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

Geschäftszeichen:
LVwG-301714/41/Py/KaL

Datum:
Linz, 15. Jänner 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde des Herrn D.R., c/o Firma W. GmbH, X, A., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 2. Oktober 2017, GZ: SanRB96-50-2017/Gr, betreffend Verwaltungsübertretung nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG) nach Durchführung von öffentlichen mündlichen Verhandlungen am 8. November 2018 und 18. Dezember 2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 1.500 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 100 Stunden herabgesetzt wird. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Der Kostenbeitrag des Beschwerdeführers zum Verfahren vor der belangten Behörde wird auf 150 Euro herabgesetzt. Zum Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist kein Kostenbeitrag 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

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (in der Folge: belangte Behörde) vom 2. Oktober 2017, GZ: SanRB96-50-2017/Gr, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretung nach § 33 iVm § 111 Abs. 1 Z 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG), BGBl. Nr. 189/1995 idgF eine Geldstrafe in Höhe von 2.180 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe in Höhe von 146 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 218 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zu Grunde:
„Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als Außenvertretungsbefugter der W. GmbH mit Sitz in A., X, gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass diese Firma als Dienstgeber Herrn E.B., geb. x, als Dienstnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt (2,60 Euro pro Quadratmeter) als Arbeiter im Ausmaß einer Vollzeitbeschäftigung zumindest von 25.2.2017 bis 10.3.2017 beschäftigt hat, ohne vor Arbeitsantritt (25.2.2017) 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 Linz bei einer Kontrolle am 10.3.2017 auf der Baustelle ‚X' in A., X, indem die oa. Person bei der Ausübung von Spachtelarbeiten betreten wurde, sowie durch Abfragen im Hauptverband, festgestellt."

In der Begründung führt die belangte Behörde unter Wiedergabe des Verfahrensganges und der Rechtsgrundlagen zusammengefasst aus, dass die Behörde bei Betrachtung der Gesamtumstände zum Schluss kommt, dass die Entscheidungsfähigkeit von Herrn B. auf ein Minimum beschränkt wurde. Es kann somit keine unternehmerische Tätigkeit festgestellt werden. Vielmehr ist davon auszugehen, dass zur Verschleierung des wahren Sachverhaltes entsprechende vertragliche Regelungen abgeschlossen wurden, der Arbeiter aber organisatorisch in den Betriebsablauf der W. GmbH eingebunden war. Da weder ein Werkvertrag noch eine selbstständige Tätigkeit vorliegt, ist Herr B. als Dienstnehmer des vom Bf vertretenen Unternehmens anzusehen. Mangels einer entsprechenden Anmeldung beim zuständigen Sozialversicherungsträger ist die objektive Tatseite als erwiesen anzusehen.

Zur verhängten Strafhöhe wird ausgeführt, dass als straferschwerend die einschlägige Verwaltungsvorstrafe zu berücksichtigen war, sonstige strafmildernde oder straferschwerende Gründe konnten nicht gefunden werden.

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig vom Bf eingebrachte Beschwerde, in der dieser zusammengefasst vorbringt, dass der Bf mit dem angefochtenen

Straferkenntnis zum ersten Mal, völlig überraschend und völlig grundlos bestraft wurde. So habe die belangte Behörde zu Unrecht angenommen, dass ein Dienstverhältnis mit Herrn B. vorlag. Dieser habe auch ein abgeschlossenes, gewährleistungsfähiges Werk geschuldet, nämlich die Herstellung von „Spachtelungsarbeiten“ beim Bauvorhaben „X A.“. Aufgrund des eindeutig angeführten Mengenvordersatz (ca. 1.300 m²) sowie dem Leistungszeitraum sowie der Abrechnung nach Aufmaß ist eindeutig von einem Ziel- und nicht von einem Dauerschuldverhältnis im Sinne eines Dienstverhältnisses auszugehen. Es lag auch keine organisatorische Eingliederung des Herrn B. vor. Auch die Ausführungen, wonach das Material sowie diverse Arbeitsgeräte beigestellt wurden, steht dem nicht entgegen, da sich das Gewerk der Spachtelung in das Gesamt-Bausystem der Trockenbauarbeiten (im gegenständlichen Fall: System „K.“) einzufügen hat, in dem das zum jeweiligen System zugeordnete Material bzw. Werkzeug zum Einsatz gelangt. Eine etwaige Haftung für mangelhafte Ausführung hätte das Einzelunternehmen B. getragen. Herr B. war weder an Anordnungen hinsichtlich der Arbeitszeit oder an eine persönliche Leistungserbringung gebunden, die Bearbeitung der ihm übertragenen Leistung oblag seiner Disposition hinsichtlich Personaleinsatz, Taktung und Arbeitszeit bzw. Arbeitsgeschwindigkeit. Insgesamt war somit ein gewährleistungstauglicher Erfolg geschuldet. Das Einzelunternehmen verfügte über eine Gewerbeberechtigung für das freie Gewerke „Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten“. Er wurde auch nicht gemeinsam mit Dienstnehmern der Firma W. angetroffen, da diese Leistungen im Bereich der „regulären“ Trockenbauleistungen erbrachten. Demnach wurde ein klar voneinander abgrenzbares Werk im Sinn der einschlägigen Bestimmungen wie auch der GewO erbracht. Ein über die Kontrolle der Erbringung von werkvertraglich geschuldeter Leistung hinausgehender Kontrollakt fand nie statt, die selbstständigen Leistungen bedingen einander jedoch wechselseitig in enger Abstimmung. Eine Anfrage bzw. gegebenenfalls Übertragung von Leistungen erfolgte seitens der Firma W. lediglich nach deren Anfall und ohne einen Anspruch auf eine wie immer geartete Auslastung des Einzelunternehmens B. Bei Werkverträge im Baubereich ist es nicht unüblich, eine Abrechnung nach tatsächlichem Aufmaß zunächst lediglich den Auftragsumfang nicht jedoch die detaillierte Ausführung zum Ertragsschlusszeitpunkt zu determinieren.

Selbst wenn man vom Vorliegen einer Meldepflichtverletzung ausgehen würde – was ausdrücklich bestritten wird – ist darauf hinzuweisen, dass die dem Bf nach § 33 und 34 ASVG obliegenden Pflichten gemäß § 35 Abs. 3 ASVG übertragen wurden, was der der Beschwerde beiliegenden Vollmacht an die „G. mbH & Co KG“ zu entnehmen ist.

Im Sinn einer Gesamtschau der wirtschaftlichen Betrachtungsweise handelte die angetroffene Person als Einzelunternehmer des Einzelunternehmens B. und nicht als Dienstnehmer der Firma W., mangels persönlicher und wirtschaftlicher

Abhängigkeit zur Firma W., weshalb dem Bf kein ordnungswidriges Verhalten zur Last gelegt werden kann.

Zur verhängten Strafhöhe wird ausgeführt, dass dem Bf bislang keinerlei Verstöße wegen Übertretung der Bestimmungen des ASVG anzulasten sind. Mit Ermahnung der belangten Behörde vom 6. November 2015, GZ: SanRB96-200-2015, wurde ausgesprochen, dass der Bf die Beschäftigung zweier Dienstnehmer ohne einer zumindest den Mindestangaben ausgestatteten Meldung vor Arbeitsantritt zu verantworten hat, da die verpflichtenden Meldungen zu spät erstattet wurden. Diese Ermahnung stellt keine Strafe dar, weshalb sie nicht im Sinn einer nicht mehr vorhandenen Unbescholtenheit oder einer Vorstrafe zu werten ist.

In Angelegenheiten der Lohn- und Gehaltsverrechnung beauftragte die Firma W. zudem bereits im Jahr 2005 die E. GmbH, in deren Leistungsverzeichnis auch „An- und Abmeldungen bei Krankenkasse“ angeführt ist.

3. Mit Schreiben vom 13. November 2017 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses ist zur Entscheidung gemäß § 2 VwGVG durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht und Anberaumung und Durchführung von öffentlichen mündlichen Verhandlungen am 8. November 2018 und 18. Dezember 2018, die aufgrund des sachlichen Zusammenhangs gemeinsam mit der in den Beschwerdeverfahren zu LVwG-301715 anberaumten Verhandlung durchgeführt wurde. An dieser nahm der Bf sowie an der Verhandlung am 8. November 2018 eine Vertreterin der belangten Behörde sowie der am Verfahren beteiligten Organpartei teil. Als Zeugen wurden der verfahrensgegenständliche Arbeiter, an der Kontrolle beteiligte Beamte der Finanzpolizei Linz sowie verantwortliche Bauleiter des vom Bf vertretenen Unternehmens einvernommen.

4.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem Sachverhalt aus:

Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma W. GmbH mit Sitz in A., X (in der Folge: Firma W.).

Am 10. März 2017 führten Organe der Finanzpolizei eine Kontrolle auf der Baustelle „X“ in A., X, durch. Dabei wurde Herr E.B., geboren x, Staatsangehörigkeit Bosnien und Herzegowina, bei Spachtelarbeiten angetroffen. Er gab an, seit 25. Februar 2017 Verspachtelungsarbeiten an montierten Gipskartonplatten für das vom Bf vertretene Unternehmen durchzuführen. Er hatte am 2. Dezember 2016 das Gewerbe „Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten“ angemeldet.

Dies sei sein erster Auftrag und seine erste Baustelle. Zuvor hatte Herr B. als Dienstnehmer verschiedener Baufirmen, die teilweise als Subfirmen für die Firma W. tätig waren, derartige Tätigkeiten verrichtet. Um zu einem Auftrag zu gelangen und eine UID Nummer zu erhalten hatte sich Herr B. daher nach seiner Gewerbeanmeldung mit einem Bekannten, Herrn S., der als Bauleiter bei der Firma W. tätig ist, in Verbindung gesetzt, und ihm mitgeteilt, dass er ein Unternehmen als Spachtler aufgemacht hat und nach Arbeitsmöglichkeit sucht. Nachdem vom zuständigen Bauleiter der Firma W. für die gegenständliche Baustelle zusätzliches Personal benötigt wurde, wurden die von Herrn B. vorgelegten Unterlagen überprüft und Herrn B. ein im Unternehmen aufliegender standardisiert verwendeter Vertrag zur Unterzeichnung vorgelegt, mit dessen konkretem Inhalt sich dieser jedoch nicht auseinandersetzte. Herr B. wurde angewiesen, sich auf der Bestelle beim zuständigen Baustellenkoordinator der Firma W. zu melden. Herr B. fuhr selbstständig mit seinem Fahrzeug zur Baustelle. Er bekam auf der Baustelle Arbeitskleidung der W. ausgehändigt sowie das für seine Arbeit erforderliche Material und Werkzeug und wurden ihm vor Ort und anhand von Plänen die Wände, an denen er Spachtelarbeiten durchzuführen hatte, vom Polier der Firma W. gezeigt. Es wurden in diesem Bereich an anderen Wänden auch von anderen Personen für die Firma W. Spachtelarbeiten durchgeführt. Als Entgelt wurde mit Herrn B. eine Bezahlung nach Aufmaß in Höhe von 2,60 Euro pro Quadratmeter vereinbart, dabei handelte es sich um einen Fixpreis der Firma W. für Spachtelarbeiten, seitens Herrn B. erfolgte keine Kalkulation. Nach Angaben des Herrn B. wäre es ihm nicht möglich gewesen, seine Arbeit an ein Subunternehmen weiterzugeben und hätte er mangels Mitarbeiter auch kein zusätzliches Personal beziehen können. Konkrete Arbeitszeitvorgaben gab es nicht. Diese richteten sich im Wesentlichen nach den Öffnungszeiten des Einrichtungshauses X, in dem die Arbeiten durchgeführt wurden. Das Vorliegen einer Haftung bzw. Gewährleistung konnte nicht schlüssig nachgewiesen werden.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlungen vom 8. November und 18. Dezember 2018. Der Zeuge B. machte teilweise zwar widersprüchliche Angaben, bestätigte in der mündlichen Verhandlung im Wesentlichen aber seine bereits anlässlich der Kontrolle getätigten Aussagen, weshalb diese weitgehend dem festgestellten Sachverhalt zugrunde gelegt wurden, zumal diese zeitnahen Angaben erfahrungsgemäß das konkrete Geschehen auf der Baustelle wiedergeben. Zweifelsfrei kann festgestellt werden, dass er von den Kontrollorganen in Arbeitskleidung der Firma W. angetroffen wurde, dass dafür ein Kostenbeitrag von ihm zu leisten war konnte nicht schlüssig dargestellt werden. Seine Tätigkeit bestand in reinen Verspachtelungsarbeiten. Eine Besichtigung der Baustelle vor Arbeitsbeginn fand nicht statt sondern meldete er sich vereinbarungsgemäß beim Vorarbeiter der Firma W. auf der Baustelle (sh. Tonbandprotokoll v. 8.11.2018, Zeuge B., S. 7: „Ich habe vor dem Vertragsabschluss keine Besichtigung vorgenommen. Herr B. hat mir gesagt da gibt’s genug Arbeit. Da sind große Flächen zu verspachteln und du wirst nach

Vertrag bezahlt. Dort war viel zu spachteln und auch andere haben gespachtelt.“). Den Aussagen der Zeugen B. und S. ist zu entnehmen, dass das Unternehmen für die gegenständliche Baustelle Personal zum Spachteln suchte und sich daher zum Einsatz des verfahrensgegenständlichen Arbeiters entschloss. Nicht zweifelsfrei widerlegt werden konnten auch die Angaben des Zeugen B. bei der Kontrolle, wonach er für seine Tätigkeit nicht nur das Material – was im Hinblick auf das verwendete Bausystem nachvollziehbar ist – sondern auch sämtliche Werkzeuge (Spachteln, Staubsauger etc.) von der Firma W. zur Verfügung gestellt bekam. Zur Fragen seiner Haftung bzw. Gewährleistung konnte der Zeuge B. in der mündlichen Verhandlung zudem keine konkreten Angaben machen, er gestand auch ein, sich mit dem Inhalt des mit ihm abgeschlossenen Vertrages nicht näher auseinandergesetzt zu haben (vgl. TBP v. 8.11.2018, Zeuge B. S. 8: „Ich habe mich mit allen Bedingungen, die die Firma W. hineingeschrieben hat, einverstanden erklärt. ... ich habe nicht alles verstanden was im Vertrag ist“). Gefragt ob er die Arbeit weitergeben hätte können gab der Zeuge an, dass ihm dies nicht möglich gewesen wäre und dass er mangels Mitarbeiter auch keine hätte beiziehen können (vgl. die diesbezüglichen Angaben des Zeugen in der mündlichen Verhandlung, TBP v. 8.11.2018, S. 7).

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. Der Bf bestreitet zunächst, für eine Verletzung der sozialversicherungsrechtlichen Meldepflichten Verantwortung zu tragen, und zwar mit dem Vorbringen, die diesbezüglichen Pflichten seien an eine Steuerberatungskanzlei übertragen worden bzw. würde die E. GmbH mit den An- und Abmeldungen beauftragt sein. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass eine Übertragung der dem Bf als handelsrechtlichen Geschäftsführer des Unternehmens gemäß § 33 und 34 ASVG obliegenden Pflichten auf Bevollmächtigte voraussetzt, dass Name und Anschrift dieser Bevollmächtigten unter deren Mitfertigung dem zuständigen Versicherungsträger bekannt zu geben sind (vgl. § 35 Abs. 3 ASVG). Dass eine solche wirksame Übertragung erfolgt ist, konnte vom Bf nicht nachgewiesen werden, weshalb ihn – entgegen seinem Vorbringen – auch die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit für die Erfüllung der Meldepflichten durch die Firma W. trifft.

5.2. 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 selbstständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

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.

§ 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 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 § 539a 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, besonderes 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).

5.3. Der Bf wendet sich gegen die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde, wozu er zusammengefasst vorbringt, dass es sich bei dem Arbeiter nicht um einen Dienstnehmer im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG gehandelt habe, sondern um einen selbstständigen (Sub)Unternehmer, der für ihn im Rahmen eines Werkvertrages tätig geworden sei.

Dem ist jedoch Folgendes entgegenzuhalten: Ob bei der Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenem persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und

somit persönliche Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese und während dieser Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder – wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung – nur beschränkt ist (vgl. VwGH 10.12.1986, Sfg. Nr. 12.325/A). Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die nach der Rechtsprechung ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit (vgl. VwGH 02.12.2013, Zl. 2013/08/0191, mwN). Voraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG und damit eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ist stets die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht vor. Persönliche Arbeitspflicht ist (unter anderem) dann nicht gegeben, wenn demjenigen, dessen Leistungserbringung zu beurteilen ist, eine generelle Vertretungsbefugnis bei Erbringung dieser Leistung eingeräumt ist (vgl. VwGH 11.12.2013, Zl. 2011/08/0322) oder wenn ein Beschäftigter die Leistung bereits übernommener Dienste jederzeit nach Gutdünken ganz oder teilweise sanktionslos ablehnen kann.

Vom Bf konnte nicht schlüssig nachgewiesen werden, dass Herrn B. ein solches umfassendes Vertretungsrecht zugekommen wäre. Vielmehr gab der Zeuge B. in der mündlichen Verhandlung vom 8. November 2018 an, es wäre ihm nicht möglich gewesen die Arbeit an ein Subunternehmen weiterzugeben und hätte er auch kein zusätzliches Personal beiziehen können.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist bei einfachen manuellen Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten, wozu zweifelsohne auch die vorliegenden Verspachtelungsarbeiten zählen (vgl. VwGH 19.02.2014, Zl. 2013/08/0267), die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und auf die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlauben, bei einer Integration des Beschäftigten in den Betrieb des Beschäftigers – in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte – das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG ohne weitwendige Untersuchungen anzunehmen (vgl. VwGH 21.12.2011, Zl. 2010/08/0129). In der von Herrn B. ausgeübten Tätigkeit kann auch nicht die Herstellung eines Werkes gesehen werden. Vielmehr hat er dem vom Bf vertretenen Unternehmen ausschließlich seine Arbeitskraft zur Verfügung gestellt. Von der entgeltlichen Herstellung eines Werkes als einer individualisierten, konkretisierten und gewährleistungstauglichen Leistung, die eine in sich geschlossene Einheit bildet, kann nicht die Rede sein. Dem steht auch der Umstand nicht entgegen, dass vom Bf ein schriftlich abgeschlossener Vertrag in Form eines Auftragsschreibens unter Beifügung allgemeiner Vertragsbedingungen des

Auftraggebers zur Vergabe von Werkleistungen mit Herrn B. vorgelegt wurde, da es auf diesen nicht ankommt, sondern auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit. Die dem Bf vor Ort vom Polier des vom Bf vertretenen zugewiesenen Verspachtelungsarbeiten können nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht als Werkvertragsleistungen angesehen werden. Dem steht auch der Umstand nicht entgegen, dass der Bf am 2. Dezember 2016 das freie Gewerbe „Verspachteln vom bereits montierten Gipskartonplatten“ angemeldet hat, da im Fall des Vorliegens einer Beschäftigung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit auch die Innehabung eines Gewerbescheines nichts am Eintritt der Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG hindert (vgl. VwGH 14.11.2012, Zl. 2010/08/0196, mwN).

Da somit Herr B. auf der Baustelle vom Bf als Dienstnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wurde und dafür keine Anmeldung zur Sozialversicherung vorlag – zum Nichtübertragen der Meldepflichten im Sinn des § 35 Abs. 3 ASVG siehe oben 5.1. – ist dem Bf die gegenständliche Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht vorzuwerfen.

6. Die Übertretung des § 111 ASVG stellt ein sogenanntes „Ungehorsamsdelikt“ dar, bei dem nach dem zweiten Satz des § 5 Abs. 1 VStG der Täter zu beweisen hat, dass ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschrift ohne sein Verschulden unmöglich gewesen ist. Mit dem Vorbringen, es würde ein Werkvertrag vorgelegen sein, vermag der Bf das Vorliegen mangelnden Verschuldens nicht darzulegen und ist von fahrlässiger Tatbegehung auszugehen.

7. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Nach § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches 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 der Entscheidung so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die

Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs. 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

Die belangte Behörde hat bei der Strafbemessung den erhöhten Strafsatz des § 111 ASVG aufgrund des vorliegenden Bescheides der Behörde vom 6. November 2015, GZ: SanRB96-200-2015, zur Anwendung gebracht. Wenn der Bf dazu ausführt, es liege keine Vorstrafe nach dem ASVG gegen ihn vor, so ist dem entgegenzuhalten, dass gemäß § 111 Abs. 2 ASVG „im Wiederholungsfall“ mit Geldstrafen in Höhe von 2.180 Euro bis 5.000 Euro vorzugehen ist. Im Bescheid vom 6. November 2015 wurde gegen den Bf eine Ermahnung wegen Übertretung der sozialversicherungsrechtlichen Meldepflichte ausgesprochen, es wurde somit das Vorliegen einer Übertretung der Bestimmungen des ASVG festgestellt (jedoch aufgrund des geringen Verschuldens und der unbedeutenden Folgen keine Strafe verhängt, sondern eine Ermahnung erteilt). Die Behörde ist daher im gegenständlichen Verfahren zu Recht vom erhöhten Strafsatz des § 111 Abs. 2 ausgegangen.

Jedoch sieht sich das Landesverwaltungsgericht veranlasst, im Hinblick auf die als Milderungsgrund zu wertende lange Dauer des Verwaltungsstrafverfahrens und den Umstand, dass dem Bf kein vorsätzliches Verhalten anzulasten ist unter Anwendung des § 20 VStG die gesetzliche Mindeststrafe auf das nunmehrige Ausmaß herabzusetzen, wobei eine weitere Herabsetzung im Hinblick auf den nicht nur sehr kurzen Tatzeitraum nicht in Erwägung zu ziehen war. Ebenso scheidet die Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 aus, da die dafür erforderlichen kumulativen Voraussetzungen nicht vorliegen.

Nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich ist mit der nunmehr verhängten Strafe eine ausreichende Sanktion gesetzt, um den Bf die Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens deutlich vor Augen zu führen und ihm künftig zu einem gesetzeskonformen Verhalten anzuleiten. Gleichzeitig wird er jedoch aufmerksam gemacht, dass bei künftigen Verstößen gegen die Bestimmungen des ASVG mit deutlich höheren Strafen zu rechnen ist.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

II. Bei diesem Verfahrensergebnis entfällt die Verpflichtung zur Leistung eines Verfahrenskostenbeitrages zum Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht (vgl. § 52 Abs. 8 VwGVG). Der Kostenbeitrag des Bf zum Verfahren vor der belangten Behörde war auf 10 % der nunmehr verhängten Geldstrafen herabzusetzen.

III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. 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 diese Entscheidung 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. Ein Verzicht ist 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. Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder

aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

2 . Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Panny