LVwG
OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: (0732) 7075-18004 / Fax: (0732) 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / http://www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen: **LVwG-301033/10/BMa/AKe**

Datum: **Linz, 6. Februar 2017**

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Mag.[a] Bergmayr-Mann über die Beschwerde des F.G., vertreten durch Mag. W.K., Rechtsanwalt in L., gegen den Bescheid des Magistrats der Landeshauptstadt Linz vom 18. März 2016, GZ: 0023551/2015, wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (im Folgenden: ASVG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 26. September 2016

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) wird der Beschwerde Folge gegeben, der angefochtene Bescheid aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 3 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) iVm § 45 Abs. 1 Z 2 VStG iVm § 38 VwGVG eingestellt.

II. Gemäß § 52 Abs. 9 VwGVG und § 66 Abs. 1 VStG iVm § 38 VwGVG hat der Beschwerdeführer weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens beim Landesverwaltungsgericht noch einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vor der belangten Behörde zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I.

1.1. Mit dem in der Präambel angeführten Bescheid wurde der Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wie folgt schuldig erkannt und bestraft:

„**I. Tatbeschreibung:**

Der Beschuldigte, Herr F.G., geb. x, hat als unbeschränkt haftender Gesellschafter der Firma G. KG, X, L., welche für die Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Meldepflicht keinen Bevollmächtigten bestellt hat und somit als nach § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher, folgende Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes zu verantworten:

Die oa. Firma hat als Dienstgeber im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG, am 22.04.2014 von 09:30 Uhr bis 10:10 Uhr (Kontrollzeitpunkt), Herrn G. B., geb. x, als pflichtversicherten Dienstnehmer, in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt (Anspruch iSd. §49 ASVG), im Lokal D., X, L., als Kellner (Servieren von Getränken) beschäftigt.

Der in Rede stehende Beschäftige war der Firma organisatorisch sowie hinsichtlich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit maßgeblich unterworfen. Auch bestand eine persönliche Arbeitsverpflichtung und Weisungsgebundenheit.

Für die Behörde war im vorliegenden Fall von einem Arbeitsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt auszugehen, da Unentgeltlichkeit nicht ausdrücklich vereinbart wurde und somit ein angemessenes Entgelt gem. § 1152 ABGB als bedungen gilt. Die Höhe des Entgelts lag über der Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs. 2 ASVG.

Obwohl dieser Dienstnehmer nicht von der Vollversicherung im Sinne des § 5 ASVG ausgenommen und daher in der Kranken- Unfall- und Pensionsversicherung vollversichert ist, wurde hierüber eine, zumindest mit den Mindestangaben ausgestattete, Meldung, bei der gem. § 30 ASVG örtlich zuständigen Gebietskrankenkasse, als zuständiger Sozialversicherungsträger, nicht vor Aufnahme der Tätigkeit, erstattet.

Die gegenständliche Firma hat somit gegen die sozialversicherungsrechtliche Meldepflicht des § 33 Abs. 1 ASVG verstoßen.

II. Verletzte Verwaltungsvorschriften in der jeweils gültigen Fassung:

§ 33 Abs. 1 iVm § 111 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz

III. Strafausspruch:

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von	Falls diese uneinbringlich ist,	Gemäß
€ 730,00	112 Stunden	§ 111 ASVG

IV. Kostenentscheidung:
Als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens haben Sie 10% der verhängten Strafe zu leisten: **€ 73,00**

Rechtsgrundlage in der jeweils gültigen Fassung:
§ 64 (1) und (2) Verwaltungsstrafgesetz
Der zu zahlende **Gesamtbetrag** (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher **€ 803,00.**

V. Zahlungsfrist:

Wird keine Beschwerde erhoben, ist der Gesamtbetrag (Strafe/Verfahrenskosten) in der Höhe von € 803,00 binnen zwei Wochen nach Rechtskraft des Bescheides mittels beiliegendem Erlagschein einzuzahlen. Sonst müsste die zwangsweise Einbringung veranlasst werden."

1.2. Mit der rechtzeitig eingebrachten Beschwerde vom 13. April 2016, die dem LVwG Oö. am 25. April 2016 gemeinsam mit dem Bezug habenden Verwaltungsakt vorgelegt wurde, wurde die Aufhebung des Strafbescheids beantragt.
Das LVwG entscheidet gemäß § 2 VwGVG durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

2. Das LVwG Oö. hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt der belangten Behörde und am 26. September 2016 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der der Bf in rechtsfreundlicher Vertretung, ein Vertreter der Organpartei und ein Vertreter der belangten Behörde gekommen sind. Als Zeuge wurde B. G. einvernommen.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Mit der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 21. Jänner 2016 wurde dem Bf folgende Verwaltungsübertretung zur Last gelegt:

„Sie haben als unbeschränkt haftender Gesellschafter der Firma G. KG, X, L., welche für die Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Meldepflicht keinen Bevollmächtigten bestellt hat und somit als nach § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher, folgende Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes zu verantworten:

Die oa. Firma hat als Dienstgeber im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG, am 22.04.2014 von 09:30 Uhr bis 10:10 Uhr (Kontrollzeitpunkt), Herrn G. B., geb. x, als pflichtversicherten

Dienstnehmer, in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt (Anspruch iSd. § 49 ASVG), im Lokal D., X, L., als Kellner (Servieren von Getränken) beschäftigt.

Der in Rede stehende Beschäftige war der Firma organisatorisch sowie hinsichtlich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit maßgeblich unterworfen. Auch bestand eine persönliche Arbeitsverpflichtung und Weisungsgebundenheit.

Für die Behörde war im vorliegenden Fall von einem Arbeitsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt auszugehen, da Unentgeltlichkeit nicht ausdrücklich vereinbart wurde und somit ein angemessenes Entgelt gem. § 1152 ABGB als bedungen gilt. Die Höhe des Entgelts lag über der Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs. 2 ASVG.

Obwohl dieser Dienstnehmer nicht von der Vollversicherung im Sinne des § 5 ASVG ausgenommen und daher in der Kranken- Unfall- und Pensionsversicherung vollversichert ist, wurde hierüber eine, zumindest mit den Mindestangaben ausgestattete, Meldung, bei der gem. § 30 ASVG örtlich zuständigen Gebietskrankenkasse, als zuständiger Sozialversicherungsträger, nicht vor Aufnahme der Tätigkeit, erstattet
Die gegenständliche Firma hat somit gegen die sozialversicherungsrechtliche Meldepflicht des § 33 Abs. 1 ASVG verstoßen."

Im nunmehr bekämpften Bescheid vom 18. März 2016 erfolgte die oben dargestellte Verurteilung und Bestrafung des Bf (siehe Punkt 1.1. dieses Erkenntnisses).
Die Beschwerde des Bf vom 13.04.2016 bezieht sich auf die Datumsangabe „22.04.2014".
In der mündlichen Verhandlung wurde vom Rechtsvertreter des Bf vorgebracht, dem Beschwerdeführer sei eine Beschäftigung des B. G. im Jahr 2014 vorgeworfen worden, auch der Spruch des nunmehr bekämpften Strafbescheides führe den 22.04.2014 als Tatzeitpunkt an. Gegenständlich sei jedoch der Tatzeitpunkt 22.04.2015, der dem Beschwerdeführer nicht innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist vorgeworfen worden sei.

B. G. war wiederholt über Ersuchen des Beschwerdeführers in dessen Betrieb tätig.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorgelegten Verwaltungsstrafakt der belangten Behörde und dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 26. September 2016 widerspruchsfrei ergibt.
Sowohl vom Beschwerdeführer als auch vom Zeugen B. G. wurde übereinstimmend angegeben, dass B. G. über Ersuchen des Beschwerdeführers wiederholt in dessen Betrieb tätig war.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das LVwG Oö. erwogen:

3.3.1. Gemäß § 44a hat der Spruch, wenn er nicht auf Einstellung lautet, zu enthalten:

1. die als erwiesen angenommene Tat;
2. die Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist;
3. die verhängte Strafe und die angewendete Gesetzesbestimmung;
4. den etwaigen Ausspruch über privatrechtliche Ansprüche;
5. im Fall eines Straferkenntnisses die Entscheidung über die Kosten.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 3 hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn
1. die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet;
2. der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen;
3. Umstände vorliegen, die die Verfolgung ausschließen;
4. die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind;
5. die Strafverfolgung nicht möglich ist;
6. die Strafverfolgung einen Aufwand verursachen würde, der gemessen an der Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und der Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat unverhältnismäßig wäre.

Nach der ständigen Judikatur des VwGH muss der Spruch, wenn er nicht auf Einstellung lautet, jene Tat so eindeutig umschreiben, dass kein Zweifel darüber besteht, wofür der Täter bestraft worden ist. Der Spruch muss den Beschuldigten einerseits in die Lage versetzen, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten, um eben diesen Tatvorwurf zu widerlegen und andererseits geeignet sein, den Bestraften rechtlich davor zu schützen, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden.

Ergibt sich aus dem gesamten Akteninhalt eindeutig, dass es sich bei der Anführung eines Jahres (statt richtig eines anderen Jahres) im Spruch des erstinstanzlichen Straferkenntnisses um ein offenbares (für jedermann erkennbares) Versehen handelt, so wird dadurch die Identität der als erwiesen angenommenen Tat iSd § 44a Z 1 VStG nicht in Zweifel gesetzt. Darauf, nämlich auf die Identität der Tat und ihre allfällige Abgrenzung zu anderen ähnlichen Straftaten zu anderen Tatzeitpunkten kommt es iSd § 44a Z 1 VStG an (vgl. VwGH 21.04.1994, 93/09/0423).

3.3.2. In der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 21. Jänner 2016 erfolgte die Konkretisierung der Tatzeit durch Nennung des Datums „22.04.2014". Nähere Umstände, aus denen geschlossen werden hätte können, dass es sich bei der Anführung des Jahres „2014" um einen Schreibfehler handelt und die Kontrolle

im Jahr 2015 stattgefunden hat bzw. solche, aus denen hervorgegangen wäre, dass es sich um die am 22.04.2015 durchgeführte Kontrolle gehandelt hat, ergeben sich nur durch Anführung des im Lokal angetroffenen Neffen des Beschwerdeführers und der von diesem ausgeübten Tätigkeit (Kellner, Servieren von Getränken).

Zwar ist in der Begründung des bekämpften Straferkenntnisses Bezug genommen worden auf die Kontrolle am „22.04.2015" (obwohl im Spruch des bekämpften Bescheids „22.04.2014" angeführt wurde), dennoch bezieht sich die Beschwerde vom 13.04.2016 auf die Datumsangabe „22.04.2014".

Wie sich aus den Feststellungen ergibt, war B. G. über Ersuchen des Bf über einen längeren Zeitraum immer wieder in dessen Lokal tätig. Damit aber war für den Beschwerdeführer allein aufgrund des Datums „22.04.2014" nicht erkennbar, dass die Aufforderung zur Rechtfertigung (und auch die Datumsangabe im bekämpften Bescheid) sich auf eine am 22.04.2015 stattgefunden habende Kontrolle gestützt hat und es sich beim Jahr 2014 lediglich um einen Schreibfehler gehandelt hat.

Weil innerhalb der ein Jahr betragenen Verfolgungsverjährungsfrist des § 111 Abs. 3 keine geeigneten die Tat des Beschwerdeführers hinreichend konkretisierenden Verfolgungshandlungen gesetzt wurden, war das bekämpfte Straferkenntnis ersatzlos aufzuheben und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 und 3 einzustellen.

Zu II.

Bei diesem Verfahrensergebnis hat der Bf gemäß § 52 Abs. 9 VwGVG und § 66 Abs. 1 VStG iVm § 38 VwGVG weder einen Kostenbeitrag für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht noch einen Betrag zu den Kosten des Strafverfahrens vor der belangten Behörde zu tragen.

Zu III.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Insbesondere weicht die gegenständliche Entscheidung von der als einheitlich zu beurteilenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nichts ab.

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

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag.[a] Bergmayr-Mann