

# TE Lvwg Erkenntnis 2018/7/3 LVwG-S-1093/001-2017

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 03.07.2018

## Entscheidungsdatum

03.07.2018

## Norm

ASVG §4 Abs2

ASVG §33 Abs1

ASVG §539a

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich erkennt durch Dr. Köchle als Einzelrichterin über die Beschwerde von A, \*\*\*, in \*\*\*, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Baden vom 20. April 2017, Zl. \*\*\*, betreffend Bestrafungen nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsrecht (ASVG), nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht:

1. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben, als die von der Behörde festgesetzten Geldstrafen in der Höhe von jeweils 730,- Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: jeweils 112 Stunden) auf den Betrag von jeweils 365,- Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: jeweils 56 Stunden) herabgesetzt werden.

Im Übrigen wird das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Baden vom 20.04.2017, \*\*\*, mit der Maßgabe bestätigt, dass es in den Spruchpunkten 1. und 2. nach „beschäftigt hat“ anstelle des jeweiligen weiteren Satzteiles zu lauten hat „„ohne diesen Dienstnehmer vor Arbeitsantritt als in der Unfallversicherung nach § 7 Z 3 lit. a ASVG pflichtversicherte Person beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden.“

Weiters hat die verletzte Rechtsvorschrift zu lauten: § 111 Abs. 1 Z. 1 iVm § 33 Abs. 1 iVm Abs. 2 und Abs. 1a Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG).

2. Die Kosten des verwaltungsbehördlichen Verfahrens werden mit 73,- Euro neu festgesetzt. Ein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens 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: 2x365,-- Euro, also insgesamt 730,-- Euro/Kosten verwaltungsstrafbehördliches Verfahren: 73,-- Euro/kein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren) beträgt daher 803,-- Euro und ist gemäß § 52 Abs. 6 VwG VG iVm § 54b Abs. 1 VStG unter Berücksichtigung des beiliegenden Zahlungshinweises binnen zwei Wochen einzuzahlen.

## Entscheidungsgründe:

### 1. Gegenstand des Verfahrens und Verfahrensgang:

1.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Baden vom 20.04.2017, \*\*\*, wurden über den Beschwerdeführer jeweils wegen Übertretung des § 111 Abs. 1 Z 1 iVm § 33 Abs. 1 und Abs. 1a ASVG zwei Geldstrafen von jeweils 730,-- Euro verhängt und jeweils eine Ersatzfreiheitsstrafe von 112 Stunden angedroht. Darüber hinaus wurde dem Beschwerdeführer ein Beitrag zu den Kosten des verwaltungsstrafbehördlichen Verfahrens in der Höhe von 146,-- Euro vorgeschrieben, woraus sich ein zu zahlender Gesamtbetrag von 1.606,-- Euro ergibt.

Im Spruch des Straferkenntnisses wurde es als erwiesen angesehen, dass es der Beschwerdeführer als gemäß§ 9 VStG nach außen vertretungsbefugtes Organ (als handelsrechtlicher Geschäftsführer) der B GmbH mit Sitz in

\*\*\*, \*\*\*, zu verantworten habe, dass das genannte Unternehmen als Dienstgeberin erstens (Spruchpunkt 1) Herrn C, geb. \*\*\* und zweitens (Spruchpunkt 2) Herrn D, geb. \*\*\*, jeweils am 19.01.2017 und am 23.01.2017 (jeweils 7 Stunden lang für insgesamt jeweils 200,- Euro) beschäftigt habe, ohne diese Dienstnehmer als in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger, NÖ Gebietskrankenkasse, \*\*\*, \*\*\*, anzumelden.

Es sei auch keine schrittweise Meldung gemäß § 33 Abs. 1 ASVG (Meldung von Dienstgeberkontonummer, Name und Versicherungsnummer bzw. Geburtsdatum sowie Ort und Tag der Beschäftigungsaufnahme vor Arbeitsantritt und Meldung der noch fehlenden Daten innerhalb von 7 Tagen ab Beginn der Pflichtversicherung) erfolgt.

Der Beschwerdeführer habe daher entgegen § 33 Abs. 1 und 1a ASVG die Anmeldung zur Pflichtversicherung nicht vor dem Arbeitsantritt erstattet.

1.2. In der Begründung des Straferkenntnisses wird zunächst die vom Beschwerdeführer im Zuge des verwaltungsstrafbehördlichen Verfahrens abgegebene Rechtfertigung wörtlich wiedergegeben.

In dieser Rechtfertigung wird zusammengefasst ausgeführt, dass Herr D und Herr C vom Unternehmen des Beschwerdeführers beauftragt worden seien, einen Messestand auf- und wieder abzubauen. Für „genau diese Fälle“ habe die Gesellschaft vor ca. 6 Jahren einen (gemeint wohl: Muster-)Werkvertrag mit einem Steuerberater entwickelt. Die durch diesen Werkvertrag Beauftragten seien verpflichtet, ein genau abgegrenztes Werk zu errichten, nämlich den Aufbau des Mesestandes, es gebe keine Vorgabe für die Arbeitszeiten und es müsse eigenes Werkzeug verwendet werden, wobei beim gegenständlichen Mesestand wegen des Stecksystems kaum Werkzeug gebraucht werde. Der Beschwerdeführer sei erschüttert, dass es seit der Erarbeitung dieses Musterwerkvertrages mit dem Steuerberater offenbar zu einer Änderung gekommen sei und nur noch Personen mit Gewerbeberechtigung einen Werkvertrag erhalten dürften. Im Unternehmen seien nur 5 Mitarbeiter beschäftigt, es gebe nur „geringe Möglichkeiten die legal compliance laufend zu überprüfen“. Künftig werde die Gesellschaft für diese kurzen Aufträge die Personen für 12h anstellen und keine Werkverträge mehr einsetzen. Auf Anraten der Finanzpolizei sei dies für den vorliegenden Fall bereits nachträglich erfolgt.

1.3. Neben der wörtlichen Wiedergabe der Rechtfertigung des Beschwerdeführers enthält die Begründung des in Beschwerde gezogenen Straferkenntnisses die im verwaltungsstrafbehördlichen Verfahren von der Finanzpolizei, Team \*\*\* für das Finanzamt \*\*\*, erstattete Stellungnahme zur Rechtfertigung des Beschwerdeführers. In dieser hielt die Finanzpolizei fest, dass die in der Rechtfertigung enthaltenen Argumente nicht geeignet seien, den Tatvorwurf zu entkräften. Da die beiden Werkverträge, in denen angeführt sei, dass der Auftragnehmer die Aufgabe des Auf- und Abbaus und Transport des Mesestandes übernehme, ident seien, sei kein klar abgegrenztes Gesamtwerk definiert worden, weil nicht klar sei, wer von den beiden Beauftragten welche Tätigkeiten auszuführen habe. Herr C habe niederschriftlich zu Protokoll gegeben, dass sämtliches Werkzeug und das Fahrzeug, mit dem der Mesestand von \*\*\* nach \*\*\* und wieder zurücktransportiert worden sei, vom Unternehmen des Beschwerdeführers zur Verfügung gestellt worden sei. Da die Werkverträge erst nach Beendigung der Arbeiten zur Unterzeichnung vorgelegt worden

seien, hätten die spruchgegenständlichen Personen bei Arbeitsbeginn gar nicht über Inhalt und Umfang ihres Auftrages Bescheid wissen können. Die Anweisungen vor Ort seien Herrn C von seiner Schwägerin, einer Mitarbeiterin des Unternehmens, Frau E, erteilt worden. Die Honorarnoten seien von der Firma B ausgestellt worden und den beiden Arbeitern lediglich zur Unterschrift vorgelegt worden. Dies stelle eine absolut unübliche Vorgehensweise dar. Wenn die beiden Arbeiter wirklich selbständig tätig gewesen wären, hätten sie jeweils selbst die Honorarnote erstellen und der Firma vorlegen müssen.

1.4. Nach Wiedergabe der angewendeten Rechtsvorschriften wird in der Begründung des Straferkenntnisses ausgeführt, das strafbare Verhalten des Beschwerdeführers stehe aufgrund der dienstlichen Wahrnehmungen der Organe des Finanzamtes und des gesamten Akteninhaltes außer Zweifel. Die Ausführungen des Beschwerdeführers könnten nur als Schutzbehauptungen bewertet werden. Für die Strafbemessung ging die belangte Behörde von einem monatlichen Einkommen von 2.000,- Euro, keinem Vermögen und keinen Sorgepflichten aus. Mildernde oder erschwerende Umstände seien keine zu berücksichtigen. Mit der Verhängung der Mindeststrafe habe das Auslangen gefunden werden können.

1.5. Gegen dieses, dem Beschwerdeführer am 25.04.2017 zugestellte Straferkenntnis richtet sich die nunmehr entscheidungsgegenständliche, am 06.05.2017 und somit rechtzeitig erhobene Beschwerde.

In dieser wird ausgeführt, das Unternehmen des Beschwerdeführers habe auf der Messe \*\*\* vom 19. – 23.01.2017 ausgestellt. Da das Unternehmen kein eigenes Personal für die Montage des Messestandes zur Verfügung gehabt habe, sei auf entsprechenden Vorschlag einer Mitarbeiterin einer ihrer Bekannten im Werkvertragsverhältnis mit dem Aufbau des Messestandes betraut worden. Der Beschwerdeführer habe im Vorfeld weder Herrn D noch „den diesen unterstützenden Herrn C“ gekannt.

Seitens des Unternehmens des Beschwerdeführers sei – wie auch in der Niederschrift von Herrn C festgehalten worden sei – beabsichtigt gewesen, einen Werkvertrag abzuschließen.

Im Unternehmen sei man auch der Rechtsansicht gewesen, dass auch tatsächlich ein Werkvertragsverhältnis begründet worden sei. Dies zusammengefasst deshalb, weil der Auftrag „Aufbau eines Messestandes auf der Messe \*\*\*“ gelautete habe und ein Pauschalhonorar von „pro Person EUR 200,00“ vereinbart gewesen sei. Es sei ein Werk (Aufstellung eines Messestandes) vereinbart worden, dessen abschließende Erfüllung den Honoraranspruch begründet und das Vertragsverhältnis beendet habe. Die beiden Arbeiter hätten das wirtschaftliche Risiko zu tragen gehabt, bei Nicht- oder Schlechterfüllung kein Honorar zu erhalten und im Falle einer allenfalls kurzen oder langen Aufbauzeit kein geringeres oder höheres Honorar zu erhalten. Herr C besitze laut eigenen Aussagen kein Werkzeug, aber Herr D habe sein eigenes Werkzeug beigesteuert.

Die Vertragsinhalte seien im Vorfeld bekannt gegeben und sei der Werkvertrag mündlich rechtskräftig abgeschlossen worden. Die „aus Zeitnot nachgelagerte Unterschrift sowie die Bestätigung über die empfangenen Honorare in Form einer Rechnung“ seien „zur ordnungsgemäßen Dokumentation notwendig“ gewesen.

Dass dem Unternehmen jetzt vorgeworfen werde, Dienstnehmer nicht angemeldet zu haben, bedaure der Beschwerdeführer. Er sei der Rechtsansicht gewesen, „dass das unternehmerische Risiko (Pauschalhonorar), die abschließende Erfüllung sowie die mangelnde Weisungsgebundenheit eindeutig ein Werkvertragsverhältnis begründet“ hätten. Ungeachtet dieser Rechtsansicht sei auf die Feststellung der Finanzpolizei, dass die Mitarbeiter als Dienstnehmer anzusehen seien, sofort reagiert worden, indem das Unternehmen die Anmeldung der beiden Arbeiter durch den Steuerberater habe vornehmen lassen. Für die Zukunft werde das Unternehmen derartige Vorfälle jedenfalls vermeiden und gegebenenfalls mit einer vorabgestellten schriftlichen Anfrage abklären.

Aufgrund des Gesamtbildes der Verhältnisse und unter Würdigung der vertretbaren Rechtsansicht und – wie es wörtlich heißt – „unserer bisherigen Unbescholtenseit“ werde ersucht, von einer Bestrafung abzusehen oder falls dies nicht möglich sein sollte, die Strafe massiv zu reduzieren, dies vor allem vor dem Hintergrund, dass das Unternehmen „von der Sozialversicherung eine Strafe von 1.800 erhalten habe, die hoffentlich noch reduziert“ werde.

Nachdem diese Beschwerde der Finanzpolizei, Team \*\*\* für das Finanzamt \*\*\*, zur Wahrung des Parteiengehörs vom Landesverwaltungsgericht übermittelt wurde, erstattet die die Finanzpolizei eine Stellungnahme, die dem Beschwerdeführer zur Kenntnis übermittelt wurde.

In dieser Stellungnahme weist die Finanzpolizei darauf hin, dass für die Beurteilung, ob ein Beschäftigungsverhältnis vorliege, nicht die äußere Form (hier Werkvertrag), sondern der wahre wirtschaftliche Gehalt iSd § 539a ASVG heranzuziehen sei.

Es sei schwer nachvollziehbar, welches wirtschaftliche Risiko die Auftragnehmer getragen hätten, hätten diese doch ausschließlich mit Betriebsmitteln des Auftraggebers gearbeitet. Für den An- und Abtransport sei der Firmen-Lkw des Auftraggebers genutzt worden und habe auch Herr C bei seiner Einvernahme angegeben, in Ermangelung eigenen Werkzeuges ausschließlich mit Werkzeug der Firma B gearbeitet zu haben. Es sei keine Weisungsfreiheit, wie sie bei Werkverträgen üblich sei, zu erkennen gewesen: Die Arbeiter hätten den zeitlichen Ablauf des An- und Abtransports des Materials von \*\*\* nach \*\*\* nicht selbst bestimmen können, da sie das Fahrzeug des Auftraggebers dafür genutzt hätten, womit sie auf die Übergabe des Fahrzeuges hätten warten und diese nach Beendigung der Arbeiten wieder an den Auftraggeber übergeben müssen. Am Einsatzort in \*\*\* seien die arbeitsbezogenen Weisungen von einer Mitarbeiterin des Unternehmens gegeben worden, womit auch dort keine Weisungsfreiheit feststellbar sei.

Der Vertrag, dessen Inhalt die beiden Arbeiter während ihrer Tätigkeit gar nicht kennen konnten, diente lediglich dem Schein, die beiden Arbeiter hätten dem Beschwerdeführer lediglich ihre Arbeitsleistung geschuldet, keiner von ihnen habe ein eindeutig abgegrenztes, unterscheidbares Werk übernommen, sondern lediglich seine Arbeitsleistung gegen Entgelt zur Verfügung gestellt. Dies werde auch durch den Umstand bekräftigt, dass keiner der beiden eigenständig eine Rechnung ausgestellt und dem Auftraggeber vorgelegt habe. Weiters stelle sich die Frage, warum nach der Kontrolle durch die Finanzpolizei die beiden Arbeiter doch noch zur Sozialversicherung angemeldet worden seien, obwohl sich der Beschwerdeführer seiner Rechtsansicht, dass es sich um einen Werkvertrag gehandelt habe, so sicher gefühlt habe.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat in Entsprechung des§ 44 Abs. 1 VwG VG am 01.02.2018 eine öffentliche mündliche Beschwerdeverhandlung durchgeführt, in welcher Beweis erhoben wurde durch Einsichtnahme in die bezughabenden Akten (den Akt der belangten Behörde mit der

Zl. \*\*\* und den gegenständlichen Gerichtsakt), insbesondere durch Einsicht in die im Akt befindlichen Werkverträge, sowie durch Einsicht in die seitens des Beschwerdeführers bei der mündlichen Verhandlung vorgelegten Unterlagen (Fotos des in Frage stehenden Messestandes; Bescheid der NÖGKK vom 23.03.2017, betreffend Beitragsszuschlag gem. § 113 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG sowie die Beschwerdevorentscheidung der NÖGKK vom 02.05.2017, jeweils

Zl. \*\*\*). Weiters wurde Beweis erhoben durch Befragung des Beschwerdeführers selbst, durch zeugenschaftliche Einvernahme von Herrn F (der nach seiner Einvernahme als Zeuge als Rechtsbeistand des Beschwerdeführer an der Verhandlung teilnahm) sowie durch Einvernahme der spruchgegenständlichen Dienstnehmer, Herrn C und Herrn D als Zeugen.

## 2. Feststellungen:

Nach durchgeföhrtem Ermittlungsverfahren steht folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt fest:

2.1. Der Beschwerdeführer ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der B GmbH (im Folgenden: das Unternehmen). Das Unternehmen stellt durchschnittlich ein bis drei Mal jährlich auf Messen aus und besitzt für diesen Zweck einen Messestand, der, wenn er nicht in Gebrauch ist, im Lager des Unternehmens in \*\*\* gelagert wird. Der Aufbau des Messestandes wurde bisher bei manchen Messen von Mitarbeitern des Unternehmens selbst aufgebaut, bei manchen Messen ließ das Unternehmen den Messestand durch nicht im Unternehmen beschäftigte Personen vornehmen.

2.2. Im Hinblick darauf, dass für den durchschnittlich ein bis drei Mal jährlich erforderlichen Aufbau des Messestandes nicht immer unternehmensinternes Personal zur Verfügung steht, ließ das Unternehmen zu einem nicht mehr feststellbaren, aber jedenfalls mehr als fünf Jahre zurückliegenden Zeitpunkt einen Muster-Werkvertrag erarbeiten. Dieser Muster-Werkvertrag wurde von einem Steuerberater erstellt, wobei dem Steuerberater mitgeteilt worden war, dass eine Möglichkeit gesucht werde, wie in jenen Fällen, in denen es den Mitarbeitern des Unternehmens nicht möglich ist, den Messestand selber aufzubauen, der Transport sowie der Auf- und Abbau des Messestandes in rechtskonformer Weise „extern“ in Auftrag gegeben werden kann.

Im Unternehmen wurde in der Folge davon ausgegangen, dass eine Beauftragung mit dem Aufbau des Messestandes in jedem Fall auch tatsächlich einen Werkvertrag darstellt. Vor der Beauftragung der spruchgegenständlichen Personen mit dem Auf- und Abbau des Messestandes auf der Messe \*\*\* im Jänner 2017 wurden weder bei Steuerberater noch bei sonstigen Stellen Erkundigungen angestellt.

2.3. Im Jänner 2017 stellte das Unternehmen auf der Messe \*\*\* aus. Mangels unternehmenseigener Mitarbeiter, die den Transport, Aufbau und Abbau des Mesestandes vornehmen hätten können, wurden Herr D und Herr C mit für den Transport sowie für den Auf- und Abbau des Mesestandes engagiert. Dies erfolgte (nach Rücksprache mit Herrn F, einem früheren Mitarbeiter des Unternehmens des Beschwerdeführer, der sich für das Unternehmen des Beschwerdeführers immer wieder um personelle und rechtliche Angelegenheiten kümmert) mündlich durch Frau E, eine Mitarbeiterin des Unternehmens des Beschwerdeführers. Sowohl die im Akt befindlichen, vom Unternehmen des Beschwerdeführers erstellten Werkverträge als auch die Honorarnoten wurden Herrn C und Herrn D von Frau E erst nach dem Abschluss der in Frage stehenden Arbeiten vorgelegt und von diesen unterschrieben.

Mündlich vereinbart wurde – und zwar unabhängig voneinander zum einen zwischen Frau E und Herrn C sowie zum anderen zwischen Frau E und Herrn D, dass diese am 19.01.2017 den Mesestand vom Lager des Unternehmens abholen und zur Messehalle transportieren, diesen dort aufbauen und am 23.01.2017 wieder abbauen und zurück zum Lager des Unternehmens transportieren sollen, wobei Frau E mit jedem der beiden (gesondert) vereinbarte, dass jeder sowohl für den Hintransport und den Aufbau als auch für den Abbau und den Rücktransport jeweils eine Tagespauschale von 100,- Euro, insgesamt also

200,- Euro als Gegenleistung erhalten soll. Es wurde weder ausdrücklich besprochen, ob die beiden spruchgegenständlichen Personen die von ihnen übernommenen Arbeiten von jemandem anderen ausführen hätten lassen können oder für die Ausführung Hilfskräfte hätten hinzuziehen können, noch gingen Herr C oder Herr D davon aus, dass sie den übernommenen Transport und Auf- sowie Abbau des Mesestandes durch jemanden anderen hätten ausführen lassen können. Weder Herr C noch Herr D verfügen über einen Gewerbeschein, der sich auf den Aufbau von Meseständen beziehen würde. Auch führen und führten weder Herr C noch Herr D den Aufbau von Meseständen für andere Auftraggeber als das Unternehmen des Beschwerdeführers durch.

2.4. Herr C und Herr D führten den Transport sowie den Auf- und Abbau des Mesestandes an den in Frage stehenden Tagen (Aufbau am 19.01.2017, Abbau am 23.01.2017) gemeinsam durch, wobei beim Verladen und beim Transport des Mesestandes jeweils auch eine Mitarbeiterin des Unternehmens des Beschwerdeführers, Frau E, dabei war.

Für den Transport sowie den Auf- und Abbau des Mesestandes waren eine gewisse physische Kraft und handwerkliches Geschick, aber keine besondere Qualifikation oder Ausbildung erforderlich, da es sich um ein Steck- bzw. Schienenträgersystem handelte. Wie der Mesestand aufzubauen war, ergab sich aus den örtlichen Gegebenheiten in der Messehalle, die Herrn D und Herrn C ebenso wie bestimmte, auch über den bloßen Transport und den Auf- bzw. Abbau des Mesestandes als solchen hinausgehende Details – etwa dass und wo zusätzlich ein Mesepult aufgebaut und eine Steckdose befestigt werden sollte – von der an den in Frage stehenden Tagen ebenfalls vor Ort anwesenden Mitarbeiterin des Unternehmens des Beschwerdeführers, Frau E, gezeigt und erläutert wurden.

Für den Transport des Mesestandes wurde ein Firmenfahrzeug des Unternehmens des Beschwerdeführers verwendet. Für den Auf- bzw. Abbau des aus einem Stecksystem bestehenden Mesestandes war abgesehen von kleinteiligem Werkzeug wie etwa einem Gummihammer, einem Akkubohrer oder Handschuhen kein spezielles Werkzeug erforderlich. Das verwendete kleinteilige Werkzeug steht im Eigentum von Herrn D, wobei dieser das Werkzeug nicht eigens für die in Frage stehenden Arbeiten angeschafft hatte. Herr C brachte kein Werkzeug mit. Den zwei spruchgegenständlichen Personen war kein jeweils dem Einzelnen zu bearbeitender Bereich zugewiesen, vielmehr war das Zusammenarbeiten der beiden Standaufbauer schon von vorneherein geplant. Es ging im vorliegenden Fall darum, die für den Aufbau des Mesestandes benötigten Arbeitskräfte – die zu dem im Frage stehenden Zeitpunkt im Unternehmen nicht zur Verfügung standen – für die in einem ununterscheidbaren Zusammenwirken vorzunehmenden, beim Transport und Auf- bzw. Abbau des Mesestandes erforderlichen Tätigkeiten zur Verfügung zu haben.

2.5. Der Beschwerdeführer wusste, dass über Vermittlung von Frau E zwei Personen mit dem Aufbau beauftragt hatten und geschah dies nicht gegen seinen Willen. Ein wirksames Kontrollsyste zur Vermeidung von Verletzungen der Verpflichtung, Dienstnehmer für Arbeitsbeginn zur Sozialversicherung anzumelden bestand im Tatzeitpunkt nicht,

2.6. Am 19.01.2017 wurden Herr D und Herr C am Messegelände \*\*\*\* beim Aufbau des Mesestandes von Organen der Finanzpolizei arbeitend angetroffen und einer Kontrolle unterzogen. Weder Herr D noch Herr C waren zu diesem Zeitpunkt vom Unternehmen des Beschwerdeführers als Dienstnehmer zu Sozialversicherung angemeldet. Nach

Beendigung der in Frage stehenden Arbeiten am 23.01.2017 wurden die beiden spruchgegenständlichen Personen rückwirkend zur Sozialversicherung angemeldet.

2.7. Der Beschwerdeführer verfügt über ein monatliches Einkommen von 2.500,- Euro, ist Eigentümer einer Eigentumswohnung und treffen ihn keine Sorgepflichten.

Über den Beschwerdeführer scheint eine im Tatzeitpunkt rechtskräftige und im Entscheidungszeitpunkt noch nicht getilgte (nicht einschlägige) verwaltungsstrafrechtliche Vormerkung auf (\*\*\*, wegen Übertretung des KFG, rechtkräftig am 28.01.2016).

### 3. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen konnten auf Grund des unbedenklichen Akteninhaltes, insbesondere aber aufgrund der Angaben (zu seiner Stellung als handelsrechtlicher Geschäftsführer und zu seinen allseitigen Verhältnissen) bzw. Aussagen (zum Sachverhalt) des Beschwerdeführers selbst und der Zeugen im Zuge der mündlichen Verhandlung getroffen werden. Dabei ist festzuhalten, dass der Sachverhalt von allen Beteiligten, die allesamt einen uneingeschränkt, glaubwürdigen persönlichen Eindruck hinterließen und deren Aussagen in keiner Weise einstudiert oder künstlich wirkten, in den wesentlichen Punkten übereinstimmend wie oben festgestellt, geschildert wurde.

Hervorzuheben ist dabei, dass alle Befragten einhellig angaben, dass die spruchgegenständlichen Personen die im Akt befindlichen Werkverträge vor Beendigung der Arbeiten nicht gesehen haben, weshalb nicht auf diese nachträglich unterzeichneten Verträge, sondern auf die Aussagen der Zeugen dazu, was mündlich vereinbart wurde, abzustellen war. Auch gaben die Zeugen C und D übereinstimmend an, dass sie jeweils – unabhängig voneinander – mit Frau E gesprochen und die Details ausgemacht haben. Dem in der Beschwerde zumindest angedeuteten Vorbringen, Herr C haben den – eigentlich (allein) beauftragten – Herrn D nur unterstützt, wird daher nicht gefolgt.

Durch die seitens des Beschwerdeführers in der Verhandlung vorgelegten Fotos des Messestandes wurden die übereinstimmenden Aussagen aller Befragten, wonach insbesondere für den Aufbau des Messestandes (abgesehen von kleinteiligem Werkzeug) kein Werkzeug und aufgrund des Stecksystems keine besonderen Kenntnisse erforderlich waren, weiter untermauert.

Festzuhalten ist weiter, dass der Beschwerdeführer bei der mündlichen Verhandlung uneingeschränkt glaubwürdig vermittelte, dass die nicht erfolgte Anmeldung zur Sozialversicherung auf die irrgen Auffassung, dass das Transportieren-, Auf- und Abbauen-Lassen des Messestandes jedenfalls einen Werkvertrag darstelle und daher keine Anmeldung vorzunehmen sei, zurückzuführen ist und dass in künftigen, vergleichbaren Situationen eine Anmeldung zur Sozialversicherung erfolgen werde.

Die Feststellung, dass keine wirksame Kontrollsysterm bestand, beruht darauf, dass das Bestehen eines solchen nicht einmal ansatzweise dargetan wurde und der Beschwerdeführer vielmehr angegeben hat, dass er seinen Mitarbeitern einfach vertraue.

### 4. Rechtliche Erwägungen:

#### 4.1. Zur Verwirklichung des objektiven und subjektiven Sachverhaltes:

4.1.1. Dem Beschwerdeführer wird vorgeworfen, er habe es in seiner Funktion als handelsrechtlicher Geschäftsführer und damit als nach zur Vertretung nach außen befugtes Organ der B GmbH (in der Folge: das Unternehmen) zu verantworten, dass dieses Unternehmen die spruchgegenständlichen Personen beschäftigt habe, ohne diese vor Dienstantritt als Dienstnehmer zur Sozialversicherung angemeldet zu haben.

Nach § 33 Abs. 1 ASVG haben Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach diesem Bundesgesetz in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Vollversicherte und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden und binnen sieben Tagen nach dem Ende der Pflichtversicherung abzumelden. Die An(Ab)meldung durch den Dienstgeber wirkt auch für den Bereich der Unfall- und Pensionsversicherung, soweit die beschäftigte Person in diesen Versicherungen pflichtversichert ist.

Nach § 111 Abs. 1 Z 1 ASVG handelt ordnungswidrig, wer als Dienstgeber oder sonstige nach § 36 meldepflichtige Person (Stelle) oder als bevollmächtigte Person nach § 35 Abs. 3 entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes Meldungen oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet. Ordnungswidrigkeiten nach § 111 Abs. 1

ASVG sind – 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 – gemäß § 111 Abs. 2 ASVG als Verwaltungsübertretungen zu bestrafen und zwar mit Geldstrafe von 730,-- Euro bis zu 2.180,-- Euro, im Wiederholungsfall von

2.180,-- Euro bis zu 5.000,-- Euro, bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen. Bei erstmaligem ordnungswidrigem Handeln kann die Behörde unbeschadet von § 20 VStG die Geldstrafe bis auf 365,-- Euro herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

4.1.2. Dass die beiden spruchgegenständlichen Personen für das Unternehmen an den angegebenen Tagen eine Messestand transportiert sowie auf- und abgebaut haben und dass sie nicht vor Arbeitsantritt, sondern erst nachträglich, nach Abschluss der in Frage stehenden Arbeiten, als Dienstnehmer des Beschwerdeführers zur Sozialversicherung angemeldet wurden, ist unstrittig. Seitens des Beschwerdeführers wird jedoch vorgebracht, eine Anmeldung sei nicht erfolgt, weil davon ausgegangen worden sei, dass die beiden Personen nicht als anzumeldende Dienstnehmer iSd ASVG zu qualifizieren gewesen seien, sondern ein Werkvertrag vorgelegen habe. Damit ist im vorliegenden Fall hinsichtlich der objektiven Tatseite als entscheidungswesentliche Frage jene nach dem Vorliegen eines Dienstverhältnisses iSd ASVG zu klären.

4.1.3. Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer iSd AVSG, 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 selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Nach § 539a ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach dem ASVG in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (z.B. Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.

4.1.4. Ob bei der Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des

§ 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH 10.12.1986, Slg. Nr. 12.325/A) davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese und während dieser Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder – wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung – nur beschränkt ist. Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die nach der Rechtsprechung ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit. Für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit sind – im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffes – als Ausdruck der weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung nur seine Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene (grundsätzlich) persönliche Arbeitspflicht unterscheidungskräftige Kriterien zur Abgrenzung von anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung, während das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie z.B. einer längeren Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder eines das Arbeitsverfahren betreffenden Weisungsrechtes des Empfängers der Arbeitsleistung) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt (vgl. VwGH 04.06.2008, 2007/08/0179).

4.1.5. Festzuhalten ist, dass das Vorliegen eines Dienstverhältnisses iSd ASVG schon ganz generell aufgrund von § 539a ASVG nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt zu beurteilen ist. Damit ist selbst dann, wenn ein vor Aufnahme einer Tätigkeit abgeschlossenen Vertrag über deren Ausgestaltung vorliegt, zwar davon auszugehen, dass diesem im Vorhinein abgeschlossenen Vertrag eine Richtigkeitsvermutung zukommt, dass aber die Beurteilung des Sachverhaltes dennoch nach § 539a ASVG in wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu erfolgen hat und der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (z.B. Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend ist.

Dieses Erfordernis, den Sachverhalt anhand des wahren wirtschaftlichen Gehaltes zu beurteilen, gilt umso mehr, wenn

der Vertrag, auf den sich ein Beschwerdeführer beruft, wie im vorliegenden Fall erst nachträglich unterzeichnet wurde. Da Herrn D und Herrn C der Inhalt des ihnen von der Mitarbeiterin des Unternehmens des Beschwerdeführers erst nachträglich zur Unterschrift vorgelegten schriftlichen Werkvertrages vor und während ihrer Tätigkeit nicht bekannt war, sind zur Beurteilung des gegenständlichen Sachverhaltes nicht diese schriftlichen, nachträglich unterzeichneten Werkverträge, sondern das mündlich Vereinbarte sowie die tatsächlichen Umstände der Tätigkeit der spruchgegenständlichen Personen heranzuziehen.

Vorab ist festzuhalten, dass es zwar nicht von vorneherein ausgeschlossen ist, dass das Transportieren sowie das Auf- und Abbauen eines konkreten Messestandes durch einen Werkvertrag – etwa an ein einziges, konkretes über eine diese Tätigkeiten umfassende Gewerbeberechtigung verfügendes Unternehmen, das die Gewährleistung für die ordnungs- und zeitgemäße Ausführung des Auftrages übernimmt und aufgrund eigener Kalkulation und Einsatz eigener Arbeitsmittel entscheidet, mit wievielen Arbeitskräften es den Auftrag ausführt – in Auftrag zu geben. Ausgehend von den getroffene Feststellungen ist unter Zugrundelegung des wahren wirtschaftlichen Gehalts dessen, was gegenständlich vereinbart wurde und aufgrund der festgestellten, tatsächlichen Form der Arbeitsleistung aus folgenden Gründen für den vorliegenden Fall nicht von einer werkvertragsbasierten, sondern von einer Arbeitsleistung der spruchgegenständlichen Personen als Dienstnehmer iSd ASVG auszugehen:

4.1.6. Ein Werkvertrag liegt nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Die Verpflichtung aus einem Werkvertrag besteht darin, die im Vorhinein genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein „gewährleistungstauglicher“ Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden können.

4.1.7. Selbst unter Zugrundelegung der schriftlichen, im Nachhinein abgeschlossenen Werkverträge käme eine – für die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen, deren Bestehen zentral für das Vorliegen eines Werkvertrages ist, erforderliche – Beurteilung, ob einer der beiden spruchgegenständlichen Personen, das von ihm geschuldete „Werk“ nicht bzw. mangelhaft hergestellt hätte, nicht in Frage, da nach dem Wortlaut der – gleichlautenden – Werkverträge jeder der beiden Personen den Transport sowie den Auf- und Abbau eines (ganzen) Messestandes schuldeten.

Dies gilt umso mehr, wenn man den tatsächlichen Sachverhalt unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise zugrunde legt: Es ist davon auszugehen, dass der Transport und das Auf- sowie das Abbauen des Messestandes durch die zwei Personen gemeinsam vorzunehmen war. Keinem der beiden spruchgegenständlichen Arbeiter war ein ausschließlich ihm zur Bearbeitung zugewiesener Bereich zu gewiesen, vielmehr war das Zusammenarbeiten schon von vorneherein geplant. Für eine andere Sichtweise, etwa die selbstständige Errichtung von bestimmten Teilen des Messestandes durch jeweils eine der beiden Personen, ergeben sich keine Anhaltspunkte; solches wurde auch nicht behauptet.

Mangels eines klar abgrenzbaren Bereichs, für den der einzelne Tätigwerdende verantwortlich gewesen wäre, ist eine Gewährleistung des einzelnen Arbeiters schon von vorneherein begrifflich ausgeschlossen.

Auch zeigen die Erläuterungen des Beschwerdeführers selbst und des Zeugen Mag. F (die angegeben haben, dass das Aufbauen des Messestandes abhängig davon, wieviel Personal im Unternehmen gerade zur Verfügung stand, entweder durch unternehmenseigenes Personal erfolgte oder „externe Leute engagiert“ wurden, um diese Tätigkeiten zu verrichten), dass es bei der Verpflichtung von Herrn C und Herrn D vor allem darum ging, die zum fraglichen im Unternehmen nicht zur Verfügung stehenden erforderlichen Arbeitskräfte für bestimmte, regelmäßig anfallende und bei entsprechendem Personalstand auch von unternehmenseigenem Personal vorgenommene, keine besondere Qualifikation erfordern Tätigkeiten, nämlich das Transportieren und Auf- bzw. Abbauen eines im Unternehmen bereits vorhandenen Messestandes, zu verpflichten. Auch ergibt sich aus den Aussagen der Zeugen D und C klar, dass sich diese zu nichts anderem verpflichtet fühlten, als mit dem seitens des Unternehmens gestellten Material (kleinteiliges Werkzeug ist zu vernachlässigen) und nach den Vorgaben der Mitarbeiterin des Unternehmens die Transport- und Aufbauarbeiten durchzuführen. So sagte etwa der Zeuge C ausdrücklich aus, dass er gar nichts organisiert habe und auch nur seine „zwei Hände mitgebracht“ habe und er für den Fall, dass weitere Arbeitskräfte

erforderlich gewesen wären, er dann wohl Frau E informiert hätte, dass sie noch jemanden Dritten hätte organisieren müssen. Auch gab Herr D an, dass nicht er, sondern Frau E Herrn C organisiert habe, womit auch nicht etwa davon ausgegangen werden kann, dass mit Herrn D ein Werkvertrag abgeschlossen wurde und dieser dann zu dessen Erfüllung Herrn C herangezogen hätte.

Bei den gegenständlichen Transport-, Auf- und Abbauarbeiten handelte sich – wie auch der Beschwerdeführer und sämtliche einvernommenen Zeugen wiederholt betonten – um einfache, keine besonderen Fähigkeiten oder Kenntnisse erfordern Arbeiten, die in einem unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf und im Zusammenwirken mit anderen Arbeitskräften erbracht werden. Derartige einfache Arbeiten, die in einem unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf und im Zusammenwirken mit anderen Arbeitskräften erbracht werden, stellen nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes als solche keine eigenständigen Werke dar (vgl. VwGH 27.01.2011, 2010/09/0045 unter Verweis auf VwGH 21.10.1998, 96/09/0183). Die Entscheidung darüber, wieviele Personen die in Frage stehenden Tätigkeiten durchführen sollten, wurde durch das Unternehmen des Beschwerdeführers selbst (und nicht etwa durch einen beauftragten, für die vertragsgemäße Erfüllung haftenden Unternehmer, der nach eigener Kalkulation Arbeitskräfte einsetzt) getroffen. Auch gibt es keine Hinweise auf eine unternehmerische Tätigkeit der beiden spruchgegenständlichen Personen: Für eine unternehmerische Tätigkeit spräche, wenn die Arbeitenden das entsprechende wirtschaftliche Risiko tragen hätten wollen, indem sie z.B. losgelöst vom konkreten Auftrag spezifische Betriebsmittel angeschafft hätten, werbend am Markt aufgetreten wären oder über eine gewisse unternehmerische Infrastruktur verfügt hätten und ihre Spesen in die dem Auftraggeber verrechneten Honorare selbst einkalkuliert hätten. All dies war gegenständlich aber nicht der Fall, da die spruchgegenständlichen Personen weder werbend auftraten, noch spezifische Betriebsmittel anschafften und das – wie sich aus der Aussage des Zeugen C ergibt – tagessatzmäßig mit 100,--- Euro festgelegte Entgelt nicht von den Arbeitenden auf Basis ihrer Spesen berechnet, sondern vom Unternehmen festgelegt und durch die Arbeiter akzeptiert wurde.

4.1.8. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände ergibt sich bei der vorzunehmenden gesamtbildhaften Betrachtung des wahren wirtschaftlichen Sachverhaltes, dass die spruchgegenständlichen Personen nicht auf Grundlage eines Werkvertrages im Zuge einer unternehmerischen Tätigkeit zur Herbeiführung eines von ihnen geschuldeten, gewährleistungstauglichen Erfolges tätig geworden sind. Vielmehr ist von einer entgeltlichen Beschäftigung in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit iSd der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zum Dienstgeberbegriff des ASVG auszugehen:

So besteht für das Verwaltungsgericht am Vorliegen persönlicher Arbeitspflicht der beiden spruchgegenständlichen Personen kein Zweifel, da sich aus den übereinstimmenden und glaubwürdigen Aussagen der Zeugen D und C bei der mündlichen Verhandlung ergibt, dass sie vor der Arbeitsaufnahme mit Frau E in keiner Weise über die Möglichkeit, sich vertreten zu lassen, gesprochen haben und die Arbeiten auch tatsächlich von den beiden spruchgegenständlichen Personen selber durchgeführt wurden, womit ein generelles Vertretungsrechts weder vereinbart, noch ein solches tatsächlich gelebt wurde. Auch sind keinerlei Hinweise für ein die persönliche Arbeitspflicht ausschließenden „sanktionslosen Ablehnungsrechts“ hervorgekommen, vielmehr sind die beiden spruchgegenständlichen Arbeiter offenkundig davon ausgegangen, dass sie zur Verrichtung der übernommenen Arbeiten verpflichtet waren.

Die Bestimmungsfreiheit der beiden spruchgegenständlichen Personen war sowohl hinsichtlich des Arbeitsortes – der mit dem Lager, von dem aus der Messestand zu Messegelände hin und retour zu transportieren war und der Messegelände, in der der Stand aufzubauen war, vorgegeben war – als auch hinsichtlich der Arbeitszeit – die schon durch die Zeitfenster, in denen der Auf- und Abbau des Messestandes möglich ist, vorgegeben war – stark beschränkt.

Bei den ausgeführten Tätigkeiten – Transport und Auf- sowie Abbau eines Messestandes – handelte es sich, wie sowohl der Beschwerdeführer als auch alle vernommenen Zeugen wiederholt betonten, um einfache, keine besonderen Qualifikationen erfordern manuelle Tätigkeiten. Den ausführenden Arbeitskräften kam beim Aufbau des Messestandes keinerlei Gestaltungsspielraum zu: So wurden der genaue Standort und in welcher Form (in Form eines „L“) der Stand aufzubauen war, durch Frau E erläutert und vorgegeben, fachliche Anweisungen sowie die Erteilung von Weisungen bezüglich des arbeitsbezogenen Verhaltens erübrigten sich, da die beiden spruchgegenständlichen Personen aufgrund der keine besonderen Kenntnisse oder Fähigkeiten erfordernden Tätigkeiten auch ohne solche Anweisungen wussten, wie sie vorzugehen und sich bei ihrer Tätigkeit zu verhalten hatten, überdies befand sich auch eine Mitarbeiterin des Unternehmens vor Ort, die als Ansprechperson fungierte und von der (im Sinne einer „stillen Autorität“) auch anzunehmen ist, dass sie eingeschritten wäre, falls sich die beiden Arbeiter nicht im Sinne des

Unternehmens verhalten hätten.

Dass der Transport und der Auf- und Abbau des Messestandes im Namen und auf Auftrag des Unternehmens des Beschwerdeführers erfolgte ist unbestritten und steht auch außer Frage, dass die Tätigkeit der beiden Arbeiter dem Unternehmen wirtschaftlich zu Gute kam. Die relativ kurze Dauer der Tätigkeit der Arbeiter schließt das Vorliegen eines Dienstverhältnisses iSd ASVG ebensowenig aus, wie der Umstand, dass die Arbeiter kein Entgelt erhalten hätten, wenn sie nicht erschienen wären und dass das Entgelt – wie sich aus der Aussage des Beschwerdeführers ergibt – basierend auf der Überlegung, dass die in Frage stehenden Tätigkeiten jedenfalls an einem (Arbeits-)Tag erledigbar sind – mit einem pauschalen Tagessatz von 100,– Euro pro Person festgelegt wurde. Was die eingesetzten Arbeitsmittel betrifft, so waren – wie alle einvernommenen Zeugen und der Beschwerdeführer selbst betonten – kaum Werkzeug für die durchgeführten Arbeiten erforderlich, da es sich um ein Stecksystem handelte. Sämtliche zu verbauenden Elemente für den Stand als auch das für den Transport verwendete Fahrzeug wurden durch das Unternehmen des Beschwerdeführers gestellt. Herr C brachte seinen eigenen, zu privaten und nicht etwa eigens für die in Frage stehenden Tätigkeiten angeschafften, Werkzeugkoffer mit und wurde auch kleinteiliges Werkzeug wie ein Hammer, ein Akkubohrer und Handschuhe, die in Herrn C Eigentum stehen, verwendet. Abgesehen davon, dass es sich bei dem von Herr D mitgebrachten kleinteiligen Werkzeug um nur untergeordnete Arbeitsmittel handelte, wurden diese jedenfalls nicht eigens für eine allfällige selbständige, gewerbliche Tätigkeit angeschafft und verfügten Herr D und Herr C auch sonst über keinerlei eigene Betriebsorganisation, vielmehr ging es im Wesentlichen nur um die Zurverfügungstellung ihrer Arbeitskraft.

Zusammengefasst steht für das Verwaltungsgericht nach der iS eines „beweglichen System“ vorzunehmenden Gesamtbetrachtung des Sachverhaltes fest, dass die für das Vorliegen einer persönlichen Abhängigkeit sprechenden Gründe die gegen eine solche sprechenden im vorliegenden Fall überwiegen und vom Vorliegen einer Arbeitserbringung in persönlicher Abhängigkeit auszugehen ist.

4.1.9. Auch konnten die spruchgegenständlichen Arbeiter weder über die zu verbauenden Elemente des Stecksystems, das für den Messestand verwendet wurde, noch über das für den Transport verwendete Firmenfahrzeug als die für die Arbeitsleistung wesentlichen Betriebsmittel im eigenen Namen verfügen und erfolgte die Arbeitsleistung unbestritten und unzweifelhaft entgeltlich.

Daher ist auch vom Vorliegen wirtschaftlicher Abhängigkeit auszugehen, da diese nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet und bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit ist.

4.1.10. Zusammengefasst ist somit davon auszugehen, dass die beiden spruchgegenständlichen Personen vom Unternehmen des Beschwerdeführers in einem Verhältnis der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit und damit als Dienstnehmer im Sinne des ASVG beschäftigt wurden.

4.1.11. Der Vollständigkeit halber sei – im Hinblick auf die Aussage des Zeugen D, es sei ihm weniger um das Geld, sondern darum gegangen, einer guten Freundin (Frau E) zu helfen – festgehalten, dass auch nicht vom Vorliegen eines Freundschafts- oder Gefälligkeitsdienstes auszugehen ist. Unter einem Freundschaftsdienst ist nämlich nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nur ein kurzfristiger, freiwilliger und unentgeltlicher Dienst anzusehen, welcher vom Leistenden auf Grund spezifischer Bindungen zwischen ihm und dem Leistungsempfänger erbracht werden. Zwar handelt es sich bei den spruchgegenständlichen Arbeitern um den Schwager bzw. um einen Bekannten einer Mitarbeiterin des Unternehmens, das Vorliegen eines Freundschafts- oder Gefälligkeitsdienstes ist aber schon angesichts der unbestritten erfolgten Entgeltzahlung jedenfalls auszuschließen.

Zusammengefasst ist unter Berücksichtigung der oben wiedergegebenen Rechtslage, des wahren wirtschaftlichen Gehaltes des Sachverhaltes sowie unter gleichzeitiger Berücksichtigung der oben wiedergegebenen gesetzlichen Bestimmungen und der hierzu ergangenen höchstgerichtlichen Judikatur davon auszugehen, dass die zwei spruchgegenständlichen Personen Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG der B GmbH waren und dass somit der Beschwerdeführer als das zur Vertretung des Unternehmens, das als Dienstgeber auftrat, verantwortliche Organ für die Anmeldung der spruchgegenständlichen Personen zur Teilversicherung in der Unfallversicherung vor deren Arbeitsantritt beim zuständigen Sozialversicherungsträger Vorsorge zu treffen gehabt hätte.

4.1.12. Hinsichtlich der subjektiven Tatseite ist festzuhalten, dass es sich bei Übertretungen des 33 ASVG 1 ASVG um

## Ungehorsamsdelikte im Sinne des

§ 5 Abs. 1 VStG handelt, weil zum Tatbestand dieser Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört. Das verantwortliche Organ – der Beschwerdeführer – ist strafbar, wenn nicht genügende Vorkehrungen getroffen wurden, um die Verwirklichung des Tatbildes durch den unmittelbaren Täter zu verhindern. In einem solchen Fall einer zur Last gelegten Unterlassung besteht gemäß § 5 Abs. 1, zweiter Satz, VStG von vornehmerein 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.

Für die Befreiung von der Verantwortlichkeit des Dienstgebers für eine unterbliebene Anmeldung zur Sozialversicherung ist die Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems entscheidend, das verhindert, dass Beschäftigungsverhältnisse durch die Aufnahme einer Beschäftigung im Betrieb des Dienstgebers ohne dessen Zustimmung bzw. ohne die erforderliche Anmeldung zur Sozialversicherung begonnen werden. Die Erteilung entsprechender Weisungen entschuldigt den Arbeitgeber nur dann, wenn er dargelegt und nachgewiesen hat, dass er Maßnahmen ergriffen hat, die die Einhaltung der erteilten Anordnungen betreffend die Beachtung der Rechtsvorschriften über die Anmeldung von pflichtversicherten Dienstnehmern gewährleisten, insbesondere, welche Kontrollen er eingerichtet hat und wie er sich vom Funktionieren des Kontrollsystems informiert hat (vgl. Erkenntnis VwGH 19.12.2012, 2012/08/0260).

Das Vorliegen eines solchen wirksamen Kontrollsystems konnte der Beschwerdeführer für den tatgegenständlichen Tatzeitraum bzw. Tatzeitpunkt nicht glaubhaft machen, zumal er nicht einmal das Vorliegen eines derartigen Kontrollsystems behauptete, sondern angab, dass er seinen Mitarbeitern einfach vertraut habe.

Zum Vorbringen, seitens des Unternehmens sei davon ausgegangen worden, dass gegenständlich wegen Vorliegens eines werkvertragsbasierten Tätigwerdens der spruchgegenständlichen Personen keine Verpflichtung zur Anmeldung zur Sozialversicherung bestanden habe, ist auszuführen, dass Unkenntnis eines Gesetzes nur dann als unverschuldet angesehen werden kann, wenn jemandem die Verwaltungsvorschrift trotz Anwendung der nach seinen Verhältnissen erforderlichen Sorgfalt unbekannt geblieben ist. Wer ein Gewerbe betreibt, ist verpflichtet, sich vor der Ausübung des Gewerbes über die das Gewerbe betreffenden Vorschriften zu unterrichten. Es besteht daher für einen Arbeitskräfte beschäftigenden Unternehmer ua. die Verpflichtung, sich mit den gesetzlichen Vorschriften des ASVG laufend vertraut zu machen (vgl. VwGH 14.03.2013, 2011/08/0187), wobei die Verpflichtung zum Bekanntmachung erforderlichenfalls auch entsprechende Erkundungspflichten umfasst. Zwar wurde seitens des Beschwerdeführers vorgebracht, es sei vor einigen – in etwa vor 5 oder 6 Jahren – von einem Steuerberater die Auskunft eingeholt worden, wie das Aufstellen eines Messestandes rechtlich korrekt gestaltet werden könne, wenn innerhalb des Unternehmens kein Personal zur Verfügung steht, woraufhin dem Unternehmen ein Muster-Werkvertrag übermittelt worden sei. Mit diesem Vorbringen wird aber schon deshalb kein das Vorliegen von Verschulden ausschließendes Nachkommen der bestehenden Erkundungspflichten dargetan, weil der Muster-Werkvertrag vorliegend den Arbeitskräften erst nachträglich vorgelegt und von diesen unterschrieben wurde und somit gar als Grundlage des zwischen den spruchgegenständlichen Personen und dem Unternehmen zustandegekommenen Vertragsverhältnisses angesehen werden kann.

Überdies liegt die Einholung der Auskunft auch nach Angaben seitens des Beschwerdeführers jedenfalls fünf Jahre zurück und kann im Hinblick darauf auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Erkundungspflicht durch die Einholung einer auf vollständigen Sachverhaltsgrundlagen basierenden Auskunft einer kompetenten Stellen nachgekommen wäre.

Auch sind keine sonstigen Umstände hervorgekommen oder vorgebracht worden, aufgrund derer vom Nicht-Vorliegen von jedenfalls Fahrlässigkeit auszugehen gewesen wäre. Es ist daher von der Erfüllung sowohl des objektiven wie auch des subjektiven Tatbestandes auszugehen.

## 4.2. Zur Strafhöhe

4.2.1. Gemäß § 38 VwGVG sind auf das Verfahren über Beschwerden in Verwaltungsstrafsachen ua. die Bestimmungen des VStG – abgesehen von hier nicht einschlägigen Ausnahmen – und jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorausgegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte. Für die Strafbemessung vom

Verwaltungsgericht anzuwenden sind demnach neben Bestimmungen in den anwendbaren Materiengesetzen (im vorliegenden Fall die Bestimmungen des ASVG) insbesondere die §§ 19, 20 und 45 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl. Nr. 52/1991.

§ 111 Abs. 2 ASVG sieht für Verwaltungsübertretungen wie die gegenständliche die Verhängung einer Geldstrafe von 730,-- bis zu € 2.180,-- Euro, im Wiederholungsfall von € 2.180,-- bis zu € 5.000,-- Euro, bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe eine Freiheitsstrafe bis zu zwei Woche, sofern die Tat weder den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet noch nach anderen Verwaltungsbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist, vor.

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.

Nach § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Nach § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren

(§§ 40 bis 46 VStG) überdies 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 der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32 bis 34 StGB sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Gemäß § 20 VStG kann die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen oder der Beschuldigte ein Jugendlicher ist.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde (bzw. das Verwaltungsgericht) von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde den Beschuldigten im Falle der Z 4 unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

4.2.2. Im vorliegenden Fall hat die belangte Behörde die gesetzliche Mindeststrafe verhängt. Da der Beschwerdeführer eine Vormerkung wegen einer im Tatzeitpunkt rechtskräftigen und im Entscheidungszeitpunkt nicht getilgten – nicht einschlägigen – verwaltungsstrafrechtliche Vormerkung aufweist, ist der Milderungsgrund der absoluten Unbescholtenheit nicht gegeben. Auch sind keine Hinweise auf sonstige Milderungsgründe hervorgekommen. Erschwerend war nichts zu berücksichtigen. Da somit weder mildernde noch erschwerende Umstände festgestellt werden konnten, kann von einem Überwiegen von Milderungs- über Erschwerungsgründe iSd § 20 VStG nicht ausgegangen werden, weshalb aus dieser Bestimmung nichts für den Beschwerdeführer zu gewinnen war.

Allerdings kann nach § 111 Abs. 2 letzter Satz ASVG bei erstmaligem ordnungswidrigem Handeln nach Abs. 1 die Geldstrafe bis auf 365,-- Euro herabgesetzt werden, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind. Vorliegend handelt es sich um die erste Bestrafung des Beschwerdeführers wegen Verletzung von Vorschriften des ASVG. Der Beschwerdeführer hat die spruchgegenständlichen Personen nachdem er durch die Finanzpolizei erfahren hat, dass seine Auffassung, wonach keine Versicherungspflicht vorliege, nicht zutrifft, zur Sozialversicherung angemeldet und die entsprechenden Beiträge samt Zuschlägen entrichtet, womit die spruchgegenständlichen Arbeiter nicht um ihren Versicherungsschutz und die Versichertengemeinschaft nicht um die Beitragszahlungen gebracht und der durch die Kontrolle und Aufwand für die nachträgliche Anmeldung abgegolten wurden. Sonstige nachteilige Folgen der Tat sind nicht hervorgekommen. Auch wurde in der Verhandlung deutlich, dass die Nichtanmeldung auf einen Rechtsirrtum zurückzuführen ist. Dieser Rechtsirrtum war zwar kein entschuldigender, die Strafbarkeit ausschließender, da auf den konkreten Sachverhalt bezogene Erkundigungen nicht eingeholt wurden, es wurde durch das Unternehmen des Beschwerdeführers aber eigens ein Steuerberater beauftragt, einen (Muster-)Vertrag zu erarbeiten, weil das Unternehmen bestrebt war, bei Personalmangel den fallweise erforderlichen Transport, Auf- und Abbau des Mesestandes rechtkonform „extern“ durchführen zu lassen. Aufgrund der damals eingeholten Auskünfte wurde im Unternehmen des Beschwerdeführers irrig davon ausgegangen, dass das Transportieren, Auf- und Abbauen-

Lassen des Messestandes jedenfalls ein Werkvertragsverhältnis begründe. Da die Auskunft nicht unter Zugrundelegung des gesamten Sachverhaltes und auch nicht konkret auf die Beschäftigung der spruchgegenständlichen Arbeiter erfolgte, kann in der Einholung dieser Auskunft bzw. im Erarbeiten lassen eines Muster-Werkvertrages keine, ein Verschulden ausschließende Erfüllung der den Beschwerdeführer treffenden Erkundungspflicht gesehen werden. Das Verschulden des Beschwerdeführers kann aufgrund des glaubwürdig vermittelten Rechtsirrtums und der Darlegung, dass dieser durch die – in der Absicht, rechtsrichtig zu handeln, eingeholte – Auskunft des Steuerberaters, die offenbar irrig dahingehend missverstanden wurde, dass das Transportieren sowie das Auf- und Abbauen-Lassen des Messestandes in jedem Fall einen Werkvertrag darstelle, entstanden ist, als gering angesehen werden. Auch zeigt der Umstand, dass ein Steuerberater konsultiert und die Erarbeitung eines Mustervertrages in Auftrag gegeben wurde, dass der Beschwerdeführer zwar nicht ausreichende, aber doch Anstrengungen unternommen hat, um in Fällen, in denen der Transport sowie der Auf- und Abbau nicht durch unternehmenseigenes Personal durchgeführt werden kann, eine rechtskonforme Vorgehensweise zu wählen und wurde vom Beschwerdeführer in der mündlichen Verhandlung glaubwürdig der Eindruck vermittelt, dass er bestrebt ist, die einschlägigen Rechtsvorschriften zu beachten und dass er künftig in Situationen wie der gegenständlichen eine Anmeldung zur Sozialversicherung vornehmen (lassen) wird. Im Hinblick auf das Vorgesagte erscheinen dem Verwaltungsgericht die in Anwendung von § 111 Abs. 1 letzter Satz ASVG auf die in der im Spruch genannten Höhe festgesetzten Strafen als ausreichend, um eine tat-, täter- und schuldangemessene Bestrafung zu erreichen. Insbesondere ist davon auszugehen, dass die Strafen im nunmehr festgesetzten Maß ausreichen, um den Beschwerdeführer von Verwaltungsübertretungen wie der gegenständlichen künftig abzuhalten, zumal dieser in Verhandlung glaubhaft dargetan hat, dass die Nicht-Anmeldung nur auf die irrite Rechtsansicht, dass eine Anmeldung nicht erforderlich gewesen sei, zurückzuführen ist und dass in seinem Unternehmen bereits die Konsequenz gezogen wurde, dass in Zukunft eine Anmeldung von mit Arbeiten wie den in Frage stehenden betraute, nicht zum Unternehmen gehörende Personen für die entsprechende Stundenanzahl ordnungsgemäß als Dienstnehmer zur Sozialversicherung angemeldet werden.

4.2.3. Eine Anwendung von § 45 Abs. 1 Z 4 VStG bzw. die Erteilung einer Ermahnung kam im vorliegenden Fall demgegenüber nicht in Betracht. Dies schon deshalb, weil eine Anwendung von § 45 Abs. 1 Z. 4 VSt

**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)