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-300997/8/Kü/PP

Datum: Linz, 8. Mai 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde des A.A., X, G., vertreten durch S., Rechtsanwälte OG, X, L., vom 21. März 2016, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung vom 19. Februar 2016, SanRB96-19-2015, wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

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

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich noch einen Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. 1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung vom 19. Februar 2016, SanRB96-19-2015, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 111 Abs. 1 Z 1 iVm § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) drei Verwaltungsstrafen iHv jeweils 2.180 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit jeweils Ersatzfreiheitsstrafen von 336 Stunden verhängt.

Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„1) Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer der A. GmbH in X, R., zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeberln nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung (vollversicherte) pflichtversicherte Person handelt, ab Jänner 2008 zu den angegebenen Zeiten beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Oberösterreichische Gebietskrankenkasse Krankenkasse zur Pflichtversicherung als vollversicherte Person angemeldet wurde. Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den/die Beschäftigte(n) vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung vor Arbeitsantritt nicht erstattet.
Name J.J., gebx.
Beschäftigungsort: X, P.
Tatort: Gemeinde P., X.
Kontrollzeit: 21.01.2015, 09:20 Uhr.
Beschäftigungszeit: seit April 2008 und seit 12.01.2015, 13.01.2015 und 15.01.2015 jeweils 7 Stunden mit 14€ netto pro Stunde
Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§111 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG

2) Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer der A. GmbH in X, R., zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeberln nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung (vollversicherte) pflichtversicherte Person handelt, ab Jänner 2008 beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Oberösterreichische Gebietskrankenkasse Krankenkasse zur Pflichtversicherung als vollversicherte Person angemeldet wurde. Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den/die Beschäftigte(n) vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung vor Arbeitsantritt nicht erstattet.
Name Z.S., geb. x.
Beschäftigungsort: X, P.
Tatort: Gemeinde P., X.
Kontrollzeit: 21.01.2015, 09:20 Uhr.
Beschäftigungszeit: seit Jänner 2009 mit 16€ netto pro Stunde
Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§111 Abs. 1 Z. 1 i V.m. § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG

3) Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer der A. GmbH in X, R., zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeberln nachstehende Person, bei weicheres sich um eine in der Krankenversicherung (vollversicherte) pflichtversicherte Person handelt, ab November 2013 zu den angegebenen Zeiten beschäftigt hat, obwohl

diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Oberösterreichische Gebietskrankenkasse Krankenkasse zur Pflichtversicherung als vollversicherte Person angemeldet wurde. Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den/die Beschäftigte(n) vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung vor Arbeitsantritt nicht erstattet.
Name J.V., geb. x.
Beschäftigungsort: X, P.
Tatort: Gemeinde P., X.
Kontrollzeit: 21.01.2015, 09:20 Uhr.
Beschäftigungszeit: seit November 2013 mit 14€ netto pro Stunde sowie seit 12.01.2015 bis 15.01.2015 jeweils 7 Stunden.
Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 111 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG“

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitige, im Wege der rechtsfreundlichen Vertretung eingebrachte Beschwerde in der beantragt wird, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen, in eventu das Verfahren unter Erteilung einer Ermahnung einzustellen bzw. die Strafhöhe auf ein tat- und schuldangemessenes Maß herabzusetzen.

Begründend wurde ausgeführt, dass es sich bei den Herren Z.S., J.J. und J.V. nicht um in der Krankenversicherung (vollversicherte) pflichtversicherte Personen handle. Die genannten Herren seien keine Arbeitnehmer der A. GmbH, da diese selbständig seien. Zudem würden die genannten Herren über Gewerbeberechtigungen in der S. verfügen.

Die drei genannten Personen seien an keine bestimmten Arbeitstage gebunden gewesen und sei es ihnen frei gestanden, die ihnen erteilten Aufträge nach ihrem eigenen Ermessen und entsprechend ihrer selbständigen Zuteilung zu erledigen. Sie hätten sich zudem den Beginn und das Ende ihrer Arbeitszeit vollkommen frei und selbständig einteilen können und sei es in ihrem freien Ermessen gestanden, ob bzw. wann sie Arbeitspausen einlegen würden sowie ob sie an Sonn- und Feiertagen arbeiten würden. Zur Bindung an einen bestimmten Arbeitsplatz sei auszuführen, dass dies teilweise schon durch die erteilten Aufträge bedingt sei.

Die drei Genannten seien auch keinerlei Meldevorschriften gegenüber der A. GmbH unterlegen. So hatten sie keine Krankmeldungen abzugeben und hätte sich ein Erkrankter ohne weiteres durch einen Dritten vertreten lassen können oder etwa die Arbeit zu einem späteren Zeitpunkt nachholen können. Dass die genannten Selbständigen allfälligen sachlichen Weisungen nachgekommen seien, sei schon durch das Vorliegen eines Auftrages bedingt.

Jeder Vertragspartner sei Kontrollen bezüglich seiner Leistungspflichten durch den anderen Vertragspartner unterworfen. So müssen sich auch selbständige Unternehmer etwa Kontrollen hinsichtlich des Ergebnisses ihrer Arbeit gefallen

lassen. Kontrollen könnten somit nicht schlechthin als typisches Merkmal des Arbeitsvertrages angesehen werden. Fehlleistungen hätten im gegenständlichen Fall daher nicht zu einer disziplinären Verantwortlichkeit der genannten Personen geführt, vielmehr würden in einem solchen Fall die allgemeinen Gewährleistungsbestimmungen greifen.

Die drei S. hätten unverändert ihre eigene Arbeitskraft in zeitlicher Hinsicht weiterhin frei disponieren können und hätten sich nicht zur Dienstleistung auf gewisse Zeit verpflichtet, weshalb keine persönliche Abhängigkeit vorliege.

Aus dem Beschriebenen sei erkennbar, dass im gegenständlichen Verfahren kein Arbeitnehmerbegriff im Sinne des österreichischen Arbeitsrechts vorliege. Vielmehr handle es sich bei den drei S. um Selbständige, welche ihre Arbeiten gegenüber der A. GmbH verrechnen würden, indem sie Rechnungen ausstellen.

Hinsichtlich der Ausführungen der belangten Behörde zum Werkzeug könne abschließend festgehalten werden, dass der A. GmbH von ihren Auftraggebern das Tafelbau- und Werbeträgermaterial zur Gänze zur Verfügung gestellt würde, damit dieses der Corporate Identity der Auftraggeber der A. GmbH entspreche. Dies führe soweit, dass sogar Befestigungsmaterial beigestellt würde, da dieses den statischen Anforderungen der einzelnen Werkanlagen sowie den speziellen Ausführungen zu entsprechen habe. Es sei daher selbstverständlich, dass dieses Material zur Ausführung der Tätigkeiten an die Auftragnehmer der A. GmbH weitergegeben würde.

Zu den Unterkünften, in denen die S. gewohnt haben, sei auszuführen, dass diese zwar von der A. GmbH organisiert wurden, den Selbständigen dafür jedoch ein angemessener Mietzins in Rechnung gestellt bzw. in der Folge gegen deren Honoraranspruch verrechnet würde.

3. Die belangte Behörde hat die gegenständliche Beschwerde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 29.03.2016 samt Verwaltungsstrafakt ohne Erlassung einer Beschwerdevorentscheidung zur Entscheidungsfindung vorgelegt. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 28. März 2017, an welcher der Bf in Begleitung seines Rechtsvertreters und ein Vertreter der Finanzverwaltung teilgenommen haben, sowie Herr Z.S. als Zeuge einvernommen wurde.

4.1. Folgender Sachverhalt steht fest:

Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der A. GmbH (im Folgenden: A.) mit dem Sitz in G., X. Geschäftszweig der Firma ist die Installation von Werbe- und Informationsanlagen, Gewerbeberechtigungen existieren für Ankündigungsunternehmen, Werbemittelhersteller und Werbeagentur. Das Unternehmen des Bf gliedert sich in drei Bereiche und zwar den Mediabereich (Außenwerbung von verschiedenen Firmen), den Bereich Produkte (Firmenbeschriftungen im Innen- und Außenbereich) und den Bereich Logistik und Montage (Aufstellen von Werbetafeln sowie analogen und digitalen Vitrinen).

Der Geschäftsbereich Logistik und Montage funktioniert in der Weise, als die Firma des Bf von großen Kunden (Hersteller der Werbetafeln sowie der analogen und digitalen Vitrinen) beauftragt wird, an bestimmten Standorten die Aufstellung dieser Einrichtungen zu übernehmen. Die analogen und digitalen Vitrinen werden beispielsweise in Bahnhofsbereichen bzw. bei Einkaufsmärkten aufgestellt. Dabei wird die A. von ihrem deutschen Auftraggeber angewiesen, an vorgegebenen Standorten die Ausführungsarbeiten für diese Vitrinen durchzuführen.

In diesem Leistungsbereich, und zwar Logistik, Montage und auch Transport, wurden von der A. die drei s. Staatsangehörigen J.J., Z.S. und J.V. als Auftragnehmer eingesetzt. Die drei S. haben ihren Wohnsitz in der S. und verfügen dort über die Gewerbeberechtigung „Fertigstellung von Bauarbeiten bei Innen- und Außenarbeiten“.

Der Kontakt zwischen der A. und den drei S. hat sich in jener Zeit ergeben, in der für die A. eine derart gute Auftragslage für die Errichtung von Werbetafeln und Vitrinen bestanden hat, die den Einsatz von angemeldetem unselbständigem Personal für die A. wirtschaftlich vertretbar machte. Die drei S. wurden in dieser Zeit von der A. als Leasingarbeitskräfte beschäftigt. Nachdem allerdings vom wesentlichen Vertragspartner der A. in weiterer Folge die Geschäftsverbindung aufgelöst wurde, hatte die A. keinen Bedarf für eigenes Personal in diesem Bereich, zumal es wirtschaftlich aus Sicht der Firma nicht zu vertreten gewesen wäre, Personal anzustellen, obwohl kein regelmäßiger Eingang von Aufträgen zur Errichtung von Werbetafeln und Vitrinen zu erwarten war.

Nachdem die drei S. somit als Leasingarbeitskräfte nicht mehr eingesetzt werden konnten, beschlossen diese in der S. die bereits erwähnten Gewerbeberechtigungen zu erwirken und sodann ihre Arbeitsleistung für die Aufstellung von Werbeflächen in Österreich als selbständige Unternehmer anzubieten.

Zu diesem Zweck wurden zwischen den s. Staatsangehörigen und der A. Rahmenwerkverträge für die Errichtung und den Abbau von Werbeanlagen auf

Honorarbasis abgeschlossen. Festgelegt wurde, dass die Ausführung des Werkes nach den vom Auftraggeber der A. beigestellten Plänen unter Verwendung des zur Verfügung gestellten Arbeitsmaterials zu erfolgen hat. Vereinbart wurde, dass die zur Erfüllung des Auftrags notwendigen Betriebsmittel (Aufbauwerkzeuge) ausschließlich von den Werkvertragnehmern gestellt werden. Festzustellen ist, dass von der A. mit jedem der drei s. Staatsangehörigen ein gesonderter Werkvertrag abgeschlossen wurde.

Die A. erhält von ihren Vertragspartnern relativ kurzfristig verschiedene Aufträge für die Aufstellung von Werbetafeln und Vitrinen. Sobald ein derartiger Auftrag einlangt, wird von der A. ein schriftlicher Arbeitsauftrag, in dem die zu erbringenden Arbeiten genau gelistet sind, angelegt. Ebenso wird von A. mit einem der s. Werkvertragnehmer Kontakt aufgenommen und nachgefragt, ob dieser für die Auftragsabwicklung zur Verfügung steht. Sobald der angefragte s. Werkvertragnehmer der Ausführung zustimmt, wird von der A. der schriftliche Arbeitsauftrag an den jeweiligen S. weitergegeben. Der s. Gewerbeberechtigte bestimmt aufgrund des Umfangs des Arbeitsauftrages selbst, welche Erfüllungsgehilfen er zur Umsetzung desselben benötigt. Es ist daher nicht so, dass die A. für die Auftragsabwicklung mit allen drei s. Gewerbeberechtigten in Kontakt tritt, sondern jeweils nur einen S. hinsichtlich der Abwicklung eines Auftrags kontaktiert und bei diesem sodann mittels Arbeitsauftrag die Umsetzung der Arbeiten beauftragt.

Dem s. Unternehmer, der den Auftrag übernommen hat, wird ein Endtermin für die Fertigstellung der Arbeiten vorgegeben. Zu welchen konkreten Zeiten der Arbeitsauftrag abgewickelt wird, steht dem S. frei. Bei der Arbeitsausführung haben die s. Gewerbeberechtigten das vom Kunden der A. zur Verfügung gestellte Material zu verwenden. Dies betrifft insbesondere Aufträge zur Errichtung von analogen und digitalen Vitrinen. In diesen Fällen sind Profile und Befestigungsmaterial des Herstellers zu verwenden. Dies wird von der A. den s. Unternehmen auch so vorgegeben.

Nach Beendigung der Aufstellarbeiten sind die s. Unternehmer angewiesen eine Fotodokumentation zu erstellen. Die A. ist ihrerseits verpflichtet, diese Fotodokumentation ihren Kunden mit der Abrechnung vorzulegen. Eine konkrete Abnahme der Arbeiten der s. Unternehmer erfolgt seitens der A. nicht, vielmehr wird z.B. bei Einkaufsmärkten die Aufstellung der Vitrinen vom jeweiligen Filialleiter abgenommen.

Abgerechnet wird zwischen der A. und den s. Unternehmern nach der Anzahl der Arbeitsstunden, die die s. Unternehmer für ihre Tätigkeit benötigen. Zu diesem Zweck führen die S. von sich aus Stundenaufzeichnungen, die als Basis für die Honorare, die sie der A. in Rechnung stellen, Verwendung finden. Die s. Unternehmer sind von der A. nicht angewiesen derartige Stundenaufzeichnungen

zu führen. Abgerechnet wird zwischen der A. und den Unternehmern in monatlichen Abständen.

Da die Aufträge an die s. Unternehmer von der A. oft sehr kurzfristig vergeben wurden und auch über mehrere Tage andauerten, konnten die S. auch in einer von der A. angemieteten Wohnung in P. übernachten. Die Kosten für die einzelnen Nächte wurden zwischen der A. und den S. gegenverrechnet. Die Übernachtungsmöglichkeit wurde daher von der A. nicht unentgeltlich zur Verfügung gestellt.

Eigenes Personal der A. wird für das Aufstellen von Plakatwänden und der Errichtung von Vitrinen nicht eingesetzt. Vom eigenen Personal wird vielmehr am Standort der A. eine Konfektionierung der Rollen für Plakatwechsler durchgeführt. Diese Arbeiten wurden von den S. nie verrichtet.

Die A. verfügte ursprünglich über zwei Standorte und zwar wurden in O. Plakatständer udgl. gelagert und wurde in P. die Konfektionierung der Plakate durchgeführt. Bei Auftragserteilung hatten die S. das Material, welches zuvor vom Kunden der A. angeliefert wurde, vom Standort in O. abzuholen. Nachdem allerdings von der A. mit einem Kunden eine langjährige Geschäftsbeziehung beendet wurde, wurden aus Kostengründen die Lager zusammengelegt und der Standort O. aufgelöst. Ab dem Jahr 2013 lagerte somit das zur Errichtung von Plakatständern notwendige Material in P. Aus diesem Grund wurden auch im Zuge der Kontrolle durch die Finanzpolizei zwei s. Staatsangehörige beim Lager der A. in P. angetroffen.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den glaubwürdigen und nachvollziehbaren Angaben des Bf in der mündlichen Verhandlung, welche auch durch die Vorlage diverser Unterlagen wie Werkverträge, Arbeitsaufträge, Lieferscheine, Leistungsverzeichnisse und auch Gewerbescheine und Sozialversicherungsdokumente seiner Vertragspartner belegt wurden. Festzustellen ist, dass die vom Bf dargestellte Art und Weise der Auftragsabwicklung auch von dem unter Wahrheitspflicht stehenden Zeugen bestätigt wird.

Die vorliegenden Arbeitsaufträge dokumentieren einerseits den genauen Umfang der zu leistenden Arbeiten bzw. belegen diese auch, dass die zu verbauenden Materialien von den Kunden der A. zur Verfügung gestellt wurden und diese Materialien im Lager in P. zwischengelagert werden. Nachdem die s. Unternehmer diese Materialien zu verwenden hatten, ist es nachvollziehbar, dass diese im Lager in P. im Zuge der Kontrolle angetroffen wurden, doch kann alleine die Anwesenheit der s. Staatsangehörigen bei der gegebenen Sachlage nicht als wesentliches Indiz für deren Arbeitnehmereigenschaft gesehen werden.

Der erkennende Richter hegt keine Zweifel daran, dass die einzelnen Arbeitsaufträge kurzfristig von der A. an einen s. Gewerbetreibenden vergeben wurden und sich dieser selbst die Erfüllungsgehilfen für die Abarbeitung des Auftrages ausgesucht hat. Genau diese Vorgangsweise wird vom Zeugen, der insgesamt einen glaubwürdigen Eindruck vermittelt hat, auch so bestätigt. Der Zeuge gibt an, dass er in der S. wohnt und dort von der A. kontaktiert wird, wenn ein Auftrag abzuarbeiten ist. Auch anhand der unterschiedlichen Honorare, die von den einzelnen S. der A. in Rechnung gestellt worden sind, ist erkennbar, dass in den jeweiligen Monaten unterschiedliche Auftragslagen bestanden haben, da jeweils unterschiedliche Summen verrechnet wurden.

Vom einvernommenen Zeugen wird auch nachvollziehbar bestätigt, dass er keinerlei Arbeitszeitvorgaben gehabt hat und nicht angewiesen war, Stundenaufzeichnungen zu führen.

Hinsichtlich der von der A. zur Verfügung gestellten Wohnmöglichkeit ist nachvollziehbar, dass den S. bei mehrtägigen Aufträgen oder längeren Anwesenheiten in Österreich diese Wohnmöglichkeit gegen Verrechnung zur Verfügung gestellt wurde. Dies scheint aufgrund der Entfernung der Wohnorte der s. Unternehmer als plausibel und nachvollziehbar.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

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

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

Gemäß § 111 Abs. 2 ASVG ist die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu bestrafen und zwar

- mit Geldstrafe von 730 € 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.

Nach § 33 Abs. 1 ASVG haben Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach diesem Bundesgesetz in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Vollversicherte und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden und binnen sieben Tagen nach dem Ende der Pflichtversicherung abzumelden.

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

Nach § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber i.S. dieses Gesetzes u.a. derjenige, für dessen Rechnung jener Betrieb geführt wird, in dem der Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 ASVG pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

Nach § 4 Abs. 2 ASVG ist als Dienstnehmer anzusehen, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Gemäß § 539a Abs. 1 ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.

2. Zur Auslegung des Dienstnehmerbegriffs gemäß § 4 Abs. 2 ASVG besteht umfangreiche Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. So hängt die Beantwortung der Frage, ob bei der Erfüllung einer übernommenen Arbeitspflicht (also der Beschäftigung) die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person

vom Arbeitsempfänger gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen, davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen einer Beschäftigung (zB aufgrund eines Werkvertrages oder eines freien Dienstvertrages) - nur beschränkt ist (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, VwSlg. 12.325 A).

Die Kriterien, die für die Annahme (überwiegender) persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit im Einzelnen beachtlich sind, hat der Verwaltungsgerichtshof in seiner Rechtsprechung ausführlich dargelegt. Die persönliche Abhängigkeit charakterisierte der Gerichtshof dabei als weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten, die sich insbesondere in seiner Unterwerfung unter betriebliche Ordnungsvorschriften, seiner Verpflichtung zur Befolgung von Weisungen des Dienstgebers, der Überwachung der Arbeit durch den Dienstgeber und der disziplinären Verantwortlichkeit des Dienstnehmers äußere. Nach der jüngeren Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind bei der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung des Gesamtbildes seiner Beschäftigung für die persönliche Abhängigkeit des Beschäftigten vom Dienstgeber - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffes - allerdings nur die 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 rechtlicher Gestaltung der Beschäftigung. Die wirtschaftliche Abhängigkeit ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit. Das Fehlen eines an sich unterscheidungskräftigen Merkmales persönlicher Abhängigkeit lässt im Hinblick darauf, dass schon das Überwiegen genügt, keinen zwingenden Schluss darauf zu, dass die zu beurteilende Tätigkeit nicht der Versicherungspflicht unterliegt; es kommt vielmehr darauf an, ob unter Berücksichtigung aller im Einzelfall gegebenen Umstände die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet ist (vgl. VwGH vom 10.6.2009, Zl. 2007/08/0142, mwN).

3. Der Bf zeigt in seinem Beschwerdevorbringen, welches sich in den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung bestätigt hat, dass die Art und Weise der Zusammenarbeit zwischen der A. und den einzelnen S. derart gestaltet war, dass keine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit und damit keine Dienstnehmereigenschaft im Sinne des ASVG anzunehmen ist. Dem festgestellten Sachverhalt zu Folge wurden nicht jeweils alle drei s. Staatsangehörigen von der A. angefordert, um das Aufstellen von Plakatwänden oder die Installierung von analogen und digitalen Vitrinen durchzuführen. Vielmehr wurde zwischen den Vertragspartnern jeweils ein eigenständiger

Werkvertrag als Rahmenwerkvertrag abgeschlossen und sodann bei einem Werkvertragnehmer die Erbringung eines Arbeitsauftrags abgerufen. Der Arbeitsauftrag wurde jedenfalls konkret beschrieben und kann insofern als eigenständig zu erbringendes Werk qualifiziert werden. Es stand dem jeweiligen Auftragnehmer, sprich dem s. Unternehmer frei, welche Erfüllungsgehilfen er von sich aus zur Abarbeitung des Auftrages beizieht. Es war allerdings nicht unbedingt notwendig, dass vom jeweiligen Auftragnehmer Erfüllungsgehilfen beigezogen werden. Aus einem Vergleich der Stundenaufzeichnungen der jeweiligen s. Unternehmer, welche diese zur Abrechnung mit der A. verwendeten, ist ersichtlich, dass die Unternehmer nicht an gleichen Orten und zu gleichen Zeiten gearbeitet haben. Auch dies ist ein Indiz dafür, dass die Vergabe der einzelnen Aufträge an jeweils einen s. Unternehmer den Tatsachen entspricht. Die Unternehmer waren nicht an Arbeitszeiten gebunden und haben sich die Arbeitsorte durch den jeweiligen Auftrag von sich aus ergeben, ohne dass die S. von der A. bestimmt worden wären, an einem gewissen Ort zu arbeiten. Wenn davon gesprochen wird, dass die S. an Weisungen gebunden gewesen sind, ist dies insofern nachvollziehbar, als die A. selbst ihren Kunden gegenüber verpflichtet gewesen ist, das zur Verfügung gestellte Material, welches in P. zwischengelagert wurde, zu verwenden. Insofern war der Arbeitsumfang bereits durch den Kunden der A. abgesteckt und wurde dieser nicht von der A. gegenüber den s. Unternehmern bestimmt.

Fest steht auch, dass die s. Unternehmer nicht verpflichtet gewesen sind Arbeitsaufträge anzunehmen, sondern sie eigenständig darüber entscheiden konnten. Insofern konnten sie selbstbestimmt darauf reagieren, ob sie Aufträge übernehmen oder nicht. Im Fall einer Ablehnung lag es an der A. einen neuen Auftragnehmer zu suchen. Andererseits war es Aufgabe des s. Unternehmers, für den Fall, dass er nach Übernahme des Auftrages selbst bei der Ausführung verhindert war, selbständig für Ersatz zu sorgen, um den Auftrag zeitgerecht zu erfüllen. In diesem Fall war es nicht Aufgabe der A. für Ersatz Sorge zu tragen.

Die gesamten Merkmale der Zusammenarbeit zwischen der A. und den drei s. Unternehmern verdeutlichen für den erkennenden Richter, dass unter den gegebenen Umständen auch in Berücksichtigung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes der Tätigkeit der S., jedenfalls eine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit und damit eine Dienstnehmereigenschaft im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG nicht angenommen werden kann. Dem Bf als Geschäftsführer der A. kann daher nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er keine Meldung der drei S. zur Sozialversicherung veranlasst hat, da er dazu mangels Dienstnehmereigenschaft auch nicht verpflichtet gewesen ist. Insofern ist daher festzustellen, dass dem Bf die angelastete Verwaltungsübertretung nicht zum Vorwurf gemacht werden kann, weshalb dem Antrag in der Beschwerde, das Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen, zu folgen war. Es war damit wie im Spruch zu entscheiden.

III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, diese wurde in der Entscheidung entsprechend dargestellt. 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.

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

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

H i n w e i s

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kühberger