



**VERWALTUNGSGERICHT  
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62  
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38680  
Telefax: (+43 1) 4000 99 38680  
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-041/046/8077/2021  
A. B.

Wien, 5.8.2022

**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Verwaltungsgericht Wien erkennt durch seinen Richter Mag. Schmied über die Beschwerde des A. B. gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt, vom 22.4.2021, Zl. MBA/.../2021, betreffend eine Übertretung des § 33 Abs. 1 in Verbindung mit § 111 Abs. 1 Z 1 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 10.11.2021 und am 29.4.2022

zu Recht:

I. Gemäß § 50 VwGVG wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

Die Übertretungsnorm lautet: „§ 33 Abs. 1 in Verbindung mit § 111 Abs. 1 Z 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG), BGBl. Nr. BGBl. Nr. 189/1955 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 44/2016.“

Die Strafsanktionsnorm lautet: „§ 111 Abs. 2 erster Strafsatz ASVG, BGBl. Nr. 189/1955 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2020“

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

III. Der Haftungsausspruch gemäß § 9 Abs. 7 VStG für die C.-gesellschaft m.b.H. wird insofern erweitert, als er auch den Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens umfasst.

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

## E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

### Gang des Verfahrens:

Mit dem gegenständlichen Straferkenntnis wurde dem Beschwerdeführer zur Last gelegt, er habe es in seiner Eigenschaft als handelsrechtlicher Geschäftsführer der C.-gesellschaft m.b.H. zu verantworten, dass dieses Unternehmen den Dienstnehmer D. E. vom 9.11.2020 bis 17.3.2021 als Kraftfahrer beschäftigt habe, ohne den Dienstnehmer vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden.

Wegen dieser Übertretung des § 111 Abs. 1 Z 1 in Verbindung mit § 33 Abs. 1 ASVG wurde über den Beschwerdeführer gemäß § 111 Abs. 2 ASVG eine Geldstrafe von 910,-- Euro (ersatzfreiheitsstrafe von 1Tag) verhängt und ihm ein Beitrag zu den Kosten des behördlichen Verfahrens von 91,-- Euro vorgeschrieben.

Aufgrund der dagegen fristgerecht erhobenen Beschwerde wurde am 10.11.2021 und am 29.4.2021 eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien durchgeführt.

In der Verhandlung sagte der Beschwerdeführer aus, er habe zwar den laut Beschwerdevorbringen gemäß § 9 Abs. 2 VStG zum verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichen bestellten F. G. dem Arbeitsinspektorat gemeldet; Eine Meldung über die Bestellung dieser Person zum verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlichen an die ÖGK gemäß § 35 Abs. 3 ASVG habe er aber nicht erstattet.

Zum Tatvorwurf könne er sagen, dass Herr D. E., bevor er bei ihm (dem Beschwerdeführer) als Dienstnehmer zu arbeiten begonnen habe, als selbstständiger Transportunternehmer, danach als Subunternehmer für die Firma H. gefahren sei.

E. sei dann an ihn (den Beschwerdeführer) herangetreten und habe darum gebeten, ihn in seinem Unternehmen anzustellen. Bei diesem Unternehmen habe es sich um die Firma K. GmbH gehandelt. Herr E. habe als Angestellter für den Beschwerdeführer tätig sein wollen, weil er einen Privatkonkurs abwickeln wollte und das nur konnte, wenn er in Österreich eine nicht selbstständige Tätigkeit ausübte. Nach ca. 2 Jahren habe Herr E. gemeint, dass er mit seinem Gehalt den Privatkonkurs doch nicht abwickeln könne, weil ihm die Raten zu hoch seien und ihm nichts mehr zum Leben bleibe. Deshalb habe er die Idee vorgetragen, nach Rumänien zurückzukehren, um dort eine Firma zu gründen. Er habe dann tatsächlich in Rumänien eine Personalüberlassungsfirma gegründet und sich selbst an die Firma des Beschwerdeführers, das Speditionsunternehmen C.-gesellschaft m.b.H., als Arbeitnehmer überlassen. Dem Beschwerdeführer sei nicht bewusst gewesen, dass es nach dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz ausgeschlossen sei, dass ein Unternehmer (Betreiber eines Arbeitskräfteüberlassungsunternehmens) sich selbst als Arbeitnehmer überlässt.

Nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt sei Herr E. schon als Dienstnehmer der Firma K. GmbH sowie davor als eigener Unternehmer für die Spedition H., die keine eigene Güterbeförderungskonzession und auch keine eigenen LKWs habe, sondern ein reines Speditionsunternehmen sei, gefahren. Disponiert worden sei er ausschließlich von der Spedition H.. An dieser Konstellation habe sich auch nichts geändert, als Herr E. als überlassener Arbeitnehmer für die Firma C.-gesellschaft m.b.H. tätig war. Allerdings sei er als selbstständiger Unternehmer seinerzeit mit seinen eigenen LKWs gefahren und mit seiner eigenen Transportkonzession, danach mit den Fahrzeugen und der Konzession der Firmen des Beschwerdeführers. Der Beschwerdeführer habe derzeit zwei Firmen; die C.-gesellschaft m.b.H. habe er von einem Transport- und Speditionsunternehmen zu einem Speditionsunternehmen umgebaut, die K. GmbH sei ein reines Transportunternehmen.

In der Folge wurde die Verhandlung vertagt, weil das Verwaltungsgericht in Erfahrung bringen konnte, dass gegen den Beschwerdeführer in Bezug auf die Beschäftigung des D. E. im gegenständlichen Zeitraum zu GZ ... ein Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Wien wegen des Verdachts auf Übertretungen der §§ 146 StGB (Betrug) und 153c StBG (Vorenthalten von Dienstnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung) eingeleitet worden war.

Am 22.11.2021 hat die Staatsanwaltschaft Wien das Ermittlungsverfahren wegen § 146 und § 153c StGB gemäß § 190 Z 2 StPO mit dem Vermerk „Schuld nicht nachweisbar“ eingestellt. Der Beschwerdeführer wurde davon am 23.11.2021 benachrichtigt.

Der Einstellung des gerichtlichen Strafverfahrens gingen umfangreiche Ermittlungen durch das von der Staatsanwaltschaft damit beauftragte LKA Wien voraus. Im Zuge der Ermittlungen wurde der Beschwerdeführer als Beschuldigter sowie D. E. als Mitbeschuldigter einvernommen und am 16.10.2021 der Abschlussbericht erstellt.

Am 29.4.2022 wurde die mündliche Verhandlung vom 10.11.2021 fortgesetzt. Der anwaltliche Vertreter des Beschwerdeführers gab zu Protokoll, dass die Verfahrenseinstellung durch die Staatsanwaltschaft sowohl den Vorwurf nach § 146 StGB als auch jenen nach § 153c Abs. 1 StGB betreffe und aus Beweisgründen erfolgt sei. Weiters werde auf die im strafgerichtlichen Verfahren vorgelegte Stellungnahme des D. E. vom 20.9.2021 hingewiesen. Zur Sache brachte der anwaltliche Vertreter des Beschwerdeführers vor, dass gegenständlich von Herrn E. in Rumänien keine bloße Scheinfirma gegründet worden und diese Firma in Rumänien sowie europaweit registriert sei. Des Weiteren wurde auf den Umstand, dass Herr E. vom 9.11.2020 bis 3.2.2021 in Österreich nicht mit Hauptwohnsitz, sondern nur mit Nebenwohnsitz gemeldet war, sowie auf die im Akt einliegende Rechnung des Unternehmens von Herrn E. vom 28.2.2021 hingewiesen. Diese aktenkundigen Fakten würden belegen, dass Herr E. nicht Dienstnehmer des Beschwerdeführers war. Die Angaben des Beschwerdeführers in der Verhandlung vom 10.11.2021 blieben unbestritten.

Schließlich erklärten sich der anwaltliche Vertreter des Beschwerdeführers sowie

der Vertreter der Finanzpolizei damit einverstanden, dass die Entscheidung schriftlich ergeht und verzichteten auf die Fortsetzung der Verhandlung.

#### Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Aufgrund der insoweit unstrittigen Aktenlage und aufgrund der Aussage des Beschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung wird folgender Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

Der Beschwerdeführer war zur Tatzeit handelsrechtlicher Geschäftsführer der C.-gesellschaft m.b.H.. Er hat der ÖGK keinen Verantwortlichen gemäß § 35 Abs. 3 ASVG bekanntgegeben. Der Dienstnehmer D. E. war vom 8.11.2018 bis 6.11.2020 bei der Firma K. GmbH als LKW-Fahrer beschäftigt. Handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma K. GmbH war damals der Beschwerdeführer. Da D. E. infolge seines Privatkonkurses mit dem ihm von der Firma K. GmbH bezahlten Gehalt seine Lebenshaltungskosten nicht bestreiten zu können glaubte, gründete er in Rumänien ein Personalüberlassungsunternehmen E. Leasing SRL und verlegte seinen Hauptwohnsitz nach Rumänien. Über dieses „Unternehmen“ überließ er sich selbst als Arbeitskraft an die Firma C.-gesellschaft m.b.H., für deren Chef (den Beschwerdeführer) er schon zuvor als Dienstnehmer der Firma K. GmbH tätig gewesen war. Seine Tätigkeit als von seiner eigenen Firma überlassener Arbeitnehmer für die Firma C.-gesellschaft m.b.H. dauerte vom 9.11.2020 bis 17.3.2021 und unterschied sich nicht von seiner vormaligen Dienstnehmertätigkeit als LKW-Chauffeur für die Firma K. GmbH. Allerdings war der Beschwerdeführer nun nicht mehr bei der ÖGK zur Sozialversicherung angemeldet und bezog kein Gehalt, sondern legte als Inhaber des rumänischen Personalüberlassungsunternehmens E. Leasing SRL Rechnungen an die C.-gesellschaft m.b.H., welche von diesem Unternehmen beglichen wurden. D. E. war in Rumänien zur Sozialversicherung angemeldet. Eine Meldung der grenzüberschreitenden „Überlassung“ seiner eigenen Person nach dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) ist nicht erfolgt. Vom 9.11.2020 bis 3.2.2021 war D. E. in Rumänien mit Hauptwohnsitz und in Österreich mit Nebenwohnsitz gemeldet. Eine Anmeldung von D. E. als Dienstnehmer zur Sozialversicherung durch die C.-gesellschaft m.b.H. ist gleichfalls nicht erfolgt. Die Konstruktion der

Eigenüberlassung durch ein von D. E. in Rumänien gegründetes Unternehmen brachte für D. E. den Vorteil, dass die anstelle eines Gehalts nunmehr an sein rumänisches Unternehmen geleisteten Zahlungen für die Gläubiger seines Privatkonkurses nicht angreifbar waren, der Beschwerdeführer profitierte davon, indem er keine Dienstgeberbeiträge mehr für E. entrichten musste und auch keine Lohnnebenkosten mehr anfielen.

Von diesem als erwiesen festgestellten und vom Beschwerdeführer nicht bestrittenen Sachverhalt ist auch die Staatsanwaltschaft Wien nach erfolgter Beschuldigteneinvernahme ausgegangen als sie das gerichtliche Strafverfahren wegen des Verdachts der Übertretung der §§ 146 und 153c StGB gemäß § 190 Z 2 StPO eingestellt und den Beschwerdeführer davon am 23.11.2021 unterrichtet hat. Eine Anordnung der Fortführung des Verfahrens nach § 193 Abs. 2 Z 2 StPO ist nicht erfolgt. Auch die Frist für einen Fortführungsantrag des Opfers nach § 195 Abs. 2 StPO ist abgelaufen und wurde eine Fortführung auch nach § 195 Abs. 3 StPO nicht angeordnet. Es kam somit im Hinblick auf die Vorwürfe nach den §§ 153c und 146 StGB zu einem Anklageverbrauch. Dies ergibt sich aus dem vom Verwaltungsgericht beigeschafften Akt der Staatsanwaltschaft Wien zu GZ ....

#### Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 146 StGB ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen, Wer mit dem Vorsatz, durch das Verhalten des Getäuschten sich oder einen Dritten unrechtmäßig zu bereichern, jemanden durch Täuschung über Tatsachen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung verleitet, die diesen oder einen anderen am Vermögen schädigt.

Gemäß § 153c Abs. 1 StGB ist strafbar und mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen, wer als Dienstgeber Beiträge eines Dienstnehmers zur Sozialversicherung dem berechtigten Versicherungsträger vorenthält.

Gemäß Art. 4 des 7. ZPEMRK darf niemand wegen einer strafbaren Handlung, wegen der er bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut vor Gericht gestellt oder bestraft werden.

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 § 35 Abs. 3 ASVG kann der Dienstgeber die Erfüllung der ihm nach den §§ 33 und 34 obliegenden Pflichten auf Bevollmächtigte übertragen. Name und Anschrift dieser Bevollmächtigten sind unter deren Mitfertigung dem zuständigen Versicherungsträger bekanntzugeben.

Gemäß § 111 Abs. 1 Z 1 ASVG handelt ordnungswidrig, wer als Dienstgeber entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes die Anmeldung zur Pflichtversicherung oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet.

Gemäß § 111 Abs. 2 ASVG ist die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu bestrafen, und zwar mit Geldstrafe von 730 € bis zu 2 180 €, im Wiederholungsfall von 2 180 € bis zu 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 365 € herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

Soweit der Beschwerdeführer gegen seine Bestrafung eingewandt hat, er habe zu Beginn der Tatzeit Herrn F. G. gemäß § 9 Abs. 2 VStG zum verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichen bestellt, vermag ihn dies nicht von seiner verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung gemäß § 9 Abs. 1 VStG als zur Außenvertretung der C.-gesellschaft m.b.H. berufener handelsrechtlicher

Geschäftsführer zu entbinden. In diesem Zusammenhang ist auf § 35 Abs. 3 ASVG und die dazu ergangene höchstgerichtliche Judikatur hinzuweisen, wonach aufgrund der Sonderregelung des § 35 Abs. 3 ASVG § 9 Abs. 2 nicht anwendbar ist (siehe etwa VwGH 8.9.2010, 2010/08/0162 sowie VwGH 19.12.2016, Ra 2015/08/0067). Zumal Name und Anschrift des vom Beschwerdeführer ins Treffen geführten F. G. unstrittig der ÖGK als zuständiger Versicherungsträgerin nicht bekannt gegeben worden war, ist keine gemäß § 35 Abs. 3 ASVG rechtswirksame Übertragung der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung auf diese Person erfolgt, sodass für den gesamten Tatzeitraum die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung für die Einhaltung der Rechtsvorschriften des ASVG den Beschwerdeführer trifft.

Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, es liege im Tatzeitraum kein Dienstverhältnis zwischen der C.-gesellschaft m.b.H. und D. E. vor, vielmehr habe die C.-gesellschaft m.b.H. einen Auftrag an die von D. E. gegründete rumänische Firma E. Leasing SRL erteilt, die in Entsprechung dieses Auftrags D. E. an die C.-gesellschaft m.b.H. als Arbeitskraft überlassen habe, ist zunächst festzuhalten, dass es keine Überlassungspapiere (ZKO 3 bzw. ZKO 4 Formulare) gibt, die nach den Vorschriften des LSD-BG in einem solchen Fall grenzüberschreitender Überlassung von Arbeitnehmern von einem Mitgliedstaat der EU in einen anderen ausgefüllt und den zuständigen Behörden übermittelt worden wären. Dazu kommt, dass die E. Leasing SRL nicht einen bei ihr unter Dienstvertrag stehenden Arbeitnehmer, sondern den Gründer und Chef dieser Firma überlassen hat. Im Zusammenhang mit dem Umstand, dass D. E. über diese Konstruktion nur wenige Tage nach Beendigung seiner Dienstnehmertätigkeit als LKW-Chauffeur für die Firma des Beschwerdeführers dieselbe Tätigkeit - nunmehr unter dem Deckmantel der „Selbstüberlassung“ durch eine von D. E. in Rumänien gegründete Arbeitskräfteüberlassungsfirma - weiter ausgeübt hat, wird deutlich, dass es sich bei der Firmengründung in Rumänien und der anschließenden „Selbstüberlassung“ um eine Umgehungskonstruktion handelte, die nichts an der Eigenschaft des D. E. als Dienstnehmer der C.-gesellschaft m.b.H. zu ändern vermochte. Dass anstelle eines Gehalts im Tatzeitraum Rechnungen beglichen wurden, die von der durch D. E. in Rumänien gegründeten Firma E. Leasing SRL gelegt wurden, ist ebenso Bestandteil der gegenständlichen Umgehungskonstruktion wie die Begründung eines Hauptwohnsitzes von D. E. in Rumänien. In einem vergleichbaren Fall hat

der Verwaltungsgerichtshof bereits ausgesprochen, dass bei unverändertem wirtschaftlichen Gehalt vertragliche Vereinbarungen (Personalbereitstellungsvertrag, Dienstverträge, Mietverträge) im Hinblick auf eine Änderung der Zurechnung weg vom Betrieb des eigentlichen Dienstgebers hin zu einem ausländischen Unternehmen nicht ausschlaggebend sind (siehe VwGH 15.7.2013, 2011/08/0151).

Die C.-gesellschaft m.b.H. wäre somit verpflichtet gewesen, nachdem sie D. E. als Dienstnehmer mit 6.11.2020 abgemeldet gehabt hatte, diesen vor Dienstantritt am 9.11.2020 wieder als Dienstnehmer bei der ÖGK als zuständiger Trägerin der Krankenversicherung anzumelden. Indem sie dies unstrittig unterlassen hat, wurde der Tatbestand der dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Verwaltungsübertretung verwirklicht.

Dass den Beschwerdeführer daran kein Verschulden trifft, wurde von ihm nicht glaubhaft dargelegt. Dass der Beschwerdeführer gezielte Erkundigungen über die rechtliche Zulässigkeit der oben geschilderten Konstruktion der Beschäftigung des D. E. im Tatzeitraum bei den zuständigen Behörden eingeholt hätte, wurde von ihm nicht behauptet. Es war somit, da gegenständlich ein sog. Ungehorsamsdelikt vorliegt, gemäß § 5 Abs. 2 VStG von schuldhaftem Verhalten in der Schuldform der Fahrlässigkeit auszugehen.

Was die Einstellung des wegen Übertretung der §§ 146 und 153c StGB geführten gerichtlichen Strafverfahrens gemäß § 190 Z 2 StPO betrifft, ist festzustellen, dass diese Verfahrenseinstellung durch die Staatsanwaltschaft nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs (siehe VwGH 2.3.2017, Ra 2017/08/0003 sowie vom 29.5.2015, 2012/02/0238) grundsätzlich geeignet wäre, den Beschwerdeführer vor einer nach Art. 4 Abs. 1 des 7. ZPEMRK unzulässigen Wiederholung eines Strafverfahrens, welches mit einer endgültigen Entscheidung beendet worden ist, zu schützen. Gegenständlich ist – wie die getroffenen Feststellungen auf der Grundlage des im verwaltungsgerichtlichen Verfahren beigeschafften Aktes der Staatsanwaltschaft zeigen – die Verfahrenseinstellung durch die Staatsanwaltschaft unwiderruflich geworden und hat daher ein Anklageverbrauch stattgefunden. Die Entscheidung der Staatsanwaltschaft basiert zudem auch auf derselben Faktenlage, welche die belangte Behörde und nunmehr das

Verwaltungsgericht vorgefunden hat.

Die gegenständlich zu prüfende Bestrafung des Beschwerdeführers wegen Übertretung des § 33 Abs. 1 in Verbindung mit § 111 Abs. 1 Z 1 ASVG erweist sich jedoch trotzdem als zulässig, da den §§ 146 und 153c StGB jeweils ein im Vergleich zu den zitierten Rechtsvorschriften des ASVG anderes Tatbild zu Grunde liegt.

So erfordert der Tatbestand des Betrugs nach § 146 StBG den Vorsatz, durch das Verhalten des Getäuschten sich oder einen anderen unrechtmäßig zu bereichern oder jemanden durch Täuschung über Tatsachen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung zu verleiten, die diesen oder einen anderen am Vermögen schädigt. § 111 ASVG stellt dagegen schlicht die Unterlassung der fristgerechten Anmeldung eines Dienstnehmers unter Strafsanktion, eine Täuschungshandlung oder ein Schädigungs- oder Bereicherungsvorsatz ist nicht tatbildlich. Es handelt sich daher um grundverschiedene Tatbestände, die unabhängig voneinander verwirklicht werden können. Der gegenständlichen Bestrafung des Beschwerdeführers wegen Übertretung des § 111 ASVG steht somit Art. 4 Abs. 1 des 7. ZPMEMRK nicht entgegen.

§ 153c StGB wiederum stellt nach herrschender Lehre das Unterlassen der Beitragsentrichtung nach Einbehaltung der Dienstgeberbeiträge voraus. Die Strafbarkeit tritt nicht schon mit Fälligkeit der Beitragsschuld (§ 58 Abs. 1 ASVG), sondern erst mit Verstreichen der dem Beitragsschuldner nach § 59 Abs. 1 ASVG eingeräumten Frist für das Hinzutreten von Verzugszinsen ein. Tatbildlich ist somit nur das Unterlassen der fristgerechten Beitragsentrichtung nach Einbehaltung. Das Unterbleiben der Entrichtung von Dienstnehmerbeiträgen bei Vorliegen von einvernehmlicher Schwarzarbeit ist somit gemäß § 153c StGB straflos (siehe *Kirchbacher/Sadoghi in Höpfler/Ratz, WK<sup>2</sup> StGB § 153c* sowie *Hinterhofer in FS Fuchs, 187ff*).

Schutzzweck von § 33 Abs 1 und 2 ASVG iVm § 111 Abs 1 Z 1 ASVG ist (VwGH 14.03.2013, 2011/08/0187 mwN; VwGH 16.03.2011, 2009/08/0056; RV 77 BlgNR 23. GP, 3)

\* die Sicherstellung der Beitragsinteressen der Versichertengemeinschaft,

\* das Interesse der/des einzelnen Dienstnehmerin/s, die/der – ungeachtet des

Prinzips der ex lege eintretenden Pflichtversicherung – bei nicht erfolgter Anmeldung Nachteile im Leistungsrecht erleiden kann, und  
\* die Bekämpfung der Schwarzarbeit.

Wie oben gezeigt wurde, wird mit § 153c StGB vorrangig der Schutzzweck der Sicherstellung der Beitragsinteressen der Versichertengemeinschaft verfolgt, wohingegen der Schutzzweck der Bekämpfung von Schwarzarbeit dieser Rechtsvorschrift überhaupt nicht immanent ist. Dazu kommt, dass ein Verstoß gegen § 153c StGB die Nichtentrichtung bereits einbehaltener Dienstgeberbeiträge voraussetzt, während für eine Übertretung des § 111 ASVG schlicht die Unterlassung der Anmeldung eines Dienstnehmers zur Sozialversicherung, wie sie gerade Fälle von Schwarzarbeit auszeichnet, tatbildlich ist. Somit liegen verschiedene Straftatbestände vor, die sich in wesentlichen Elementen unterscheiden. Mit einer weiteren verwaltungsstrafrechtlichen Verfolgung bzw. Verurteilung wegen Übertretung des § 111 ASVG nach rechtskräftig beendetem Strafverfahren wegen § 153c StGB ist daher keine Verletzung des Art 4 Abs 1 7. ZPEMRK verbunden. Der Verwaltungsgerichtshof hat sich allerdings bislang zum Verhältnis zwischen § 111 ASVG und § 153c StGB nicht geäußert und selbiges explizit offengelassen (siehe VwGH 2.3.2017, Ra 2017/08/0003).

Zumal die Verwirklichung eines Sachverhalts wie er gegenständlich als erwiesen festgestellt wird (es liegt nach den oben getroffenen Feststellungen einvernehmliche Schwarzarbeit vor) nach § 153c StGB nicht tatbildlich und daher nicht strafbar ist, vermag die Einstellung des wegen Verstoßes gegen § 153c StGB geführten Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft Wien gemäß § 190 Z 2 StPO eine Sperrwirkung wegen Anklageverbrauchs im Hinblick auf die dem Beschwerdeführer zur Last liegende Übertretung des § 33 Abs. 1 in Verbindung mit § 111 Abs. 1 Z 1 ASVG nicht zu entfalten. Der gegenständlichen Bestrafung des Beschwerdeführers steht somit Art. 4 Abs. 1 des 7. ZPEMRK nicht entgegen.

#### Zulässigkeit der Revision:

Die ordentliche Revision ist zulässig, da es sich bei der Frage des Verhältnisses zwischen § 111 ASVG und § 153c StGB im Hinblick auf einen Anklageverbrauch im Sinne des Art. 4 Abs. 1 des 7. ZPEMRK um eine in ihrer Bedeutung über den

Anlassfall hinausgehende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handelt und dazu noch keine Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs vorliegt, zumal der Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 2.3.2017, Ra 2017/08/0003, diese Rechtsfrage zwar angesprochen, die Revision aber aus anderen Gründen zurückgewiesen und die Frage des Verhältnisses zwischen § 111 ASVG und § 153c StGB explizit offengelassen hat.

## 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 der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen. Verfahrenshilfe ist einer Partei so weit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen als sie 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. Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und

die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. 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.

#### Hinweis:

Das Verwaltungsgericht Wien ist weder zur Entgegennahme von zu begleichenden Geldstrafen noch zur Eintreibung solcher zuständig. Im Falle einer rechtskräftigen Verhängung einer Geldstrafe wenden Sie sich bitte an die Verwaltungsbehörde (die Kontaktdaten finden Sie am angefochtenen Straferkenntnis), welche die Strafe verhängt hat!

Verwaltungsgericht Wien

Mag . S c h m i e d  
(Richter)