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-301079/8/Kü/PP

Datum:
Linz, 19. Juli 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde des M.H., X, W. vom 11. Mai 2016, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 3. Mai 2016, BHVB-2016-102446/10-KIB, wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 7. März 2017

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass im Spruchpunkt 2. der Name des Dienstnehmers auf „C.G." richtiggestellt wird.

II. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens iHv 872 Euro (das sind 20 % der verhängten Geldstrafen) 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 Vöcklabruck vom 3. Mai 2016, BHVB-2016-102446/10-KIB, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 111 Abs. 1 Z 1 iVm § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) zwei Geldstrafen in Höhe von jeweils 2.180 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit jeweils Ersatzfreiheitsstrafen von 146 Stunden verhängt.

Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher der Firma H. GmbH mit Sitz in X, O., zu verantworten, dass die H. GmbH als Dienstgeberin nachstehende Personen, bei welchen es sich um in der Krankenversicherung (vollversicherte) pflichtversicherte Personen handelt, als Hilfsarbeiter beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse zur Pflichtversicherung als vollversicherte Personen angemeldet wurden.

1)
O.C., geb. x.
Arbeitsantritt: 19.11.2015
Ausgeübte Tätigkeit: Hilfsarbeiter
Tatort: X, O. (Sitz des Betriebes)
Tatzeit: vom 19.11.2015 bis zum 04.12.2015.

2)
C.-D., geb. x.
Arbeitsantritt: 19.11.2015
Ausgeübte Tätigkeit: Hilfsarbeiter
Tatort: X, O. (Sitz des Betriebes)
Tatzeit: vom 19.11.2015 bis zum 04.12.2015.

Die genannte Firma wäre als Dienstgeberin verpflichtet gewesen, die Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden. Eine Meldung wurde jedoch nicht erstattet.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde, in der beantragt wird das Straferkenntnis aufzuheben.

Begründend wird ausgeführt, dass es sich bei den Tätigkeiten der beiden Herrn um reine Kunststoffrohrverlegung ohne Technik handle. Hierfür würde kein eigenes Werkzeug benötigt. Das benötigte Werkzeug würde von den Erzeugern der Rohre beigestellt. Jeder Rohrhersteller habe für seine Produkte eigenes Werkzeug wie Zangen, Tacker, Eisenzange, Drahtmaschine, Schlagbohrmaschine und Aufsatz, Akkumaschine und Kalibrieraufsatz und Pressen. Es handle sich dabei um

Spezialwerkzeuge, mit denen man das Rohr bearbeiten könne. Weiteres Werkzeug würde für die Arbeiten nicht benötigt.

Bei den von beiden R. erbrachten Arbeiten handle es sich um Abschnittsarbeiten, die von der Baufirma abhängig seien. Die Einsätze würden maximal zwei bis drei Tage pro Woche und Kunde dauern bis der nächste Abschnitt beginne. Da die Firma des Bf wegen Vertragsgebundenheit in diesem Bereich nur einen Kunden habe und somit keine Dauerauslastung für die Beiden gewährleistet werden könne, in diesem Bereich jedoch Subunternehmermangel bestehe, könnten die beiden R. als Selbständige für mehrere Firmen tätig werden.

Mit den beiden R. wurden daher Werkverträge für geleistete Quadratmeter abgeschlossen, sie würden mit dem eigenen Pkw fahren, das Werkzeug von den Rohrherstellern verwenden und von den Erzeugerfirmen die Pläne erhalten.

Eine Überprüfung der Arbeiten durch die Firma des Bf würde nicht gemacht. Es würde lediglich eine Kontrolle der Dichtheit durch die Baufirma erfolgen bevor die Rohre mit Beton übergossen werden. Mit der Dichtheitsprüfung der Baufirma, in der die Dichtheit bestätigt würde, gehe die Gewährleistung auf die Baufirma über. Bei Undichtheit, die sofort ersichtlich sei, müsse das Subunternehmen diese sofort beheben, wobei dafür Werkzeug des Rohrerzeugers wie Zange und Presse, die per Knopfdruck das Loch dichten, Verwendung finden würde.

Die beiden R. seien alleine auf den Baustellen gewesen und seien keiner Weisungsgebundenheit oder Kontrolle unterlegen. Bei Vertragsbruch oder fehlerhafter Verlegung würde eine Pönale verrechnet.

Bei den Deckenarbeiten würde es sich um dasselbe System handeln, nur würden die Rohre nicht vor Ort verlegt sondern auf Gittermatten im Unternehmen. Ansonsten seien die Arbeiten identisch.

Der Bf könne nicht nachvollziehen, warum die beiden nicht selbständig sein dürften, nur weil sie Arbeitnehmer in seiner Firma gewesen seien. Bezogen auf die Aussage der Finanzpolizei, dass sie dieselben Arbeiten ausüben wie zuvor, sei zu bemerken, dass dies jedoch nur zu einem kleinen Teil stimme, da sie im Unternehmen des Bf vor wie auch nach der Selbständigkeit auch viele andere Arbeiten ausgeübt hätten. Die Selbständigkeit der Beiden, wäre aufgrund der hohen Nachfrage in einem speziellen Bereich (Rohrverlegung) begründet, der aber nur einen Bruchteil des Aufgabenbereichs der Firma des Bf ausmache (wie erwähnt zwei bis drei Tage pro Woche und Kunde) und somit keine Auslastung gewährleisten könne.

Die beiden R. würden sich aber ausschließlich auf den Bereich Rohrverlegung/Modullegung konzentrieren und wäre somit die Selbständigkeit die einzige Möglichkeit dies zu betreiben.

Diese Thematik betreffe ausschließlich Herrn K.M. als Geschäftsführer, der Bf habe von den Vertragsabschlüssen weder Kenntnis gehabt noch falle diese in seinen Aufgabenbereich. Die Aufgabenbereichsverteilung der beiden Geschäftsführer sei der Oö. GKK bereits bekannt gegeben worden. Der Bf ersuche daher um Strafbefreiung.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck hat die Beschwerde mit Schreiben vom 20. Mai 2016 samt Verwaltungsstrafakt zur Entscheidungsfindung vorgelegt. Gemäß § 2 VwGVG hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich 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 7. März 2017 an welcher der Bf persönlich sowie Vertreter der belangten Behörde und des Finanzamtes teilgenommen haben.

4.1. Folgender Sachverhalt steht fest:

Der Bf ist neben Herrn Ing. M.K. handelsrechtlicher Geschäftsführer der H. GmbH mit dem Sitz in X, O. Bis Ende 2015 war innerhalb der H. GmbH kein verantwortlich Beauftragter im Sinne des § 9 Abs. 2 VStG für die Einhaltung der sich aus dem ASVG ergebenden Verpflichtungen bestellt.

Geschäftszweig dieser Firma ist der Metallbau und die Rohrverlegung. Einen Anschluss der verlegten Rohre an die jeweiligen Verteilungsanlagen oder sonstigen technischen Anlagen für ein Kühlsystem führt die Firma des Bf nicht durch. Das fix angestellte Personal der Firma bestimmt sich nach der Auftragslage. In der Regel werden acht bis zehn Personen von der H. GmbH als Arbeiter beschäftigt.

Die r. Staatsangehörigen O.C. und C.G. wurden von der H. GmbH ab dem Jahr 2013 als Arbeiter beschäftigt und wurden für die Errichtung von Kühldecken und danach auch in der Rohrverlegung eingesetzt. Bei der Errichtung von Kühldecken werden von der H. GmbH fertige Module zugekauft und werden diese Module an der Decke montiert. Den Anschluss dieser Module an die Kühlanlage führt die H. GmbH nicht durch.

Die beiden R. haben im Zeitraum 2013 bis Anfang November 2015 für die H. GmbH als Arbeiter gearbeitet. Ende 2015 hat sich für die H. GmbH ein neuer Sektor und zwar die Rohrverlegung im Betonbereich ergeben. Der Arbeitsablauf in diesem Bereich gestaltet sich derart, dass keine ständige Auslastung gegeben ist sondern

zwei Tage lang die Rohre zu verlegen sind und dann eine Pause von einigen Tagen eintritt bis weitergearbeitet werden kann. Für die H. GmbH stellte sich in diesem Bereich das Problem, dass ihre Arbeitskräfte auf einer Baustelle nur zwei Tage beschäftigt werden konnten und drei Tage dann keine Arbeit für diese Personen vorhanden war.

Aus diesem Grund wurde mit den beiden r. Staatsangehörigen auf Basis von Werkverträgen vereinbart, dass diese als Subunternehmer die Arbeitsleistungen der Rohrverlegung im Betonbereich übernehmen. Geplant war, dass nach den Rohrverlegearbeiten die Beiden während der Wartezeit auch für andere Auftraggeber Rohrverlegearbeiten durchführen können und sich damit keine Stehzeiten ergeben.

Die H. GmbH ist ihrerseits an zwei spezielle Auftraggeber im Bereich der Rohrverlegung gebunden. Für andere Auftraggeber als diese zwei kann die H. GmbH aufgrund eingegangener vertraglicher Verpflichtungen nicht arbeiten.

Es war somit geplant, dass die beiden r. Staatsangehörigen nach Erledigung des Subauftrages für die H. GmbH aufgrund ihrer Selbständigkeit auch für andere Auftraggeber Rohrverlegearbeiten durchführen können.

Auch von Polieren auf Baustellen der H. GmbH wurden die beiden R. angesprochen, ob sie nicht auch für andere Firmen Verlegearbeiten durchführen könnten. Aufgrund der vertraglichen Verpflichtungen der H. GmbH gegenüber ihren zwei speziellen Auftraggebern konnten die beiden R. während ihrer Beschäftigungszeit bei der H. GmbH keine anderen Arbeiten durchführen.

Die beiden r. Staatsangehörigen haben aus dem oben genannten Grund das Gewerbe Montage von Solar- und Photovoltaikmodulen ohne Anschlussarbeiten angemeldet und laut Gewerberegister in der Zeit von 17.11.2015 bis 22.03.2016 über die entsprechende Gewerbeberechtigung verfügt.

Nach Bestehen der Gewerbeberechtigung wurden die beiden r. Staatsangehörigen von der H. GmbH ab Beginn einer neuen Baustelle mit der Rohrverlegung beauftragt. Dazu wurden Rahmenwerkverträge abgeschlossen, die jeweils um die konkrete Baustelle ergänzt wurden. Es war so, dass mit jedem R. gesondert ein Werkvertrag für dieselbe Baustelle abgeschlossen wurde. De facto führten die beiden r. Staatsangehörigen sodann auf Basis ihrer Gewerbeberechtigungen die gleichen Arbeiten auf Baustellen der H. GmbH durch als zu der Zeit zu der sie bei dieser Firma als Arbeiter angemeldet tätig gewesen sind.

Für die Rohrverlegungsarbeiten im Betonkern (Betonkernaktivierung) wird von der Industrie ein einheitliches Werkzeugsystem zur Verfügung gestellt. Sämtliches von

den Lieferanten beigestellte Material kann nur mit diesem einheitlichen Werkzeugsystem bearbeitet werden.

Nach Abschluss der Werkverträge sind die beiden R. mit ihren eigenen Fahrzeugen zur Baustelle gefahren und haben dieses Material verarbeitet. Die Terminvorgaben haben die R. jeweils vom Polier des Generalunternehmens erhalten. Der Fertigstellungstermin für die Rohrverlegung bestimmte sich nach den geplanten Betonierungsarbeiten.

Nach Abschluss der Rohrverlegearbeiten wurden Dichtheitsproben im Beisein der H. GmbH und des Anlagenbauers, sprich dem Auftraggeber der H. GmbH durchgeführt. Nach Durchführung der Dichtheitsprobe wurde das Werk vom Kunden der H. GmbH abgenommen.

Die H. GmbH hat nach Abschluss der Werkverträge mit den beiden R. kein eigenes Personal mehr für die Durchführung der Rohrverlegearbeiten im Betonbereich eingesetzt. Für die beiden R. bestanden der H. GmbH gegenüber keine Meldepflichten über die Abwicklung der Arbeiten. Der Endtermin für die Arbeiten bestimmte sich nach dem vom Generalunternehmer vorgegebenen Fertigstellungstermin.

Zwischen der H. GmbH und den beiden R. wurde pauschal abgerechnet. Stundenaufzeichnungen wurden von den Beiden nicht geführt. Da von den R. anfangs keine ordnungsgemäßen Rechnungen gestellt wurden, war die H. GmbH dabei behilflich.

Neben den Rohrverlegearbeiten im Betonbereich haben die beiden r. Staatsangehörigen auch am Firmenstandort der H. GmbH Module hergestellt. Bei diesen Modulen handelt es sich um Metallgitter auf welchen die Rohre angebracht werden. Die von den R. hergestellten Module wurden nach Quadratmetern abgerechnet und sodann auf Baustellen der H. GmbH teilweise von den eigenen Arbeitern der Firma eingebaut.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den Ausführungen des vom Bf in der mündlichen Verhandlung und steht damit im Wesentlichen unbestritten fest.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

1. Rechtslage:

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.

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. Gemäß § 9 Abs. 1 VStG ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen, Personengesellschaften des Handelsrechts oder eingetragene Erwerbsgesellschaften, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortlich Beauftragte (Abs.2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

Nach dem festgestellten Sachverhalt steht zweifelsfrei fest, dass der Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer der H. GmbH das zur Vertretung nach außen berufene und somit iSd § 9 VStG verantwortliche Organ ist. Zum Tatzeitpunkt war innerhalb der H. GmbH kein verantwortlich Beauftragter im Sinne des § 9 Abs. 2 VStG für die Einhaltung der sich aus dem ASVG ergebenden Verpflichtungen bestellt.

3. Der Bf verantwortet sich damit, dass die beiden R. nach Ausstellung von Gewerbescheinen mittels gesonderten Werkverträgen mit den Rohrverlegungen beauftragt wurden und daher als Selbstständige zu betrachten sind.

Diesem Vorbringen ist zunächst die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes entgegenzuhalten, wonach es keineswegs ausgeschlossen ist, dass ein Dienstverhältnis vorliegt, wenn der Dienstnehmer zusätzlich über einen Gewerbeschein verfügt (VwGH 18.02.2009, 2007/08/0041). Allein mit der Ausstellung von Gewerbescheinen kann damit die Selbstständigkeit der beiden R. nicht begründet werden.

Ein Werkvertrag liegt nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dann 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 Werks 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 (VwGH vom 23.05.2007, Zl. 2005/08/0003, mwN).

Den Ergebnissen des Beweisverfahrens zufolge waren die beiden r. Staatsangehörigen vor November 2015 als Dienstnehmer bei der Firma des Bf beschäftigt und zur Sozialversicherung gemeldet. Aufgabe der beiden R. als

Dienstnehmer war die Rohr- bzw. die Modulverlegung. Auch nach Beendigung des Dienstverhältnisses und dem Beginn der „selbständigen Tätigkeit“ der R. ist ihre Aufgabe die Gleiche geblieben und haben sie ausschließlich über Auftrag der Firma des Bf Rohrverlegungen und Modulverlegungen an den Decken durchgeführt. Fest steht zudem, dass die beiden r. Staatsangehörigen immer gemeinsam die von der Firma des Bf beauftragten Arbeiten durchgeführt haben. Der Bf bestätigt in der mündlichen Verhandlung, das die Arbeiten nur gemeinsam durchgeführt werden können und eine Person die Rohre verlegt, während die andere diese am Gitter befestigt. Auch wenn mit jedem R. ein eigenständiger Werkvertrag abgeschlossen wurde, in dem das Bauvorhaben benannt wurde, ändert sich nichts daran, dass diesen gleichlautenden Werkverträgen nicht zu entnehmen ist welches abgrenzbare, unterscheidbare und gewährleistungstaugliche Werk vom jeweiligen Werkvertragsnehmer zu erbringen war. Somit ist eine Abgrenzbarkeit der von den beiden R. jeweils zu verrichtenden Tätigkeit untereinander im Vorhinein gar nicht möglich gewesen.

Vielmehr ist bei der vorliegenden Konstruktion davon auszugehen, dass die beiden R. durch die als Werkvertrag bezeichnete vertragliche Gestaltung eine Gesamtverpflichtung gegenüber der Firma des Bf übernommen haben und die Firma des Bf einzelne Arbeitsaufträge bei den beiden R. abgerufen hat. Im Zuge des Beweisverfahrens ist nicht hervorgekommen, dass die beiden r. Staatsangehörigen einzelne Arbeitsaufträge auch sanktionslos hätten ablehnen können, zumal die beiden R. wesentliche Erfüllungsgehilfen der Firma des Bf gewesen sind, die ihrerseits die Aufträge ihren Kunden gegenüber ordnungsgemäß abzuwickeln hatte. Insofern ist davon auszugehen, dass die beiden R. - genauso wie zu ihrer Zeit als Dienstnehmer der Firma des Bf - auch nach Ausstellung von Gewerbescheinen und schriftlich abgeschlossenen Werkverträgen eine persönliche Arbeitspflicht gegenüber der Firma des Bf gehabt haben.

Bei Betrachtung der Konstruktion nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt ist festzustellen, dass die beiden R. als scheinbare Gewerbetreibende die gleichen Tätigkeiten verrichtet haben als zuvor als Dienstnehmer der Firma des Bf. Der Grund für diese Konstruktion ist darin zu sehen, dass die Firma des Bf Stehzeiten ihrer Arbeiter (nach der Rohrverlegung waren Betonierungsarbeiten durchzuführen, die eine gewisse Zeit andauerten) überbrücken wollte, um damit Kosten für eigenes Personal zu sparen. Dem wahren wirtschaftlichen Gehalt zur Folge wurden die beiden R. auch nach Ausstellung der Gewerbescheine gleichsam wie eigene Arbeiter eingesetzt.

Wenn vom Bf ausgeführt wird, dass die beiden R. auch für andere Auftraggeber hätten arbeiten können, ist zu entgegnen, dass dies nach den Verfahrensergebnissen aber nicht umgesetzt worden ist. Vielmehr haben die beiden R. immer Arbeitsaufträge der Firma des Bf übernommen. An diesem Umstand ändert auch die Tatsache nichts, dass die Terminvorgaben hinsichtlich

der Rohrverlegungen von den Generalunternehmern gekommen sind, zumal dieselben Terminvorgaben auch die Firma des Bf betroffen haben.

Gegen die selbständige Tätigkeit der beiden R. spricht auch die Tatsache, dass sie sog. Module (das ist die Anbringung von Rohren an Metallgittern) auch am Firmenstandort des Bf hergestellt haben. Die von den R. auf diese Weise hergestellten Module wurden nach Quadratmetern abgerechnet und wurden diese Module von der Firma des Bf und deren Arbeitern teilweise auf anderen Baustellen verwendet. Insofern ist davon auszugehen, dass hinsichtlich der Modulherstellung die beiden r. Staatsangehörigen in den organisatorischen Ablauf der Firma des Bf eingebunden gewesen sind. Auch bei dieser Vorgangsweise ist wiederum anzunehmen, dass die beiden R. im Rahmen der Firma des Bf gegenüber übernommenen Gesamtverpflichtung zur Abarbeitung einzelner Arbeitsaufträge herangezogen werden und somit der persönlichen Arbeitspflicht unterlegen sind.

In Gesamtbetrachtung dieser Umstände und der Würdigung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes der Tätigkeit der beiden r. Staatsangehörigen kommt der erkennende Richter zum Schluss, dass die beiden R. trotz vorlegen von Gewerbescheinen und dem Abschluss von Werkverträgen in einem Verhältnis der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit zur Firma des Bf gestanden sind und damit als Dienstnehmer iSd § 4 Abs. 2 ASVG anzusehen sind. Da der Bf die beiden r. Staatsangehörigen ab November 2015 nicht zur Sozialversicherung gemeldet hat, ist diesem die Verletzung der Meldepflicht und damit die angelastete Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht vorzuwerfen.

4. Insoweit sich der Bf auf eine interne Aufgabenteilung und seine faktische Unkenntnis der Vertragsabschlüsse beruft, ist er auf § 5 Abs. 1 VStG zu verweisen, wonach dann, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt und Fahrlässigkeit bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen ist, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung - wie dies hinsichtlich der Bestimmung des § 111 ASVG der Fall ist - 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. Der Bf hätte daher initiativ alles vorzubringen, was zu seiner Entlastung dienlich sein könnte. Der Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer war ein zur Vertretung der GmbH nach außen berufenes Organ dieser Gesellschaft und im Sinne des § 9 Abs. 1 VStG für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch diese Gesellschaft verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. Dass ein weiterer handelsrechtlicher Geschäftsführer bestellt war, kann an der Verantwortlichkeit des Bf im Sinne des § 9 Abs. 1 VStG allein nichts ändern (VwGH vom 16.10.2008, Zl. 2007/09/0369), zumal die Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 Abs. 2 VStG nicht geltend gemacht wurde. Dass der Bf Kontrollmaßnahmen gesetzt hätte, wird ebenfalls nicht

behauptet; das Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit der Handlungen eines anderen Geschäftsführers exkulpiert nicht. Dem Bf ist daher die Verwaltungsübertretung auch in subjektiver Hinsicht vorwerfbar.

5. 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.

Nach § 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. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs. 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

Im Rahmen der Strafbemessung ist zu berücksichtigen, dass der Bf einschlägig vorbelastet ist und wegen Übertretung des ASVG bereits rechtskräftig bestraft worden ist. Aus diesem Grunde ist daher für die Strafbemessung der im Wiederholungsfall erhöhte Strafsatz des § 111 Abs. 2 ASVG heranzuziehen. Gemäß dem gegenständlich anzuwendenden Strafsatz ist über den Bf von der belangten Behörde in jedem Fall die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe verhängt worden weshalb sich weitere begründende Ausführungen zur Strafbemessung erübrigen. Zudem sind im gegenständlichen Fall keine Milderungsgründe hervorgekommen, die eine Unterschreitung der gesetzlich vorgesehen Mindeststrafe iSd § 20 VStG rechtfertigen würden. Da der Bf keinerlei Auskünfte hinsichtlich der von ihm gewählten Vorgangsweise bei der Beschäftigung der beiden r. Staatsangehörigen eingeholt hat, kann von einem geringfügigen Verschulden nicht ausgegangen werden. Insofern scheidet daher auch eine Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG (Ausspruch einer Ermahnung) aus.

Es war somit 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. 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