



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38680
Telefax: (43 01) 4000 99 38680
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-041/046/26850/2014
Mi. M.

Wien, 28.10.2015

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Schmied über die Beschwerde des Herrn Mi. M., vertreten durch RA, vom 30.5.2014 gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien vom 26.3.2014, ZI. MBA ... - S 15112/13, wegen Übertretung des § 33 Abs. 1 und 2 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) in Verbindung mit § 111 Abs. 1 Z 1 ASVG nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung durch Verkündung am 3.8.2015

zu Recht e r k a n n t:

I. Gemäß § 50 VwGVG wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass die Übertretungsnorm lautet: „§ 33 Abs. 2 iVm § 33 Abs. 1 und § 111 Abs. 1 Z 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG, BGBl. Nr. 189/1955 idF BGBl. I Nr. 31/2007“.

II. Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG hat der Beschwerdeführer einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 182,-- EUR, das sind 20% der verhängten Geldstrafe zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine 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

Mit Straferkenntnis der belangten Behörde (Magistrat der Stadt Wien) vom 26.3.2014 wurde dem Beschwerdeführer, Herrn Mi. M. zur Last gelegt, er habe es als Gewerbeinhaber zu verantworten, dass in seinem Gastgewerbebetrieb in Wien, D.-gasse, unterlassen wurde, den dort am 4.4.2013 beschäftigten, nach dem ASVG teilversicherungspflichtigen S. P. vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden.

Wegen dieser Übertretung des § 33 Abs. 1 und 2 iVm § 111 Abs. 1 Z 1 ASVG wurde über den Beschwerdeführer gemäß § 111 Abs. 2 erster Strafsatz ASVG eine Geldstrafe von 910,-- Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen und 6 Stunden verhängt und ihm ein Verfahrenskostenbeitrag von 91,-- Euro vorgeschrieben.

Das Straferkenntnis basiert auf der von Organen der Finanzpolizei am 4.4.2013 im Betrieb des Beschwerdeführers in Wien ... durchgeführten arbeits- und sozialrechtlichen Kontrolle. Laut Anzeige konnten die Beamten den serbischen Staatsangehörigen S. P. im Wintergarten des Lokals beim Reinigen von Tischen und Stühlen beobachten. Da für ihn keine Anmeldung zur Sozialversicherung und keine arbeitsmarktrechtliche Beschäftigungsbewilligung nach dem AusIBG vorlag, sei mit ihm ein Personenblatt aufgenommen worden, in welchem er angegeben habe, seit 4.4.2013 für Herrn M. als „Helfer“ zwischen 12 und 17 Uhr zu arbeiten und dafür 5,-- Euro Stundenlohn zu erhalten.

In der gegen das eingangs wiedergegebene Straferkenntnis durch den anwaltlichen Vertreter des Beschwerdeführers form- und fristgerecht erhobenen Beschwerde werden Schuld- und Strafausspruch bestritten und wird zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, dass der Beschwerdeführer am 4.4.2013 gerade damit beschäftigt gewesen sei, Gartenmöbel von seinem Tanzlokal in Wien ... in seine weiteres Lokal (Speiserestaurant) zu transferieren. Herr P. sei nicht von ihm beschäftigt worden, sondern nur – wie bereits früher einmal - vorbeigekommen, um allenfalls vorhandene alte Geräte und altes Inventar auszumustern und mitzunehmen. Zum Beweis dafür beantragte der

anwaltliche Vertreter des Beschwerdeführers die zeugenschaftliche Befragung des S. P. sowie die Einvernahme des Beschwerdeführers.

Am 26.1.2015 führte das Verwaltungsgericht Wien in dieser Angelegenheit eine öffentliche, mündliche Verhandlung durch, die am 15.6.2015 und am 3.8.2015 fortgesetzt wurde.

Nachdem der anwaltliche Vertreter des Beschwerdeführers auf die Verlesung des Akteninhaltes verzichtet hatte, gab der Verhandlungsleiter bekannt, dass der Zeuge S. P. laut Meldeauskunft in Österreich nicht mehr gemeldet und seit 29.04.2013 nach Serbien verzogen sei, ohne eine Adresse zu hinterlassen.

Der anwaltliche Vertreter des Beschwerdeführers erklärte dazu, dass ihm das Fehlen einer aktuellen Anschrift des Zeugen erst jetzt bekannt geworden sei und beantragte, ihm eine Frist von vier Wochen einzuräumen, um eine ladungsfähige Anschrift eruieren zu können. Sollte die bis Fristablauf nicht möglich sein, werde die Einvernahme des Zeugen im Rechtshilfeweg beantragt, sofern eine Adresse in Serbien eruiert werden könne. Weiters beantragte er die zeugenschaftliche Einvernahme der Kontrollorgane Sch., F., R. und K..

Die Vertreterin der Finanzpolizei legte in der Folge ein Personenblatt mit deutscher Übersetzung vor, woraufhin der Beschwerdeführer seinen zuvor gestellten Antrag auf Beiziehung eines Dolmetschers für die serbische Sprache zum Zweck der Übersetzung des Personenblattes wieder zurücknahm.

Dem anwaltlichen Vertreter des Beschwerdeführers wurde vom Verhandlungsleiter aufgetragen, dem Gericht binnen vier Wochen eine aktuelle Anschrift des beantragten Zeugen P. bekannt zu geben.

Die Parteien des Verfahrens erklärten daraufhin, keine weiteren Beweisanträge zu stellen.

Nachdem es weder dem Gericht noch dem Beschwerdeführer gelungen war, eine aktuelle Anschrift des Herrn S. P. zu eruieren, beantragte der anwaltliche Vertreter des Beschwerdeführers in der fortgesetzten Verhandlung am 15.6.2015

zum Beweis dafür, dass es sich bei Herrn S. P. um einen Altwarenhändler handle, der Altwaren von Österreich nach Serbien transferiere, die zeugenschaftliche Einvernahme von Frau D. Kr..

Das vom Verhandlungsleiter zeugenschaftlich befragte Kontrollorgan F. gab zu Protokoll, er sei erst im März 2013 zur Finanzpolizei gewechselt, sodass dies eine seiner ersten Kontrollen gewesen sei. Er könne sich daher an den gegenständlichen Vorfall noch ungefähr erinnern. Die Kontrolle sei von vier Kontrollorgane besorgt worden. Er und Kollege R. seien in den hinteren Teil des Lokals gegangen. Die anderen zwei Kontrollorgane seien im vorderen Bereich (Haupteingangsbereich) geblieben. Bei dem Lokal handle es sich seinem Eindruck nach um ein Gastlokal bzw. ein Grilllokal oder ein Veranstaltunglokal. Gäste seien zum Kontrollzeitpunkt seiner Erinnerung nach nicht anwesend gewesen. Bei dem hinteren Lokalbereich, den er kontrolliert habe, handle es sich um eine Art Wintergarten. Dort sei eine Person angetroffen worden, die gerade damit beschäftigt gewesen sei, die Sessel zu reinigen. Es habe sich um übliche billige Plastiksessel gehandelt. Zu diesem Zeitpunkt sei der Beschwerdeführer im Lokal noch nicht anwesend gewesen. Der Person, die die Sessel gereinigt habe sei dann ein Personenblatt ausgehändigt worden. Aufgrund seiner Nationalität sei ihm ein Personenblatt in serbischer Sprache übergeben worden, das er im vorderen Teil des Lokals selbstständig ausgefüllt habe. Gegen Ende der Amtshandlung sei dann der Lokalverantwortliche erschienen. Er habe vor Ort nichts abgestritten und nur gefragt, was das Ganze kosten werde.

Über Befragen durch den anwaltlichen Vertreter des Beschwerdeführers gab der Zeuge an, er wisse weder, ob der Wintergarten durch eine Zufahrt erreichbar sei noch ob der Beschwerdeführer mit einem Lieferwagen gekommen sei. Wie gut Herr P. deutsch gekonnt habe, könne er nicht mehr sagen. Das Personenblatt habe Herr P. alleine ausgefüllt, von den Kontrollorganen sei nichts dazu geschrieben worden.

Auf Befragen durch den Vertreter der Finanzpolizei gab der Zeuge an, dass seiner Erinnerung nach Herr P. eine Arbeitsjacke und Sportkleidung getragen und nichts davon gesagt habe, dass er Altwarenhändler wäre und Sessel für sich aussortieren und abholen wolle.

Das vom Verhandlungsleiter zeugenschaftlich befragte Kontrollorgan R. sagte aus, er könne sich an den gegenständlichen Vorfall noch ein bisschen erinnern. Er wisse noch, dass er und seine Kollegen sich von verschiedenen Seiten dem Lokal genähert hätten. Herr F. und er seien von hinten in den hinteren Teil gegangen, während die Kollegen Sch. und K. den vorderen Lokalbereich in Augenschein genommen hätten. Der hintere Lokalteil sei ein Wintergarten gewesen und sei dort die in der Anzeige genannte Person (S. P.) beim Reinigen von Sesseln angetroffen worden. Näheres könne er dazu aus seiner Erinnerung nicht mehr sagen. Er wisse nur noch, dass dann Herrn P. ein Personenblatt gegeben worden sei und Herr P. es ausgefüllt habe. Nachdem Herr P. das Personenblatt ausgefüllt hatte, sei der Beschwerdeführer erschienen. Er könne sich nicht erinnern, dass in seiner Anwesenheit irgendetwas Außergewöhnliches passiert sei und glaube daher, dass die Amtshandlung ruhig abgelaufen sei.

Über Vorhalt des Erhebungsblattes (Blatt 10 des Aktes) durch den anwaltlichen Vertreter des Beschwerdeführers gab der Zeuge an, dass selbiges von den Kontrollorganen ausgefüllt werde und im konkreten Fall in der Rubrik „überprüfte Personen und beschäftigte Personen“ eine Verwechslung passiert sei. In Wahrheit seien vier Personen überprüft und eine als illegal beschäftigt beanstandet worden. Er könne sich nicht erinnern, einen Transporter oder ein Fahrzeug mit Anhänger, womit man Stühle transportieren könne, im Nahbereich des Tatortes gesehen zu haben.

Das vom Verhandlungsleiter zeugenschaftlich befragte Kontrollorgan K. sagte aus, er könne sich noch ein bisschen an den gegenständlichen Vorfall erinnern. Er habe damals mit seinem Kollegen Sch. den vorderen Lokalbereich kontrolliert. Hier seien Personen beschäftigt gewesen, deren Beschäftigung sich als legal erwiesen habe. Die zur Anzeige gebrachte Person habe er nicht bei der Arbeit beobachtet, sie sei erst gemeinsam mit den Kollegen F. und R. in den vorderen Lokalbereich gekommen und habe hier ein Personenblatt ausgefüllt. Er habe dabei nicht direkt assistiert. Danach sei der Beschwerdeführer dazugekommen, habe sich aber eher ruhig verhalten. Er sei zwar nicht erfreut gewesen, dass er eine Anzeige bekommt, habe aber auch nichts abgestritten und die Kontrollorgane gefragt, ob sie ihm sagen könnten, mit welcher Strafe er rechnen müsse.

Auf Befragen durch den anwaltlichen Vertreter des Beschwerdeführers gab der Zeuge an, er könne nicht mehr sagen, ob bzw. wie gut der von den Kollegen F. und R. betretene Ausländer deutsch konnte. Er sei überhaupt nie im hinteren Bereich des Lokals gewesen und könne daher nicht sagen, ob dort ein Fahrzeug gestanden sei.

Auf Befragen durch den Vertreter der Finanzpolizei gab der Zeuge zu Protokoll, er wisse nichts davon, dass der Beschwerdeführer gesagt habe, der betretene Ausländer hätte nur Stühle für den Altwarenhandel abholen wollen. Hätte er dies gesagt, wäre dies aufgenommen worden.

Der anwaltliche Vertreter des Beschwerdeführers hielt den Antrag auf zeugenschaftliche Befragung des Kontrollorgans Sch. aufrecht und beantragte zudem die zeugenschaftliche Befragung von Frau Kr. und die Einvernahme des Beschwerdeführers, der diesmal (am 15.6.2015) krankheitshalber verhindert gewesen sei.

Zum fortgesetzten Verhandlungstermin am 3.8.2015 brachte der anwaltliche Vertreter, befragt zum Fernbleiben seines Mandanten, vor, er habe sich heute mit dem Beschwerdeführer verabredet. Treffpunkt sei der Eingang des Amtsgebäudes gewesen. Dem anwaltlichen Vertreter wurde daraufhin erlaubt, mit dem Beschwerdeführer telefonisch Kontakt aufzunehmen, um ihm zu erklären, wie er zum Verhandlungssaal komme, obwohl der Beschwerdeführer nun schon Stammgast sei und eigentlich wissen müsse wie er herkomme.

Der anwaltliche Vertreter lehnte daraufhin den Verhandlungsleiter wegen Befangenheit ab. Der Verhandlungsleiter erklärte, dass ihm bekannt sei, dass der Beschwerdeführer zumindest schon einmal, und zwar in dieser Angelegenheit im Verwaltungsgericht anwesend war. Außerdem sei ein Parallelverfahren (wegen des Vorwurfs einer Übertretung des AusIBG) anhängig. Der Antrag auf Befangenheit werde daher abgelehnt und das Verfahren fortgeführt.

Das vom Verhandlungsleiter zeugenschaftlich befragte Kontrollorgan Sch. gab an, er könne sich im Großen und Ganzen an den gegenständlichen Vorfall noch erinnern. Die Kontrollorgane seien damals aufgeteilt in das Lokal gegangen. Er

sei, glaube er, mit Kollegen K. von vorne in das Lokal gegangen, die weiteren Kollegen hätten einen anderen Eingang benützt. Er habe dann einige Personen arbeitend angetroffen, beanstandet worden sei nur eine Person. Diese habe im Wintergarten Sesseln gereinigt. Er habe dies selbst gesehen, weil er, obwohl er das Lokal von vorne betreten habe, dann zum Wintergarten weitergegangen sei. Er sei deshalb gleich nach hinten weitergegangen, weil dort zwei jüngere Kollegen kontrolliert hätten und er habe nachsehen wollen, ob sie Unterstützung brauchten. Von der im Wintergarten angetroffenen Person sei ein Ausweis verlangt worden und es sei von ihr ein Personenblatt ausgefüllt worden. Der Beschwerdeführer sei später dazugekommen. Ob er beim Ausfüllen des Personenblattes dabei gewesen sei, wisse der Zeuge nicht mehr. Er könne auch nicht mehr sagen, ob sich der Beschwerdeführer zum Vorfall in irgendeiner Weise geäußert habe. Ob dort ein Lieferwagen gewesen sei, wisse er nicht mehr.

Auf Befragen durch den anwaltlichen Vertreter des Beschwerdeführers gab der Zeuge an, der Wintergarten sei seiner Erinnerung nach ca. drei Mal so groß wie der Verhandlungssaal. Seiner Erinnerung nach seien dort Tische und Sesseln gestanden, die nicht geordnet waren. Es habe sich um Möbel gehandelt, wie sie eher für Gastgärten verwendet werden. Ob die Person, die er beim Reinigen der Stühle gesehen habe, im Wintergarten oder schon im Bereich außerhalb gewesen sei, könne er nicht genau sagen, er glaube aber eher im Wintergarten. Beim Wintergarte handle es sich um einen überdachten Bereich. Der betretene Arbeiter habe nur sehr schlecht Deutsch gesprochen, weswegen ihm ein Personenblatt in serbischer Sprache ausgehändigt worden sei. Eine Verständigung sei möglich aber sehr schwierig gewesen. Wieso der Arbeiter die Worte „Helfer“ und „Fleischer“ in deutscher Sprache hingeschrieben hat, wisse er nicht mehr.

Die Zeugin D. Kr. sagte über Befragen durch den Verhandlungsleiter aus, Herr S. P. sei ein nicht blutsverwandter, adoptierter Halbbruder. Er sei bei ihr auf Besuch gewesen und habe sich von ihr Geld ausgeborgt, um damit alte Waren kaufen, die er dann nach Serbien bringen wollte. Er habe ihr gesagt, dass er auch beim Beschwerdeführer alte Sachen geholt hätte, Sessel oder so etwas. Selbst habe sie davon nichts gesehen.

Befragt vom anwaltlichen Vertreter des Beschwerdeführers gab die Zeugin an, sie wisse nicht, mit welchem Fahrzeug Herr P. die alten Waren nach Serbien bringen wollte. Er habe einmal etwas von einem Bus gesprochen. Sie habe das Auto aber nie gesehen.

Der Beschwerdeführer sagte im Zuge seiner Einvernahme als Beschuldigter aus, er habe am 04.04.2013 Gartenmöbel vom ... Bezirk in sein Lokal im 2. Bezirk transportiert. Dies deshalb, weil er ab 01.04.2013 die Bewilligung für den Schanigarten im 2. Bezirk gehabt habe. Im Zeitraum zuvor habe es geregnet, so dass er erst am 04.04.2013 zum Überstellen der Möbel gekommen sei. Als er sein Transportfahrzeug schon fast aufgeladen gehabt hätte, sei S. P. gekommen, und habe ihn gefragt ob er etwas für ihn hätte. Er (der Beschwerdeführer) habe gesagt, er wisse das noch nicht und P. müsse warten, bis er wiederkomme und alles ausgeräumt habe. Als er zurückgekommen sei, sei Herr P. mit den Kontrollorganen im Lokal gewesen. Dann habe das Kontrollorgan Sch. Herrn P. gesagt, er solle nach hinten zu den Sesseln gehen. Niemand habe ihm (dem Beschwerdeführer) gesagt, dass Herr P. schon ein Personenblatt ausgefüllt gehabt habe. Einer der jungen Beamten habe dann ein Plakat in seinem Lokal beanstandet, auf dem ein Sänger abgebildet war, und habe wissen wollen, ob er für diese Veranstaltung Vergnügungssteuer bezahlt hätte. Er habe sich darüber sehr geärgert und sei laut geworden. Dann habe einer der älteren Beamten den jüngeren Kollegen beruhigt. Warum Herr P. im Personenblatt angegeben habe, für ihn als Helfer tätig zu sein und Stundenlohn zu bekommen, wisse er nicht. Er glaube, P. sei ein Lügner, der auch seine Adaptivschwester um Geld betrogen habe.

Über Befragen durch seinen anwaltlichen Vertreter gab der Beschwerdeführer zu Protokoll, im Wintergarten stünden Tische und Sesseln aus Holz. Diese seien schon seit ca. 10 Jahren dort und seien nie ortsverändert worden. Die Gartenmöbel seien dagegen in einem Lager ca. 30 Meter vom Wintergarten entfernt gestanden. Ein Teil der Gartenmöbel habe sich bereits im Freien befunden, fertig zum Abtransport. Diese Möbel seien schon gereinigt gewesen, die im Lager noch nicht. Im Wintergarten befänden sich keine Plastiksessel und hätten sich dort nie welche befunden. Wenn Herr P. ein Schwarzarbeiter gewesen wäre, warum hätte dann das Kontrollorgan gesagt, er solle wieder zu seinen

Sesseln gehen. Die Möbel im Wintergarten seien ganz normal täglich benützt worden. Der Kellner wische sie dort täglich ab. Die Tische im Wintergarten seien nicht durcheinander, sondern ganz normal für die Gäste aufgestellt gewesen. Herr P. sei am 04.04.2013 zu Fuß auf den Parkplatz beim Lokal gekommen. Sein Auto habe der Beschwerdeführer nicht gesehen. Herr P. habe ihm gesagt, er sei einmal beim Ausräumen von Kübeln erwischt worden. Vielleicht habe er Angst vor der Polizei hatte und deshalb falsche Angaben im Personenblatt gemacht.

Über ergänzende Befragung durch den Verhandlungsleiter gab der Beschwerdeführer an, unter der Woche sei vor allem Tagsüber im gegenständlichen Lokal im ... Bezirk wenig Geschäft. Zum Kontrollzeitpunkt seien daher glaublich nur wenige Gäste anwesend gewesen.

Abschließend legte der Beschwerdeführer Bestätigungen für den gesetzlichen Sozialaufwand vor. Aus denen gehe hervor, dass der Beschwerdeführer so viel Sozialabgaben entrichte, dass es widersinnig wäre, einen Schwarzarbeiter zu beschäftigen.

Der anwaltliche Vertreter des Beschwerdeführers stellte zum Beweis dafür, dass Herr P. nicht im Wintergarten angetroffen wurde, sondern im Lager bzw. am Parkplatz den Antrag auf neuerliche zeugenschaftliche Befragung aller vier Kontrollorgane an Ort und Stelle.

Diesem Beweisantrag wurde nicht nachgekommen und das Beschwerdeverfahren nach den Schlussausführungen der Parteien mit Verkündung des Erkenntnisses abgeschlossen.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Maßgebliche Rechtsvorschriften:

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 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 § 33 Abs. 2 ASVG gilt Abs. 1 dieser Bestimmung 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 Z 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 Meldungen oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet

Gemäß § 111 Abs. 2 ASVG ist die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 ist von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu bestrafen, und zwar mit Geldstrafe von Euro 730,-- bis zu Euro 2.180,--, im Wiederholungsfall von Euro 2.180,-- bis zu Euro 5.000,--, 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 Euro 365,-- herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

Gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG BGBl. Nr. 189/1955 idF BGBl. I Nr17/2012 sind die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den

§§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet.

Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist gemäß § 4 Abs. 2 ASVG, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hierzu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 ASVG BGBl. Nr. 189/1955 idF BGBl. II Nr. 398/2011 sind von der Vollversicherung nach § 4 - unbeschadet einer nach § 7 oder nach § 8 eintretenden Teilversicherung - Dienstnehmer ausgenommen, wenn das ihnen aus einem oder mehreren Beschäftigungsverhältnissen im Kalendermonat gebührende Entgelt den Betrag gemäß Abs. 2 nicht übersteigt (geringfügig beschäftigte Personen);

Ein Beschäftigungsverhältnis gilt gemäß § 5 Abs. 2 ASVG in der zit. Fassung als geringfügig, wenn es

1. für eine kürzere Zeit als einen Kalendermonat vereinbart ist und für einen Arbeitstag im Durchschnitt ein Entgelt von höchstens 28,89 €, insgesamt jedoch von höchstens 376,26 € gebührt oder
2. für mindestens einen Kalendermonat oder auf unbestimmte Zeit vereinbart ist und im Kalendermonat kein höheres Entgelt als 376,26 € gebührt.

Keine geringfügige Beschäftigung liegt hingegen vor, wenn das im Kalendermonat gebührende Entgelt den in Z 2 genannten Betrag nur deshalb nicht übersteigt, weil infolge Arbeitsmangels im Betrieb die sonst übliche Zahl von Arbeitsstunden nicht erreicht wird (Kurzarbeit) oder die Beschäftigung im Laufe des betreffenden Kalendermonates begonnen oder geendet hat oder unterbrochen wurde.

Die im § 5 Abs. 1 Z 2 von der Vollversicherung ausgenommenen Beschäftigten sind gemäß § 7 Z 3 lit. a ASVG BGBl. Nr. 189/1955 idF BGBl. I Nr. 62/2010 nur in der Unfallversicherung versichert.

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.

Sachverhalt:

Aufgrund der in der mündlichen Verhandlung verlesenen Akten und der in der Verhandlung unmittelbar aufgenommenen Beweise wird folgender Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

Der Beschwerdeführer hat am 4.4.2013 unbestrittener Maßen als Gewerbeinhaber ein Gastgewerbelokal in Wien, D.-gasse, betrieben und betreibt dieses Lokal immer noch.

In diesem Lokal wurde am 4.4.2013 um 13.30 Uhr der serbische Staatsangehörige S. P. von den Kontrollorganen der Finanzpolizei F., R. und Sch. dabei beobachtet, wie er Tische und Stühle im Bereich des Wintergartens reinigte. Herr P. hatte seine Tätigkeit erst am Kontrolltag (4.4.2013) aufgenommen. Er sollte am Dienstag, Mittwoch und Donnerstag von 12.00 bis 17.00 Uhr im Lokal als Hilfskraft arbeiten. Dafür sollte er einen Stundenlohn von 5,-- Euro erhalten. In Ermangelung hinreichend genauer Angaben über die geplante Dauer des Arbeitsverhältnisses geht das Gericht zu Gunsten des Beschwerdeführers davon aus, dass das Arbeitsverhältnis für weniger als einen Monat vereinbart war. Herr P. bezog pro Arbeitstag einen Lohn von 25,-- Euro, was bei 3 Arbeitstagen pro Woche einen Monatslohn von 300,-- Euro ergibt. Es handelte sich daher bei Herrn S. P. um einen geringfügig beschäftigten Dienstnehmer im Sinne des § 5 Abs. 2 Z 1 ASVG, der gemäß § 7 Z 3 lit. a ASVG BGBl. Nr. 189/1955 idF BGBl. I Nr. 62/2010 nur in der Unfallversicherung pflichtversichert war. Zum Zeitpunkt der Kontrolle durch die Finanzpolizei war Herr S. P. vom Beschwerdeführer in dessen Eigenschaft als Dienstgeber nicht bei dem zuständigen Träger der Krankenversicherung (Wiener Gebietskrankenkasse) angemeldet gewesen. Es lag somit keine sozialversicherungsrechtliche Anmeldung vor Arbeitsantritt vor und es erfolgte auch keine nachträgliche Anmeldung.

Diese Feststellungen gründen sich auf die verfahrensauslösende Anzeige der Finanzpolizei, die mit dieser Anzeige im Einklang stehenden Zeugenaussagen der Kontrollorgane F., R. und Sch. in der mündlichen Verhandlung, auf das im Behördenakt einliegende, von Herrn S. P. ausgefüllte Personenblatt und den im Beschwerdeverfahren eingeholten Sozialversicherungsauszug über Herrn S. P..

Soweit der Beschwerdeführer die Wahrnehmungen der Organe der Finanzpolizei bestritten und ausgeführt hat, Herr P. habe zum Kontrollzeitpunkt nicht Tische und Sessel im Wintergarten des Gastgewerbebetriebs gereinigt, sondern im Lager sowie am Vorplatz des Lagers aufbewahrtes bzw. abgestelltes Mobiliar zum Zweck des Altwarenhandels begutachtet, stehen dem die widerspruchsfreien und klaren Aussagen von gleich drei Kontrollorganen entgegen, die Herrn P. beim Reinigen von Gasthausmobiliar im Wintergarten des Lokals beobachten konnten und nicht beim Aussortieren von Möbeln im Lager oder auf dem Vorplatz zum Zweck der Altwarensammlung. Alle drei Kontrollorgane hinterließen im Zuge ihrer Einvernahme einen zuverlässigen, kompetenten und glaubwürdigen Eindruck. Ihre Aussagen stimmen überein und sind sowohl in sich als auch zueinander frei von Widersprüchen. Es ist den Kontrollorganen zuzumuten, den Wintergarten eines Gastgewerbebetriebes von einem Lager unterscheiden zu können.

Außerdem ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer selbst gar keine unmittelbaren Wahrnehmungen vom maßgeblichen Sachverhalt treffen konnte, da er nach seinen eigenen Angaben zum Kontrollzeitpunkt mit seinem Lieferwagen unterwegs war, um Gartenmöbel in sein zweites Lokal am Pr. zu transferieren, und erst zur Amtshandlung hinzugekommen ist, als Herr P. das Personenblatt bereits ausgefüllt gehabt hatte.

Auch die Aussage der Zeugin Kr. vermochte den Beschwerdeführer nicht zu entlasten, zumal diese keine eigenen Wahrnehmungen vom Geschehen machen konnte. Dass Herr P. – wie die Zeugin dies ausgesagt hat - seinen Aufenthalt im Bundesgebiet (auch) dazu genützt haben mag, alte Gegenstände zu sammeln und sie dann von Österreich nach Serbien zu verbringen, steht nicht im Widerspruch zu seiner Beschäftigung als Hilfskraft im Lokal des Beschwerdeführers.

Seine Beschäftigung als „Helfer“ im Gastgewerbebetrieb des Beschwerdeführers hat Herr P. im Personenblatt ausdrücklich angegeben und auch einen Stundenlohn von € 5,-- sowie das zeitliche Ausmaß seiner Beschäftigung (Dienstag, Mittwoch und Donnerstag von 12.00 bis 17.00 Uhr) ist im Personenblatt festgehalten. Aufgrund der glaubhaften Aussagen der Überwachungsorgane steht fest, dass Herr P. beim Ausfüllen des in seiner Muttersprache abgefassten Personenblattes unbeeinflusst von den Überwachungsorganen war und seine handschriftlichen Angaben aus freien Stücken gemacht hat. Sollte Herr P. - wie vom Beschwerdeführer behauptet – nur zum eigenen geschäftlichen Gebrauch alte Möbel aussortiert haben und nicht für den Beschwerdeführer als geringfügig beschäftigte Hilfskraft tätig gewesen sein, sind seine im Personenblatt getätigten Angaben über Arbeitstage, Arbeitszeiten und Entlohnung nicht nachvollziehbar. Daran vermag der Umstand, dass Herr P. sich beim Ausfüllen des Personenblatts zum Teil der deutschen Sprache bedient hat, indem er in der Rubrik „Art der Ausbildung“ „Fleischer“ und in der Rubrik „Beschäftigt/tätig als „ „Helfer“ angab, nichts zu ändern, hat doch das Kontrollorgan in seiner Zeugenaussagen angegeben, dass Herr P. zwar schlecht Deutsch gesprochen (Aussage Sch.) hat, eine Verständigung mit ihm in deutscher Sprache aber doch möglich war.

Die zeugenschaftliche Befragung von Herrn S. P. in der mündlichen Verhandlung konnte in Ermangelung einer aktuellen Anschrift ebenso wenig bewerkstelligt werden wie seine Einvernahme im Rechtshilfeweg. Den diesbezüglichen Beweisanträgen des Beschwerdeführers, dem es ebenso wenig wie dem Gericht gelungen ist, eine aktuelle Anschrift von Herrn P. zu eruieren, konnte daher nicht stattgegeben werden.

Dem vom anwaltlichen Vertreter erst zum dritten Verhandlungstermin am 3.8.2015 gestellten Beweisantrag auf nochmalige zeugenschaftliche Befragung aller Überwachungsorgane im Zuge eines Lokalaugenscheins wurde aus mehreren Gründen nicht nachgekommen. Zum einen ist es den Überwachungsorganen zuzumuten, die örtlichen Gegebenheiten aus ihrer Erinnerung heraus wahrheitsgemäß zu schildern, zum anderen geht es gegenständlich um die Verhältnisse vor Ort am 4.4.2013 und nicht um die örtlichen Gegebenheiten, wie sie sich jetzt, mehr als zwei Jahre später

präsentieren. Schließlich war der Beweisantrag auch wegen offenkundiger Verschleppungsabsicht abzuweisen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer im Beschwerdeschriftsatz überhaupt nur die Befragung des Beschwerdeführers selbst sowie die zeugenschaftliche Befragung des Herrn P. beantragt hat und, nachdem er zum ersten Verhandlungstermin zusätzlich die zeugenschaftliche Einvernahme aller Kontrollorgane beantragt hatte, ausdrücklich erklärt hat, keine weiteren Beweisanträge zu stellen.

Soweit der Beschwerdeführer den gefertigten Richter wegen Befangenheit abgelehnt hat, ist festzuhalten, dass eine Befangenheit weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht gegeben ist. In diesem Zusammenhang ist zunächst festzuhalten, dass der Beschwerdeführer dem zuständigen Richter vor der Verhandlung persönlich nicht bekannt war und sich auch in der Verhandlung keine Situation ergeben hat, die geeignet erscheint, in irgendeiner Weise Zweifel an der Objektivität gegenüber dem Beschwerdeführer zu erwecken. Sofern sich der zuständige Richter zu Beginn des Verhandlungstermins 3.8.2015 im Gespräch mit dem anwaltlichen Vertreter des Beschwerdeführers dahingehend geäußert hat, dass er für das verspätete Erscheinen des Beschwerdeführers zum fortgesetzten Verhandlungstermin wegen dessen angeblicher Schwierigkeiten sich im Gerichtsgebäude zurechtzufinden, wenig Verständnis aufbringt und dies in etwas überspitzter Form mit den Worten „der Beschwerdeführer muss wissen, wie er herkommt, er ist ja schon Stammgast“ zum Ausdruck gebracht hat, vermag auch dies keinen Befangenheitsgrund zu bilden. In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass unmittelbar davor dem anwaltlichen Vertreter des Beschwerdeführers gestattet worden war, in der Verhandlung telefonisch zu seinem Mandanten Kontakt aufzunehmen, um ihn in den Verhandlungssaal zu lotsen, obwohl es sich bereits um die zweite Fortsetzung der mündlichen Verhandlung handelte und der Beschwerdeführer bereits beim ersten Verhandlungstermin anwesend gewesen war.

Rechtliche Beurteilung:

Herr S. P. konnte von den einschreitenden Kontrollorganen der Finanzpolizei bei der Verrichtung einfacher Hilfstätigkeiten (Reinigung von Tischen und Stühlen)

angetroffen werden und hat auch selbst im Personenblatt angegeben, als „Helfer“ tätig zu sein. Es war somit nach der ständigen höchstgerichtlichen Judikatur auf Grund der Typizität des Geschehens ohne weiteres vom Bestehen eines Dienstverhältnisses auszugehen (vgl. etwa das Erkenntnis des VwGH vom 14.11.2012, 2010/08/0196, sowie das darin verwiesene Erkenntnis des VwGH vom 12.9. 2012, ZI. 2010/08/0133, mwN).

Auch die die nur in der Unfallversicherung nach § 7 Z 3 lit. a pflichtversicherten geringfügig beschäftigten Dienstnehmer sind gemäß § 33 Abs. 2 ASVG vom Dienstgeber nach § 33 Abs. 1 ASVG, somit noch vor Arbeitsantritt beim Träger der zuständigen Krankenversicherung anzumelden. Vor dem Hintergrund des als erwiesen festgestellten Sachverhalts wäre der Beschwerdeführer somit verpflichtet gewesen, den bei ihm am 4.4.2013 als Hilfskraft in geringfügigem Ausmaß beschäftigten Dienstnehmer S. P. noch vor Arbeitsantritt gemäß § 33 Abs. 2 iVm § 33 Abs. 1 ASVG beim zuständigen Träger der Krankenversicherung sozialversicherungsrechtlich anzumelden. Indem er dies unterlassen hat, hat der Beschwerdeführer den objektiven Tatbestand der Übertretung dieser Rechtsvorschrift zu verantworten.

Was die subjektive Tatseite betrifft, hat der Beschwerdeführer, der lediglich die Beschäftigung des S. P. bestritten und damit sein tatbildliches Verhalten in Abrede gestellt hat, keine spezifischen Angaben erstattet. Im Hinblick auf das Vorliegen eines sog. Ungehorsamsdelikts – zum Tatbestand der gegenständlichen Verwaltungsübertretung gehört weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr - und die für derartige Delikte postulierte gesetzliche Vermutung des § 5 Abs. 1 VStG war von fahrlässiger und somit schuldhafter Tatbegehung auszugehen, zumal der Beschwerdeführer mangelndes Verschulden nicht dargelegt hat.

Strafbemessung:

Gemäß § 19 VStG ist die Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner

Beeinträchtigung durch die Tat. Überdies sind 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 Verwaltungsstrafrechts sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Wie nicht zuletzt aus der Höhe der gesetzlichen Strafdrohung des § 111 ASVG abgeleitet werden kann, ist die Bedeutung des durch die gegenständlich übertretenen Bestimmungen des ASVG geschützten Rechtsguts als hoch einzustufen. Zumal durch die gegenständlich unterlassene Anmeldung des Herrn S. P. bei einem Arbeitsunfall kein sozialversicherungsrechtlicher Schutz bestanden hätte, war auch die Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts als erheblich zu beurteilen.

Dass die Tat nur bei Aufbietung ganz außergewöhnlicher Sorgfalt oder sonst aus besonderen Gründen nur schwer zu vermeiden gewesen wäre, ist im Verfahren nicht hervorgekommen, sodass den Beschwerdeführer ein nicht bloß atypisch geringes Verschulden trifft.

Besondere Milderungsgründe oder besondere Erschwerungsgründe sind weder der Aktenlage zu entnehmen noch vom Beschwerdeführer ins Treffen geführt worden. So kommt dem Beschwerdeführer – entgegen der im Beschwerdeschriftsatz aufgestellten Behauptung - der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit in Ansehung von mehreren zwar nicht einschlägigen, jedoch zur Tatzeit rechtskräftigen und bis dato noch nicht getilgten verwaltungsstrafrechtlichen Vormerkungen betreffend zwei Übertretungen des Tabakgesetzes und neun Übertretungen der Gewerbeordnung nicht zu Gute. Der vom Beschwerdeführer ins Treffen geführte Umstand, dass - abgesehen von Herrn S. P. - alle anderen von den Kontrollorganen in seinem Gastgewerbebetrieb angetroffenen Personen ordnungsgemäß zur Sozialversicherung angemeldet waren, stellt keinen besonderen Milderungsgrund

dar, sondern führte lediglich dazu, dass die gegenständliche Kontrolle nur das gegenständliche und nicht noch weitere Strafverfahren wegen Übertretung des § 33 ASVG nach sich gezogen hat.

Die über den Beschwerdeführer von der belangten Behörde verhängte Geldstrafe von 910,-- Euro liegt nur knapp über der mit 730,-- Euro gesetzlich festgelegten Mindeststrafe. Sie erweist sich somit selbst bei Annahme ungünstiger wirtschaftlicher und persönlicher Verhältnisse - der Beschwerdeführer hat dazu im gesamten Verfahren keine Angaben erstattet - als tat- täter- und schuldangemessen.

Eine außerordentliche Strafmilderung nach § 20 VStG kam nicht in Betracht, zumal im Verfahren besondere Milderungsgründe nicht hervorgekommen sind und die Beschwerdeführerin keine Jugendliche ist.

Der Anwendung des § 111 Abs. 2 letzter Satz ASVG steht entgegen, dass das Verschulden des Beschwerdeführers nicht als geringfügig angesehen werden kann, zumal weder hervorgekommen ist, noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der verletzten Vorschrift eine besondere Aufmerksamkeit erfordert habe, die die Beschwerdeführerin nicht einzuhalten in der Lage gewesen wäre, oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können. Im Übrigen ist auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hinzuweisen, wonach das typische Bild eines Meldeverstoßes vorliegt, wenn die Anmeldung des Dienstnehmers zum Zeitpunkt der Kontrolle noch nicht nachgeholt worden ist, sodass die Folgen des Meldeverstoßes in einem solchen Fall nicht als unbedeutend anzusehen sind und die Voraussetzungen für eine Herabsetzung der Geldstrafe bis auf 365,-- Euro gemäß § 111 Abs. 2 letzter Satz ASVG nicht vorliegen (siehe VwGH vom 24.4.2014, 2013/08/0258, sowie vom 10. 4. 2013, 2013/08/0041).

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Zur Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist die (ordentliche) Revision zulässig, wenn eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt, insbesondere weil das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs nicht einheitlich beantwortet wird.

Ein Vergleich der Regelungen zum Ablehnungsmodell gemäß Art. 131 Abs. 3 B-VG aF mit dem Revisionsmodell nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zeigt, dass diese Bestimmungen nahezu ident sind. Zur Auslegung des Begriffs „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“ kann auf die bisherige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs zum Ablehnungsrecht nach Art. 131 Abs. 3 B-VG aF zurückgegriffen werden (in diesem Sinne Thienel, Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, 74). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zu Art. 131 Abs. 3 B-VG aF liegt eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung dann vor, wenn die Entscheidung der Sache im Interesse der Allgemeinheit an einer einheitlichen, auf zusätzliche Argumente gestützte Rechtsprechung liegt. Das ist dann der Fall, wenn eine Rechtsfrage zu entscheiden ist, die auch für eine Reihe anderer gleichgelagerter Fälle von Bedeutung ist und diese durch die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs bis-her nicht abschließend geklärt worden ist. Es muss sich um eine aus rechtssystematischen Gründen bedeutsame und auch für die einheitliche Rechtsanwendung wichtige Frage des materiellen oder formellen Rechts handeln (vgl. Paar, ZfV, 892). Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt nicht vor, wenn die Rechtsfrage klar aus dem Gesetz lösbar ist (vgl. Köhler, eolex 2013, 596, mit weiteren Nachweisen). Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt dann vor, wenn die Klärung dieser Rechtsfrage eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung hat (vgl. Thienel, aaO, 73f).

Da im gegenständlichen Fall eine solche Rechtsfrage nicht vorliegt, war die (ordentliche) Revision nicht zuzulassen.

Belehrung

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 EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glückspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Mag. Schmied

Richter