

Gerichtsabteilung 29

Tel.: 0316 8029-7219  
Fax: 0316 8029-7215  
E-Mail: lvwg@lvwg-stmk.gv.at

Amtsstunden und Parteienverkehr:  
Montag – Freitag: 8:30 – 12:00 Uhr

Graz, 20. Oktober 2016

GZ: LVwG 33.29-1730/2016-9

Ggst.: K F;  
Übertretung des ASVG - Beschwerde

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat durch den Richter HR Mag. G. Maier über die Beschwerde des Herrn K F, geb. am xx, vertreten durch D & P, Rechtsanwälte GmbH, Wstraße, O, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld vom 04.05.2016, GZ: BHHF-15.1-1655/2014,

z u R e c h t e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 iVm § 28 Abs 1 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (im Folgenden VwGVG) wird die Beschwerde dem Grunde nach

**abgewiesen.**

II. Hinsichtlich des Strafausmaßes wird der Beschwerde dahingehend Folge gegeben, als die Geldstrafe gemäß § 19 VStG iVm § 38 VwGVG mit **€ 730,00**, im Uneinbringlichkeitsfall zwei Tage Ersatzfreiheitsstrafe, neu festgesetzt wird.

Dadurch vermindert sich der Kostenbeitrag für das Verwaltungsstrafverfahren der belangten Behörde auf den Betrag von € 73,00.

Dieser Kostenbeitrag sowie die neu festgesetzte Geldstrafe sind binnen zwei Wochen ab Zustellung des Erkenntnisses bei sonstigen Zwangsfolgen zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz (im Folgenden VwGG) eine **ordentliche Revision** an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs 4 B-VG **unzulässig**.

## E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

### I.

Mit dem im Spruch bezeichneten bekämpften Straferkenntnis wurde dem Beschwerdeführer Folgendes vorgeworfen:

**„Zeit:** 02.01.2014 bis 23.04.2014 09:15 Uhr

**Ihre Funktion:** Handelsrechtlicher Geschäftsführer und daher als gem. § 9 Abs 1 VStG Verantwortlicher

#### 1. Übertretung

Sie haben als Verantwortlicher der Firma F H GmbH mit Sitz in FÜ, Rstraße, zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeber nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung (vollversicherte) pflichtversicherte Person handelt, zumindest vom 02.01.2014 bis 23.04.2014 um 09:15 Uhr beschäftigt haben, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Steiermärkischen Gebietskrankenkasse zur Pflichtversicherung als vollversicherte Person angemeldet wurde.

Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.

Name G V geb.xx.

Arbeitsantritt: mind. vom 02.01.2014 bis 23.04.2014 um 09:15 Uhr.

Beschäftigungsort: Mobiler Grillhendlwagen, L-Parkplatz G, Wstraße

Tätigkeit: Arbeiter im Grillhendlstand/-wagen gegen Umsatzbeteiligung

#### **Dadurch wurde(n) folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:**

§ 111 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG

**Geldstrafe:** EUR 1.800,00 (im Falle der Uneinbringlichkeit 5 Tage Ersatzfreiheitsstrafe)

**Gemäß:** § 111 Abs. 2 ASVG i.d.g.F.

Ferner haben Sie als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d.s. 10% der verhängten Strafe, mindestens jedoch EUR 10,--, zu bezahlen.

**Verfahrenskosten:** EUR 180,00

**Gemäß:** § 64 Abs. 2 Verwaltungsstrafgesetz (VStG)

**Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe, Kosten) beträgt daher:**

**EUR 1.980,00**

*Die angeführte Firma haftet gemäß § 9 Abs. 7 VStG für die über die zur Vertretung nach außen Berufenen oder über einen verantwortlich Beauftragten verhängten Geldstrafe, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten im angeführten Ausmaß zur ungeteilten Hand.“*

Dagegen erhob der Beschwerdeführer durch seinen ausgewiesenen Vertreter rechtzeitig und formell zulässig die Beschwerde und begründete diese im Wesentlichen wie folgt:

Beim verfahrensgegenständlichen Vertragsverhältnis zwischen dem nunmehrigen Beschwerdeführer und dem Herrn G V handle es sich seinem Wesen nach um einen „Franchisevertrag“, welcher naturgemäß bestimmte Bindungen des Franchisenehmers vorsieht, die aber für die Beurteilung einer persönlichen Abhängigkeit keine Rolle spielen. Es besteht weder wirtschaftliche noch persönliche Abhängigkeit im Sinne eines meldepflichtigen Dienstverhältnisses nach dem ASVG. Es werde daher beantragt, eine mündliche Verhandlung hierüber durchzuführen und das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verfahren einzustellen, *in eventu* den Bescheid dahingehend abzuändern, dass die verhängte Strafhöhe herabgesetzt werde.

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat hierüber am 13.10.2016 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu welcher der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, ein Vertreter der mitbeteiligten Partei Finanzamt Graz-Stadt, Finanzpolizei Team x sowie die Zeugen G V und Mag. K F erschienen sind.

Seitens des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark wird folgender **entscheidungsrelevante Sachverhalt** festgestellt:

Der Beschwerdeführer war im vorgeworfenen Tatzeitraum handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma F H GmbH mit Sitz in FÜ, Rstraße. Im vorgeworfenen Tatzeitraum war Herr G V mit einem von der Firma K und D F GesnbR angemietetem Grillwagen an verschiedenen Standorten tätig, in welchem er das Grillen von Hendln, Hendlteilen, Stelzen und Ripperln udgl. und den Verkauf dieser Produkte durchführte. Die Firma F H GmbH verfügt über ca. 30 Dienstnehmer, welche derartige Tätigkeiten durchführen und hatte im verfahrensgegenständlichen Zeitpunkt auch drei Franchisenehmer, welche aufgrund eines Werkvertrages in diesem Sinne für die Firma F H GmbH tätig waren. Einer dieser Franchisenehmer war Herr G V. Herr G V wollte zu diesem Zweck eine Gewerbeanmeldung vornehmen. Dies erledigte er durch Ausfüllen von Formularen bei einer Dienststelle der Wirtschaftskammer und ging davon aus, dass damit sowohl die Gewerbeanmeldung als auch die Anmeldung zur Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft durchgeführt worden wäre. Tatsächlich wurde aber die

Gewerbeanmeldung wegen Zustellproblemen defakto nicht durchgeführt, auch eine Anmeldung bei der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft erfolgte nicht.

Das Vertragsverhältnis bzw. die Arbeitsabläufe zwischen der F H GmbH und Herrn G V gestalteten sich im Wesentlichen folgendermaßen:

Herrn V hatte einen Grillwagen mit Ausstattung von der K und D F GesnbR anzumieten und die jeweiligen Verkaufsstandorte selbst auszuwählen, aber mit der F H GmbH abzustimmen. Der Bezug des Grillgutes hatte ausschließlich laut Vereinbarung von der F H GmbH zu erfolgen, den gesamten Verkaufserlös eines Tages hatte Herr G V an die F H GmbH abzuliefern bzw. wurde dies täglich bei einem Treffen mit einem Vertreter der F H GmbH abgerechnet und der Herr G V gebührende Gewinnanteil an diesen ausbezahlt. Dazu wurde täglich von der Firma F H GmbH der Grillwagen inspiziert und der Warenbestand kontrolliert sowie neues Grillgut zur Einlagerung angeliefert. In Ausnahmefällen konnte Herr G V auch von anderen Anbietern Grillwaren beziehen, sofern er vorher bei der Firma F H GmbH das Einvernehmen hergestellt hatte. Allerdings fand dieser Fremdwarenbezug nur in Bezug auf Grillgut statt, welches die Firma F H GmbH nicht anbot. Auch bezüglich der Arbeitszeiten hatte der sogenannte Werkvertragsnehmer im Wesentlichen das Einvernehmen mit der F H GmbH herzustellen. Der Werkvertragsnehmer hatte nach eigenen Angaben selbst keine Mitarbeiter, bediente sich aber in Ausnahmefällen eines Vertreters bzw. einer Aushilfe. Die wesentlichen Betriebsmittel wurden in Form eines Grillwagens mit Ausstattung von der Werkvertragsgeberin bzw. einer Drittfirma, an welcher der Beschwerdeführer selbst beteiligt ist, an den Werkvertragsnehmer vermietet. Der Werkvertragsnehmer, im schriftlichen Werkvertrag auch „Vertriebspartner“ genannt, hatte lediglich Kleinwerkzeug (Pfannen, Warmhaltegeräte, Grillwerkzeug etc.) und Gewürzmischungen als eigene Betriebsmittel eingebracht. Insgesamt hatte sich der Vertriebspartner der wesentlichen Betriebsmittel und auch der Rohwaren des Werkvertragsgebers (im Werkvertrag auch „Systemgeber“ genannt) zu bedienen und die vertraglich vereinbarte Tätigkeit des Grillens und des Verkaufs der Waren persönlich durchzuführen. Es wurde auch ein Wettbewerbsverbot für den Vertriebspartner sowie eine Konkurrenzklausel vereinbart sowie eine Konventionalstrafe für den Fall der Verletzung des Konkurrenzverbotes. Ausnahmen von den umfangreichen vertraglich festgelegten Weisungs- und Kontrollrechten konnten nur nach Herstellung des Einvernehmens des Vertriebspartners mit dem Systemgeber erfolgen.

**Beweiswürdigend** ist dazu Folgendes auszuführen:

Die vorgenannten Feststellungen beruhen auf den Aussagen des Zeugen G V und des Zeugen Mag. K F, welcher in der F H GmbH als Mitgeschäftsführer für den operativen

Bereich und die Betreuung der Grillwagen zuständig ist, in der mündlichen Verhandlung sowie den darin erörterten Stücken des Verfahrensaktes der belangten Behörde, insbesondere des Werkvertrages zwischen der F H GmbH und Herrn G V vom 20. 01.2014, der Niederschrift über die Befragung des G V vor der Finanzpolizei vom 23.04.2014 sowie den von der mitbeteiligten Partei und dem Beschwerdeführer im erstinstanzlichen Verfahren vorgelegten Beilagen zur Anzeige und zu den Stellungnahmen.

Es ergibt sich daraus, dass Herr G V die mit der F H GmbH vereinbarte Tätigkeit, wie im festgestellten Sachverhalt beschrieben, im Wesentlichen persönlich erbrachte, über keine eigenen wesentlichen Betriebsmittel verfügte, kein eigenes Gewerbe angemeldet hatte und nicht als Selbständiger sozialversichert war. Eine persönliche Arbeitspflicht ohne jegliches Vertretungsrecht lag jedoch nicht vor.

In **rechtliche Hinsicht** ist dazu Folgendes auszuführen:

§ 4 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) idF BGBl I Nr. 89/2012 lautet:

*Pflichtversicherung - Vollversicherung*

(1) In der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sind auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet:

1. die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer;
2. die in einem Lehrverhältnis stehenden Personen (Lehrlinge);
3. die im Betrieb der Eltern, Großeltern, Wahl- oder Stiefeltern ohne Entgelt regelmäßig beschäftigten Kinder, Enkel, Wahl- oder Stiefkinder, die das 17. Lebensjahr vollendet haben und keiner anderen Erwerbstätigkeit hauptberuflich nachgehen, alle diese, soweit es sich nicht um eine Beschäftigung in einem land- oder forstwirtschaftlichen oder gleichgestellten Betrieb (§ 27 Abs. 2) handelt;
4. die zum Zwecke der vorgeschriebenen Ausbildung für den künftigen, abgeschlossene Hochschulbildung erfordernden Beruf nach Abschluß dieser Hochschulbildung beschäftigten Personen, wenn die Ausbildung nicht im Rahmen eines Dienst- oder Lehrverhältnisses erfolgt, jedoch mit Ausnahme der Volontäre;
5. Schüler (Schülerinnen), die in Ausbildung zum gehobenen Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege nach dem Gesundheits- und Krankenpflegegesetz, BGBl. I Nr. 108/1997, oder zu einem medizinischen Assistenzberuf im Sinne des Medizinische Assistenzberufe-Gesetzes (MABG), BGBl. I Nr. 89/2012, stehen, bzw. Studierende an einer medizinisch-technischen

- Akademie nach dem MTD-Gesetz, BGBl. Nr. 460/1992, oder an einer Hebammenakademie nach dem Hebammenengesetz, BGBl. Nr. 310/1994;
6. Vorstandsmitglieder (Geschäftsleiter) von Aktiengesellschaften, Sparkassen, Landeshypothekenbanken sowie Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit und hauptberufliche Vorstandsmitglieder (Geschäftsleiter) von Kreditgenossenschaften, alle diese, soweit sie auf Grund ihrer Tätigkeit als Vorstandsmitglied (GeschäftsleiterIn) nicht schon nach Z 1 in Verbindung mit Abs. 2 pflichtversichert sind;
  7. die Heimarbeiter und die diesen nach den jeweiligen gesetzlichen Vorschriften über die Heimarbeit arbeitsrechtlich gleichgestellten Personen;
  8. Personen, denen im Rahmen beruflicher Maßnahmen der Rehabilitation nach den §§ 198 oder 303 berufliche Ausbildung gewährt wird, wenn die Ausbildung nicht auf Grund eines Dienst- oder Lehrverhältnisses erfolgt;
  9. Personen mit österreichischer Staatsbürgerschaft, die von einer Entwicklungshilfeorganisation gemäß § 1 Abs. 2 des Entwicklungshilfegesetzes, BGBl. Nr. 474/1974, im Rahmen der Entwicklungshilfe als Entwicklungshelfer oder Experte beschäftigt bzw. ausgebildet werden;
  10. Personen, die an einer Eignungsausbildung im Sinne der §§ 2b bis 2d des Vertragsbedienstetengesetzes 1948, BGBl. Nr. 86, teilnehmen;
  11. die Teilnehmer/innen des Freiwilligen Sozialjahres, des Freiwilligen Umweltschutzjahres, des Gedenkdienstes oder des Friedens- und Sozialdienstes im Ausland nach dem Freiwilligengesetz, BGBl. I Nr. 17/2012;
  12. Personen, die eine Geldleistung gemäß § 4 des Militärberufsförderungsgesetzes, BGBl. Nr. 524/1994, beziehen;
  13. geistliche Amtsträger der Evangelischen Kirchen AB. und HB. hinsichtlich der Seelsorgetätigkeit und der sonstigen Tätigkeit, die sie in Erfüllung ihrer geistlichen Verpflichtung ausüben, zum Beispiel des Religionsunterrichtes, ferner Lehrvikare, Pfarramtskandidaten, Diakonissen und die Mitglieder der evangelischen Kirchenleitung, letztere soweit sie nicht ehrenamtlich tätig sind;
  14. die den Dienstnehmern im Sinne des Abs. 4 gleichgestellten Personen.
- (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. Als Dienstnehmer gelten jedenfalls Personen, die mit Dienstleistungsscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG), BGBl. I Nr. 45/2005, entlohnt werden. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer nach § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist, es sei denn, es handelt sich um
1. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. a oder b EStG 1988 oder

2. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. c EStG 1988, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen oder
3. Bezieher/innen von Geld- oder Sachleistungen nach dem Freiwilligengesetz.

(3) *(Anm.: aufgehoben durch BGBl. I Nr. 139/1997)*

(4) Den Dienstnehmern stehen im Sinne dieses Bundesgesetzes Personen gleich, die sich auf Grund 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 auf Grund 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
- d) dass es sich um eine Tätigkeit als Kunstschaffender, insbesondere als Künstler im Sinne des § 2 Abs. 1 des Künstler-Sozialversicherungsfondsgesetzes, handelt.

(5) *(Anm.: aufgehoben durch BGBl. I Nr. 39/1997)*

(6) Eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 1 schließt für dieselbe Tätigkeit (Leistung) eine Pflichtversicherung gemäß Abs. 4 aus.

### § 33 Abs 1 ASVG lautet:

#### *Meldungen und Auskunftspflicht - An- und Abmeldung der Pflichtversicherten*

(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.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 21.12.2011, ZI.: 2010/08/0129 im Hinblick auf die Dienstnehmereigenschaft nach dem ASVG wie folgt ausgeführt:

„Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 21. Dezember 2005, ZI.2004/08/0066) 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.

Für die Beurteilung der Frage, ob ein auf einem Vertrag beruhendes Beschäftigungsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit besteht, kommt dem Vertrag zunächst die Vermutung seiner Richtigkeit zu, d.h. es ist davon auszugehen, dass er den wahren Sachverhalt widerspiegelt. Soweit ein Vertrag von den tatsächlichen Gegebenheiten nicht abweicht, ist er als Teilelement der vorzunehmenden Gesamtbeurteilung in diese einzubeziehen, weil er die von den Parteien in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt. Weicht die tatsächliche Ausübung der Beschäftigung aber vom Vertrag ab, ist nicht primär der Vertrag maßgebend, sondern dann sind die wahren Verhältnisse entscheidend, d.h. ob bei der tatsächlichen und nicht bloß vereinbarten Art der Beschäftigung die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 13. August 2003, ZI. 2000/08/0166, mwN).

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 davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese und während dieser Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder (wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung) nur beschränkt ist. Für das Vorliegen der persönlichen



Abhängigkeit sind als Ausdruck der weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung nur seine Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene grundsätzlich persönliche Arbeitspflicht unterscheidungskräftige Kriterien zur Abgrenzung von anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. Februar 2008, ZI. 2007/08/0053, mwN).

Es ist keineswegs ausgeschlossen, dass ein Dienstverhältnis vorliegt, wenn der Dienstnehmer zusätzlich über einen Gewerbeschein verfügt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 2. April 2008, ZI. 2007/08/0038). Ebenso steht die Gewährung eines leistungsbezogenen Entgeltes einem Dienstverhältnis nicht entgegen (vgl. das soeben zitierte hg. Erkenntnis vom 2. April 2008, ZI. 2007/08/0038, mwN).

Nach der ständigen Rechtsprechung der Verwaltungsgerichtshofes ist die Behörde berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinne auszugehen, wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen, d.h. 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 (VwGH 2013/08/0111 vom 06.08.2013 u.a.).

Jedenfalls ist gemäß § 539a ASVG für die Beurteilung von Sachverhalten nach dem ASVG in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Entscheidend ist das Gesamtbild der tatsächlichen Beschäftigung.

Der Verwaltungsgerichtshof hat wiederholt darauf hingewiesen (ständige Rechtsprechung; vgl. etwa die Erkenntnisse vom 19. Februar 2014, 2013/08/0160, und vom 14. März 2013, 2012/08/0018), dass sich die wirtschaftliche Abhängigkeit bereits aus der persönlichen Abhängigkeit ergibt, ist mit jener doch ein Fehlen der (eigenen) Verfügungsmacht über die wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel verbunden (vgl. VwGH vom 29. Juni 2005, 2001/08/0053). Folglich kann wirtschaftliche Abhängigkeit zwar bei persönlicher Unabhängigkeit bestehen, nicht aber persönliche Abhängigkeit ohne wirtschaftliche Abhängigkeit (vgl. VwGH vom 2. April 2008, 2007/08/0296).

Der freie Dienstvertrag im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG unterscheidet sich vom (echten) Dienstvertrag durch die persönliche Unabhängigkeit des Dienstnehmers vom Dienstgeber (vgl. VwGH vom 18. August 2015, 2013/08/0121 und vom 20. Jänner 2016,

2012/13/0059; vgl. auch die ständige Rechtsprechung des OGH, z.B. RIS-Justiz RS0021518).

Wie oben festgestellt, hat sich Herr G V gegenüber der F H GmbH auf unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen im Sinne des Grillens und Verkaufens von Grillwaren verpflichtet und daraus sein Entgelt bezogen. Diese Dienstleistung war im Wesentlichen persönlich zu erbringen und verfügte Herr G V über keine wesentlichen Betriebsmittel im Sinne der ob zitierten Rechtsprechung. Er verfügte über keine eigene Gewerbeberechtigung und war nicht als Selbständiger zur Sozialversicherung angemeldet. In rechtlicher Hinsicht ist das Vertragsverhältnis daher als „freier Dienstvertrag“ im Sinne des § 4 Abs 4 ASVG zu qualifizieren, weil zudem eine persönliche Abhängigkeit im Sinne einer persönlichen Arbeitspflicht nicht vorlag. Diesbezüglich trifft den Dienstgeber, in diesem Falle die F H GmbH und als Verantwortlichen den Beschwerdeführer als handelsrechtlichen Geschäftsführer die Verpflichtung der Anmeldung des Herrn G V zur Sozialversicherung im Sinne des § 33 Abs 1 ASVG. Der Beschwerdeführer hat die ihm mit dem bekämpften Erkenntnis vorgeworfene Übertretung daher objektiv zu verantworten.

Wir bereits im Straferkenntnis der belangten Behörde ausgeführt, kann sich der Beschwerdeführer auch nicht auf das Vorliegen eines entschuldbaren Rechtsirrtums berufen, weil dem Beschwerdeführer als Unternehmer und Arbeitgeber in Anwendung seiner kaufmännischen Sorgfalt zumutbar gewesen wäre, seinen Irrtum über die wahre Rechtsnatur dieses Vertragsverhältnisses selbst bzw. durch die Einholung von entsprechenden Rechtsauskünften leicht zu erkennen. Es ist insofern vom Verschuldensgrad der Fahrlässigkeit auszugehen.

Bezüglich der **Strafbemessung** ist ergänzend zu den Ausführungen der belangten Behörde im bekämpften Bescheid Folgendes auszuführen:

Wenn die belangte Behörde bei der Strafbemessung als erschwerend Dauer und Umstände der Beschäftigung, und als mildernd die lange Verfahrensdauer gewertet hat, so ist ihr diesbezüglich nicht entgegenzutreten. Jedoch kann auch der nicht entschuldbare Rechtsirrtum über die wahre Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses als Milderungsgrund herangezogen werden. In der mündlichen Verhandlung wurde seitens der mitbeteiligten Partei Finanzamt Graz-Stadt, Finanzpolizei Team x die Ansicht geäußert bzw. angeregt, das Verwaltungsstrafverfahren mit der Mindeststrafe zum Abschluss zu bringen. In Abwägung der Erschwerungs- und Milderungsgründe und unter Berücksichtigung des Verschuldensgrades der Fahrlässigkeit kommt auch das Landesverwaltungsgericht zur Ansicht, dass die Verhängung der Mindeststrafe in Höhe

von € 730,00 in Anbetracht des strafrechtlich geschützten und verletzten Rechtsgutes und dessen Beeinträchtigung durch die Tat als gerechtfertigt erscheint.

Daher war spruchgemäß zu entscheiden.

## **II. 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. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.