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-301761/10/Kl/PP

Datum:
Linz, 26. März 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde des DI R Z T, P, vertreten durch S S W Rechtsanwälte OG, L, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 7. November 2017, SanRB96-101-2015-KG, wegen Verwaltungsübertretungen nach dem Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) nach öffentlicher mündlicher Verhandlung am 26. Februar 2018

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass in den Spruchpunkten 1 bis 8 jeweils nach der Wortfolge „zur Vertretung Berufener“ die Wortfolge „ , nämlich handelsrechtlicher Geschäftsführer, “ einzufügen ist.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren in Höhe von 4.000 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

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 07.11.2017, SanRB96-101-2015-KG, wurden über den Beschwerdeführer Geldstrafen von je 2.500 Euro in acht Fällen, für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen von je 168 Stunden, wegen jeweils einer Verwaltungsübertretung gemäß § 33 Abs. 1 und § 111 Abs. 1 Z 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) verhängt.

Folgende Tat wurde angelastet:
„Spruchpunkt/Vorwurf 1:
Sie haben als nach außen hin zur Vertretung Berufener der Firma E M & M GmbH mit Sitz in S 3, P, zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeberin nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung (vollversicherte) pflichtversicherte Person handelt, am 12.12.2015 um 00:45 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse zur Pflichtversicherung als vollversicherte Person angemeldet wurde. Die genannte Firma wäre als Dienstgeberin verpflichtet gewesen, den Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.

Name:	S B, geb. X, r.StA
Arbeitsantritt:	03.09.2015
Beschäftigungs- und Tatortort:	P, S 3
Tat/Feststellungszeit:	12.12.2015, 00:45 Uhr

Spruchpunkt/Vorwurf 2:
Sie haben als nach außen hin zur Vertretung Berufener der Firma E M & M GmbH mit Sitz in S 3, P, zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeberin nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung (vollversicherte) pflichtversicherte Person handelt, am 12.12.2015 um 00:45 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse zur Pflichtversicherung als vollversicherte Person angemeldet wurde. Die genannte Firma wäre als Dienstgeberin verpflichtet gewesen, den Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.

Name:	R B, geb. X, r.StA
Arbeitsantritt:	07.10.2015
Beschäftigungs- und Tatortort:	P, S 3
Tat/Feststellungszeit:	12.12.2015, 00:45 Uhr

Spruchpunkt/Vorwurf 3:
Sie haben als nach außen hin zur Vertretung Berufener der Firma E M & M GmbH mit Sitz in S 3, P, zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeberin nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung (vollversicherte) pflichtversicherte Person handelt, am 12.12.2015 um 00:45 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse zur Pflichtversicherung als vollversicherte Person angemeldet wurde. Die genannte Firma wäre

als Dienstgeberin verpflichtet gewesen, den Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.
Name: A C, geb. X, r.StA
Arbeitsantritt: 02.09.2015
Beschäftigungs-
und Tatortort: P, S 3
Tat/Feststellungszeit: 12.12.2015, 00:45 Uhr

Spruchpunkt/Vorwurf 4:
Sie haben als nach außen hin zur Vertretung Berufener der Firma E M & M GmbH mit Sitz in S 3, P, zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeberin nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung (vollversicherte) pflichtversicherte Person handelt, am 12.12.2015 um 00:45 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse zur Pflichtversicherung als vollversicherte Person angemeldet wurde. Die genannte Firma wäre als Dienstgeberin verpflichtet gewesen, den Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.
Name: S K, geb. X, r.StA
Arbeitsantritt: 07.10.2015
Beschäftigungs-
und Tatortort: P, S 3
Tat/Feststellungszeit: 12.12.2015, 00:45 Uhr

Spruchpunkt/Vorwurf 5:
Sie haben als nach außen hin zur Vertretung Berufener der Firma E M & M GmbH mit Sitz in S 3, P, zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeberin nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung (vollversicherte) pflichtversicherte Person handelt, am 12.12.2015 um 00:45 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse zur Pflichtversicherung als vollversicherte Person angemeldet wurde. Die genannte Firma wäre als Dienstgeberin verpflichtet gewesen, den Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.
Name: A M, geb. X, r.StA
Arbeitsantritt: 10.10.2015
Beschäftigungs-
und Tatortort: P, S 3
Tat/Feststellungszeit: 12.12.2015, 00:45 Uhr

Spruchpunkt/Vorwurf 6:
Sie haben als nach außen hin zur Vertretung Berufener der Firma E M & M GmbH mit Sitz in S 3, P, zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeberin nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung (vollversicherte) pflichtversicherte Person handelt, am 12.12.2015 um 00:45 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse zur Pflichtversicherung als vollversicherte Person angemeldet wurde. Die genannte Firma wäre als Dienstgeberin verpflichtet gewesen, den Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.
Name: C P, geb. X, r.StA

Arbeitsantritt: 12.08.2015
Beschäftigungs-
und Tatortort: P, S 3
Tat/Feststellungszeit: 12.12.2015, 00:45 Uhr

Spruchpunkt/Vorwurf 7:
Sie haben als nach außen hin zur Vertretung Berufener Firma E M & M GmbH mit Sitz in S 3, P, zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeberin nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung (vollversicherte) pflichtversicherte Person handelt, am 12.12.2015 um 00:45 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse zur Pflichtversicherung als vollversicherte Person angemeldet wurde. Die genannte Firma wäre als Dienstgeberin verpflichtet gewesen, den Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.
Name: I S, geb. X, r.StA
Arbeitsantritt: 21.09.2015
Beschäftigungs-
und Tatortort: P, S 3
Tat/Feststellungszeit: 12.12.2015, 00:45 Uhr

Spruchpunkt/Vorwurf 8:
Sie haben als nach außen hin zur Vertretung Berufener der Firma E M & M GmbH mit Sitz in S 3, P, zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeberin nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung (vollversicherte) pflichtversicherte Person handelt, am 12.12.2015 um 00:45 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse zur Pflichtversicherung als vollversicherte Person angemeldet wurde. Die genannte Firma wäre als Dienstgeberin verpflichtet gewesen, den Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.
Name: G T, geb. X, r.StA
Arbeitsantritt: 26.08.2015
Beschäftigungs-
und Tatortort: P, S 3
Tat/Feststellungszeit: 12.12.2015, 00:45 Uhr“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und die ersatzlose Aufhebung des Straferkenntnisses und Einstellung des Strafverfahrens, in eventu die Erteilung einer Ermahnung, in eventu die Herabsetzung der Strafe beantragt. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Arbeiter C, B, K und M zum Zeitpunkt der Kontrolle nicht bei der Firma E M & M GmbH beschäftigt gewesen seien, sondern nur auf der Durchreise von D nach U gewesen seien und im Quartier in M lediglich übernachtet hätten. Sie seien zum Kontrollzeitpunkt bei der u Firma S F Kft. beschäftigt gewesen und wurde diesbezüglich ein Bestätigungsschreiben von G L vorgelegt. Die vier Arbeiter P, B, S und T hingegen seien überlassene Arbeitskräfte an die Firma E M & M GmbH zum Zeitpunkt der Kontrolle gewesen. Sozialversicherungsrechtliche Dokumente A1 seien der

Bezirkshauptmannschaft vorgelegt worden. Auch hätten die Arbeiter P, B, S und T ihren Lohn vom jeweiligen Überlasser erhalten. Die Angaben in den Personenblättern, dass sie Arbeitsanweisungen von T erhalten hätten, spreche für eine Arbeitskräfteüberlassung, zumal es Wesen der Arbeitskräfteüberlassung sei, dass die überlassenen Arbeitskräfte in den Betrieb des Beschäftigers eingegliedert seien und dessen Weisungen unterliegen. Auch sei keiner der Arbeiter zum Zeitpunkt der Kontrolle durch die Finanzpolizei nach den sozialversicherungsrechtlichen Dokumenten gefragt worden. Auch sei im sozialversicherungsrechtlichen Dokument A1 des Arbeiters B als Beschäftiger Dr. S N T angegeben, welcher handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma E M & M GmbH sei. Bei den Arbeitern P und T sei Herr S M als Beschäftiger angegeben, welcher der gewerberechtliche Geschäftsführer der Firma E M & M GmbH sei. Weiters sei ein monatliches Einkommen von 2.000 Euro zu berücksichtigen sowie auch die lange Verfahrensdauer als mildernd zu werten.

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

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme, insbesondere in die Anzeige des Finanzamtes sowie der Polizeiinspektion M, die angeschlossenen Personenblätter und ELDA-Auskünfte, sowie in die vorgelegten A1-Dokumente. Weiters wurde Beweis erhoben durch Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 22.02.2018, zu welcher die Verfahrensparteien geladen wurden und ausgenommen die belangte Behörde erschienen sind. Es wurden die Zeugen M H und A J vom Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr sowie RevInsp. R H von der Polizeiinspektion P einvernommen. Der Zeuge F M hat sich entschuldigt.
Weiters wurden von der Finanzpolizei Steyr IMI Anfragen betreffend die Firmen E B Kft und S F Kft dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt und hat dieses das Parteiengehör gewahrt.

4.1. Im Grunde des durchgeführten Beweisverfahrens steht folgender Sachverhalt als erwiesen fest:

Der Beschwerdeführer ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der E M & M GmbH mit dem ehemaligen Standort P, S 3, nunmehr T 22 in P. Das Unternehmen besitzt eine Gewerbeberechtigung für Malerei sowie auch für Holzschlägerung, -bringung und -zerkleinerung. Für letzteres Gewerbe ist S M gewerberechtlicher Geschäftsführer.
Am 12.12.2015 um 00:05 Uhr wurde durch den Unterkunftgeber F M, welcher Unterkünfte für Arbeiter der Firma E M & M GmbH (kurz: E) vermietete, die Polizeiinspektion P wegen Problemen mit „Schwarzarbeitern“ verständigt, welche acht r Staatsangehörige in der Unterkunft in M, M 17, antraf, welche sich dort

aufhielten aber nicht gemeldet waren. Es handelt sich dabei um die r Staatsangehörigen S B, R B, A C, S K, A M, C P, I S und G T. Diese nahmen seit Oktober 2015, teilweise seit Anfang September 2015 in M, M 17, Unterkunft ohne gemeldet zu sein. Sie arbeiteten seit diesem Zeitpunkt für die E. Der Mietvertrag wurde vom Beschwerdeführer mit dem Unterkunftgeber geschlossen und das Entgelt vom Beschwerdeführer bezahlt. Die Unterkunft wurde den Arbeitern zur Verfügung gestellt. Sämtliche Arbeiter gaben der Polizei an, dass sie bei der Firma E tätig sind und seitdem in M wohnen und die Anmeldung der Chef N T durchführen hätte sollen. Auch gaben sie an, dass sie nunmehr nach R fahren und am Montag wieder anreisen, um weiterhin für E zu arbeiten.

Die weiters von der Polizeiinspektion herbeigerufene Finanzpolizei legte sämtlichen acht Arbeitern Personenblätter auf deren Wunsch in u Sprache zum Ausfüllen vor, und zwar jeweils zwei Arbeiter in einem gesonderten Raum. Einhellig wurde in sämtlichen Personenblättern als Arbeitgeber die E und als Chef N T angeführt. Es wurde eine Arbeitszeit ab 7:00 Uhr bzw. von 7:00 bis 17:00 Uhr und eine täglich Arbeitszeit von 9 bzw. 10 Stunden eingetragen. Von sämtlichen Arbeitern wurde die Bezahlung monatlich netto in bar durch T angeführt. Außer der Firma E wurde weder der Polizeiinspektion noch der Finanzpolizei eine andere Firma genannt.

Eine Abfrage des Versicherungsdatenauszuges durch die Finanzpolizei ergab, dass bereits hinsichtlich fünf Arbeitern Anmeldungen nach ASVG vor dem Kontrollzeitpunkt vorhanden waren, nämlich hinsichtlich C vom 09.09. bis 17.09.2015, hinsichtlich P vom 09.09. bis 14.09.2015, hinsichtlich B vom 08.05. bis 01.06.2014, hinsichtlich S vom 08.04. bis 22.04.2014 und hinsichtlich T vom 09.09. bis 14.09.2015. Eine Meldung der acht Arbeiter zum Kontrollzeitpunkt lag nicht vor.

Da sämtliche Arbeiter von Arbeiten für die Firma E sprachen und im Personenblatt die Firma E eintrugen, wurde ein A1-Dokument nicht verlangt. Hingegen gaben alle angetroffenen Arbeiter an für E gearbeitet zu haben und keinen Lohn erhalten zu haben.

Da einer der Arbeiter Deutsch sprach, konnte während der Amtshandlung übersetzt werden. Arbeiten für eine u Firma E oder S F wurde von den Arbeitern nicht erwähnt. Ebenso wenig wurde angeführt, dass einige Arbeiter nur auf der Durchreise von D nach U seien. Vielmehr gaben alle acht Arbeiter an, in der benannten Unterkunft Aufenthalt genommen zu haben und für E gearbeitet zu haben. Schließlich wollten sie nach dem Wochenende am Montag wieder aus R zurückkehren um für E zu arbeiten.

Im Zuge des Strafverfahrens wurden A1-Dokumente hinsichtlich vier Arbeiter durch den Beschwerdeführer vorgelegt, nämlich hinsichtlich T ein A1-Dokument vom 24.11.2015 für den Zeitraum 10.11.2015 bis 01.08.2016 betreffend den Arbeitgeber S F Kft und den Beschäftiger S M, Austria, M, hinsichtlich S B ein A1-Dokument vom 27.05.2014 für den Zeitraum 25.04.2014 bis 31.12.2015 für den Arbeitgeber T B Kft., B, und für den Beschäftiger Dr. S N T, Austria, M, betreffend P ein A1-Dokument vom 24.11.2015 für den Zeitraum 10.11.2015 bis 01.08.2016 für die Firma S F Kft. und den Beschäftiger S M,

Austria, M, sowie betreffend S ein A1-Dokument vom 19.11.2015 für den Zeitraum 27.10.2015 bis 26.10.2017 für die Firma E B Kft. und den Beschäftiger E, Austria, P.
A1-Dokumente wurden zum Kontrollzeitpunkt von den Arbeitern nicht verlangt.
Die im Beschwerdeverfahren vorgelegte IMI Abfrage samt beigeschlossenem Firmenbuchauszug und Arbeitnehmerliste ergab für die E B Kft., dass diese seit 18.04.2013 im Register eingetragen ist. Beim Betriebssitz in B, S u 2, handelt es sich um einen Wohnblock. Seit 08.08.2016 wurde im Handelsregister als Sitz K, J G u 79, eingetragen. Seit diesem Zeitpunkt ist G L handelsrechtlicher Geschäftsführer des Unternehmens und hat die Leitung der Firma übernommen. Für das Unternehmen sind Dienstleistungen in Landwirtschaft, Forstwirtschaft, Gartenbau, Aquakultur und Bienen sowie Bauarbeiten als Tätigkeiten eingetragen. Nach den Angaben des Geschäftsführers ist die Haupttätigkeit der Firma die Isolierung, Malerarbeiten und Forstwirtschaft. Eine Genehmigung für Arbeitskräfteüberlassung bzw. Leiharbeit von U nach Österreich gibt es nicht und wird nach Angaben des Geschäftsführers die Arbeitskräfteüberlassung nicht durch die Firma ausgeübt. Eine Entsendung wurde von 01.01.2016 bis 30.09.2018 gemeldet, Dokumente wurden trotz Aufforderung vom Geschäftsführer der Behörde nicht vorgelegt. Der Verdienst ist mit 111.000 HUF angegeben. In der beigefügten Liste der Arbeitnehmer ist lediglich einer der r Arbeiter, nämlich S B mit einer Beschäftigung von 25.01.2016 bis 22.03.2016 angeführt. Ein A1-Dokument wurde für den Arbeitnehmer nicht ausgestellt. Es wurde kein Arbeitsvertrag vorgelegt. Im Arbeitsregister scheint zuletzt eine Beschäftigung ab 17.07.2015 bis 10.12.2015 auf. Ein Arbeitslohn ist für diesen Arbeitnehmer nicht angegeben.
Die E B Kft. ist seit 10.01.2017 in Konkurs.
Seit 08.08.2016 ist einzige Gesellschafterin H S K, welche auch eine der beiden handelsrechtlichen Geschäftsführer ist. Ihr Wohnsitz ist der Firmensitz der E. Weiterer handelsrechtlicher Geschäftsführer ist G L. E-Mail-Adresse nach Firmenbuchauszug ist X.
S scheint nicht unter den Arbeitnehmern der E im Arbeitsregister auf.
Die IMI Abfrage zur S F Kft. gibt als Sitz K, B B u 24, welcher auch der Wohnsitz des Geschäftsführers L G ist. Kontaktdaten sowohl des Unternehmens als auch des Geschäftsführers sind die E-Mail-Adresse: X sowie die Telefonnummer X. Die Gesellschaft mit G L als einzigem Gesellschafter und handelsrechtlichem Geschäftsführer ist seit 29.06.2015 wirksam im Firmenbuch eingetragen. Eingetragener Firmensitz laut Firmenbuch ist der Wohnsitz des Geschäftsführers. Als elektronische Kontaktadresse ist X eingetragen. Als Unternehmenstätigkeit sind Malerei, Verputzen und Wandverkleidung eingetragen. Der IMI Bericht ergab, dass das Unternehmen registriert ist und laufend über 12 gemeldete Beschäftigte verfügt, allerdings seine wesentliche Geschäftstätigkeit nicht in U sondern den Umsatz großteils außerhalb U erzielt. Auch beschäftigt das Unternehmen kein Verwaltungspersonal in U. Es liegt seitens der u Arbeitsbehörde eine Entscheidung vom 23.03.2016 über Schwarzarbeit und fehlende Arbeitszeitaufzeichnungen auf.

Eine Genehmigung als Leiharbeitsunternehmen liegt nicht vor und es ist nicht als solches registriert. Die Beschäftigten des Unternehmens arbeiten gewöhnlich außerhalb U, verrichten aber auch Arbeit in U. Ob die entsandten Arbeitnehmer nach Erledigung der Arbeit wieder zurückkehren, wurde vom Geschäftsführer nicht beantwortet, und wird nicht von allen erwartet, dass sie nach U zurückkehren. Als Anfangsdatum der Entsendung wurde 20.03.2017 benannt, als Enddatum 19.03.2019, wobei eine rechtmäßige Beschäftigung der aufgelisteten entsandten Arbeitnehmer bestätigt wurde. Unter den angeführten 36 Arbeitnehmern sind mit Ausnahme des S K alle r Staatsangehörige und befinden sich die vom Beschwerdeführer angeführten Arbeitnehmer nicht unter diesen aufgelisteten Arbeitnehmern. Weder C, B, K S und M noch P und T scheinen in der Liste auf.

4.2. Dieser Sachverhalt ist aufgrund der Angaben der in der Verhandlung einvernommenen Zeugen einerseits sowie der eingeholten und aufliegenden Unterlagen andererseits erwiesen. An der Glaubwürdigkeit der Zeugenaussagen besteht seitens des Landesverwaltungsgerichts kein Zweifel. Es ergeben sich keine Widersprüche unter den Zeugenangaben und sind diese auch in den Unterlagen bestätigt. Hingegen verwickelte sich der Beschwerdeführer in Widersprüche. Insbesondere ging der Beschwerdeführer im Strafverfahren zunächst von Mitarbeitern der E aus, gab dann keine Entsendung an und bekräftigte letztlich auch im Beschwerdeverfahren und in der mündlichen Verhandlung, dass er nur eine Arbeitskräfteüberlassung anstrebte und durchführen wollte. Dies ist aber im Widerspruch zu seinen weiteren Ausführungen in der mündlichen Verhandlung, dass ein Subunternehmervertrag mit der Firma S und E B bestehe. Zur letzteren Firma wird auch noch ausgeführt, dass der vorgelegte Vertrag mit 01.06.2015 endete, sohin noch vor dem vorgeworfenen Tatzeitpunkt. Auch was das Vorbringen belangt, dass der Beschwerdeführer die Arbeiter C, B, K und M bis zum Kontrollzeitpunkt nicht kannte und diese nur auf der Durchreise von D nach U gewesen seien und von 11. auf 12.12.2015 in M Unterkunft genommen hätten, entspricht nicht den Angaben dieser Arbeiter im Personenblatt und gegenüber den Kontrollorganen. Insbesondere gaben alle an, dass sie schon längere Zeit Unterkunft in Österreich genommen hätten und für E Malereiarbeiten durchführten. Der vorgelegten Bestätigung betreffend diese Arbeiter ist aber nur eine Reise nach U und die Unterkunftnahme von 11. auf 12.12.2015 zu entnehmen. Weitere Aussagen werden in dieser Bestätigung nicht getroffen. Insbesondere aber ist hervorzuheben, dass diese Arbeiter nach den behördlichen Auskünften der IMI Anfrage nicht in der Beschäftigtenliste der S aufscheinen. Insbesondere ist aber auch zu erwähnen, dass die Firma S keine Genehmigung für Arbeitskräfteüberlassung hat. Bemerkenswert ist auch, dass sowohl E als auch S ihren Unternehmenssitz an Privatadressen haben und nur über private E-Mail-Adressen, teilweise auch österreichische Adressen und Telefonnummern verfügen. Auch das Vorbringen des Beschwerdeführers, dass B und S von der Firma E an E überlassen worden sei, ist nicht haltbar, zumal S nicht in der Beschäftigtenliste für E bei der Arbeitsbehörde in U aufscheint. Hinsichtlich S B ist eine Registrierung im

Arbeitsregister vom 17.07.2015 bis 10.12.2015 ersichtlich, endete also vor dem Kontrollzeitpunkt. Es ist aber klar ersichtlich, dass ein A1-Dokument nicht ausgestellt wurde. Darüber hinaus ist das Vorbringen des Beschwerdeführers, dass B bei E rechtmäßig beschäftigt sei und von dort überlassen worden sei, insofern auch unglaubwürdig, als im vorgelegten A1-Dokument des B S als Beschäftigerunternehmen die T B C Kft. in B aufscheint. Wenn der Beschwerdeführer diesbezüglich anführt, dass die T B C Kft. in die E übergeführt worden sei, so ist dem entgegenzuhalten, dass die E B seit 18.04.2013 registriert ist, das A1-Formular hinsichtlich B vom 27.05.2014 datiert ist und noch immer die T B C Kft. benennt, also zu einem Zeitpunkt, zu dem diese nach den Angaben des Beschwerdeführers bereits eine E B wäre. Weiters verwickelte sich der Beschwerdeführer aber auch insofern in Widersprüche als er angab, dass P und T von der Firma S an E überlassen worden seien, wo hingegen im von ihm vorgelegten
A1-Dokument hinsichtlich P und T jeweils als Beschäftiger S aufscheint. Da sowohl nach den Angaben der Arbeiter P und T als auch den Angaben des Beschwerdeführers hinsichtlich dieser Arbeiter diese für Malerarbeiten bei E verwendet wurden, ist die Eintragung im A1-Dokument irreführend, da S lediglich für Land- und Forstwirtschaft also für Holzarbeiten als gewerberechtlicher Geschäftsführer gemeldet ist und daher im Betrieb der E nicht für Malereiarbeiten zuständig ist. Dies wird auch vom Beschwerdeführer bestätigt sowie dass keinerlei Weisungen durch S an die Arbeiter ergehen. Den vom Beschwerdeführer vorgelegten Lohnjournalen hinsichtlich P und T ist hingegen entgegenzuhalten, dass diese nicht als Beweis für eine Beschäftigung bei der Firma S und Zurverfügungstellung durch die Firma S herangezogen werden können, zumal diesen Lohnjournalen keine Firma zu entnehmen ist. Auch fehlt eine Unterschrift oder Beglaubigung oder Firmenstampiglie. Hinsichtlich der Lohnjournale betreffend B und S für die Firma E ist jedoch anzumerken, dass auch hier eine Firmenstampiglie oder Unterzeichnung fehlt. Darüber hinaus ist die Firma E B mit der Adresse B, S u 2, angegeben, welches aber zum Zeitpunkt Oktober, November und Dezember 2015 nicht mehr der registrierte Unternehmenssitz der Firma E ist. Im Übrigen ist auch das Vorbringen des Beschwerdeführers, dass er C, B, K und M bis zum Tatzeitpunkt nicht gekannt hätte, dadurch widerlegt, dass die Firma E C von 09.09. bis 17.09.2015 als Arbeitnehmer zur österreichischen Sozialversicherung angemeldet hat. Dies widerspricht auch einem behaupteten Beschäftigungsverhältnis zur S F Kft.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

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

Gemäß § 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 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.

Gemäß § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber iSd 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 an Stelle des Entgeltes verweist.

Gemäß § 49 Abs. 1 ASVG sind unter Entgelt die Geld- und Sachbezüge zu verstehen, auf die der pflichtversicherte Dienstnehmer (Lehrling) aus dem Dienst(Lehr)verhältnis Anspruch hat oder die er darüber hinaus aufgrund des Dienst(Lehr)verhältnisses vom Dienstgeber oder von einem Dritten erhält.

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.
Durch den Missbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes können Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz,

besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden (Abs. 2).
Ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre (Abs. 3).

5.2. Im Grunde der angeführten gesetzlichen Bestimmungen war daher eindeutig von Dienstgebereigenschaft des Beschwerdeführers auszugehen und haben die genannten r Arbeiter einen Anspruch auf Entgelt erworben.
Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH vom 4.7.2007, 2004/08/0127) ist für die Dienstgebereigenschaft wesentlich, 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. Wer berechtigt und verpflichtet wird ist eine Rechtsfrage, die aufgrund rechtlicher Gegebenheiten (z.B. Eigentum) beantwortet werden kann. Unzweifelhaft geht aus dem Beweisverfahren hervor, dass E Berechtigter und Empfänger der Dienstleistung ist. Bei Malerarbeiten handelte es sich ihrer Art nach großteils um einfache manuelle Arbeiten. Dazu führt der Verwaltungsgerichtshof aus, dass bei solchen 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, weil die Erteilung von Weisungen bezüglich des arbeitsbezogenen Verhaltens in der Regel unterbleibt, wenn der Arbeitnehmer von sich aus weiß, wie er sich im Betrieb des Dienstgebers zu verhalten hat. Hier äußert sich das Weisungsrecht in Form von Kontrollrechten bzw. in einer „stillen Autorität des Arbeitgebers“ (vgl. VwGH v. 23.2.2005, 2002/08/0220).
Da in den Personenblättern übereinstimmend angegeben wird, dass „N“ „T“ Anweisungen gibt, die Unterkunft zur Verfügung stellt und den Lohn auszahlt, war nicht von Bestimmungsfreiheit der Arbeiter, sondern von einer weitgehenden Bindung der Arbeiter an Vorgaben des Beschwerdeführers auszugehen. Dabei war auch in die Beurteilung nach dem sich eröffneten Gesamtbild der Situation einzubeziehen, dass die Arbeiter zum Tatzeitpunkt alle Malerarbeiten für E und sohin ein Beschäftigungsverhältnis angaben.
Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 28.1.2015, 2013/08/0048, zur Verwendung für Reinigungsarbeiten ausgeführt, dass diese in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und ihre Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum erlauben und typischerweise den Inhalt eines Dienstverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bilden, sodass in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte das Vorliegen einer der Bewilligung nach AuslBG bzw. der Meldepflicht nach dem ASVG unterworfenen Beschäftigung ausgegangen werden könne. Atypische Umstände, die einer solchen Deutung entgegenstehen, seien im Verfahren nicht hervorgekommen. Bei

Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses ergebe sich der Entgeltanspruch – sofern er nicht vertraglich geregelt ist – aus § 1152 ABGB, wonach mangels Vereinbarung eines Entgelts oder von Unentgeltlichkeit ein angemessenes, sich am Ortsgebrauch orientierendes Entgelt als bedungen gilt.

Auch im gegenständlichen Fall haben sämtliche rumänischen Arbeiter Malereiarbeiten für die Firma E ausgeführt, also zweifelsfrei der Natur nach einfachere Tätigkeiten. Sie gaben als Beschäftiger die Firma E an und wurden auch die Unterkünfte vom Beschwerdeführer zur Verfügung gestellt. Auch gibt der Beschwerdeführer hinsichtlich der Arbeiter P, B, S und T an, dass diese, da es sich vermeintlich um eine Überlassung handelt, in den Betrieb der E eingegliedert sind. So wie diese Arbeiter geben aber auch sämtliche anderen Arbeiter bei der Kontrolle an, dass sie Anweisungen vom Beschwerdeführer erhalten und auch das Entgelt in bar monatlich vom Beschwerdeführer geleistet werden sollte. Auch wird eine bestimmte Arbeitszeit angeführt. Es ist daher zweifelsohne – wie schon im Sachverhalt und der Beweiswürdigung dargelegt – von einem Arbeitsverhältnis auszugehen, zumal im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen. Hingegen führt das vom Beschwerdeführer erstattete Vorbringen, welches in der Beweiswürdigung als nicht glaubwürdig dargelegt wurde, zu keinem anderen Ergebnis.
Insbesondere stehen die vom Beschwerdeführer vorgelegten A1-Dokumente betreffend T, B, P und S nicht der Beurteilung entgegen, dass ein Beschäftigungsverhältnis zur E vorliegt. Es hat zwar grundsätzlich der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 06.02.2018, C-359/16, bekräftigt, dass die Bescheinigung E101 eine Vermutung dafür begründet, dass der Anschluss des betreffenden Arbeitnehmers an das System der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen, das ihn beschäftigt, niedergelassen ist, ordnungsgemäß ist, und folglich den zuständigen Träger des Mitgliedstaats, in dem dieser Arbeitnehmer eine Arbeit ausführt, grundsätzlich bindet. Dies gilt aber nur unter der Voraussetzung, dass zwischen dem Unternehmen und dem Arbeitnehmer während der Dauer seiner Entsendung eine arbeitsrechtliche Bindung erhalten bleibt und dass das Unternehmen in dem Mitgliedstaat, in dem es seine Betriebsstätte hat, gewöhnlich eine nennenswerte Geschäftstätigkeit ausübt (Rn 34 und 39). Gerade diese Voraussetzungen sind aber gegenständlichen nicht erfüllt. Insbesondere hat eine IMI Anfrage hinsichtlich der S F Kft. unmissverständlich ergeben, dass dieses Unternehmen keine wesentliche Geschäftstätigkeit in U entfaltet und den hauptsächlichen Umsatz im Ausland erwirtschaftet. Darüber hinaus scheint keiner der genannten Arbeiter für eine Entsendung im Arbeitsregister auf. Gleiches gilt auch für den Arbeiter S betreffend die E B. Lediglich S B ist im Arbeitsregister von 17.07.2015 bis 10.12.2015 vermerkt. Allerdings ist für diesen Arbeiter definitiv kein A1 nach Angaben der Arbeitsbehörde ausgestellt. Das vorgelegte A1-Dokument betreffend B weist nicht die E B sondern die T B C Kft. in B aus. Der Beschwerdeführer selbst gibt ein

Beschäftigungsverhältnis zur E an und weist das Arbeitsregister auch den Arbeiter als Dienstnehmer der E aus. Da aber die E B im A1-Dokument des S B nicht genannt ist, ist daher nicht von einer gültigen aufrechten Einbindung des Arbeitnehmers in das System der sozialen Sicherheit auszugehen. Dies entspricht auch den Angaben der Arbeitsbehörde, dass kein A1-Dokument für E ausgestellt ist.

Da sohin eine aufrechte Anmeldung zur Sozialversicherung hinsichtlich der acht angetroffenen rumänischen Arbeiter nicht bestand, war der objektive Tatbestand der Verwaltungsübertretung erfüllt.
Der Beschwerdeführer als handelsrechtlicher Geschäftsführer der E M & M GmbH hat daher die Verwaltungsübertretungen gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten.

5.3. Im Hinblick auf das Verschulden verweist die belangte Behörde zurecht auf die Bestimmung des § 5 Abs. 1 VStG, wonach bei Ungehorsamsdelikten, zu welchen auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung zählt, ohne weiteres von Fahrlässigkeit ausgegangen werden kann, sofern der Beschuldigte nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.
Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschwerdeführer initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein behaltene Behauptungen reichen für die „Glaubhaftmachung“ nicht aus.
Ein solcher Entlastungsnachweis ist dem Beschwerdeführer nicht gelungen. Insbesondere kann ihn das Vorbringen einer schlechten Beratung oder Vertretung nicht entschuldigen. Vielmehr wäre als Gewerbetreibenden dem Beschwerdeführer zuzumuten, dass er sich die entsprechende Kenntnis der Verwaltungsvorschriften verschafft, dies insbesondere durch Nachfragen bei der zuständigen Behörde. Entsprechende Schritte hat aber der Beschwerdeführer nicht geltend gemacht und nicht unter Beweis gestellt. Es ist daher von fahrlässiger Tatbegehung auszugehen.

5.4. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG idF BGBl. I Nr. 33/2013, in Geltung ab 1. Juli 2013, sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind 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 StGB sinngemäß anzuwenden.

Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten 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 soweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

Die belangte Behörde ist bei der Strafbemessung von einem monatlichen Einkommen von 2.000 Euro ausgegangen. Sie hat aufgrund von rechtskräftigen einschlägigen Vorstrafen den Wiederholungstatbestand und sohin den höheren Strafsatz zugrunde gelegt. Mildernd wurde von ihr die lange Verfahrensdauer berücksichtigt. Weitere Strafzumessungsgründe wurden vom Beschwerdeführer nicht gelten gemacht und traten im Beschwerdeverfahren nicht hervor. Da die jeweils verhängte Geldstrafe im untersten Bereich des vorgesehenen Strafrahmens liegt, ist auch nicht von einer überhöhten Geldstrafe auszugehen. Es war daher die verhängte Geldstrafe und Ersatzfreiheitsstrafe je Delikt zu bestätigen.

5.5. Weil die Beschwerde keinen Erfolg hatte, ist ein Verfahrenskostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG in der Höhe von 20 % der verhängten Geldstrafen festzusetzen.

6. 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. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch 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 Eingabengebühr 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

Dr. Klempt