LVwG
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-300914/12/BMa/BZ**

Datum: **Linz, 26. Jänner 2017**

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Mag.[a] Bergmayr-Mann über die Beschwerde des K R, S, vertreten durch Anwaltspartnerschaft Dr. K Dr. L Dr. H Mag. E, in L, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 3. Dezember 2015, SV96-48-2014, wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13. April 2016

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG hat der Beschwerdeführer einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von 872 Euro zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist gem. § 25a 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

Zu I.:

1.1. Die Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (im Folgenden: belangte Behörde) hat mit dem Straferkenntnis vom 3. Dezember 2015, GZ: SV96-48-2014, über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 33 Abs. 1 iVm § 111 Abs. 1 Z 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG), BGBl Nr. 189/1995 idgF zwei Geldstrafen in der Höhe von jeweils 2.180 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit derselben eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von jeweils 146 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde dem Bf die Bezahlung eines Verfahrenskostenbeitrages in der Höhe von 436 Euro (10 % der verhängten Geldstrafen) vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben als Geschäftsführer, somit als das zur Vertretung nach außen berufene Organ und gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortliche Person, der Firma S x GmbH, mit Sitz in H, zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeber

1. *Herrn J K, geb. x, als Dienstnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt (20,00 Euro für die Verlegung von Granitplatten pro m²) als Arbeiter im Ausmaß von mehreren Stunden zumindest seit 28.03.2014 beschäftigt hat, ohne vor Arbeitsantritt (28.03.2014), und*
2. *Herrn V P, geb. x, als Dienstnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt (20,00 Euro für die Verlegung von Granitplatten pro m²) als Arbeiter im Ausmaß von mehreren Stunden zumindest seit 28.03.2014 beschäftigt hat, ohne vor Arbeitsantritt (28.03.2014),*

eine zumindest mit den Mindestangaben ausgestattete Meldung bei der x-krankenkasse mit Sitz in L, x, als zuständiger Sozialversicherungsträger zu erstatten, obwohl Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach diesem Bundesgesetz in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Vollversicherte und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden haben."

1.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde vom 29. Dezember 2015, mit welcher im Wesentlichen die Aufhebung des Straferkenntnisses und die Einstellung des Strafverfahrens beantragt werden.

2.1. Die belangte Behörde hat die Beschwerde mit dem Bezug habenden Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich am 12. Jänner 2016 zur Entscheidung vorgelegt.

Gemäß § 2 VwGVG entscheidet das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich durch Einzelrichterin.

2.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13. April 2016, zu der der Rechtsmittelwerber mit seinem Rechtsvertreter und ein Vertreter der Organpartei gekommen sind.

Zeugenschaftlich wurden K R, J K und V P einvernommen. Zur Befragung der Zeugen K und P wurde eine Dolmetscherin der Verhandlung beigezogen.

Im Zuge der öffentlichen mündlichen Verhandlung wurden vom Rechtsvertreter des Bf ein Subunternehmervertrag vom 12. November 2013, geschlossen zwischen S x GmbH und V x, sowie eine Rechnung der V x an die S x GmbH vom 31. März 2014 vorgelegt.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

3.1. Folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Der Bf und C K, dessen Verfahren aus verwaltungsökonomischen Gründen gemeinsam mit jenem des Rechtsmittelwerbers durchgeführt wurde, sind handelsrechtliche Geschäftsführer der Firma S x GmbH mit Sitz in H und sie vertreten beide die GmbH nach außen.

Anlässlich einer Kontrolle am 29. März 2014 um 09:00 Uhr auf der Baustelle „Neubau Wohnanlage S" in W, durch Organe der Finanzpolizei Kirchdorf Perg Steyr, wurden die zwei s Staatsbürger J K und V P beim Verlegen von Granitplatten im Bereich der Hauseingänge angetroffen.

V P ist seit 13. August 2013 Geschäftsführer der V x. Bei diesem Unternehmen handelt es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in der S, D N V.
J K ist seit 8. August 2013 Geschäftsführer der K x mit Sitz in der S, L. Auch bei diesem Unternehmen handelt es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Sowohl die V x als auch die K x sind gemäß den vorgelegten Auszügen aus dem Handelsregister des Bezirksgerichtes in P unter anderem zur Ausübung des Maurerhandwerks berechtigt.

Die S x GmbH und die V x haben eine Vereinbarung, datiert mit 12. November 2013, die als „Subunternehmervertrag" bezeichnet ist, abgeschlossen. Dieser Vertrag wurde anlässlich der Kontrolle am 29. März 2014 den Kontrollorganen nicht vorgelegt.

In diesem wurden im Wesentlichen der Ausführungstermin „Frühjahr 2014", der Leistungsumfang und die Ausführung, nämlich Verlegung der Granitbeläge, der Boden- und Stufenbeläge im Stiegenhaus Haus 1 sowie des Terrassenbelags dargestellt und eine voraussichtliche Auftragssumme in der Höhe von 10.879,31 Euro, die Zahlungsmodalitäten, Gewährleistungs- und Haftungs-

klauseln sowie ein Haftrücklass in der Höhe von 5 % der Schlussrechnungssumme für die Laufzeit von drei Jahren, festgelegt.
Ein Endtermin für die Ausführung der Arbeiten ist nicht ersichtlich.
Der unter Punkt 4.) in diesem Vertrag angeführte Haftrücklass wurde nicht einbehalten (Seite 10 des Sprachprotokolls vom 13. April 2016).

Die von der V x Gesellschaft mit beschränkter Haftung an die Firma S x GmbH gestellte Rechnung Nr. x vom 31. März 2014 wurde nicht von V P, dem Geschäftsführer der V x geschrieben, dieser hätte die Rechnung in d Sprache gar nicht schreiben können (Seite 8 des Sprachprotokolls vom 13. April 2016).

Mit der K x wurde von der S x GmbH kein Vertrag geschlossen.
Der angeblich zwischen der V x und der K x geschlossene Vertrag wurde nicht vorgelegt.
Die Zahlung der S x GmbH für die gegenständlichen Arbeiten der V x und der K x erfolgte nur an die V x. P hat einen Teil des Entgelts an K weitergegeben. Beide haben zusammengearbeitet (Seite 12 des Sprachprotokolls vom 13. April 2016).
Der Vorarbeiter der S x GmbH wusste, dass K auf der Baustelle arbeitet, er hat die S in die Arbeit eingeführt.

Sowohl hinsichtlich K als auch hinsichtlich P wurden A1-Formulare vorgelegt, die sich jedoch auf eine andere Firma als die S x GmbH und eine andere Baustelle beziehen. Eine ZKO-Meldung hinsichtlich einer Entsendung oder Überlassung von Arbeitskräften ist durch die ausländischen Firmen nicht erfolgt.

Bei der Verlegung von Steinen sowie Boden- und Stufenbelägen handelt es sich um ein abgegrenztes Gewerk, das jedoch unter der Aufsicht des K S, einem Bediensteten der Firma S, erstellt wurde. Dieser hat die Arbeiten zwei bis drei Mal pro Woche kontrolliert, ob die Qualität etc. passt (Seite 9 des Sprachprotokolls vom 13. April 2016). K S hat auf der Baustelle gefragt, welches Material benötigt wird und was benötigt wird, damit auf der Baustelle weiter gearbeitet wird. Fragen im Zusammenhang mit der Arbeit wurden an K S gestellt und wenn etwas komplizierter war, wurde über den s Arbeiter in der Firma S nachgefragt (Seite 10 des Sprachprotokolls vom 13. April 2016).
Auch die Abwesenheit von der Baustelle wurde von K und P dem K S gemeldet.

Den angetroffenen Arbeitern waren keine zeitlichen Vorgaben gesetzt worden, außer einem Endtermin „Frühjahr 2014". Sie waren auch an keine Arbeitszeitvorgaben gebunden. Es gab keine Stundenaufzeichnungen für die Arbeiter.
P und K konnten sich nicht bei ihrer Arbeit vertreten lassen.

P hat von der Firma des Bf (vor Durchführung des verfahrensgegenständlichen Auftrags) ein Kfz gekauft, dieses konnten sie aber aufgrund von Verzögerungen bei der Anmeldung in der S nicht benützen. Den S wurde von der S x GmbH ein

Firmenwagen zur Verfügung gestellt, mit dem sie auch die für ihre Arbeit notwendigen Geräte (z.B. Schneidmaschine), die ihnen ebenfalls von der S x GmbH zur Verfügung gestellt wurden, transportieren konnten. Pro Tag wurde ihnen für die Benützung des Autos und der Geräte der Betrag von 50 Euro, insgesamt für die 18 Arbeitstage somit 900 Euro, von dem ihnen zustehenden Entgelt abgezogen. Ein diesbezüglicher Mietvertrag wurde nicht vorgelegt.
Das verwendete Kleinwerkzeug (wie Gummihammer etc.) wurde von den Arbeitern selbst beigestellt.

Die S x GmbH hat das Material (Steine, Fugenmasse) zur Verfügung gestellt, dies war auch in der schriftlichen Vereinbarung so festgelegt, da die besagte Firma im Geschäftszweig „Steinmetzgewerbe" tätig ist.

Die Unterkunft für die in Rede stehenden S wurde von ihnen selbst bezahlt, organisiert oder empfohlen wurde sie ihnen von einem Arbeitnehmer der Firma des Bf.

Die beiden Arbeiter haben im Herbst 2013 einen kleinen Auftrag für die S x GmbH ausgeführt. Sie haben auch für andere Firmen in Österreich und außerhalb von Österreich gearbeitet.

3.2. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorgelegten erstinstanzlichen Verwaltungsakt und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung. Die Aussage des P war gekennzeichnet von seinen Bemühungen nur Angaben zu machen, die nicht zu Lasten des Bf sind. Erst über mehrmaliges konkretes Nachfragen hat er z.B. hinsichtlich der Rechnungslegung zugegeben, dass er die Rechnung vom 31. März 2014 nicht erstellen hätte können. Die Aussage des K hat jene des P im Wesentlichen ergänzt. Soweit die Angabe des K jener des P entgegensteht, wonach ersterer angegeben hatte, sie hätten selbständig gearbeitet und P mehrmalige Kontrollen pro Woche und Rücksprachen mit K S sowie - bei komplizierteren Problemen - mit dem Mitarbeiter des Bf geschildert hatte, ist jener des P zu folgen, hat K doch auch angegeben, nicht immer auf der Baustelle anwesend gewesen zu sein.
Dass sich die Arbeiter nicht vertreten lassen konnten ergibt sich aus der Aussage des P (Seite 9 des Sprachprotokolls vom 13. April 2016), wonach er angegeben hatte, er habe für eine gewisse Quadratmeteranzahl unterschrieben und diese könne von niemand anderen gemacht werden.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

3.3.1. Gemäß § 33 Abs. 1 ASVG haben die Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach diesem Bundesgesetz in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Vollversicherte und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt

beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden und binnen sieben Tagen nach dem Ende der Pflichtversicherung abzumelden. Die An(Ab)meldung durch den Dienstgeber wirkt auch für den Bereich der Unfall- und Pensionsversicherung, soweit die beschäftigte Person in diesen Versicherungen pflichtversichert ist.

Gemäß § 111 Abs. 1 leg.cit. handelt ordnungswidrig, wer als Dienstgeber oder sonstige nach § 36 meldepflichtige Person (Stelle) 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. 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.

§ 111 Abs. 2 ASVG besagt: Die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 ist 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 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 Verwaltungsbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist. Unbeschadet der §§ 20 und 21 des Verwaltungsstrafgesetztes 1991 kann die Bezirksverwaltungsbehörde bei erstmaligem Handeln nach Abs. 1 die Geldstrafe bis auf 365 Euro herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

Nach § 4 Abs. 2 erster Satz leg.cit. 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.

Gemäß § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer (Lehrling) in einem Beschäftigungs-(Lehr-)Verhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistung Dritter anstelle des Entgelts verweist. Dies gilt

entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

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.
Nach Abs. 2 leg.cit. können durch den Missbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden.
Ferner ist gemäß Abs. 3 leg.cit. ein Sachverhalt so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre.

3.3.2. Für die Beurteilung, ob ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt, kommt es auf das Gesamtbild und den wahren wirtschaftlichen Gehalt der konkret ausgeübten Tätigkeit an. Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH hängt die Frage, ob bei einer 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, davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten weitgehend ausgeschaltet oder – wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung – nur beschränkt ist (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, VwSlg 12325/A sowie VwGH 20.3.2014, 2012708/0024 mwN).

Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die nach der Rechtsprechung ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit (vgl. VwGH 20.3.2014, 2012/08/0024 mwN). 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. wiederum VwGH 20.3.2014, 2012/08/0024 mwN).

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes liegt ein Werkvertrag vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen

Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Die Verpflichtung aus einem Werkvertrag besteht darin, die genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein „gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werkes beurteilt werden können. Mit der Erbringung der Leistung endet das Werkvertragsverhältnis. Eine zwar leistungsbezogene, nicht aber erfolgsbezogene Entlohnung spricht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten „Ziels" auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag (vgl. VwGH 20.2.2014, 2013/09/0046 mwN).

3.3.3. Im vorliegenden Fall ist schon deshalb nicht vom Vorliegen eines Werkvertrags auszugehen, weil die Arbeiten über Anweisung und Kontrolle eines Mitarbeiters der Firma des Bf erbracht wurden. Dieser hat auch dafür gesorgt, dass laufend die notwendigen Materialien geliefert werden und die Arbeiter haben mit den von der Firma des Bf zur Verfügung gestellten Gerätschaften gearbeitet (auch wenn ihnen dafür ein pauschalierter Betrag pro Tag von ihrer Verdienstsumme abgezogen wurde). Es war zwar keine Arbeitszeit vorgegeben, aber auch kein konkreter Fertigstellungstermin. Ein Pönale für eine Fertigstellung nach dem verzeichneten Ausführungstermin „Frühjahr 2014" wurde nicht vereinbart.
Der Vertrag enthält allgemein gehaltene Gewährleistungs- und Haftungsvereinbarungen. Der ebenfalls vereinbarte Haftrücklass wurde aber nicht realisiert.

Der Umstand, dass der Bf das Material zur Verfügung gestellt hat, ist insofern relevant, als dies je nach Arbeitsfortschritt besorgt wurde und die Arbeiten ohne rechtzeitige Lieferung nicht fortgesetzt werden hätte können.
Die Arbeiter hätten auch die Großwerkzeuge (Wasserschneider und Mischmaschine), die sie für ihre Arbeit benötigt haben und von der Fa. des Bf zur Verfügung gestellt bekommen haben, ohne dass ihnen ebenfalls von der Fa. des Bf zur Verfügung gestellte Fahrzeug nicht transportieren und damit ihre Arbeit nicht erledigen können. Daran ändert auch die Vereinbarung des Pauschalbetrags von 50 Euro, der als „Miete" für die Gerätschaften in Abzug gebracht wurde, nichts.
Ein weiteres Indiz für das Nichtvorliegen eines Werkvertrags ist, dass sich die Arbeiter bei Verrichtung der Arbeiten nicht vertreten lassen konnten und damit von einer persönlichen Arbeitspflicht auszugehen ist.

Dem Vorbringen, dass es sich um einen Werkvertrag handeln würde, kann nach der Beurteilung der Gesamtumstände nicht gefolgt werden, auch wenn die Arbeitszeiten nicht vorgegeben wurden.
Wenn vom Vertreter der Bf vorgebracht wird, die „Anweisungen" seien lediglich Baustellenkoordinationstätigkeiten gewesen, so deutet auch dies auf das Nichtvorliegen eines Werkvertrags hin, denn das selbständige Erstellen eines Werks bedarf keiner ständigen Vorgaben und Kontrollen, wie dies bei einem Arbeitsverhältnis etwa der Fall ist.
Nach Beurteilung der Gesamtumstände ist vom Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses der beiden im Spruch angeführten Personen in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit auszugehen.
Da die angeführten Arbeiter vom Bf nicht vor Beginn dieser Beschäftigung beim zuständigen Sozialversicherungsträger angemeldet wurden, ist das Tatbild der vorgeworfenen Verwaltungsübertretung erfüllt.

Daran hindert auch nicht das Vorliegen der beiden „A1"-Bestätigungen, weil diese eine selbständige Tätigkeit vorausgesetzt haben und nicht eine Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis.

3.3.4. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit wird bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen sein, 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 (sog. „Ungehorsamsdelikt").

Nach Abs. 2 leg.cit. entschuldigt Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte.

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (vgl. VwGH 23.12.1991, 88/17/0010 mwN).

Der Bf vermeinte, einen Werkvertrag mit P geschlossen zu haben, der auch die Tätigkeit des K mitumfasst. Damit aber unterliegt er einem rechtlich relevanten Rechtsirrtum, der ihn nicht entschuldigt, weil die festgestellte Tätigkeit der S erkennen lässt, dass es sich lediglich um eine vertragliche Konstruktion handelt, um eine inländische Versicherungspflicht zu umgehen. Weil sich der Bf aber nicht beim zuständigen Sozialversicherungsträger erkundigt hat, ob die von ihm

gewählte Gestaltung der Arbeitsverhältnisse einer Versicherungspflicht unterliegt, hat er zumindest fahrlässig und damit vorwerfbar gehandelt.

Somit aber hat er auch die subjektive Tatseite erfüllt.

3.3.5. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG idgF iVm § 38 VwGVG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.
Nach Abs. 2 leg.cit. 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 (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (vgl. u.a. VwSlg 8134 A/1971).
Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbes. Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

Gemäß § 32 Abs. 2 StGB hat das Gericht bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen können. Nach Abs. 3 leg.cit. ist maßgeblich, wie intensiv ein Täter durch seine Handlung Pflichten verletzt hat, wie reiflich er seine Tat überlegt hat, wie sorgfältig er sie vorbereitet oder wie rücksichtslos er sie ausgeführt hat. Besondere Milderungsgründe liegen u.a. im Fall eines reumütigen Geständnisses, eines bisherigen ordentlichen Lebenswandels bzw. bisheriger Unbescholtenheit,

achtenswerter Beweggründe, bloßer Unbesonnenheit, einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung oder, wenn die Tat unter einem Umstand, der einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommt, begangen wurde, vor (vgl. § 34 StGB).

Der von der belangten Behörde geschätzten finanziellen Situation des Bf wurde von diesem nicht entgegengetreten.
Bei der Strafausmessung wurde zutreffend von der belangten Behörde strafmildernd die lange Verfahrensdauer gewertet. Das Vorliegen eines Wiederholungsfalls (es liegt bereits eine rechtskräftige Bestrafung wegen Übertretung des ASVG durch den Bf vor – SV96-126-2012) begründet die Qualifikation des Wiederholungsfalls. Straferschwerend ist aber zu berücksichtigen, dass die erforderliche Meldung in zwei Fällen unterblieben ist.
Weil lediglich die Mindeststrafe verhängt wurde, erübrigt sich eine weitere Auseinandersetzung mit den Strafzumessungsgründen.
Die Verhängung der Strafe ist aus spezialpräventiven Gründen geboten, den Bf von weiteren derartigen Verwaltungsübertretungen abzuhalten, aber auch aus generalpräventiven um die Beschäftigung von Arbeitnehmern ohne Meldung beim zuständigen Sozialversicherungsträger hintanzuhalten.

Zu II.:
Zumal der Beschwerde keine Folge gegeben wurde, waren gem. § 52 Abs. 1 und Abs. 2 VwGVG Kosten für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht in Höhe von 20 % der verhängten Strafe vorzuschreiben.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Zu 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. Insbesondere weicht die gegenständliche Entscheidung von der als einheitlich zu beurteilenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ab.

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 Landes-

verwaltungsgericht 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 Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag[a]. Bergmayr-Mann