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-301272/41/Kl/PP

Datum:
Linz, 28. Februar 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 Dr. Klempt über die Beschwerde des Herrn R H, P, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. E K, A x, x L, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 2. August 2016, SanRB96-Ge-49-2015 KG, wegen Verwaltungsübertretungen nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG) nach öffentlicher mündlicher Verhandlung am 1. Dezember 2016

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG entfällt ein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 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

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 2. August 2016, SanRB96-Ge-49-2015 KG, wurden über den Beschwerdeführer (Bf) Geldstrafen in fünf Fällen von je 730 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen von je 112 Stunden, wegen jeweils einer Verwaltungsübertretung gemäß § 33 Abs. 1 iVm § 111 Abs. 1 Z. 1 ASVG verhängt, weil er, wie anlässlich einer niederschriftlichen Befragung am 30.04.2015 beim Finanzamt Baden festgestellt wurde, als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als nach außen hin zur Vertretung Berufener der H & B GmbH mit Sitz in x M, D x, vom 15.03.2015 bis mindestens 30.04.2015 nachstehende Personen, bei welchen es sich um in der Krankenversicherung (vollversicherte) pflichtversicherte Personen handelt, an den Beschäftigungsorten Baustellen in P und in M E und in W beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger – hier bei der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse – zur Pflichtversicherung als vollversicherte Personen angemeldet wurden. Dabei handelt es sich um folgende Personen:

- N K, geb. x
- N M, geb. x
- N D, geb. x
- I J, geb. x
- P T, geb. x

Die Firma H & B GmbH wäre als Dienstgeberin verpflichtet gewesen, vorgenannte Personen vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und die Aufhebung des Straferkenntnisses und Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens beantragt. Begründend wurde im Wesentlichen darauf hingewiesen, dass die Firma H & B GmbH lediglich mit Herrn S K Verträge abgeschlossen hätte, daher nach der äußeren Erscheinungsform lediglich zu S K eine vertragliche Verbindung vorgelegen sei. Dieser habe seinen beruflichen Werdegang in Kroatien als Stein- und Fliesenlegerfirma darlegen können und habe aufgrund der Anforderungen Gewerbeberechtigung, Anmeldung zur Sozialversicherung, Meldezettel und Passkopie vorlegen können, sodass davon hätte ausgegangen werden können, dass die Voraussetzungen für den Abschluss eines Werkvertrages vorliegen würden. Auch werde auf die Bestimmungen zum Abrechnungsmodus, die Sicherheitsbestimmungen, Bestimmungen über die Rechnungslegung, Einbehalte, Haft- und Deckungsrücklass im Werkvertrag hingewiesen, wonach die eigenverantwortliche Ausführung durch K ersichtlich sei. Auch sei Herrn K die Möglichkeit eingeräumt worden, gegebenenfalls an Dritte (Subunternehmer) die durchzuführenden Arbeiten weiterzugeben, von welcher Möglichkeit er auch Gebrauch gemacht hätte. Hinsichtlich der übrigen kroatischen Staatsangehörigen

sei die Firma H & B GmbH weder in vertraglichem noch sonstigem persönlichen Kontakt gestanden. Ausschließliche Ansprechperson sei K gewesen. Die Ausführung sei mit Arbeitsmitteln der Firma K erfolgt, die Materialien in Form der zu verlegenden Fliesen seien bauseits durch die Firma H & B GmbH zur Verfügung gestellt worden. Es habe keine Beschränkung der Entscheidungsfreiheit gegeben, Unterlagen wie Pläne, Ausführungsbeschreibungen, Verlege- und Terminpläne seien übergeben worden. Der zuständige Bauleiter sei nur bezogen auf den vereinbarten Terminplan und vorzunehmende Kontrollen der ineinandergreifenden Gewerke vor Ort gewesen. Es sei davon auszugehen gewesen, dass die kroatischen Staatsangehörigen die Absicht gehabt hätten, sich in Österreich gewerblich selbständig zu machen, wofür sie auch beim Finanzamt Baden eine Steuernummer beantragt hätten. Sie hätten eine Anmeldung zur Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft gehabt. Nachdem die Baustellen der Firma K am 05.12.2014 beendet gewesen seien, hätte K mit einer Gruppe anderer kroatischer Staatsbürger über Empfehlung von Herrn Z auf einer Baustelle der Firma H & B als Fliesenleger zu arbeiten begonnen. Nach deren Beendigung hätte dann K mit den namentlich angeführten Kroaten am 24.02.2015 auf einer nächsten Baustelle der Firma H & B begonnen und in weiterer Folge dann am 15.03.2015 auf einer weiteren Baustelle der x F. Es gab eine gleichförmige Vorgehensweise, nämlich Einweisung auf der Baustelle, Kontrolle einmal pro Woche, Arbeiten in Form der Verlegung von Fliesen, beziehungsweise Stein- und Terrazzoböden, Arbeitserbringung teils einzeln, teils gemeinsam an den einzelnen Räumen, Material wurde zur Verfügung gestellt, es wurde eigenes Werkzeug verwendet, Anfahrt mit eigenem PKW, Abrechnung auf Quadratmeterbasis, Rechnungen wurden selber ausgefertigt, wobei es lediglich einen Auftrag an K gab und daher die Auszahlung an diesen erfolgt sei und dieser dann das Geld unter seinen Kollegen aufzuteilen hätte.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Perg als belangte Behörde hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt. Es wurde die Abweisung der Beschwerde beantragt.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme sowie durch Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 1. Dezember 2016, zu welcher die Verfahrensparteien geladen wurden und erschienen sind. Weiters wurden die Zeugen L P und F Z geladen und einvernommen. Die weiters geladenen ausländischen Zeugen S und L K, B K, I R, N K, N M, N D, I J, P T, sind zur mündlichen Verhandlung nicht erschienen. Eine Ladung war nicht möglich. Eine Verfolgung ins Ausland ist nicht möglich. Sie dürften sich ins Ausland abgesetzt haben.

4.1. Folgender Sachverhalt steht als erwiesen fest und wird der Entscheidung zugrunde gelegt:

Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der vormals H & B GmbH, nunmehr x F GmbH mit Sitz in M. Durch die Firma werden auf Baustellen Fliesen- und Steinverlegearbeiten durchgeführt. Die Firma hat im Tatzeitraum zirka 250 Mitarbeiter, davon 10 Bauleiter. Für den Bereich Personal- und Dienstleistungsankauf bzw. Subverträge ist der Abteilungsleiter L P zuständig. Reichen die eigenen Personalressourcen nicht aus, so kann Herr P Personal einstellen und Dienstleistungsaufträge abschließen bzw. diesbezügliche Subaufträge (Werkverträge) abschließen. Der Geschäftsführer als Projektleiter der jeweiligen Baustelle ist zuständig für die Angebotserstellung sowie in weiterer Folge für die Materialbestellung und Organisation der Baustelle. Für die konkrete Ausführung auf der Baustelle ist dann der Vorarbeiter, konkret Herr F Z zuständig, wobei der Projektleiter nicht auf die Baustellen kommt, nur wenn es erforderlich ist oder vom Bauherrn gewünscht wurde. Der Vorarbeiter Z hat zirka 25 Mitarbeiter in seinem Stammpersonal. Reicht dieses für die Bewältigung der Baustellen nicht aus, so wendet er sich an Herrn P. Dieser prüft angesichts des Abschlusses von Werkverträgen die Voraussetzungen wie Geschäftsbedingungen und Preisbedingungen, Haftungsbedingungen, Gewährleistungspflichten. Dem Werkvertragsunternehmer werden dann auch konkrete Pläne der Baustelle, in welchen farblich ersichtlich die Räume sind, in denen zu verlegen ist, samt einer detaillierten Aufmaßliste mit den genauen Aufmaßen der zu verrichtenden Arbeiten übergeben. Das Aufmaß wird von der Firma x erstellt und wird gegenüber ihrem (Haupt-)Auftraggeber zur Abrechnung gebracht und auch der Materialbestellung zugrunde gelegt. Auch der Subauftragnehmer kann nach diesem Aufmaß abrechnen, ansonsten ist die Aufmaßberechnung bei Rechnungslegung durch den Bauleiter zu überprüfen und zu bestätigen. Auch wird dem Subunternehmer ein Terminplan als Bauzeitplan der einzelnen Gewerke übergeben.
Herrn S K hat der Vorarbeiter Z, der gelernter Fliesenleger ist, auf einer anderen Baustelle, nämlich der Firma K in L kennengelernt und sich auch von dessen Qualität bei der Arbeitsausführung überzeugt. K ist an ihn herangetreten, nachdem bei der Firma K weniger Arbeit angefallen ist, ob er für die Firma x arbeiten könne und wurde dann ein Kontakt zur Firma x, Herrn P vermittelt. Da für die Baustelle N nicht das erforderliche Personal dem Vorarbeiter Z zur Verfügung stand, wandte er sich an Herrn P und wurde dann ein Werkvertrag durch Herrn P zwischen x und K abgeschlossen. Es wurde auch ein Detailplan hinsichtlich der Arbeiten an K übergeben sowie auch ein Terminplan. Außer dem Terminplan des Bauherrn bzw. Generalunternehmers, der weitergegeben wird, werden keine Anweisungen dahingehend gemacht, an welchem Tag was und durch wen ausgeführt werden muss. An den Tagen, an denen die Baubesprechung der Bauaufsicht auf der Baustelle durchgeführt wird, an denen

auch Z teilgenommen hat, hat dieser dann auch die Baustelle nach Baufortschritt besichtigt. Andere Kontrollen oder Besichtigungen fanden nicht statt. Der Vorarbeiter hat etwa 10 bis 12 Baustellen parallel laufen. Auf der Baustelle in N waren drei Personen beschäftigt, nämlich K und zwei weitere Personen, auf den Baustellen P, W und M E fünf kroatische Staatsangehörige. Mitarbeiter der Firma x waren an diesen Baustellen nicht beschäftigt. Die Verlegearbeiten wurden zur Gänze von Herrn K übernommen. Die Abnahme der Baustelle hat ebenfalls Herr Z übernommen, indem er nach Fertigstellung von Herrn K telefonisch kontaktiert wurde und daraufhin die Fertigstellung besichtigt wurde und bestätigt wurde und dann danach die Rechnung gelegt wurde. Die erstellten und übergebenen Leistungslisten werden nach dem Grundriss erstellt und auch der Rechnungslegung zugrunde gelegt. Allfällige Mängel hätten von der Firma K behoben werden müssen, allerdings wurden die Arbeiten zur vollsten Zufriedenheit ausgeführt und gab es keine Mängel.

Die Unterlagen hinsichtlich einer Baustelle bekommt der Vorarbeiter in der Firma und wird auch erklärt was zu machen ist. Das Material (Fliesen) wird von der Firma x bestellt. Die Bestellung und Lieferung organisiert die Firma x. Das erforderliche Werkzeug wird von K beigestellt, dieser ist sehr gut ausgerüstet. Von der Firma x wurde kein Werkzeug zur Verfügung gestellt. Die Ausländer kommen mit eigenem PKW. Eine Mängelbehebung hätte durch K durchgeführt werden müssen. Den Ordner mit den Polierplänen, Leistungslisten, Aufmaßlisten bekommt der Vorarbeiter Z und dieser übergibt den Ordner an K. Der Ordner befindet sich dann auf der Baustelle.

Es liegt für jede Baustelle bzw. jedes Bauvorhaben (P, M E, W) ein Subunternehmer-Einzelauftrag, geschlossen zwischen S K und der x F, über Fliesenverlegearbeiten vor, wonach Zahlungsbedingungen, Rechnungslegung, Garantien, Haftung, Personal udgl. ausbedungen wurden. Die Preisgestaltung ist einer eigenen Bestellung zu entnehmen. Darin wird auf eine Excel-Aufmaß-Liste vor Ort auf der Baustelle hingewiesen. Mit den übrigen Ausländern besteht kein Vertrag, gibt es keine Kontakte und auch keine Abrechnung.

S K hat Gewerbe hinsichtlich Aufräumen von Baustellen, Verschließen von Bauwerksfugen, Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten in Österreich angemeldet, nicht jedoch das Verlegen von Fliesen. S K drückte der Firma x gegenüber aus, ein Einzelunternehmen zu führen, eine Gewerbeberechtigung in Kroatien zu haben und in Österreich eine entsprechende Gewerbeberechtigung im Wege eines Nachsichtsverfahrens anzustrengen. Alle Ausländer waren zur Sozialversicherung angemeldet. S K machte bei Vertragsabschluss den Eindruck, dass er rechtlich gut informiert ist, so z.B. auch über Deckungsrücklass und Haftrücklass. Seitens S K wurde in Teilrechnungen abgerechnet und wurde auf das von ihm bekanntgegebene österreichische Konto ausbezahlt.

Im Zuge der Beantragung einer Steuernummer beim Finanzamt Baden durch die namentlich genannten kroatischen Staatsangehörigen, welche die Absicht hatten, sich in Österreich gewerblich selbständig zu machen, wurde vom Finanzamt

Baden in Erfahrung gebracht, dass die Kroaten vom 15.03.2015 bis mindestens 30.04.2015 Fliesenverlegearbeiten auf Baustellen für die Firma H & B GmbH, nunmehr x F GmbH ausgeführt haben. Eine Meldung nach ASVG vor Arbeitsantritt lag nicht vor.

4.2. Dieser Sachverhalt gründet sich auf die im Akt einliegenden Schriftstücke sowie auf die anlässlich der mündlichen Verhandlung einvernommenen Zeugen. Die Angaben widersprechen sich in wesentlichen Teilen nicht und decken sich auch mit den Ausführungen und Vorbringen des Bf. Anhaltspunkte, an der Glaubwürdigkeit der Zeugen zu zweifeln, haben sich für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht ergeben, sodass von der Glaubwürdigkeit auszugehen ist. Weder ergaben sich Anhaltspunkte und Nachweise, dass Mitarbeiter der Firma x gemeinsam mit den kroatischen Arbeitern den Auftrag ausführten, noch dass konkrete Anweisungen hinsichtlich der Auftragsausführung oder hinsichtlich der Zahl der Arbeiter oder des detaillierten Terminplanes durch die Firma x erfolgten. Nachweise dahingehend, dass eine Kontaktnahme außer mit S K auch mit den übrigen Kroaten stattgefunden hätte, ergaben sich ebenfalls nicht. Auch Detailanweisungen hinsichtlich der Auftragsausführung durch die Firma x konnten nicht nachgewiesen werden. Auch konnte eine über die Kontrolle der Werksausführung hinausgehende Kontrolle nicht nachgewiesen werden.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Gemäß § 33 Abs. 1 ASVG, BGBl. Nr. 189/1955 idgF, haben die Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach diesem Bundesgesetz in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Vollversicherte und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden. 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 ASVG 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.

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 zu 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 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 Euro herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind (§ 111 Abs. 2 ASVG).
Gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG sind in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet.
Gemäß § 4 Abs. 2 erster Satz ASVG ist Dienstnehmer im Sinn dieses Bundesgesetzes, 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 § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber im Sinn 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 Leistungen 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 dem ASVG in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (z.B. Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend. Durch den Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten nach bürgerlichem Recht können Verpflichtungen nach dem ASVG, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden (§ 539a Abs. 2 ASVG). Ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei einer, den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre (§ 539a Abs. 3 ASVG).

5.2. Der Verwaltungsgerichtshof führt auch in ständiger Judikatur aus, dass bei einfachen manuellen Arbeiten an sich das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses gemäß § 4 Abs. 2 ASVG – in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte – bei organisatorischer Einbringung in den Betrieb des Arbeitgebers ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden kann. So hat

der Verwaltungsgerichtshof in der Entscheidung vom 24.04.2014, 2012/08/0177, bestätigt, dass wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen, d.h. arbeitend, unter solchen Umständen angetroffen werde, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, die Behörde berechtigt sei, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinne auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen. Spricht also die Vermutung für ein Dienstverhältnis, dann muss die Partei ein ausreichend substantiiertes Vorbringen erstatten, aus dem man anderes ableiten könnte.
Wie der Verwaltungsgerichthof in seiner ständigen Rechtsprechung ausführt (vgl. VwGH vom 21.12.2005, Zl. 2004/08/0066) kommt es für die Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits darauf an, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen (den Dienstgeber) verpflichtet (diesfalls liegt ein Dienstvertrag vor). Bei einem Werkvertrag handelt es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkrete Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit. Bei einem Dienstvertrag kommt es jedoch primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers an, also auf seine Bereitschaft zu Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit. Kein Werk liegt nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes z.B. bei folgenden regelmäßig ausgeübten Tätigkeiten in Eingliederung des Betriebes des Leistungsempfängers vor: Maurerarbeiten, Montagearbeiten, Paketzustellungen, Speisenzustellungen, Reinigungstätigkeiten.

„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 Sinn des § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG schon deshalb nicht vor (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 15. Oktober 2015, 2013/08/0175, mwN).
Die persönliche Arbeitspflicht fehlt einerseits dann, wenn dem zur Leistung Verpflichteten ein "generelles Vertretungsrecht" zukommt, wenn er also jederzeit nach Gutdünken beliebige Teile seiner Verpflichtung auf 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 einer unternehmerischen Organisation (oft werkvertragliche) Leistungen zu erbringen hat und dabei Hilfspersonal zum Einsatz bringt oder sich eines Vertreters (Subunternehmers) bedient. Die "generelle Vertretungsbefugnis" spielt insbesondere bei der Abgrenzung zwischen selbständigen und unselbständigen Erwerbstätigkeiten eine Rolle. Von einer die persönliche Arbeitspflicht ausschließenden generellen Vertretungsbefugnis kann nur dann gesprochen werden, wenn der Erwerbstätige berechtigt ist, jederzeit und nach Gutdünken irgendeinen geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihm übernommenen Arbeitspflicht heranzuziehen bzw. ohne

weitere Verständigung des Vertragspartners eine Hilfskraft beizuziehen. Keine generelle Vertretungsberechtigung stellt die bloße Befugnis eines Erwerbstätigen dar, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen, z.B. im Fall einer Krankheit oder eines Urlaubs oder bei bestimmten Arbeiten innerhalb der umfassenderen Arbeitspflicht vertreten zu lassen; ebenso wenig die bloß wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigter Personen (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 1. Oktober 2015, Ro 2015/08/0020, und nochmals vom 15. Oktober 2015, 2013/08/0175).
Selbst wenn, wie von der Revisionswerberin vorgebracht, ein generelles Vertretungsrecht vereinbart worden wäre, kann dies - unter dem Gesichtspunkt der Beurteilung von Sachverhalten in wirtschaftlicher Betrachtungsweise (§ 539a ASVG) - die persönliche Arbeitspflicht nur dann ausschließen, wenn diese Befugnis entweder in der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses auch tatsächlich gelebt worden wäre oder wenn die Parteien bei Vertragsabschluss nach den Umständen des Einzelfalles zumindest ernsthaft damit hätten rechnen können, dass von der generellen Vertretungsbefugnis auch tatsächlich Gebrauch gemacht werden würde und die Einräumung dieser Vertretungsbefugnis nicht mit anderen vertraglichen Vereinbarungen im Widerspruch stünde (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 25. Juni 2013, 2013/08/0093, und vom 19. Oktober 2015, 2013/08/0185, mwN)“ (vgl. VwGH vom 12.10.2016, Ra 2016/08/0095).

Im Erkenntnis vom 04.07.2007, 2004/08/0127 führt der VwGH aus, dass für die Dienstgebereigenschaft wesentlich ist, wer nach rechtlichen (und nicht bloß tatsächlichen) Gesichtspunkten aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, wen also das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar trifft. Die Dienstgebereigenschaft hängt daher maßgeblich davon ab, ob der Betrieb der Partei wirtschaftlich zuzurechnen ist, d.h. auf ihre Rechnung und Gefahr betrieben worden ist, oder mit anderen Worten, ob die Partei "aus den in diesem Zusammenhang getätigten Umsatzgeschäften berechtigt und verpflichtet wurde .... Wer berechtigt und verpflichtet wird ist eine Rechtsfrage, die aufgrund rechtlicher Gegebenheiten (z.B. Eigentum am Betrieb) beantwortet werden kann“.
Im Erkenntnis vom 22.11.2002, 98/08/0017, führt der VwGH aus: „Im Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10.12.1986, Slg. Nr. 12325/A (S. 677), hat der Verwaltungsgerichtshof seine schon im Erkenntnis vom 17.02.1983, Zl. 81/08/0155, vertretene Rechtsauffassung bekräftigt, wonach bei Beurteilung der Frage, auf wessen Rechnung ein Betrieb, in dem ein Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis steht, an das die zu klärende Beitragspflicht anknüpft, geführt wird, wesentlich sei, wer nach rechtlichen und nicht bloß tatsächlichen Gesichtspunkten aus den im Betrieb getätigten Geschäften berechtigt und verpflichtet wird, wen also demnach das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar trifft (vgl. zu diesem Moment das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 30.11.1983, Slg. Nr. 11241/A – S. 580; ferner das Erkenntnis vom 25.01.1994, Zl. 92/08/0264).“

Zum Werkvertrag selbst führte der VwGH in jüngster Rechtsprechung vom 12.10.2016, Ra 2016/08/0095, aus, „dass ein Werkvertrag idR ein Zielschuldverhältnis begründet. Die Verpflichtung besteht darin, die genau umrissene Leistung – idR bis zu einem bestimmten Termin – zu erbringen. Mit der Erbringung der Leistung endet das Vertragsverhältnis. Das Interesse des Bestellers und die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind lediglich auf das Endprodukt als solches gerichtet.“ Auch ist für den Werkvertrag ein der essentiellen Gewährleistungsverpflichtung entsprechender Erfolg der Tätigkeit erforderlich.

5.3. Im Grunde des erwiesenen festgestellten Sachverhaltes ist davon auszugehen, dass die Fliesenlegerarbeiten im angeführten Zeitraum nicht in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit der kroatischen Staatsangehörigen zu der Firma x F GmbH ausgeführt wurden. Es wurde unter Beistellung der Fliesen durch die x F GmbH der gesamte Auftrag der Verlegung weitergegeben, hiefür wurden die Verlegepläne weitergegeben, eine Vereinbarung über insbesondere Rechnungslegung, Haftung und Gewährleistung getroffen und ausgenommen einer generellen Terminvorgabe hinsichtlich der Reihung der einzelnen Gewerke keine weitere Termineinteilung bzw. Zeiteinteilung für die Ausführung getroffen. Gleichfalls wurden auch keine konkreten detaillierten Anweisungen hinsichtlich der Ausführung durch die x F GmbH erteilt. Auch das Werkzeug für die Ausführung wurde nicht von x F GmbH sondern von den Ausführenden mitgebracht. Die Abrechnung erfolgt nach Aufmaß und Fertigstellungsmeldung durch Rechnungslegung an die x F GmbH. Diesbezüglich ist wesentlich festzustellen, dass Vertragsunterzeichner und einziger Ansprechpartner S K war. Er stellte den Kontakt zur x F GmbH her und war auch Ansprechpartner. Auch wurden durch ihn Rechnungen an die x F GmbH gelegt und diese Rechnungen dann auch an ihn bezahlt. Eine über die Interessen eines Auftraggebers hinausgehende Kontrolle der Arbeitsausführung wurde durch die x F hingegen nicht durchgeführt. Die Anfahrt zur Baustelle erfolgte mit dem eigenen Fahrzeug der Ausländer. Die Zahl der eingesetzten Arbeiter wurde nicht vom Bf bestimmt und gab es keine Kontrolle durch den Bf. Auch hat für eine ordnungsgemäße Ausführung K S zu haften und ist er am Ende bei Gewährleistung heranzuziehen. Arbeitnehmer des Bf waren mit Fliesenverlegearbeiten auf diesen Baustellen nicht befasst. Eine gleichzeitige Beschäftigung von Arbeitnehmern des Bf zum Zeitpunkt der Dienstleistungserbringung durch die kroatischen Staatsangehörigen fand nicht statt. Angesichts dieser Sachverhaltselemente ist in dem vom VwGH umschriebenen beweglichen System der Sachverhalt dahingehend zu bewerten, dass die fünf kroatischen Staatsangehörigen nicht in einem Arbeitsverhältnis oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnis für den Bf tätig waren, sondern vielmehr S K (im Rahmen eines Werkvertrages) als selbstständiger Dienstleistungserbringer anzusehen ist. Es erfolgte daher die Tätigkeit auf Rechnung und Gefahr von K. Dieser trug das

wirtschaftliche Risiko. Er traf die Festlegung der Personen und Zahl der ausführenden Personen. Er schuldete einen vertragsgemäßen und zeitgerechten Erfolg einer genau umrissenen Leistung, wobei mit Erbringung der Leistung das Vertragsverhältnis endete (VwGH 12.10.2016, Ra 2016/08/0095). Er trug die Haftung für den Fall der nicht vertragsgemäßen Ausführung. Es kommt dem Bf keine Dienstgebereigenschaft gemäß § 35 Abs. 1 ASVG gegenüber S K zu.
Hinsichtlich der übrigen kroatischen Staatsangehörigen, an deren behaupteten Selbständigkeit Zweifel gehegt werden können, und die daher als in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit tätige Arbeitskräfte angesehen werden können, ist aber nach den Anforderungen gemäß der zitierten Rechtsprechung nicht von einer Beschäftigung durch x F auszugehen, zumal insbesondere keine Eingliederung in den Betrieb des Bf erfolgte, die Anzahl der verwendeten Arbeiter nicht von ihm bestimmt wurde und auch die Haftung nicht bei ihm gelegen war. Nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt ist daher entsprechend der Rechtsprechung von einer Beschäftigung dieser Arbeiter durch den Werksunternehmer S K auszugehen. Für die Bewertung dessen Tätigkeit als selbständige Tätigkeit ist dabei unerheblich, ob die Tätigkeit unzulässiger Weise ohne die entsprechende gewerberechtliche Berechtigung nach der Gewerbeordnung ausgeübt wurde (VwGH 24.01.2008, 2007/09/0239).
Wenn sich hingegen die Finanzpolizei auf die Bestimmung des § 539a Abs. 1 ASVG stützt, wonach für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (z.B. Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend ist, so ist dem die Bestimmung des § 539a ASVG in ihrer Gesamtheit entgegenzuhalten, wonach insbesondere aus dem Abs. 2 erkennbar ist, dass durch den Missbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden können.
Insbesondere im Zusammenhang mit § 539a Abs. 2 ASVG ist erkennbar, dass die Grundsätze der Sachverhaltsfeststellung dazu da sind, dass Verpflichtungen nach dem ASVG, insbesondere die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden können. Da aber die betroffenen Arbeitnehmer zur Sozialversicherung angemeldet waren und eine e-card besaßen, kann nicht von einer Umgehung oder Minderung der Pflichtversicherung gesprochen werden, es ist insgesamt für die Sozialversicherung kein Schaden entstanden.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG, der gemäß § 38 VwGVG auch im Beschwerdeverfahren anzuwenden ist, hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat.
Da dem Beschuldigten eine Dienstgebereigenschaft bzw. den kroatischen Staatsangehörigen eine Dienstnehmereigenschaft zum Bf nicht zukommt, hat er

die ihm angelasteten Verwaltungsübertretungen nicht begangen und war daher spruchgemäß mit Einstellung des Strafverfahrens vorzugehen.

6. Weil die Beschwerde Erfolg hatte, entfällt die Verpflichtung zur Leistung eines Kostenbeitrages gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG.

7. 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.
Die Entscheidung stützt sich auf die Judikatur des VwGH und stellt eine Beurteilung im Einzelfall dar.

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.

Die Beschwerde/Revision ist nicht mehr zulässig, wenn nach Verkündung oder Zustellung des Erkenntnisses oder Beschlusses ausdrücklich auf die Beschwerde/Revision verzichtet wird. Der Verzicht auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof ist dem Verwaltungsgericht schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht auf die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof ist nach Zustellung der Ausfertigung des Erkenntnisses oder Beschlusses dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. 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.

H i n w e i s e

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

2. Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig.

Dr. Klempt