



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38650
Telefax: (43 01) 4000 99 38650
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-041/036/33819/2014-11
R. K.

Wien, 26.06.2015

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Fritz über die Beschwerde des (1967 geborenen) Herrn R. K. gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 20.10.2014, Zl. MBA ... – S 14201/14, betreffend Übertretungen des § 111 AVSG, nach am 17.02.2015 durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht erkannt:

Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde in der Schuldfrage insoweit Folge gegeben, als bezüglich des Herrn E. D. (Spruchpunkt 2) der Tatvorwurf bezüglich des Monats April 2014 nicht weiter aufrechterhalten wird. Im Übrigen wird der Beschwerde in der Schuldfrage jedoch keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis insoweit bestätigt.

In der Straffrage wird der Beschwerde insofern Folge gegeben, als die beiden Geldstrafen von je 2.300,-- Euro auf je 2.180,-- Euro und die für den Fall der Uneinbringlichkeit festgesetzten Ersatzfreiheitsstrafen von je 6 Tagen und 10 Stunden auf je 4 Tage herabgesetzt werden.

Die Strafnorm lautet: § 111 Abs. 2 zweiter Strafsatz ASVG.

Dementsprechend verringert sich der erstinstanzliche Kostenbeitrag gemäß § 64 Abs. 2 VStG von je 230,-- Euro auf je 218,-- Euro.

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG wird dem Beschwerdeführer kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens auferlegt.

Die I.-gmbH haftet für die über Herrn R. K. verhängten Geldstrafen von insgesamt 4.360,-- Euro und die Verfahrenskosten in der Höhe von insgesamt 436,-- Euro sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gemäß § 9 Abs. 7 VStG zur ungeteilten Hand.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Der Beschwerdeführer (Bf) ist unbestrittenermaßen (alleiniger) handelsrechtlicher Geschäftsführer der I.-gmbH (in der Folge kurz: GmbH) mit dem Sitz in Wien und gemäß § 9 Abs. 1 VStG als zur Vertretung nach außen berufenes Organ für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften (hier: des ASVG) verantwortlich.

Mit Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk vom 20.10.2014 wurde der Bf schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer der GmbH mit Sitz in Wien, W. Straße, zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Dienstgeberin beim zuständigen Krankenversicherungsträger (der Wiener Gebietskrankenkasse) die als Portier beschäftigten Personen

- 1) G. Ka., geboren 1957, beschäftigt ab 01.10.2012 für 20 Stunden pro Woche bzw. 950,-- Euro pro Monat und
- 2) E. D., geboren 1984, beschäftigt ab 01.08.2013 als geringfügig beschäftigten Arbeiter

versichert gemeldet habe, obwohl

- 1) G. Ka. im März 2014 durchschnittlich zumindest 35 Stunden pro Woche für ein Gesamtentgelt von 1.500,-- Euro und
- 2) E. D. im Februar 2014 durchschnittlich zumindest 15 Stunden pro Woche und im April 2014 durchschnittlich zumindest 14 Stunde pro Woche für ein Gesamtentgelt von jeweils mehr als 395,31 Euro

von dieser beschäftigt worden seien. Der Bf habe dadurch § 33 Abs. 1 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) iVm § 111 Abs. 1 Z. 1 ASVG verletzt. Wegen diesen Verwaltungsübertretungen wurden über den Bf gemäß § 111 Abs. 2 erster Strafsatz leg.cit. zwei Geldstrafen von je 2.300,-- Euro (zusammen 4.600,-- Euro), falls diese uneinbringlich seien, zwei Ersatzfreiheitsstrafen von je 6 Tagen und 10 Stunden (zusammen 1 Woche, 5 Tage und 20 Stunden) verhängt. Gleichzeitig wurden die vom Bf zu ersetzenden Verfahrenskosten mit insgesamt 460,-- Euro bestimmt. Ferner wurde ausgesprochen, dass die GmbH für die mit diesem Bescheid über den Bf verhängte Geldstrafe von insgesamt 4.600,- Euro und die Verfahrenskosten in der Höhe von 460,-- Euro sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gemäß § 9 Abs. 7 VStG zur ungeteilten Hand hafte.

Zur Begründung ihres Straferkenntnisses führte die belangte Behörde nach Wiedergabe der maßgeblichen Rechtslage, der Rechtfertigungsangaben des Bf und der Aussage des als Zeugen einvernommenen Herrn Ka. Folgendes aus:

„Aufgrund der Tatsache, dass G. Ka. jedenfalls im Monat März über das Ausmaß hinaus in Ihrem Betrieb gearbeitet hat und überdies sogar Lohn bezogen hat in einer Höhe, welche die angemeldete Höhe weit übersteigt, ist die Ihnen zur Last gelegte Übertretung ist somit in objektiver Hinsicht als erwiesen anzusehen. Insbesondere da es sich hierbei um die Überschreitung der Geringfügigkeitsgrenzen handelt, wonach G. Ka. vollversichert hätte werden müssen. Von einem ausschließlich privat veranlassten Darlehen, welches kein Arbeitsentgelt darstellt, kann nicht gesprochen werden, da Sie Herrn Ka. das Geld eindeutig aufgrund der geleisteten Arbeitsstunden gegeben haben, was sowohl Ihren Aussagen als auch der Aussage des Herrn Ka. zu entnehmen ist.

Auch bei E. D. ist auch nach Ihren eigenen Aussagen nicht immer einzuhalten, dass dieser nicht mehr Arbeitsstunden absolviert, als wofür dieser angemeldet ist. Herr D. absolviert regelmäßig mehr Arbeitsstunden als Sie dies in Ihrer Anmeldung zur Versicherung angegeben haben, weshalb es sich um eine unrichtige Anmeldung zur Versicherung handelt.“

Der Bf habe auch kein Vorbringen erstattet, das geeignet gewesen wäre, sein mangelndes Verschulden glaubhaft zu machen. Es seien daher auch die subjektiven Voraussetzungen für die Strafbarkeit zweifelsfrei erwiesen.

Abschließend begründete die belangte Behörde noch ihre Strafbemessung näher.

Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf fristgerecht Beschwerde. Zur Begründung brachte er im Wesentlichen vor, er habe Herrn Ka. im Ausmaß von 20 Wochenstunden und zum damaligen Zeitpunkt Herrn D. in einem geringfügigen Dienstverhältnis (als Portiere) beschäftigt. Der Betrieb sei täglich von 10.00 Uhr bis 02.00 Uhr geöffnet und werde in jener Zeit über 16 Stunden von seinem Personal ordnungsgemäß per Portierdienst geführt. Der Tagesablauf sei wie folgt:

Geöffnet werde das Haus zumeist von der Reinigungsdame, anschließend seien die jeweiligen Dienste an die bereits erwähnten Personen während der Öffnungszeiten aufgeteilt. Dies sei nahezu selbsterklärend, dass die Dienstzeiten sehr oft keiner gewissen Routine unterliegen, die Arbeitnehmer und seine Person daher ihre Dienst nach Belieben, jedoch im gesetzlichen Rahmen bewegend, versehen. Somit variere die tägliche Dienstzeit von Herrn Ka. zwischen 3 und 6 Stunden. Die Dienste würden durch Niederschrift in ihren offiziellen Dienstplan/Schichtplan akribisch festgehalten, sodass eine einwandfreie und korrekte Zusammenarbeit garantiert werde. Nun habe am 27.03.2014 eine Kontrolle durch die Finanzpolizei stattgefunden. Diese habe einen simplen Kalender aufgefunden, worauf lediglich einige Anfangsbuchstaben der Mitarbeiter gekritzelt, jedoch keine weiteren Informationen angeführt gewesen seien. Anhand dieser Anfangsbuchstaben habe die Finanzpolizei fälschlicherweise ihren Dienstplan abgeleitet, wobei es dabei lediglich um Anfangs- oder Schlussdienste der jeweiligen Tage gehandelt habe. Im März 2014 sei eine kurzfristig vereinbarte Änderung bezüglich der zu verrichtenden Dienste (bei Herrn Ka.) vorgenommen worden. Richtig sei, dass Herr Ka. im besagten Monat März 2014 Mehrarbeitsstunden geleistet habe; diese seien natürlich über das normal vereinbarte Ausmaß seiner wöchentlichen Arbeitsbeschäftigung hinausgegangen. Jene Stunden, die durch die Mehrarbeitsstunden im März 2014 entstanden seien, seien im Folgemonat April 2014 auf Wunsch des Herrn Ka. in Form von

Zeitausgleich (im Verhältnis 1:1) ausgeglichen worden (ohne Veränderung seines monatlichen Entgelts). Er wolle noch darauf hinweisen, dass der genannte Differenzbetrag zwischen dem Kollektivvertragslohn von ca. 800,-- Euro und den ausbezahlten Betrag von 1.500,-- Euro (ca. 700,-- Euro) ein privates Darlehen gewesen sei. Bei Herrn D. verhalte es sich ähnlich. Dieser Mitarbeiter sei damals auf geringfügiger Basis bei der GmbH beschäftigt gewesen und habe die eingetragenen Dienste und die entsprechenden Arbeitsstunden verrichtet. Er habe die ihm zur Last gelegten Taten nicht begangen.

Zu dieser Beschwerde gab die Finanzpolizei Team ... mit Schreiben vom 22.12.2014 eine Stellungnahme ab.

Das Verwaltungsgericht Wien führte am 17.02.2015 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an der der Bf teilnahm und in der Herr H. Re., Herr E. D. und Herr G. Ka. als Zeugen einvernommen wurden.

Der Bf gab bei seiner Einvernahme als Beschuldigter Folgendes an:

„Die Dienstpläne hat Herr Ka. ausgefüllt. Wir haben sie gemeinsam erstellt, geschrieben hat sie meistens Herr Ka.. Die Dienstpläne werden zumindest eine Woche vorher geschrieben.

Der Bf gibt an, im März 2014 hat Herr Ka. 143 Stunden gearbeitet. Den Stundenlohn eines Portiers weiß ich nicht. Er hat seinen Lohn bekommen und 700,-- Euro.

Bei der Firma hatte ich direkt mit Herrn T. zu tun. Eigentlich arbeitet Herr T. noch immer für mich. Ich habe nach wie vor mit Herrn T. Kontakt. In einem Büro von diesem war ich noch nicht.

Die Angaben auf dem Kalender stammen von Herrn Ka. oder Herrn D.. Die beiden haben sich ausgemacht, wer den Anfang- oder Schlusssdienst macht, konkret müsste man die beiden Herren fragen.

Ich glaube, bei einem geringfügig Beschäftigten ist der Grundlohn brutto 9,-- Euro.“

Herr H. Re. machte bei seiner Einvernahme als Zeuge die folgenden Angaben:

„Es war damals eine Schwerpunktaktion der Fremdenbehörde. Ich hatte mit Herrn Ka. zu tun. Es ist eine Routinekontrolle und werden in der Regel Dienstpläne und Aufzeichnungen immer angefordert. Herr Ka. zeigte uns den Kalender und sagte, dies sei der Dienstplan. Die Buchstaben sind die

Anfangsbuchstaben der Person, die an diesem Tag den Dienst versieht. Er sagte dezidiert, dass die angeführte Person den ganzen Tag dort Dienst macht, darüber gibt es auch einen Aktenvermerk. Von einem bloßen Anfangs- oder Schlussdienst war nicht die Rede.

<Der Vertreter der FPO legt den diesbezüglichen Aktenvermerk vor. Dieser wird in Kopie zum Akt genommen.>

Bei der Kontrolle waren wir nur zwei Personen im Büro. Wir haben dann noch Fotos vom Kalender für Beweiszecken angefertigt. Die Abfragen machten wir dann im Büro und wurde dann die Anzeige gelegt.

<Der Bf gibt an, er war bei der Kontrolle nicht dabei.>

Über Befragen des Vertreters der Finanzpolizei:

Herr Ka. ist glaublich nicht gefragt worden, wer den Kalender ausgefüllt hat. Den heute vorgelegten Aktenvermerk habe ich geschrieben. Das Personenblatt (amtliche Vermerke) hat der Kollege, Herr S. ausgefüllt."

Herr E. D. gab bei seiner Einvernahme als Zeuge Folgendes an:

„Ich wohne jetzt in Vorarlberg. Ich war im Betrieb der Hausmeister. Über einen Bekannten bin ich zum Bf gekommen. Der Bf suchte einen Hausmeister für einfache Tätigkeiten. Ich habe Glühbirnen ausgetauscht oder bei den Duschen was gemacht oder bei einem Bett, wenn etwas kaputt war. Sonst habe ich nichts gemacht. Ich war geringfügig angemeldet. Der Bf hat einen Plan gemacht und nach dem Plan habe ich immer gearbeitet. Den Plan gab es immer für den folgenden Monat. Ich habe am Vormittag immer jeweils für 2 Stunden gearbeitet. Mir standen rund 365,- Euro zu und waren das ca. 42 Stunden im Monat. Sonst hatte ich keinen Job. Ich hatte damals gratis bei einem Kollegen gewohnt, ein bisschen Geld gab ich ihm schon. Ich hatte in Wien gar keinen Hauptwohnsitz. Ich war zwar gemeldet, wohnte dort tatsächlich aber nicht. Ich war rund vier Jahre in Wien.

Die Schrift auf dem Kalender ist nicht meine. Die Abkürzungen zeigen, wer Anfangs- oder Schlussdienst hat. Über Nachfrage gebe ich an, „E“ bin schon ich, es ist Schlussdienst.

Auf Nachfrage gebe ich an, seit der Ladung hatte ich mit dem Bf Kontakt. Es wurde nicht über die heutige Verhandlung gesprochen.

Es hat den Kalender Herr Ka. im Voraus geschrieben. Schlussdienst heißt 22:00 oder 24:00 Uhr bis 02:00 Uhr, also alles absperren und schauen, dass keine Gäste mehr im Haus sind.

Über Vorhalt, dass ich in der 3. Februar-Woche 32 Stunden gearbeitet habe, gebe ich an, es ist sich immer ausgegangen. Den Lohn bekam ich immer bar und zwar am Monatsletzten. Es gab schon einen Lohnzettel mit den Stunden drauf.

Über Vorhalt der Angaben des Meldungslegers zu der Auskunft des Herrn Ka. bezüglich des Kalenders gebe ich an, der eingetragene Buchstabe heißt nicht, dass die Person dort den ganzen Tag Dienst gemacht hat. Im April 2014 habe ich

bei der Firma aufgehört.

Über Befragen des Vertreters der Finanzpolizei:

Ich habe kein Auto. Ich habe im 20. Bezirk geschlafen. Es war im 20. Bezirk B.-gasse. Ich bin mit dem Taxi heimgefahren oder mit dem Bus. Vor meinem Dienst war eine Person vom Security von einer Firma, die sich im Foyer aufgehalten hat. Wenn es zu Problemen mit Gästen gekommen wäre, dann wäre ich schon auch eingeschritten.

Über Befragen des Verhandlungsleiters:

Außer dem Gehalt bei der Firma hatte ich kein Einkommen. Herr Ka. hat den Kalender einen Monat vorher ausgefüllt und konnte ich nachschauen, wann ich Dienst habe.

Über Befragen des Vertreters der Finanzpolizei:

Der Dienstplan auf Seite 56f ist mir auch bekannt. Ich berichtige mich, den Dienstplan habe ich nicht gesehen. Nach dem Dienstplan habe ich gearbeitet. Der Chef hat mir den Dienstplan einen Monat vorher gezeigt. Ich habe mir den nicht kopiert, sondern gemerkt und danach gearbeitet.

Über Befragen des Verhandlungsleiters:

Der Bf hatte nicht so viel Arbeit für mich, dass ich voll angemeldet hätte werden können.“

Herr G. Ka. machte bei seiner Einvernahme als Zeuge die folgenden Angaben:

„Ich bin nach wie vor beim Bf tätig. Ich bin als Portier eingestellt worden und sitze ich in der Portierloge. Es ist ein kleines Büro. Ich mache teilweise Buchhaltung, betreue die Homepage, mache die Verrechnung der Mieten. Den Kalender, der sich im Akt befindet, habe ich ausgefüllt. Es ist dies eine grobe Vorplanung, wer im Haus den Schlusssdienst macht. Manchmal (ein- bis zweimal) vielleicht auch den Anfangsdienst, es war dies eine Grobplanung. Am Ende eines Monats machen wir den Plan für den nächsten Monat, den Plan schreibe ich und teile ich die Dienste ein. Der wird dann mit den Kollegen noch abgesprochen. Es ist auch wichtig für den Bf, damit er weiß, wann er kommen soll und für die Firma, wann diese den Aufsichtsdienst hat. Es war eine Kontrolle und bin ich nicht nach dem Dienstplan gefragt worden.

Über Vorhalt der Angaben des Meldungslegers, wonach ausdrücklich nach dem Dienstplan gefragt und hierauf der Kalender mit dem Hinweis gezeigt wurde, dass die eingetragenen Buchstaben bedeuten, dass die betreffende Person den ganzen Tag Dienst hat, gebe ich an, ich habe gesagt, dass ich an diesem Tag Dienst habe und wurde noch nach einer anderen Woche gefragt. Es sind 9 Leute gekommen, ein paar Uniformierte sind ins Haus gegangen. Das Kontrollorgan hatte sogar den Ordner in der Hand, worin der Dienstplan ist.

Es kann schon sein, dass ich im März 143 Stunden gearbeitet habe. Ich habe einen größeren Geldbedarf gehabt, weil ich im April wegfahren wollte und dort weniger gearbeitet habe. Ich habe glaublich 6 Wochen Urlaubsanspruch. Ich habe für die Mehrstunden 700,-- Euro mehr bekommen. Ich bekomme den Lohn

immer cash. Im April habe ich dann weniger gearbeitet. Ich war mit Verwandten in Bad Ischl.

Auf Nachfrage, ob die Dienstpläne vor oder erst nach der Kontrolle angefertigt worden sind, gebe ich an, vorher, wir brauchen die Pläne für die Firma.

Über Befragen des Vertreters der Finanzpolizei:

Ich sagte auf dem Personenblatt, dass ich in dem betreffenden Monat 1.500,-- Euro verdiene, sonst rund 800,-- Euro (für 20 Wochen-Stunden). Die 950,-- Euro sind der Bruttolohn. Ich habe noch nie bei Gästen einschreiten müssen. Wenn es Probleme gebe, dann würde ich wahrscheinlich die Polizei rufen. Wenn der Alarmknopf am Zimmer betätigt wird, dann rufe ich die Polizei, bzw. schaue ich vorher nach was da los ist."

Der Vertreter der Finanzpolizei verwies in seinen Schlussausführungen auf die schriftlichen Eingaben. Es wurde die volle Bestätigung des Straferkenntnisses beantragt. Der Bf verzichtete auf die Abgabe eines Schlusswortes.

Die anwesenden Parteien verzichteten auf die mündliche Verkündung der Entscheidung.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Gemäß § 5 Abs. 2 ASVG (in der zur Tatzeit geltenden Fassung gemäß BGBl. II Nr. 434/2013) gilt ein Beschäftigungsverhältnis als geringfügig, wenn es

1. für eine kürzere Zeit als einen Kalendermonat vereinbart ist und für einen Arbeitstag im Durchschnitt ein Entgelt von höchstens 31,17 €, insgesamt jedoch von höchstens 405,98 € gebührt oder
2. für mindestens einen Kalendermonat oder auf unbestimmte Zeit vereinbart ist und im Kalendermonat kein höheres Entgelt als 405,98 € gebührt.

§ 33 ASVG, in der im vorliegenden Fall aufgrund der Tatzeiten anzuwendenden Fassung gemäß BGBl. I Nr. 31/2007 lautet wie folgt:

„(1) Die Dienstgeber haben 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.

(1a) Der Dienstgeber kann die Anmeldeverpflichtung so erfüllen, dass er in zwei Schritten meldet, und zwar

1. vor Arbeitsantritt die Dienstgeberkontonummer, die Namen und Versicherungsnummern bzw. die Geburtsdaten der beschäftigten Personen sowie Ort und Tag der Beschäftigungsaufnahme (Mindestangaben Anmeldung) und
2. die noch fehlenden Angaben innerhalb von sieben Tagen ab Beginn der Pflichtversicherung (vollständige Anmeldung).

(2) Abs. 1 gilt 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 sind."

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.

Gemäß § 111 Abs. 2 leg.cit. 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 VStG 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.

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer der GmbH für dieses Unternehmen verwaltungsstrafrechtlich einzustehen hat. Es ist auch nicht strittig, dass Herr G. Ka. und Herr E. D. bei der GmbH zu den hier relevanten Zeiten als Portiere (mit entsprechenden Anmeldungen zur Sozialversicherung) beschäftigt gewesen sind.

Nach der Aktenlage fand am 27.03.2014 in Wien, W. Straße eine Kontrolle durch Bedienstete der Finanzpolizei statt. Bei dieser Kontrolle wurde ein Kalender vorgefunden, der Einträge mit „E“, „G“ und „P“ aufwies (G= G. Ka., E= E. D.). Aus den Eintragungen in diesem Kalender gehe - so die Finanzpolizei - hervor, dass die beiden genannten Herren mehrmals in der Woche Dienst versehen haben und zwar für mehrere Stunden (in der Regel 16 Stunden). Es hätten daher Herr Ka. und Herr D. als Vollzeitbeschäftigte angemeldet werden müssen. Es ist nicht strittig, dass Herr Ka. von der GmbH mit 20 Wochenstunden zur Sozialversicherung angemeldet gewesen ist.

Bei seiner Einvernahme bei der belangten Behörde am 07.05.2014 räumte der Bf ein, dass Herr Ka. im März 2014 für den April 2014 eingearbeitet habe und im April nur noch zirka 30 oder 32 Stunden gearbeitet habe. Herr Ka. habe dies so gewollt (er habe finanzielle Probleme gehabt und Geld gebraucht). Er habe diesem das normale Gehalt im März in der Höhe von 800,-- Euro ausbezahlt plus 700,-- Euro für die geleisteten Stunden aus dem Monat April. Im April hätte er ihm dann eigentlich nur 100,-- Euro ausbezahlt. 160,-- Euro seien vom Einkommen gepfändet worden, sodass er diesem nichts ausbezahlt habe für den Monat April. Ein Dienst dauere tatsächlich 16 Stunden, nicht aber von einer Person, sondern sei dies im Normalfall auf drei Personen aufgeteilt. Die Dienstdauer von Herrn Ka. variere zwischen 3 und 6 Stunden. Herr D. übernehme immer nur die Schlussdienste in der Dauer von 2 Stunden (aber auch nicht jeden Tag).

Der Bf legte dann die Dienstpläne für die Monate Jänner bis April 2014 vor. Aus diesen geht hervor, dass Herr Ka. im März 2014 143 Stunden gearbeitet hat. Herr D. hat im Monat Februar 2014 62 Stunden und im April 2014 58 Stunden für die GmbH gearbeitet.

Herr Ka. gab bei seiner Einvernahme bei der belangten Behörde am 17.06.2014 Folgendes an:

„Ich habe bei der Kontrolle wahrheitsgemäß angegeben, dass ich den ganzen Tag (16 Stunden) gearbeitet. Bei der Kontrolle haben die Organe den Kalender stehen sehen und mich zu einer bestimmten Kalenderwoche (KW 11, 12 oder 13, das weiß ich nicht mehr so genau) befragt, wieviel Stunden ich gearbeitet habe und habe ich wahrheitsgemäß angegeben, dass es 16 Stunden waren. Das war eben eine Ausnahme, die ich so mit Hr. K. vereinbart hatte, weil ich momentan Geld benötigt hatte.

Im März glaube ich habe ich doppelt so viel Stunden gearbeitet, so dass ich EUR 1500,- verdient habe. Im April habe ich nur sehr wenige Stunden gearbeitet, nur in der letzten Aprilwoche.

Normalerweise verdiene ich EUR 800,- wenn ich 20 Stunden arbeite.

Ich arbeite grds. 3-4 Mal pro Woche 6 Stunden. Das heisst eine Woche 3 Tage, die nächste Woche dann 4 Tage Schlussdienst.

Wenn ich Dienst habe sitze ich im Portierzimmer und mache Buchhaltung oder die Homepage bzw. kümmere mich um Anfragen der Damen.

Es gibt einen detaillierten Dienstplan für jedes Monat. Der Tagesablauf sieht so aus, dass jemand aufsperrt, dann läuft so ab, dass jemand von einer externen Security Firma (Firma T. - es gibt für diese Firmen Rechnungen). Während die Arbeitnehmer dieser Firmen Dienst hatten, waren wir (ich, Hr. D. oder Hr. K.) nicht anwesend.

Wenn ich gefragt werde, warum ich den Dienstplan nicht vorgelegt habe, gebe ich an, dass ich danach nicht gefragt wurde. Zu Wort kommen hat man mich auch nicht lassen.

Befragt nach E. D., kann ich angeben, dass dieser nur ein paar Stunden gearbeitet hat; weniger als ich soweit ich mich erinnern kann. Er hat dann gekündigt und hält sich meines Wissen nach in Serbien auf.

Er hat auch meistens Schlussdienste gemacht, manchmal hat er auch aufgesperrt.“

Aus einem Anmeldeformular geht hervor, dass Herr E. D. von der GmbH ab 01.08.2013 mit 11 Stunden pro Woche zur Sozialversicherung angemeldet gewesen ist (also als geringfügig beschäftigter Dienstnehmer). Es erfolgte dann eine Änderungsmeldung für die Zeit ab 01.04.2014. Ab diesem Zeitpunkt wurde er mit 20 Stunden pro Woche (mit einem Geldbezug von 687,58 Euro) zur Sozialversicherung angemeldet.

Bei einer weiteren Einvernahme bei der belangten Behörde am 07.10.2014 gab der Bf Folgendes an:

„Was auf dem Kalender steht, ist nicht der Dienstplan, sondern dort sind hauptsächlich Schluss- bzw Anfangsdienste verzeichnet. Unseren offiziellen

Dienstplan habe ich bereits vorgelegt, die Fotos hinsichtlich des Kalenders, welche aktenkundig sind, stellen keinen Dienstplan dar.

Es kommt häufig vor, dass meine Mitarbeiter in dem einen Monat mehr arbeiten, aber dafür im darauffolgenden eben weniger, sodass es sich wieder ausgleicht.

Der Lohn bleibt jedes Monat gleich, außer das eine Mal bei Herrn Ka..

Herr Ka. hat nur ein Monat im März 2014 länger gearbeitet, als ich ihn angemeldet habe, weil er im Folgemonat weniger gearbeitet hat, dh 14 Tage überhaupt komplett frei hatte.

Im März bei Herrn Ka. habe ich quasi eine Akontozahlung gegeben. Das ist aber wie privat zu sehen. Ich habe ihm da € 1.500,-- bezahlt, obwohl er normal nur € 800,-- etwa bekommt. Das ist aber kein Usus bei mir, so viel Geld habe ich auch nicht zu Verfügung, dass ich jedem quasi ein Darlehen gebe. Ich habe ihm dieses Darlehen geben, weil Herr Ka. die Wohnung gewechselt hat und er das Geld gebraucht hat. Nur deshalb. Ihm habe ich das Geld gerne gegeben, weil Herr Ka. ein sehr bemühter Mitarbeiter ist. Insgesamt über die Monate verteilt hat er nicht mehr bekommen als das, wofür er bei der Versicherung angemeldet ist.

Wofür meine Mitarbeiter angemeldet sind, das kann sowieso schwer auf die Minute eingehalten werden. Häufig ist es einmal länger und im Monat später etwas weniger in Form von Zeitausgleich. Bezüglich Herrn D., es stimmt, dass er im Februar und im April mehr gearbeitet hat, im März dafür aber weniger.

Herrn D. habe ich jeden Monat denselben Betrag bezahlt, nämlich den, für den er angemeldet ist.

Ich habe mit reinem Gewissen gehandelt, es war mir nicht bewusst, dass es ein Problem sein könnte. Später ist man immer schlauer."

Die belangte Behörde hat im angefochtenen Straferkenntnis dem Bf – konkret – zur Last gelegt, dass Herr Ka. (der seit 01.10.2012 für 20 Stunden pro Woche bei der GmbH beschäftigt ist) im März 2014 durchschnittlich 35 Stunden pro Woche mit einem Gesamtentgelt von 1.500,-- Euro beschäftigt gewesen sei. Der Tatvorwurf bezieht sich daher nur auf eine unrichtige Meldung für den März 2014. Bezüglich des Herrn E. D. heißt es, dass dieser seit 01.08.2013 als geringfügig beschäftigter Arbeiter von der GmbH zur Sozialversicherung angemeldet gewesen sei. Dieser habe im Februar 2014 und im April 2014 wöchentlich durchschnittlich 14 bzw. 15 Stunden bei einem Gesamtentgelt von mehr als 395,31 Euro gearbeitet (es sei daher in diesen Monaten kein geringfügiges Beschäftigungsverhältnis mehr vorgelegen).

Der Bf bestreitet nun nicht, dass Herr Ka. im Monat März 2014 die auf dem Dienstplan aufscheinende Stundenanzahl (143) geleistet und hierfür rund 1.500,- Euro an Lohn erhalten hat (eben für die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden). Bei seiner Einvernahme am 07.05.2014 erwähnte er, dass dies Herr Ka. so gewollt habe, weil er Geld gebraucht habe (im April 2014 habe dieser dann weniger gearbeitet). Der Bf ist darauf hinzuweisen, dass es nicht entscheidend ist, aus welchen Gründen ein Dienstnehmer in einem Monat deutlich mehr Stunden leistet, als es der bei der Sozialversicherung gemeldeten Stundenanzahl entspricht. So ist es nicht weiter von Relevanz, dass allenfalls Herr Ka. im April 2014 mehr Freizeit haben wollen. Herr Ka. hat in der mündlichen Verhandlung erwähnt gehabt, er habe einen größeren Geldbedarf gehabt, weil er im April habe wegfahren wollen (und habe er im April 2014 dann weniger gearbeitet). Er habe für die Mehrstunden 700,-- Euro mehr bekommen. Im April habe er dann weniger gearbeitet (er sei mit Verwandten in Bad Ischl gewesen). Schon aus den eigenen Angaben des Bf und auch unter Berücksichtigung der Aussage des Herrn Ka. ist davon auszugehen, dass der Bf die ihm unter Punkt 1) zur Last gelegte Tat begangen hat. Herr Ka. war (seit 01.10.2012) mit 20 Stunden pro Woche (950,-- Euro pro Monat) bei der GmbH zur Sozialversicherung angemeldet; im März 2014 hat er im Monat 143 Stunden gearbeitet und hierfür 1.500,-- Euro (für die geleisteten Stunden) erhalten. Es war daher bezüglich dieses Dienstnehmers die Meldung unrichtig erstattet worden (es wurde auch keine Änderungsmeldung veranlasst).

Bezüglich des Herrn E. D. (dieser war bei der Kontrolle gar nicht anwesend) ist anzumerken, dass der Tatvorwurf in die Richtung geht, dass im Februar 2014 und im April 2014 die Geringfügigkeitsgrenze überschritten gewesen sei (und diesbezüglich eine falsche Meldung vorgelegen sei). Anzumerken ist, dass die Kontrolle am 27.03.2014 im Betrieb des Bf stattgefunden hat. Aus den Eintragungen in einem Kalender hat die Finanzpolizei darauf geschlossen, dass Herr D. während seiner gesamten Beschäftigungszeit deutliche mehr Arbeitsstunden geleistete hat (es könne nicht von einem geringfügigen Beschäftigungsverhältnis die Rede sein). Das Ermittlungsverfahren brachte nun keine eindeutigen Ergebnisse in die Richtung, dass dies tatsächlich so gewesen wäre; letztlich hat auch die belangte Behörde dem Bf auch nur angelastet, dass es für die Monate Februar 2014 und April 2014 (bezüglich des Herrn E. D.) zu

solchen Falschmeldungen gekommen sei. Was aber den April 2014 betrifft (also einen Zeitraum nach der Kontrolle durch die Finanzpolizei) hat die belangte Behörde übersehen, dass es zu einer Änderungsmeldung gekommen ist und die GmbH Herrn D. ab 01.04.2014 mit 20 Stunden pro Woche zur Sozialversicherung angemeldet gehabt hat (im April 2014 hat er laut Dienstplan 33 Stunden gearbeitet).

Es konnte somit aufgrund der durchgeführten Ermittlungen der Tatvorwurf bezüglich des April 2014 nicht weiter aufrechterhalten werden, weil es keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür gibt, dass Herr D. tatsächlich auch in diesem Monat mehr Arbeitsstunden geleistet (ein höheres Entgelt erhalten) hat, als es der Meldung zur Sozialversicherung (unter Berücksichtigung der erwähnten Änderungsmeldung) entspricht. Es war daher der Tatvorwurf bezüglich des Aprils 2014 nicht mehr weiter aufrechtzuerhalten. Es wird dem Bf daher – bezüglich des Herrn E. D. – nur mehr zur Last gelegt, dass er diesen im Februar 2014 in einem Ausmaß, der über der Geringfügigkeitsgrenze gelegen ist, beschäftigt hat und dies nicht gemeldet worden ist.

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiters 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. Da zum Tatbestand der dem Bf zur Last gelegten Verwaltungsübertretung weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr gehört, handelt es sich bei dieser Übertretung um ein Ungehorsamsdelikt. In einem solchen Fall besteht von vornherein die Vermutung eines Verschuldens (in Form fahrlässigen Verhaltens) des Täters, welche aber von ihm widerlegt werden kann (vgl. z.B. das Erkenntnis des VwGH vom 23.3.1994, Zl. 93/09/0311). Diese Widerlegung ist dem Bf im vorliegenden Fall nach den obigen Ausführungen nicht gelungen. Das Verwaltungsgericht Wien ist daher zu dem Ergebnis gelangt, dass der Bf im vorliegenden Fall schuldhaft gegen die einschlägige Strafbestimmung des ASVG verstoßen hat.

Zur Strafbemessung ist Folgendes auszuführen:

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.

Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) 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 Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Die gegenständliche Strafdrohung dient dem Interesse an der fristgerechten Erstattung der nach dem ASVG vorzunehmenden Meldungen und damit auch der rechtzeitigen sozialen Absicherung der betreffenden Arbeitskräfte sowie der ordnungsgemäßen Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge. Die gegenständliche Tat schädigte bzw. gefährdete das öffentliche Interesse an der fristgerechten Anmeldung von Arbeitnehmern beim zuständigen Träger der Krankenversicherung und an der damit verbundenen rechtzeitigen sozialen Absicherung der betreffenden Arbeitskraft in nicht unerheblichem Maße. Wenngleich der objektive Unrechtsgehalt aufgrund der Tatumstände nicht als gravierend anzusehen ist, so ist der Unrechtsgehalt der vorliegenden Übertretung doch nicht atypisch gering oder unbedeutend.

Das Verschulden des Bf konnte nicht als gering eingestuft werden, da weder hervorgekommen ist noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der Vorschrift eine besondere Aufmerksamkeit erfordert habe, oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können.

Ein Vorgehen nach § 45 Abs. 1 Z. 4 iVm § 45 Abs. 1 Schlusssatz VStG idF gemäß

BGBI. I Nr. 33/2013 (entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 21 Abs. 1 VStG) kam im vorliegenden Fall nicht in Betracht, weil die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten nicht als gering angesehen werden konnten. Das tatbildmäßige Verhalten des Bf blieb nämlich keinesfalls erheblich hinter dem in der gegenständlichen Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurück.

Der Bf hat zur Tatzeit bereits eine einschlägige (rechtskräftige und noch nicht getilgte) Verwaltungsvormerkung aufgewiesen. Es ist daher der zweite Strafsatz des § 111 Abs. 2 ASVG anzuwenden. Erschwerungsgründe oder Milderungsgründe sind im Verwaltungsstrafverfahren keine hervorgekommen. Die Anwendung des § 20 VStG scheidet damit von vornherein aus.

Der Bf machte trotz Aufforderung keine konkreten Angaben zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnisse. Das Verwaltungsgericht Wien geht aufgrund des Alters des Bf und dessen Tätigkeit als Geschäftsführer der GmbH von durchschnittlichen Einkommensverhältnissen (und entsprechend seinen Angaben) von fehlendem Vermögen aus. Es wurde weiters berücksichtigt, dass der Bf für eine Tochter sorgepflichtig ist.

Unter Bedachtnahme auf diese Strafzumessungsgründe und den von 2.180,-- Euro bis zu 5.000,-- Euro reichenden zweiten Strafsatz des § 111 Abs. 2 ASVG sind die nunmehr verhängten Geldstrafen von je 2.180,-- Euro (das ist jeweils die Mindestgeldstrafe) durchaus angemessen und keineswegs zu hoch. Strafen in dieser Höhe sollte (auch unter Bedachtnahme auf den positiven Eindruck, den der Bf in der mündlichen Verhandlung hinterlassen hat) jedenfalls ausreichend sein, um den Bf künftig von strafbaren Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Die Kostenentscheidungen gründen sich auf § 64 Abs. 2 VStG und auf § 52 Abs. 8 VwGVG. Der Haftungsausspruch stützt sich auf § 9 Abs. 7 VStG.

Die ordentliche Revision war nicht zuzulassen, weil sich keine über die Bedeutung des Einzelfalls hinausgehenden Rechtsfragen stellten.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Erkenntnisses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je 240,-- Euro beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

M a g. F r i t z