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-301509/8/BMa/PP

Datum:
Linz, 19. Februar 2018

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des W.B., vertreten durch K. Rechtsanwälte OG, X, W., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 14.02.2017, SanRB96-268-2016/Gr, betreffend Übertretung des Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13.11.2017

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat folgende Kosten zu tragen:
Zusätzlich zu den erstinstanzlichen Verfahrenskosten hat der Beschwerdeführer Verfahrenskosten für das Verfahren vor dem Rechtsmittelgericht in Höhe von 700 Euro zu leisten.

Überdies hat der Beschwerdeführer Dolmetschergebühren in Höhe von 37,50 Euro zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I:

1.1. Mit dem in der Präambel angeführten Straferkenntnis wurde der Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wie folgt schuldig gesprochen und bestraft:

„Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als Außenvertretungsbefugter der X GmbH mit Sitz in P., X, gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass diese Firma als Dienstgeber Herrn D.U., geb. x, als Dienstnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt (pro Sonntag ca. 130,00 Euro, 305,77 Euro für den Monat Februar) als Zeitungszusteller im Ausmaß von mehreren Stunden, zumindest von 10.2.2016 bis 8.3.2016 beschäftigt hat, ohne vor Arbeitsantritt (10.2.2016), eine zumindest mit den Mindestangaben ausgestattete Meldung bei der Oö. Gebietskrankenkasse mit Sitz in 4020 Linz, Gruberstraße 77, als zuständiger Sozialversicherungsträger zu erstatten.
Dieser Sachverhalt wurde von Organen des Finanzamtes Grieskirchen Wels bei einer Kontrolle am 31.5.2016 gegen 15.00 Uhr in A., X, durch eine niederschriftliche Einvernahme mit oa. Person und durch Abfragen im Hauptverband, festgestellt.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 33 i.V.m. § 111 Abs. 1 Z.1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955, i.d.g.F.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

| Geldstrafe von | falls diese uneinbringlich ist Ersatzfreiheitsstrafe von | gemäß |
|---|---|---|
| 3500,-- € | 235 Stunden | § 111 ASVG |

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) 10 % der Strafe, das sind 350,-- €, als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 3850,-- €“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde vom 13.03.2017, mit welcher im Wesentlichen vorgebracht wurde, es liege hier keine Pflichtversicherung nach dem ASVG vor. Vielmehr sei ein Werkvertrag vorgelegen und U. sei als „neuer Selbständiger“ nach § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG in der Krankenversicherung pflichtversichert gewesen. Selbst die wiederholte Beauftragung vermag an der Annahme eines Werkvertrags nichts zu ändern. Es sei vom allgemeinen Vertretungsrecht durch Herrn U. Gebrauch gemacht worden und die Einschränkung betreffend die Arbeitszeit bei der vom Zusteller übernommenen Tätigkeit habe sich allein aus der Art der übernommenen Tätigkeit ergeben.
Es habe hinsichtlich der geschuldeten Zeitungszustellung keine persönlichen Weisungen oder Vorgaben betreffend das arbeitsbezogene Verhalten gegeben. Es

sei auch nur kontrolliert worden, ob und nicht wie der Vertrag erfüllt worden sei. Auch sei es möglich gewesen, gleichzeitig für Konkurrenzunternehmen oder andere Auftraggeber tätig zu sein. Das unternehmerische Risiko habe U. getragen. Es würde kein freies Dienstverhältnis iSd § 4 Abs. 4 ASVG vorliegen. Abschließend wurde der Antrag auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens gestellt.

2.1. Die belangte Behörde hat die Beschwerde mit dem Bezug habenden Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt. Gemäß § 2 VwGVG entscheidet das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich durch Einzelrichterin.

2.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt der belangten Behörde und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13.11.2017, zu der der Bf mit seinem Rechtsvertreter und ein Vertreter der Organpartei gekommen sind. Das Verfahren wurde aus verfahrensökonomischen Gründen mit jenem des zweiten handelsrechtlichen Geschäftsführers zur gemeinsamen Verhandlung verbunden.

Der zur Verhandlung geladene Zeuge U. ist trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht gekommen. Zu seiner Vernehmung war ein Dolmetscher bestellt. Auf die Einvernahme des Zeugen wurde von den in der Verhandlung anwesenden Parteien verzichtet.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

3.1. Folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der X GmbH mit Sitz in P., X. Gegenstand des Handlungsfeldes dieser Firma ist die Organisation der Zustellung von Printmedien. Mit U. wurde am 10.02.2016 ein Rahmenvertrag geschlossen, wonach dieser als Auftragnehmer die erfolgreiche Zustellung von Produkten grundsätzlich am gleichen Tag (Nachtzustellung - Montag bis Samstag bis 6 Uhr und Sonn- und Feiertag bis 7 Uhr; Tagzustellung - bis 11 Uhr) an die von den Kunden bzw. von der Auftraggeberin jeweils bekannt gegebenen Hinterlegungsplätze (bspw. Wohnungstür, Zeitungsrolle, Briefschlitze oder –kästen) durchzuführen hat. Dieser Rahmenvertrag wurde durch ein ausgehängtes Leistungsverzeichnis präzisiert, das am Ort der Hinterlegung der Print Medien angebracht war, der mit dem Zusteller vereinbart war.
Dieser Vertrag wurde zwischen U. und K., dem Gebietsleiter der Firma X GmbH, geschlossen.

K. ist die Ansprechperson dieser Firma für die Zusteller. Er wurde von U. als „Chef“ bezeichnet und von ihm angerufen, wenn U. eine neue Zustellliste benötigte oder Fragen zur Entlohnung hatte.
Zu Beginn seiner Tätigkeit wurde U. von einem sog. „Springer“, einem Bediensteten der X GmbH, in seinem Rayon unterwiesen. Die Tätigkeit des U. erfolgte in der Weise, dass die Printmedien im Zeitraum von 01:45 Uhr bis 02:15 Uhr zur vereinbarten Stelle gebracht wurden, im konkreten Fall war dies das Postamt in W., von ihm von dort abgeholt und bis 6 Uhr in der Früh dem jeweiligen Abonnenten des Printmedium zugestellt wurden. U. hat dafür sein eigenes Kfz verwendet, hat er doch Printmedien mit einem Gesamtgewicht von über 100 Kilogramm transportiert.
Die Bezahlung pro Zustelleinheit wurde von der X GmbH ebenso festgelegt wie jene pro Zustellstück.
Für seine Arbeit hat U. keine Rechnung an die Firma X GmbH gestellt. Vielmehr wurde von dieser am Ende des Monats ein Gesamtbetrag für seine Tätigkeit errechnet, der ihm als Gutschrift in der ersten Woche des neuen Monats auf sein Konto überwiesen wurde.
Zum Austragen wurden U. Listen der Abonnenten übergeben auf denen auch die Wünsche des jeweiligen Abonnenten wie z.B. „Zustellung bis 5 Uhr“, „zur Haustür legen“ oder „in die Garage legen“ etc. vermerkt sind. Täglich Änderungen wurden U. mit dem Lieferschein bekannt gegeben.
Sobald dieser es für notwendig erachtet hat, hat er eine neue Abonnentenliste beim Gebietsleiter der X GmbH angefordert. Bei einem Krankenstand bzw. einem benötigten Urlaub hätte U. zunächst selbst für eine Vertretung sorgen müssen. Wenn er keine Vertretung gefunden hätte, hätte er dies der X GmbH oder dem Gebietsleiter der X GmbH mitgeteilt und als Ersatz wäre ein Springer dieser Firma eingeteilt worden. Dies war jedoch bis zu seiner niederschriftlichen Befragung am 31.05.2016 noch nie vorgekommen.
Der Rahmenvertrag mit U. wurde auf unbefristete Zeit geschlossen.
Vom Geschäftsführer der X GmbH wurde die Zustellung von Printmedien bis 6 Uhr in der Früh als mit U. vereinbartes Werk angesehen. Ein Ende der Zustelltätigkeit des U. für die X GmbH war nicht vorgesehen. Diesbezüglich ist im Rahmenvertrag vom 10.02.2016 geregelt, dass dieser jederzeit schriftlich unter Einhaltung einer Frist von 7 Tagen zum Ende einer Kalenderwoche beendet werden kann.
In der mündlichen Verhandlung wurde vom handelsrechtlichen Geschäftsführer dazu die Meinung vertreten, dass der Vertrag jederzeit von beiden Seiten ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aufgelöst werden könne.
Reklamationen von Endabnehmern erfolgten an den jeweiligen Verlag, von dem das Printmedium bestellt wurde und wurden an die X GmbH weitergeleitet. U. wurde durch einen Vermerk auf dem Lieferschein von der jeweiligen Reklamation informiert.
Wenn mehrmals von einem Abonnenten die Nichtzustellung reklamiert wurde, wurde die ordnungsgemäße Zustellung von der X GmbH nachgeprüft. Dabei wurde

jedoch nur überprüft ob das Printmedium zugestellt wurde und nicht auf welche Art dies geschehen war.
Im vorgeworfenen Tatzeitraum hat U. im Monat Februar 2016 205,77 Euro, im März 2016 820,16 Euro und im April 2016 370,43 Euro als sogenannte Gutschrift von der Firma X GmbH für seine Tätigkeit als Zusteller erhalten und dieses Geld wurde auf sein Konto überwiesen.

U. verfügt als Zeitungszusteller über keine Gewerbeberechtigung, er ist bei der SVA der Gewerblichen Wirtschaft zur Sozialversicherung gemeldet.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorgelegten erstinstanzlichen Verwaltungsakt und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung am 13.11.2017 ergibt, bei der beide handelsrechtliche Geschäftsführer der X GmbH befragt wurden. Die Aussagen der handelsrechtlichen Geschäftsführer waren mit jenen des U. nicht widersprüchlich, lediglich hinsichtlich der Angaben zur Vertretung hat sich ein Widerspruch insofern ergeben, als einerseits von den Bf ausgeführt wurde, U. habe sich bereits durch seinen Sohn und seine Gattin vertreten lassen, während U. auf Seite 5 seiner niederschriftlichen Befragung angegeben hatte, dass er weder Urlaub noch Krankenstand in Anspruch genommen hatte.
Diesbezüglich ist den Angaben des U. zu folgen, kann doch angenommen werden, dass er selbst über seinen Urlaub oder Krankenstand am besten Auskunft geben konnte. Die Angaben der Bf hingegen haben sich nicht auf den konkreten vorgeworfenen Tatzeitraum bezogen. Zur abstrakten Möglichkeit des Einsatzes eines Vertreters wurde U. in seiner niederschriftlichen Vernehmung am 31.05.2016 nicht befragt.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

3.3.1. Gemäß § 33 Abs. 1 ASVG haben die Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach diesem Bundesgesetz in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Vollversicherte und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden und binnen sieben Tagen nach dem Ende der Pflichtversicherung abzumelden. Die An(Ab)meldung durch den Dienstgeber wirkt auch für den Bereich der Unfall- und Pensionsversicherung, soweit die beschäftigte Person in diesen Versicherungen pflichtversichert ist.

Gemäß § 111 Abs. 1 leg. cit. handelt ordnungswidrig, wer als Dienstgeber oder sonstige nach § 36 meldepflichtige Person (Stelle) oder als bevollmächtigte Person nach § 35 Abs. 3 entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes
1. Meldungen oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet oder
2. Meldungsabschriften nicht oder nicht rechtzeitig weitergibt oder
3. Auskünfte nicht oder falsch erteilt oder

4. gehörig ausgewiesene Bedienstete der Versicherungsträger während der Betriebszeiten nicht in Geschäftsbücher, Belege und sonstige Aufzeichnungen, die für das Versicherungsverhältnis bedeutsam sind, einsehen lässt.

§ 111 Abs. 2 ASVG besagt: Die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 ist von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu bestrafen, und zwar mit Geldstrafe von 730 Euro bis zu 2.180 Euro, im Wiederholungsfall von 2.180 Euro bis 5.000 Euro, bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen, sofern die Tat weder den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, noch nach anderen Verwaltungsbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist. Unbeschadet der §§ 20 und 21 des Verwaltungsstrafgesetztes 1991 kann die Bezirksverwaltungsbehörde bei erstmaligem Handeln nach Abs. 1 die Geldstrafe bis auf 365 Euro herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

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

Gemäß § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber im Sinne dieses Bundesgesetzes derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer (Lehrling) in einem Beschäftigungs-(Lehr-)Verhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistung Dritter anstelle des Entgelts verweist. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

Gemäß § 539a Abs. 1 ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (z.B. Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.
Nach Abs. 2 leg. cit. können durch den Missbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden.
Ferner ist gemäß Abs. 3 leg. cit. ein Sachverhalt so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre.

3.3.2. Für die Beurteilung, ob ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt, kommt es auf das Gesamtbild und den wahren wirtschaftlichen Gehalt der konkret ausgeübten Tätigkeit an. Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH hängt die Frage, ob bei einer Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten weitgehend ausgeschaltet oder – wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung – nur beschränkt ist (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, VwSlg 12325/A sowie VwGH 20.3.2014, 2012708/0024 mwN).

Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die nach der Rechtsprechung ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit (vgl. VwGH 20.03.2014, 2012/08/0024 mwN). Für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit sind als Ausdruck der weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung nur seine Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene (grundsätzlich) persönliche Arbeitspflicht unterscheidungskräftige Kriterien zur Abgrenzung von anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung (vgl. wiederum VwGH 20.03.2014, 2012/08/0024 mwN).

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes liegt ein Werkvertrag vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Die Verpflichtung aus einem Werkvertrag besteht darin, die genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein „gewährleistungstauglicher“ Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werkes beurteilt werden können. Mit der Erbringung der Leistung endet das Werkvertragsverhältnis. Eine zwar leistungsbezogene, nicht aber erfolgsbezogene Entlohnung spricht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten „Ziels“ auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag (vgl. VwGH 20.02.2014, 2013/09/0046 mwN).

Für die Annahme der persönlichen Abhängigkeit iSd § 4 Abs. 2 ASVG ist Grundvoraussetzung die persönliche Arbeitspflicht.

3.3.3. Nach dem festgestellten Sachverhalt ist die X GmbH zwar davon ausgegangen, dass sich U. von beliebigen Personen vertreten lassen konnte, ein solcher Vertretungsfall ist jedoch nicht eingetreten. Auch wenn er zunächst persönlich dafür zu sorgen gehabt hätte, Ersatz für seine Arbeitsleistung, zur Durchführung der notwendigen Zustellungen, zu besorgen, so hat die X GmbH dennoch über einige „Springer“ verfügt, die - für den Fall, dass ein Zusteller ausgefallen war und für keine Vertretung gesorgt hatte - dessen Arbeit während seiner Abwesenheit übernommen hätten. Die „Springer“ haben auch die Einschulung von U. in seinem Zustellrayon übernommen. Die X GmbH hatte auch einen Gebietsbetreuer für die Zusteller als Ansprechperson für die Anforderung von Verteilerlisten oder zur Beantwortung von Fragen der Entlohnung eingesetzt. Damit ist von einer Eingliederung des U. in den Betrieb der X GmbH auszugehen.

3.3.4. Nach der Rechtsprechung des VwGH vom 14.10.2015, Zl. 2013/08/0226, fehlt die persönliche Arbeitspflicht, wenn einem Beschäftigten ein „sanktionsloses Ablehnungsrecht“ zukommt, wenn er also die Leistung bereits übernommener Dienste jederzeit nach Gutdünken ganz oder teilweise sanktionslos ablehnen kann. Der Empfänger der Dienstleistungen kann unter solchen Umständen nicht darauf bauen und entsprechend disponieren, dass dieser Beschäftigte an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit für Dienstleistungen vereinbarungsgemäß zur Verfügung stehen werde.

3.3.5. Unter Punkt 4 der mit U. getroffenen Rahmenvereinbarung vom 10.02.2016 über dessen Leistungserbringung wird unter anderem geregelt, dass der Arbeitnehmer bei der Erfüllung des Auftrags als selbständiger Erwerbstätiger weitestgehend, d.h. mit Ausnahme der Pflicht zur rechtzeitigen vertragskonformen Erfüllung der jeweiligen Zielschuld – ungebunden ist und die Zustelltätigkeit selbst organisiert. Daraus aber ergibt sich, dass die Pflicht zur rechtzeitigen Zustellung bis 6 Uhr in der Früh von U. nicht einfach abgelehnt werden konnte.
Vielmehr sind durch die zeitliche Vorgabe für den Zustellenden und die Verteilerlisten, auf denen auch Wünsche der einzelnen Endkunden notiert waren, Zustellbedingungen vorgegeben. Die Ablehnung einzelner Arbeitsleistungen wie Nichtzustellung an einige Personen wäre auch mit der Organisation der X GmbH nicht vereinbar gewesen, wurde doch von dieser einerseits die ordnungsgemäße Zustellung kontrolliert und andererseits bestand eine Verpflichtung zur Meldung bei Ausfall des Zustellers, damit ein Springer eingesetzt werden konnte.
Darüber hinaus hat der vorgelegte Rahmenvertrag den Charakter eines Dauerschuldverhältnisses, ist in diesem doch nicht ein einzelnes Werk geregelt oder ein Termin festgesetzt bis zu welchem Zeitpunkt das Werk vollbracht werden müsste. Vielmehr handelt es sich bei der Zustellung von Printmedien um einfache manuelle Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten die in Bezug auf die Art der

Arbeitsausführung und auf die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlauben. Weil U. als Zusteller auch in den Betrieb der X GmbH schon dadurch integriert war, dass er durch einen Springer in seiner Tätigkeit unterwiesen wurde und der Gebietsbetreuer für ihn als Ansprechperson zur Verfügung gestanden hat, kann das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit iSd § 4 Abs. 2 ASVG angenommen werden (vgl. VwGH v. 03.10.2013, 2013/08/0162).

Zwar hat U. sein eigenes Kfz für seine Zustellfahrten verwendet, dies stellt jedoch bei der Gesamtbetrachtung der Gestaltung des Zustellvertragsverhältnisses ein nicht überwiegend ins Gewicht fallendes Indiz zur Annahme einer Werkvertragstätigkeit dar. Auch die abstrakte Möglichkeit sich bei den Zustellungen vertreten zu lassen – die jedoch im vorgeworfenen Zeitraum gar nicht in Anspruch genommen wurde – kann die Annahme eines Werkvertrags bei Gesamtbetrachtung der Tätigkeit des U. nicht begründen.
Die Berechnung des dem U. auszuzahlenden Entgelts durch die Firma X GmbH und Festlegung der Auszahlung aufgrund dieser Berechnung spricht ebenfalls dafür, dass kein Werkvertragsverhältnis vorgelegen war, hat U. doch nicht einmal selbst Rechnung für seine Leistungen gelegt. Überdies erfolgte die Auszahlung in monatlichen Abständen, wie dies bei unselbständiger Erwerbstätigkeit charakteristisch ist.

Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass U. seine Tätigkeit in einem von der X GmbH für ihre unternehmerischen Zwecke organisierten, in den wesentlichen Grundzügen genau umrissenen Rahmen entfaltet hat. Damit aber liegt eine Einbindung in die betriebliche Organisation der X GmbH und eine charakteristische Eingliederung des U. in eine vom Dienstgeber bestimmte Ablauforganisation vor, sodass eine Substitution der persönlichen Weisungen und Kontrollen durch „stille Autorität“ angenommen werden kann. Auch wenn dem U. Entscheidungsspielräume in Bezug auf die Reihenfolge der Zustellungen eingeräumt wurden, so ist dennoch von einer weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Zustellers auszugehen, weil sich dessen Freiräume nur innerhalb des genannten von der X GmbH vorgegebenen Rahmen betrieblicher Erfordernisse ergeben haben.

Bei einer Gesamtbetrachtung ist daher von einem Überwiegen der Elemente der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit und damit von einer unselbständigen Erwerbstätigkeit iSd § 4 Abs. 2 ASVG auszugehen.

Der Bf hat damit das Tatbild der ihm vorgeworfenen Verwaltungsübertretung erfüllt.

3.3.6. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt.

Fahrlässigkeit wird bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen sein, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (sog. „Ungehorsamsdelikt“).

Nach Abs. 2 leg. cit. entschuldigt Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte.
Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (vgl. VwGH 23.12.1991, 88/17/0010 mwN).

Insoweit sich der Bf auf fehlendes Verschulden mangels Rechtskenntnis beruft, ist ihm das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 16.12.2008, Zl. 2008/09/0105, das in einem Verfahren wegen Übertretung des AuslBG ergangen ist, entgegenzuhalten: "Soweit der Beschwerdeführer sich überdies mit unverschuldeter Rechtsunkenntnis verantwortet und vorbringt, dass ihm kein Verschulden und nicht einmal leichte Fahrlässigkeit angelastet werden könne, da er sich sehr wohl über die Rechtslage bezüglich der Beauftragung von Ausländern mit Zeitungszustellungen informiert habe, und dazu auf die eingeholte Rechtsmeinung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales verweist, wonach Personen, die auf Basis derartiger Rahmenverträge tätig seien, nicht der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterliegen würden, ist ihm Folgendes entgegenzuhalten:
Bestehen über den Inhalt der Verwaltungsvorschrift Zweifel, dann hätte seitens der ... als (möglicher) Arbeitgeber einer ausländischen Arbeitskraft die Verpflichtung bestanden, vor Abschluss der gegenständlichen Verträge hierüber bei der zuständigen Behörde Auskunft einzuholen; hat sie dies unterlassen, so vermag die Unkenntnis dieser Vorschrift sie nicht von ihrer Schuld zu befreien, die sich der Beschwerdeführer als gemäß § 9 Abs. 2 VStG verantwortlicher Beauftragter der ... zurechnen lassen muss. Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt zu ähnlich gelagerten Fällen entschieden hat, darf sich der (mögliche) Arbeitgeber auf die Auskunft von Rechtsanwälten oder Wirtschaftstreuhändern allein nicht verlassen, sondern er hätte eine Anfrage an die zuständige Behörde, nämlich an die zuständige Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice, richten müssen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23.11.2005, Zl. 2004/09/0168, mwN); dasselbe gilt im vorliegenden Fall hinsichtlich des Bundesministerium für Arbeit und Soziales. Dass er eine solche Anfrage an die zuständige Behörde getan hätte, hat der Bf nicht behauptet. Auch die weitere Berufung auf ein hg. Erkenntnis aus dem Jahr 2000, wozu der Bf nicht einmal

darzutun vermag, warum er nicht die aktuelle, ständige hg. Judikatur herangezogen hat, geht somit ins Leere."

Hier ist jedoch eine Übertretung des ASVG gegenständlich. Dadurch, dass der Bf keine entsprechenden Erkundigungen bei der OÖGKK, der zur Vollziehung des ASVG zuständigen Behörde, eingeholt hat, ob die von ihm gewählte Gestaltung des Arbeitsverhältnisses einer Versicherungspflicht unterliegt, hat er zumindest fahrlässig und damit vorwerfbar gehandelt.
Somit hat er auch die subjektive Tatseite erfüllt.

3.3.7. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG idgF iVm § 38 VwGVG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.
Nach Abs. 2 leg. cit. sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

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

Gemäß § 32 Abs. 2 StGB hat das Gericht bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen können. Nach Abs. 3

leg. cit. ist maßgeblich, wie intensiv ein Täter durch seine Handlung Pflichten verletzt hat, wie reiflich er seine Tat überlegt hat, wie sorgfältig er sie vorbereitet oder wie rücksichtslos er sie ausgeführt hat. Besondere Milderungsgründe liegen u.a. im Fall eines reumütigen Geständnisses, eines bisherigen ordentlichen Lebenswandels bzw. bisheriger Unbescholtenheit, achtenswerter Beweggründe, bloßer Unbesonnenheit, einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung oder, wenn die Tat unter einem Umstand, der einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommt, begangen wurde, vor (vgl. § 34 StGB).

Der von der belangten Behörde geschätzten finanziellen Situation des Bf wurde von diesem nicht entgegen getreten.

Die belangte Behörde hat straferschwerend eine einschlägige Vorstrafe gewertet. Darüber hinaus hat der Bf, obwohl er innerhalb des vorgeworfenen Zeitraums der Beschäftigung des U. neuerlich wegen derselben Tat verurteilt wurde, sich nicht um dessen Anmeldung zur Sozialversicherung gekümmert, woraus ersichtlich ist, dass spezialpräventiven Aspekten bei der Bestrafung des Bf ein wesentlicher Stellenwert einzuräumen ist.
Die verhängte Geldstrafe von 3.500 Euro, die den möglichen Strafrahmen für Wiederholungstaten zu ca. 70 % ausschöpft, erscheint unter diesen Gesichtspunkten nicht als überhöht.

Die Verhängung der Strafe ist aber auch aus generalpräventiven Gründen geboten, um die Beschäftigung von Arbeitnehmern ohne Meldung beim zuständigen Sozialversicherungsträger hintanzuhalten.

Zu II:
Zumal der Beschwerde keine Folge gegeben wurde, waren gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG Kosten für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich iHv 20 % der verhängten Strafe vorzuschreiben.
Gemäß dem Beschluss des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 12. Dezember 2017, LVwG-301509/7/BMa/GH, sind Dolmetschkosten iHv 75 Euro in der mündlichen Verhandlung am 13. November 2017 entstanden, die nach § 52 Abs. 3 VwGVG dem Bestraften aufzuerlegen sind. Weil zwei Verfahren, dieselbe Sache betreffend zur gemeinsamen Verhandlung verbunden wurden, war dem Bf anteilsmäßig nur die Hälfte dieser Barauslagen aufzuerlegen (VwGH 24.02.1998, 97/11/0301).

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Zu III:
Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Insbesondere weicht die gegenständliche Entscheidung von der als einheitlich zu beurteilenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Tätigkeit von Zeitungszustellern nicht ab.

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

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim 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. Bergmayr-Mann