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-302204/17/KL/CG

Datum:
Linz, 25. April 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde des A H, vertreten durch G Rechtsanwälte, M.straße, L, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen vom 2. Jänner 2019, GZ: Ge96-89-2018, wegen einer Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 6. März 2019 und 11. April 2019

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird hinsichtlich der Schuld mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass im Spruch nach dem Ausdruck „als Dienstgeber“ die Wortfolge „in St. A, E“ einzufügen ist und anstelle des Ausdrucks „Beschäftigungsort/Tatort“ der Ausdruck „Beschäftigungsort“ zu treten hat und die Verwaltungsstrafnorm „§ 111 Abs. 2 ASVG“ zu lauten hat.

Hinsichtlich der Strafe wird der Beschwerde insofern stattgegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 500 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit die Ersatzfreiheitsstrafe auf 80 Stunden herabgesetzt wird.

II. Der Verfahrenskostenbeitrag erster Instanz ermäßigt sich auf 50 Euro; zum Beschwerdeverfahren 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

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen vom 2. Jänner 2019, GZ: Ge96-89-2018, wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe von 730 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 112 Stunden, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 111 Abs. 1 Z. 1 iVm § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG verhängt, weil er als Dienstgeber Herrn J E geb. x, bei welchem es sich um eine in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person handelt, beschäftigt hat, obwohl dieser nicht vor Arbeitsantritt bei der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse zur Pflichtversicherung angemeldet wurde. Er wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den Beschäftigten vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.

Arbeitsantritt/Tatzeit: 04.04.2018, 08:30 Uhr
Beschäftigungsort/Tatort: P, St. M

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und die Aufhebung des Straferkenntnisses und Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens, in eventu die Zurückverweisung, in eventu die Herabsetzung der Strafe beantragt.
Begründend wurde zusammengefasst im Wesentlichen ausgeführt, dass die Erstbehörde zu Unrecht vom Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ausgegangen sei. J E habe seine Tätigkeit als Unternehmer ausgeführt und verfüge über eine aufrechte Gewerbeberechtigung sowie über eine Betriebs- und Vertriebsorganisation wie Betriebseinrichtung, Sachwerten, unternehmerische Idee, Unternehmensziel udgl. Auch versteuere er sein Einkommen selbst und sei nicht abhängig und weisungsgebunden. Er sei GSVG-versichert und als selbständiger Gewerbetreibender beim Finanzamt registriert und sei angesichts der Geringfügigkeit der Übertretung die Ersatzfreiheitsstrafe statt mit 112 Stunden mit 70 Stunden festzusetzen gewesen.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen als belangte Behörde hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt zur Entscheidung vorgelegt und die Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme sowie durch Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 6. März 2019, fortgesetzt am 11. April 2019, zu welchen die Verfahrensparteien geladen wurden und erschienen sind. Weiters wurden die Zeugen M B, Finanzamt Grieskirchen Wels, und J E geladen und einvernommen.

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

Der Beschwerdeführer, wohnhaft in A E, hat am Standort A E, das freie Gewerbe „Vermietung von beweglichen Sachen ausgenommen Waffen, Medizinprodukte und Luftfahrzeuge (Gerüstverleih)“ mit Wirksamkeit 12.12.2013 angemeldet.
J E, wohnhaft in G.straße, St. A, hat auf dem Standort St. A, G.straße, das freie Gewerbe „Zusammenbau und Montage beweglicher Sachen, mit Ausnahme von Möbeln und statisch belangreichen Konstruktionen, aus fertig bezogenen Teilen mit Hilfe einfacher Schraub-, Klemm-, Kleb- und Steckverbindungen“ mit Wirksamkeit 21.5.2013 angemeldet.

Bei der Kontrolle der Finanzpolizei am 4. April 2018 um 09.05 Uhr in St. M, P, wurden beim Privathaus des Bauherren M S der Beschwerdeführer und J E bei Gerüstarbeiten vorgefunden. Diese arbeiten seit 4 Jahren zusammen. Früher hatte der Beschwerdeführer auch 2 – 3 eigene Arbeitnehmer und arbeitete auch mit Leasingfirmen zusammen. Zum Zeitpunkt April 2018 hatte er keine Arbeitnehmer mehr und arbeitete auch nicht mehr mit Leasingfirmen zusammen. Er stand vor der Pension und hatte nicht mehr so viele Aufträge. Mit Juli 2018 ging der Beschwerdeführer in Pension und legte das Gewerbe zurück.
Der Beschwerdeführer hat J E gefragt, ob er für ihn arbeiten möchte. Immer, wenn er eine Baustelle hatte, rief er E an. Es war ein Stundensatz von 22 Euro für die Arbeit ausgemacht. Die Stundenaufzeichnungen machte E und am Ende des Monats wurde nach den aufgezeichneten Stunden Rechnung an den Beschwerdeführer gelegt. Es war vereinbart, beim Zusammenbau der Gerüste zusammenzuhelfen. Im April 2018 arbeitete E für niemanden sonst außer für den Beschwerdeführer. E wusste weder welches Gerüst aufzustellen ist, noch wie lange die Arbeiten auf der Baustelle dauern würden. Er wird vom Beschwerdeführer angerufen, von diesem zur Baustelle mit dem LKW hingebracht. Die Gerüstteile werden vom Beschwerdeführer zur Verfügung gestellt und mitgebracht. Ebenfalls wird das erforderliche Werkzeug vom Beschwerdeführer zur Verfügung gestellt. Der Beschwerdeführer sagt dann, was zu machen ist und wie es zu machen ist. Der Aufbau des Gerüstes auf der konkreten Baustelle bedarf jedenfalls zwei Personen. Wird es höher aufgesetzt, ist auch eine dritte Person erforderlich. Eine Person allein kann dieses Gerüst nicht aufstellen. Wenn E nicht Zeit hat oder die Baustelle verlassen musste, so musste die Baustelle verschoben werden. Dies wird einvernehmlich mit dem Beschwerdeführer ausgemacht. Im Hinblick auf Reklamationen ist der Beschwerdeführer gegenüber dem Bauherrn verpflichtet und haftbar. Für den Gerüstverleih samt Aufbau und Abbau hat der Beschwerdeführer mit dem Bauherrn einen Preis von 4,5 bis 5 Euro/m² vereinbart.
Der Beschwerdeführer ist jedes Mal, wenn er einen Auftrag bekommen hat, an E herangetreten. Konnte E nicht, dann musste die Arbeit verschoben werden oder ruhte die Baustelle. Bis zur Pensionierung hat der Beschwerdeführer mit keiner anderen Person mehr zusammengearbeitet.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt, insbesondere den einliegenden Niederschriften, sowie aus den ausführlichen Angaben des Beschwerdeführers anlässlich der mündlichen Verhandlung sowie auch aus den glaubwürdigen Aussagen der einvernommenen Zeugen. Insbesondere werden die Angaben des Beschwerdeführers auch durch den einvernommenen Zeugen E bestätigt. Es bestand kein Anlass, an der Glaubwürdigkeit der Zeugen zu zweifeln.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Gemäß § 111 Abs. 1 Z. 1 ASVG handelt ordnungswidrig, wer als Dienstgeber oder sonstige nach § 36 meldepflichtige Person (Stelle) oder nach § 42 Abs. 1 auskunftspflichtige Person oder als bevollmächtigte Person nach § 35 Abs. 3 entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes Meldungen oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet.

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 § 111 Abs. 5 ASVG gilt die Verwaltungsübertretung als in dem Sprengel der Bezirksverwaltungsbehörde begangen, in dem der Sitz des Betriebes des Dienstgebers liegt.

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 § 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 in einem Beschäftigungsverhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist.

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

Gemäß § 539a Abs. 1 ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB. Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.
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).
Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen sind für die Feststellung eines Sachverhaltes nach diesem Bundesgesetz ohne Bedeutung. Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so ist das verdeckte Rechtsgeschäft für die Beurteilung maßgebend (Abs. 4).
Die Grundsätze, nach denen die wirtschaftliche Betrachtungsweise, Scheingeschäfte, Formmängel und Anfechtbarkeit sowie die Zurechnung nach den §§ 21 bis 24 der Bundesabgabenordnung für Abgaben zu beurteilen sind, gelten auch dann, wenn eine Pflichtversicherung und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten nach diesem Bundesgesetz zu beurteilen sind (Abs. 5).

5.2. Der Beschwerdeführer verantwortet sich damit, dass E über einen Gewerbeschein verfügt, mittels Werkvertrag mit Gerüstarbeiten beauftragt wurde und zur gewerblichen Sozialversicherung gemeldet ist und daher als Selbständiger zu betrachten ist.
Diesem Vorbringen ist zunächst die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes entgegenzuhalten, wonach es keineswegs ausgeschlossen ist, dass ein Dienstverhältnis vorliegt, wenn der Dienstnehmer zusätzlich über einen Gewerbeschein verfügt (VwGH 18.02.2009, 2007/08/0041).
Allein mit der Ausstellung von Gewerbescheinen und auch mit der Anmeldung zur gewerblichen Sozialversicherung kann die Selbständigkeit nicht begründet werden.
Hingegen liegt ein Werkvertrag nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dann vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Die Verpflichtung aus dem 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 essentiell ist ein „gewährleistungstauglicher“ Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden können. Mit der Erbringung der Leistung endet das Werkvertragsverhältnis. Eine zwar leistungsbezogene, nicht aber erfolgsbezogene Entlohnung spricht gegen das Vorliegen eines Werkvertrags. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten „Ziels“ auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag (VwGH vom 23.05.2007, Zl. 2005/08/0003, mwN).

Auch wenn der Beschwerdeführer von der Beauftragung des E spricht, so hat das Beweisverfahren eindeutig ergeben, dass nicht ein individualisiertes und konkretisiertes Werk als geschlossene Einheit vereinbart wurde, sondern die Erbringung einer Dienstleistung im Sinn der zur Verfügungstellung der Arbeitskraft. Es haben sowohl der Beschwerdeführer als auch der einvernommene E ausgesagt, dass die Mithilfe beim Gerüsteaufbau vereinbart war. Die von E erbrachten Leistungen waren daher in keiner Weise von der erbrachten Leistung des Beschwerdeführers zu unterscheiden. Es war daher keinesfalls von einem gesonderten von E erbrachten Werk auszugehen.
Darüber hinaus war aber auch aus dem durchgeführten Beweisverfahren ersichtlich, dass der Erfolg, nämlich die Herstellung des Gerüstes, ausschließlich vom Beschwerdeführer an den Bauherrn geschuldet wurde und dass auch eventuelle Mängel beim Beschwerdeführer gerügt werden und dieser haftbar ist. Eine Haftung wurde seitens E ausdrücklich verneint.
Vielmehr hat aber das Beweisverfahren ergeben, dass immer wenn der Beschwerdeführer einen Auftrag bekam er Kontakt mit E aufnahm, dass dieser ihm beim Gerüsteaufbau hilft. Der Beschwerdeführer hatte zu diesem Zeitpunkt auch keine sonstigen Arbeitnehmer. Das Gerüst hätte er allein nicht aufstellen können. Auch nahm er den Zeugen mit zur Baustelle und besprach erst auf der Baustelle was zu erledigen ist und wie es zu erledigen ist. Für den Fall, dass der Zeuge nicht die Tätigkeiten ausführen konnte, musste die Baustelle zeitlich verschoben werden bzw. ruhte die Baustelle. Es war daher eine Vertretung des E nicht vorgesehen und nicht vereinbart. Auch arbeitete E zum Tatzeitpunkt nur für den Beschwerdeführer. Es ist daher klar von einem Verhältnis der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit des E zum Beschwerdeführer auszugehen und ist dieser damit als Dienstnehmer im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG anzusehen. Dem steht auch nicht die Vorgehensweise entgegen, dass zum Monatsende nach den aufgezeichneten tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden abgerechnet wurde. Vielmehr spricht auch dieser Umstand für ein Dienstverhältnis, da nicht ein bestimmter Werklohn verrechnet wurde. Auf die umfangreiche Begründung im angefochtenen Straferkenntnis und insbesondere die angeführte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes wird hingewiesen.

Auch ein für eine Selbständigkeit erforderlicher Betrieb und Betriebsmittel fehlten zur Gänze. So gab der Zeuge E an, dass Gerüste und das gesamte Werkzeug vom Beschwerdeführer zur Verfügung gestellt wird. Auch der für den Transport erforderliche LKW wird vom Beschwerdeführer beigestellt. Es fehlt daher an einem für eine selbständige Ausübung erforderlichen Betrieb. Dazu führte der Zeuge auch aus, dass nach Zurücklegung des Gewerbes durch den Beschwerdeführer der Zeuge dann die Gerüste und Werkzeuge sowie den LKW angemietet hat und erst zu diesem Zeitpunkt dann das freie Gewerbe des Gerüstverleihs angemeldet hat. Damit kommt eindeutig zum Ausdruck, dass erst zu diesem Zeitpunkt für den Gerüstebau eine Selbständigkeit begründet wurde.
Im Hinblick auf die Bestimmung des § 539a ASVG, wonach für die Beurteilung von Sachverhalten in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend ist, ist der belangten Behörde beizupflichten, dass von einem Dienstverhältnis im Sinn des ASVG auszugehen ist.
Der Beschwerdeführer als Dienstgeber ist seiner Meldepflicht gemäß § 33 ASVG nicht nachgekommen. Es wurde damit die angelastete Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht erfüllt.

Wenn hingegen der Beschwerdeführer die Anführung des Beschäftigungsortes als Tatort im Tatvorwurf des angefochtenen Straferkenntnisses bemängelt, so ist ihm dahingehend beizupflichten, dass als Tatort der Verwaltungsübertretung der Sitz des Betriebes des Dienstgebers gilt. Dies ist im konkreten Fall der Standort des Gewerbes des Beschwerdeführers, der auch gleichzeitig sein Wohnort ist. Dies konnte auch in einer Spruchberichtigung zur näheren Klarstellung ergänzt werden. Entsprechend war auch der Spruch hinsichtlich des Beschäftigungsortes, welcher Teil des konkretisierenden Sachverhaltes ist, klarzustellen.
Die vom Beschwerdeführer vorgebrachte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vom 17.10.2012, GZ: 2010/08/0012, ist jedoch nicht heranzuziehen, da diese eine Rechtslage zum Tatzeitpunkt 25. Februar 2008 betrifft. Erst nach diesem Zeitpunkt wurde hingegen die Bestimmung des § 111 Abs. 5 ASVG mit der Novelle BGBl. I. Nr. 150/2009 in Kraft gesetzt. Es ist daher gegenständlich die Zuständigkeit der belangten Behörde entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers gegeben.

5.3. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, 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.
Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar, wobei zur Strafbarkeit bereits Fahrlässigkeit ausreicht und Fahrlässigkeit im

Sinne der zitierten Bestimmungen ohne weiteres anzunehmen ist, sofern vom Beschwerdeführer kein Entlastungsnachweis erbracht wird.

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 gehaltene Behauptungen reichen für die "Glaubhaftmachung" nicht aus.

Das Vorbringen des Beschwerdeführers ist nicht geeignet, sein mangelndes Verschulden aufzuzeigen. Insbesondere konnte er nicht nachvollziehbar darlegen, warum es ihm nicht möglich gewesen wäre, sich gesetzeskonform zu verhalten. Als Gewerbetreibenden wäre ihm zumutbar gewesen, entsprechende Kenntnisse der geltenden Verwaltungsvorschriften zu haben bzw. Kenntnisse sich zu verschaffen. Dass der Beschwerdeführer hinsichtlich Gewerbeschein und Anmeldung zur gewerblichen Sozialversicherung und Abschließen des Werkvertrages für die genannte Tätigkeit noch weitere Auskünfte eingeholt hätte und sich über die Vorgehensweise Sicherheit verschafft hätte, wurde von ihm nicht vorgebracht. Bei Einholung entsprechender Auskünfte hinsichtlich der Rechtmäßigkeit seiner Vorgangsweise hätte er aber erkennen können, dass die von ihm gewählte Vorgehensweise die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften nicht gewährleistet. Es ist daher die Verwaltungsübertretung dem Beschwerdeführer auch subjektiv vorwerfbar und zumindest von fahrlässiger Tatbegehung auszugehen.

5.4. 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.
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.

Gemäß dem gegenständlich anzuwendenden Strafsatz ist über den Beschwerdeführer von der belangten Behörde die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe von 730 Euro verhängt worden. Dabei hat die belangte Behörde die Unbescholtenheit des Beschwerdeführers berücksichtigt. Im Beschwerdeverfahren bringt der Beschwerdeführer vor, dass er noch im Jahr 2018 das Gewerbe zurückgelegt hat und in Pension ist. Es ist daher von keiner Tatwiederholungsgefahr mehr auszugehen. Es fallen daher auch spezialpräventive Gründe weg. Es ist auch von einem seither festzustellenden Wohlverhalten auszugehen. Auch sind die geringeren Einkünfte in der Pension zu berücksichtigen.

Gemäß § 20 VStG kann die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen. Ein solches Überwiegen war gegenständlich festzustellen, sodass die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe nunmehr mit der Festsetzung von einer Geldstrafe von 500 Euro unterschritten werden kann. Eine weitere Herabsetzung der Geldstrafe ist hingegen nicht gerechtfertigt, zumal zu berücksichtigen ist, dass das strafrechtlich geschützte Rechtsgut, dass die soziale Ordnung eingehalten wird und die soziale Absicherung der Dienstnehmer gewährleistet wird, erheblich beeinträchtigt wurde. Es war daher auch nicht die Voraussetzung für ein Absehen von der Strafe gegeben. Gleichfalls konnte auch nicht die Einstellung mangels des Vorliegens der Voraussetzungen verfügt werden.

Entsprechend der Herabsetzung der Geldstrafe war gemäß § 16 VStG auch die für den Fall der Uneinbringlichkeit festzusetzende Ersatzfreiheitsstrafe herabzusetzen. Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers zur Festsetzung der Ersatzfreiheitsstrafe war von dem Höchstrahmen von 2.180 Euro und Ersatzfreiheitsstrafe von höchstens 2 Wochen auszugehen, sodass die nunmehr festgelegte Ersatzfreiheitsstrafe durchaus angemessen ist.

5.5. Aufgrund der Herabsetzung der Geldstrafe war auch der Verfahrenskostenbeitrag erster Instanz entsprechend § 64 Abs. 1 und 2 VStG auf 10 % der nunmehr verhängten Strafe, das sind 50 Euro, herabzusetzen. Weil aber die Beschwerde zumindest teilweise im Hinblick auf das Strafausmaß Erfolg hatte, entfällt ein Verfahrenskostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG.

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 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

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.

H i n w e i s

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. Klempt