hätte arbeiten dürfen.

4.3. Der Beschwerdeführer verfügte im angelasteten Tatzeitraum jedenfalls über vier im GISA eingetragene Gewerbeberechtigungen (betreffend die freien Gewerbe „Ankündigungsunternehmen“, „Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnologie“, Handelsgewerbe mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe“ und „Werbeagentur“), wobei als Standort der Gewerbeberechtigung zT die im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses angeführte Adresse „***, ***“ angeführt ist, teilweise die – auch als Wohnadresse des Beschwerdeführers angegebene – Adresse „***, ***“, als Standort der Gewerbeberechtigung angeführt ist.

4.4. Der Beschwerdeführer verfügt über eine monatliche Pension in der Höhe von ca. 1.500,-- Euro netto, hat kein nennenswertes Vermögen bei Schulden in der Höhe von 150.000,-- Euro und keine Sorgepflichten. Er weist eine rechtskräftige und im Entscheidungszeitpunkt noch nicht getilgte, nicht einschlägige verwaltungsstrafrechtliche Vormerkung wegen Übertretung der StVO (***, rechtskräftig am 14.03.2015) auf.

5. Beweiswürdigung:

5.1. Die getroffenen Feststellungen beruhen auf dem Akteninhalt und insbesondere auf den in der mündlichen Verhandlung gemachten Aussagen des Beschwerdeführers und der einvernommenen Zeugen sowie auf den vom Beschwerdeführer vorgelegten „Leistungsübersichten“.

5.2. Sowohl der Beschwerdeführer als auch die einvernommenen Zeugen schilderten sowohl die von B und den anderen Außendienstmitarbeitern für das Unternehmen des Beschwerdeführers entfaltete Tätigkeit als auch die Ausgestaltung verschiedener Aspekte dieser Tätigkeit – wie insbesondere die Form des Kundenkontaktes, den Vorgang von Bestellung, die Aushändigung und den Verkauf der Waren, das Entgegennehmen von Daten und Fotos für die Inserate, die Form der Bezahlung – detailreich, nachvollziehbar und übereinstimmend in der oben (Pkt. 4.2.) festgestellten Form. Dabei ist festzuhalten, dass sich diesbezüglich aus den weitestgehend übereinstimmenden bzw. zueinander nicht in Widerspruch stehenden Aussagen sowohl des Beschwerdeführers selbst und jenen der – mit dem Beschwerdeführer augenscheinlich in einem sehr positiven Verhältnis stehenden – Zeugen E und D, aber auch aus jenen von B – der zum Beschwerdeführer augenscheinlich ein konfliktbelastetes Verhältnis hat – ein eindeutiges Bild davon ergab, wie die Tätigkeit von B und den übrigen Außendienstmitarbeitern organisiert war.

5.3. Was den festgestellten Tätigkeitszeitraum betrifft, so hat B bei der mündlichen Verhandlung als Zeuge glaubwürdig ausgesagt, dass die im Akt befindliche „Stundenabrechnung – Aufstellung Benzinverbrauch“, in der als erster Arbeitstag der 16.02. (Jahreszahl ist keine angeführt) vermerkt ist, von ihm nicht etwa zu Abrechnungszwecken erstellt und dem Beschwerdeführer vorgelegt wurde, sondern dass er diese im Nachhinein auf Aufforderung durch und für die Finanzpolizei erstellt hat. Ob B tatsächlich die in der nachträglich erstellten „Stundenabrechnung“ angeführte Zahl an Stunden gearbeitet hat, kann daher gerade im Hinblick auf die nachträgliche Erstellung der Liste und die diesbezüglich sehr vagen und ausweichenden Aussagen des Zeugen ebenso wenig festgestellt werden, wie das genaue Datum des Arbeitsantrittes. Aufgrund der Aussagen sowohl des Beschwerdeführers selbst als auch von B insbesondere bei der mündlichen Verfahren aber auch schon davor im Zuge von Einvernahmen durch die Finanzpolizei bzw. im Zuge von Vernehmungen durch die LPD, wo der Arbeitsbeginn jeweils entweder mit Mitte Februar oder Anfang März 2015 angegeben wurde, steht für das Verwaltungsgericht fest, dass B jedenfalls ab 01.03.2015 für den Beschwerdeführer tätig war. Dass B wie im angefochtenen Straferkenntnis bis 04.09.2015 für den Beschwerdeführer tätig war, wurde seitens des Beschwerdeführers zu keinem Zeitpunkt bestritten und steht für das Verwaltungsgericht insbesondere auch deshalb fest, weil der Beschwerdeführer selbst bei der mündlichen Verhandlung „Leistungsübersichten“ vorgelegt hat, aus denen ersichtlich ist, dass B auch im September 2015 noch Geld ausbezahlt bekommen hat.

5.4. Die Feststellungen zum Unternehmensstandort und den Gewerbeberechtigungen des Beschwerdeführers (Pkt. 4.1. und 4.3.) konnten aufgrund der Aussagen des Beschwerdeführers und der von ihm vorgelegten „Bestätigung über ein Vorstellungsgespräch“ (Beilage A zur Verhandlungsschrift), in deren Briefkopf als Adresse der festgestellte

Unternehmensstandort angeführt ist, sowie aufgrund der im Akt befindlichen GISA-Auszüge, wo diese Adresse auch als Standort von drei vom Beschwerdeführer angemeldeten Gewerben angeführt ist, getroffen werden.

5.5. Das Vorliegen der verwaltungsstrafrechtlichen Vormerkung ergibt sich aus dem Auszug aus dem Register über die verwaltungsstrafrechtlichen Vormerkungen der Bezirkshauptmannschaft Mödling, die Feststellungen zu den persönlichen und finanziellen Verhältnissen des Beschwerdeführers aus dessen glaubwürdigen Angaben bei der mündlichen Verhandlung.

6. Rechtslage:

Die hier maßgeblichen Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) in der bezogen auf den Tatzeitpunkt maßgeblich Fassung lauten (auszugsweise) wie folgt:

„ABSCHNITT II

Umfang der Versicherung

1. Unterabschnitt

Pflichtversicherung

Vollversicherung

§ 4 (1) In der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sind auf Grund 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:

1. die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer;

[...]

(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. [...]

[...]

Ausnahmen von der Vollversicherung

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

1. [...]

2. Dienstnehmer und ihnen gemäß § 4 Abs. 4 gleichgestellte Personen, ferner Heimarbeiter und ihnen gleichgestellte Personen sowie die im § 4 Abs. 1 Z 6 genannten Personen, wenn das ihnen aus einem oder mehreren Beschäftigungsverhältnissen im Kalendermonat gebührende Entgelt den Betrag gemäß Abs. 2 nicht übersteigt (geringfügig beschäftigte Personen);

3. [...]

[...]

(2) Ein Beschäftigungsverhältnis gilt als geringfügig, wenn es

1. für eine kürzere Zeit als einen Kalendermonat vereinbart ist und für einen Arbeitstag im Durchschnitt ein Entgelt von höchstens 31,17 €, insgesamt jedoch von höchstens 405,98 € gebührt oder

2. für mindestens einen Kalendermonat oder auf unbestimmte Zeit vereinbart ist und im Kalendermonat kein höheres Entgelt als 405,98 € gebührt. [...]

[...]

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

[...]

[...]

in der Unfallversicherung hinsichtlich der nachstehend bezeichneten Tätigkeiten (Beschäftigungsverhältnisse);
die im § 5 Abs. 1 Z 2 von der Vollversicherung ausgenommenen Beschäftigten;

[...]

[...]

Beginn der Pflichtversicherung

§ 10 (1) Die Pflichtversicherung der Dienstnehmer, der Personen hinsichtlich einer geringfügigen Beschäftigung nach § 5 Abs. 2, [...] beginnt unabhängig von der Erstattung einer Anmeldung mit dem Tag des Beginnes der Beschäftigung bzw. des Lehr- oder Ausbildungsverhältnisses. [...]

[...]

ABSCHNITT IV

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 kann die Anmeldeverpflichtung so erfüllen, dass er in zwei Schritten meldet, und zwar vor Arbeitsantritt die Dienstgeberkontonummer, die Namen und Versicherungsnummern bzw. die Geburtsdaten der beschäftigten Personen sowie Ort und Tag der Beschäftigungsaufnahme (Mindestangaben-Anmeldung) und die noch fehlenden Angaben innerhalb von sieben Tagen ab Beginn der Pflichtversicherung (vollständige Anmeldung).

[...]

(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.

[...]

ABSCHNITT VIII

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. Meldungen oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet oder
2. [...]

(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.

[...]

§ 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 (z.B. 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.

(4) Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen sind für die Feststellung eines Sachverhaltes nach diesem Bundesgesetz ohne Bedeutung. Wird durch ein Scheingeschäft anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so ist das verdeckte Rechtsgeschäft für die Beurteilung maßgebend.“

7. Erwägungen:

7.1. Zur Verwirklichung des objektiven und subjektiven Tatbestandes:

7.1.1. Unstrittig ist im vorliegenden Fall, dass B für den Beschwerdeführer Dienstleistungen als Außendienstmitarbeiter für sein Unternehmen „****“ erbracht hat und dass B vom Beschwerdeführer im angelasteten Tatzeitraum nicht als Dienstnehmer zur Sozialversicherung angemeldet war.

Bestritten wird seitens des Beschwerdeführers aber, dass B diese Dienstleistungen als Dienstnehmer iSd ASVG erbracht habe, womit im vorliegenden Verfahren insbesondere die Frage zu klären war, ob ein versicherungspflichtiges Dienstverhältnis iSd ASVG vorgelegen hat.

7.1.2. Ein versicherungspflichtiges Dienstverhältnis liegt vor, wenn jemand in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird, wobei auch Beschäftigungsverhältnisse erfasst sind, bei denen die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

7.1.3. Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG (und damit für ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) ist die persönliche Arbeitspflicht. Besteht keine persönliche Arbeitspflicht liegt jedenfalls kein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG vor (vgl. zB VwGH 24.04.2014, Zl. 2013/08/0258).

Von einem Fehlen einer persönlichen Arbeitspflicht wäre dann auszugehen, wenn dem zur Leistung Verpflichteten entweder ein „generelles Vertretungsrecht“ zukommt oder ihm aber ein sogenanntes „sanktionsloses Ablehnungsrecht“ zukommt.

7.1.4. Von einem generellen Vertretungsrecht ist dann auszugehen, wenn der zur Leistung Verpflichtete jederzeit nach Gutdünken beliebige Teile seiner Verpflichtung auf Dritte überbinden kann (vgl. VwGH 17.11.2004, Zl. 2001/08/0131), wie dies insbesondere bei einem selbständig Erwerbstätigen der Fall ist, der – anders als ein letztlich nur über seine eigene Arbeitskraft disponierender (abhängig) Beschäftigter – im Rahmen seiner unternehmerischen Organisation (oft werkvertragliche) Leistungen zu erbringen hat und dabei Hilfspersonal zum Einsatz bringt oder sich eines Vertreters (Subunternehmers) bedient.

Ist der Erwerbstätige berechtigt, jederzeit und nach Gutdünken irgendeinen geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihm übernommenen Arbeitspflicht heranzuziehen bzw. ohne weitere Verständigung des Vertragspartners eine Hilfskraft beizuziehen, ist von einer die persönliche Arbeitspflicht ausschließenden generellen Vertretungsbefugnis auszugehen. Demgegenüber ist in der bloßen Befugnis eines Erwerbstätigen, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen, z.B. im Fall einer Krankheit oder eines Urlaubs oder bei bestimmten Arbeiten innerhalb der umfassenderen Arbeitspflicht vertreten zu lassen ebenso wenig wie in einer bloß wechselseitigen Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigter Personen eine generelle Vertretungsbefugnis zu sehen (vgl. etwa VwGH 16.11.2011, Zl. 2008/08/0152, mwN)

Bloße Vertretungsregelungen und Mitspracherechte im Rahmen einer flexiblen Diensterteilung bzw. Dienstplanerstellung, die dem Erwerbstätigen eingeräumte Möglichkeit, im Fall seiner Verhinderung eine Ersatzarbeitskraft stellig zu machen haben nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes mit dem für das Fehlen der persönlichen Arbeitspflicht herausgearbeiteten Kriterien eines „generellen Vertretungsrechts“ nichts zu tun und schließen das Vorliegen einer persönlichen Abhängigkeit nicht aus. Ob von derartigen Vertretungsbefugnissen tatsächlich Gebrauch gemacht wurde, könnte sich allenfalls darauf auswirken, ob von einem kontinuierlichen oder mehreren, zB tageweise Beschäftigungsverhältnissen auszugehen ist (vgl. VwGH 14.02. 2013, Zl. 2012/08/0268, 25.06.2013, Zl. 2013/08/0093)

Selbst dann, wenn ein die vom Verwaltungsgerichtshof entwickelten Kriterien erfüllendes „generelles Vertretungsrecht“ vereinbart wurde, kann eine solche Vereinbarung – aufgrund des Erfordernisses, Sachverhalten in wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu beurteilen (§ 539a ASVG) – die persönliche Arbeitspflicht nur dann ausschließen, wenn das vereinbarte Vertretungsrecht entweder auch tatsächlich geübt worden wäre oder wenn die Parteien bei Vertragsabschluss nach den Umständen des Einzelfalles zumindest ernsthaft damit hätten rechnen können, dass von der generellen Vertretungsbefugnis auch tatsächlich Gebrauch gemacht werden würde und die Einräumung dieser Vertretungsbefugnis nicht mit anderen vertraglichen Vereinbarungen im Widerspruch stünde (vgl. VwGH 24.04.2014, Zl. 2013/08/0258; 17.10.2012, Zl. 2010/08/0256, mwN).

Im vorliegenden Fall wurde zwischen dem Beschwerdeführer und B keinerlei Vereinbarung über ein Vertretungsrecht getroffen. Auch hat sich B nie von jemand anderen vertreten lassen und ist er auch nicht davon ausgegangen, dass er sich ohne Weiteres und ohne den Beschwerdeführer darüber informieren zu müssen, durch jemand anderen hätte vertreten lassen können.

Ein generelles, die persönliche Arbeitspflicht ausschließendes Vertretungsverhältnis lag somit nicht vor.

Auch wurde zwischen dem Beschwerdeführer und B weder ein „sanktionsloses Ablehnungsrecht“ ausdrücklich vereinbart, noch tatsächlich geübt. Zwar hatte B die Möglichkeit, zu entscheiden, an welchen Tagen er welche Studios aufsuchte. Wenn er aber eine zu erledigende Arbeit einmal übernommen hatte – wie etwa wenn ihm mitgeteilt wurde, dass er ein bestimmtes Studio aufsuchen solle, weil dort etwas gebraucht wurde – so führte er diese stets selbst durch und haben sich keinerlei Hinweise darauf ergeben, dass er davon ausgegangen wäre, dass er eine solche, einmal übernommene Aufgabe ohne Weiteres ablehnen iSv nicht ausführen hätte können. Im Übrigen standen dem Beschwerdeführer mit insgesamt vier beschäftigten Außendienstmitarbeiter auch keine solche Zahl an Beschäftigten zur Verfügung, aufgrund derer angenommen werden könnte, dass dieser über einen ausreichenden „Pool“ an Mitarbeitern verfügt hätte, die im Fall einer Absage durch B sofort die von B übernommenen Aufgaben hätten übernehmen können.

7.1.5. Das Vorliegen eines zwischen dem Beschwerdeführer und B bestehenden Werkvertragsverhältnisses ist im vorliegenden Fall schon deshalb auszuschließen, weil sich die Vereinbarung zwischen B und dem Beschwerdeführer nicht auf die entgeltliche Herstellung eines Werkes als in sich geschlossene Einheit einer individualisierten, konkretisierten und gewährleistungstauglichen Leistung bezog. Vielmehr handelte es sich bei den vom Beschwerdeführer ausgeübten Tätigkeiten (Bewerben und Verkauf von Erotikartikeln, Akquirierung und Entgegennahme Aufträgen für von Kontakt- und Werbeanzeigen) um laufend zu erbringende, zwar ein bestimmtes Auftreten und ein gewisses kaufmännisches Geschick erfordernde, aber insgesamt niedrig qualifizierte (Dienst-)Leistungen eines Erwerbstätigen, der über keine unternehmerische Organisation verfügte und letztlich nur über seine eigene Arbeitskraft disponiert.

7.1.6. Neben dem Vorliegen persönlicher Arbeitspflicht setzt ein versicherungspflichtiges Dienstverhältnis voraus, dass bei Erfüllung der übernommenen Arbeitspflicht die Merkmale persönlicher Abhängigkeit vom Empfänger der Arbeit gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit eine persönliche Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist.

Unterscheidungskräftige Kriterien zur Abgrenzung der persönlichen Abhängigkeit von der persönlichen Unabhängigkeit sind nur die Bindungen des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse.

Liegen diese vier unterscheidungsfähigen Kriterien kumulativ vor, schließt das Nichtvorliegen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände wie z.B. die längere Dauer eines Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Empfängers der Arbeit die persönliche Abhängigkeit nicht aus.

Liegt – wie im gegenständlichen Fall – kein ausdrücklich geschlossener Vertrag, dem eine Richtigkeitsvermutung zukäme, vor, hat die Qualifikation der konkret zu beurteilenden Beschäftigung gesamtbildhaft nach der Methode eines „beweglichen Systems“ zu erfolgen.

Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, ob der Beschäftigte in einer Weise in die betriebliche Organisation des Beschäftigers eingebunden ist, dass ausdrückliche persönliche Weisungen und Kontrollen durch „stille Autorität“ substituiert werden (vgl. VwGH 15.05.2013, Zl. 2013/08/0051, 25.06.2013, Zl. 2013/08/0093, jeweils mwN). Weiters ist die Qualifikation des Dienstnehmers bzw. die für die von ihm ausgeübte Tätigkeit erforderliche Qualifikation zu berücksichtigen, weil bei höherer Qualifikation in der Regel auch die fachliche bzw. sachliche Entscheidungsbefugnis größer ist. Auch die Dauer des Beschäftigungsverhältnisses und die Frage, ob die in Frage stehenden Dienstleistungen im Wesentlichen ausschließlich an den Beschäftigten erbracht wurden, sind ebenso wie die Art der Entlohnung, das Vorliegen eines Konkurrenzverbotes und die Frage, von wem welche zur Verrichtung der in Frage stehenden Tätigkeit erforderlichen Betriebsmittel gestellt werden (und ob dieses gegebenenfalls vom Beschäftigten vorwiegend zu diesem Zweck angeschafft und verwendet werden), Kriterien, die im Zuge der Gesamtabwägung zu berücksichtigen sind.

Im vorliegenden Fall steht fest, dass B seine Tätigkeit in einem vom Beschwerdeführer für seine unternehmerischen Zwecke organisierten, in den wesentlichen Grundzügen genau umrissenen Rahmen entfaltet hat. So waren sowohl der Bestell- und Abholvorgang der auszuliefernden Waren (teilweise bis ins Detail, wenn etwa vorgegeben war, wie über das eigens programmierte Programm Waren zu bestellen waren, für welche Studios welche Lieferscheine zu verwenden sind oder wenn vorgegeben war, wie im Fall von Materialengpässen vorzugehen war) als auch der Vorgang der Abrechnung genau vom Beschwerdeführer vorgegeben. Auch wenn B seine Tätigkeiten – wie für einen Außendienstmitarbeiter üblich – außerhalb des Betriebsstandortes erbracht hat, lag eine für eine Einbindung in die betriebliche Organisation des Dienstgebers und die Substitution von persönlichen Weisungen und Kontrollen durch „stille Autorität“ charakteristische Eingliederung der Arbeitskraft in eine vom Dienstgeber bestimmte Ablauforganisation vor.

Daran ändern die B eingeräumten Entscheidungsspielräume in Bezug auf Arbeitszeit, Arbeitsort und Reihenfolge der – keine spezielle Qualifikation oder Ausbildung erfordernden – Arbeiten nichts, weil diese Freiräume nur innerhalb des vom Beschwerdeführer als Dienstgeber vorgegebenen Rahmens betrieblicher Erfordernisse bestanden haben, was etwa erkennbar ist, dass B zumindest bisweilen aufgefordert wurde, ganz bestimmte Kunden, die etwas brauchten, aufzusuchen oder dass ihm nahegelegt wurde, zu den Zeiten tätig zu werden, zu denen die Kunden an ihren Arbeitsstellen angetroffen werden können. Dass B eine Leistungsentlohnung erhielt, steht einer Qualifikation seiner Tätigkeit als abhängige unselbständige Beschäftigung iSd § 4 Abs. 2 ASVG nicht entgegen (vgl. VwGH 24.04.2014, Zl. 2013/08/0258).

B wurden vom Beschwerdeführer sämtliche zur Verrichtung der in Frage stehenden Tätigkeiten erforderlichen Betriebsmittel zur Verfügung gestellt: So erhielt B vom Beschwerdeführer ein Motorrad, ein iPad und ein iPhone. Auch die von B verkauften Waren wurden durch den Beschwerdeführer bezogen. Die Bestellungen der in der Folge von B verkauften Waren von „externen“ Händlern erfolgten stets im Namen und auf Rechnung des Unternehmens des Beschwerdeführers, auch wenn der Bestellvorgang durch die Außendienstmitarbeiter über eine eigene Anwendung auf dem vom Beschwerdeführer zur Verfügung gestellten iPad ausgelöst wurde. Auch der Verkauf erfolgte im Namen und auf Rechnung des Beschwerdeführers.

Auch hat B die in Frage stehenden Tätigkeiten nicht nur über einen ganz kurzen, sondern mit rund einem halben Jahr relativ langen Zeitraum und ausschließlich für den Beschwerdeführer erbracht, wobei zwar nicht ausdrücklich ein Konkurrenzverbot vereinbart war, aber sowohl der Beschwerdeführer als auch B eindeutig davon ausgingen, dass B nicht bei einem Konkurrenzunternehmen hätte tätig sein dürfen.

Im Ergebnis ist bei der hier vorzunehmenden Gesamtabwägung der zu berücksichtigenden Kriterien von einem Überwiegen der Merkmale der persönlichen Abhängigkeit über jene der persönlichen Unabhängigkeit auszugehen.

7.1.7. Das Vorliegen eines versicherungspflichtigen Dienstverhältnisses setzt weiter eine Beschäftigung gegen Entgelt voraus. Dass B unentgeltlich für den Beschwerdeführer tätig geworden wäre, wurde nicht vorgebracht und hat das

Beweisverfahren ergeben, dass B ein leistungsbezogenes Entgelt für seine Tätigkeit vom Beschwerdeführer erhalten hat. Es ist daher jedenfalls von einer Beschäftigung gegen Entgelt auszugehen.

Da im Beweisverfahren die Höhe des B vom Beschwerdeführer zugesagten oder ihm gebührenden Entgelts nicht ermittelt werden konnte, ist allerdings im Zweifel zu Gunsten des Beschwerdeführers davon auszugehen, dass es sich bei B um einen geringfügig beschäftigten Dienstnehmer handelte, dessen zugesagtes bzw. gebührendes monatliches Entgelt (in Bezug auf den als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen anzusehenden Dienstvertrag) die zum angelasteten Tatzeitpunkt normierte Geringfügigkeitsgrenze nicht überstieg.

7.1.8. Die – für das Vorliegen eines versicherungspflichtigen Dienstverhältnisses neben der persönlichen Abhängigkeit und der Entgeltlichkeit der Beschäftigung ebenfalls erforderliche – wirtschaftliche Abhängigkeit eines Beschäftigten, findet nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ihren Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel und ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit (vgl. zB VwGH 21.02.2001, Zl. 96/08/0028).

Im vorliegenden Fall konnte B über die wesentlichen Betriebsmittel nicht im eigenen Namen verfügen: Vielmehr vertrieb er sämtliche Waren im Namen und auf Rechnung des Beschwerdeführers und konnte auch über die ihm zur Verfügung gestellten zur Erbringung seiner Dienstleistungen erforderlichen Gegenstände keineswegs im eigenen Namen verfügen, wie schon die Tatsache, dass der Beschwerdeführer B wegen Veruntreuung angezeigt hat, nachdem dieser die ihm ausgehändigten Gegenstände nach Beendigung seiner Tätigkeit nicht umgehend retourniert hatte, belegt. Überdies wurde das Vorliegen eines entgeltlichen Arbeitsverhältnisses festgestellt, wobei eine wirtschaftliche Abhängigkeit zwangsläufige Folge der persönlichen Abhängigkeit ist.

7.1.9. Zusammengefasst ist unter Berücksichtigung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes des Sachverhaltes sowie unter gleichzeitiger Berücksichtigung der oben wiedergegebenen höchstgerichtlichen Judikatur davon auszugehen, dass B gegenüber dem Beschwerdeführer in einem Dienstnehmerverhältnis iSd

§ 4 Abs. 2 ASVG stand, da er persönlich und wirtschaftlich abhängig war, wobei mangels Nachweisbarkeit eines die Geringfügigkeitsgrenze überschreitenden Entgelts bzw. Entgeltanspruchs im Zweifel davon auszugehen war, dass es sich bei B um einen geringfügig beschäftigten Dienstnehmer handelte.

Daher wäre der Beschwerdeführer als Dienstgeber verpflichtet gewesen, B als geringfügig beschäftigten Dienstnehmer vor dem Arbeitsantritt zur Teilversicherung in der Sozialversicherung (Unfallversicherung) anzumelden, womit der objektive Tatbestand der ihm angelasteten Verwaltungsübertretung als erfüllt anzusehen ist.

7.1.10. Hinsichtlich der subjektiven Tatseite ist darauf hinzuweisen, dass Übertretungen des§ 33 ASVG Ungehorsamsdelikte im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG sind, weil zum Tatbestand dieser Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört. Es besteht gemäß § 5 Abs. 1, zweiter Satz, VStG von vorneherein die Vermutung eines Verschuldens (in Form fahrlässigen Verhaltens) des Täters, welche aber von ihm widerlegt werden kann. Es ist daher Sache des Dienstgebers, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Begehung der Verwaltungsübertretung kein Verschulden trifft und initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht.

Im vorliegenden Fall wurden seitens des Beschwerdeführers keine Umstände vorgebracht, die geeignet wären, mangelndes Verschulden darzutun, womit auch die subjektive Tatseite erfüllt ist. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass der vom Beschwerdeführer vorgebrachte Umstand, es sei Bs Wunsch gewesen, nicht zur Sozialversicherung angemeldet zu werden, auch bei dessen Zutreffen ebensowenig an dessen Dienstnehmereigenschaft iSd ASVG änderte, wie dadurch das Nicht-Vorliegen von Verschulden dargetan wird.

7.2. Tatbeschreibung, Zuständigkeit der erstinstanzlichen Behörde

7.2.1. Die vorgenommene Modifikation der Tatbeschreibung hatte zu erfolgen, da zum einen der vorgeworfenen Tatzeitraum insofern einzuschränken war, als nicht mit der für ein Strafverfahren erforderlichen Sicherheit festgestellt werden konnte, dass bzw. an welchem Tag im Februar 2015 B vom Beschwerdeführer beschäftigt wurde und auch kein die Geringfügigkeitsgrenze überschreitendes Beschäftigungsausmaß festgestellt werden konnte. Daher war der Tatvorwurf insofern einzuschränken.

7.2.2. Die Umformulierung der Tatbeschreibung war erforderlich, da das Ermittlungsverfahren ergeben hat, dass der Sitz des in Frage stehenden Unternehmens nicht wie im erstinstanzlichen Bescheid angenommen an der Adresse des

vom Beschwerdeführer angemeldeten Gewerbes „Ankündigungsunternehmen“, sondern an der im modifizierten Spruch genannte Adresse in *** (die auch als Standort der anderen drei angemeldeten Gewerbe des Beschwerdeführers angeführt sind und die der Beschwerdeführer auch selbst als Unternehmensstandort angegeben hat) war. Diese Änderung war auch zulässig, da sie zum einen keine Auswirkungen auf die Zuständigkeit der erstinstanzlichen Behörde hat, da auch unter Zugrundelegung des nunmehr in der Tatbeschreibung genannten, gem. § 111 Abs. 5 ASVG den Tatort bildenden Unternehmenssitzes in *** die Bezirkshauptmannschaft Mödling in erster Instanz sachlich und örtlich zuständig gewesen wäre. Zum anderen wurde dem Beschwerdeführer die angelastete Tat in der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 15.01.2016 innerhalb der Frist für den Eintritt von Verfolgungsverjährung in einer Weise vorgehalten, die ihn im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zum einen davor schützte, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden und die ihn auch in die Lage versetzte, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten und eben diesen Tatvorwurf zu entkräften. Dementsprechend äußerte der Beschwerdeführer in dieser Hinsicht im Verfahren weder vor der Verwaltungsstraßbehörde noch vor dem Verwaltungsgericht Zweifel daran, dass er genaue Kenntnis davon habe, weswegen er welcher Verwaltungsübertretung, nämlich B als Außendienstmitarbeiter in seinem Unternehmen „***“ und damit als Dienstnehmer iSd ASVG beschäftigt zu haben, ohne ihn vor Arbeitsantritt zur Sozialversicherung angemeldet zu haben, beschuldigt wird. Vielmehr rechtfertigte sich der Beschwerdeführer sowohl im Zuge der Erhebung einer begründeten, auf den konkreten Tatvorwurf bezogenen Beschwerde und durch seine Ausführungen in der mündlichen Verhandlung konkret zu der ihm angelasteten Tat und bot entsprechende Beweise an. Da aus der Tatanlastung auch klar hervorgeht, dass dem Beschwerdeführer die Beschäftigung von B als Außendienstmitarbeiter in dem genannten Zeitraum ohne vor Arbeitsantritt erfolgter Anmeldung zur Sozialversicherung vorgeworfen wird, war der Beschwerdeführer auch nicht der Gefahr einer weiteren Bestrafung wegen dieser angelasteten Verwaltungsübertretung ausgesetzt.

Da die Frage, ob die Identifizierung der Tat nach Ort und Zeit den Anforderungen des § 44a Z 1 VStG entspricht, nach der Judikatur der Verwaltungsgerichtshofes anhand der angesprochenen Gesichtspunkte – Schutz vor Doppelbestrafung und Möglichkeit, den Tatvorwurf zu entkräften – zu beurteilen ist (vgl. VwGH 17.09.2009, Zl. 2008/07/0067, unter Verweis auf VwGH 03.10.1985, Zl. 85/02/0052 und 01.07.2005, Zl. 2001/03/0052) und diesen Rechtsschutzüberlegungen im vorliegenden Fall – obwohl nach § 11 Abs. 5 ASVG richtigerweise der Unternehmenssitz und nicht der Standort (einer der vier) Gewerbeberechtigungen des Beschwerdeführers als Tatort anzusehen ist – durch unverwechselbare Konkretisierung der Tat bereits in der Aufforderung zur Rechtfertigung Rechnung getragen wurde, ist die vorgenommene Modifikation des Spruches zulässig.

7.2.3. Im Hinblick auf das Beschwerdevorbringen, die Tatbeschreibung sei insofern unrichtig, als nicht die Niederösterreichische, sondern die *** Gebietskrankenkasse der zuständige Sozialversicherungsträger sei, ist unter Verweis auf die voranstehenden Gründe festzuhalten, dass die Tat durch den Vorwurf, ein Dienstgeber habe vor Arbeitsantritt keine Anmeldung eines Dienstgebers zur Sozialversicherung vorgenommen, auch dann iSd angesprochenen Rechtsschutzbedürfnisses hinreichend konkretisiert ist, wenn die für den Dienstnehmer im Einzelfall örtlich zuständige Gebietskrankenkasse nicht bzw. unrichtig benannt wird.

7.2.4. Da Tatort für Verwaltungsübertretungen wie die dem Beschwerdeführer angelastete gem § 111 Abs. 5 ASVG der Sitz des Unternehmens, von dem aus die Anmeldung (rechtzeitig) hätte vorgenommen werden müssen, ist, kommt es entgegen dem Beschwerdevorbringen nicht darauf an, ob B bei der *** oder der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse pflichtversichert war. Im Hinblick darauf, dass sowohl *** als auch *** im Bezirk Mödling liegen, wurde das Straferkenntnis jedenfalls von der örtlich und sachlich zuständigen Behörde erlassen.

7.2.5. Zum Beschwerdevorbringen, wonach seitens der *** Gebietskrankenkasse noch nicht festgestellt worden sei, ob eine Versicherungspflicht bestand, ist anzumerken, dass eine Entscheidung des zuständigen Sozialversicherungsträgers (bzw. eine in der Folge allf

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at