OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

021 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-302634/30/GS

Datum:
Linz, 25. Februar 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Saxinger über die Beschwerde des F A, vertreten durch S, C & Partner Rechtsanwälte GmbH, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach vom 17. Jänner 2020, GZ: BHRO/919130173837/19, betreffend Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes – ASVG, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 22. Juni 2020 und 1. Oktober 2020

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird hinsichtlich Spruchpunkt 2. (G S), 3. (G B), 4. (L S), 5. (M H), 6. (M H) 7. (P T) und 9. (S W R) stattgegeben, das Straferkenntnis diesbezüglich aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt. Hinsichtlich Spruchpunkt 1., 8. und 10. wird die Beschwerde abgewiesen und das Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass im Einleitungssatz jeweils nach dem Wort „Verantwortlicher“ die Wortfolge „handelsrechtlicher Geschäftsführer“ einzufügen ist und die Rechtsgrundlage ASVG jeweils um die Angabe „BGBl 1955/189 idF BGBl I Nr.23/2019„ ergänzt wird.

II. Der Kostenbeitrag zum Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde reduziert sich auf 109,50 Euro. Für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist kein Kostenbeitrag zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung 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 dem angefochtenen Straferkenntnis vom 17.01.2020, GZ: BHRO/919130173837/19, hat die Bezirkshauptmannschaft Rohrbach (im Folgenden: belangte Behörde) über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wie folgt entschieden:

„Spruch

1. Datum/Zeit: 21.05.2019, 08:45 Uhr
   Ort: x

Sie haben als Verantwortlicher der Firma x GmbH mit dem Sitz in x, zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeberin nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person handelt, am 21.5.2019 um 10.45 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der zuständigen Krankenkasse zur Pflichtversicherung angemeldet wurde.

Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den/die Beschäftigte(n) vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.
Name: F-N T geb. x
Arbeitsantritt: 13.5.2019.
Beschäftigungsort: x

2. Datum/Zeit: 21.05.2019, 08:45 Uhr
   Ort: x

Sie haben als Verantwortlicher der Firma x mit dem Sitz in x, zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeberin nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person handelt, am 21.5.2019 um 10.45 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der zuständigen Krankenkasse zur Pflichtversicherung angemeldet wurde.

Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den/die Beschäftigte(n) vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.
Name: G Stepan, geb. x
Arbeitsantritt: 1.4.2019.
Beschäftigungsort: x

3. Datum/Zeit: 21.05.2019, 08:45 Uhr
   Ort: x

Sie haben als Verantwortlicher der Firma x mit dem Sitz in x, x, zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeberin nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person handelt, am 21.5.2019 um 10.45 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der zuständigen Krankenkasse zur Pflichtversicherung angemeldet wurde.

Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den/die Beschäftigte(n) vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.
Name: x x, geb. x
Arbeitsantritt: 8.4.2019.
Beschäftigungsort: x

4. Datum/Zeit: 21.05.2019, 08:45 Uhr
Ort: x

Sie haben als Verantwortlicher der Firma x A GmbH mit dem Sitz in x, zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeberin nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person handelt, am 21.5.2019 um 10.45 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der zuständigen Krankenkasse zur Pflichtversicherung angemeldet wurde.

Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den/die Beschäftigte(n) vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.
Name: L S, geb. x
Arbeitsantritt: 6.5.2019.
Beschäftigungsort: x

5. Datum/Zeit: 21.05.2019, 08:45 Uhr
Ort: x

Sie haben als Verantwortlicher der Firma x A GmbH mit dem Sitz in x, zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeberin nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person handelt, am 21.5.2019 um 10.45 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der zuständigen Krankenkasse zur Pflichtversicherung angemeldet wurde.

Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den/die Beschäftigte(n) vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.
Name: M H, geb. am x
Arbeitsantritt: 8.4.2019.
Beschäftigungsort: x

6. Datum/Zeit: 21.05.2019, 08:45 Uhr
Ort: x

Sie haben als Verantwortlicher der Firma x A GmbH mit dem Sitz in x, zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeberin nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person handelt, am 21.5.2019 um 10.45 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der zuständigen Krankenkasse zur Pflichtversicherung angemeldet wurde.

Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den/die Beschäftigte(n) vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.
Name: M H, geb. am x

Arbeitsantritt: 8.4.2019.
Beschäftigungsort: x

7. Datum/Zeit: 21.05.2019, 08:45 Uhr
   Ort: x

Sie haben als Verantwortlicher der Firma x A GmbH mit dem Sitz in x, zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeberin nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person handelt, am 21.5.2019 um 10.45 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der zuständigen Krankenkasse zur Pflichtversicherung angemeldet wurde.

Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den/die Beschäftigte(n) vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.
Name: P T, geb. am x
Arbeitsantritt: 29.4.2019.
Beschäftigungsort: x

8. Datum/Zeit: 21.05.2019, 08:45 Uhr
   Ort: x

Sie haben als Verantwortlicher der Firma x A GmbH mit dem Sitz in x, zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeberin nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person handelt, am 21.5.2019 um 10.45 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der zuständigen Krankenkasse zur Pflichtversicherung angemeldet wurde.

Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den/die Beschäftigte(n) vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.
Name: R M, geb. am x
Arbeitsantritt: 21.5.2019.
Beschäftigungsort: x

9. Datum/Zeit: 21.05.2019, 08:45 Uhr
   Ort: x

Sie haben als Verantwortlicher der Firma x A GmbH mit dem Sitz in x, zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeberin nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person handelt, am 21.5.2019 um 10.45 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der zuständigen Krankenkasse zur Pflichtversicherung angemeldet wurde.

Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den/die Beschäftigte(n) vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.
Name: S W R, geb. am x
Arbeitsantritt: 23.4.2019.
Beschäftigungsort: x

10. Datum/Zeit: 21.05.2019, 08:45 Uhr
Ort: x

Sie haben als Verantwortlicher der Firma x A GmbH mit dem Sitz in x, zu verantworten, dass die genannte Firma als Dienstgeberin nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person handelt, am 21.5.2019 um 10.45 Uhr beschäftigt hat, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der zuständigen Krankenkasse zur Pflichtversicherung angemeldet wurde.

Die genannte Firma wäre als Dienstgeber verpflichtet gewesen, den/die Beschäftigte(n) vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.
Name: W J, geb. x
Arbeitsantritt: 8.4.2019.
Beschäftigungsort: x

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

1. § 111 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG
2. § 111 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG
3. § 111 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG
4. § 111 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG
5. § 111 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG
6. § 111 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG
7. § 111 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG
8. § 111 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG
9. § 111 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG
10. § 111 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird (werden) über Sie folgende Strafe(n) verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß
1. € 365,00	2 Tage(n) 8 Stunde(n) 0 Minute(n)		§ 111 Abs. 2 ASVG i.d.g.F.
2. € 365,00	2 Tage(n) 8 Stunde(n) 0 Minute(n)		§ 111 Abs. 2 ASVG i.d.g.F.
3. € 365,00	2 Tage(n) 8 Stunde(n) 0 Minute(n)		§ 111 Abs. 2 ASVG i.d.g.F.
4. € 365,00	2 Tage(n) 8 Stunde(n) 0 Minute(n)		§ 111 Abs. 2 ASVG i.d.g.F.

5. € 365,00	2 Tage(n) 8 Stunde(n) 0 Minute(n)	§ 111 Abs. 2 ASVG i.d.g.F.
6. € 365,00	2 Tage(n) 8 Stunde(n) 0 Minute(n)	§ 111 Abs. 2 ASVG i.d.g.F.
7. € 365,00	2 Tage(n) 8 Stunde(n) 0 Minute(n)	§ 111 Abs. 2 ASVG i.d.g.F.
8. € 365,00	2 Tage(n) 8 Stunde(n) 0 Minute(n)	§ 111 Abs. 2 ASVG i.d.g.F.
9. € 365,00	2 Tage(n) 8 Stunde(n) 0 Minute(n)	§ 111 Abs. 2 ASVG i.d.g.F.
10. € 365,00	2 Tage(n) 8 Stunde(n) 0 Minute(n)	§ 111 Abs. 2 ASVG i.d.g.F.

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:
€ 365,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens € 10,00 für jedes Delikt (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 100,00 angerechnet).
Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher
€ 4.015,00.“

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass sich die Auftragsvergabe wie folgt darstelle:
Der Bauherr, die E GmbH, habe den „Werkvertrag Tischlerarbeiten – Möblierung“ über die Firma x Ziviltechniker GmbH an die Fa. x A GmbH vergeben. Diese wiederum habe die beiden Firmen x GmbH und x s.r.o. mit einem nahezu inhaltsgleichen „Auftrag Montagearbeiten“ für das „Bauvorhaben Hotel am S W“ beauftragt. Von diesen beiden Unternehmen wären in weiterer Folge mehrere Einzelunternehmen mit denselben Tätigkeiten beauftragt und von der Finanzpolizei angetroffen worden. Jedenfalls wäre schon während der Amtshandlung deutlich wahrnehmbar gewesen, dass „selbstständige Tischler“ gemeinsam oder zusammen mit Dienstnehmern in mehreren Teams Zimmer eingerichtet hätten und diese Tätigkeiten daher kein eigenständiges Werk darstellen hätten können.
Aus den vorliegenden Verträgen (Vertrag zwischen x GmbH und x A GmbH vom 28. März 2019 sowie Vertrag zwischen A x GmbH und O s.r.o vom 08.04.2019) wären für die erkennende Behörde jeweils keine Zielschuldverhältnisse zu erkennen. Es werde in keinem der beiden Verträge ein konkretes Werk angeführt, das die Auftragsnehmerinnen erfüllen müssten. Es werde lediglich „Montage Österreich“ gefordert. Insbesondere gebe es keinerlei genauere Beschreibung der geschuldeten Leistung, die laut Beschuldigten jeweils in der Montage der Hotelzimmer bestanden habe.

In den vorliegenden Verträgen wären allerdings Stundensätze vereinbart, also eine Entlohnung nach tatsächlich geleisteter Zeit. Dass die geleisteten Arbeitsstunden dabei jeweils wöchentlich abzurechnen gewesen wären, stehe ebenfalls einer Qualifizierung als Werkvertrag entgegen, weil hier die Leistung nicht aber der Erfolg entlohnt werde. Im Vertrag zwischen der A x GmbH und O s.r.o. vom 08.04.2019 werde zusätzlich vereinbart, dass die Arbeiten mit der Montagefirma M abzusprechen seien. In diesem Vertrag werde auch gefordert, dass „die gesamte Montagemannschaft pünktlich und vollzählig vor Ort“ zu haben sei. Letzteres ist ein Indiz dahingehend, dass die Bestimmungsfreiheit der einzelnen Beschäftigten hinsichtlich Beginn und Dauer der täglichen Arbeitszeit eingeschränkt gewesen wäre, was wiederum eine persönliche Abhängigkeit charakterisieren würde. Dafür würden auch die Angaben des Herrn O J, dem Firmeninhaber der Firma O, in der Niederschrift vom 27.05.2019, dass er keine eigenen Dienstnehmer habe und daher auf gegenständlicher Baustelle selbstständige Tischler als Subunternehmer beauftrage, sprechen.
Weiters wäre im Vertrag zwischen M GmbH und x A GmbH vom 28.03.2019 vereinbart worden, dass das Montagematerial nach tatsächlichem Aufwand verrechnet oder sogar vom Auftraggeber beigestellt werde. Darin liege ein weiteres Indiz, das den Eigenschaften eines Werkvertragsverhältnisses widerspreche, weil hier das wirtschaftliche Risiko hinsichtlich des Materialverbrauchs die Fa. A trage, bzw. die Fa. A sogar die Betriebsmittel zur Verfügung stelle, was eine wirtschaftliche Abhängigkeit bei der Erbringung der Arbeitsleistung darstelle. Es sei daher allein schon aufgrund des geschriebenen Vertragsinhalts nicht davon auszugehen, dass ein Werkvertrag vorliege.
Die Firmen M GmbH und O wären bei ihrer Tätigkeit Baustelle „x“ in x W maßgeblich in persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht in den Betriebsorganismus des Unternehmens des Bf integriert gewesen. Unter Heranziehung der Verträge zwischen M GmbH und der Tischlerei A GmbH vom 28.03.2019 sowie zwischen A und O s.r.o vom 08.04.2019 sowie aufgrund der Angaben des Herrn K vom 25.06.2019 sowie des J O vom 27.05.2019 gehe die Behörde unter Berücksichtigung des wahren wirtschaften Gehalts der vorliegenden Umstände davon aus, dass die Beschäftigten M R, T F, J W, S L, S G, T P, W S, H M, B G und H M der Fa. x A GmbH als Dienstnehmer zuzurechnen wären.

I.2. Dagegen hat der rechtsfreundlich vertretene Bf fristgerecht Beschwerde erhoben. In der Beschwerde führte der Bf zusammengefasst aus, dass die Tischlerei A GmbH von der E GmbH mit Werkvertrag vom 11.01.2019 mit Tischlerarbeiten bzw. der Möblierung des Hotels am S in W beauftragt worden wäre. Vertragsinhalt wäre einerseits die Produktion der Möblierung für den öffentlichen Bereich und andererseits für den Zimmerbereich sowie die Montage vor Ort gewesen.
Mit der Montage der Möbel in den Hotelzimmern habe A mit Werkvertrag vom 09.04.2019 die M GmbH und mit Werkvertrag vom 08.04.2019 die O s.r.o. beauftragt.

Sowohl M als auch O wären gegenüber A vertraglich zur Ablieferung entsprechender Werkleistungen samt Gewährleistung verpflichtet gewesen.

Am 21.05.2019 wäre eine Baustellenkontrolle ausgeführt worden. Die belangte Behörde habe das gegenständlich bekämpfte Straferkenntnis ausgestellt. Unschlüssigerweise wären seitens der belangten Behörde sämtliche Personen der Fa. A zugeordnet bzw. zugerechnet worden, ohne dazu einen konkreten Sachverhalt festzustellen. Die Zuordnung stelle sich jedoch wie folgt dar:
Tatsächlich wären die Beschäftigten B G, H M und H M zum Zeitpunkt der Kontrolle in einem aufrechten – sozialversicherungsrechtlich gemeldeten – Dienstverhältnis mit der Fa. M gestanden.
Von M wären nachstehende Subunternehmer beauftragt worden: Fa. F Montagen (T F-N, Fa. L M in P P (S L), Fa. P und Montage M R, Fa. Ladenbau- und Montageservice E R (W R S) und Fa. Tischlerei W (J W).

Von O wären nachstehende Subunternehmer beauftragt worden:
S G und T P.

Auf Seiten von A wäre weder bekannt noch erkennbar gewesen, dass einige der tätigen Personen nicht mit den im Werkvertrag betrauten Unternehmen x und O in einem Dienstverhältnis stehen würden. Dies vor allem deshalb, da einziger Ansprechpartner am Einsatzort H M (MTD) gewesen wäre und zu den einzelnen Beschäftigten kein direkter Kontakt bestanden habe.
Gegenüber A wäre auch ausschließlich von M und O Rechnung gelegt worden und nicht auch von einzelnen Beschäftigten bzw. Subunternehmen. Auch bei den Baubesprechungen wären keine der Beschäftigten anwesend gewesen. Von der belangten Behörde wäre völlig außer Acht gelassen worden, dass die Dienstnehmer von A in keiner Weise mit jenen von M und O bzw. deren Subunternehmen zusammengearbeitet hätten. Die Behörde habe nicht festgestellt, mit welchen Dienstnehmern von welchem Unternehmen die Zusammenarbeit erfolgt sei. Bei richtiger und vollständiger Feststellung des Sachverhaltes hätte die Behörde feststellen müssen, dass die verfahrensgegenständlichen Personen zu keinem Zeitpunkt mit Mitarbeitern der Fa. A zusammengearbeitet hätten. Die Behörde habe auch keinerlei Feststellungen getroffen, gegenüber welchen Unternehmen die verfahrensgegenständlichen Personen Leistungen abgerechnet hätten.
Die Produktion der Möblierung wäre ausschließlich von A durchgeführt worden. Den öffentlichen Bereich der Anlagen hätten ausschließlich Mitarbeiter von A montiert. Die Montage der Hotelzimmer wäre ausschließlich durch die Mitarbeiter von M und O bzw. deren Subunternehmer durchgeführt worden, d.h. ohne jegliche Mitarbeit von Dienstnehmern der Fa. A. Seitens A wäre ausschließlich der öffentliche Bereich des Hotels eingerichtet und montiert worden.
R K, Projektleiter von A, wäre ausschließlich mit H M, Dienstnehmer von M, in Kontakt gewesen. Herr M habe in weiterer Folge Weisungen an die Mitarbeiter von M erteilt und die Koordination mit O übernommen. Von A wäre kein Werkzeug zur

Verfügung gestellt und auch keine Arbeitszeiten vorgegeben worden. Die Beschäftigten haben keine Meldepflicht an A im Fall von Krankheit, Urlaub oder dergleichen getroffen. Zu Beginn der Tätigkeiten wäre von A ein Musterzimmer gefertigt und geliefert und von M montiert worden. Auch bei dieser Tätigkeit wären bei der Montage keine Mitarbeiter von A beschäftigt worden. Anhand des Musterzimmers wäre dann von M und O die Montage für die Zimmer festgelegt worden.
Aktenwidrig sei auch die Feststellung der Behörde, dass es ihm (gemeint Herr K) hauptsächlich darum gegangen wäre, dass genügend Personal auf der Baustelle vorhanden gewesen wäre. A sei nicht als Dienstgeber der betroffenen Beschäftigten zu qualifizieren, da auch keine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit zwischen den Beschäftigten und A bestehe. Es wäre mit M und O jeweils ein Werkvertrag über die Montage der Hotelzimmer abgeschlossen worden. Ein Teil der gegenständlich Beschäftigten wäre in einem direkten Dienstverhältnis zu M gestanden (B G, H M und H M). Hinsichtlich dieser sei A keinesfalls als Dienstgeber anzusehen. H M, Dienstnehmer von M, wäre einziger Ansprechpartner von A gewesen. Es wären keine Weisungen an die Beschäftigten vor Ort erteilt worden und auch kein Werkzeug für die Verrichtung der Montagearbeiten zur Verfügung gestellt worden. Keinen der betreffenden Beschäftigten habe eine persönliche Arbeitspflicht gegenüber A, sondern allenfalls gegenüber M oder O getroffen. Es könne somit in keiner Weise davon ausgegangen werden, dass eine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit der betreffenden Beschäftigten zu A bestehe. Sohin sei A nicht als Dienstgeber zu qualifizieren und treffe ihn jedenfalls keine Meldepflicht im Sinne des ASVG.

Außerdem wurde Unverhältnismäßigkeit der Geldstrafe und EU-Widrigkeit der Rechtsgrundlage eingewendet.

Abschließend wurden die Anträge gestellt, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge eine mündliche Verhandlung durchführen sowie den Bescheid der belangten Behörde aufheben und das Verfahren einstellen, in eventu eine Ermahnung erteilen.

I.3. Die belangte Behörde legte die Beschwerde samt Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich am 19.02.2020 zur Entscheidungsfindung vor.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht und Anberaumung sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 22.06.2020, die am 01.10.2020 fortgesetzt wurde. Teilgenommen haben der Bf sowie sein Rechtsvertreter. Als Zeuge wurden R K von der Fa. A GmbH, sowie D D und H M von der M GmbH einvernommen.

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

Am 21.05.2019 um 10:45 Uhr fand auf der Baustelle „Hotel x“ in x W, x, eine Kontrolle der Finanzpolizei statt. Dabei wurden folgende Personen bei Montagearbeiten von Möbeln in den Hotelzimmern (inklusive Bädern) angetroffen:

M H, SVNr. x, österr. Staatsbürger, Dienstnehmer der M GmbH;
M H, SVNr. x, bulgar. Staatsbürger, Dienstnehmer der M GmbH;
G B, SVNr. x, slowenischer Staatsbürger, Dienstnehmer der M GmbH;
S W, SVNr. x, österr. Staatsbürger, Dienstnehmer der R E;
R M, SVNr. x, österr. Staatsbürger, selbständig;
F T, SVNr. x, österr. Staatsbürger, selbständig;
W J, SVNr. x, österr. Staatsbürger, selbständig;
L S, slowenischer Staatsbürger, selbständig;
G S, tschechischer Staatsbürger, selbständig;
P T, tschechischer Staatsbürger, selbständig;

Hinsichtlich P T, L und G S wurden für den gegenständlichen Zeitraum A1-Dokumente vorgelegt.

Sämtliche angetroffene Personen wurden von der belangten Behörde der Firma x A GmbH als Dienstnehmer zugerechnet. Eine Anmeldung zur Sozialversicherung wurde von der x A GmbH für die genannten Personen nicht erstattet.

Die zugrunde liegende Auftragsvergabe stellt sich wie folgt dar:

Die E GmbH, x, hat als Auftraggeber mit der Firma x A GmbH, x, einen Werkvertrag (Werkvertrag Nr. x vom 11.01.2019) über den Vertragsgegenstand „Tischlereiarbeiten – Möblierung, x, Hotel x“ geschlossen. Als Generalplaner ist darin die A Ziviltechniker GmbH genannt. Bezüglich Art und Umfang der Leistungen wird auf die Pläne und Leistungsbeschreibung verwiesen. Der Vertrag enthält weiters ua. eine pauschale Auftragssumme, Fertigstellungstermine (Gesamtfertigstellung bis 31.05.2019) und Gewährleistungsbestimmungen. Der Werkvertrag mit der E GmbH wurde seitens der x A GmbH von E A R abgeschlossen.

Zum verfahrensgegenständlichen Zeitpunkt der Kontrolle am 21.05.2019 waren E A R und F A handelsrechtliche Geschäftsführer der Firma x A GmbH.

Mit Abschluss des genannten Werkvertrages war R K, Dienstnehmer der Tischlerei A GmbH, seitens der T A GmbH als Projektleiter für die weitere Ausführung des Auftrages zuständig. Es wurden im Hotel x Naturmaße genommen, woraufhin von 1-2 Mitarbeitern der A GmbH Pläne und Detailzeichnungen angefertigt wurden.

Nach Abnahme der Naturmaße stellte sich heraus, dass sich der vom Auftraggeber übernommene Auftrag aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse vor Ort anders darstellte: Statt Möblierung und Montage von 55 gleichen Zimmern waren durch unterschiedlichste Maße aufgrund alter Mauerstrukturen 55 verschiedene Zimmer zu fertigen und zu montieren. Es folgten Baubesprechungen unter Teilnahme von Bauherrnvertretern, dem Architekten und den einzelnen Professionisten. Betreffend das Gewerk „Tischlerarbeiten“ nahm nur R K daran teil. Nachdem vom Architekten die sog. „Bemusterung“ (Festlegung der einzelnen zur Ausführung gelangenden Materialien) vorgenommen wurde, fertigte die Tischlerei A GmbH ein Musterzimmer an. Dieses wurde aufgrund von übergebenen Plänen vom Montageunternehmen M GmbH mit dessen Arbeitnehmern eigenständig montiert. Die A GesmbH wählte zum Zimmeraufbau dieses auf Montagearbeiten spezialisierte Unternehmen aus, da aufgrund der alten Bausubstanz des Hotels und der dadurch bedingten schiefen Wände, Spezialkenntnisse und Spezialwerkzeug bei der Montage notwendig waren. Zwischen der A GmbH und der M GmbH bestehen langjährige regelmäßige Vertragsbeziehungen. Die M GmbH ging aus einem Tischlereibetrieb hervor und ist nunmehr auf reine Montagetätigkeiten spezialisiert (sh. auch firmeneigene Homepage).

Bei Freigabe der Pläne schloss die A GmbH mit den Firmen M GmbH aus x und der tschechischen O s.r.o. Werkverträge über Montagearbeiten für das BVH „Hotel x“ ab.

Vor Vertragserrichtung fand auf der Baustelle ein Treffen zwischen R K und D D von der M GmbH zwecks Einschätzung des Auftrages und Preisfindung statt.

Der Vertrag mit der M GmbH datiert vom 9. April 2019 beinhaltet die perfekt ausgeführte Montage der Möbel bzw. Absprache der Arbeiten mit der ebenso anwesenden Montagefirma O. Bezug genommen wurde auch auf eine Besprechung und Besichtigung der Pläne. Bezüglich der Abrechnung wurden Pauschalstundensätze und eine Pauschale für Unterkunft pro Nacht vereinbart. Schriftlich festgehalten ist weiters die Voraussetzung, dass an allen Montageterminen die gesamte Montagemannschaft pünktlich und vollzählig vor Ort ist und die Baustelle immer sauber und ordentlich verlassen wird. Für den Gewährleistungsfall wurde vereinbart, dass festgestellte Mängel umgehend und ohne Aufpreis ausgebessert bzw. erledigt werden müssen. Als Montagezeitraum ist KW 15 – KW 23/2019 festgehalten.

Mit der tschechischen O wurde am 8. April 2019 ein fast inhaltsgleicher Vertrag unterschrieben. Nach Montage des Musterzimmers teilte die M GmbH dem Projektleiter der A GmbH mit, dass der von der A GmbH übernommene Montageauftrag der Hotelzimmer in der festgesetzten Zeit alleine nicht bewältigt werden kann. Da die O s.r.o. kurz zuvor zufällig wegen einer allfälligen Auftragsanfrage an die Firma des Bf herangetreten ist, suchte die Tischlerei A

GmbH aufgrund des bestehenden Zeitdrucks den Kontakt. Die Firma O bestand nur aus dem Firmeninhaber und hatte keine Angestellten.

Von der M GmbH wurden mit R M, Firma L M in P P – S L s.p., Firma F Montagen – F T, Firma x W – J W, Firma Ladenbau und Montageservice E R über die Tischlereimontagearbeiten laut den Plänen der Firma A jeweils Werkverträge abgeschlossen.

Zu diesem Zeitpunkt war der öffentliche Bereich des Hotels durch die T A GmbH noch gar nicht in Pläne umgesetzt. Die Montage der Möblierung des öffentlichen Bereiches (Empfangspult, Lounge, Essbereich, Buffet,…) wurde erst nach dem Kontrollzeitpunkt ausschließlich von Arbeitnehmern der T A GmbH durchgeführt.

Der MTD GmbH wurde von der Tischlerei A GmbH keine genaue Anzahl der einzusetzenden Arbeiter bekanntgegeben. D D konnte sich davon selbst ein Bild bei einer Baustellenbesichtigung vor Vertragserstellung machen.

Die O I s.r.o., vertreten durch Geschäftsführer J O, schloss jeweils mit T P und S G Rahmenwerkverträge über die Montage ab. Eigene Dienstnehmer hat die O I s.r.o. nicht.

Bei den laufend stattfindenden Baubesprechunungen erfuhr R K, wann welche Zimmer aufgrund des Baufortschrittes für die Montagearbeiten begehbar waren. Dies teilte er H M, dem Montageleiter der MTD GmbH, jeweils mit. Ansprechpartner für R K war lediglich H M Ihm wurden die Ergebnisse der jeweiligen Baubesprechung (z.B. welche Zimmer nunmehr für die Montagearbeiten freigegeben wurden) mitgeteilt.

H M besprach die ihm von R K übergebenen Pläne jeweils mit D und G D von der M Gesellschaft durch. Es gab einen großen Grundrissplan, die Detailzimmerpläne wurden teils erst mit der jeweiligen Hotelzimmereinrichtung mitgeliefert. Die eingesetzten Montagearbeiter wussten aufgrund ihrer Fachkenntnisse und der von der A mitgelieferten Pläne von selbst, was zu tun war.

Die von der A GmbH gefertigte Hotelzimmereinrichtung war für jedes Zimmer mit Zimmernummer beschriftet und wurde laufend von der A GmbH mit LKW´s zur Baustelle geliefert. Die Liefertermine für die einzelnen Zimmer wurden der MTD GmbH von der A GmbH jeweils mitgeteilt.

Wenn ein LKW von der A mit den zu montierenden Möbeln (jeweils getrennt und beschriftet nach Zimmern) auf der Baustelle eintraf, bestimmte H M, welche Arbeiter in welchen Zimmern die Montagearbeiten ausführen sollten. Die jeweiligen Arbeiter mussten auch bereits die für sie bestimmte Zimmereinrichtung vom LKW abladen. Die Dienstnehmer der M, sowie die, mit denen die M einen Werkvertrag

abgeschlossen hatte, begannen mit den Zimmereinrichtungen im 6. Stock und arbeiteten sich stockwerksweise hinunter. Die von O s.r.o. beauftragten, die erst im Laufe der bereits von M begonnenen Montagearbeiten auf die Baustelle dazustießen, wurden von H M angewiesen, im 2. Stock zu beginnen. Die Zuteilung der Zimmer hing nach dem Zufallsprinzip vom Liefertermin der Möbel und den gerade nicht beschäftigten Arbeitern ab. Es wurde nicht dokumentiert, welche Arbeiter in welchen Zimmern die Montagearbeiten vorgenommen haben.

Sämtliche Arbeiter hatten ihr eigenes Werkzeug auf der Baustelle mit. Da es sich bei den Zimmereinrichtungen um schiefe Wände eines Altbaues handelte, war Spezialwerkzeug (Kreissäge, Hobelmaschine, Stichsäge, Schlagbohrmaschine, Akkuschrauber, spezielles Tischlerfeinwerkzeug, Heberwerkzeuge) notwendig.
Das Material für die Montage, wie Schrauben, Kleber, Silikon, wurde zu 90 % von der M GmbH zur Verfügung gestellt. Beschläge wurden mit der Möblierung von der A GmbH geliefert.

H M führte Stundenlisten für die Arbeitnehmer der M GmbH, die von M Beauftragten führten eigene Stundenlisten und gaben sie dann bei der M GmbH abgegeben. Stundenlisten der von O s.r.o. beauftragten Personen wurden der A GmbH zu Abrechnungszwecken übergeben.

Die Arbeitnehmer der M, die von ihr und die von O beauftragten fuhren jeweils eigenständig zur Baustelle. Dienstnehmer von der M GmbH und 2 von ihr subbauftragte Personen nächtigten im selben Hotel.

Mängel bei der Montage wurden der A GmbH vom Bauherrn mitgeteilt, diese Gewährleistungsfälle wurden der M GmbH per E-Mail kommentarlos weitergeleitet. Die M konnte für die Reparatur sodann keine Mehrkosten verrechnen. Bezüglich O s.r.o. wurde nur der Chef verständigt.

Die Montageleistungen wurden von der M GmbH und der O s.r.o. gegenüber der A GmbH stundenmäßig abgerechnet.

Eine abschließende Kontrolle der einzelnen Montagearbeiten durch die Firma A musste – obwohl geplant – aufgrund des Zeitdrucks entfallen. Sofort nach stockwerksweiser Fertigstellung der Zimmermöbelmontage erfolgte im Rahmen der Endabnahme die Übergabe an den Architekten bzw. Bauherrn.

III. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich nachvollziehbar aus dem Akteninhalt sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 22. Juni 2020, die am 1. Oktober 2020 fortgesetzt wurde. Insbesondere stützen sich die Feststellungen auf die

umfangreichen und kooperativen Ausführungen der in der mündlichen Verhandlung einvernommenen Personen. Unstrittig waren F A und E A R im verfahrensgegenständlichen Zeitraum handelsrechtliche Geschäftsführer der A GmbH. Der von der A GmbH für das Projekt eingesetzte Projektleiter R K legte glaubwürdig und nachvollziehbar seine Aufgabe dar. Er führte aus, dass trotz teilweise ungenauer Bezeichnungen in den Verträgen nur die Montagetätigkeiten in den Hotelzimmern gemeint sein konnten. Zum Zeitpunkt der Vertragserrichtung waren von der A GmbH lediglich die Hotelzimmer in Pläne umgesetzt, es war bei den Gesprächen und der Besichtigung der Baustelle nur von der Montage der Zimmermöbel die Rede. H M bestätigte, dass vom öffentlichen Bereich nie die Rede war, das wäre sich zeitlich gar nicht ausgegangen. R K schilderte nachvollziehbar, dass die Firma M GmbH nach Montage des Musterzimmers und Abnahme der Naturmaße ihm mitgeteilt hat, dass sie aufgrund des nunmehr feststehenden Mehraufwandes den Auftrag alleine nicht in der zur Verfügung stehenden Zeit ausführen kann. Er gab weiter an, dass die Tischlerei A GmbH zur Abarbeitung des Auftrages unbedingt Hilfe gebraucht hat. Dies war der Grund, dass von der Firma des Bf die O. beigezogen wurde. Dass diese tschechische Firma vertraglich seitens der A GmbH verpflichtet wurde, wurde damit erklärt, dass diese kurz zuvor bei ihr allgemein angefragt habe. Auch wenn der Projektleiter der A GmbH laut eigenen Angaben die Anzahl der Arbeiter gleichgültig gewesen sein soll, betonte er, dass es ihm wichtig war, dass die Leute auf der Baustelle anwesend waren.

R K sagte auch glaubwürdig aus, dass sein Ansprechpartner für die Montagetätigkeiten in den Hotelzimmern nur H M von der M GmbH war. Ihm teilte er die Ergebnisse der jeweiligen Baubesprechungen mit, dh. wann welche Zimmer aufgrund des Baufortschritts zur Montage bereitgestellt wurden. H M von der M GmbH teilte sämtliche bei der Kontrolle angetroffenen Montagearbeiter die jeweiligen Zimmer zur Montage zu. M ließ die Dienstnehmer von der M GmbH sowie die von ihr beauftragten im obersten Stockwerk beginnen, die von O s.r.o. bauftragten starteten auf Anweisung von M im 2. Stock. Die Zuteilung erfolgte per Zufall und hing von der jeweils anstehenden Mobiliarlieferung durch die A GmbH ab. Es lässt sich jedoch im Nachhinein nicht mehr nachvollziehen, welche Zimmereinrichtung von welchen Personen montiert wurde. Sämtliche Arbeiter werkten anhand von Plänen eigenständig. Die Arbeitszeiten richteten sich nach den jeweiligen Möbellieferungen durch die T A GmbH und den zur Montage freigegebenen Zimmern. Der Projektleiter der Firma des Bf teilte die jeweiligen Termine jeweils dem Montageleiter M mit.

Unstrittig blieb auch, dass die Unterkünfte der Montagearbeiter vertragsgemäß von der A GmbH bezahlt wurden. Ebenso steht fest, dass die Montageleistungen stundenmäßig abgegolten wurden.
Bei den vorgelegten A1-Dokumenten für L S, G S und T P finden sich keine Anhaltspunkte, die an der Richtigkeit zweifeln lassen. Der Tatzeitraum ist von allen 3 vorgelegten A 1-Dokumenten umfasst.

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat rechtlich erwogen:

IV.1. Das Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) regelt in § 9 unter der Überschrift „Besondere Fälle der Verantwortlichkeit“ Folgendes:

§ 9. (1) Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

(2) Die zur Vertretung nach außen Berufenen sind berechtigt und, soweit es sich zur Sicherstellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit als erforderlich erweist, auf Verlangen der Behörde verpflichtet, aus ihrem Kreis eine oder mehrere Personen als verantwortliche Beauftragte zu bestellen, denen für das ganze Unternehmen oder für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens die Verantwortung für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften obliegt. Für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens können aber auch andere Personen zu verantwortlichen Beauftragten bestellt werden.

Als Dienstnehmer gilt gemäß § 4 Abs. 2 ASVG derjenige, der in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird, wobei hiezu auch Personen gehören, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen; unabhängig davon gelten Personen jedenfalls dann als Dienstnehmer, wenn sie entweder mit einem Dienstleistungscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz entlohnt werden, oder wenn sie nach § 47 Abs. 1 iVm Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG) lohnsteuerpflichtig sind, soweit es sich nicht um Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. a oder b EStG oder um Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. c EStG, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen, oder um Bezieher von Geld- oder Sachleistungen nach dem Freiwilligengesetz handelt.

Gemäß § 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. Die An(Ab)meldung durch den Dienstgeber wirkt auch für den Bereich der Unfall- und Pensionsversicherung, soweit die beschäftigte Person in diesen Versicherungen pflichtversichert ist. Gemäß Abs. 2 leg. cit. gilt Abs. 1 für die nur in der Unfall- und Pensionsversicherung sowie für

die nur in der Unfallversicherung nach § 7 Z 3 lit. a Pflichtversicherten mit der Maßgabe, dass die Meldungen beim Träger der Krankenversicherung, der beim Bestehen einer Krankenversicherung nach diesem Bundesgesetz für sie sachlich und örtlich zuständig wäre, zu erstatten ist.

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

Gemäß § 111 Abs. 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

1. die Anmeldung zur Pflichtversicherung 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 oder
5. gehörig ausgewiesenen Bediensteten der Versicherungsträger einen Ausweis oder eine sonstige Unterlage zur Feststellung der Identität nicht vorzeigt oder
6. gehörig ausgewiesenen Bediensteten der Versicherungsträger die zur Durchführung ihrer Aufgaben erforderlichen Auskünfte nicht erteilt.

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 2.180 Euro, im Wiederholungsfall von 2.180 Euro bis 5.000 Euro, bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen, sofern die Tat weder den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet noch nach anderen Verwaltungsbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist. Unbeschadet der §§ 20 und 21 des 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 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. Gemäß Abs. 2 leg. cit. können durch den Missbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden. Ferner ist gemäß Abs. 3 leg. cit. ein Sachverhalt so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre.
Nach Abs. 4 leg. cit. sind Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen 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. Gemäß Abs. 5 leg. cit. gelten die Grundsätze, nach denen
1. die wirtschaftliche Betrachtungsweise,
2. Scheingeschäfte, Formmängel und Anfechtbarkeit sowie
3. die Zurechnung
nach den §§ 21 und 24 der Bundesabgabenordnung für Abgaben zu beurteilen sind, auch dann, wenn eine Pflichtversicherung und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten nach diesem Bundesgesetz zu beurteilen sind.

IV.2. Nach der oben dargestellten Bestimmung des § 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.

Gemäß § 539a Abs. 2 ASVG können durch den Missbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden.

Die Beantwortung der Frage, ob bei Erfüllung einer persönlich übernommenen Arbeitspflicht (also der Beschäftigung) die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Arbeitsempfänger gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen, hängt davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen der Beschäftigung (z.B. aufgrund eines Werkvertrages oder eines freien Dienstvertrages) - nur beschränkt ist. Unterscheidungskräftige Kriterien dieser Abgrenzung sind nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes die Bindung des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene (grundsätzlich) persönliche Arbeitspflicht, während das Fehlen

anderer, im Regelfall freilich auch vorliegender Umstände, wie z. B. die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Arbeitsempfängers, dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt. Erlaubt allerdings im Einzelfall die konkrete Gestaltung der organisatorischen Gebundenheit des Beschäftigten in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten keine abschließende Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit, so können im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigung auch an sich nicht unterscheidungskräftige Kriterien von maßgebender Bedeutung sein (vgl. u.a. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 26.05.2004, Zl. 2001/08/0027).

IV.3. Dem Bf wird im gegenständlichen Verfahren vorgeworfen, dass es die von ihm vertretene A GmbH unterlassen habe, zehn auf der Baustelle in x, beschäftigte Arbeiter nicht vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger zur Pflichtversicherung gemeldet hat.

Mit dem zentralen rechtlichen Argument verfolgt der Bf seine Position, er habe mit der Firma M GmbH und mit der O jeweils „Werkverträge“ über die Montage der Hotelzimmermöblierung abgeschlossen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich schon in seinem Erkenntnis vom 20. Mai 1980, Slg. Nr. 10140/A, grundlegend mit der Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits beschäftigt und - in Übereinstimmung mit der in diesem Erkenntnis zitierten Lehre - ausgeführt, daß es entscheidend darauf ankommt, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen (den Dienstgeber) verpflichtet (diesfalls liegt ein Dienstvertrag vor) oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall läge ein Werkvertrag vor), wobei es sich im zuletzt genannten Fall um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt, während es im Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf seine Bereitschaft zu Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit (in Eingliederung in den Betrieb des Leistungsempfängers sowie in persönlicher und regelmäßig damit verbundener wirtschaftlicher Abhängigkeit von ihm) ankommt. Vom Dienstvertrag ist jedoch überdies der "freie Dienstvertrag" zu unterscheiden, bei dem es auf die geschuldete Mehrheit gattungsmäßig umschriebener Leistungen, die von Seiten des Bestellers laufend konkretisiert werden, ohne persönliche Abhängigkeit ankommt.

Im Beschwerdefall kommt die Annahme von Werkverträgen nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes schon deshalb nicht in Betracht, weil sich die Vertragsparteien der Sache nach zu Montagearbeiten, das heißt zu Dienstleistungen verpflichteten. Auch wenn die Gesamtheit der Montagearbeiten

auf einzelne Arbeitspartien aufgeteilt wurde, die jeweils einen bestimmten Ausschnitt der erforderlichen Arbeit (einzelne Zimmer) besorgten, so liegt doch in der Montage aller Hotelzimmermöblierungen das Werk, dessen Herstellung der Beschwerdeführer seinem Auftraggeber schuldete, während die einzelnen manuellen Beiträge zu diesem Werk nicht in sich geschlossene Einheiten darstellten, sondern den Charakter von Dienstleistungen aufweisen (vgl. VwGH 19.01.1999, 96/08/0350 und VwGH 17.01.1995, 93/08/0092).

Die Vertragsverhältnisse der A GmbH zur M GmbH und zur O I s.r.o. sind daher nicht als Werkverträge zu qualifizieren. Es stellten die eingesetzten Montagearbeiter vielmehr der A GmbH ihre Arbeitskraft zur Verfügung.

Ob diese Dienstleistungen in persönlicher Abhängigkeit oder im Rahmen eines freien Dienstvertrages erbracht wurden, mit anderen Worten: ob dabei im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit jene der Unabhängigkeit überwogen haben, hängt nach der dargelegten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes davon ab, ob die betreffenden "Vertragspartner" in den Belangen der Arbeitszeit, des Arbeitsortes und des arbeitsbezogenen Verhaltens den Weisungen des Beschwerdeführers unterlagen oder nicht.

Dafür, dass die Monteure berechtigt gewesen wären, im Rahmen der übernommenen Gesamtverpflichtung – dh bei Aufrechterhaltung des Rechtsverhältnisses – sanktionslos abzulehnen, lagen im gegenständlichen Fall keine Anhaltspunkte vor. Vom Projektleiter der A GmbH wurde vielmehr in der Verhandlung bestätigt, dass es ihm wichtig gewesen ist, dass die Leute auf der Baustelle sind. Hinzu kommt, dass die Befugnis, sanktionslos einzelne Arbeitsleistungen ganz oder teilweise abzulehnen, mit den Anforderungen der Unternehmensorganisation nicht in Einklang zu bringen gewesen wäre, zumal in der Verhandlung eingeräumt wurde, dass eine sehr kurz bemesse Fertigstellungszeit und Mangel bei geeignetem Personal ein Problem bei der Ausführung des von der A GmbH übernommenen Hotelmöblierungsauftrages darstellten.
Die A GmbH, die ihrem Auftraggeber gegenüber die Hotelmöblierung samt Montage zugesagt hat, steuerte durch die zimmerweise Lieferung der von ihr produzierten Hotelmöblierung samt den mitgelieferten Montageplänen den Arbeitsablauf auf der Baustelle.
Die einzelnen Monteure waren in ihrem Arbeitsablauf von der A GmbH abhängig. Die Zimmerzuteilung zur Montage durch H M war von der jeweiligen Mobiliarlieferung der Firma A GmbH abhängig, konnte somit von ihr gesteuert werden. Aus den geschilderten Umständen, unter denen die Beschäftigung verrichtet wurde, kann daher auch abgeleitet werden, dass die angetroffenen Monteure einem ihre Bestimmungsfreiheit ausschaltenden Weisungs- und Kontrollrecht der A GmbH unterlagen. Den Monteuren blieb dadurch praktisch kein relevanter Spielraum für eine eigene unternehmerische Gestaltung der Montagetätigkeiten. Aufgrund der Fachkenntnisse der Monteure und der zur

Verfügung gestellten Pläne erübrigten sich zudem Weisungen an die Beschäftigten, weil sie von sich aus wussten, wie sie sich auf der Baustelle zu verhalten hatten. Im verfahrensgegenständlichen Sachverhalt lag daher eine für die Einbindung der Montagearbeiter in die betriebliche Organisation der A GmbH und die Substitution von persönlichen Weisungen und Kontrollen durch „stille Autorität“ charakteristische Eingliederung der Arbeitskraft in eine bestehende Ablauforganisation vor.

Außerdem ist im Vertrag mit der O s.r.o. vom 08.04.2019 zusätzlich vereinbart, dass die Arbeiten mit der Montagefirma M abzusprechen sind. In diesem Vertrag wird auch gefordert, dass „die gesamte Montagemannschaft pünktlich und vollzählig vor Ort“ zu sein hat.

Aus diesen Umständen ergibt sich eine weitgehende Eingliederung der eingesetzten Montagearbeiter in die vom Beschwerdeführer bestimmte (jeweilige) Ablauforganisation am Ort der Arbeitserbringung und es bestand schon deshalb jedenfalls nicht die Möglichkeit, den insoweit vorgegebenen Ablauf der Arbeit jederzeit selbst zu regeln und auch zu ändern, wie dies für den freien Dienstvertrag typisch ist (vgl. neben dem bereits zitierten Erkenntnis vom 20. Mai 1980, Slg. Nr. 10140/A, ferner das Erkenntnis vom 24. März 1992, Zl. 91/08/0117, jeweils mit weiteren Hinweisen; ferner OGH WBl. 1990, 77). Es lag vielmehr eine weitgehende Eingliederung in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation vor.

Die Bindung an den Arbeitsort (Bauvorhaben „Hotel x“) war aus Gründen des Sachzwanges wenig unterscheidungskräftig.

Berücksichtigt man schließlich die unbestrittenen Feststellungen, dass der Beschwerdeführer auch für die Kosten der Unterkunft der eingesetzten Montagearbeiter (soweit solche Kosten anfielen) aufgekommen ist, so liegt auch darin ein weiterer Umstand, der eher für persönliche Abhängigkeit als für die "Unternehmereigenschaft" der mitbeteiligten Parteien spricht. Hat der Dienstgeber für die Kosten der Unterkunft des Dienstnehmers aufzukommen, liegt darin ein Umstand, der für eine persönliche Abhängigkeit und nicht für Unternehmereigenschaft spricht, selbst bei einem über die organisatorischen Erfordernisse hinausgehenden fehlenden Weisungsrecht durch den Dienstgeber oder dessen beauftragte Person (VwGH 17.01.0092, 93/08/0092).

Angesichts der aufgezählten gewichtigen Umstände kommt der Tatsache, dass die Montagearbeiter ihr eigenes spezielles Werkzeug selbst mit führten und das Material im Wesentlichen von der Firma des Bf stammte, im Rahmen der durchzuführenden Gesamtabwägung nur untergeordnete Bedeutung zu. Ebenso schadet es aus diesem Blickwinkel nicht, dass die Arbeiter jeweils mit ihren eigenen Autos zur Baustelle gekommen sind.

Aber auch der eingewendete gewährleistungstaugliche Erfolg der Tätigkeit war nicht gegeben, da nicht dokumentiert wurde, welche Arbeiter in welchen Zimmern die Montagearbeiten durchgeführt haben. Es ist somit nicht nachvollziehbar ist, welche Zimmer von Monteuren, die die M beauftragt hat und solchen Monteuren, die von der O s.r.o. beauftragt wurden, montiert wurden. Es war folglich im Falle eines Mangels nicht nachvollziehbar, welchen Monteuren der Mangel zuzurechnen ist und wer dafür einzustehen hat.
Weiters ist die Abrechnung nach geleisteten Arbeitsstunden als gewichtiges Indiz für das Vorliegen einer nicht selbständigen Tätigkeit zu betrachten, spricht doch ein vereinbarter Stundenlohn grundsätzlich für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses (vgl. z.B. VwGH 18.10.1995, 94/13/0121). Somit wurde leistungsbezogen bezahlt.

Im Ergebnis ergibt sich daher bei einer Gesamtbetrachtung unter Zugrundelegung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes, dass die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Im angefochtenen Straferkenntnis wurde dem Bf als handelsrechtlichem Geschäftsführer im Wesentlichen gemäß § 111 ASVG zur Last gelegt, dass er die angetroffenen Monteure als Dienstgeber nicht vor Arbeitsantritt zur Sozialversicherung angemeldet hat.

IV.4. Mit der Beschwerde wurden für L S, G S und T P A-1 Bescheinigungen vorgelegt.

Zur Bindungswirkung der Entsendebescheinigung A1 ist auf die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, welche auf der Judikatur des Gerichtshofes der Europäischen Union basiert, zu verweisen. Dazu ist im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 27.08.2019, Ra 2016/08/0074, Folgendes festgehalten: „Der Gerichtshof der Europäischen Union hat zu Art. 5 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 987/2009 (im Folgenden: VO 987/2009) bereits ausgesprochen (vgl. EuGH 06.09.2018, Alpenrind GmbH, C-527/16), dass eine vom zuständigen Träger eines Mitgliedstaats auf Grund des Art. 12 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 (im Folgenden: VO 883/2004) - also hinsichtlich entsandter Arbeitnehmer - ausgestellte A1-Bescheinigung nicht nur für die Träger des Mitgliedstaats, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird, sondern auch für die Gerichte dieses Mitgliedstaats verbindlich ist (vgl. auch VwGH 10.10.2018, Ro 2016/08/0013). Diese Bindungswirkung des vom Entsendestaat ausgestellten A1-Dokuments besteht nach Art. 5 Abs. 1 VO 987/2009 für die Träger der anderen Mitgliedstaaten so lange, wie das Dokument nicht vom ausstellenden Entsendestaat widerrufen oder für ungültig erklärt wird. Die Bindungswirkung kann freilich nur einer tatsächlich von einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten A1-Bescheinigung zukommen. Fehlt es bereits an der rechtswirksamen Ausstellung

durch einen anderen Mitgliedstaat (etwa weil eine Fälschung vorliegt), so ist eine Bindungswirkung nicht möglich (vgl. Spiegel in Spiegel (Hrsg.), Zwischenstaatliches Sozialversicherungsrecht (19. Lfg.), Art. 5 VO 987/2009 Rz 10). Ferner ist die Bindungswirkung - wie der EuGH in seiner auf A1-Dokumente zu übertragenden Rechtsprechung zu E 101 Bescheinigungen (vgl. EuGH 06.02.2018, Altun, C-359/16) klargestellt hat - in Fällen des Betrugs oder Rechtsmissbrauchs insofern eingeschränkt, als ein nationales Gericht des Aufnahmestaats ein A1-Dokument außer Acht lassen kann, wenn es zuvor den ausstellenden Träger des Entsendestaats mit den - in einer gerichtlichen Prüfung gesammelten, eine Feststellung der betrügerischen bzw. missbräuchlichen Erlangung oder Geltendmachung der Bescheinigung erlaubenden - Beweisen befasst hat, der ausstellende Träger es jedoch unterlassen hat, die Beweise bei einer erneuten Prüfung innerhalb angemessener Frist zu berücksichtigen (vgl. VwGH 14.11.2018, Ra 2016/08/0082).“ [Hervorhebungen nicht übernommen] Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Erkenntnis vom 07.03.2016, L511 2005897-1, Folgendes entschieden: „Demnach bindet ein ausgestelltes A1-Dokument den zuständigen Träger des Beschäftigungsstaats in Bezug auf die anzuwendenden sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften, solange es nicht zurückgezogen oder für ungültig erklärt worden ist. Der an das A1-Dokument gebundene Mitgliedstaat kann bei Zweifeln an der Richtigkeit des diesem zugrunde liegenden Sachverhalts oder dessen rechtlicher Bewertung eine Überprüfung durch den ausstellenden Träger verlangen und – sofern es zu keiner Übereinstimmung kommt – die Verwaltungskommission um Vermittlung anrufen. Führt dies nicht zum Erfolg, kann er schließlich ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258ff AEUV anstrengen (VwGH 19.12.2012, 2009/08/0255; 12.09.2012, 2010/08/0085; 23.05.2012, Seite 9 von 11 2009/08/0204; 16.03.2011, 2010/08/0231; 26.11.2008, 2006/08/0346; 20.09.2006, 2004/08/0087, jeweils unter Hinweis auf EuGH 30.03.2000, C-178/97, Banks u.a., RZ 39 ff; 10.02.2000, C-202/97, Fitzwilliam FTF, RZ 52ff; 26.01.2006, C-2/05, Herbosch Kiere NV, RZ 23ff). Auch ein Gericht des Beschäftigungsstaats ist nicht befugt die Gültigkeit einer Entsendebescheinigung zu überprüfen (EuGH 26.01.2006, C-2/05, Herbosch Kiere NV, RZ 33).“ [Hervorhebungen nicht übernommen] Die Rechtsprechung des EuGH zur Bindungswirkung ist zur Verordnung VO (EWG) 1408/71 und ihrer Durchführungsverordnung (EGW) 574/72 ergangen. Der Unionsrechtssetzer hat diese Rechtsprechung in die VO 883/2004 und DVO 987/2009 übernommen und in Art. 5 Abs. 1 DVO 987/2009 normiert, dass Dokumente, worunter auch das A1-Dokument zu subsumieren ist, sowie Belege, auf deren Grundlage die Dokumente ausgestellt wurden, für die Träger der anderen Mitgliedstaaten so lange verbindlich sind, wie sie nicht von dem Mitgliedstaat, in dem sie ausgestellt wurden, widerrufen oder für ungültig erklärt werden. Aus Sicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich ist daher von einer Bindungswirkung der ausgestellten A1-Dokumente auszugehen.

L S, G S und T P sind daher im verfahrensgegenständlichen Zeitraum in Österreich nicht der Pflichtversicherung unterlegen und es hat den Bf demnach nicht die Pflicht getroffen, diese zur Sozialversicherung anzumelden.

IV.5. Hinsichtlich M H, M H, G B, S W trifft den Bf aus folgenden Gründen keine Pflicht zur Anmeldung zur Sozialversicherung:

Hinsichtlich der vorliegenden Verwendung der genannten Personen als Monteure für die Firma des Bf auf der gegenständlichen Baustelle ist aufgrund der Beweisergebnisse davon auszugehen, dass diese Personen von der M GmbH bzw. von R E (S W) im Beurteilungszeitraum beschäftigt waren und für die Montagearbeiten in den Zimmern des Hotels am Stephansplatz im April und Mai 2019 dem Unternehmen des Bf für den Montagezeitraum als Monteure überlassen wurden.

Im Hinblick auf überlassene Arbeitskräfte ist es im vorliegenden Fall so, dass solche Arbeitskräfte Dienstnehmer des Überlassers sind (in einem Arbeitsverhältnis zum Überlasser stehen) und dem Überlasser die Meldungen nach § 33 ASVG obliegen. Der Überlasser ist Dienstgeber iSd ASVG und hat daher die sozialversicherungsrechtlichen Meldepflichten (Anmeldung zur Krankenversicherung etc.) zu erfüllen. Der „Beschäftiger“ (dem der Arbeitnehmer überlassen wird) hat Verpflichtungen im Rahmen des Arbeitsnehmerschutzes und ist auch für eine bewilligungslose Beschäftigung nach dem AuslBG (neben dem Überlasser) verantwortlich, er ist aber nicht Dienstgeber iSd ASVG.

Aus den dargelegten Erwägungen folgt, dass der Bf die Dienstgebereigenschaft iSd § 33 ASVG hinsichtlich der seinem Unternehmen vorübergehend überlassenen Arbeitnehmern M H, M H, G B und S W nicht zukam, sodass die Beschwerde diesbezüglich gegen den Vorwurf der Übertretungen des § 33 ASVG Folge zu geben war.

IV.6. Gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG ist von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet.

Aus den angeführten Gründen war das angefochtene Straferkenntnis einerseits hinsichtlich L S, G S und T P auf Grund vorliegender A1-Dokumente und andererseits hinsichtlich der überlassenen Dienstnehmer M H, M H, G B und S W aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren diesbezüglich einzustellen.

IV.7. Folglich ist der objektive Tatbestand nur bezüglich der Dienstnehmer F-N T, R M und W J erfüllt. Bezüglich dieser Personen hat der Bf aber die Tat auch in subjektiver Hinsicht zu verantworten.

Hingewiesen wird, dass auch das Vorliegen einer Gewerbeberechtigung ein Dienstverhältnis nicht ausschließt (VwGH 10.04.2013, 2011/08/0213).

IV.8. 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. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bf 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.

Der Bf machte keine Umstände geltend, aus denen geschlossen werden kann, dass ihn an den diesbezüglich vorgeworfenen Verwaltungsübertretungen kein Verschulden trifft, sodass von zumindest fahrlässiger Tatbegehung auszugehen ist. Der Bf hätte sich jedenfalls als Gewerbetreibender vor Vertragserstellung um die rechtliche Vertragsgestaltung erkundigen müssen.

IV.9. 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 Verwaltungsstrafrechts sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse 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 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 jeweils bereits den bei erstmaligem ordnungswidrigem Handeln herabgesetzten Betrag in der Höhe von jeweils 365 Euro im Sinne des § 111 Abs. 2 2. Satz angewendet.

Die Verhängung der Mindeststrafe bedarf keiner näheren Begründung (VwGH 23.03.2012, 2011/02/0244).

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde den Beschuldigten im Fall der Z 4 auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Eine Ermahnung im Sinne des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG kann nicht ausgesprochen werden. Schon die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes ist nicht gering. Der Schutzzweck der Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes liegt in der Gewährleistung der sozialen Absicherung der Dienstnehmer in Form der Begründung einer gesetzlichen Kranken-, Unfall und Pensionsversicherung. Die Nichtanmeldung eines Dienstnehmers stellt in diesem Zusammenhang einerseits eine Benachteiligung desselben durch den nicht vorhandenen sozialen Schutz dar und bringt andererseits zudem einen unsachlichen und unzulässigen Wettbewerbsvorteil in Form von Kostenersparnissen mit sich. Der Schutzzweck der Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes ist daher als bedeutend einzustufen und ist der Unrechtsgehalt der vorliegenden Tat daher als erheblich zu qualifizieren. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ermahnung müssen kumulativ vorliegen. Nur dann kann eine Ermahnung ausgesprochen werden.

IV.10. Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts ist weiters nicht davon auszugehen, dass die eingewendeten Ausführungen des EuGH in seiner Entscheidung vom 12.9.2019 in den verbundenen Rs C-64/18, C-140/18, C 146/18 und C-148/18, Maksimovic, auf Verwaltungsstrafverfahren wegen Übertretungen des ASVG zu übertragen sind und von einer Verdrängung nationalen Rechts auszugehen ist. Dies insbesondere deshalb, weil die Vorschriften über Anmeldungen zur Pflichtversicherung und des damit

einhergehenden rechtlichen Schutzes des Beschäftigten (v.a. Entgeltanspruch im Falle von Krankheit und Urlaub) einen höheren Unrechtsgehalt aufweisen als die EuGH – Entscheidung zur Rechtssache Maksimovic (Nichteinhaltung arbeitsrechtlicher Verpflichtungen in Bezug auf die Einholung verwaltungsbehördlicher Genehmigungen und auf die Bereithaltung von Lohnunterlagen - also der bei Nicht-Einhaltung von „bloß“ formalen bzw. organisatorischen Vorschriften). Vor diesem Hintergrund geht das Verwaltungsgericht davon aus, dass auch die im Lichte der EuGH-Entscheidung ergangenen Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 15.10.2019, Zl. Ra 2019/11/0033 bis 0034-6 gemachten Ausführungen auf den vorliegenden Fall nicht anzuwenden sind.
Außerdem wird angemerkt, dass die Höhe von der belangten Behörde verhängten Verwaltungsstrafen jedenfalls als verhältnismäßig anzusehen sind.

IV.11. Zusammenfassend wird festgehalten, dass der Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer der A GmbH und Arbeitgeber die Nichtanmeldung von F N T, R M und W J zur Sozialversicherung vor Arbeitsantritt zu vertreten hat.

IV.12. Kostenentscheidung:

Aufgrund der teilweisen Stattgabe der Beschwerde ermäßigt sich der Kostenbeitrag zum Verfahren der belangten Behörde, ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren entfällt gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG.

V. 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.

Die Entscheidung stützt sich auf die ständige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes. Die Beweiswürdigung erfolgt im Einzelfall und es ergibt sich daraus keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung.

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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Saxinger