

# TE Bvwg Erkenntnis 2021/12/29 W126 2230077-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.12.2021

## Entscheidungsdatum

29.12.2021

## Norm

ASVG §113 Abs1 Z1

ASVG §113 Abs1 Z2

ASVG §35

ASVG §4

B-VG Art133 Abs4

## Spruch

W126 2230077-1/14E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch die Richterin Dr.in Sabine FILZWIESER-HAT als Einzelrichterin über die Beschwerde von XXXX , BKNR XXXX , gegen den Bescheid der Österreichischen Gesundheitskasse, Landesstelle Niederösterreich vom 14.01.2020, GZ: XXXX , nach Beschwerdevorentscheidung vom 16.03.2020, betreffend die Vorschreibung eines Beitragszuschlages gemäß § 113 Abs. 1 iVm Abs. 2 ASVG in Höhe von EUR 1.400,00 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 17.09.2021 zu Recht:

A)

Der Beschwerde wird stattgegeben und die Beschwerdevorentscheidung bzw. der angefochtene Bescheid ersatzlos behoben.

B)

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

## Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Bescheid vom 14.01.2020, GZ: XXXX , schrieb die Österreichische Gesundheitskasse, Landesstelle Niederösterreich (im Folgenden: die belangte Behörde bzw. ÖGK) dem Beschwerdeführer gemäß § 113 Abs. 1 iVm Abs. 2 ASVG einen Beitragszuschlag in der Höhe von EUR 1.400,00 vor, weil er es unterlassen habe, die Dienstnehmer XXXX (im Folgenden als Betretener A. U. bezeichnet) und XXXX (im Folgenden als Betretener A. M. bezeichnet) vor Arbeitsantritt zur Pflichtversicherung zu melden. Begründend wurde ausgeführt, dass im Rahmen der am 15.11.2019 erfolgten Kontrolle der Finanzpolizei in XXXX , festgestellt worden sei, dass für die oben genannten Dienstnehmer die Anmeldung vor Arbeitsantritt nicht erstattet worden sei. Der vorgeschriebene Beitragszuschlag setze sich aus dem Teilbetrag für die gesonderte Bearbeitung in Höhe von EUR 400,00 je nicht vor Arbeitsantritt angemeldeter Person und dem Teilbetrag für den Prüfeinsatz in Höhe von EUR 600,00 zusammen.
2. Mit Schreiben vom 06.02.2020 erhob der Beschwerdeführer binnen offener Rechtsmittelfrist Beschwerde, die er damit begründete, dass er weder – wie ihm in parallel geführten Verfahren vorgeworfen werde – ein Gewerbe unbefugt ausgeübt noch Arbeitnehmer beschäftigt habe. Er habe lediglich den Kontakt zwischen dem Unternehmen XXXX (im Folgenden: Unternehmen H.) und dem Hauseigentümer Herrn XXXX (im Folgenden: Herr P.T.) bzw. Unternehmen H. und dem Inhaber des XXXX – Herrn XXXX (im Folgenden: Herr A.) – hergestellt. So habe ihn der langjährige Bekannte P.T. im Oktober/November 2019 gefragt, ob das Unternehmen, in welchem der Beschwerdeführer angestellt sei, Erdbewegungsarbeiten durchführen könne, was der Beschwerdeführer verneint habe. Der Beschwerdeführer habe Herrn P.T. aber behilflich sein wollen, weshalb er sich in weiterer Folge an den Gatten der Inhaberin (= Frau XXXX , im Folgenden: F.I.) des Unternehmens H. - Herrn XXXX (im Folgenden: Ö.I.) gewandt habe, welcher sich grundsätzlich bereit erklärt habe, die Arbeiten durchzuführen, aber über zu wenig Personal verfügt habe. Der Beschwerdeführer habe sodann die Verbindung zu Herrn A. hergestellt, der die beiden Betretenen zur Verfügung gestellt bzw. diese an das Unternehmen H. vermittelt habe. Im vorliegenden Fall habe die einzige Tätigkeit des Beschwerdeführers darin bestanden, Herrn Ö.I. zu fragen, ob das Einzelunternehmen H. die Arbeiten für Herrn P.T. durchführen könne, und den Kontakt zwischen Herrn Ö.I. und Herrn A. herzustellen. Der Bescheid werde in seiner Gesamtheit wegen Rechtswidrigkeit in Folge Verletzung von Verfahrensvorschriften und inhaltlicher Rechtswidrigkeit angefochten.
3. Mit Beschwerdeverentscheidung vom 16.03.2020 wies die belangte Behörde die Beschwerde als unbegründet ab.
4. Der Beschwerdeführer stellte mit Schreiben vom 20.03.2020 fristgerecht einen Vorlageantrag und beantragte die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Einvernahme der angeführten Zeugen und des Beschwerdeführers, die angeführten Akten der Bezirkshauptmannschaft beizuschaffen und den in Beschwer gezogenen Bescheid ersatzlos aufzuheben.
5. Die belangte Behörde legte dem Bundesverwaltungsgericht, einlangend am 01.04.2020, den Vorlageantrag und die Beschwerde unter Anschluss der Akten des Verfahrens gemäß § 15 Abs. 2 VwGVG vor.
6. Mit Schreiben vom 16.07.2021 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Bezirkshauptmannschaft zum Zwecke der Einsichtnahme um Übermittlung der Akten zu den bei dieser wegen Übertretung des § 366 GewO, wegen Übertretung der §§ 28, 3 AuslBG sowie wegen Übertretung der §§ 111, 33 ASVG anhängigen, den Beschwerdeführer betreffenden Verwaltungsstrafverfahren. Mit Schreiben vom 04.08.2021 (eingelangt am 12.08.2021) wurden dem Bundesverwaltungsgericht seitens der Bezirkshauptmannschaft entsprechende Aktenkopien zu diesen den Beschwerdeführer betreffenden Verwaltungsstrafverfahren übermittelt.
7. Am 17.09.2021 führte das Bundesverwaltungsgericht zur Ermittlung des maßgeblichen Sachverhaltes eine mündliche Verhandlung durch, an welcher eine Vertreterin der belangten Behörde und der Beschwerdeführer teilnahmen, in der ein Dolmetscher für die Sprache Türkisch beigezogen wurde und in der vier Zeugen, Ö.I., L.S., XXXX (im Folgenden: F.T.), der Vater von P.T., und P.T. einvernommen wurden. Der Beschwerdeführer und die vier Zeugen wurden insbesondere zu ihrem jeweiligen Verhältnis zueinander, zu den geplanten und getätigten Arbeiten auf der Liegenschaft des P.T., zu etwaigen Vereinbarungen und Anweisungen diesbezüglich sowie zu ihrer Anwesenheit bzw. Nicht-Anwesenheit am Kontrolltag befragt.
8. Gemäß telefonischer Auskunft vom 29.09.2021 der Bezirkshauptmannschaft habe diese über den Beschwerdeführer wegen Übertretung der §§ § 366 GewO, wegen Übertretung der §§ 28, 3 AuslBG sowie wegen Übertretung der §§ 111, 33 ASVG jeweils eine Geldstrafe verhängt. Die Straferkenntnisse seien dem Beschwerdeführer am 17.09.2021 zugestellt worden und zum Zeitpunkt der telefonischen Auskunft am 29.09.2021 nicht rechtskräftig.

9. Gemäß telefonischer Auskunft vom 09.11.2021 der Bezirkshauptmannschaft seien zu jenen den Beschwerdeführer betreffenden Straferkenntnissen seit 01.10.2021 Beschwerden beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich anhängig und die Verfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Bei einer Kontrolle am 15.11.2019 um 09.30 Uhr durch Organe der Finanzpolizei auf einer im Eigentum des P.T. befindlichen Liegenschaft in XXXX wurden A.M., A.U. sowie L.S. arbeitend angetroffen, als sie mit Schaufeln Erde abgruben und mit Kübeln in eine vor dem auf der Liegenschaft gelegenen Haus abgestellte Kippmulde verbrachten, ohne als Dienstnehmer zur Sozialversicherung angemeldet zu sein. Die beiden Betretenen A.M. und A.U. nahmen ihre Tätigkeit am 14.11.2019 um 09.00 Uhr auf und waren an diesem Tag bis 16.00 Uhr tätig. Am 15.11.2019, dem Tag der Betretung, waren sie seit 08.30 Uhr mit dem Abgraben von Erde beschäftigt.

Im Zuge der Betretung kamen Ö.I., F.T. sowie P.T. zur Liegenschaft. Ö.I. veranlasste während der Kontrolle, dass L.S. durch die Dienstgeberin F.I., Inhaberin des unter anderem im Bereich Gartenpflege tätigen Unternehmens H. und Ehefrau des Ö.I., zur Sozialversicherung gemeldet wurde. Ö.I. hilft seiner Gattin F.I. bei Büroarbeiten, ist jedoch nicht bei ihrem Unternehmen angestellt. Ö.I. ist mit dem Beschwerdeführer bekannt. P.T. und F.T. kennen Ö.I. Der Beschwerdeführer war am Tag der Betretung nicht auf der Liegenschaft.

1.2. Der Beschwerdeführer wohnt in XXXX an der Adresse XXXX. Er ist als Betriebsleiter bzw. Vorarbeiter bei einem im Bereich Gartengestaltung tätigen Unternehmen im selben Ort angestellt, dessen Sitz an der Adresse XXXX gelegen ist. Der Beschwerdeführer übt neben dieser unselbständigen Tätigkeit keine selbständige Tätigkeit in dieser Branche aus und verfügt nicht über eine eigene betriebliche Struktur. Er besitzt Visitenkarten, auf der sein Name, darunter sein Spitzname „ XXXX “, die Wortfolge „Garten- und Landschaftsbau“, untereinander „ XXXX “ und „ XXXX “ sowie rechts daneben eine Handynummer angeführt sind und eine schematische Zeichnung mit Bäumen und Büschen abgebildet ist.

1.3. Vor Beginn der Arbeiten wurde der Beschwerdeführer von P.T. auf Grund der bestehenden Bekanntschaft zwischen ihnen beiden bzw. zwischen ihren Familien eingeladen, sich dessen neu erworbenes Haus anzusehen. Im Rahmen dessen sprachen die beiden angesichts der beruflichen Tätigkeit und Erfahrung des Beschwerdeführers darüber, welche Arbeiten zur Begradigung des Gartens durchzuführen sind. Der Beschwerdeführer wollte P.T. in dieser Angelegenheit helfen und kontaktierte daher Ö.I., ob das Unternehmen H. diese Arbeiten durchführen kann. Dieser sah sich die Baustelle an und sprach diesbezüglich auch mit P.T., wies jedoch darauf hin, dass ihm derzeit nur ein Arbeiter zur Verfügung steht und dies für die Arbeiten nicht ausreicht. Der Beschwerdeführer stellte daraufhin den Kontakt mit den beiden Betretenen A.M. und A.U. her.

An beiden Tagen legten die beiden Betretenen die Strecke von Wien nach XXXX in der Früh mit dem Zug zurück. Am Ende des ersten Tages wurden die beiden Betretenen nach deren Tätigkeit um etwa 16.00 Uhr vom Beschwerdeführer mit dem Auto von der Liegenschaft des P.T. abgeholt und nach Wien zu einer Straßenbahnstation gebracht. Der Beschwerdeführer suchte die Liegenschaft des P.T. alleine aus diesem Grund auf. Er erteilte den Betretenen zu keinem Zeitpunkt Weisungen zur Ausführung der Arbeiten und kontrollierte nicht den Fortschritt der Arbeiten.

Von P.T. wurde die Bereitstellung der Kippmulde organisiert. Das für die Arbeiten erforderliche Werkzeug, Schaufel und Kübel, befand sich vor Ort auf dessen Liegenschaft. F.T., der Vater des P.T., sperrte am Tag der Betretung um etwa 07.30 Uhr die Garage des Hauses auf und verließ anschließend die Liegenschaft wieder.

Zwischen dem Beschwerdeführer und P.T. wurde kein (schriftlicher) Vertrag betreffend die Durchführung der Arbeiten abgeschlossen. Der Beschwerdeführer erhielt vor, während oder nach den Arbeiten weder von P.T. noch von F.T. noch von Ö.I. oder F.I. ein Entgelt und es bestand auch keine diesbezügliche Vereinbarung. Zwischen P.T. und dem Beschwerdeführer wurde nicht vereinbart, dass der Beschwerdeführer ein Entgelt an die Betretenen bezahlen soll.

Mit den beiden Betretenen wurde in Bezug auf deren Tätigkeit im Vorhinein nicht Unentgeltlichkeit vereinbart. Die Betretenen verfügten zum Zeitpunkt ihrer Betretung über keine bzw. geringe finanzielle Mittel und sind weder mit dem Beschwerdeführer noch mit einem der Zeugen verwandtschaftlich oder freundschaftlich verbunden. Den beiden Betretenen wurde weder von P.T. noch von F.T. noch von Ö.I. noch vom Beschwerdeführer vor, während oder nach den Arbeiten ein Entgelt bezahlt.

Nach der Betretung bezahlte P.T. an das Unternehmen H. einen Betrag in Höhe von EUR 240,00 für die am 14.11.2019 in der Zeit von 08.00 bis 16.00 Uhr durchgeführten Arbeiten. Die bedingt durch die Betretung nicht fertig durchgeführten Arbeiten schloss ein anderes Unternehmen ab, an welches P.T. einen Betrag in Höhe von EUR 720,00 bezahlte.

1.4. Die Bezirkshauptmannschaft verhängte über den Beschwerdeführer wegen Übertretung des§ 366 GewO (Zl. XXXX ), wegen Übertretung der §§ 28, 3 AuslBG (Zl. XXXX ) sowie wegen Übertretung der §§ 111, 33 ASVG (Zl. XXXX ) jeweils eine Geldstrafe. Die Straferkenntnisse wurden dem Beschwerdeführer am 17.09.2021 zugestellt. Am 09.11.2021 waren zu diesen Verwaltungsstrafverfahren Beschwerden des Beschwerdeführers beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich anhängig.

## 2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich insbesondere aus den zur gegenständlichen Rechtssache vorliegenden Verfahrensakten der belangten Behörde, der Bezirkshauptmannschaft und des Bundesverwaltungsgerichts, aus den niederschriftlichen Angaben des P.T. und der beiden Betretenen am 15.11.2019 vor der Finanzpolizei bzw. dem Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (BFA), im Akt einliegenden Fotos sowie den Ergebnissen der vor dem Bundesverwaltungsgericht durchgeführten mündlichen Verhandlung.

2.1. Die Feststellungen, dass bei einer Kontrolle am 15.11.2019 um 09.30 Uhr durch Organe der Finanzpolizei auf einer im Eigentum des P.T. befindlichen Liegenschaft A.M., A.U. sowie L.S. arbeitend angetroffen wurden, als sie mit Schaufeln Erde abgruben und mit Kübeln in eine vor dem auf der Liegenschaft gelegenen Haus abgestellte Kippmulde verbrachten und nicht als Dienstnehmer zur Sozialversicherung angemeldet waren, sowie die Feststellungen, dass A.M. und A.U. am 14.11.2019 um 09.00 Uhr ihre Tätigkeit aufnahmen, an diesem Tag bis 16.00 Uhr tätig waren und am 15.11.2019, dem Tag der Betretung, seit 08.30 Uhr mit dem Abgraben von Erde beschäftigt waren, sind unbestritten und fußen unter anderem auf den im Akt einliegenden niederschriftlichen Angaben vor der Finanzpolizei und dem BFA.

Die Feststellung, dass Ö.I., F.T. und P.T. im Zuge der Betretung zur Liegenschaft kamen bzw. anwesend waren, ist unbestritten und beruht unter anderem auf den Angaben der Zeugen in der mündlichen Verhandlung (vgl. BVwG VH S. 9, 10, 19). Dass Ö.I., der Ehemann von Frau F.I., welche das Unternehmen H. betreibt, veranlasste, dass im Zuge der Kontrolle L.S. durch die Dienstgeberin F.I. zur Sozialversicherung gemeldet wurde, ist unbestritten. Dass der Beschwerdeführer am Tag der Betretung nicht auf der Liegenschaft des P.T. war, gründet sich auf dessen Angaben (vgl. BVwG VH S. 4 – 5) sowie die diesbezüglich nicht entgegenstehenden Ausführungen der Zeugen in der mündlichen Verhandlung (vgl. BVwG VH S. 19, S. 23).

Die Feststellung der Bekanntschaftsverhältnisse zwischen dem Beschwerdeführer, Ö.I., P.T. und F.T. ergibt sich aus deren Angaben in der mündlichen Verhandlung (vgl. BVwG VH S. 4, 10, 11, 14, 15, 18, 19, 21). Die Feststellung, dass zwischen dem Beschwerdeführer und P.T. bzw. deren Familien eine vom Tennisspielen herrührende Bekanntschaft besteht, gründet sich auf entsprechende übereinstimmende Aussagen des Beschwerdeführers (vgl. BVwG VH S. 4), des P.T. (vgl. BVwG VH S. 11) und des F.T. (vgl. BVwG VH S. 18) in der mündlichen Verhandlung.

2.2. Die Feststellungen zum Wohnsitz des Beschwerdeführers und zu dessen Anstellung als Betriebsleiter bzw. Vorarbeiter bei einem im Bereich Gartengestaltung tätigen Unternehmen im Ort seines Wohnsitzes ergeben sich unter anderem aus den entsprechenden Angaben des Beschwerdeführers (vgl. BVwG VH S. 5 und S. 20) und sind unbestritten. Dass der Beschwerdeführer neben dieser unselbständigen Tätigkeit keine selbständige Tätigkeit ausübt und über keine eigene betriebliche Struktur verfügt, fußt auf dessen glaubwürdigen Angaben diesbezüglich sowie auf jenen zu seiner Visitenkarte in der mündlichen Verhandlung (vgl. BVwG VH S. 4 und S. 20). Dass der Beschwerdeführer Visitenkarten mit den ausgeführten Angaben und Merkmalen besitzt, ergibt sich aus dem Umstand, demnach der Beschwerdeführer in der mündlichen Verhandlung eine Visitenkarte vorlegte und diese im Akt einlegt. Die Ausführungen des Beschwerdeführers betreffend Visitenkarten und deren Verwendungszweck waren glaubwürdig, da er etwa die Urheberin der Visitenkarten, welche im selben Unternehmen beschäftigt ist, nennen und Umstände der Entstehung detailliert schildern konnte (vgl. BVwG VH S. 20-21). Nicht verkannt wird, dass insbesondere das Fehlen des Namens des Unternehmens, bei dem der Beschwerdeführer beschäftigt ist, und das Anführen dessen Privatadresse auf der Visitenkarte bei Dritten den Eindruck erwecken kann, dass der Beschwerdeführer im Bereich Garten- und

Landschaftsbau selbständig tätig sei (vgl. BVwG VH S. 17-18). Den Angaben des Beschwerdeführers zufolge bekamen jedoch auch andere Angestellte des Unternehmens derartige Visitenkarten (vgl. BVwG VH S. 20), weshalb alleine auf Grund der Verwendung der Visitenkarten keine selbständige Tätigkeit des Beschwerdeführers anzunehmen ist.

2.3. Dass der Beschwerdeführer und P.T. im Zuge einer Besichtigung dessen Hauses und angesichts der beruflichen Tätigkeit sowie Erfahrung des Beschwerdeführers darüber sprachen, welche Arbeiten zur Begradigung des Gartens durchzuführen sind, ergibt sich aus den Angaben des Beschwerdeführers (vgl. BVwG VH S. 5 und S. 21) sowie den damit übereinstimmenden Antworten des P.T. auf entsprechende Nachfragen der erkennenden Richterin und Vorhalt der Aussagen des Beschwerdeführers (vgl. BVwG VH S. 22) in der mündlichen Verhandlung. Überdies ist es in lebensnaher Betrachtung angesichts der festgestellten Bekanntschaft zwischen P.T. und dem Beschwerdeführer sowie angesichts dessen langjähriger beruflicher Tätigkeit im Bereich Gartengestaltung nachvollziehbar, dass P.T. den Beschwerdeführer um seinen Rat bzw. um Hilfe im Hinblick auf zur Begradigung des Gartens zu tätige Arbeiten fragte. Die diesbezüglich im Wesentlichen übereinstimmenden Aussagen bestätigen auch, dass der Beschwerdeführer P.T. nahelegte, die Arbeiten von Ö.I. durchführen zu lassen und dem entsprechend den Kontakt herstellte (vgl. BVwG VH S. 5, 9, 14). Aus den eindeutigen Aussagen des Beschwerdeführers geht zudem hervor, dass Ö.I. auf die Problematik hingewiesen hat, dass ihm zwei Arbeiter für die Aufgabe fehlen, und der Beschwerdeführer daraufhin den Kontakt zu den beiden Betretenen hergestellt hat (vgl. BVwG VH S. 5). Dies steht auch in Einklang mit den Aussagen des Ö.I. und P.T., die ebenfalls bestätigten, dass Ö.I. nur einen Arbeiter zur Verfügung stellen konnte (vgl. BVwG VH S. 9, 15).

Das Vorbringen des Beschwerdeführers Herrn A. (Spitzname „Löwe“) betreffend war über das gesamte Verfahren nicht gleichbleibend bzw. nicht vollends nachvollziehbar. In der Beschwerde vom 06.02.2020 führte der Beschwerdeführer aus, er habe auf verschiedenen Baustellen mit dem Inhaber des Unternehmens XXXX, Herrn A., zu tun gehabt, dessen Bruder wiederum eine Reinigungsfirma betreibe. Der Beschwerdeführer habe Herrn A. gefragt, ob dieser dem Unternehmen H. Mitarbeiter zur Verfügung stellen könne. In weiterer Folge sei der Beschwerdeführer nicht mehr in Gespräche zwischen Ö.I., dem Unternehmen H. und Herrn A. involviert gewesen. Trotz des in der Beschwerde vorgebrachten Umstands, demnach Herr A. Inhaber des Unternehmens XXXX sei und trotz des behaupteten Austauschs im Vorfeld der verfahrensgegenständlichen Arbeiten konnte vom Beschwerdeführer in der mündlichen Beschwerdeverhandlung weder der Nachname von Herrn A. noch dessen Telefonnummer genannt (vgl. BVwG VH S. 3, 6) bzw. auch nicht durch Recherche eruiert werden. Obwohl der Beschwerdeführer in der Beschwerde ausführte, dass er nach seiner Anfrage bei Herrn A., ob dieser dem Unternehmen H. Mitarbeiter zur Verfügung stellen könne, in weiterer Folge nicht mehr in Gespräche zwischen Ö.I., dem Unternehmen H. und Herrn A. involviert gewesen sei, gab Ö.I. in der mündlichen Verhandlung an, ihm sei Herr A. nicht bekannt (vgl. BVwG VH S. 10). Keiner der Zeugen gab in der mündlichen Verhandlung an, mit A. Kontakt gehabt zu haben. Herr A. war weiters dem Beschwerdeführer zufolge im Zuge der Gespräche im Vorfeld der Arbeiten nicht auf dem Grundstück (vgl. BVwG VH S. 7). Schließlich ist auch auffallend, dass Herr A. vom Beschwerdeführer – trotz der geschilderten zentralen Funktion von Herrn A. – in der Beschwerde nicht als Zeuge namhaft gemacht wurde. Diesem Eindruck ist entgegenzuhalten, dass die beiden Betretenen in ihrer niederschriftlichen Einvernahme vor dem BFA angaben, für die Arbeit auf der Baustelle von Freunden bzw. von einem Freund telefonisch beauftragt worden zu sein. Der Name des Arbeitgebers sei ihnen nicht bekannt (Einvernahme BFA 15.11.2019, S. 3). Soweit bekannt ist, spricht der Beschwerdeführer Türkisch und Deutsch, die Betretenen sprechen Albanisch und nicht Deutsch. Da der Beschwerdeführer ausführte, er habe sich mit Herrn A., einem albanischen Staatsangehörigen, regelmäßig, etwa beim Essen, unterhalten (vgl. BVwG VH S. 5), könnte Herr A. angesichts der hier ausgeführten sprachlichen Erwägungen jener Freund sein, den die Betretenen in ihrer Einvernahme vor dem BFA nannten. Im Ergebnis konnte das Vorbringen des Beschwerdeführers Herrn A. betreffend auf Grund der hervorgekommenen Widersprüche nicht als erwiesen angenommen werden.

Dass die beiden Betretenen an beiden Tagen die Strecke von Wien nach XXXX in der Früh mit dem Zug zurücklegten, ergibt sich aus den gleichbleibenden und mit den Angaben des P.T. (vgl. BVwG VH S. 15) und F.T. (vgl. BVwG VH S. 20) übereinstimmenden Ausführungen des Beschwerdeführers (vgl. BVwG VH S. 5, 6 und 7) in der mündlichen Verhandlung. Dass der Beschwerdeführer die beiden Betretenen nach deren Tätigkeit am Ende des ersten Tages um etwa 16.00 Uhr mit dem Auto von der Liegenschaft des P.T. abholte, sie nach Wien brachte und sie bei einer Straßenbahnstation aussteigen ließ, gab der Beschwerdeführer in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar und stringent an (vgl. BVwG VH S. 5- 6).

Dass der Beschwerdeführer die Liegenschaft des P.T. aufgesucht hätte, um den Betretenen Weisungen zur Ausführung

der Arbeiten zu erteilen und bzw. oder den Fortschritt der Arbeiten zu kontrollieren, förderte die Befragung des Beschwerdeführers und der Zeugen in der mündlichen Verhandlung nicht zutage. P.T. gab an, er wisse nicht, wer den Arbeitern gesagt habe, was zu tun sei. Er und F.T. seien dies nicht gewesen. Auf die Frage, wer überhaupt gesagt habe, was zu tun sei, antwortete P.T., dass er dies am Telefon oder mit Ö.I. ausgemacht habe (vgl. BVwG VH S. 16). Den Ausführungen des Beschwerdeführers zufolge, sei im Vorhinein anzunehmen gewesen bzw. von ihm angenommen worden, dass Ö.I. oder F.T. auf der auf der Liegenschaft gelegenen Baustelle anwesend sein und den Arbeitern, den später Betretenen, sagen würden, was zu tun sei (vgl. BVwG VH S. 5). Auf dieser Grundlage ist anzunehmen, dass die Betretenen ausgehend vom Beschwerdeführer – unter Umständen über einen Dritten – von der Arbeitsmöglichkeit und der Art der auszuführenden Tätigkeiten erfuhren. Angesichts des Umstandes, demnach die Betretenen am 14.11.2019 mit dem Zug zur Baustelle bzw. zur Liegenschaft kamen, sowie mangels gleichzeitiger Anwesenheit der Betretenen und des Beschwerdeführers auf der Liegenschaft des P.T. am Morgen des 14.11.2019, ist davon auszugehen, dass die Betretenen vom Beschwerdeführer jedoch keine konkreteren Weisungen zur Ausführung der Arbeiten erteilt bekamen, sondern aufgrund der am Grundstück vorgefundenen Situation und den allgemeinen Informationen über die geplanten Arbeiten selbst schlossen, was zu tun ist.

Die Feststellung, dass die Bereitstellung einer Kippmulde von P.T. organisiert wurde und dass sich das für die Arbeiten erforderliche Werkzeug, Schaufel und Kübel, vor Ort auf der Liegenschaft befand, war unbestritten und gründet sich auf die Aussagen des Beschwerdeführers (vgl. BVwG VH S. 6, S. 8 und S. 22) und des P.T. (vgl. BVwG VH S. 23) in der mündlichen Beschwerdeverhandlung. Dass F.T. am Tag der Betretung um etwa 07.30 Uhr die Garage des Hauses aufsperrte und anschließend die Liegenschaft wieder verließ, gab dieser glaubwürdig in der mündlichen Verhandlung an (vgl. BVwG VH S. 18), Gegenteiliges kam hierzu nicht hervor.

Dass zwischen dem Beschwerdeführer und P.T. kein schriftlicher Vertrag die Arbeiten betreffend abgeschlossen wurde, ergibt sich unter anderem aus dem niederschriftlichen Vorbringen des P.T. vor der Finanzpolizei und den diesbezüglichen Aussagen in der mündlichen Verhandlung. Insbesondere zeigen die Angaben des P.T., dass die Absprachen mit dem Beschwerdeführer offensichtlich insgesamt sehr vage geblieben sind (vgl. BVwG VH S. 12-13) und damit nicht von einer rechtsverbindlichen Vereinbarung (wie z.B. einem Werkvertrag) ausgegangen werden kann.

Die Feststellung, dass der Beschwerdeführer Herrn P.T. mit der Vermittlung der Betretenen als Arbeitskräfte helfen wollte und dass diesbezüglich keine Zahlung an den Beschwerdeführer vereinbart wurde, ergibt sich aus dem – insbesondere auf Grund der bestehenden Bekanntschaft – glaubwürdigen Vorbringen des Beschwerdeführers (vgl. BVwG VH S. 6) und in Zusammenschau mit den Angaben der Zeugen F.T. (vgl. BVwG VH S. 19) und P.T. (vgl. BVwG VH S. 13) in der mündlichen Verhandlung.

P.T. gab in der mündlichen Verhandlung auf die Frage, welchen Preis er ausgemacht hätte, an, dass nicht wirklich ein Preis vereinbart worden sei. Er sei auch von der Finanzpolizei befragt worden und er habe angegeben, es seien max. EUR 3.000,00 gewesen. Im Nachhinein habe sich herausgestellt, dass es am Ende ein Betrag unter EUR 1.000,00 gewesen sei. Mit dem Beschwerdeführer habe er keinen Preis ausgemacht. P.T. verneinte die Frage, ob er mit dem Beschwerdeführer über irgendeine Bezahlung gesprochen habe mit den Worten „Nein, überhaupt nicht.“. Danach gefragt, ob er sich irgendwann mit jemandem über den Preis unterhalten habe, antwortete P.T., dass alles andere zu dieser Zeit Priorität gehabt habe. Er habe im Hinterkopf gehabt, dass diese Arbeiten zwei Tage dauern würden und der Preis diesbezüglich für zwei Tage EUR 2.000,00 bis 3.000,00 ausmachen würde. Auf die Nachfrage, auf welche Weise er diese Information erhalten habe, sagte P.T., dass er sich umgehört habe, wie viel es kosten würde, die Terrasse zu machen. Dann hätten „die Leute“ gesagt, es würde zwei Tage dauern. Danach gefragt, wo er sich umgehört habe, gab P.T. zur Antwort, dass mit dem Beschwerdeführer nicht über den genauen Preis gesprochen habe. Er habe dann einmal bei einer Gartenfirma angefragt. Warum er die Firma, bei welcher der Beschwerdeführer arbeite, nicht beauftragt habe, beantwortete er damit, dass er den Beschwerdeführer gefragt habe, ob dieser ihm helfen könne. Dann habe er, P.T., sich nicht mehr darum gekümmert (vgl. BVwG VH S. 13).

Vor der Finanzpolizei gab P.T. an, er habe den Beschwerdeführer am 06.11.2019 telefonisch mit Grabungsarbeiten beauftragt. Sie hätten ausgemacht, dass die Gartenschräge durch Abtragen der Erde begradigt werden solle und zwei Terrassen gebildet werden sollen. Auf die Frage, was er mit dem Beschwerdeführer als Bezahlung ausgemacht habe, antwortete P.T., dass etwa EUR 3.000,00 vereinbart worden seien (Niederschrift 15.11.2019, S. 3).

Die Ausführungen des P.T. in der mündlichen Verhandlung zu etwaigen Gesprächen den Preis für die Arbeiten

betreffend stehen teilweise in Widerspruch zu dessen Angaben vor der Finanzpolizei, erforderten Nachfragen und blieben zum anderen teilweise auch danach vage (vgl. BVwG VH S. 13 – 14). Demgegenüber antwortete der Beschwerdeführer ohne Umschweife auf die entsprechende Frage, von wem die Betretenen bezahlt hätten werden sollen, mit P.T. (vgl. BVwG VH S. 8: „Ja, von Herrn T.“), weshalb die diesbezüglichen Angaben des Beschwerdeführers glaubhaft erscheinen. Der von P.T. sowohl vor der Finanzpolizei als auch in der mündlichen Verhandlung als kolportiert angegebene Preis in Höhe von EUR 2.000,00 – 3.000,00 für die Arbeiten erscheint in Anbetracht dessen, dass für die Fertigstellung der begonnenen Arbeiten an ein von ihm nach der Betretung beauftragtes Unternehmen ein Betrag in Höhe von EUR 720,00 bezahlt worden ist, und angesichts der auf Grundlage 35-jähriger Berufserfahrung und Branchenkenntnis (vgl. BVwG VH S. 4) getroffenen Aussage des Beschwerdeführers, der zufolge seine Firma teuer sei (vgl. BVwG VH S. 21), nicht nachvollziehbar. In diesem Zusammenhang ist auch die Ausführung des P.T., demnach er unter anderem durch eine Anfrage bei einem Gartenunternehmen, dessen Namen er im Übrigen nicht nannte, auf den von ihm genannten Preis in Höhe von EUR 2.000,00 – 3.000,00 gekommen sei (vgl. BVwG VH S. 14), in Gegenüberstellung mit seiner Aussage vor der Finanzpolizei, der zufolge er mit dem Beschwerdeführer einen Preis in etwa dieser Höhe ausgemacht habe, nicht stimmig und widersprüchlich. Die Angaben des P.T. vermochten daher keine begründeten Zweifel an dem vom Beschwerdeführer dargelegten Umstand, dass er P.T. unentgeltlich helfen wollte, zu erwecken. Dass der Beschwerdeführer weder von P.T. noch von F.T. noch von Ö.I. oder F.I. vor, während oder nach den Arbeiten ein Entgelt erhielt, ist zudem unbestritten, wurde in der mündlichen Verhandlung vom Beschwerdeführer verneint (vgl. BVwG VH S. 6) und von den Zeugen nicht behauptet (vgl. BVwG VH S. 16).

Die Feststellung, wonach zwischen P.T. und dem Beschwerdeführer nicht vereinbart wurde, dass der Beschwerdeführer ein Entgelt an die Betretenen bezahlen soll, basiert auf der Aussage des Beschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung, der zufolge die Betretenen am zweiten Tag von P.T. bezahlt hätten werden sollen (vgl. BVwG VH S. 8). Dass der Beschwerdeführer mit Ö.I. oder mit F.I. vereinbart hätte, dass diese ihm ein Entgelt bezahlen sollten, kam im Verfahren, insbesondere in den Befragungen des Beschwerdeführers und der Zeugen in der mündlichen Verhandlung, nicht hervor.

Die Feststellung, dass mit den beiden Betretenen in Bezug auf deren Tätigkeit im Vorhinein nicht Unentgeltlichkeit vereinbart wurde, stützt sich auf den Umstand, dass die Betretenen zum Zeitpunkt ihrer Betretung über keine bzw. geringe finanzielle Mittel verfügten. Weiters sind sie weder mit dem Beschwerdeführer noch mit einem der Zeugen verwandtschaftlich oder freundschaftlich verbunden, weshalb ein etwaiger unentgeltlicher Freundschafts- oder Gefälligkeitsdienst nicht plausibel erscheint. Gegen eine allfällige vereinbarte Unentgeltlichkeit spricht auch, dass der Beschwerdeführer auf eine entsprechende Frage hin in der mündlichen Verhandlung erklärte, dass die Arbeiter am zweiten Tag von P.T. bezahlt hätten werden sollen (vgl. BVwG VH S. 8). Dass den beiden Betretenen weder von P.T. noch von F.T. noch von Ö.I. noch vom Beschwerdeführer vor, während oder nach den Arbeiten ein Entgelt bezahlt wurde, ergibt sich aus den diesbezüglich übereinstimmenden Angaben des P.T. (vgl. BVwG VH S. 17) und des Beschwerdeführers (vgl. BVwG VH S. 6).

Dass P.T. nach der Betretung an das Unternehmen H. einen Betrag in Höhe von EUR 240,00 für die am 14.11.2019 in der Zeit von 08.00 bis 16.00 Uhr durchgeführten Arbeiten bezahlte, sowie dass die bedingt durch die Betretung nicht fertig durchgeführten Arbeiten ein anderes Unternehmen abschloss, an welches P.T. einen Betrag in Höhe von EUR 720,00 bezahlte, ergibt sich aus dessen Angaben in der mündlichen Verhandlung (vgl. BVwG VH S. 16 – 17) sowie zwei vorgelegten, im Akt einliegenden Rechnungen.

2.4. Die Feststellung, dass die Bezirkshauptmannschaft über den Beschwerdeführer wegen Übertretung des § 366 GewO, der §§ 28, 3 AuslBG sowie der §§ 111, 33 ASVG jeweils eine Geldstrafe verhängte und die entsprechenden Straferkenntnisse dem Beschwerdeführer am 17.09.2021 zugestellt wurden und dazu am 09.11.2021 beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich Beschwerden des Beschwerdeführers anhängig waren, basiert auf der Einsichtnahme in die an das Bundesverwaltungsgericht übermittelten Akten sowie auf telefonischen Auskünften der Bezirkshauptmannschaft. Festzuhalten ist, dass diese gegen den Beschwerdeführer in erster Instanz, unter anderem wegen der Nichtanmeldung der Betretenen, ergangenen Straferkenntnisse vom gegenständlichen Beschwerdeverfahren losgelöste Verfahren ohne Bindungswirkung darstellen. Die Einsichtnahme in die dem Bundesverwaltungsgericht zugesendeten Akten brachte keine weitergehenden Anhaltspunkte dafür hervor, dass der Beschwerdeführer tatsächlich der Dienstgeber der Betretenen gewesen ist.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A) Stattgabe der Beschwerde:

3.1. Gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG sind in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 eine Teilversicherung begründet.

Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes u.a., 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.

Gemäß § 33 Abs. 1 ASVG haben die 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.

§ 33 Abs. 1a ASVG normiert, dass der Dienstgeber die Anmeldeverpflichtung so erfüllen kann, dass er in zwei Schritten meldet, und zwar

1. vor Arbeitsantritt die Dienstgeberkontonummer, die Namen und Versicherungsnummern bzw. die Geburtsdaten der beschäftigten Personen sowie Ort und Tag der Beschäftigungsaufnahme (Mindestangaben Anmeldung) und
2. die noch fehlenden Angaben innerhalb von sieben Tagen ab Beginn der Pflichtversicherung (vollständige Anmeldung).

Gemäß § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes 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 ASVG pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

Gemäß § 111 Abs. 1 Z. 1 ASVG handelt ordnungswidrig, wer als Dienstgeber oder sonstige nach § 36 meldepflichtige Person (Stelle) oder nach § 42 Abs. 1 auskunftspflichtige Person oder als bevollmächtigte Person nach § 35 Abs. 3 entgegen den Vorschriften des ASVG die Anmeldung zur Pflichtversicherung oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet.

Gemäß § 113 Abs. 1 ASVG können den in § 111 Abs. 1 ASVG genannten Personen bzw. Stellen Beitragszuschläge vorgeschrieben werden, wenn die Anmeldung zur Pflichtversicherung nicht vor Arbeitsantritt erstattet wurde.

Gemäß § 113 Abs. 2 ASVG setzt sich der Beitragszuschlag nach einer unmittelbaren Betretung im Sinne des § 111a 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 €.

Gemäß § 113 Abs. 3 ASVG kann bei erstmaliger verspäteter Anmeldung mit unbedeutenden Folgen 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.

Gemäß § 539a Abs. 1 ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend. Gemäß § 539a Abs. 2 ASVG können durch den Missbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden. Gemäß § 539a Abs. 3 ASVG ist ein Sachverhalt so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre. Gemäß § 539a Abs. 4 ASVG sind Scheingeschäfte und andere



Scheinhandlungen für die Feststellung eines Sachverhaltes nach diesem Bundesgesetz ohne Bedeutung. Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so ist das verdeckte Rechtsgeschäft für die Beurteilung maßgebend. Gemäß § 539a Abs. 5 ASVG gelten die Grundsätze, nach denen

1. die wirtschaftliche Betrachtungsweise,
2. Scheingeschäfte, Formmängel und Anfechtbarkeit sowie
3. die Zurechnung

nach den §§ 21 bis 24 der Bundesabgabenordnung für Abgaben zu beurteilen sind, auch dann, wenn eine Pflichtversicherung und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten nach diesem Bundesgesetz zu beurteilen sind.

3.2. Für den vorliegenden Fall bedeutet das Folgendes:

3.2.1. Das Vorliegen einer gemäß § 33 ASVG meldepflichtigen Beschäftigung stellt im Verfahren zur Vorschreibung eines Beitragszuschlages gemäß § 113 Abs. 2 ASVG – wie auch in einem Verwaltungsstrafverfahren nach § 111 ASVG – eine Vorfrage dar (vgl. VwGH 24.04.2014, 2012/08/0177). Zu klären ist, ob eine gemäß § 33 ASVG meldepflichtige Beschäftigung der Betretenen vorlag und der Beschwerdeführer als Dienstgeber daher verpflichtet gewesen wäre, diese vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger zu melden.

In seinem Erkenntnis VwGH 16.02.2001, 2007/08/00123, hat der Verwaltungsgerichtshof ausgeführt, dass Feststellungen über die Versicherungspflicht immer in Bezug auf bestimmte Dienstgeber und bestimmte Dienstnehmer zu treffen sind (vgl. VwGH 29.06.1999, 99/08/0081); dies gilt auch, wenn die Versicherungspflicht als Vorfrage im Beitragsverfahren zu beurteilen ist (vgl. VwGH 19.10.2005, 2002/08/0273).

Zum Vorbringen des Beschwerdeführers, die belangte Behörde habe den in Beschwer gezogenen Bescheid erlassen obwohl noch Verfahren bei der Bezirkshauptmannschaft anhängig seien bzw. zu den aus dem gegenständlichen Sachverhalt herrührenden, am 29.09.2021 noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Verwaltungsstrafverfahren, insbesondere wegen §§ 111, 33 ASVG und wegen §§ 28, 3 AuslBG, ist für das gegenständliche Verfahren auszuführen, dass für die Feststellung des Bestandes eines (meldepflichtigen) Beschäftigungsverhältnisses die Bezirkshauptmannschaft im Verwaltungsstrafverfahren nach § 111 ASVG in der Hauptfrage nicht zuständig ist, weshalb diesbezüglich allfällige künftige rechtskräftige Entscheidungen, keine Bindungswirkung für das Beitragszuschlagverfahren gemäß § 113 Abs. 2 ASVG entfalten können. Ob hinsichtlich der Betretenen eine meldepflichtige Beschäftigung vorlag, war daher von der belangten Behörde eigenständig als Vorfrage zu beurteilen (vgl. VwGH 11.07.2012, 2010/08/0124 sowie vom 14.03.2013, 2012/08/0059, mwN). In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Beurteilung dieser Vorfrage nicht im behördlichen Ermessen liegt (vgl. VwGH 24.04.2014, 2012/08/0177).

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 Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser 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 (z.B. aufgrund eines Werkvertrages oder eines freien Dienstvertrages) - nur beschränkt ist (vgl. VwGH 19.02.2014, 2013/08/0267; vgl. verstärkter Senat 10.12.1986, 83/08/0200). 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 (vgl. VwGH 02.12.2013, 2013/08/0191; 21.02.2001, 96/08/0028).

Im gegenständlichen Fall ist hinsichtlich der Feststellung der Umstände der Beschäftigung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen. Nach dieser gilt, dass die Behörde berechtigt ist, von einem Dienstverhältnis auszugehen, wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen arbeitend unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen (vgl. VwGH 21.04.2004, 2003/08/0182; VwGH 08.08.2008,

2008/09/0119). Spricht also die Vermutung für ein Dienstverhältnis, dann muss die Partei ein ausreichend substantiiertes Vorbringen erstatten, aus dem man anderes ableiten könnte (vgl. auch VwGH 26.05.2014, 2013/08/0165). Weiters kann bei einfachen manuellen Tätigkeiten oder Hilfsarbeiten, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und auf die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlauben, bei Integration des Beschäftigten in den Betrieb des Beschäftigers in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG ohne weitere Untersuchungen vorausgesetzt werden (vgl. VwGH 20.09.2006, 2003/08/0274).

Verfahrensgegenständlich steht unbestritten fest, dass die Betretenen im Zuge einer Kontrolle durch die Finanzpolizei auf einem im Eigentum des P.T. befindlichen Grundstück dabei angetroffen wurden, als sie mit Schaufeln Erde abgruben und mit Kübeln in eine vor dem Haus abgestellte Kippmulde verbrachten, und dass sie zu diesem Zeitpunkt nicht bei der Sozialversicherung angemeldet waren. Bei den geschilderten Erdarbeiten handelt es sich um solche einfachen manuellen Tätigkeiten, bei denen nach der Lebenserfahrung kein ins Gewicht fallender Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers vorhanden ist und die nach der Lebenserfahrung üblicherweise im Rahmen eines Dienstverhältnisses im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG erbracht werden. Demnach ist – bei entsprechender Eingliederung in den Betrieb eines Beschäftigers – vom Vorliegen einer Tätigkeit in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit auszugehen.

Zu den niederschriftlichen Angaben der Betretenen, demnach über Entgelt im Vorfeld ihres Tätigwerdens nicht gesprochen worden sei, ist auszuführen, dass die Unentgeltlichkeit einer Verwendung bzw. ein Gefälligkeitsdienst nicht schon bei bloßem Fehlen einer Entgeltvereinbarung zu vermuten ist. Die Unentgeltlichkeit muss vielmehr – wenigstens den Umständen nach konkludent – vereinbart worden sein und einer Prüfung auf ihre sachliche Rechtfertigung standhalten. Eine derartige sachliche Rechtfertigung könnte in persönlichen Beziehungen, in bestimmten wirtschaftlichen Interessen, aber auch in einer idealistischen Einstellung begründet sein. Als Freundschafts- oder Gefälligkeitsdienste sind insbesondere kurzfristige, freiwillige und unentgeltliche Dienste anzusehen, die vom Leistenden auf Grund spezifischer Bindungen zwischen ihm und dem Leistungsempfänger erbracht werden und die einer Prüfung auf ihre sachliche Rechtfertigung standhalten (vgl. VwGH 19.12.2012, 2012/08/0165). Dabei ist es Sache der Partei, entsprechende konkrete Behauptungen aufzustellen und Beweise anzubieten (vgl. VwGH 14.03.2013, 2010/08/0229).

Im gegenständlichen Fall kann von Unentgeltlichkeit nicht ausgegangen werden, weil diese einer sachlichen Rechtfertigung nicht standhält. Weder seitens des Beschwerdeführers noch von einem der Zeugen wurde vorgebracht, dass verwandtschaftliche oder freundschaftliche Beziehungen der Betretenen zum Beschwerdeführer oder zu Zeugen vorlägen.

Das sich im konkreten Fall ergebende Gesamtbild spricht also dafür, dass die Betretenen bei Ausführung der verfahrensgegenständlichen Arbeiten im Rahmen eines Dienstverhältnisses iSd § 4 Abs. 2 ASVG tätig waren.

Ob jemand in einem Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 ASVG steht, ist jedoch immer nur in Bezug auf eine andere Person, nämlich – vom Fall der Indienstnahme durch Mittelspersonen abgesehen – den Dienstgeber zu prüfen (vgl. VwGH 15.07.2013, 2011/08/0151, mwN).

3.2.2. Im gegenständlichen Fall ist strittig, ob der Beschwerdeführer Dienstgeber der Betretenen war.

Als Dienstgeber im Sinne des ASVG gilt gemäß § 35 Abs. 1 ASVG 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 ASVG pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen (vgl. VwGH 09.09.2019, Ro 2016/08/0009).

Zur Frage, auf wessen Rechnung und Gefahr ein Betrieb (die Tätigkeit) geführt wird, vertritt der Verwaltungsgerichtshof die Ansicht, dass dies jene Person ist, die nach rechtlichen (und nicht bloß tatsächlichen) Gesichtspunkten aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird. Es kommt darauf an, wen das Risiko des Betriebs im Gesamten unmittelbar trifft; dieser Person muss im Fall der Betriebsführung durch Dritte zumindest die rechtliche Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Betriebsführung (durch Weisung, Kontrolle etc. vor allem in Bezug auf das im Blick stehende Beschäftigungsverhältnis) zustehen (vgl. zuletzt VwGH

27.08.2019, Ra 2016/08/0074; 28.09.2018, Ra 2015/08/0080; eingehend auch Julcher in Mosler/Müller/Pfeil (Hrsg.), Der SV-Komm (179. Lfg.), § 35 ASVG Rz 11 ff; mwN).

Obwohl es für die Beantwortung der Frage, auf wessen Rechnung und Gefahr ein Betrieb geführt wird, nicht ausreicht festzustellen, wem das Eigentum an den Betriebsmitteln, mit deren Hilfe der Betrieb geführt wird, zukommt, ist doch entsprechend dem Gegenstand der Betriebsführung schon nach sachenrechtlichen Grundsätzen das Eigentum (Miteigentum) die primär ausschlaggebende rechtliche Gegebenheit für die Zurechnung von Rechten und Pflichten aus der Betriebsführung (vgl. VwGH 02.04.2008, 2007/08/0296). Das Fehlen einer maßgeblichen betrieblichen Struktur steht der Dienstgeborenschaft nicht entgegen (VwGH 2011/08/0115, 14.02.2013). Der bloße Umstand, dass ein Beschäftigter Eigentümer eines Hauses ist, an dem Arbeiten durchgeführt wurden, begründet keinen Betrieb (vgl. VwGH 20.03.2014, 2012/08/0024).

Dem festgestellten Sachverhalt zufolge stellte der Beschwerdeführer lediglich den entsprechenden Kontakt der Betretenen zu P.T. bzw. Ö.I. her, beschäftigte selbst jedoch keine Arbeitnehmer. Er erteilte an die Betretenen keinerlei Weisungen und er verfügte auch nicht über eine die persönliche Bestimmungsfreiheit der Betretenen gleichartig einschränkende Kontrollmöglichkeit. Der Beschwerdeführer suchte – wie festgestellt und beweisgewürdigt – auch nicht die Liegenschaft auf, um den Fortschritt der Arbeiten zu kontrollieren.

Wie festgestellt und beweisgewürdigt verfügt der Beschwerdeführer über keine eigene betriebliche Struktur. Die Beistellung der ebenfalls auf der Liegenschaft befindlichen Kippmulde wurde von P.T., nicht vom Beschwerdeführer, organisiert. Der Beschwerdeführer ist nicht Eigentümer des Werkzeugs (Kübel und Schaufeln), das für die Arbeiten verwendet wurde, sowie auch nicht des Hauses bzw. der Liegenschaft, auf der die Arbeiten ausgeführt wurden.

Es war weder vereinbart, dass der Beschwerdeführer die Betretenen bezahlen, noch, dass der Beschwerdeführer von einem der Zeugen ein Entgelt für die Vermittlung der Betretenen erhalten solle. Das wirtschaftliche Risiko die gegenständlichen Erdarbeiten betreffend ist nicht beim Beschwerdeführer gelegen. Auf Grundlage der Feststellungen trifft Rechnung und Gefahr nach § 35 Abs. 1 ASVG nicht den Beschwerdeführer.

Der Beschwerdeführer ist daher nicht als Dienstgeber der Betretenen im Sinne des § 35 ASVG anzusehen.

Mangels Vorliegens der Dienstgeborenschaft des Beschwerdeführers traf diesen gemäß § 33 ASVG in Bezug auf die Betretenen auch keine Verpflichtung zur Anmeldung zur Pflichtversicherung, weshalb die Vorschreibung eines Beitragszuschlages gemäß § 113 Abs. 1 und Abs. 2 ASVG nicht zu Recht erfolgte.

Der Beschwerde war somit stattzugeben.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung 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.

Die Entscheidungsfindung im gegenständlichen Fall war nicht von der Lösung einer Rechtsfrage von über den konkreten Einzelfall hinausgehender Bedeutung abhängig und erging in Anlehnung an die zu Spruchpunkt A) dargelegte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG und zum Vorliegen der Dienstgeborenschaft gemäß § 35 Abs. 1 ASVG. Das Bundesverwaltungsgericht konnte sich auf eine klare Rechtslage stützen.

Es war daher insgesamt spruchgemäß zu entscheiden.

### **Schlagworte**

Beitragszuschlag Betriebsmittel Dienstgeborenschaft Meldepflicht Rechnung und Gefahr Versicherungspflicht

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

ECLI:AT:BVWG:2021:W126.2230077.1.00

**Im RIS seit**

27.01.2022

**Zuletzt aktualisiert am**

27.01.2022

**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)