OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-301626/2/Kü/KaL

Datum:
Linz, 28. Mai 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde von M S, vertreten durch X Rechtsanwalts-Partnerschaft, X, X, vom 4. Juli 2017, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land vom 2. Juni 2017, GZ: BHSESBBG-2017-208828/9-AICH, wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Es entfallen sämtliche Verfahrenskostenbeiträge.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land vom 2. Juni 2017, GZ: BHSEBBG-2017-208828/9-AICH, wurde über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 111 Abs. 1 iVm § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) eine Geldstrafe von 365 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 48 Stunden verhängt.

Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zu Grunde:
„Sie haben als Dienstgeber im Sinne des § 33 Abs. 1 ASVG zumindest am 08.03.2017 und am 22.03.2017 den Dienstnehmer
W C; geb. X
als Arbeiter in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit für Transparent- und Gerüstabbauarbeiten in X im X-stadion beschäftigt, ohne ihn bei der Sozialversicherung anzumelden.

Herr W war der Firma organisatorisch sowie hinsichtlich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit maßgeblich unterworfen. Auch bestand eine persönliche Arbeitsverpflichtung und Weisungsgebundenheit. Die Höhe des Entgelts lag nicht über der Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs. 2 ASVG.
Obwohl dieser Dienstnehmer davon von der Vollversicherung im Sinne des § 5 ASVG ausgenommen und als geringfügig Beschäftigter in der Unfallversicherung teilversichert ist, wurde hierüber eine, zumindest mit den Mindestangaben ausgestattete, Meldung, bei der X, X, X, als zuständiger Sozialversicherungsträger, nicht vor Aufnahme der Tätigkeit, erstattet.

Die unerlaubte Beschäftigung wurde durch Strafantrag der Finanzpolizei Team X des Finanzamtes X angezeigt. Im Zuge einer Kontrolle am 22.03.2017 am 14:30 bzw. 17 Uhr in X im X-stadion wurde festgestellt, dass oben angeführte Person nicht zur Sozialversicherung angemeldet wurde.

Sie haben somit gegen die sozialversicherungsrechtliche Meldepflicht des § 33 ASVG verstoßen.

Diese Tat wird ihnen als gem. § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher angelastet.“ [Hervorhebung nicht übernommen]

2. Dagegen richtet sich die im Wege der rechtsfreundlichen Vertretung eingebrachte Beschwerde, in der beantragt wird, den angefochtenen Bescheid aufzuheben und das eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Begründend wurde festgehalten, dass die Behörde in keiner Weise ausführe, wie sie nun zum Ergebnis gelange, es habe eine persönliche Arbeitsverpflichtung und Weisungsgebundenheit des C W bestanden. Nochmals sei ausdrücklich auf die Kriterien verwiesen, die hinreichend belegen würden, dass eine echte

selbstständige Tätigkeit des C W vorgelegen habe, welche aber im angefochtenen Bescheid mit Stillschweigen übergangen worden sei.

C W sei völlig frei in seiner Entscheidung, ob er Aufträge des Bf annehme oder nicht. Bei Ausführung seiner Leistungen könne sich dieser ohne jegliche Absprache mit dem Bf vertreten lassen und den Auftrag seinerseits an einen Subunternehmer weitergeben. C W sei in keiner Weise darin beschränkt, Aufträge auch anderer Unternehmen anzunehmen. Er habe auch andere Kunden (Auftraggeber), die ihm im Rahmen seiner Gewerbeberechtigung Aufträge erteilen würden. Die Abrechnungen der Leistungen würden vereinbarungsgemäß mit einem zwischen den Parteien festgelegten Tagessatz erfolgen. Vom Bf würden Herrn W keinerlei Arbeitsmittel bereitgestellt, dieser erfülle seine Aufträge unter Verwendung seines eigenen Werkzeugs und seiner eigenen Arbeitskleidung. C W sei Mitglied der Wirtschaftskammer, verfüge über eine eigene Gewerbeberechtigung und eine gültige UID-Nummer und stelle Rechnungen aus, auf denen die Umsatzsteuer gesondert ausgewiesen sei.

All diese Kriterien würden im angefochtenen Bescheid mit keinem Wort erwähnt oder einer entsprechenden Würdigung unterzogen. Die Behörde beschränke sich auf die Begründung, Herr W sei hinsichtlich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit maßgeblich der Firma unterworfen gewesen. Ein Gerüst könne aber nur dort aufgebaut werden, wo es stehen solle und nur dort abgebaut werden, wo es gestanden sei. Dies stelle nun keinerlei Indiz für eine unselbstständige Tätigkeit dar. Gleiches gelte hinsichtlich der Arbeitszeit. Der Aufbau des Gerüstes sei zeitlich durch die Vorgaben des Auftraggebers des Bf determiniert, weshalb auch der an C W erteilte Auftrag bestimmte Zeitvorgaben beinhaltet habe. Auch die restlichen Abbauarbeiten könnten durch den Bf erst dann vorgenommen werden, wenn C W seine Höhenarbeiten beendet habe, weshalb hier naturgemäß eine zeitliche Koordinierung erforderlich sei.

Bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise sei auf das Gesamtbild abzustellen. Bei einer Gesamtschau der zur Beurteilung zur Verfügung stehenden Sachverhaltselemente zeige sich jedoch eindeutig, dass keine persönliche Abhängigkeit des C W vorliege, woraus folge, dass zwangsläufig auch das Bestehen einer wirtschaftlichen Abhängigkeit zu verneinen sei.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land hat die gegenständliche Beschwerde mit Schreiben vom 6. Juli 2017 samt Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidungsfindung vorgelegt. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme. Da sich bereits aus den vorgelegten Unterlagen ergibt, dass

das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben ist, konnte gemäß § 44 Abs. 2 VwGVG auf eine mündliche Verhandlung verzichtet werden, die zudem auch nicht beantragt wurde.

4.1. Folgender Sachverhalt steht fest:

Der Bf betreibt seit 11. Jänner 2005 am Standort X, X das freie Gewerbe „Aufbau, Betreuung und Verleih von Ton- und Lichtanlagen mit zugehöriger Podesterie, sowie Gestaltung der Lichteffekte (Lichtdesign) mit einfachen Handgriffen wozu keine Spezialkenntnisse erforderlich sind“.

Vom Tourismusverband X wurde der Bf damit beauftragt, ab Dezember 2016 die wöchentliche Skishow hinsichtlich der Licht- und Tontechnik durchzuführen. Inkludiert im Auftrag war auch der Auf- und Abbau sowie die Lagerung und Wartung des für die Skishow erforderlichen Gerüsts.

Am 22. März 2017 führten Organe des Finanzamtes X im X-stadion in X eine Kontrolle der Firma des Bf durch. Bei dieser Kontrolle wurden neben dem Bf selbst, dessen Dienstnehmer F W auch Herr C W angetroffen, die gerade mit Transparent- und Gerüstbauarbeiten beschäftigt waren.

Zu Herrn C W ist festzuhalten, dass dieser aufgrund einer mündlichen Vereinbarung vom Bf am 8. März 2017 und am 22. März 2017 zur Durchführung bestimmter Arbeiten im Rahmen der Vorbereitung der Skishow beigezogen wurde. Herr C W ist selbstständig tätig und betreibt seit dem Jahr 2000 das Gewerbe „Beleuchtung (Lichtdesign, Lichtgestaltung), Bühnenaufbau und Beschallung für Veranstaltungen aller Art“. Standort seines Gewerbes ist in X, X. Herr C W ist Mitglied der Wirtschaftskammer und verfügt über die gültige UID-Nummer X.

Zwischen dem Bf und Herrn C W wurde mündlich vereinbart, dass dieser zu einem Pauschalpreis am 8. März 2017 und am 22. März 2017 Höhenarbeiten am Gerüst durchführt. Am 8. März 2017 wurde von Herrn W die Leinwand am Layeraufbau montiert und daher dafür pauschal 280 Euro in Rechnung gestellt. Am 22. März 2017 wurde von Herrn W der Abbau der Leinwand und der Teilabbau des Layergerüstes durchgeführt und dafür ebenfalls der Firma des Bf 280 Euro in Rechnung gestellt.

Herr C W ist bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft seit 1. Jänner 2000 gemeldet und sozialversichert.

Von den Kontrollorganen wurde im Zuge der Kontrolle festgestellt, dass C W am 22. März 2017 die Arbeiten nicht alleine durchgeführt hat, sondern zusammen mit dem Bf und dessen Dienstnehmer, Herrn F W. Für die Kontrollorgane war die

Erbringung eines eigenständigen Werkes durch Herrn C W nicht erkennbar, weshalb diese in der Beschäftigung des Herrn W eine kurzfristige Aufstockung des Mitarbeiterstandes für das Unternehmen des Bf sahen und deshalb wegen der Personalvermischung einen Strafantrag wegen Übertretung des ASVG stellten.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Strafantrag des Finanzamtes X vom 3. April 2017 und den daran angeschlossenen Unterlagen. Aus dem Gewerbeinformationssystem ist ersichtlich, dass Herr C W seit 1. Jänner 2000 das genannte Gewerbe innehat und am Standort X seit 5. Oktober 2005 ausübt. Zudem ergibt sich aus dem Sozialversicherungsdatenauszug, dass Herr C W bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft seit 1. Jänner 2000 laufend gemeldet ist. Die zwischen der Firma des Bf und Herrn C W durchgeführten Abrechnungen ergeben sich aus den Rechnungen vom 10. März 2017 und 23. März 2017, welche vom Bf im Zuge seiner Rechtfertigung vorgelegt wurden. Die aktuelle UID-Nummer ergibt sich aus dem Auszug des Mehrwertsteuer-Informationsaustauschsystems. Insofern ist festzustellen, dass aufgrund der schriftlichen Unterlagen der Sachverhalt unbestritten feststeht.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

1. Rechtsgrundlagen:

Gemäß § 111 Abs. 1 ASVG handelt ordnungswidrig, wer als Dienstgeber oder sonstige nach § 36 ASVG meldepflichtige Person (Stelle) oder als bevollmächtigte Person nach § 35 Abs. 3 ASVG entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes

1. Meldungen oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet oder
2. Meldungsabschriften nicht oder nicht rechtzeitig weitergibt oder
3. Auskünfte nicht oder falsch erteilt oder
4. gehörig ausgewiesene Bedienstete der Versicherungsträger während der Betriebszeiten nicht in Geschäftsbücher, Belege und sonstige Aufzeichnungen, die für das Versicherungsverhältnis bedeutsam sind, einsehen lässt.

Gemäß § 111 Abs. 2 ASVG ist die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung 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,

sofern die Tat weder den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet noch nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist. Unbeschadet der §§ 20 und 21

des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 kann die Bezirksverwaltungsbehörde bei erstmaligem ordnungswidrigen Handeln nach Abs. 1 die Geldstrafe bis auf 365 Euro herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

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.

Gemäß § 33 Abs. 2 ASVG gilt Abs. 1 für die nur in der Unfall- und Pensionsversicherung sowie für die nur in der Unfallversicherung nach § 7 Z 3 lit. a Pflichtversicherten mit der Maßgabe, dass die Meldungen beim Träger der Krankenversicherung, der beim Bestehen einer Krankenversicherung nach diesem Bundesgesetz für sie sachlich und örtlich zuständig wäre, zu erstatten sind.

Nach § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber im Sinne dieses Gesetzes u.a. derjenige, für dessen Rechnung jener Betrieb geführt wird, in dem der Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis 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.

Nach § 4 Abs. 2 ASVG ist als Dienstnehmer anzusehen, 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 § 4 Abs. 4 ASVG stehen den Dienstnehmern im Sinne dieses Bundesgesetzes Personen gleich, die sich aufgrund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, und zwar für

1. einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziel usw.), mit Ausnahme der bäuerlichen Nachbarschaftshilfe,
2. eine Gebietskörperschaft oder eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts bzw. die von ihnen verwalteten Betriebe, Anstalten, Stiftungen oder Fonds (im Rahmen einer Teilrechtsfähigkeit),

wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen; es sei denn,

a) dass sie aufgrund dieser Tätigkeit bereits nach § 2 Abs. 1 Z 1 bis 3 GSVG oder § 2 Abs. 1 BSVG oder nach § 2 Abs. 1 und 2 FSVG versichert sind oder
b) dass es sich bei dieser Tätigkeit um eine (Neben-)Tätigkeit nach § 19 Abs. 1 Z 1 lit. f B-KUVG handelt oder
c) dass eine selbständige Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zu einer der Kammern der freien Berufe begründet, ausgeübt wird oder

dass es sich um eine Tätigkeit als Kunstschaffender, insbesondere als Künstler im Sinne des § 2 Abs. 1 des Künstler-Sozialversicherungsfondsgesetzes, handelt.

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.

2. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt es für die Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits darauf an, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen (den Dienstgeber) verpflichtet (diesfalls liegt ein Dienstvertrag vor) oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall läge ein Werkvertrag vor), wobei es sich im zuletzt genannten Fall um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt, während es im Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf seine Bereitschaft zu Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit (in Eingliederung in den Betrieb des Leistungsempfängers sowie in persönlicher und regelmäßig damit verbundener wirtschaftlicher Abhängigkeit von ihm) ankommt. Vom Dienstvertrag ist jedoch überdies der "freie Dienstvertrag" zu unterscheiden, bei dem es auf die geschuldete Mehrheit gattungsmäßig umschriebener Leistungen, die von Seiten des Bestellers laufend konkretisiert werden, ohne persönliche Abhängigkeit ankommt. (VwGH 27.04.2011, 2010/08/0199).

Der Verwaltungsgerichtshof führt zum Begriff des freien Dienstnehmers im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG in ständiger Rechtsprechung (u.a. 23.01.2008, 2007/08/0223) aus:

„In der Regel wird jedenfalls dann von einem arbeitnehmerähnlichen freien Dienstvertrag im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG auszugehen sein, wenn der freie Dienstnehmer (wie ein echter Dienstnehmer) innerhalb und unter Verwendung der betrieblichen Struktur des Auftraggebers tätig ist. Ist dies nicht der Fall, dann ist anders, als offenbar Mosler/Glück (Einbeziehung aller Erwerbseinkommen in die Sozialversicherung, RdW 1998, 78 ff.), Grillberger/Mosler (Sozialversicherung für Dienstnehmer und Selbstständige, Wien 1998, 37 ff.) und Mosler [Die sozialversicherungsrechtliche Stellung freier Dienstnehmer DRdA

2005, 487 ff. (496)] meinen, im Sinne der Ausführungen von Schrank/Grabner (Werkverträge und freie Dienstverträge, 2. Auflage, 40 ff.) die Wesentlichkeit des Betriebsmittels des freien Dienstnehmers nicht in Bezug auf den Betriebsgegenstand jenes Unternehmens zu prüfen, für welchen der freie Dienstnehmer tätig wird, sondern es ist zu untersuchen, ob sich der freie Dienstnehmer mit Betriebsmitteln eine eigene betriebliche Infrastruktur geschaffen hat. Würde man nämlich auf den Betriebsgegenstand des Auftraggebers abstellen, dann wären freie Dienstnehmer, die für anlagenintensive Großunternehmen tätig sind, so gut wie nie im Besitz wesentlicher Betriebsmittel und daher praktisch immer als arbeitnehmerähnlich nach § 4 Abs. 4 ASVG versichert, auch wenn sie mit durchaus beachtlicher eigener unternehmerischer Struktur ausgestattet werden, wohin gegen freie Dienstnehmer in Kleinbetrieben mit geringem Betriebsmitteleinsatz schon als unternehmerähnlich zu erachten wären, wenn sie über irgendwelche eigenen Betriebsmittel verfügen. Ein solches Ergebnis würde aber der dem Materialien zu entnehmenden sozialpolitischen Absicht des Gesetzgebers widersprechen.

Wie die Ausnahme aus der Versicherungspflicht nach § 4 Abs. 4 ASVG für jene freien Dienstnehmer zeigt, die über einen Gewerbeschein verfügen (also gewerblich tätig sein wollen und daher nach § 2 Abs. 1 Z. 1 GSVG pflichtversichert sind), ist es in erster Linie in der Ingerenz eines (potentiellen) freien Dienstnehmers gelegen, ob er über eine unternehmerische Struktur verfügen möchte oder nicht, ob er also seine Tätigkeit grundsätzlich eher arbeitnehmerähnlich (d.h. keine Tätigkeit für den 'Markt', sondern im Wesentlichen für einen Auftraggeber oder doch eine überschaubare Zahl von Auftraggebern, ohne eigene betriebliche Struktur, gegen gesonderte Abgeltung von Aufwendungen, wie z.B. durch Kilometergelder, Ersatz von Telefonkosten etc.) ausführen möchte oder ob er eher unternehmerisch tätig sein und das entsprechende wirtschaftliche Risiko tragen will, (d.h. z.B. - losgelöst vom konkreten Auftrag - spezifische Betriebsmittel anschafft, werbend am Markt auftritt, auch sonst über eine gewisse unternehmerische Infrastruktur verfügt und seine Spesen in die dem Auftraggeber verrechneten Honorare selbst einkalkuliert). Die Entstehungsgeschichte und die Materialien zum ASRÄG 1997, wonach der in der Regierungsvorlage enthaltene Begriff der 'unternehmerischen Struktur' durch den der 'wesentlichen Betriebsmittel' ersetzt wurde, ohne dass damit eine inhaltliche Änderung der Abgrenzung arbeitnehmerähnlicher von unternehmerähnlichen freien Dienstverträgen beabsichtigt gewesen sei, legen eine Auslegung nahe, nach der es bei einem freien Dienstnehmer, der nicht wie ein Arbeitnehmer im Wesentlichen innerhalb der und mit den betrieblichen Strukturen des Auftraggebers tätig ist, grundsätzlich von seinen Dispositionen abhängt (d.h. ob er sich wesentliche Betriebsmittel für eine unternehmerische Tätigkeit anschafft oder nicht), welcher der genannten beiden Arten eines freien Dienstnehmers er zuzurechnen ist. Es hängt also zwar die Wahl der Vertragsform (Dienstvertrag oder freier Dienstvertrag) u.a. auch von der Disposition des Auftraggebers ab, es steht aber die Frage, ob ein freier Dienstnehmer im Besitz wesentlicher Betriebsmittel ist, nicht in seiner (Mit)Gestaltung.“

3. Die belangte Behörde führt in ihrer Begründung aus, dass im konkreten Fall durch Herrn W keine eigenständige Tätigkeit (kein eigenständiges Werk) geschuldet war, sondern eine Arbeitsleistung, die nach einem entsprechenden Tagsatz abgerechnet wurde. Die Arbeiten wurden von Herrn W nicht alleine, sondern gemeinsam mit dem Bf und dessen Dienstnehmer durchgeführt. Herr W

wurde gleichsam in die Firma des Bf eingegliedert und lässt die Tätigkeit keine Elemente von Selbstständigkeit erkennen.

Demgegenüber verantwortet sich der Bf damit, dass er Herrn W als Subunternehmer für die Höhenarbeiten am Gerüst beigezogen hat und diese Arbeiten zwischen dem Bf und Herrn W mündlich vereinbart wurden, wobei im Vorhinein ein Tagsatz für die Arbeiten festgelegt wurde.

Dem ist zu entgegnen, dass der mündlichen Vereinbarung über die Durchführung von Höhenarbeiten am Gerüst ein konkret zu errichtendes individualisiertes Werk nicht zu entnehmen ist. Gegen die Erbringung eines individualisierten Werkes spricht auch, dass von den Kontrollorganen im Zuge der Kontrolle festgestellt wurde, dass Herr W gemeinsam mit dem Bf und dessen Dienstnehmer Arbeiten am Gerüst durchgeführt hat. Zudem ergibt sich aus den Unterlagen zum Strafantrag (Beiblatt zum Personenblatt von Herrn W), dass die Höhenarbeiten am Gerüst am 22. März 2017 von Herrn W nicht alleine durchgeführt werden konnten, zumal diese zu gefährlich und zu mühsam gewesen sind. Die vorgelegten Rechnungen belegen, dass Herr W seine Leistungen als Höhenarbeit (Hängen der Leinwand am Layeraufbau) und Höhenarbeit (Abbau der Leinwand und Teilabbau des Layergerüstes) bezeichnet und in Rechnung gestellt hat.

Der Bf wurde vom Tourismusverband mit der Umsetzung der Licht- und Tontechnik bei den wöchentlichen Skishows im Zielstadion in X beauftragt. Zwischen dem Bf und Herrn W wurde mündlich vereinbart, welche Leistungen Letztgenannter im Zusammenhang mit der Skishow zu erbringen hat. Die gegebene Sachlage spricht eher dafür, dass nicht eine individualisierte, konkrete Leistung als geschlossene Einheit zwischen dem Bf und Herrn W vereinbart wurde. Vielmehr zeigt sich, dass Herr W als Erfüllungsgehilfe des Bf für dessen Auftragserfüllung beigezogen wurde und daher in den betrieblichen Ablauf des Bf eingegliedert gewesen ist. Insofern sieht auch das erkennende Gericht in der mündlichen Vereinbarung zwischen dem Bf und Herrn W keinen Werkvertrag.

Demgegenüber steht aber, dass Herr W als selbstständiger Einzelunternehmer am Standort X seit 1. Jänner 2000 tätig ist und in Besitz einer Gewerbeberechtigung für „Beleuchtung (Lichtdesign, Lichtgestaltung), Bühnenbau und Beschallung für Veranstaltungen aller Art“ ist. Herr W hat als Einzelunternehmer seine eigene betriebliche Struktur aufgebaut und ist für verschiedene Auftraggeber im Rahmen seiner Gewerbeberechtigung tätig. Herrn W steht es frei mündliche Vereinbarungen hinsichtlich Arbeitsaufträgen mit dem Bf einzugehen und dafür entsprechende Tagsätze zur Abrechnung der erbrachten Leistungen festzulegen. Diese Tatsachen erhärten, dass Herr W in keiner persönlichen oder wirtschaftlichen Abhängigkeit zur Firma des Bf gestanden ist und daher gegenständlich auch nicht als Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG gesehen werden kann. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sich Herr W gegenüber der Firma des Bf zur Erbringung

einer spezialisierten Dienstleistung unter der Voraussetzung der persönlichen Leistungserbringung verpflichtet hat, wobei er im gegenständlichen Fall keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel eingesetzt hat. Mithin ist davon auszugehen, dass die vertragliche Vereinbarung zwischen dem Bf und Herrn W die Kriterien des freien Dienstvertrages erfüllt und dieser grundsätzlich gemäß § 4 Abs. 4 ASVG einem versicherungspflichtigen Dienstverhältnis gleichzusetzen ist. Ein versicherungspflichtiges Dienstverhältnis ist aber dann nicht anzunehmen, wenn aufgrund einer einschlägigen Gewerbeberechtigung eine Wirtschaftskammer-zugehörigkeit des freien Dienstnehmers und damit dessen Versicherungspflicht nach § 2 Abs. 1 Z 1 GSVG vorliegt. Tatsache ist, dass Herr W als Unternehmer über die entsprechende Gewerbeberechtigung und die betriebliche Struktur verfügt, sowie aufgrund der vorliegenden Versicherungsdatenauszüge die bestehende GSVG-Versicherung nachgewiesen ist.

Die Innehabung eines Gewerbescheins – und daraus folgend die Pflicht-versicherung nach § 2 Abs. 1 Z 1 GSVG – schließt beim freien Dienstvertrag die Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 4 lit. a ASVG aus (VwGH 30.06.2010, 2010/08/0102). Gegenständlich ist daher die Ausnahmebestimmung des § 4 Abs. 4 lit. a ASVG erfüllt und unterliegt Herr W als im gegenständlichen Fall anzunehmender freier Dienstnehmer der Firma des Bf, nicht der Pflicht-versicherung gemäß dem ASVG. Der Bf war aus diesem Grunde auch nicht verpflichtet Herrn W für seine Dienstleistungen am 8. und 22. März 2017 bei der Sozialversicherung anzumelden. In diesem Sinne kann daher dem Bf die angelastete Verwaltungsübertretung nicht vorgeworfen werden, weshalb ins-gesamt der Beschwerde zu folgen, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen war.

III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, 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 dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kühberger