



VERWALTUNGSGERICHT
WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38669
Telefax: (43 01) 4000 99 38640
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-041/078/13621/2016-24
Ing. D. K.

Geschäftsabteilung: VGW-F

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Marcus Osterauer über die Beschwerde des Herrn Ing. D. K., vertreten durch Rechtsanwälte OG, gegen das Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien vom 15. September 2016, Zl. MBA ..., wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG),

zu Recht e r k a n n t:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen und das bekämpfte Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass die Strafsanktionsnorm statt „§ 111 Abs. 2 erster Strafsatz ASVG“ richtig „§ 111 Abs. 2 zweiter Strafsatz ASVG“ lautet.

II. Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG hat der Beschwerdeführer einen Beitrag in der Höhe von 540,00 Euro (das sind 20 % der verhängten Geldstrafe) zu den Kosten des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens zu leisten. Gemäß § 9 Abs. 7 VStG haftet die X. für den dem Beschwerdeführer auferlegten Beitrag zu den Kosten des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 540,00 Euro zur ungeteilten Hand mit dem Beschwerdeführer.

III. Dem Beschwerdeführer wird weiters der Ersatz der mit Beschluss des Verwaltungsgerichtes Wien vom 11. Dezember 2017 zur GZ VGW-KO-078/887/2017-1 mit 143,00 Euro bestimmten Barauslagen für den zur mündlichen Verhandlung am 6. Dezember 2017 beigezogenen nichtamtlichen Dolmetscher St. Ki. auferlegt. Gemäß § 9 Abs. 7 VStG haftet die X. für den dem Beschwerdeführer auferlegten Ersatz der Barauslagen in der Höhe von 143,00 Euro zur ungeteilten Hand mit dem Beschwerdeführer.

IV. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1. Bekämpftes Straferkenntnis:

Das gegen den Beschwerdeführer als Beschuldigten ergangene Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien (in Folge: Belangte Behörde) vom 15. September 2016, GZ MBA ... enthält nachstehenden Spruch:

„Sie haben es als verantwortlicher Beauftragter der X. ist, und somit als gemäß § 35 Abs. 3 ASVG zur Vertretung nach außen Berufener dieser Gesellschaften mit jeweils Sitz in Wien, ..., das ist der Ort, von dem aus die erforderlichen Meldungen zu erstatten gewesen wären, zu verantworten, dass es diese Gesellschaft als Dienstgeberin in der Zeit von 1.9.2014 bis 02.04.2015 unterlassen hat, den von ihr als Zeitungszusteller beschäftigten, nach dem ASVG in der Krankenversicherung pflichtversicherten Herrn A. Ko., geb.: 1975, vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden, wobei die Anmeldeverpflichtung so erfüllt hätte werden können, dass die Dienstgeberin in zwei Schritten meldet, und zwar vor Arbeitsantritt die Dienstgeberkontonummern, Namen und Versicherungsnummern, bzw. die Geburtsdaten der beschäftigten Personen sowie Ort und Tag der Beschäftigungsaufnahme (Mindestangaben Anmeldung) und die noch fehlenden Angaben innerhalb von sieben Tagen ab Beginn der Pflichtversicherung (vollständige Anmeldung), weil die Dienstgeberkontonummern, die Namen und die Versicherungsnummern, bzw. die Geburtsdaten der oben angeführten Personen sowie Ort und Tag der Beschäftigungsaufnahme vor Arbeitsantritt nicht dem zuständigen Krankenversicherungsträger gemeldet worden waren.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 33 Abs. 1 ASVG iVm § 111 Abs. 1 Z. 1 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955 in der geltenden Fassung

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von € 2.700,00, falls diese uneinbringlich ist,
Ersatzfreiheitsstrafe von 6 Tagen und 18 Stunden

gemäß § 111 Abs. 2 erster Strafsatz ASVG in Verbindung mit § 9 VStG 1991

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

€ 270,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d.s. 10% der Strafe
(mindestens jedoch € 10,00 je Übertretung)

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher € 2.970,00

Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen.

Die X. GmbH haftet für die mit diesem Bescheid über den zur Vertretung nach außen verantwortlichen Beauftragten, Täter Herr Ing. D. K. verhängte Geldstrafe von € 2.700,00 und die Verfahrenskosten in der Höhe von € 270,00 sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gemäß § 9 Abs. 7 VStG zur ungeteilten Hand.“

In der Begründung dieses Straferkenntnisses führte die belangte Behörde insbesondere Folgendes aus:

„Die Ihnen zur Last gelegte und im Spruch näher ausgeführte Verwaltungsübertretung gelangte der erkennenden Behörde durch eine Anzeige der Finanzpolizei vom 13.04.2016 zur Kenntnis.

Sie sind als verantwortlicher Beauftragter gemäß § 9 Abs. 1 VStG für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch die im Spruch genannte Gesellschaft verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich.

In Ihrer Rechtfertigung haben Sie die Begehung der Ihnen angelasteten Übertretung bestritten und im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:

Die angeführte Person, die als Zeitungszusteller gearbeitet hätte, sei nicht in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit tätig geworden. Sie sei nicht in die betriebliche Organisation der beschwerdeführenden Partei eingebunden gewesen, eine Bindung hinsichtlich Arbeitszeit und Arbeitsort habe nicht bestanden und sie hätte sich vertreten lassen können. Der Zusteller hätte über eigene Betriebsmittel verfügt und ein eigenes Unternehmerrisiko getragen.

Im konkreten Fall verantwortete der Zusteller gegenüber der X., dass täglich bis zu 430 Zeitungen an Abonnenten zugestellt werden. Dies gegen eine leistungsabhängige Honorierung pro erfolgreich zugestellter Zeitung. Geschuldet wurde der Erfolg der rechtzeitigen Zustellung an Abonnenten der X. des vereinbarten Verteilungsgebiets bis 06:00 Uhr bzw. 07:00 Uhr an Sonn- und Feiertagen.

Innerhalb des in der Natur der vertraglich geschuldeten Leistung liegenden etwa 5 bis 6 stündigen Zeitrahmens wäre der Zusteller völlig frei. Er konnte etwa [den] Beginn seiner Tätigkeit frei wählen oder diese jederzeit – für andere Erwerbs- oder Privatzwecke – unterbrechen.

Es wurde auch eingewandt, es läge kein echtes oder dienstnehmerähnliches Dienstverhältnis zwischen dem Zusteller und der X. vor, da weder Merkmale persönlicher noch wirtschaftlicher Abhängigkeit vorliegen. Es wurden auch noch hierbezüglich Gerichtsentscheidungen zitiert, die diese Rechtsansicht untermauern sollten. Nachdem der Zeitungszusteller nicht bei der X. beschäftigt und somit keine in der Krankenversicherung des ASVG pflichtversicherte Person gewesen sei, war er auch nicht gemäß § 33 Abs. 1 ASVG beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden. Der vorgehaltene Sachverhalt zeige daher, dass er als typischer „neuer Selbstständiger“ im Sinne des § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG tätig und nach diesen Bestimmungen versicherungspflichtig gewesen ist.

Dem ist Folgendes entgegenzuhalten:

Nach § 539a Allgemeines Sozialversicherungsgesetz ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zum Beispiel Werk[ver]t[r]ag, Dienstvertrag) maßgebend.

Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG ist, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird, insbesondere wenn bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbstständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen

Herr Ko. war weder in der Preisgestaltung noch in der Wahl des Zustellgebietes sowie der Zustellzeit frei. Seine Tätigkeit war demnach nur das Erfüllen einer von der X. organisierten Aufgabe, nämlich das Zustellen von Zeitungen an bestimmte Personen zu einer bestimmten Zeit. Es überwiegen daher klar die Merkmale für eine unselbstständige Tätigkeit (vgl. VwGH vom 21.02.2011, Zl. 96/08/0028).

Die Ihnen zur Last gelegte Übertretung ist somit in objektiver Hinsicht als erwiesen anzusehen.

Bei der vorliegenden Verwaltungsübertretung handelt es sich um ein so genanntes Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG. Gemäß dieser Bestimmung genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Ein derartiges Vorbringen, das geeignet gewesen wäre, Ihr mangelndes Verschulden glaubhaft zu machen, haben Sie aber nicht erstattet. Demnach sind auch die subjektiven Voraussetzungen für die Strafbarkeit zweifelsfrei erwiesen.

Zur Bemessung der Strafhöhe:

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG ist die Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 StGB sinngemäß anzuwenden. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfälligen Sorgepflichten des/der Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Der objektive Unrechtsgehalt der Tat und das Verschulden sind im vorliegenden Fall durchschnittlich.

Bei der Strafbemessung wurden vier einschlägige Vorstrafen erschwerend gewertet, mildernd war kein Umstand.

Ihre Vermögens- und Einkommensverhältnisse und allfälligen Sorgepflichten haben Sie der Behörde nicht bekannt gegeben. Es wurden mangels Angaben durchschnittliche Werte angenommen, da sich keine Anhaltspunkte für eine schlechte wirtschaftliche Lage ergaben.

Unter Berücksichtigung aller Strafzumessungsgründe ist die verhängte Strafe nicht zu hoch bemessen.

Der Kostenausspruch stützt sich auf die im Spruch angeführte zwingende Bestimmung des Gesetzes.

Der Kostenausspruch und der Ausspruch über die Haftung stützen sich auf die im Spruch angeführten zwingenden Bestimmungen des Gesetzes.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.“

2. Beschwerde und Beschwerdeverfahren:

2.1. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde an das Verwaltungsgericht Wien in der er insbesondere (auf Wesentlichste zusammengefasst) ausführte, dass die Tätigkeit von A. Ko. für X. keine Pflichtversicherung von A. Ko. nach dem ASVG begründet habe, da der Vertrag zwischen A. Ko. und der X. nicht als Dienstvertrag sondern als Werkvertrag zu qualifizieren sei. Weiters brachte der Beschwerdeführer vor,

dass am 13. Juli 2005 im damaligen Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten bei der zuständigen Abteilungsleiterin eine mehrstündige Besprechung stattgefunden habe, deren Gegenstand die von der „X.“ erarbeiteten Musterwerkverträge gewesen seien und zu denen von der Abteilungsleiterin erklärt worden sei, dass es bei Verwendung derselben keine Probleme nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz gebe, da es sich durch den Abschluss solcher Verträge um eine klassische „Neue Selbständigentätigkeit“ handle. Auf diese Rechtsansicht des sachlich zuständigen Bundesministeriums für wirtschaftliche Angelegenheiten habe sich der Beschwerdeführer verlassen. Weiters würden betreffend die Qualifikation der Vertragsverhältnisse von Zeitungszustellern mehrere unterschiedliche (höchst)gerichtliche Entscheidungen vorliegen, sodass es für den Rechtunterworfenen unmöglich sei, zu beurteilen, ob ein Vertragsverhältnis eine Versicherungspflicht nach dem ASVG auslöse.

2.2. Die belangte Behörde nahm von einer Beschwerdeentscheidung Abstand und legte die Beschwerde unter Anschluss des Verwaltungsaktes dem Verwaltungsgericht Wien zur Entscheidung vor.

2.3. Das Verwaltungsgericht Wien machte gemäß § 10 VwGVG mit Schreiben vom 21. Oktober 2016 der Abgabenbehörde Mitteilung von der Beschwerde.

2.4. Mit Eingabe vom 29. November 2016 nahm die Abgabenbehörde wie folgt Stellung zur Beschwerde:

„Der VwGH geht in seiner Erkenntnis vom 14.10.2015, GZ: 2013/08/0226, in Bezug auf die Zustellung von Zeitungen davon aus, dass es sich um ein Dienstverhältnis zwischen dem Unternehmen und dem Zusteller handelt.

Bei der Zustellung von Zeitungen kann sich der Zusteller weder das Gebiet für die Zustellung frei wählen, noch kann er den Zeitpunkt der Zustellung der Zeitungen selber bestimmen.

Daher ist davon auszugehen, dass es sich um ein Dienstverhältnis handelt.“

2.5. Vor dem Verwaltungsgericht Wien fanden am 27. September 2016, am 7. November 2016 und am 6. Dezember 2016 öffentliche mündliche Verhandlungen statt, in denen die Zeugen Dr. S. und A. Ko. einvernommen wurden. Weiters wurde von Seiten des Beschwerdeführers der Vertrag zwischen A. Ko. und der X. vorgelegt.

3. Sachverhaltsfeststellungen und Beweiswürdigung

Auf Grund des durchgeführten Beweisverfahrens wird nachstehender Sachverhalt festgestellt:

Die zu FN ... des Firmenbuches beim Handelsgericht Wien protokollierte X. stellt (unter anderem) Zeitungen und Zeitschriften im Wege der Hauszustellung an Abonnenten zu. Der Beschwerdeführer war zumindest im Zeitraum 1. September 2014 bis 2. April 2015 für die gesamte Organisation der Hauszustellung der X. österreichweit zuständig und war verantwortlicher Beauftragter im Sinne des § 35 Abs. 3 ASVG für die Einhaltung der Meldepflichten der §§ 33 und 34 ASVG insbesondere für den gesamten Logistikbereich der X., der auch den Bereich der Hauszustellungen umfasst.

Am 1. August 2014 schloss die als „Auftraggeber“ bezeichnete X. mit dem als „Auftragnehmer“ bezeichneten A. Ko. einen schriftlichen Vertrag mit nachstehendem wesentlichen Inhalt:

„I.

Der Auftraggeber überträgt dem Auftragnehmer die Abonnentenbetreuung (insbesondere die Hauszustellung von Zeitungen und Zeitschriften, Katalogen und sonstigen persönlich adressierten Druckwerken – in der Folge Produkte genannt – an Abonnenten, Kunden und sonstige Dritte) und die Abonnentenwerbung in den mit dem Auftraggeber vereinbarten Gebieten (Zustellbezirken) an den vereinbarten Zustelltagen.

Eine Änderung des vom Auftraggeber angebotenen und vom Auftragnehmer gewählten Gebietes ist nur mit beiderseitiger Zustimmung möglich.

Der Auftragnehmer schuldet die erfolgreiche Zustellung der Produkte grundsätzlich im gleichen Tag (Nachtzustellung MO – SA bis 06:00 Uhr und Sonn- u. Feiertag bis 07:00 Uhr; Tagzustellung bis 11:30 Uhr) an den von den Kunden bzw. vom Auftraggeber jeweils bekannt gegebenen Hinterlegungsplätzen (wie z. B. Wohnungstür, Zeitungsrolle, Briefschlitze oder -kästen).

Der Auftragnehmer erbringt die mit ihm vereinbarten Tätigkeiten selbstständig und haftet dem Auftraggeber gegenüber für die erforderliche Sorgfalt und für sämtliche Mängel der von ihm erbrachten Tätigkeiten.

Schäden, welche durch mangelhafte Leistungserbringung bzw. durch Nichtleistung entstehen, werden dem Auftragnehmer angelastet bzw. gegen noch offene Ansprüche aufgerechnet.

II.

Der Auftraggeber übergibt dem Auftragnehmer ein Verzeichnis mit den Abonnenten seines Gebietes. Dieses Verzeichnis (Hauptliste) wird bei jeder Veränderung des Abonnentenstandes im übergebenen Gebiet durch eine Ergänzung (Nachtragsliste) aktualisiert.

Der Auftraggeber übergibt dem Auftragnehmer weiters die für die Erfüllung der Tätigkeit notwendigen Geräte und Schlüssel. Diese verbleiben wie Haupt- und Nachtragslisten, im Eigentum des Auftraggebers und sind bei Beendigung des Vertragsverhältnisses prompt und ohne separate Aufforderung vom Auftragnehmer zurückzustellen.

Der Auftragnehmer trägt die Verantwortung für den ausschließlich widmungsgerechten Einsatz der übernommenen Unterlagen, Geräte und Schlüssel. Diese dürfen vom Auftragnehmer ausschließlich an Vertreter bzw. Subunternehmer, zum Zweck der Erbringung der vertragsgegenständlichen Werkleistung, überlassen werden.

Die für die erfolgreiche Leistungserbringung wesentlichen eigenen Betriebsmittel (zum Beispiel PKW, sonstige Fahrzeuge, Trägertaschen, Telefon, Büro, usw.) stellt der Auftragnehmer auf eigene Kosten und Gefahr bei.

III.

Die Werkentgelte setzen die ordnungsgemäße Leistungserbringung voraus und bemessen sich nach dem gesondert vereinbarten Preis-/Leistungsverzeichnis. Sie werden monatlich im Nachhinein (allenfalls zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer) in Rechnung gestellt und mittels Banküberweisung bezahlt. Darüber hinaus Gebühren keine wie immer gearteten Honorar- oder Vergütungsansprüche.

Die Vertragspartner kommen überein, dass die monatliche Abrechnung durch Erstellen einer Gutschrift seitens des Auftraggebers erfolgt. Das Banküberweisungsformular wird so ausgefüllt, dass die für die Buchhaltung des Vertragspartners notwendigen Daten aufscheinen und dadurch die separate Ausstellung eines Gutschriftsbeleges nicht notwendig ist. Das Banküberweisungsformular ist somit gleichzeitig der Gutschriftsbeleg.

Der Auftragnehmer meldet allfällige Änderungen des Namens, der Anschrift und der Bankverbindung unverzüglich, damit die Überweisungsbelege ordnungsgemäß erstellt werden können. Nachteile aus der Unterlassung der Meldungen (z.B. verspätete Überweisungen) gehen zu Lasten des Auftragnehmers. Weiters sind dem Auftraggeber allfällige Änderungen betreffend Aufenthaltstitel unaufgefordert mitzuteilen.

IV.

Der Auftragnehmer ist bei der Erfüllung des Auftrages als selbstständig Erwerbstätiger weitestgehend – d.h. mit Ausnahme der Pflicht zur rechtzeitigen vertragskonformen Erfüllung der jeweiligen Zielschuld – ungebunden und organisiert sich die Abonnentenbetreuung selbst. Es liegt insbesondere keine persönliche Arbeitsverpflichtung vor, daher kann sich der Auftragnehmer generell

und jederzeit bei der Erbringung der vereinbarten Tätigkeiten durch geeignete Dritte vertreten lassen. Bei etwaigen Verhinderungen hat der Auftragnehmer entsprechend seiner Zielschuldverpflichtung für Ersatz (Vertretung) zu sorgen bzw. bei ausnahmsweiser Unmöglichkeit solchen Ersatzes zur Schadensvermeidung bzw. Schadensminderung rechtzeitig den zuständigen Gebietsbetreuer oder Nachtdienst des Auftraggebers zu verständigen.

Lässt sich der Auftragnehmer vertreten, erfolgt dies auf seine Kosten und Gefahr und er haftet dem Auftraggeber gegenüber für die ordnungsgemäße Leistungserbringung seiner Mitarbeiter und Subunternehmer. Dies gilt insbesondere für die Einhaltung aller maßgebenden gesetzlichen Vorschriften, wie das Einholen allenfalls notwendiger Bewilligungen und hält der Auftragnehmer den Auftraggeber in diesem Zusammenhang vollkommen schad- und klaglos. Der Auftragnehmer hält den Auftraggeber in jedem Fall auch dann schad- und klaglos, wenn der Auftraggeber aufgrund unsachgemäßer Auftrags Erfüllung von Dritten in Anspruch genommen wird.

Dem Auftragnehmer steht es frei neben diesem Werkvertrag auch anderweitig selbstständig oder unselbstständig tätig zu sein.

V.

Auftraggeber wie Auftragnehmer gehen in beiderseitiger Übereinstimmung und beiderseitigem Willen davon aus, dass es sich beim gegenständlichen Vertragsverhältnis infolge dessen Erfolgs- und Zielschuldverbindlichkeiten und der vollen eigenen Kosten- und Risikotragung sozialversicherungsrechtlich um eine „neue Selbstständigkeit“ im Sinn des § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG handelt.

Eine Anmeldung bei der Gebietskrankenkasse durch den Auftraggeber unterbleibt somit.

Sozialversicherungsbeiträge werden ausschließlich vom versicherten Auftragnehmer nach seinen Meldungen an die Sozialversicherungsanstalt der Gewerblichen Wirtschaft abgeführt. Die vereinbarten Honorare werden seitens des Auftraggebers daher brutto für netto auf das jeweils namhaft gemachte Konto überwiesen.

Für den Fall, dass entgegen dieser gemeinsam gewollten rechtlichen Beurteilung von einem dem ASVG unterliegenden Vertragsverhältnis auszugehen sein sollte, gilt ausdrücklich vereinbart, dass das Entgelt (auch rückwirkend) auf jene Höhe angepasst wird, die sich nach Abzug der ASVG – Dienstnehmeranteile ergeben hätte bzw. ergibt. Für diesen Fall ist der Auftragnehmer mit dem Einbehalt der Überbezüge ausdrücklich einverstanden. Die Vereinbarung beruht darauf, dass die Höhe der Honorarvereinbarung auf Basis der vollen GSVG – Beitragspflicht des Auftragnehmers getroffen wurde und dient dazu, eine ungerechtfertigte Bereicherung des Auftragnehmers zu verhindern, die sich aus einer anderen sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung ergeben würde, wenn er die auch für freie Dienstnehmer vorgesehene eigene Beitragsleistung nicht erbringen müsste und sich allenfalls selbst die gesamten GSVG – Beiträge zurückholen könnte. Der diesfalls vom Auftraggeber zu tragende Dienstgeberbeitrag bleibt auch bei dieser Vereinbarung das Risiko des Auftraggebers, sodass diese Vereinbarung auch einen angemessenen Riskenausgleich bewirkt.

Der Auftragnehmer hat neben den GSVG – Versicherungsbeiträgen auch sämtliche Steuern selbst zu tragen und für die Einhaltung der entsprechenden Meldeverpflichtungen zu sorgen.

In diesem Zusammenhang verpflichtet sich der Auftragnehmer den Auftraggeber schad- und klaglos zu halten, sofern Forderungen Dritter (z.B. Steuern, Versicherungsbeiträge, Abgaben) an ihn herangetragen werden.

Der Auftragnehmer bestätigt mit seiner Unterschrift auch den Erhalt eines Informationsblattes über die Belange eines Werkvertragsverhältnisses.

VI.

Mit diesem Rahmenvertrag, der am 1.8. beginnt, hat sich der Auftragnehmer grundsätzlich zur Durchführung der vertragsgegenständlichen selbstständigen Tätigkeit auf unbestimmte Dauer verpflichtet. Der Vertrag kann von Auftraggeber und Auftragnehmer jederzeit mit einer Frist von 7 Tagen beendet werden.

VII.

Änderungen des vorliegenden Vertrages bedürfen der Schriftform.
In Streitfällen ist das für den Auftraggeber zuständige Gericht in Wien anzurufen.“

Der Vertragsinhalt entspricht einem von der X. erstellten Mustervertrag.

In der Folge führte A. Ko. im Zeitraum von zumindest 1. September 2014 bis 2. April 2015 auf Grundlage dieses Vertrages für die X. in einem ländlichen Zustellgebiet in Oberösterreich Hauszustellungen von Zeitungen durch, wobei etwa 430 Zeitungen täglich zuzustellen waren. Ko. bediente sich für die Durchführung der Zustellungen eines eigenen PKW. Ko. holte die Zeitungen an vereinbarten Abholpunkten ab, wobei die Zeitungen etwa um 01:00 in der Nacht zu den Abholpunkten gebracht wurden und er meistens an den Abholpunkten bereits auf die Zeitungen wartete. Den Zeitungen waren jeweils Zustelllisten mit den Zustelladressen beigelegt. In der Folge lieferte Ko. die Zeitungen mit seinem PKW aus, wobei er sich an die nach Zustelladressen geordneten Zustelllisten hielt. Es gab allerdings keine Weisung, dass Ko. sich an die Reihenfolge der Zustellliste halten musste. Die Zustellungen mussten grundsätzlich bis spätestens 06:00 Uhr, im Winter bis spätestens 07:00 Uhr erfolgen. Wenn eine Zeitung nicht zugestellt werden konnte, musste Ko. dies der X. melden, damit diese die Adresse überprüfen konnte.

Ko. lieferte die Zeitungen immer selbst aus und ließ sich nie vertreten. Allerdings halfen sich Ko. und seine Frau, die auf Basis eigener Verträge ebenfalls als Zustellerin für die X. und die „Y.“ tätig war, gelegentlich wechselseitig bei den Zustellungen, wenn sie mit den Zustellungen in ihrem eigenen Zustellbezirk fertig waren. Wenn er sich Urlaub genommen hat, gab er dies der X. bekannt, die dann für eine Vertretung durch sogenannte „Springer“ sorgte. Ko. wurde von Seiten der X. mitgeteilt, dass er sich nicht durch Dritte vertreten lassen dürfe, da dafür die „Springer“ vorgesehen seien, die die Zustellbezirke kannten.

Die Bezahlung erfolgte nach zugestellten Stück Zeitungen. Ko. stellte nie eine Rechnung an die X., sondern erhielt von der X. eine Aufstellung der zugestellten Zeitungen und wurde nach dieser Liste abgerechnet, wobei die Vergütung etwa 1.400,00 Euro monatlich betrug. Die Aufwendungen für den PKW wurden von Ko. steuerlich nicht geltend gemacht.

Kontrollen der Leistungserbringung durch die X. erfolgten nur dann, wenn es Beschwerden von Seiten der Abonnenten gab, dass Zeitungen nicht zugestellt wurden. In einem solchen Fall wurde Ko. von der X. damit konfrontiert und musste die nicht zugestellten Zeitungen nachliefern.

Ko. war während seiner Tätigkeit für die X. auch als Zusteller für die „Y.“ tätig, wobei die Zustellung dieser Zeitung während der Tätigkeit von Ko. für die X. noch nicht durch die X. erfolgte.

Der Beschwerdeführer weist vier Vorstrafen wegen Übertretung des ASVG auf.

Zur Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Vertrag vom 1. August 2014 und der Aussage des Zeugen Ko., sowie hinsichtlich der Höhe der Vergütung aus den Angaben des Zeugen Ko. im Personenblatt. Die Feststellungen hinsichtlich der Anzahl der zuzustellenden Zeitungen stützt sich auf die Angaben der Zeugin Dr. S., die sich bei ihren Angaben auf entsprechende Aufzeichnungen stützen konnte. Bei der Angabe des Zeugen Ko., er habe täglich lediglich 240 Zeitungen zustellen müssen, handelt es sich um einen offensichtlichen Irrtum. Die

Feststellungen betreffend die Vorstrafen des Beschwerdeführers ergeben sich aus dem Datenbankauszug AS 49 des Verwaltungsaktes.

4. Rechtslage:

Die im gegenständlichen Fall maßgeblichen Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955 lauten in der am 2. März 2016 anzuwendenden Fassung BGBl. I Nr. 113/2015 wie folgt:

„Meldungen und Auskunftspflicht

An- und Abmeldung der Pflichtversicherten

§ 33. (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.

- (1a) Der Dienstgeber kann die Anmeldeverpflichtung so erfüllen, 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).

...

„Strafbestimmungen

Verstöße gegen melderechtliche Vorschriften

§ 111. (1) Ordnungswidrig handelt, 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 dieses Bundesgesetzes

1. Meldungen oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet oder

...

(2) Die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 ist von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu bestrafen, und zwar

- mit Geldstrafe von 730 € bis zu 2 180 € im Wiederholungsfall von 2 180 € bis zu 5 000 €
- 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 € herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

...“

5. Rechtliche Beurteilung:

5.1. Gemäß § 33 Abs. 1 ASVG haben Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach dem ASVG in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden.

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

5.2. Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hierzu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

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 dieser konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet ist oder – wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung – nur beschränkt ist (VwGH 27. Juli 2015, 2013/08/0108). Für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit sind – im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffes – als Ausdruck der weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung nur seine Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene (grundsätzlich) persönliche Arbeitspflicht unterscheidungskräftige Kriterien zur Abgrenzung von anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung, während das Fehlen anderer – im Regelfall freilich auch vorliegender – Umstände (wie zum Beispiel die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Empfängers der Arbeitsleistung) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt (VwGH 15. Oktober 2015, 2013/08/0175).

Ausgangspunkt der Betrachtung ist die vertragliche Gestaltung der Beschäftigung, weil sie (sofern keine Anhaltspunkte für ein Scheinverhältnis bestehen) die von den Parteien des Beschäftigungsverhältnisses in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt, die wiederum bei der Deutung von Einzelmerkmalen der Beschäftigung relevant sein können; die vertragliche Vereinbarung hat die Vermutung der Richtigkeit (im Sinne einer Übereinstimmung mit der Lebenswirklichkeit) für sich. Dabei kommt es auf die Bezeichnung des Verhältnisses durch die Vertragspartner grundsätzlich nicht an (VwGH 16. März 2011, 2007/08/0153).

Weichen die „wahren Verhältnisse“ vom Vertrag ab, ist dies ein Indiz dafür, dass nur ein Scheinvertrag vorliegt. Eine Scheinvereinbarung ist von vornherein als Grundlage für die Beurteilung der Versicherungspflicht nicht geeignet. Insoweit kommt es daher auf die tatsächlichen Verhältnisse an (VwGH 17. Oktober 2012, 2009/08/0188).

5.3.1. Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG (und damit für ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) ist die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 Abs. 2 Z 1 ASVG schon aus diesem Grunde nicht vor (VwGH 18. August 2015, 2013/08/0121).

5.3.2. Dies ist zum einen der Fall, wenn dem zur Leistung Verpflichteten ein „generelles Vertretungsrecht“ zukommt, wenn er also jederzeit nach Gutdünken beliebige Teile seiner Verpflichtung an Dritte überbinden kann. Damit wird vor allem die Situation eines selbständig Erwerbstätigen in den Blick genommen, der – anders als ein letztlich nur über seine eigene Arbeitskraft disponierender (abhängig) Beschäftigter – im Rahmen seiner unternehmerischen Organisation (oft werkvertragliche) Leistungen zu erbringen hat und dabei Hilfspersonal zum Einsatz bringt oder sich eines Vertreters (Subunternehmers) bedient (VwGH 14. Juli 2017, Ra 2016/08/0132).

Nach Punkt IV. der Vertrages zwischen der X. und A. Ko. konnte sich dieser zwar „generell und jederzeit bei der Erbringung der vereinbarten Tätigkeiten durch geeignete Dritte vertreten lassen“. Tatsächlich ließ sich A. Ko. bei seiner Tätigkeit jedoch nicht durch Dritte vertreten sondern wandte sich im Fall seiner Verhinderung wegen Urlaubs sogar an die X., die in der Folge auch eine Vertretung durch „Springer“ veranlasste. Hinzu kommt, dass auf Grund der konkreten Umstände nicht zu erwarten war, dass Ko., der über keine eigene unternehmerische Organisation verfügt, seine vertraglich vereinbarte Vertretungsbefugnis auch tatsächlich ausübt (vgl. VwGH 14. Oktober 2015, 2013/08/0226 betreffend Zeitungszusteller ohne eigenständige unternehmerische Organisation), zumal Ko. von Seiten der X. mitgeteilt worden war, dass er sich (insofern entgegen dem Wortlaut des schriftlichen Vertrages) nicht durch Dritte vertreten lassen dürfe.

5.3.3. Die persönliche Arbeitspflicht fehlt andererseits auch dann, wenn einem Beschäftigten ein „sanktionsloses Ablehnungsrecht“ zukommt, wenn er also die Leistung bereits übernommene Dienste jederzeit nach Gutdünken ganz oder teilweise sanktionslos ablehnen kann. Der Empfänger der Dienstleistungen kann unter solchen Umständen nicht darauf bauen und entsprechend disponieren, dass dieser Beschäftigte an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit für Dienstleistungen vereinbarungsgemäß zur Durchführung stehen werde (VwGH 1. Oktober 2015, Ro 2015/08/0020). Dafür, dass A. Ko. berechtigt gewesen wäre, im Rahmen der von ihm übernommenen Gesamtverpflichtung – d.h. bei Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses – sanktionslos (d.h. ohne die Konsequenz einer Auflösung oder Verschlechterung des Vertragsverhältnisses) einzelne Arbeitsleistungen (ohne Stelligmachung eines Vertreters) abzulehnen, liegen im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte vor. Hinzu kommt, dass die Befugnis, sanktionslos einzelne Arbeitsleistungen ganz oder teilweise abzulehnen, mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation der X. nicht in Einklang zu bringen gewesen wäre, da die für diesen Fall erforderliche Organisation der Zustellungen, deren Durchführung der Vertragspartner ganz oder teilweise ablehnt, durch die X. oder einen anderen Vertragspartner, die auch von Fall zu Fall die Erstellung eigener Zustelllisten erforderlich machen würde, unwirtschaftlich wäre.

5.3.4. Zusammenfassend ist daher von einer persönlichen Arbeitspflicht von A. Ko. auszugehen.

5.4.1. Liegt – wie im gegenständlichen Fall - persönliche Arbeitspflicht vor, ist weiters zu klären, ob die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jener persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist (VwGH 3. Oktober 2013, 2013/08/0162).

5.4.2. Von besonderer Aussagekraft ist in diesem Zusammenhang, ob der Beschäftigte in einer Weise in die betriebliche Organisation des Beschäftigers eingebunden ist, dass ausdrückliche persönliche Weisungen und Kontrollen durch „stille Autorität“ des Beschäftigers substituiert werden (VwGH 25. Juni 2013, 2013/08/0093). Weiters spielt die Qualifikation der ausgeübten Tätigkeit eine Rolle, weil sich – unabhängig vom Vorliegen konkreter sachlicher Weisungen – mit steigender Qualifikation in der Regel auch die fachliche bzw. sachliche Entscheidungsbefugnis ständig erweitert (VwGH 11. Juni 2014, 2012/08/0157). Bei einfachen manuellen Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten – wie die Zustellung von Tageszeitungen -, die in Bezug auf die Arbeitsausführung und die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlauben, kann bei einer 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 weitwendige Untersuchung vorausgesetzt werden (VwGH 14. Oktober 2015, 2013/08/0226 mwN).

Im gegenständlichen Fall steht fest, dass A. Ko. seine Tätigkeit in einem von der X. für ihre unternehmerischen Zwecke organisierten, in den wesentlichen Grundzügen genau umrissenen Rahmen entfaltet hat, da die etwa 430 Zeitungen erst um 01:00 Uhr in der Früh an den vorgegebenen Abholpunkten abgeholt werden konnten und werktags bis 06.00 Uhr bzw. im Winter bis 07:00 Uhr zugestellt sein mussten, sodass angesichts der für die Zustellung erforderlichen Zeit und der vorgegebenen Zustelllisten fallbezogen von einer Integration von A. Ko. in den Betrieb der X. auszugehen ist. Ungeachtet der außerhalb des Betriebsstandortes (disloziert) erbrachten Tätigkeiten liegt damit eine für eine

Einbindung in die betriebliche Organisation des Dienstgebers und die Substitution von persönlichen Weisungen und Kontrollen durch „stille Autorität“ charakteristische Eingliederung der Arbeitskraft in eine vom Dienstgeber bestimmte Ablauforganisation in zeitlicher und örtlicher Hinsicht vor. A. Ko. hat zudem eine niedrig qualifizierte Tätigkeit ausgeübt, die insgesamt keine außergewöhnliche (unternehmerähnliche) Dispositionsmöglichkeit erkennen lässt, die es rechtfertigen könnten, den in die betriebliche Organisation seines Arbeitgebers eingebundenen A. Ko. dennoch als persönlich unabhängigen freien Dienstnehmer im Sinn des § 4 Abs. 4 ASVG anzusehen (VwGH 11. Juni 2014, 2012/08/0240). Auf eine ausdrückliche Erteilung persönlicher Weisungen an A. Ko. kommt es unter diesen Umständen („stille Autorität“ des Arbeitgebers bei Einbindung in die betriebliche Organisation) nicht an.

5.4.4. Dass A. Ko. eine Leistungsentlohnung erhielt und keinem Konkurrenzverbot unterlag und für ein Konkurrenzunternehmen Zustellungen durchführte, steht der Beurteilung als abhängige und unselbstständige Beschäftigung im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG nicht entgegen (VwGH 3. Oktober 2013, 2013/08/0162). Auch der Umstand, dass der PKW als notwendiges Betriebsmittel von A. Ko. zur Verfügung gestellt wurde, kann im Rahmen der nach § 4 Abs. 2 ASVG gebotene Gesamtbewegung nicht ein Überwiegen der Merkmale der persönlichen Unabhängigkeit bewirken, zumal einem Betriebsmittel wie einem PKW, welches seiner Art nach nicht von vornherein in erster Linie zur betrieblichen Verwendung bestimmt ist, keine ausschlaggebende Bedeutung für das Vorliegen der persönlichen Unabhängigkeit zukommen kann (VwGH 15. Mai 2013, 2013/08/0051).

5.4.5. Insgesamt ist daher bei Berücksichtigung der relevanten Kriterien bei einer Gesamtbetrachtung davon auszugehen, dass die Merkmale persönlicher Abhängigkeit derart überwiegen, dass nach dem Gesamtbild der zu beurteilenden Beschäftigung als Zeitungszusteller die Bestimmungsfreiheit von A. Ko. durch die Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet war und somit ein Dienstverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG und somit auch eine Versicherungspflicht vorliegt. Da die X. A. Ko. nicht vor Beginn der Beschäftigung beim zuständigen Krankenversicherungsträger angemeldet hat, hat der Beschwerdeführer als verantwortlicher Beauftragter der X. gemäß § 35 Abs. 3 ASVG den Tatbestand

der Unterlassung der nach § 33 Abs. 1 ASVG gebotenen Anmeldung von A. Ko. beim zuständigen Krankenversicherungsträger in objektiver Hinsicht verwirklicht.

5.5.1. Gemäß § 33 Abs. 1 ASVG haben Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach dem ASVG in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden.

5.5.2. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Zum Tatbestand der Übertretung des § 33 Abs. 1 ASVG gehört weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr. Es ist daher ohne weiteres Fahrlässigkeit anzunehmen, wenn der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

5.5.3. Wenn der Beschwerdeführer zur Frage des Verschuldens vorbringt, dass am 13. Juli 2005 im damaligen Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten bei der zuständigen Abteilungsleiterin eine mehrstündige Besprechung stattgefunden habe, deren Gegenstand die von der X. ausgearbeiteten Musterwerkverträge gewesen seien und die Abteilungsleiterin zu diesem Vertragsmuster erklärt habe, dass es bei Verwendung desselben keine Probleme mit dem Ausländerbeschäftigungsgesetz gebe, da es sich durch den Abschluss dieses Vertrages um eine klassische „Neue Selbständigentätigkeit“ handle, und von ihr empfohlen worden sei, dieses Vertragsmuster zu verwenden, so ist dem entgegenzuhalten, dass der Verwaltungsgerichtshof in seinem (offensichtlich den Beschwerdeführer betreffenden) Erkenntnis vom 24. April 2014, 2013/08/0258, unter Bezugnahme auf ebendiese Besprechung vom 13. Juli 2005 ausgeführt hat, dass der Beschwerdeführer mit diesem Vorbringen keinen unverschuldeten Rechtsirrtum aufzeigt, weil sich die Auskunft auf die Zulässigkeit der Beschäftigung von Ausländern und nicht auf die Frage der

Pflichtversicherung nach dem ASVG bezogen hat. Weiters führt der Beschwerdeführer selbst an, dass es Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes gibt, nach der die Vertragsverhältnisse von Zeitungszustellern als Dienstverhältnisse im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG zu qualifizieren sind, sodass sich er Beschwerdeführer auf eine Auskunft aus dem Jahr 2005 nicht mehr verlassen durfte. Wenn der Beschwerdeführer weiters ausführt, dass betreffend die Qualifikation der Vertragsverhältnisse von Zeitungszustellern mehrere unterschiedliche (höchst)gerichtliche Entscheidungen vorliegen würden und es für den Rechtsunterworfenen unmöglich sei, das Ergebnis vorherzusehen, wenn Verwaltungsbehörden und -gerichte bei gleich gelagerten Fällen zu gänzlich unterschiedliche Rechtsansichten kommen, so ist der Beschwerdeführer darauf zu verweisen, dass das Vorliegen eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses immer nach den konkreten Einzelfällen zu beurteilen ist (VwGH 17. Dezember 2014, Ra 2014/08/0037) und es dem Beschwerdeführer im Zweifel freisteht bzw. er – um einen entschuldigenden Rechtsirrtum erfolgreich geltend machen zu können - dazu verpflichtet ist, über das Bestehen einer Pflichtversicherung eine Rechtsauskunft beim zuständigen Krankenversicherungsträger als zuständiger Behörde einzuholen (vgl. Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni VStG (2013) § 5 Rz 21 mwN) bzw. beim zuständigen Krankenversicherungsträger einen Feststellungsantrag gemäß § 410 Abs. 1 ASVG zu stellen. Dass der Beschwerdeführer eine solche Auskunft eingeholt bzw. einen Feststellungsantrag gemäß § 410 Abs. 1 ASVG gestellt hat, hat er jedoch nicht vorgebracht. Es ist daher davon auszugehen, dass den Beschwerdeführer an der Verletzung der Meldepflicht gemäß § 33 Abs. 1 ASVG auch ein Verschulden trifft und er den Tatbestand des § 33 Abs. 1 ASVG auch in subjektiver Hinsicht zu verantworten hat.

5.6.1. Gemäß § 111 Abs. 2 ASVG reicht der Strafraumen für das Unterlassen der Anmeldung einer nach dem ASVG pflichtversicherten Person beim zuständigen Krankenversicherungsträger von 730,00 Euro bis 2.180,00 Euro, im Wiederholungsfall von 2.180,00 Euro bis 5.000,00 Euro, bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe bis zu einer Freiheitsstrafe von zwei Wochen.

5.6.2. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner

Beeinträchtigung durch die Tat. Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

5.6.3. Das Verschulden des Beschwerdeführers ist im gegenständlichen Fall als durchschnittlich anzusehen.

5.6.4. Die Anmeldung nach § 33 Abs. 1 ASVG dient nicht nur dem Schutz der Beitragsinteressen der Versichertengemeinschaft, sondern wesentlich dem Schutz des Interesses des einzelnen Dienstnehmers, der - ungeachtet des Prinzips der ex lege eintretenden Pflichtversicherung - bei nicht oder unrichtig erfolgter Anmeldung Nachteile im Leistungsrecht erleiden kann (VwGH 16. März 2011, 2009/08/0056). Die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes ist daher erheblich. Die Intensität seiner Beeinträchtigung ist im gegenständlichen Fall ebenfalls als durchschnittlich einzustufen.

5.6.5. Milderungsgründe liegen nicht vor. Erschwerend sind weiters (lediglich) drei der vier einschlägigen Vorstrafen zu berücksichtigen, da die erste einschlägige Vorstrafe bereits strafsatzbestimmend ist und daher nicht mehr erschwerend berücksichtigt werden darf.

5.6.6. Zu seinen wirtschaftlichen Verhältnissen hat der Beschwerdeführer keine Angaben gemacht, sodass von durchschnittlichen Verhältnissen auszugehen ist.

5.6.7. Unter Berücksichtigung der durchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnisse und des vorliegenden Erschwerungsgrundes erweist sich die von der belangten Behörde über den Beschwerdeführer verhängte Geldstrafe in Höhe von 2.700,00 Euro als tat- und schuldangemessen.

5.7. Gemäß § 44a Abs. 1 Z 3 VStG hat der Spruch des Straferkenntnisses, wenn er nicht auf Einstellung lautet, die verhängte Strafe und die angewendete Gesetzesbestimmung zu enthalten. Unter der angewendeten Gesetzesbestimmung ist die Strafsanktionsnorm zu verstehen, welche jene Strafdrohung enthält, in der die tatsächlich verhängte Strafe Deckung findet. Sie ist im Spruch präzise zu bezeichnen, wobei auch auf eine allfällige Gliederung der Strafbestimmung in Ziffern und litterae Bedacht zu nehmen ist. Eine unrichtig oder unvollständig zitierte Strafsanktionsnorm kann allerdings vom Verwaltungsgericht ergänzt oder richtig gestellt werden (vgl. Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni VStG (2013) § 44a Rz 9 mwN). Die belangte Behörde hat als Strafsanktionsnorm für die verhängte Strafe „§ 111 Abs. 2 erster Strafsatz ASVG“ herangezogen. Tatsächlich ist allerdings im hier vorliegenden Wiederholungsfall die Strafsanktionsnorm des § 111 Abs. 2 zweiter Strafsatz ASVG heranzuziehen.

5.8. Die Beschwerde war daher mit der Maßgabe als unbegründet abzuweisen, das im Spruch des bekämpften Straferkenntnisses die Strafsanktionsnorm von „§ 111 Abs. 2 erster Strafsatz ASVG“ auf „§ 111 Abs. 2 zweiter Strafsatz ASVG“ richtig zu stellen war.

5.9. Zum Ausspruch über die Kosten:

5.9.1. Da die Beschwerde ohne Erfolg geblieben ist, war dem Beschwerdeführer gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG ein Beitrag zu den Kosten des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 540,00 Euro (das sind 20 % der verhängten Geldstrafe von 2.700,00 Euro), aufzuerlegen. Weiters war auszusprechen, dass die die X. gemäß § 9 Abs. 7 VStG für den dem Beschwerdeführer auferlegten Kostenbeitrag in Höhe von 540,00 Euro zur ungeteilten Hand mit dem Beschwerdeführer haftet.

5.9.2. Gemäß § 52 Abs. 3 VwGVG ist dem Bestraften der Ersatz der im verwaltungsgerichtlichen Strafverfahren erwachsenen Barauslagen aufzuerlegen, soweit sie nicht durch das Verschulden einer anderen Person verursacht sind. Die Kosten für die Beiziehung des Dolmetschers zur Verhandlung am 7. November 2017, zu der der Zeuge Ko. unentschuldigt nicht erschienen ist, sind dem

Beschwerdeführer nicht aufzuerlegen, da sie durch das Verschulden des Zeugen Ko. verursacht wurden (vgl. Eder/Martschin/Schmid, Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte², § 52 VwGGV K 10). Dem Beschwerdeführer waren daher nur die Kosten für den zur Verhandlung am 6. Dezember 2017, in der der Zeuge Ko. einvernommen wurde, beigezogenen Dolmetscher in der Höhe von 143,00 Euro aufzuerlegen. Weiters auszusprechen, dass die die X. gemäß § 9 Abs. 7 VStG für den dem Beschwerdeführer auferlegten Ersatz der Barauslagen in Höhe von insgesamt 143,00 Euro zur ungeteilten Hand mit dem Beschwerdeführer haftet.

Zum Ausspruch über die Nichtzulässigkeit der ordentlichen Revision

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

Im vorliegenden Fall war auszusprechen, dass die ordentliche Revision nicht zulässig ist, 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 des Verwaltungsgerichtshofes. 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.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis kann innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder eine außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die außerordentliche Revision hat auch gesondert die Gründe zu enthalten, aus denen entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes die Revision für zulässig erachtet wird. Die Beschwerde bzw. Revision ist durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin einzubringen. Die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem

einzubringen. Die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Auf die Revision an den Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof kann verzichtet werden. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht Wien und bei einem Verzicht auf die Beschwerde dem Verfassungsgerichtshof jeweils schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde durch die verzichtende Partei nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Verwaltungsgericht Wien

Wien, am 3. Jänner 2018

Mag. Marcus Osterauer
(Richter)