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-302632/4/Py/PP**

Datum: **Linz, 23. März 2020**

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde des M F, x, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 21. Oktober 2019, GZ: BHLL/919100024828/19, betreffend Verwaltungsübertretungen nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG)

zu Recht:

**I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.**

**II. Es entfällt die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen.**

**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 Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (in der Folge: belangte Behörde) vom 21. Oktober 2019, GZ: BHLL/919100024828/19, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 111 iVm § 133 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) zu Spruchpunkt 1. eine Geldstrafe in Höhe von 1.460 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 9 Tage 9 Stunden) und zu Spruchpunkt 2. eine Geldstrafe von 730 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 4 Tage 16 Stunden) verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 219 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„1. Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als Außenvertretungsbefugter der A M GmbH mit Sitz in x, x, gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass diese Firma als Dienstgeber
Herrn H K H, geb. xx.xx.xxxx,
zumindest von 29.5.2018 bis 18.4.2019, als Dienstnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt hat, ohne vor Arbeitsantritt (29.5.2018) eine zumindest mit den Mindestangaben ausgestattete Meldung bei der O G mit Sitz in x, x, als zuständiger Sozialversicherungsträger zu erstatten.
Dieser Sachverhalt wurde von Organen des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr bei einer Kontrolle am 18.4.2019 um 17:24 Uhr, sowie durch Abfragen im Hauptverband festgestellt.

2. Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als Außenvertretungsbefugter der A M GmbH mit Sitz in x, x, gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass diese Firma als Dienstgeber
Herrn G K, gebx,
zumindest von 27.8.2018 bis 30.9.2018, als Dienstnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit als Hilfsarbeiter gegen Entgelt (1.450,-- € netto pro Monat) beschäftigt hat, ohne vor Arbeitsantritt (27.8.2018, 7:00 Uhr) eine zumindest mit den Mindestangaben ausgestattete Meldung bei der O G mit Sitz in x, x, als zuständiger Sozialversicherungsträger zu erstatten.
Die verpflichtende Meldung wurde erst 1.10.2018 und somit verspätet erstattet.
Dieser Sachverhalt wurde von Organen des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr bei einer Kontrolle am 18.4.2019 um 17:24 Uhr, sowie durch Abfragen im Hauptverband festgestellt."

In der Begründung führt die belangte Behörde unter Wiedergabe des Verfahrensganges und der Rechtsgrundlagen zusammengefasst aus, dass die Verwaltungsübertretungen dem Beschuldigten aufgrund der Feststellungen des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr zur Last gelegt wurden. Von der Möglichkeit, sich zum gegenständlichen Sachverhalt zu äußern, habe er keinen Gebrauch gemacht und ergibt sich daher, dass der Beschuldigte die genannten Personen zumindest

während der jeweils angeführten Zeiträume in seinem Unternehmen als Dienstnehmer beschäftigt hat, ohne sie vor Arbeitsbeginn zur Sozialversicherung anzumelden.

Abschließend legt die belangte Behörde ihre für die Strafbemessung maßgeblichen Gründe dar.

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig vom Bf eingebrachte Beschwerde in der er zu Spruchpunkt 1. ausführt, dass Herr H H laut dem beiliegenden Schreiben der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land als gewerberechtlicher Geschäftsführer per 17. Dezember 2018 ausgeschieden ist und die H GmbH (Eigentümer Herr H H) bis zum Zeitpunkt der Löschung mit 40 % an der A M GmbH beteiligt war.

Zu Spruchpunkt 2. wird angeführt, dass jeder Mitarbeiter vor dem Tag des Eintritts bei der OÖGKK angemeldet wurde. Es gebe keinerlei Aufzeichnungen über einen früheren Arbeitsantritt (vor 1. Oktober). Das Unternehmen wisse nicht, wie dieses Phantasiedatum zustande gekommen sein sollte.

3. Mit Schreiben vom 12. Februar 2020 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses ist gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht. Des Weiteren wurde der Finanzpolizei Team 43 für das Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr als am Verfahren beteiligte Organpartei Gelegenheit gegeben, eine Stellungnahme zum Beschwerdevorbringen abzugeben. Die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 2 VwGVG entfallen.

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

Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma A M GmbH mit Sitz in x, x.

Aufgrund einer polizeilichen Anhaltung des serbischen Staatsangehörigen G K, geb. xx.xx.xxxx, am 18. April 2019 wurde festgestellt, dass dieser über keine gültige Beschäftigungsbewilligung verfügt, jedoch laut Sozialversicherungsabfrage bei der Firma A M GmbH in x, x, als Arbeiter beschäftigt ist. Die daraufhin kontaktierte Finanzpolizei bat Herrn K, ein Personenblatt in serbischer Sprache auszufüllen. Zunächst war sich Herr K nicht sicher, an welchem Tag sein genauer Arbeitsbeginn bei der Firma A M GmbH war, es sei Ende August oder Anfang September gewesen. Es habe sich um einen Montag gehandelt weshalb letztlich

das Datum des letzten Montags im August 2018 in das Personenblatt eingefügt und von Herrn K mit seiner Unterschrift bestätigt wurde.

Des Weiteren schien in einem von der Finanzpolizei im Anschluss an die Kontrolle am 24. April 2019 gerierten Ausdruck aus dem GISA (Gewerbeinformationssystem Austria) als gewerberechtliche Geschäftsführer der Firma A M GmbH Herr H K H, geb. xx.xx.xxxx, auf. Da dieser nicht zur Sozialversicherung bei der Firma A M GmbH angemeldet war, wurde auch diesbezüglich ein Strafantrag wegen Übertretung der sozialversicherungsrechtlichen Meldepflicht bei der belangten Behörde gestellt.

Aus einem Schreiben der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 10. Juli 2019 an die Firma A M GmbH geht hervor, dass Herr H K H mit 17. Dezember 2018 als gewerberechtlicher Geschäftsführer ausgeschieden ist. Laut Beschluss des Landesgerichtes Steyr vom 19. Dezember 2018, GZ: FN485248a 21Fr 4267/18g-2, in der Firmenbuchsache A M GmbH wegen Antrag auf Änderung, eingelangt am 18. Dezember 2018, wurde die Funktion des handelsrechtlichen Geschäftsführers H H, geb. xx.xx.xxxx, sowie die Funktion der H GmbH als Gesellschafterin des Unternehmens gelöscht.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt sowie den vom Bf vorgelegten Urkunden und Unterlagen.

Zu Spruchpunkt 1. ist beweiswürdigend festzuhalten, dass Herr H H per 17. Dezember 2018 als gewerberechtlicher Geschäftsführer des vom Bf vertretenen Unternehmens ausgeschieden ist. Dessen H GmbH war bis zu diesem Zeitpunkt mit 40 % an der A M GmbH beteiligt, Herr H war bis 19. Dezember 2018 als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma A M GmbH im Firmenbuch eingetragen.

Zu Spruchpunkt 2. ist beweiswürdigend auszuführen, dass sich Herr G K bei der Befragung durch die Finanzpolizei anlässlich der polizeilichen Kontrolle am 18. April 2019 über das genaue Datum seines Arbeitsantrittes bei der Firma A M GmbH offenbar nicht sicher war. Letztendlich wurde aufgrund seiner Schätzungen über den Arbeitsbeginn und aufgrund seiner Angaben, dass sein Arbeitsantritt an einem Montag stattgefunden habe, der 27. August 2018 als Arbeitsbeginn angenommen. Diesbezüglich ist jedoch festzuhalten, dass auch der – vom Bf als tatsächlicher Arbeitsbeginn angegebene – 1. Oktober 2018, an dem er vom Unternehmen auch zur Sozialversicherung angemeldet wurde, ebenfalls auf einen Montag fiel. Es wäre daher durchaus nachvollziehbar, dass sich Herr K - auch bedingt durch die allenfalls für ihn belastende Kontrollsituation - bei dem letztlich aufgrund einer Schätzung ermittelten tatsächlichen Arbeitsbeginn geirrt hat, immerhin lag dieser zum Zeitpunkt der Kontrolle bereits ein halbes Jahr zurück.

Dieser Widerspruch könnte daher nur durch eine Befragung des Herrn K als Zeuge im Rahmen einer öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich aufgeklärt werden. Da jedoch dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eine ladungsfähige Adresse des Herrn K nicht vorliegt, da dieser inzwischen laut aktueller Auskunft aus dem Zentralen Melderegister aus Österreich unbekannt verzogen ist, war es nicht möglich, eine Beschäftigung des Herrn G K in der Zeit vom 27. August 2018 bis 30. September 2018 als Dienstnehmer in dem vom Bf vertretenen Unternehmen zweifelsfrei festzustellen.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

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

Gemäß § 33 Abs. 1 ASVG, haben die Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach diesem Bundesgesetz in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Vollversicherte und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt beim zuständigen Kranken-versicherungsträger 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 § 111 Abs. 1 ASVG handelt ordnungswidrig, wer als Dienstgeber oder sonstige nach § 36 meldepflichtige Person (Stelle) oder als bevollmächtigte Person nach § 35 Abs. 3 entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes

1. Meldungen oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet oder
2. Meldungsabschriften nicht oder nicht rechtzeitig weitergibt oder
3. Auskünfte nicht oder falsch erteilt oder
4. gehörig ausgewiesene Bedienstete der Versicherungsträger während der Betriebszeiten nicht in Geschäftsbücher, Belege und sonstige Aufzeichnungen, die für das Versicherungsverhältnis bedeutsam sind, einsehen lässt.

§ 111 Abs. 2 ASVG besagt: Die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 ist von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu bestrafen, und zwar

- mit Geldstrafe von 730 Euro bis zu 2.180 Euro, im Wiederholungsfall von 2.180 Euro bis zu 5.000 Euro,
- bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen,

sofern die Tat weder den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet noch nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist. Unbeschadet der §§ 20 und 21 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 kann die Bezirksverwaltungsbehörde bei erstmaligem ordnungswidrigen Handeln nach Abs.1 die Geldstrafe bis auf 365 Euro herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

5.2. Zu Spruchpunkt 1. des angefochtenen Straferkenntnisses ist festzuhalten, dass die Organpartei den Strafantrag vom 8. Mai 2018 aufgrund einer Abfrage aus dem Gewerberegister gestellt hat. Zum damaligen Zeitpunkt war für die Finanzbeamten nicht ersichtlich, dass Herr H bereits mit 17. Dezember 2018 als gewerberechtlicher Geschäftsführer aus dem vom Bf vertretenen Unternehmen ausgetreten ist und in der Zeit davor als handelsrechtlicher Geschäftsführer im Unternehmen tätig und mit seiner Firma H GmbH an der A M GmbH beteiligt war. Das Vorliegen einer persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit im Sinn des ASVG kann daher bei Herrn H für den in Spruchpunkt 1. des angefochtenen Straferkenntnisses angeführten Zeitraum nicht festgestellt werden, weshalb das Straferkenntnis hinsichtlich dieses Spruchpunktes gemäß § 38 VwGVG iVm § 45 Abs. 1 Z 2 VStG zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen war, da der Bf die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat.

Zu Spruchpunkt 2. des angefochtenen Straferkenntnisses ist festzuhalten, dass die dem Bf vorgeworfenen Tat, nämlich die Beschäftigung des Herrn K als Dienstnehmer gegen Entgelt vom 27. August 2018 bis 30. September 2018 und somit bereits vor seiner Anmeldung beim zuständigen Sozialversicherungsträger nicht mit der für einen Schuldspruch erforderlichen Sicherheit festgestellt werden kann. Im Hinblick auf die im Strafverfahren geltende Unschuldsvermutung, wonach jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig gilt, war gemäß § 38 VwGVG iVm § 45 Abs. 1 Z 1 VStG ebenfalls zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen, da diese angelastete Übertretung nicht erwiesen werden konnte.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

II. Bei diesem Ergebnis entfällt die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen.

III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder

weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

**Es wird darauf hingewiesen, dass gemäß § 1 Abs. 1 iVm § 6 des Bundesgesetzes betreffend Begleitmaßnahmen zu COVID-19 im Verwaltungsverfahren, im Verfahren der Verwaltungsgerichte sowie im Verfahren des Verwaltungsgerichthofes und des Verfassungsgerichtshofes, BGBl. I Nr. 16/2020 (2. COVID-19-Gesetzes), alle Fristen, deren fristauslösendes Ereignis in die Zeit nach Inkrafttreten dieses Bundesgesetz fällt sowie Fristen, die bis zum Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes noch nicht abgelaufen sind, bis zum Ablauf des 30. April 2020 unterbrochen werden. Sie beginnen mit 1. Mai 2020 neu zu laufen.** Dies gilt nicht für verfassungsgesetzlich festgelegte Höchstfristen und für Fristen nach dem Epidemiegesetz 1950 (EpidemieG).

## 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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Panny