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-302818/2/Kü/PP

Datum:
Linz, 22. Oktober 2020

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde der M.G., vertreten durch W. GmbH, X, R., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Schärding vom 2. September 2020, GZ: BHSD/919140017654/19, wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Die Beschwerdeführerin hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde noch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu bezahlen.

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 Schärding vom 2. September 2020, GZ: BHSD/919140017654/19, wurde über die Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 111 Abs. 1 Z 1 iVm § 33 Abs. 1 und 1a Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) eine Geldstrafe von 900 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen und 18 Stunden verhängt.

Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„1. Datum/Zeit: 10.09.2019, 13:40 Uhr
Ort: R., Gewerbepark x, BVH X

Sie haben als handelsrechtliche Geschäftsführerin der Firma G. Gesellschaft m.b.H., X, K., und als DienstgeberIn im Sinne des § 35 Abs. 1 ASVG, welcher für die Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Meldepflicht keinen Bevollmächtigten bestellt hat, nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person handelt, seit 29.07.2019 und zumindest zum Zeitpunkt der Kontrolle am 10.09.2019 um 13:40 Uhr als Dienstnehmer(in) in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der OÖ. Gebietskrankenkasse als zuständiger Sozialversicherungsträger zur Pflichtversicherung angemeldet wurde.

Name: A.M., geb. x, ausgeübte Tätigkeit: Installation von Klimaleitungen, Entlohnung: laut Kollektiv;

Unentgeltlichkeit war nicht ausdrücklich vereinbart, weiters gilt für die Tätigkeit ein angemessenes Entgelt gemäß § 1152 ABGB als gedungen. Die Höhe des Entgelts lag über der Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs. 2 ASVG. Der/Die in Rede stehende Beschäftigte(r) war Ihnen als DienstgeberIn organisatorisch sowie hinsichtlich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit maßgeblich unterworfen. Auch bestand eine persönliche Arbeitsverpflichtung und Weisungsgebundenheit.

Die genannte Firma wäre als DienstgeberIn verpflichtet gewesen, den/die Beschäftigte(n) vor Arbeitsantritt anzumelden und wurde die Meldung nicht erstattet.

Die Beschäftigung wurde am 10.09.2019 um 13:40 Uhr im Zuge einer Kontrolle von Ermittlungs- und Erhebungsbeamten des Finanzamtes Grieskirchen Wels, Finanzpolizei, im Gewerbepark x, BVH X, R., wobei Herr A.M. beim Montieren einer Leitung für die Klimaanlage angetroffen wurde, sowie infolge der Aussagen in der am 10.09.2019 mit Herrn J.D. aufgenommenen Niederschrift festgestellt. Weiters wurde Herr A.M. als Arbeiter, DienstgeberIn Firma G. Gesellschaft m.b.H., und somit nach erfolgter Kontrolle durch Organe des Finanzamtes Grieskirchen Wels bei der Oö. Gebietskrankenkasse als zuständiger Sozialversicherungsträger angemeldet.“

1.2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde in der beantragt wird das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos aufzuheben.

Begründend wurde ausgeführt, dass die Bf neben ihrem Ehegatten handelsrechtliche Geschäftsführerin der G. Gesellschaft m.b.H. mit dem Sitz in K. sei. Wie die Bf bereits in der Rechtfertigung angegeben habe, trage sie aufgrund der erfolgten Bestellung von ihrem Ehegatten G.G. zum alleinigen verantwortlichen Vertretungsorgan im Sinne des § 9 Abs. 2 erster Satz VStG keine verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit für die gegenständlichen Straftatbestände.

Die Argumentation der belangten Behörde, wonach eine Übertragung der einer handelsrechtlichen Geschäftsführerin des Unternehmens gemäß §§ 33 und 34 ASVG obliegenden Pflichten auf Bevollmächtigte voraussetze, dass Name und Anschrift dieser Bevollmächtigten unter deren Mitfertigung dem zuständigen Versicherungsträger bekannt zu geben seien, sei hier unzutreffend. Die belangte Behörde übersehe dabei nämlich die zur Bestellung von verantwortlichen Vertretungsorganen ergangene aktuelle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 29.01.2020, Ra 2019/09/0058).

I.3. Die Bezirkshauptmannschaft Schärding als belangte Behörde hat die gegenständliche Beschwerde samt Verwaltungsstrafakt mit Schreiben vom 5. Oktober 2020 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt. Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme. Eine öffentliche mündliche Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 2 VwGVG entfallen, da bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass das Straferkenntnis aufzuheben ist.

I.5. Folgender Sachverhalt steht fest:

Die Bf ist neben ihrem Ehegatten, Herrn G.G., handelsrechtliche Geschäftsführerin der G. Gesellschaft m.b.H. mit dem Sitz in X, K.

Aufgrund einer zwischen der G. Gesellschaft m.b.H. und dem handelsrechtlichen Geschäftsführer, Herrn G.G., am 8. Februar 2018 abgeschlossenen Vereinbarung wurde Letztgenannter zum verantwortlichen Vertretungsorgan im Sinne der Bestimmungen des § 9 Abs. 2 erster Satz VStG für das gesamte Unternehmen bestellt. Herr G.G. hat in dieser Vereinbarung der Bestellung zum verantwortlichen Vertretungsorgan ausdrücklich zugestimmt und zur Kenntnis genommen, dass er bei Verstößen gegen Verwaltungsvorschriften durch die G. Gesellschaft m.b.H. von Verwaltungsbehörden persönlich zur Verantwortung gezogen werden kann.

Am 10. September 2019 führten Kontrollorgane des Finanzamtes Grieskirchen Wels auf der Baustelle Gewerbepark x, BVH X, R., eine Kontrolle der G. Gesellschaft m.b.H. durch. Bei dieser Kontrolle wurde der bosnische Staatsangehörige A.M. zusammen mit einem weiteren Arbeiter der G. Gesellschaft m.b.H. beim Montieren einer Leitung für die Klimaanlage angetroffen. Von den Kontrollorganen konnte nicht festgestellt werden, dass der Arbeiter M. zur Sozialversicherung gemeldet war bzw. für dessen Beschäftigung arbeitsmarktrechtliche Dokumente vorliegen.

Aufgrund dieser Kontrolle wurden gegen Herrn G.G. in seiner Funktion als handelsrechtlicher Geschäftsführer der G. Gesellschaft m.b.H. Verwaltungsstrafverfahren wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes sowie des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes eingeleitet. Die gegen den handelsrechtlichen Geschäftsführer ergangenen Straferkenntnisse wurden von diesem nicht in Beschwerde gezogen und sind somit in Rechtskraft erwachsen.

I.6. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Beschwerdevorbringen sowie der bereits im Verfahren vor der belangten Behörde vorgelegten Vereinbarung vom 8. Februar 2018, welche auch vollinhaltlich in der angefochtenen Entscheidung wiedergegeben wird. Insofern steht der Sachverhalt unbestritten fest.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

II.1. Im gegenständlichen Fall sind folgende Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG), BGBl Nr.52/1991 idgF, maßgeblich:

„Besondere Fälle der Verantwortlichkeit

§ 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.“

II.2. Die Bf ist mit ihrem Vorbringen, wonach aufgrund der zwischen der G. Gesellschaft m.b.H. und dem handelsrechtlichen Geschäftsführer G.G. getroffenen Vereinbarung dessen alleinige strafrechtliche Verantwortlichkeit im Sinne des § 9 Abs. 2 VStG gegeben ist, im Recht.

Bereits im erstinstanzlichen Verfahren wurde die besagte Vereinbarung vom 8. Februar 2018 vorgelegt und ergibt sich daraus eindeutig, dass aus dem Kreis der nach außen zur Vertretung Berufenen der handelsrechtliche Geschäftsführer G.G. zum verantwortlichen Vertretungsorgan der G. Gesellschaft m.b.H. bestellt wurde. Die Rechtswirksamkeit dieser Bestellung zum verantwortlich Beauftragten ist – entgegen der Ansicht der belangten Behörde – nicht an die schriftliche Mitteilung an den zuständigen Versicherungsträger im Sinne des § 35 Abs. 3 ASVG gebunden.

Wie die Bf zutreffend vorbringt, führt der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 29. Jänner 2020, Ra 2019/09/0058, betreffend die dem § 35 Abs. 3 ASVG vergleichbare Regelung des § 28a Abs. 3 AuslBG Folgendes aus:

„Die in § 28a Abs. 3 AuslBG für eine wirksame Bestellung aufgestellten Formalanforderungen beziehen sich ausschließlich auf den Fall einer nach § 9 Abs. 2 letzter Satz VStG zum verantwortlichen Beauftragten bestellten "anderen Personen" (vgl. VwGH 25.1.2019, Ro 2018/02/0016). Siehe in diesem Zusammenhang auch die Regelung des § 28a Abs. 4 AuslBG, wonach der Arbeitgeber den Widerruf der Bestellung und das Ausscheiden des verantwortlichen Beauftragten nach Abs. 3 der Abgabenbehörde unverzüglich mitzuteilen hat, was auf verantwortliche Vertretungsorgane von vornherein nicht anwendbar ist.
...
Die Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten aus dem Kreis der vertretungsbefugten Organe nach § 9 Abs. 2 erster Satz VStG (mit der Konsequenz des Fortfalls der Verantwortlichkeit der übrigen vertretungsbefugten Organe) ist auch für den Bereich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes strikt von der Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten aus dem Kreis der "anderen Personen" (mit der Konsequenz des originären Entstehens der Verantwortlichkeit dieser anderen Person unter gleichzeitigem Fortfall derjenigen der vertretungsbefugten Organe) zu unterscheiden. Die Vorschriften des § 28a Abs. 3 AuslBG über die Wirksamkeit der Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten sind daher nicht auf den Fall der Bestellung eines verantwortlichen Vertretungsorgans nach § 9 Abs. 2 erster Satz VStG anzuwenden.“

Gleiches hat auch für die vergleichbaren Regelungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes zu gelten, wonach im Sinne des § 35 Abs. 3 ASVG Name und Anschrift eines Bevollmächtigten und dessen Mitfertigung dem zuständigen Versicherungsträger bekanntzugeben sind. Die genannte Vorschrift ist sohin für das Wirksamwerden der Bestellung eines verantwortlich Beauftragten im gegenständlichen Fall nicht von Bedeutung.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass aufgrund der nachweislichen Bestellung des weiteren handelsrechtlichen Geschäftsführers der G. Gesellschaft m.b.H. zu deren alleinigen verantwortlichen Vertretungsorgan im Sinne des § 9 Abs. 2 erster Satz VStG die Bf keine verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit für Anmeldung und die Beschäftigung des ausländischen Staatsangehörigen trifft. Aus diesen Gründen war daher der Beschwerde zu folgen, das Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

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.

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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kühberger