

# TE Bvwg Erkenntnis 2020/10/22 L503 2231812-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.10.2020

## Entscheidungsdatum

22.10.2020

## Norm

ASVG §113 Abs1 Z1

ASVG §113 Abs2

B-VG Art133 Abs4

## Spruch

L503 2231812-1/2E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. DIEHSBACHER als Einzelrichter über die Beschwerde der XXXX , vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Anton Moser, gegen den Bescheid der Österreichischen Gesundheitskasse, Landesstelle Oberösterreich, vom 17.02.2020, GZ: XXXX , zu Recht erkannt:

A.) Die Beschwerde wird gemäß § 28 Abs 1 VwGVG als unbegründet abgewiesen.

B.) Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

## Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

1. Mit dem nunmehr bekämpften Bescheid vom 17.2.2020 verpflichtete die Österreichische Gesundheitskasse (im Folgenden kurz: „ÖGK“) die Beschwerdeführerin, die Ö. KG (im Folgenden kurz: „BF“) als Dienstgeberin, einen Beitragszuschlag in Höhe von € 1.000 zu entrichten. Der Strafantrag der Finanzpolizei vom 30.12.2019 werde beigelegt und stelle einen integrierenden Bestandteil des Bescheids dar. Verwiesen wurde auf die §§ 4, 33, 35, 113, 360 Abs 7 und 410 Abs 1 Z 5 ASVG.

Begründend wurde ausgeführt, bei einer Überprüfung durch ein Organ der Abgabenbehörde des Bundes am 26.11.2019 sei festgestellt worden, dass der Dienstnehmer XXXX bei der BF beschäftigt sei, ohne bei der ÖGK gemeldet worden zu sein. Die Dienstgeberin (die BF) sei mit Schreiben vom 20.1.2020 vom Ergebnis der Beweisaufnahme

verständigt und sei ihr Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden; eine Stellungnahme sei nicht abgegeben worden. Aufgrund der Erhebungen würden die im Strafantrag der Finanzpolizei getroffenen Feststellungen zum Sachverhalt des vorliegenden Bescheids erklärt. Darüber hinaus werde festgestellt, dass es sich um den ersten Meldeverstoß innerhalb der letzten zwölf Monate handle. Beweiswürdigend wurde auf den Strafantrag der Finanzpolizei, das Personenblatt sowie den aufgefundenen Dienstplan verwiesen. Der festgestellte Sachverhalt sei unstrittig und ergebe sich widerspruchsfrei aus den aufgenommenen Beweismitteln. Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung stellte die ÖGK eingehend die Rechtsgrundlagen insbesondere zur Dienstnehmer- und Dienstgebereigenschaft sowie zur Verhängung eines Beitragszuschlags dar. Der erwähnte Dienstnehmer sei am Kontrolltag von der BF beschäftigt worden. Die BF sei Dienstgeberin, weil der Betrieb auf ihre Rechnung geführt werde. Es handle sich um den ersten Meldeverstoß. Gegenständlich sei ein Dienstnehmer betreten worden, wobei keine Nachmeldung erfolgt sei. Die ÖGK sei somit berechtigt, einen Beitragszuschlag in der im Spruch genannten Höhe vorzuschreiben.

2.1. Im Akt befindet sich unter anderem ein Aktenvermerk der PI L. vom 26.11.2019 über eine Kontrolle des Ö.-Marktes in T. durch die Finanzpolizei. Darin wird wie folgt ausgeführt:

„Am 26.11.2019 um 10:00 Uhr wurde über Ersuchen die Finanzpolizei bei der Kontrolle des Ö. Markts in T., C.-Gasse 21, durch zwei Streifen der PI L. FGP unterstützt. Die Finanzpolizei betrat das Gebäude beim Eingang, die Streife L. 6 (F./S.) positionierte sich vor den beiden Türen an der Längsseite und die Streife L. 3 (P./K.) positionierte sich an der Rückseite vor der Tür zum Lager. Dabei wurde XXXX von P. und K. beobachtet, als er das Gebäude durch die Tür zum Lager verlassen wollte. Er bekam noch ein Zeichen mit der Hand (so als solle er schnell weggehen) des Firmeninhabers Ö. K. – dies wurde ebenfalls beobachtet. XXXX wurde daraufhin angehalten und einer Kontrolle unterzogen. Er gab an, dass er sich hier bewerben wollte. Rücksprache mit BFA erfolgte. Ein Bericht an das BFA wird von der Finanzpolizei vorgelegt.“

2.2. Im Akt befindet sich unter anderem ein Personenblatt (Persisch) der Finanzpolizei betreffend XXXX. Darin wurde – offensichtlich seitens der Finanzpolizei – angegeben, XXXX sei beim Verlassen des Lagerbereichs betreten worden. XXXX habe auf Befragung angegeben, einen Freund besucht zu haben und dass er dann „aufs Klo“ gegangen sei. Warum sein Name auf einem vorgefundenen Block eingetragen sei, könne er nicht sagen.

2.3. Im Akt befindet sich unter anderem weiters ein Strafantrag der Finanzpolizei an die Bezirkshauptmannschaft L. Zum Sachverhalt wurde darin wie folgt ausgeführt:

„Am 26.11.2019 führten Organe der Finanzpolizei Team 40 L. eine Kontrolle [...] im Supermarkt der Ö. KG, C.-Gasse 21, T. durch. Die Finanzpolizei wurde von Organen der PI L. FGP unterstützt. Nach Beginn der Kontrolle wurde Herr XXXX, Staatsangehörigkeit Afghanistan, beobachtet, wie er auf der Rückseite den Supermarkt über das Lager verließ. Er wurde durch die Organe der Polizei angehalten und kontrolliert. In weiterer Folge wurde er iSd AuslBG rechtsbelehrt und ersucht, ein Personenblatt auszufüllen. Herr XXXX gab auf Befragung an, im Supermarkt einen Freund besucht zu haben und auf dem WC gewesen zu sein. Dann hätte er den Supermarkt über das Lager verlassen.

Herrn XXXX wurden Fotos von einem im Lagerbereich eingesehenen Kalender gezeigt und er gefragt, warum sein Name darauf notiert war. Dies konnte Herr XXXX nicht beantworten. Für Herrn XXXX wurden keine arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen oder Bestätigungen für eine Beschäftigung im Supermarkt der Ö. KG beantragt bzw. ausgestellt. Herr XXXX war zum Zeitpunkt der Kontrolle nicht zur SV gemeldet. Dieser stand in persönlicher als auch in wirtschaftlicher Abhängigkeit zum o. a. Betrieb. Ein Entgelt für die erbrachten Leistungen steht diesem im Sinne des § 49 ASVG zu.“

Unter der Rubrik „Ausgeübte Tätigkeit“ wurde ausgeführt, XXXX sei beim Verlassen des Supermarkts der Ö. KG über den Lagerbereich beobachtet worden. Zur Dauer bzw. zum Beginn der Beschäftigung wurde festgehalten, es gebe Aufzeichnungen auf einem Kalender; der Arbeitsantritt sie jedenfalls am 26.11.2019 gewesen.

2.4. Im Akt befindet sich in abfotografierter Form folgende Seite aus einem bei der Kontrolle am 26.11.2019 hervorgekommenen Kalender (Unterstreichungen durch das BVwG):

25.11.-01.12. Tarih: 48 [Kalenderwoche 48, Anmerkung des BVwG]

Mo

Die

Mi

Do

Fr

Sa

XXXX XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

Frei Urlaub

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

2.5. Im Akt befindet sich zudem ein Schreiben der ÖGK an den BF zur Wahrung des Parteiengehörs vom 20.1.2020. Darin wurden zunächst die Ausführungen in dem bereits dargestellten Strafantrag der Finanzpolizei wiedergegeben und wurde seitens der ÖGK betont, dass die Kasse von einem Dienstverhältnis im Sinne von § 4 Abs 2 ASVG ausgehe. Die BF werde ersucht, Herrn XXXX unverzüglich nachzumelden. Sollte sich der Sachverhalt aus Sicht der BF anders darstellen, so werde ihr die Gelegenheit eingeräumt, binnen 14 Tagen eine entsprechende Stellungnahme abzugeben oder nach Terminvereinbarung zu einer mündlichen Erörterung bei der ÖGK zu erscheinen.

2.6. Mit im Akt befindlichen Schreiben vom 23.1.2020 teilte die steuerliche Vertretung der BF mit, dass laut Schreiben der ÖGK die Finanzpolizei im Lagerbereich einen Kalender der BF mit dem Namen von Herrn XXXX fotografiert habe. Es

werde um Übermittlung des Fotos ersucht und werde eine Stellungnahme im Anschluss daran abgegeben werden. Im Übrigen wurde angemerkt, dass Herr XXXX laut Familie Ö. an diesem Tag „zu einem Vorstellungsgespräch im Geschäft“ gewesen sei.

2.7. Mit im Akt befindlichen Schreiben vom 30.1.2020 übermittelte die ÖGK das Foto der erwähnten Kalenderseite und ersuchte um Stellungnahme binnen 14 Tagen.

2.8. Mit im Akt befindlichen Schreiben an die ÖGK vom 11.2.2020 gab die BF eine Stellungnahme ab. Darin verwies sie eingangs auf ein (beigelegtes) Schreiben an die BH L. vom 15.1.2020, in welchem sie bereits ausführlich Stellung genommen habe. Was das von der Finanzpolizei angefertigte Foto der Einsatzpläne für die Woche vom 25.11.2019 bis 1.12.2019 anbelange, so komme in diesem Einsatzplan der Name XXXX nicht vor. Der Name XXXX bedeute „treu“ und beziehe sich auf Herrn A. Ö. In der Türkei sei es nämlich üblich, jedem Kind noch zusätzlich einen sogenannten „Spitznamen“ zu geben, der dann innerhalb der Familie bzw. auch im näheren Bekanntenkreis auch noch im Erwachsenenalter verwendet werde. In weiterer Folge wurden die „Spitznamen der Familienmitglieder“ in der Firma der BF aufgelistet. Es sei nun auch klar, warum die Finanzpolizei Anzeige erstattet habe: Die Finanzpolizei sei offenbar davon ausgegangen, dass es sich beim Namen XXXX um den des Herrn XXXX handelt. Dies sei aber ein Irrtum, wobei nochmals auf die hinter den „Spitznamen“ stehenden Familiennamen im Einsatzplan verwiesen wurde. Die Einsatzliste sei im Übrigen auch nicht vollständig und werde nicht wöchentlich erstellt. Die Liste werde nur geführt, wenn es im Geschäft Aktionen gebe und sichergestellt werden müsse, dass im Bereich Fleisch- und Wurstwaren sowie an der Kassa genügend Mitarbeiter seien. Normalerweise erfolge die Einteilung mündlich durch Herrn N. und E. Ö. bzw. auf einer im Betrieb vorhandenen Schreibtafel. Abschließend werde darauf hingewiesen, dass das Unternehmen der BF sehr erfolgreich geführt würde, dass sie viele Mitarbeiter beschäftigen würde und bisher ihren Meldeverpflichtungen immer ordnungsgemäß nachgekommen sei. Die BF verfüge über ausreichend Arbeitskräfte und sei es auch nicht schwierig, Arbeitskräfte am Arbeitsmarkt zu finden. Die Beschäftigung eines Mitarbeiters ohne entsprechende Arbeitspapiere und ohne Anmeldung sei für die BF daher undenkbar.

In dem an die Bezirkshauptmannschaft L. vom 15.1.2020 gerichteten Schreiben führt die BF aus, der Umstand, dass die Finanzpolizei Herrn XXXX gemeinsam mit Herrn E. beim Verlassen des Supermarkts durch die Hintertür beobachtet habe, könne keineswegs zur Feststellung führen, dass Herr XXXX Dienstnehmer des Unternehmens sei. Herr XXXX sei Asylwerber und mit zwei näher genannten Dienstnehmern der BF gut bekannt, die er zwei- bis dreimal pro Woche besuche und wobei er auch seine Einkäufe im Geschäft erledige. Etwa eine Woche davor (gemeint wohl: vor der Kontrolle durch die Finanzpolizei, Anmerkung des BVwG) habe XXXX „erstmalig gefragt, ob ein Arbeitsantritt in unserem Unternehmen möglich sei. Er habe gehört, dass wir Arbeitskräfte suchen. Weiters erzählte er davon, dass er nach Auskunft seiner Betreuer im Asylantenheim gehört habe, dass die Chancen auf eine Niederlassungsbewilligung höher seien, wenn er nachweisen kann, dass er eine Arbeitsstelle bekommen wird. Wir haben ihn dann für den 26. November zu einem Gespräch eingeladen. Herr Ö. E. hat ihm den Betrieb gezeigt. Ein Dienstvorvertrag wurde von uns bereits vorbereitet und dieser sollte ihm dabei helfen, zu einer Niederlassungsbewilligung in Österreich bzw. natürlich auch zu einer Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung zu kommen. Ausdrücklich festgehalten wird, dass Herr XXXX bisher keinesfalls Arbeiten in unserem Betrieb durchgeführt hat. Wir haben ihm vielmehr unseren Betrieb gezeigt und über kommende Arbeiten (für den Fall, dass er eine Beschäftigungsbewilligung bekommt) aufgeklärt. Nach Beendigung des Gesprächs hat Herr Ö. E. Herrn XXXX zum Hinterausgang begleitet. Hinweis: Das Büro befindet sich im hinteren Bereich des Supermarktes, Parkplätze befinden sich ebenfalls im hinteren Bereich. Zum vereinbarten Termin an diesem Tag ist er auch über den hinteren Ausgang bzw. Eingang in unser Büro gekommen. Seine Jacke hat er im Auto zurückgelassen. Daher wäre es nicht sinnvoll gewesen, dass Herr XXXX den Supermarkt über den normalen Kundenausgang verlassen hätte und dann ohne Jacke rund um das Gebäude hätte gehen müssen. Festgehalten wird außerdem, dass die Organe des Finanzamtes L. Herrn XXXX NICHT beim Ausführen einer Tätigkeit bei uns im Supermarkt angetroffen haben. Eine Feststellung, dass Herr XXXX in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt bei uns beschäftigt war, trifft daher keineswegs zu.“ Die BF habe es im Übrigen nicht not, „Schwarzarbeiter“ zu beschäftigen.

Beigelegt wurde weiters ein Lebenslauf von Herrn XXXX, in dem dieser seinen Namen selbst wie folgt schreibt: „XXXX XXXX“ sowie ein „Dienstvorvertrag“ („aufschiebend bedingt mit Erteilung einer Aufenthalts- und Arbeitsberechtigung“), abgeschlossen zwischen Herrn XXXX und der BF, datiert mit 26.11.2019.

3. Mit Schriftsatz ihres nunmehrigen rechtsfreundlichen Vertreters vom 2.3.2020 erhob die BF fristgerecht Beschwerde gegen den Bescheid der ÖGK vom 17.2.2020, in der sie eingangs beantragte, das BVwG möge eine

Beschwerdeverhandlung durchführen, den bekämpften Bescheid ersatzlos aufheben bzw. in eventu den bekämpften Bescheid aufheben und zur neuerlichen Entscheidung an die ÖGK zurückverweisen.

Sodann wurde insbesondere ausgeführt, das Verlassen des Supermarktes über den Lagerbereich könne definitionsgemäß nicht als das Ausüben einer Beschäftigung angesehen werden und sei dies jedenfalls zu wenig, um der jeweiligen Person eine Arbeitstätigkeit im Betrieb der BF zu unterstellen. Auch ein Vermerk im Dienstplan mit dem Namen XXXX sei kein hinreichender Beweis dafür, dass Herr XXXX tatsächlich bereits im Betrieb BF beschäftigt gewesen wäre. Die BF habe bereits in ihrer Rechtfertigung vom 15.1.2020 ausgeführt, dass Herr XXXX mit zwei konkret genannten Dienstnehmern der BF gut bekannt sei, er diese Mitarbeiter zwei- bis dreimal pro Woche besuche und dabei regelmäßig seine Einkäufe im Geschäft erledige. Im Zuge dessen habe sich XXXX etwa eine Woche vor der Kontrolle durch die Finanzpolizei erkundigt, ob ein Arbeitsantritt im Unternehmen bzw. die Ausstellung eines Dienstvorvertrages durch die BF möglich sei, da dies seine Chancen auf Erteilung eines entsprechenden Aufenthaltstitels im laufenden Asylverfahren maßgeblich erhöhen würde. Weiter wurde in der Beschwerde sodann wörtlich wie folgt ausgeführt:

„Aufgrund dessen wurde im Dienstplan für 25., 26., oder 27.11.2019 der Name XXXX vermerkt, da man an einem dieser Tage — je nach Arbeitsanfall — plante, Herrn XXXX den gesamten Betrieb zu zeigen, ihn über mögliche Arbeitstätigkeiten aufzuklären und um Anschluss daran allenfalls einen Dienstvorvertrag auszustellen.“

Nach Beendigung dieses Gesprächs habe Herr E. Ö. Herrn XXXX zum Hinterausgang begleitet und sei zu diesem Zeitpunkt die Kontrolle des Betriebes des BF durch Organe der Finanzpolizei erfolgt. Der Betrieb sei von XXXX deshalb durch den Hintereingang verlassen worden, da sich dieser ebenso wie die Parkplätze im hinteren Bereich des Supermarktes befinde und XXXX seine Jacke im Auto zurückgelassen habe. Die BF sei ein seit Jahren erfolgreiches Familienunternehmen und beschäftige insgesamt 20 Mitarbeiter. Alle Mitarbeiter seien ordnungsgemäß gemeldet bzw. würden über die erforderliche Beschäftigungsbewilligung verfügen. Die ÖGK stelle in ihrem Bescheid eingangs selbst fest, dass es sich um den ersten Meldeverstöß innerhalb der letzten zwölf Monate handle. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte im gegenständlichen Fall daher nicht vom Vorliegen einer Beschäftigung am 26.11.2019 in wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit ausgegangen werden dürfen und habe die BF mangels Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses ihre Meldepflicht nicht verletzt. Beantragt wurde die zeugenschaftliche Befragung von XXXX sowie weiterer Personen.

4. Am 5.6.2020 legte die ÖGK den Akt dem BVwG vor, verwies auf die Ausführungen im angefochtenen Bescheid und beantragte, das BVwG möge die Beschwerde als unbegründet abweisen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Am Dienstag, dem 26.11.2019, führten Organe der Finanzpolizei eine Kontrolle im von der BF betriebenen Supermarkt, C.-Gasse 21, T., durch. Die Finanzpolizei wurde von Organen der PI L. FGP unterstützt. Die Finanzpolizei betrat das Gebäude beim Eingang, eine Streife positionierte sich vor den beiden Türen an der Längsseite und eine Streife positionierte sich an der Rückseite vor der Tür zum Lager. Dabei wurde beobachtet, wie der afghanische Staatsangehörige XXXX den Supermarkt auf der Rückseite über das Lager verließ, wobei ihm der Firmeninhaber Ö. K. noch ein Zeichen mit der Hand gab, so als solle er schnell weggehen. Für XXXX lag weder eine ausländerbeschäftigungsrechtliche Bewilligung, noch eine Anmeldung zur Sozialversicherung vor.

1.2. Bei der Nachschau im Supermarkt wurde ein Kalender mit wörtlich wiedergegebenen, folgenden Einträgen aufgefunden (Unterstrichungen durch das BVwG):

25.11.-01.12. Tarih: 48 [Kalenderwoche 48, Anmerkung des BVwG]

Mo

Die

Mi

Do

Fr

Sa

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

Frei Urlaub

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

1.3. Bei den auf „XXXX“ lautenden Einträgen handelt es sich um Herrn XXXX.

1.4. Nicht festgestellt werden kann, dass sich XXXX – wie im Beschwerdeverfahren behauptet – im Lager des Supermarkts (nur) zum Zwecke des Besuches von Freunden, der Besorgung von Einkäufen und zwecks Erkundigungen hinsichtlich einer möglichen Beschäftigungsaufnahme aufgehalten hat. Vielmehr ist festzustellen, dass sich XXXX (zumindest) am Kontrolltag dort aufhielt, um Hilfstätigkeiten für die BF durchzuführen.

2. Beweiswürdigung:

2.1. Beweis wurde erhoben durch den Inhalt des vorliegenden Verwaltungsaktes der ÖGK.

2.2. Was die unter Punkt 1.1. getroffenen Feststellungen zur Kontrolle der Finanzpolizei im Supermarkt der BF anbelangt, so folgen diese unmittelbar aus dem Bericht der PI L. sowie der Anzeige der Finanzpolizei und sind darüber hinaus gänzlich unstrittig; so wurde auch seitens der BF niemals in Zweifel gezogen, dass XXXX anlässlich der Kontrolle

den Supermarkt auf der Rückseite über das Lager verließ.

2.3. Die getroffenen Feststellungen zu dem im Supermarkt anlässlich der Kontrolle aufgefundenen Kalender (Punkt 1.2.), in welchem der Name XXXX am Montag, dem 25.11.2019 (an diesem Tag unter der Rubrik „Frei/Urlaub“) sowie am 26.11.2019 (dem Kontrolltag) und am 27.11.2019 aufscheint, beruhen auf ebendiesem Kalender; er befindet sich – in gut lesbarer Kopie – im Akt.

2.4. Die getroffene Feststellung, wonach es sich bei den auf „ XXXX “ lautenden Einträgen im Kalender um Herrn XXXX handelt (Punkt 1.3.), beruht darauf, dass dies – ungeachtet früherer, anders lautender Behauptungen – im Beschwerdeschriftsatz ausdrücklich eingestanden wurde, arg. die BF in ihrer Beschwerde, Seite 4: [...] „Aufgrund dessen wurde im Dienstplan für 25., 26., oder 27.11.2019 der Name XXXX vermerkt, da man an einem dieser Tage — je nach Arbeitsanfall — plante, Herrn XXXX den gesamten Betrieb zu zeigen, [...].

2.5. Was die unter Punkt 1.4. getroffenen Feststellungen anbelangt, so ist Folgendes auszuführen:

Seitens der BF wurde im Beschwerdeverfahren vorgebracht, dass sich XXXX im Lager des Supermarkts (nur) zum Zwecke des Besuches von Freunden, der Besorgung von Einkäufen und zwecks Erkundigungen hinsichtlich einer möglichen Beschäftigungsaufnahme aufgehalten habe. Dieses Vorbringen stellt sich jedoch bereits aufgrund der Aktenlage als erwiesener Maßen falsch dar:

So wäre bereits das Verlassen des Supermarkts beim Eintreffen der Finanzpolizei über das Lager für eine Person, die dort keine Beschäftigung ausübt, sehr unüblich. Dessen ungeachtet könnte nach Ansicht des BVwG daraus bloß aufgrund der Aktenlage tatsächlich noch auf keine Beschäftigung geschlossen werden. Im konkreten Fall wurde darüber hinaus jedoch ein „Dienstplan“ (Kalender mit entsprechenden Einträgen) vorgefunden, auf dem am 25.11.2019 (an diesem Tag unter der Rubrik „Frei/Urlaub“) sowie am 26.11.2019 (dem Kontrolltag) und am 27.11.2019 der Vorname „ XXXX “ aufscheint. Diesbezüglich versuchte die BF mit Stellungnahme an die ÖGK vom 11.2.2020 noch weitwendig darzulegen, dass es sich beim Eintrag „ XXXX “ nicht um Herrn XXXX , sondern vielmehr um den Spitznamen des Dienstnehmers A. Ö. handle. Erst in ihrer Beschwerde vom 2.3.2020 räumte die BF dann explizit ein, dass es sich beim Eintrag „ XXXX “ sehr wohl um Herrn XXXX handelt (arg. „Aufgrund dessen wurde im Dienstplan für 25., 26., oder 27.11.2019 der Name XXXX vermerkt, da man an einem dieser Tage — je nach Arbeitsanfall — plante, Herrn XXXX den gesamten Betrieb zu zeigen, ihn über mögliche Arbeitstätigkeiten aufzuklären und um im Anschluss daran allenfalls einen Dienstvorvertrag auszustellen“) und gestand die BF folglich implizit ein, dass ihr bisheriges – ausführliches - Vorbringen falsch war. Das nunmehrige Vorbringen lautet somit dahingehend, dass Herr XXXX im Dienstplan für den 25., 26., oder 27.11.2019 „vermerkt“ worden sei, da man an einem dieser Tage — je nach Arbeitsanfall — geplant habe, ihm den gesamten Betrieb zu zeigen, ihn über mögliche Arbeitstätigkeiten aufzuklären und um im Anschluss daran allenfalls einen Dienstvorvertrag auszustellen.

Dieses nunmehrige Vorbringen steht jedoch gänzlich abseits jeglicher Lebenserfahrung: So erhellt bereits dem Grunde nach in keiner Weise, warum ein potentieller Stellenbewerber im Dienstplan – neben den Dienstnehmern und noch dazu an mehreren Tagen – aufscheinen sollte, woran auch der Hinweis, es sei an einem dieser Tage eben geplant gewesen, ihm den Betrieb zu zeigen und allenfalls einen Dienstvorvertrag abzuschließen, nichts zu ändern vermag. Vor allem aber ist diesem Vorbringen auch entgegen zu halten, dass Herr XXXX am Montag, dem 25.11.2019 unter der Rubrik „Frei/Urlaub“ aufscheint, während er am 26.11.2019 (dem Kontrolltag) und am 27.11.2019 unter der „normalen“ Rubrik aufscheint. Es stellt sich geradezu als denk unmöglich dar, dass bei einem potentiellen Stellenbewerber auch bereits ein (in der Vergangenheit liegender) Urlaubstag eingetragen ist. Vielmehr muss in Anbetracht dieses Sachverhalts – in Verbindung mit dem Umstand, dass XXXX am 26.11.2019 den Supermarkt bei Beginn der Kontrolle fluchtartig über das Lager verlassen hat – zwingend schon aufgrund der Aktenlage der Schluss gezogen werden, dass XXXX bereits in einem Beschäftigungsverhältnis bei der BF (Ausübung von Hilfstätigkeiten) stand, woran auch der nachträglich im Verfahren vorgelegte und mit 26.11.2019 (dem Kontrolltag) datierte „Dienstvorvertrag“ nichts zu ändern vermag. Aufgrund des dargestellten – einzig denkmöglichen – Beweisergebnisses erübrigt sich auch die in der Beschwerde beantragte Befragung von Zeugen.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A) Abweisung der Beschwerde

3.1. Allgemeine rechtliche Grundlagen:

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gegenständlich entscheidet das Bundesverwaltungsgericht mangels anderer Regelung somit durch Einzelrichter.

Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache gem. § 28 Abs 1 VwGVG durch Erkenntnis zu erledigen.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 i.d.F. BGBl. I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung – BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes – AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 – DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

### 3.2. Rechtliche Grundlagen im ASVG

#### 3.2.1. § 113 ASVG lautet:

§ 113. (1) Den in § 111 Abs. 1 genannten Personen (Stellen) können Beitragszuschläge vorgeschrieben werden, wenn die Anmeldung zur Pflichtversicherung nicht vor Arbeitsantritt erstattet wurde.

(2) Der Beitragszuschlag nach einer unmittelbaren Betretung im Sinne des § 111a setzt sich aus zwei Teilbeträgen zusammen, mit denen die Kosten für die gesonderte Bearbeitung und für den Prüfeinsatz pauschal abgegolten werden. Der Teilbetrag für die gesonderte Bearbeitung beläuft sich auf 400 € je nicht vor Arbeitsantritt angemeldeter Person; der Teilbetrag für den Prüfeinsatz beläuft sich auf 600 €.

(3) Bei erstmaliger verspäteter Anmeldung mit unbedeutenden Folgen kann der Teilbetrag für die gesonderte Bearbeitung entfallen und der Teilbetrag für den Prüfeinsatz auf bis zu 300 € herabgesetzt werden. In besonders berücksichtigungswürdigen Fällen kann auch der Teilbetrag für den Prüfeinsatz entfallen.

#### 3.2.2. § 4 Abs 2 ASVG lautet auszugsweise:

(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. [...]

#### 3.2.3. § 33 ASVG lautet:

(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.

[...]

#### 3.2.4. § 35 ASVG lautet auszugsweise:

(1) Als Dienstgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer (Lehrling) in einem Beschäftigungs(Lehr)verhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

[...]



### 3.3. Im konkreten Fall bedeutet dies:

Den getroffenen Feststellungen zufolge wurde am 26.11.2019 durch Organe der Finanzpolizei eine Kontrolle im von der BF betriebenen Supermarkt durchgeführt; die Finanzpolizei wurde von Organen der PI L. FGP unterstützt. Die Finanzpolizei betrat das Gebäude beim Eingang, eine Streife positionierte sich vor den beiden Türen an der Längsseite und eine Streife positionierte sich an der Rückseite vor der Tür zum Lager. Dabei wurde beobachtet, wie der afghanische Staatsangehörige XXXX den Supermarkt auf der Rückseite über das Lager verließ, wobei ihm der Firmeninhaber Ö. K. noch ein Zeichen mit der Hand gab, so als solle er schnell weggehen. Für XXXX lag weder eine ausländerbeschäftigungsrechtliche Bewilligung, noch eine Anmeldung zur Sozialversicherung vor.

Den getroffenen Feststellungen zufolge hielt sich XXXX (zumindest) am Kontrolltag im Betrieb der BF auf, um Hilfstätigkeiten für die BF durchzuführen.

Wenn die BF nun in ihrer Stellungnahme und in ihrer Beschwerde einwendet, Herr XXXX sei anlässlich der Kontrolle lediglich beim Verlassen des Supermarkts über das Lager beobachtet worden, so ist dies zutreffend. Obwohl festzustellen ist, dass XXXX sehr wohl zumindest am Kontrolltag im Supermarkt der BF gearbeitet hatte, so wurde er dennoch lediglich beim (fluchtartigen) Verlassen des Supermarkts über das Lager, nicht aber beispielsweise bei konkreten Hilfstätigkeiten im Lager oder an der Kassa beobachtet. Die BF stellt nun offensichtlich das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals der „unmittelbaren Betretung“ im Sinne von § 113 Abs 2 ASVG in Frage. Das Tatbestandsmerkmal des Betretens einer Person (Dienstnehmer) durch eine andere Person (Prüforgan) setzt nach dem Wortsinn ein körperliches Zusammentreffen dieser beiden Personen (ein unmittelbares sinnliches Wahrnehmen der einen Person durch die andere) nach einem (behaupteten) Arbeitsantritt voraus. Das Prüforgan muss diese Person nach dem Arbeitsantritt während der Arbeitszeit bzw. während der die Arbeit unterbrechenden Ruhepausen angetroffen haben (vgl. VwGH vom 19.12.2018, Zl. Ro 2018/08/0019, vom 8.5.2019, Zl. Ra 2019/08/0017). Bereits diese Formulierung (arg. „das Prüforgan muss diese Person nach dem Arbeitsantritt während der Arbeitszeit bzw. während der die Arbeit unterbrechenden Ruhepausen angetroffen haben“) zeigt deutlich auf, dass der Begriff der „unmittelbaren Betretung“ nicht dermaßen eng auszulegen ist, dass das Prüforgan auch selbst beobachtet haben muss, dass der potentielle Dienstnehmer „Hand anlegte“, sondern fällt darunter sehr wohl auch eine (bloße) Betretung des (potentiellen) Dienstnehmers am (potentiellen) Arbeitsplatz bzw. dessen fluchtartiges Verlassen des (potentiellen) Arbeitsplatzes bei Eintreffen der Finanzpolizei, wenn die anlässlich der Betretung hervorgekommenen Umstände (wie im konkreten Fall insbesondere der aufgefundene Dienstplan) klar auf eine Beschäftigung schließen lassen. In diesem Sinne etwa hat auch der VwGH in seinem Erkenntnis vom 13.11.2013, Zl. 2011/08/0145, dem ein durchaus vergleichbarer Sachverhalt wie gegenständlich zugrunde lag, nicht angezweifelt, dass dann eine unmittelbare Betretung im Sinne von § 113 Abs 2 ASVG vorliegt, wenn sich die betretene Person bei Erblicken der Kontrollorgane plötzlich in das Innere der Lagerräume zurückgezogen hat und die Gesamtumstände auf eine Beschäftigung schließen lassen.

Im gegenständlichen Fall liegt somit unzweifelhaft eine „unmittelbare Betretung“ von XXXX im Sinne von § 113 Abs 2 ASVG vor.

Weiters ist hier anzumerken, dass es sich bei den von XXXX durchgeführten (Hilfs-)Tätigkeiten unzweifelhaft dem Grunde nach um ein Dienstverhältnis im Sinne von § 4 Abs 2 ASVG handelt: So kann nach ständiger Rechtsprechung des VwGH bei einfachen manuellen Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und auf die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlauben, das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs 2 ASVG ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden (vgl. z. B. VwGH vom 24.7.2018, Zl. Ra 2017/08/0045). Auch die Dienstgeborenschaft der BF ist unzweifelhaft.

Die BF hat somit als Dienstgeberin am 26.11.2019 Herrn XXXX, der gemäß § 4 Abs 1 und Abs 2 ASVG als ein der Pflichtversicherung unterliegender Dienstnehmer anzusehen war, entgegen § 33 Abs 1 ASVG nicht vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger angemeldet und liegt – wie dargestellt – eine „unmittelbare Betretung“ im Sinne von § 113 Abs 2 ASVG vor.

Der in einem solchen Fall für die gesonderte Bearbeitung gemäß § 113 Abs 2 ASVG vorzuschreibende Teilbetrag von 400 € je nicht angemeldetem Dienstnehmer und der Teilbetrag für den Prüfeinsatz von 600 €, somit insgesamt 1.000 €, wurde daher zu Recht vorgeschrieben.

Schließlich wird nicht verkannt, dass § 113 Abs 3 ASVG zusätzlich Folgendes normiert: „Bei erstmaliger verspäteter Anmeldung mit unbedeutenden Folgen kann der Teilbetrag für die gesonderte Bearbeitung entfallen und der Teilbetrag für den Prüfeinsatz auf bis zu € 300 herabgesetzt werden. In besonders berücksichtigungswürdigen Fällen kann auch der Teilbetrag für den Prüfeinsatz entfallen.“ Zur Frage des Entfalls von Komponenten des Beitragszuschlages bzw. der Herabsetzung des Prüfteilbetrages ist der BF zwar zuzugestehen, dass es sich um einen erstmaligen Meldeverstoß gehandelt hat. Die Anmeldung des Dienstnehmers war jedoch zum Zeitpunkt der Kontrolle noch nicht nachgeholt worden, sodass das typische Bild eines Meldeverstoßes vorliegt. Von unbedeutenden Folgen im Sinn des § 113 Abs 2 ASVG kann daher der ständigen Rechtsprechung des VwGH zufolge nicht die Rede sein (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 10. Juli 2013, Zl. 2013/08/0117; weitere diesbezügliche Erkenntnisse: Zl. 2010/08/0218, 2012/08/0165, 2011/08/0154). Somit ist der ÖGK nicht entgegen zu treten, wenn sie gemäß § 113 Abs 2 ASVG den Teilbetrag für den Prüfeinsatz nicht bis auf 300 € herabsetzte bzw. den Teilbetrag für die gesonderte Bearbeitung nicht entfallen ließ. Es wurden in der Beschwerde schließlich auch keine konkreten Umstände dargetan, die auf besonders berücksichtigungswürdige Umstände hinweisen würden.

3.4. Folglich ist die Beschwerde spruchgemäß als unbegründet abzuweisen.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Gemäß Art 133 Abs 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, da die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung betreffend die Verhängung eines Beitragszuschlages von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Absehen von einer Beschwerdeverhandlung:

Gemäß § 24 Abs 2 Z 1 VwGVG kann eine Verhandlung entfallen, wenn der das vorangegangene Verwaltungsverfahren einleitende Antrag der Partei oder die Beschwerde zurückzuweisen ist, oder bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben, die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt oder die angefochtene Weisung für rechtswidrig zu erklären ist.

Gemäß § 24 Abs 4 VwGVG kann das Verwaltungsgericht, soweit durch Bundes- oder Landesgesetz nicht anderes bestimmt ist, ungeachtet eines Parteiantrags von einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt und einem Entfall der Verhandlung weder Art 6 Abs 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, [EMRK] noch Art 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389 [GRC] entgegenstehen.

Die Zulässigkeit des Unterbleibens einer mündlichen Verhandlung ist am Maßstab des Art 6 EMRK zu beurteilen. Dessen Garantien werden zum Teil absolut gewährleistet, zum Teil stehen sie unter einem ausdrücklichen (so etwa zur Öffentlichkeit einer Verhandlung) oder einem ungeschriebenen Vorbehalt verhältnismäßiger Beschränkungen (wie etwa das Recht auf Zugang zu Gericht). Dem entspricht es, wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände das Unterbleiben einer mündlichen Verhandlung für gerechtfertigt ansieht, etwa wenn der Fall auf der Grundlage der Akten und der schriftlichen Stellungnahmen der Parteien angemessen entschieden werden kann (vgl. EGMR 12.11.2002, Döry / S, RN 37). Der Verfassungsgerichtshof hat im Hinblick auf Art 6 EMRK für Art 47 GRC festgestellt, dass eine mündliche Verhandlung vor dem Asylgerichtshof im Hinblick auf die Mitwirkungsmöglichkeiten der Parteien im vorangegangenen Verwaltungsverfahren regelmäßig dann unterbleiben könne, wenn durch das Vorbringen vor der Gerichtsinstanz erkennbar werde, dass die Durchführung einer

Verhandlung eine weitere Klärung der Entscheidungsgrundlagen nicht erwarten lasse (vgl. VfGH 21.02.2014, B1446/2012; 27.06.2013, B823/2012; 14.03.2012, U466/11; VwGH 24.01.2013, 2012/21/0224; 23.01.2013, 2010/15/0196).

Im gegenständlichen Fall ergab sich aus der Aktenlage, dass von einer mündlichen Erörterung keine weitere Klärung des Sachverhalts zu erwarten war. Der entscheidungswesentliche Sachverhalt erweist sich aufgrund der Aktenlage als geklärt.

#### **Schlagworte**

Beitragszuschlag Meldeverstoß

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2020:L503.2231812.1.00

#### **Im RIS seit**

28.01.2021

#### **Zuletzt aktualisiert am**

28.01.2021

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

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