OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 L / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-302726/24/BMa/TK

Datum:
Linz, 28. Mai 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde der V H, vertreten durch Dr. H A, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 28.04.2020, BHLL/920100074252/20, wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 25.01.2021, die am 19.03.2021 fortgesetzt wurde

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass im Spruch die Wortfolge „als Dienstnehmerin“ durch die Wortfolge „als geringfügig beschäftigte Dienstnehmerin“, die Wortfolge „das Vorliegen einer Voll- oder Teilversicherung“ durch die Wortfolge „das Vorliegen einer Teilversicherung“ ersetzt wird, die Adresse „L“ auf „L“ korrigiert wird und die verletzte Rechtsvorschrift § 111 Abs. 1 Z 1 ASVG, BGBl. Nr. 189/1955 idF BGBl. I Nr. 113/2005 iVm § 33 Abs. 1, BGBl. Nr. 189/1955 idF BGBl. Nr. 44/2016 sowie die Sanktionsnorm § 111 Abs. 2 erster Strafsatz, BGBl. Nr. 189/1955 idF BGBl. I Nr. 113/2015 lautet.

II. Die beschwerdeführende Partei hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 146 Euro zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I.:

1.1. Mit dem in der Präambel angeführten Straferkenntnis wurde die Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) wie folgt schuldig gesprochen und bestraft:

„Sie haben es als Obfrau und somit als Außenvertretungsbefugte des Vereines F mit Sitz in X, J, gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass dieser Verein als Dienstgeber
die serbische Staatsangehörige G T, geb. x 1979,
zumindest seit 2.3.2020 als Dienstnehmerin (Kellnerin und Putzfrau) in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt (lt. SV-Beitragsgrundlage) beschäftigt hat, ohne vor Arbeitsantritt (2.3.2020, 17:00 Uhr) zumindest die Beitragskontonummer, den Namen und die Versicherungsnummer, bzw. die Geburtsdaten der beschäftigten Person, den Tag der Beschäftigungsaufnahme, sowie das Vorliegen einer Voll- oder Teilversicherung bei der Österreichischen Gesundheitskasse, mit Sitz in 4020 L, Gruberstraße 77, als zuständiger Sozialversicherungsträger, zu melden.
Dieser Sachverhalt wurde von Organen des Finanzamtes L im Zuge einer Kontrolle am 6.3.2020 um 19:20 Uhr in Ihrem Cafe ‚M' in L, A 16, indem die genannte Person beim Servieren von Getränken betreten wurde, sowie durch Abfragen im Hauptverband festgestellt.
Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

§ 111 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz -ASVG

Wegen dieser Verwaltungsübertretung (en) wird (werden) über Sie folgende Strafe(n) verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringliche ist, Ersatzfreiheitstrafe von	Gemäß
€ 730,00	4 Tage(n) 16 Stunde(n) 0 Minute(n)	§ 111 Abs. 2 ASVG i.d.g.F.

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG 10% der Strafe, das sind € 73,00**,** als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, zu zahlen.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher € 803,00."

[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Begründend führt die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass sich aufgrund der Feststellung des Finanzamts L ergebe, dass Frau T zumindest seit 02.03.2020 im Lokal der Bf beschäftigt gewesen sei, ohne vor Arbeitsantritt zur

Sozialversicherung gemeldet worden zu sein. Die Bf sei als Obfrau des Vereins F Außenvertretungsbefugte dieses Vereins und habe die Verwaltungsübertretung verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten. Die Bf habe zu ihrer Rechtfertigung lediglich vorgebracht, dass das Gewerbe zum Betreiben des Lokals und die Verantwortung der Versorgung der anwesenden Personen bei Herrn D R vom Verein der B B Austria liege.

Bei der Strafausmessung wurde ein geschätztes Nettoeinkommen der Bf in Höhe von 2.000 Euro, das Nichtvorliegen von Sorgepflichten und das Nichtvorhandensein von Vermögen zugrunde gelegt. Strafmildernde oder straferschwerende Gründe sind erstinstanzlich nicht zutage getreten.

1.3. Dagegen richtet sich die rechtzeitig rechtsfreundlich vertreten eingebrachte Beschwerde, die die Beschäftigung der G T als Dienstnehmerin des Vereins F mit dem Sitz in der J 15, X bestreitet. Frau T sei nicht für den Verein F tätig gewesen, sondern habe gelegentlich ab 02.03.2020 ausgeholfen. Der Verein F mit Sitz in Traun sei nicht ident mit dem Lokal Treffpunkt im A 16, XL. Hinsichtlich dieses Lokals sei die Bf weder Geschäftsführerin, noch Vorstand oder sonst unternehmens- oder verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. Die gewerberechtliche Verantwortlichkeit hinsichtlich des Lokals liege bei Herrn R vom Verein „B B“, der dafür Sorge trage, dass anwesende Personen im Lokal anwesende Klubmitglieder versorgen würden. Aus der Aussage der T ergebe sich auch, dass keine entgeltliche Tätigkeit ausgeübt worden sei, so sei laut Personenblatt nicht über Lohn/Bezahlung gesprochen worden. Es wurden die Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses sowie Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens gestellt.

1.4. Die belangte Behörde hat den bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht samt Beschwerde vorgelegt. Dieses ist gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

2. Das LVwG OÖ hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht sowie Anberaumung und Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 25.01.2021, die am 19.03.2021 fortgesetzt wurde. An dieser nahmen die Bf mit ihrem Rechtsvertreter und ein Vertreter des Amts für Betrugsbekämpfung teil. G T und das Kontrollorgan M S wurden zeugenschaftlich einvernommen, T wurde dabei unter Beiziehung einer Videodolmetscherin befragt. In der fortgesetzten Verhandlung wurde der Zeuge E C, der über Antrag der Bf geladen wurde, einvernommen.

3. Das LVwG OÖ hat erwogen:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Die Bf ist seit 02.11.2019 Obfrau des im Vereinsregister zur ZVR- Zahl 056617576 eingetragenen Vereins F mit dem Sitz in X, J 15. Der Verein F übt seine Vereinstätigkeit im Lokal „M“ an der Adresse X, A 16, aus. Der Verein F hat die Lokalität an der genannten Adresse angemietet, um diese zu nutzen.
Aufgrund einer anonymen Anzeige fand bereits am 04.03.2020 eine Kontrolle im Lokal „M“ durch das Amt für Betrugsbekämpfung, Finanzpolizei Team 40, statt. Diesbezüglich war auch ein Verwaltungsstrafverfahren beim LVwG OÖ, zu GZ: LVwG-302728, anhängig. Mit Erkenntnis vom 08.03.2021, LVwG-302728/7/KHa, wurde die Bf in diesem Verfahren schuldig gesprochen, eine geringfügig beschäftigte Dienstnehmerin als Köchin in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt zu haben, ohne vor Arbeitsantritt die notwendigen Daten dem zuständigen Sozialversicherungsträger gemeldet zu haben.
Bereits zwei Tage später, am 06.03.2020 um 19.20 Uhr, fand die in diesem Verfahren gegenständliche Kontrolle des Cafes „M“, statt. Anlässlich der Kontrolle wurde die Bf hinter der Theke, und Frau G T, eine serbische Staatsbürgerin, beim Servieren von Getränken angetroffen.
T ist zur Bf verschwägert. Zum Zeitpunkt der Kontrolle war sie mit dieser befreundet und hat bei ihr gewohnt.
Das Cafe „M“ wird vom Verein F in Form eines Gastgewerbelokals geführt. Zur vorgeworfenen Tatzeit war die Gewerbeberechtigung zur Ausübung eines Gastgewerbes die zunächst dem Vereinsobmann des Vereins „B B“ erteilt worden war, nicht mehr aufrecht. Nach der Kontrolle wurde neuerlich eine Gewerbeberechtigung zur Ausübung eines Gastgewerbes in diesem Lokal, von der Schriftführerin-Stellvertreterin des Vereins F, beantragt.
Jede beliebige Person hatte Zugang zum Lokal und konnte Trinken und Essen bestellen. Die Preise dafür waren vorgegeben.
Es kann nicht festgestellt werden, dass G T zur vorgeworfenen Tatzeit Mitglied des Vereins F war.
Die serbische Staatsbürgerin G T, geb. 03.02.1979, wurde vom Verein F am 02.03.2020 und am 04.03.2020 jeweils von 17.00 bis 22.00 Uhr, am 03.03.2020 und am 05.03.2020, jeweils von 17.00 bis 20.00 Uhr sowie am 06.03.2020, beginnend mit 17.00 Uhr bis zum Zeitpunkt der Kontrolle vom Verein F als Putzfrau und Kellnerin beschäftigt, ohne dass diese vor Aufnahme der Tätigkeit als Arbeitnehmerin des Vereins dem zuständigen Sozialversicherungsträger gemeldet wurde. Sie hat Essen und Trinken erhalten. Eine Lohnvereinbarung wurde mit ihr nicht getroffen, über einen Lohn oder eine Bezahlung wurde nicht gesprochen. Die Arbeitsanweisungen wurden T von der Bf erteilt.

Die Bf verfügt über ein monatliches Nettoeinkommen in Höhe von ca. 1.200 Euro als Arbeitslosengeld. Sie hat keine Sorgepflichten, kein Vermögen, jedoch Schulden in Höhe von rund 6.000 Euro.
Die Bf ist verwaltungsstrafrechtlich unbescholten.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorgelegten Behördenakt, den Erhebungen des LVwG OÖ und aus dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung ergibt.
In dem von T anlässlich der Kontrolle ausgefüllten Personenblatt wurde von ihr angegeben, seit 02.03.2020 beim Unternehmen „T“ nichtselbständig tätig zu sein. („povremeno pomazem“ bedeutet aus dem serbischen übersetzt: „Ich helfe gelegentlich“.) Als Arbeitszeit (Stunden pro Tag wurde von ihr angegeben: „02.02.2020 (Mo:) 17-22; 03.03.2020 (Di:) 17-20; 04.03.2020 (Mi) 17-22; 05.02.2020 (Do:) 17-20; 06.03.2020 (Fr:) 17 –″ Sie hat auch angegeben, dass keine Arbeitsaufzeichnungen geführt werden und dass sie Essen und Trinken erhält, sowie dass über Lohn/Bezahlung nicht gesprochen wurde.
Als Beschäftigung hat sie angegeben „CISTIM, KELWER, PUTZEN“. („cistim“ bedeutet aus dem Serbischen übersetzt: „ich putze“) T hat eine Ausbildung als Schneiderin und ist der serbischen Sprache insofern mächtig, als sie in serbischer Sprache auch lesen und schreiben kann.
Das Personenblatt wurde ihr in serbischer Sprache mit deutscher Übersetzung vorgelegt. Aus einem Aktenvermerk vom 09.03.2020, den ein Kontrollorgan anlässlich des Ausfüllens des Personenblatts von T angefertigt hatte, konnte mit T in deutscher Sprache kommuniziert werden, man musste langsam und deutlich in Hochdeutsch mit ihr sprechen. In diesem Aktenvermerk wurde auch festgehalten, welche Belehrungen der T vom Kontrollorgan hinsichtlich der einzelnen Fragestellungen gegeben wurden. Dabei ist ersichtlich, dass T beim Ausfüllen der Arbeitszeit (Stunden pro Tag) den Kalender im Handy geöffnet und vorgelegt hat. Den Angaben im Personenblatt, die von G T anlässlich der durchgeführten Kontrolle getätigt wurden, kommt ein höherer Beweiswert zu, als ihren Angaben in der öffentlichen mündlichen Verhandlung beim LVwG OÖ am 25.01.2021, weil einer Erstaussage im Regelfall eine höhere Authentizität gegenüber der später getätigten Aussage zuzumessen ist und hier keine Umstände vorliegen, die der Richtigkeit dieser Annahme entgegenstehen.
Ihre Angaben in der öffentlichen mündlichen Verhandlung beim LVwG OÖ haben darauf abgezielt, die Bf vom Tatvorwurf zu entlasten. Sie sind widersprüchlich, so hat sie einerseits im Personenblatt angegeben, Essen und Trinken zu bekommen und andererseits hat sie in der öffentlichen mündlichen Verhandlung (S. 9 des Verhandlungsprotokolls vom 25.01.2021) angegeben, dass sie selbst oder eine Freundin ihre Konsumation bezahlt hätten.

Nur über Vorhalt der Aussage der Beschwerdeführerin, sie habe T ersucht, Getränke zu den einzelnen Personen zu bringen und irgendetwas wegzuwischen, hat die Zeugin zugestanden, diese Tätigkeiten ausgeübt zu haben. Dazu ist ergänzend anzumerken, dass T anlässlich der Kontrolle durch das Amt für Betrugsbekämpfung beim Servieren eines Getränks an einen Gast angetroffen wurde. Ihrem Vorbringen in der Verhandlung, sie sei beim Ausfüllen des Personenblatts verwirrt gewesen und habe „Kellnerin“ und „Putzfrau“ angegeben, weil ihr gesagt worden sei, sie solle das hineinschreiben, wird entgegengehalten, dass sie beim Ausfüllen des Personenblatts präzise und inhaltlich passende Angaben zu ihrer Tätigkeit, ihrer Arbeitszeit, ihrem Dienstgeber und zu ihrer Bezahlung, teilweise in serbischer Sprache, getätigt hat, sodass nicht davon auszugehen ist, dass sie irrtümlich diese Angaben gemacht hatte.
Darüber hinaus hat sie auch in der öffentlichen mündlichen Verhandlung nicht bestritten, dass sie etwas weggewischt hat, wenn etwas verschüttet wurde und dass sie auch geholfen hat, ein Getränk an den Tisch zu bringen (Seite 10 des Verhandlungsprotokolls vom 25.01.2021).
Zur Angabe, T sei Mitglied des Vereins T gewesen, wurden mit Eingabe vom 26.03.2021 (eingelangt beim LVwG OÖ am 06.04.2021) zwei handschriftlich ausgefüllte Zahlungsbestätigungen (und nicht etwa Buchungsbelege des F) vorgelegt. T hat in der öffentlichen mündlichen Verhandlung aber angegeben, nur ein Jahr Mitglied des Vereins gewesen zu sein und nur einmal den Mitgliedsbeitrag gezahlt zu haben. Sie gab an, dass sie 2019 bis 2020 Mitglied des Vereins gewesen sei (Seite 10 des Verhandlungsprotokolls vom 25.01.2021). Damit aber hat sie selbst dargetan, nur im Jahr 2019 Vereinsmitglied gewesen zu sein und nicht mehr zur vorgeworfenen Tatzeit im Jahr 2020. Die vorgelegte Bestätigung steht der Aussage der Zeugin in der mündlichen Verhandlung entgegen, sodass die Richtigkeit der von der Bf nachträglich vorgelegten Bestätigung der Vereinsmitgliedschaft für das Jahr 2020 zweifelhaft ist. Einzahlungs- oder Buchungsbelege wurden nicht vorgelegt.
Auch wurde die Identität der Freundin der T, mit der sie sich angeblich im Lokal getroffen hat, um ihre regelmäßige Anwesenheit dort zu begründen, dem LVwG OÖ nicht bekanntgegeben, sodass diese nicht als Zeugin befragt werden konnte.
Dass es sich um einen Gastgewerbebetrieb gehandelt hat, der dem F zum Lukrieren von Einnahmen diente, ergibt sich aus dem Gesamtbild, in dem das Cafe „M“ geführt wurde. Schon aus der äußeren Erscheinungsform ist ersichtlich, dass es sich um eine Gastwirtschaft handelt und diese wurde auch mit einem Schild an der Eingangstür als „Gastwirt“ bezeichnet (Seite 3 des Verhandlungsprotokolls vom 19.03.2021). Darüber hinaus wurden täglich Getränke und Speisen an Gäste abgegeben, die nicht Mitglieder des Vereins F waren, sondern auch anderen Vereinen angehört haben oder überhaupt mit keinem Verein in Verbindung standen und dennoch das Lokal besuchten. Nach Angaben des Zeugen E C konnte

jeder das Vereinslokal betreten und dort Getränke und Speisen konsumieren. Für diesen Zeitraum war diese Person – laut C - Vereinsmitglied (S. 9 und 10 des VHP v. 19.03.2021). Weil sich im Verfahren auch ergeben hat, dass ein Mitglied des Vereins F den Vereinsmitgliedsbetrag zu zahlen hat, ist diese Aussage des C, hinsichtlich Begründung einer Vereinsmitgliedschaft für die Dauer der Konsumation im Lokal, nicht nachvollziehbar. Unglaubwürdig ist auch die Schilderung des C, jeder Gast des Lokals könne sich selbständig in der Küche Speisen bereiten (S. 7 und 8 des VHP v. 19.03.2021) und dass die Namensliste mit der Überschrift „Fleisch“ zur Kontrolle der Anwesenden gedient hat (Seite 6 des VHP v. 19.03.2021).
Der Zeuge C hat sich während seiner Aussage in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 19.03.2021 mehrmals widersprochen, einerseits hat er angegeben, die Identität der Gäste und deren Vereinszugehörigkeit werde kontrolliert, andererseits hat er angegeben, jeder der Interesse habe, könne in das Vereinslokal kommen, dort eine Konsumation tätigen und sei für die Zeit in der er die Konsumation tätige, Vereinsmitglied. Dann wurde aber doch auf die Zahlung des Vereinsbeitrages abgestellt und es wurde von ihm ohne Vorlage einer Mitgliederliste angegeben, dem Verein würden 40 bis 50 Mitglieder angehören. Unstrittig ist hingegen, dass Mitglieder anderer Vereine im Lokal bewirtet wurden. Der Zeuge hat seine Verantwortung situationsbedingt immer wieder geändert und seine Aussage am 19.03.2021 ist dadurch unglaubwürdig.
Dafür, dass es sich tatsächlich um einen auf Gewinn gerichteten Gewerbebetrieb (und nicht nur um einen ideellen Verein) gehandelt hat, spricht auch, dass vor der Kontrolle Inhaber der Gewerbeberechtigung zum Betreiben des Lokals D R war, der die Funktion des gewerberechtlichen Geschäftsführers aber vor der Kontrolle zurückgelegt hatte und nach der Kontrolle die Gewerbeberechtigung zur Ausübung des Gewerbes „Gastgewerbe in der Betriebsart XX“ ab 09.03.2020 von C L, der Schriftführer-Stellvertreterin des Vereins F beantragt wurde.
Somit aber ist auch davon auszugehen, dass die Tätigkeit der T keine ehrenamtliche im Rahmen ihrer (nicht mehr bestanden habenden) Mitgliedschaft zu einem Verein war, sondern dass sie als Servier- und Putzkraft dem Verein F zur Verfügung gestanden hat.
Dass über eine Entlohnung für ihre Tätigkeit nicht gesprochen wurde, ergibt sich aus der übereinstimmenden Aussage der T und der Bf.
Von der Bf wurde die fehlende Meldung der T als Dienstnehmerin zum zuständigen Sozialversicherungsträger vor Aufnahme der Tätigkeit nie bestritten.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das LVwG OÖ erwogen:

3.3.1. Rechtgrundlagen:

Gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG sind die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer auf Grund dieses Bundesgesetzes in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet.

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

Gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 ASVG sind geringfügig beschäftigte Personen von der Vollversicherung nach Abs. 4 ausgenommen. Diese unterliegen jedoch gemäß § 7 Z 3 lit a ASVG der Teilversicherung in der Unfallversicherung.

Gemäß § 33 Abs. 1 ASVG haben 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.

Entsprechend der Regelung des § 33 Abs. 2 ASVG gilt § 33 Abs. 1 ASVG für die nur in der Unfall- und Pensionsversicherung sowie für die nur in der Unfallversicherung nach § 7 Z 3 lit a ASVG 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 nach § 42 Abs. 1 auskunftspflichtige Person oder als bevollmächtigte Person nach § 35 Abs. 3 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.

3.3.2. Wie sich aus den Feststellungen ergibt, hat G T nach ihrem Arbeitsantritt am 02.03.2020 um 17.00 Uhr bis zum Tag der Kontrolle Tätigkeiten im Cafe „M“ als Servier- und Putzkraft verrichtet. Die Bf, die zur vorgeworfenen Tatzeit Obfrau des F mit Sitz in X, J 15, war, ist als Vereinsobfrau für die Beschäftigung der T verantwortlich und hat ihr die Arbeitsanweisungen gegeben. Der Verkaufserlös der Konsumation im Lokal ist wirtschaftlich dem Verein F zugutegekommen.
Es wurde vorgebracht, T sei zur Bf verwandt bzw. war zur vorgeworfenen Tatzeit mit dieser befreundet und es sei für sie selbstverständlich gewesen, der Bf bei der Arbeit zu helfen. Dem ist jedoch die Judikatur des VwGH, vom 20.05.2014, Zl. 2012/08/0257, entgegenzuhalten, wonach als Freundschafts- oder Gefälligkeitsdienste nur kurzfristige, freiwillige und unentgeltliche Dienste anzusehen sind, die vom Leistenden auf Grund spezifischer Bindungen zwischen ihm und dem Leistungsempfänger erbracht werden und die einer Prüfung auf ihre sachliche Rechtfertigung standhalten.
Weil T über mehrere Tage zu festgesetzten Zeiten im Lokal tätig war, kann nicht von einer kurzfristigen Beschäftigung ausgegangen werden. Darüber hinaus hat sie Essen und Trinken erhalten und es wurde nicht über eine Entlohnung gesprochen, sodass gemäß § 1152 ABGB ein angemessenes Entgelt als bedungen gilt.
Denn es ist von einem Anspruchslohn im Sinn des Entgeltbegriffs des ASVG auszugehen, wonach ein für die Tätigkeit der T entsprechend der Qualifikation der Tätigkeit gebührender Lohn als bedungen gilt. So kommt es für das Vorliegen der Entgeltlichkeit nicht darauf an, ob ausdrücklich ein Entgelt vereinbart wurde, oder eine solche Vereinbarung unterblieb. Im Zweifel gilt für die Erbringung von Dienstleistungen ein angemessenes Entgelt als bedungen (vgl. § 1152 ABGB). Wurde die Höhe des Entgelts nicht festgelegt, so ist ein angemessener Lohn zu zahlen. Demnach ist Unentgeltlichkeit der Verwendung nicht schon bei Fehlen einer Entgeltvereinbarung zu vermuten, sondern diese muss ausdrücklich und erwiesenermaßen – wenigstens nach den Umständen konkludent – vereinbart

worden sein und einer Prüfung auf ihre sachliche Rechtfertigung standhalten (vgl. VwGH v. 26.04.2014, 2012/08/0207, mwN).
Auf die tatsächliche Auszahlung eines Entgelts kommt es dabei nicht an.

Der Verwaltungsgerichtshof hat auch wiederholt ausgesprochen, dass dann, wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen, d.h., arbeitend, unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, die Behörde berechtigt ist, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen (vgl. VwGH 20.05.2014, 2012/08/0257; VwGH 19.12.2012, 2012/08/0165; VwGH 14.03.2013, 2011/08/0187).
G T hat gemäß dem festgestellten Sachverhalt in der Lokalität des Vereins F Putz- und Serviertätigkeiten ausgeübt und wurde beim Servieren eines Getränkes betreten. Diese Tätigkeiten werden üblicherweise nur von Dienstnehmern bewerkstelligt. Bereits aufgrund des Vorliegens einer Tätigkeit, die typischerweise als entgeltliche Tätigkeit, also eine solche einer Dienstnehmerin, zu bezeichnen ist, konnte vom Vorliegen eines Dienstverhältnisses nach dem ASVG ausgegangen werden.
Wenn die Bf nun vorbringt, G T sei Vereinsmitglied gewesen und habe diese Tätigkeit unentgeltlich im Rahmen ihrer Vereinsmitgliedschaft ausgeübt, so wird auf die Feststellungen verwiesen, wonach eine Vereinsmitgliedschaft der T zur vorgeworfenen Tatzeit nicht festgestellt werden konnte. Dass es sich im konkreten Fall um keinen Freundschafts- oder Gefälligkeitsdienst gehandelt hat, ergibt sich auch daraus, dass die Tätigkeit der T nicht unmittelbar der Bf, sondern wirtschaftlich dem Verein F zugutegekommen ist.

Damit aber war vom Vorliegen eines Dienstverhältnisses der G T zum Verein F als Dienstgeber auszugehen, sodass es an der Bf als Obfrau des Vereins gelegen wäre, eine Meldung zur Aufnahme der Tätigkeit der Dienstnehmerin T beim zuständigen Krankenversicherungsträger entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen zu erstatten.
Indem sie das unterlassen hat, hat sie als gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtliche Verantwortliche des F das Tatbild der ihr vorgeworfenen Übertretung gemäß § 111 Abs. 1 Z 1 ASVG iVm § 33 Abs. 1 ASVG erfüllt.

3.3.3. Zur subjektiven Tatseite der vorgeworfenen Übertretung:

Im Sinn des § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit Fahrlässigkeit. Diese ist bereits bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres 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. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die „Glaubhaftmachung“ nicht.

Die Bf war offensichtlich der Meinung, sie könne im Rahmen der Gastgewerbetätigkeit des F T ersuchen, Putz- und Serviertätigkeiten durchzuführen, ohne dass diese vor Aufnahme ihrer Tätigkeit, entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen, dem zuständigen Sozialversicherungsträger gemeldet worden ist. Dabei hat sie sich in einem Rechtsirrtum befunden, der ihr aber vorwerfbar ist, so hätte sie sich über die entsprechenden Bestimmungen bei der hierfür zuständigen Stelle oder Behörde erkundigen müssen, bevor T im Rahmen der Tätigkeiten des F eingesetzt wurde.
Es ist daher von einem zumindest fahrlässigen Verhalten der Bf auszugehen.

3.3.4. 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. Nach § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren 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 Verwaltungsstrafrechts sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten der Bf sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Der Strafbemessung wurden die von der Bf in der mündlichen Verhandlung bekanntgegebenen Vermögens-, Einkommens- und Familienverhältnisse zugrunde gelegt.
§ 111 Abs. 2 1. Strafsatz ASVG sieht hinsichtlich der Beschäftigung einer Dienstnehmerin ohne entsprechende Anmeldung zur Sozialversicherung einen Strafrahmen von 730 Euro bis zu 2.180 Euro vor.
Weil lediglich die Mindeststrafe verhängt wurde, erübrigt sich eine weitere Auseinandersetzung mit den Strafzumessungsgründen.
Die Ersatzfreiheitsstrafe wurde in Relation der Obergrenze der Geldstrafe zur Obergrenze der Ersatzfreiheitsstrafe festgesetzt und begegnet keinen Bedenken.

Eine Herabsetzung der Strafe gemäß § 111 Abs. 2 2. Satz ASVG kommt aufgrund des Schutzzweckes der übertretenen Norm, wonach § 33 Abs. 1 iVm Abs. 2 ASVG insbesondere auf die Bekämpfung der Schwarzarbeit (VwGH 14.03.2013, 2011/08/0187) abstellt, nicht in Betracht, weil das Verhalten als deliktstypisch anzusehen ist und die Beschäftigung im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit erfolgt ist. Weil die Bf G T über mehrere Tage beschäftigt hat, ohne diese als Arbeitnehmerin dem zuständigen Sozialversicherungsträger vor deren Arbeitsaufnahme zu melden, sind die Folgen der Beschäftigung schon aufgrund des Zeitraums von mehreren Tagen nicht als unbedeutend anzusehen, sodass eine Herabsetzung der Geldstrafe gemäß § 111 Abs. 2 2. Satz ASVG auch aus diesem Grund nicht in Betracht kommt.

Es ist auch nicht von einem Überwiegen der Strafmilderungsgründe gegenüber den Straferschwerungsgründen auszugehen, wurde als Milderungsgrund doch nur die absolute verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit festgestellt, sodass auch die gesetzlichen Voraussetzungen des § 20 VStG, einer außerordentlichen Milderung der Strafe, nicht vorliegen.

Die Spruchkorrektur im Zusammenhang mit der Adresse der Lokalität „M“ war vorzunehmen, weil es sich bei der Anführung „A 16“ anstelle von „A 16“ offensichtlich um einen Schreibfehler handelt, der gemäß § 62 Abs. 4 AVG berichtigt werden konnte. Auch vom Vertreter der Bf wurde angegeben, dass es klar war, dass der „A 16, X“ verfahrensgegenständlich ist.

Zu II:
Weil der Beschwerde keine Folge gegeben wurde, waren gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG Kosten für das Verfahren vor dem LVwG OÖ in Höhe von 20 % der verhängten Strafe vorzuschreiben. Weil in diesem Verfahren Dolmetschergebühren nicht geltend gemacht wurden, waren diese der Bf auch nicht aufzuerlegen.

Zu III: Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Insbesondere weicht die gegenständliche Entscheidung von der oben angeführten, als einheitlich zu beurteilenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ab, noch fehlt es an einer solchen. Es liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung einer zu lösenden Rechtsfrage vor.

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

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

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bergmayr-Mann