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-303070/15/Kl/CG

Datum:
Linz, 24. März 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde des P S, F X, X A, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 22. März 2021, GZ: 0018132/2020, wegen Verwaltungsübertretungen nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz - ASVG nach öffentlicher mündlicher Verhandlung am 2. Februar 2022

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird hinsichtlich der Schuld mit der Maßgabe abgewiesen, dass der Tatzeitraum hinsichtlich des Arbeitnehmers S auf „28.4.2017 – 19.11.2019“ eingeschränkt wird und das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz – ASVG mit „BGBl. Nr. 189/1955 idF. BGBl. I Nr. 105/2019“ zu zitieren ist.
Hinsichtlich der Strafe wird der Beschwerde insofern stattgegeben, als die verhängten Geldstrafen auf je 500 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit die Ersatzfreiheitsstrafen auf je 74 Stunden herabgesetzt werden.

II. Der Verfahrenskostenbeitrag 1. Instanz ermäßigt sich auf insgesamt 100 Euro; zum Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist kein Kostenbeitrag zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 22. März 2021, GZ: 0018132/2020, wurden über den Beschwerdeführer in zwei Fällen jeweils eine Geldstrafe von 730 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von jeweils 112 Stunden, wegen je einer Verwaltungsübertretung gemäß § 33 Abs. 1 iVm § 111 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG verhängt, weil er als unbeschränkt haftender Gesellschafter der Fa. S T OG, W X, X L, als Dienstgeber im Sinn des § 35 Abs. 1 ASVG zwei namentlich angeführte Dienstnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit von 4.3.2016 bis 19.11.2019 gegen Entgelt von 1.500 Euro bis 2.000 Euro netto monatlich bzw. von 4.5.2017 bis 19.11.2019 gegen Entgelt von 1.500 Euro netto monatlich vollbeschäftigt hat, ohne eine zumindest mit den Mindestangaben ausgestattete Meldung bei der OÖ. Gebietskrankenkasse als zuständigen Sozialversicherungsträger rechtzeitig vor Aufnahme der Tätigkeit erstattet zu haben.

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und die „Zurückziehung“, gemeint wohl Aufhebung, des Straferkenntnisses beantragt. Es wurde wie folgt ausgeführt:
„Wie telefonisch besprochen leite ich eine Beschwerde ein, da ich als „Täter“ dargestellt werde. Ich hatte den selben prozentuellen Anteil wie Herr P S und Herrn C S und arbeitete ebenso gegen Entgelt.

Als sich herausstellte das von uns drei die Abgaben nicht Ordnungsgemäß abgeführt wurden und dann auch noch die Vernehmung von Herrn S und S stattgefunden hat, bemerkten wir das etwas nicht stimmt. Aus diesem Grund sind wir alle aus der OG ausgestiegen und ich eröffnete ein Einzelunternehmen um schnell an Geld zu kommen und unsere Schulden abbezahlen zu können. Leider waren diese schon viel zu hoch und muss nun jetzt Insolvenz anmelden. Herr S und Herr S waren bei mir als Dienstnehmer dann ab dem 21.7.2020 angemeldet.

Als wir den Vertrag mit der S T OG erstellten waren wir wohl dümmer als erlaubt und informierten uns nicht da natürlich mein Vater C S einen großen vertrauensvorschuss hatte.

Als ich das erste Mal um eine Stellungnahme gebeten wurde war ich gerade dabei das Einzelunternehmen aufzubauen was natürlich nicht ganz so leicht ist. Gerade in dieser schwierigen Situation mit Corona und einen schönen Rucksack gefüllt mit Schulden bei der Sva und beim Finanzamt. Da habe ich nur meinen Vater und den Steuerberater angerufen die Sache zu klären weil ich nichts damit zu tun habe.

Ich bitte Sie um eine ausführliche Kontrolle damit Sie meine Unschuld sehen und

mir den Vorwurf zurückziehen. Falls Sie uns für irgendwelche Befragungen benötigen können Sie uns jederzeit erreichen.“

3. Der Magistrat der Landeshauptstadt Linz hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt vorgelegt.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme sowie durch Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 2. Februar 2022, zu welcher die Parteien geladen wurden und erschienen sind. Weiters wurden die Zeugen FOI. M S, Amt für Betrugsbekämpfung, P-I S und C-N S geladen und einvernommen.

4.1. Folgender Sachverhalt steht fest:

Der Beschwerdeführer war seit 28.4.2017, eingetragen ins Firmenbuch am 12.5.2017, unbeschränkt haftender Gesellschafter der S T OG mit Geschäftsanschrift W X, X L. Tatsächlich wurden an dieser Geschäftsanschrift keine Geschäfte geführt, sondern ausschließlich an der Anschrift A, B X, an welchem Standort auch die S OG eingetragen war. Beide Firmen wurden von diesem Standort aus geführt und wurden dort auch Geschäftsunterlagen geführt und vom Amt für Betrugsbekämpfung eingesehen. Gleichzeitig handelte es sich auch um den Wohnsitz des N C S. Sowohl die S OG als auch die S T OG hatten als Geschäftszweig Trockenbau.
Nach dem Gesellschaftsvertrag vom 28.4.2017 ist der Beschwerdeführer Gesellschafter neben seinem Vater N C S, P-I S, B-I R und C-N S. Die Beteiligung des Beschwerdeführers beträgt 30 %, die seines Vaters ebenfalls 30 %, die von S und S je 17,5 % und von R 5 %. Nach Punkt 5 des Vertrages sind alle Gesellschafter selbständig zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt. Tatsächlich führte N C S, Vater des Beschwerdeführers, das Unternehmen zusammen mit dem Beschwerdeführer, wobei C S hauptsächlich im Büro tätig war und für die Akquisition, Aufteilung der Baustellen, Zuweisung der Baustellen, Abrechnung und Verteilung der Gewinne zuständig war. Der Beschwerdeführer, weil er der deutschen Sprache mächtig war, hat auch bei der Akquisition mitgeholfen. Er hat auch das Personal beigeschafft und Personalentscheidungen getroffen. Er hat aber auch an den Baustellen im Trockenbau mitgearbeitet. Aufgrund der Sprachkenntnisse gab der Beschwerdeführer auch Anweisungen auf der Baustelle an die übrigen Gesellschafter, was zu welcher Zeit auf der Baustelle zu machen war. N C S war hingegen fast nie auf einer Baustelle. Die weiteren Gesellschafter S und S waren hingegen nur auf Baustellen tätig. Sie waren der deutschen Sprache nicht mächtig. Sie führten ausschließlich Trockenbauarbeiten und ausschließlich für das genannte Unternehmen durch. Es gab keine Arbeitszeitaufzeichnungen, allerdings fixe Arbeitszeiten, nämlich 8 Stunden an 5 Tagen in der Woche. Es wurde nur für die S T OG gearbeitet. Auch vor dem Gesellschaftsvertrag wurde für keine andere Firma gearbeitet. S wurde vom Beschwerdeführer in Rumänien

angesprochen im Jahr 2016 und nach Österreich geholt. Auch C-N S, ein Freund von S, wurde vom Beschwerdeführer angesprochen. Die Idee zum Gesellschaftsvertrag hatte C S und dieser war auch der Führer über die Gesellschaft. S und S waren nur auf der Baustelle tätig. S gab auch ein monatliches Gehalt von ca. 1.500 Euro an und wusste von einer Prozentbeteiligung nichts. S war lt. ELDA-Abfrage vom 15.1.2016 bis 26.2.2016 von der S T OG als Arbeiter zur Sozialversicherung, seit 4.3.2016 laufend zur Sozialversicherung der Selbständigen gemeldet. S war von 3.3.2017 bis 28.4.2017 von der S T OG als Arbeiter zur Sozialversicherung gemeldet. Beide haben für keine andere Firma in Österreich gearbeitet.

Mit Juli 2020 ist der Beschwerdeführer aus dem OG-Vertrag ausgestiegen und hat ein eigenes Unternehmen gegründet, wobei S und S dann in seinem Unternehmen arbeiteten. Dieses Unternehmen wurde insolvent. Daraufhin hat S ein eigenes Einzelunternehmen gegründet und beschäftigt nunmehr den Beschwerdeführer und S als unselbständig Erwerbstätige. Dieses Einzelunternehmen hat ebenfalls den Standort in A.
Der Beschwerdeführer gibt eine Teilzeitbeschäftigung mit 20 Wochenstunden und einen Nettoverdienst monatlich von ca. 1.100 Euro an. Er ist sorgepflichtig für zwei Kinder.

4.2. Dieser Sachverhalt gründet sich auf die Feststellungen und Niederschriften durch die Finanzpolizei sowie auch auf die in der öffentlichen mündlichen Verhandlung gemachten Aussagen der Zeugen. Diese widersprechen sich nicht und können als glaubwürdig der Entscheidung zu Grunde gelegt werden. Im Übrigen wird der Sachverhalt auch vom Beschwerdeführer nicht bestritten, sondern in der Beschwerde auch zugestanden.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Gemäß § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG, BGBl. Nr. 189/1955 idF. BGBl. I Nr. 105/2019, haben die Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach diesem Bundesgesetz in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Vollversicherte und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden und binnen sieben Tagen nach dem Ende der Pflichtversicherung abzumelden. Die An(Ab)meldung durch den Dienstgeber wirkt auch für den Bereich der Unfall- und Pensionsversicherung, soweit die beschäftigte Person in diesen Versicherungen pflichtversichert ist.

Gemäß § 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 Entgeltes verweist. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

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 § 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 die Meldung zur Pflichtversicherung 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 € 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 (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend. Ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre (Abs. 3).

5.2. Der Verwaltungsgerichtshof führt in seinem Erkenntnis vom 24.4.2014, Zl. 2012/08/0081, aus:
„Dienstnehmer ist gemäß § 4 Abs. 2 ASVG 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. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer gemäß § 47 Abs. 1 iVm Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist. Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21.02.2001, Zl. 96/08/0028).
Ob bei Erfüllung der übernommenen Arbeitspflicht die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jener persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffspaares – 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 einer Beschäftigung (z.B. aufgrund eines freien Dienstvertrages im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG) – nur beschränkt ist (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10.12.1986, VwSlg. Nr. 12325/A).
Unterscheidungskräftige Kriterien der Abgrenzung der persönlichen Abhängigkeit von der persönlichen Unabhängigkeit sind nur die Bindungen des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse, 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 Empfängers der Arbeit) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt.“ (vgl. so auch VwGH vom 20.03.2014, Zl. 2012/08/0024).

Weiters führt der Verwaltungsgerichtshof aus: „Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG (und damit für ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) ist die persönliche Arbeitspflicht (vgl. zum Folgenden die hg. Erkenntnisse vom 25.6.2013, Zl. 2013/08/0093, und vom 15.7.2013, Zl. 2013/08/0124). Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG schon deshalb nicht vor (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25.4.2007, VwSlg. 17185/A).“

„Die persönliche Arbeitspflicht fehlt andererseits auch dann, wenn einem Beschäftigten ein ‚sanktionsloses Ablehnungsrecht‘ zukommt, wenn er also die Leistung bereits übernommener Dienste jederzeit nach Gutdünken ganz oder teilweise sanktionslos ablehnen kann. Der Empfänger der Dienstleistungen kann unter solchen Umständen nicht darauf bauen und entsprechend disponieren, dass

dieser Beschäftigte an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit für Dienstleistungen vereinbarungsgemäß zur Verfügung steht“ (VwGH vom 24.4.2014, Zl. 2013/08/0258).

Dabei liegt sämtlicher Judikatur des VwGH zugrunde, dass „persönliche Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit“ vorliegt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner ständigen Rechtsprechung, z.B. Erkenntnis vom 29.4.2015, 2013/08/0196, zur Frage, ob die Merkmale eines der Pflichtversicherung nach dem ASVG unterliegenden Dienstverhältnisses gegeben sind, ausgeführt, dass es nicht (primär) auf die vertragliche Vereinbarung bzw. auf die Bezeichnung des Vertrages ankommt, sondern auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit (vgl. § 539a Abs. 1 ASVG). Für die Beurteilung der Frage, ob ein auf einem Vertrag beruhendes Beschäftigungsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit besteht, kommt dem Vertrag zwar zunächst die Vermutung seiner Richtigkeit zu, d.h. es ist davon auszugehen, dass er den wahren Sachverhalt widerspiegelt. Soweit ein Vertrag von den tatsächlichen Gegebenheiten nicht abweicht, ist er als Teilelement der vorzunehmenden Gesamtbeurteilung in diese einzubeziehen, weil er die von den Parteien in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt. Weicht die tatsächliche Ausübung der Beschäftigung aber vom Vertrag ab, ist nicht primär der Vertrag maßgebend, sondern dann sind die wahren Verhältnisse entscheidend, d.h. ob bei der tatsächlichen und nicht bloß vereinbarten Art der Beschäftigung die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen (mit weiteren Judikaturnachweisen). So hat der Verwaltungsgerichtshof z.B. in seinem Erkenntnis vom 28.1.2015, 2013/08/0048, hinsichtlich einer Verwendung für Reinigungsarbeiten, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und ihre Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum erlauben und typischerweise den Inhalt eines Dienstverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bilden, in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte als der Meldepflicht nach dem ASVG unterworfener Beschäftigung bestätigt. Auch im Erkenntnis vom 24.4.2014, 2012/08/0177, bestätigt er, dass berechtigt von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn ausgegangen werden kann, wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen, d.h. arbeitend, unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen. Spricht also die Vermutung für ein Dienstverhältnis, dann muss die Partei ein ausreichend substantiiertes Vorbringen erstatten, aus dem man anderes ableiten könnte.

5.3. Dem Beschwerdeführer wird im angefochtenen Straferkenntnis vorgeworfen, die namentlich genannten Personen S und S, rumänische Staatsangehörige, in

persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit ohne Anmeldung zur Sozialversicherung beschäftigt zu haben.
Im Sinn der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kommt es für die Beurteilung, ob ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt, auf das Gesamtbild und den wahren wirtschaftlichen Gehalt der konkret ausgeübten Tätigkeit an.
Es ist gegenständlich von einem Arbeitsverhältnis auszugehen, weil im Verfahren keine Umstände hervorgetreten sind, die einer solchen Deutung entgegenstehen würden (VwGH 19.12.2012, 2012/09/0165). Nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt liegt – trotz des vorliegenden Gesellschaftsvertrages – kein gelebtes selbständiges Erwerbsverhältnis aller Gesellschafter mit den nach dem Unternehmensrecht geregelten Rechten und Pflichten vor. Insbesondere gaben die beiden Gesellschafter S und S an, dass es lediglich um die Arbeitsaufnahme in Österreich und Erzielung des Lebensunterhaltes ging. Auch wurden sie vom Beschwerdeführer in Rumänien angesprochen und wurde ihnen Arbeit angeboten. Auch haben sie selber keine Aufträge lukriert oder Verträge abgeschlossen, sondern wurden ihnen vom Beschwerdeführer bzw. dessen Vater die Baustellen zugewiesen. Auch wurde vom Beschwerdeführer eingeteilt, wer welche Tätigkeiten auf der Baustelle zu erledigen hat. Insbesondere ist aber auch hervorzuheben, dass die beiden Gesellschafter der Sprache nicht mächtig waren um entsprechende Verträge abzuschließen oder ein Geschäftsverhältnis aufrecht zu erhalten. Vielmehr musste ihnen auf der Baustelle vom Beschwerdeführer die jeweilige Aufgabe erklärt werden. Auch sind sie lediglich angelernte Trockenbauer. Ein weiteres Indiz für eine unselbständige Tätigkeit ist auch, dass beide schon vor der Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrages für die Firma in unselbständiger Arbeit tätig waren und daher der Gesellschaftsvertrag nur zum Schein abgeschlossen wurde, allerdings die Vorgehensweise die gleiche blieb. Bei der Einvernahme gaben die Beschäftigten auch an, dass es ihnen lediglich um die Aufnahme von Arbeit in Österreich ging. Sie wussten nicht einmal Bescheid über ihr „Beteiligungsverhältnis“, sondern ging es um ein monatliches gesichertes Einkommen. Daraus resultiert schon deutlich die persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit der beiden Beschäftigten. Auch lag eine geregelte Arbeitszeit von meist 8 Stunden, 5 Tage in der Woche vor. Auch dies ist ein Zeichen für eine unselbständige Tätigkeit. Eine Eigenständigkeit und Entscheidungsfreiheit war hingegen nicht ersichtlich und nicht gegeben. Vielmehr waren sie auf Anweisungen des Beschwerdeführers angewiesen und kann auch aufgrund der einfachen Tätigkeit eine stille Autorität angenommen werden. Sowohl vor Abschluss des Gesellschaftsvertrages als auch während der Tätigkeit nach Abschluss des Vertrages am 28.4.2017 waren die beiden ausländischen Staatsangehörigen bei keiner anderen Firma beschäftigt, sodass zweifelsfrei von einer persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit und daher von einem Beschäftigungsverhältnis gemäß § 4 ASVG ausgegangen werden kann.
Da eine Meldung zur Sozialversicherung nach dem ASVG nicht erfolgt ist, wurde der objektive Tatbestand gemäß § 33 iVm § 111 Abs. 1 Z. 1 ASVG erfüllt. Als

unbeschränkt haftender Gesellschafter der S T OG hat der Beschuldigte die Übertretung gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten.
Da aber erst mit Vertragsabschluss und Einräumung einer uneingeschränkten Vertretungsbefugnis mit 28.4.2017 eine Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers begründet wurde, musste der vorgeworfene Tatzeitraum hinsichtlich des Ausländers S entsprechend eingeschränkt werden. Eine dem 28.4.2017 vorausgehende Verantwortlichkeit ist aktenkundig nicht nachgewiesen.

5.4. 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 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 aus.
Solange der Täter bei einem ihm vorgeworfenen Ungehorsamsdelikt nicht glaubhaft gemacht hat, dass ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften ohne sein Verschulden unmöglich gewesen ist, hat das Verwaltungsgericht anzunehmen, dass der Verstoß bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte vermieden werden können (VwGH 16.09.2020, Ra 2019/09/0143).

Eine Entlastung ist dem Beschuldigten nicht gelungen. Vielmehr hat das Beweisverfahren, insbesondere auch durch die Aussagen der beiden Ausländer ergeben, dass zwar der Beschwerdeführer auch im Trockenbau auf den Baustellen mitgearbeitet hat, aber dass er auch im Büro tätig war und auch Aufträge akquirierte. Insbesondere war aber der Beschwerdeführer auch dahingehend tätig, dass er Personal beschaffte, wie z.B. eben auch die angeführten Ausländer. Dass er sich vor Aufnahme der geschäftlichen Tätigkeiten des Unternehmens bei der Behörde entsprechend erkundigt hätte, wurde vom Beschwerdeführer nicht behauptet und nicht nachgewiesen und ist daher von einer Sorgfaltsverletzung des Beschwerdeführers auszugehen, die ihm auch zuzurechnen ist. Einem gewerblich Erwerbstätigen kann zugemutet werden, dass er die der Erwerbsausübung zu Grunde liegenden Vorschriften kennt bzw. bei Unkenntnis sich deren Kenntnis verschafft. Es ist daher jedenfalls von fahrlässiger Tatbegehung auszugehen.

5.5. 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.

Von der belangten Behörde wurde je Beschäftigten die Mindeststrafe verhängt. Die Behörde hat die Unbescholtenheit mildernd gewertet und mangels Angaben ein monatliches Nettoeinkommen von 2.000 Euro und keine Sorgepflichten zu Grunde gelegt.
Dagegen hat der Beschwerdeführer in der mündlichen Verhandlung seine Einkommensverhältnisse als deutlich geringer dargelegt, nämlich mit einem monatlichen Nettoeinkommen von 1.100 Euro und er hat Sorgepflichten für zwei Kinder vorgebracht. Dies musste bei der Strafbemessung entsprechend berücksichtigt werden. Die Unbescholtenheit hat bereits die belangte Behörde strafmildernd gewertet. Dazu kommt jedoch auch, dass der Beschwerdeführer nunmehr nicht mehr ein eigenes Unternehmen führt, sondern nunmehr unselbständig erwerbstätig ist, sodass eine unmittelbare Wiederholungsgefahr nicht mehr besteht. Auch musste die Einschränkung des Tatzeitraumes hinsichtlich des Beschäftigten S entsprechend bei der Strafbemessung berücksichtigt werden. Weil nunmehr ähnliche Tatzeiträume hinsichtlich beider Beschäftigter gegeben sind, konnte eine Strafe in gleicher Höhe festgelegt werden. Im Grunde der aufgezeigten zu berücksichtigenden Bemessungsgründe und auch im Grunde des Umstandes, dass seit der Tatbegehung bereits eine lange Verfahrensdauer gegeben ist, musste mit einer Strafherabsetzung gemäß § 20 VStG vorgegangen werden. Die nunmehr je Beschäftigten verhängte Geldstrafe ist aber erforderlich auf Grund des Unrechtsgehaltes der Tat und um auch entsprechend der langen Beschäftigungsdauer ohne Meldung eine abschreckende generalpräventive Wirkung zu erzielen. Die verhängten Geld- und Ersatzfreiheitsstrafen waren aber

auch insofern spezialpräventiv erforderlich, da der Beschwerdeführer zwar nunmehr in unselbständiger Tätigkeit aber trotzdem in realistischer Betrachtungsweise in gleicher Funktion im Einzelunternehmen des Ausländers S tätig ist. Im Hinblick auf die lange Beschäftigungsdauer ohne Meldung zur Sozialversicherung ist durch Entgang von Beiträgen ein erheblicher Schaden entstanden. Es kann daher nicht von Geringfügigkeit des Verschuldens ausgegangen werden, sodass schon aufgrund des Fehlens einer der kumulativ erforderlichen Voraussetzungen vom Absehen von der Strafe oder von einer Ermahnung gemäß § 45 Abs. 1 Z. 4 VStG nicht Gebrauch zu machen war.

5.6. Gemäß der Herabsetzung der Geldstrafen war auch der entsprechende Verfahrenskostenbeitrag erster Instanz auf 10 % der nunmehr verhängten Geldstrafen, das sind insgesamt 100 Euro, gemäß § 64 Abs. 1 und 2 VStG herabzusetzen. Weil die Beschwerde zumindest teilweise Erfolg hatte, entfällt ein Kostenbeitrag 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 Ab. 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 in der mündlichen Verhandlung aufgenommenen Beweise und deren Würdigung; auch wurde nicht von der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen.

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

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den

Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s e

1) Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

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

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

2) Bitte erachten Sie die von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelte Vorschreibung als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde eine aktualisierte Vorschreibung zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt