OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-301465/7/Kü/PP

Datum:
Linz, 7. Februar 2018

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde des Herrn Ü.M., vertreten durch Rechtsanwalt Mag. R.S., X, S., vom 9. Februar 2017, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 16. Jänner 2017, GZ: SanRB96-16-2016, wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes und des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 17. Oktober 2017

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als die zu Spruchpunkt I.b) verhängte Geldstrafe auf 500 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafen auf 17 Stunden und die zu Spruchpunkt II.b) verhängte Geldstrafe auf 365 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 56 Stunden herabgesetzt werden. Im Übrigen wird das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

II. Der Kostenbeitrag des Beschwerdeführers zum Verfahren vor der belangten Behörde reduziert sich auf 259,50 Euro. Für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat der Beschwerdeführer einen Kostenbeitrag von 346 Euro (das sind 20 % der bestätigten Geldstrafen) zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. 1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 16. Jänner 2017, GZ: SanRB96-16-2016, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) im Spruchpunkt I. wegen Verwaltungsübertretungen nach § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) zwei Geldstrafen iHv jeweils 1.000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen, und im Spruchpunkt II. wegen Verwaltungsübertretungen nach § 33 Abs. 1 iVm § 111 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) zwei Geldstrafen iHv jeweils 730 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen, verhängt.

Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„I. Sie haben es als verwaltungsstrafrechtlich verantwortlicher Gewerbeinhaber (Gewerbeart: reglementiertes Gewerbe - Gastgewerbe in der Betriebsart Kaffeerestaurant) der Firma Ü.M. e. U., L., X zu vertreten, dass diese Firma, wie von Organen der Abgabenbehörde (Finanzpolizei) am 27.03.2016 um 18:43 Uhr im Rahmen einer Kontrolle gemäß AuslBG und § 89 Abs. 3 EStG festgestellt wurde, am Standort F., X, Lokal Pizzeria D., als Arbeitgeberin, die Arbeitnehmer

a) A.F., geb. x, wohnhaft in X, L., afganischer Staatsbürger und
b) M.S., geb. x, wohnhaft in X, L., afganischer Staatsbürger,

die beide als Ausländer im Sinne des Ausländerbeschäftigungsgesetzes gelten, als Pizzaköche beschäftigt hat, ohne dass für die Beschäftigten eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt, noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde und die Ausländer auch keine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot - Karte", „Blaue Karte EU" oder „Aufenthaltsbeweilligung - Künstler" oder keine „Rot-Weiß-Rot - Karte plus", keine „Aufenthaltsberchtigung plus", keinen Befreiungsschein (§ 4c) oder keinen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger" oder „Daueraufenthalt- EU" besaßen.

Art der Arbeiten: Pizzazubereitung im Küchenbereich des Lokales
Tatzeit: 27.03.2016, 18:43 Uhr (Kontrollzeitpunkt)
Tatort: Lokal Pizzeria D., X, F.

II. Sie haben es als verwaltungsstrafrechtlich verantwortlicher Gewerbeinhaber (Gewerbeart: reglementiertes Gewerbe - Gastgewerbe in der Betriebsart Kaffeerestaurant) der Firma Ö.M. e. U., L., X zu vertreten, dass diese Firma, wie von den Organen der Abgabenbehörde (Finanzpolizei) am 27.03.2016 um 18:43 Uhr im Rahmen einer Kontrolle gemäß AuslBG und § 89 Abs. 3 EStG festgestellt wurde, am Standort F., X, Lokal Pizzeria D., als Dienstgeberin, die Dienstnehmer

a) A.F., geb. x, wohnhaft in X, L., afganischer Staatsbürger und
b) M.S., geb. x, wohnhaft in X, L., afganischer Staatsbürger

als Pizzaköche beschäftigt hat, ohne sie vor Arbeitsantritt beim zuständigen Kranken-versicherungsträger anzumelden. Die oben angeführten Beschäftigten waren nach dem ASVG pflichtversicherte Personen und der Dienstgeber kann die Anmeldeverpflichtung

dergestalt erfüllen, dass er entweder die Beschäftigten vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anmeldet oder vor Arbeitsantritt die Dienstgeberkonto-nummer, den Namen und die Versicherungsnummer bzw. das Geburtsdatum der beschäftigten Personen sowie Ort und Tag der Beschäftigungsaufnahme meldet (Mindestangaben-Anmeldung) und die noch fehlenden Angaben innerhalb von sieben Tagen ab Beginn der Pflichtversicherung meldet (vollständige Anmeldung). Keine dieser beiden Varianten wurde durch Sie als Dienstgeber vor Arbeitsantritt vorgenommen. Zum Zeitpunkt der Kontrolle durch die Finanzpolizei am 27.03.2016 um 18:43 Uhr waren die oa. Dienstnehmer ohne gültiger Anmeldung zur Sozialversicherung beschäftigt.

Art der Arbeiten: Pizzazubereitung im Küchenbereich des Lokales
Tatzeit: 27.03.2016, 18:43 Uhr (Kontrollzeitpunkt)
Tatort: Lokal Pizzeria D., X, F.“
[Schreibfehler im Original]

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde in der beantragt wird das eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren einzustellen, in eventu die Strafe herabzusetzen.

Begründend wurde ausgeführt, dass hinsichtlich der Übertretung nach dem AuslBG die auf § 28 Abs. 7 AuslBG gestützte Rechtsansicht falsch sei. Die beiden Asylwerber hätten sich am Vorfallstag deshalb in den Betriebsräumen des Bf aufgehalten, um sich ein Bild über die Tätigkeit eines Pizzakochs bzw. über die Tätigkeit in der Gastronomie machen zu können. Denklogisch würden sie sich dann natürlich auch in Betriebsräumen, die Betriebsfremden nicht zugänglich sind, befinden. Angedacht gewesen sei, dass sie bei Vorliegen der weiteren gesetzlichen Voraussetzungen ihre Tätigkeit aufnehmen sollen. Wenn man den Ausführungen der Erstbehörde folgen würde, würde das bedeuten, dass man zukünftigen Arbeitnehmern die Betriebsstätte nicht einmal zeigen könnte.

Wenn sich die beiden Asylwerber an einem Tag ein Bild über die Tätigkeit als Pizzakoch machen sollten, gehöre natürlich auch das Belegen eines Pizzateiges dazu.

Nach der momentanen Sach- und Rechtslage wäre es für den Bf gar nicht möglich gewesen, in Zukunft Beschäftigungsbewilligungen für die Asylwerber zu erlangen. Demgemäß könne auch kein Verstoß gegen das AuslBG vorliegen. Diese Rechtsansicht würde auch in Bezug auf die Übertretung des ASVG zum Vorbringen erhoben. Zumal Asylwerber nach dem ASVG nicht angemeldet werden könnten, könne auch kein Verstoß von Seiten des Bf vertreten werden.

Selbst wenn man davon ausgehe, dass die Verwaltungsstraftatbestände gegeben seien, so sei das Verschulden äußerst gering. Die beiden Asylwerber seien ihren ersten Tag tätig gewesen. Dies bedeute, dass noch kein langer Verstoß gegen die beiden Gesetzesbestimmungen vorliege. Dass der Bf den beiden Asylwerbern die

Möglichkeit eingeräumt habe, sich ein Bild über die Tätigkeit in der Gastronomie machen zu können, stelle keinen gravierenden Verstoß gegen die gesetzlichen Bestimmungen dar.

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass mittlerweile Herr M.S. als Lehrling aufgenommen worden sei und ein rechtmäßiger Lehrlingsvertrag vorliege. Sämtliche rechtliche Bestimmungen seien eingehalten worden. Bereits daraus sei ersichtlich, dass der Bf sehr wohl daran interessiert sei, die gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten und keinesfalls fremde Personen ohne die dafür notwendigen Bewilligungen anzumelden. Es würden nach Ansicht des Bf demnach die Voraussetzungen vorliegen, die Geldstrafen auf 500 Euro pro Verstoß herabzusetzen.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Freistadt als belangte Behörde hat die gegenständliche Beschwerde samt Verwaltungsstrafakt mit Schreiben vom 13. Februar 2017 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidungsfindung vorgelegt. Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung berufenen Einzelrichter zu entscheiden.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 17. Oktober 2017 an welcher der Rechtsvertreter des Bf, ein Vertreter der belangten Behörde und ein Vertreter der Finanzverwaltung teilgenommen haben. Das zur mündlichen Verhandlung als Zeuge geladene Kontrollorgan wurde nicht einvernommen, da im Zuge der mündlichen Verhandlung seitens des Rechtsvertreters des Bf die Arbeitsleistungen in der Küche nicht mehr bestritten wurden und daher von den Parteien auf die Einvernahme des Zeugen verzichtet wurde.

4.1. Folgender Sachverhalt steht fest:

Der Bf hat im März 2016 als Einzelunternehmer das Lokal Pizzeria D. am Standort X, F., betrieben. Der Bf hat dieses Lokal erst Anfang 2016 eröffnet und bereits Ende 2016 aus wirtschaftlichen Gründen wieder geschlossen. Zudem führt der Bf als Einzelunternehmer in L. noch ein weiteres Lokal.

Im März 2016 hat der Bf im Lokal Pizzeria D. einen Pizzakoch beschäftigt.

Am 27. März 2016 wurde das Lokal des Bf von Organen der Finanzpolizei Freistadt Rohrbach Urfahr kontrolliert. Bei dieser Kontrolle wurden die beiden afghanischen Asylwerber A.F. und M.S. in der Küche des Lokals beim Belegen von Pizzen angetroffen. Die beiden Ausländer waren den ersten Tag im Lokal tätig und sollten sich ein Bild vom Betrieb des Bf machen. Sollten sich die beiden als für die Arbeit

geeignet erweisen, hätte der Bf mit dem AMS bzgl. arbeitsmarktrechtlicher Papiere Kontakt aufgenommen.

Bei der Kontrolle war in der Küche des Lokals zudem der türkische Staatsangehörige A.Y. anwesend, welcher vom Bf als Koch beschäftigt wurde, darüber hinaus beschäftigte der Bf einen slowakischen Staatsangehörigen als Kellner.

Arbeitsmarktrechtliche Bewilligungen oder Anmeldungen zur Sozialversicherung für die beiden Asylwerber konnten vom Bf nicht vorgelegt werden.

Mit dem afghanischen Staatsangehörigen M.S. hat der Bf in der Folge eine Lehrvertrag abgeschlossen und diesen als Lehrling bei der Sozialversicherung angemeldet.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Strafantrag der Finanzpolizei vom 26. April 2016. Die Darstellung im Strafantrag wird vom Bf in der mündlichen Verhandlung insofern bestätigt, als die Arbeitsleistungen der beiden Ausländer in der Küche seines Lokals nicht mehr bestritten werden. Er selbst legt in seinem Vorbringen dar, dass er nur dann, wenn sich Personen auch für eine Tätigkeit eignen, mit dem AMS Kontakt aufnimmt. Insofern ist unbestritten, dass am ersten Tag der Tätigkeit für der beiden Ausländer wieder arbeitsmarktrechtliche Papiere noch Anmeldungen zur Sozialversicherung vorgelegen sind.
Die Feststellungen hinsichtlich des Abschlusses eines Lehrvertrages mit einem Asylwerber ergeben sich aus dem glaubwürdigen Vorbringen des Bf.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

1. Rechtsgrundlagen:
a) Im gegenständlichen Fall sind folgende Bestimmungen des Ausländer-beschäftigungsgesetzes (AuslBG) maßgeblich:

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot – Karte“, „Blaue Karte EU“ oder „Aufenthaltsbewilligung – Künstler“ oder eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus”, eine „Aufenthaltsberechtigung plus“, einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt – EU“ besitzt.

Nach § 2 Abs. 2 AuslBG gilt als Beschäftigung die Verwendung
a) in einem Arbeitsverhältnis,

b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis,
c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs. 5,
d) nach den Bestimmungen des § 18 oder
e) überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 1 und 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988, und des § 5a Abs. 1 des Landarbeitsgesetzes 1984, BGBl. Nr. 287.

Gemäß § 2 Abs. 4 erster Satz AuslBG ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Nach § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet (§ 28c), eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder der keine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot – Karte“, „Blaue Karte EU“ oder „Aufenthaltsbewilligung – Künstler“ oder keine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus”, keine „Aufenthaltsberechtigung plus“, keinen Befreiungsschein (§ 4c) oder keinen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt – EU“ besitzt, und zwar bei ungerechtfertigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1.000 Euro bis zu 10.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2.000 Euro bis zu 20.000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2.000 Euro bis zu 20.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4.000 Euro bis zu 50.000 Euro.

b) Weiters sind im gegenständlichen Fall folgende Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) maßgeblich:

Gemäß § 111 Abs. 1 ASVG handelt ordnungswidrig, wer als Dienstgeber oder sonstige nach § 36 ASVG meldepflichtige Person (Stelle) oder als bevollmächtigte Person nach § 35 Abs. 3 ASVG entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes

1. Meldungen oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet oder
2. Meldungsabschriften nicht oder nicht rechtzeitig weitergibt oder
3. Auskünfte nicht oder falsch erteilt oder
4. gehörig ausgewiesene Bedienstete der Versicherungsträger während der Betriebszeiten nicht in Geschäftsbücher, Belege und sonstige Aufzeichnungen, die für das Versicherungsverhältnis bedeutsam sind, einsehen lässt.

Gemäß § 111 Abs. 2 ASVG ist die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu bestrafen und zwar

- mit Geldstrafe von 730 Euro bis zu 2.180 Euro, im Wiederholungsfall von 2.180 Euro bis zu 5.000 Euro,
- bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen,

sofern die Tat weder den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet noch nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist. Unbeschadet der §§ 20 und 21 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 kann die Bezirksverwaltungsbehörde bei erstmaligem ordnungswidrigen Handeln nach Abs. 1 die Geldstrafe bis auf 365 Euro herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

Nach § 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.

Gemäß § 33 Abs. 2 ASVG gilt Abs. 1 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.

Nach § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber i.S. dieses Gesetzes u.a. derjenige, für dessen Rechnung jener Betrieb geführt wird, in dem der Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 ASVG pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

Nach § 4 Abs. 2 ASVG ist als Dienstnehmer anzusehen, 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 § 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 (z.B. Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.

2. Vom Bf wird nicht bestritten, dass die beiden afghanischen Staatsangehörigen den ersten Tag im Lokal anwesend gewesen sind und bereits an diesem Tag auch Handgriffe in der Küche, wie das Belegen von Pizzen, vorgenommen haben. Diese Tätigkeiten entsprechen auch den Feststellungen des Kontrollorgans im Zuge der Kontrolle. Insofern steht aber auch fest, dass von einem Schnuppertag der beiden ausländischen Staatsangehörigen nicht ausgegangen werden kann, da sie nicht im Hinblick auf ein künftiges Dienstverhältnis nur die zu erbringenden Tätigkeiten beobachtet haben sondern sehr wohl in der Küche bereits an ihrem ersten Anwesenheitstag auch mitgeholfen haben. Insofern kann von einem reinen Schnuppertag – wie vom Bf vorerst behauptet – nicht ausgegangen werden. Sofern von den beiden afghanischen Staatsangehörigen in den Personenblättern angegeben wird, dass über die Bezahlung nicht gesprochen wurde, ist nicht davon auszugehen – zumal auch im abgeführten Beschwerdeverfahren nichts anderes hervorgekommen ist – dass ausdrücklich eine Unentgeltlichkeit der Tätigkeit vereinbart gewesen ist. Unentgeltlichkeit der Verwendung ist aber nicht schon bei Fehlen einer Entgeltvereinbarung zu vermuten, sondern diese muss – wenigstens nach den Umständen konkludent – vereinbart worden sein und einer Prüfung auf ihre sachliche Rechtfertigung standhalten (VwGH 19.12.2012, Zl. 2012/08/0165).

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (27.07.2011, Zl. 99/08/0030, 08.08.2008, Zl. 2008/09/0022) ist, wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen arbeitend unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, die Behörde berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinne auszugehen, solange im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen. Im Zuge der Kontrolle wurde die beiden afghanischen Staatsangehörigen – wie bereits mehrfach erwähnt – in der Küche angetroffen und dabei beobachtet wie sie Pizzen belegt haben. Dem wird auch vom Bf nicht widersprochen. Aufgrund des äußeren Anscheins ist daher von einem Beschäftigungsverhältnis auszugehen (§ 28 Abs. 7 AuslBG). Vom Bf wird dargestellt, dass er erst dann mit dem AMS hinsichtlich der erforderlichen Arbeitspapiere Kontakt aufnimmt, wenn feststeht, dass die bei ihm vorstellig werden Personen auch für die Tätigkeiten geeignet sind. Insofern sind im Verfahren nicht jene atypischen Umstände hervorgekommen die einen Schluss darauf zulassen würden, dass gegenständlich von keinem Beschäftigungs- bzw. Dienstverhältnis auszugehen ist. Insofern sind dem Bf die angelasteten Verwaltungsübertretungen in objektiver Hinsicht vorzuwerfen, zumal im gegenständlichen Fall von einem Beschäftigungsverhältnis iSd § 2 Abs. 2 AuslBG bzw. § 4 Abs. 2 ASVG auszugehen ist.

3. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist 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.

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. 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.

Vom Rechtsvertreter des Bf wird im Zuge der mündlichen Verhandlung bestätigt, dass erst dann, wenn sich die Eignung der Asylwerber zur Arbeitsleistung ergeben hätte, mit dem AMS bezüglich arbeitsmarktrechtlicher Papiere Kontakt aufgenommen worden wäre. Dem Bf ist aber bewusst, dass eine Beschäftigung von Asylwerbern ohne entsprechende Papiere bzw. ohne Anmeldung zur Sozialversicherung nicht gesetzeskonform ist. Entgegen seinem Wissen, hat der Bf allerdings die beiden Asylwerber in der Küche mit Tätigkeiten, welche in seinem Lokalbetrieb üblich sind, beschäftigt, weshalb ihm auch in subjektiver Hinsicht die angelasteten Verwaltungsübertretungen zum Vorwurf gemacht werden können. Sohin kann der Bf mit seinem Vorbringen sein mangelndes Verschulden nicht aufzeigen.

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-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs. 1 VStG enthält

somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

Hinsichtlich der festgesetzten Strafen ist festzustellen, dass von der belangten Behörde sowohl bezüglich der Übertretungen nach dem AuslBG als auch derer nach dem ASVG die gesetzlich vorgesehen Mindeststrafen verhängt worden sind. Eine einschlägige Vorbelastung des Bf ist jedenfalls nicht gegeben. Zudem ist – wie vom Bf vorgebracht – festzuhalten, dass Herr M. nach Absolvierung des Probetages als Lehrling aufgenommen wurde, mit diesem ein Lehrvertrag abgeschlossen wurde und er zur Sozialversicherung gemeldet worden ist. Im Hinblick auf diese Tatsache sowie den Umstand, dass Herr M. gemäß dem Tatvorwurf nur einen Tag ohne Papiere bzw. Anmeldung beschäftigt worden ist, danach in ein geordnetes Beschäftigungsverhältnis übernommen wurde, erscheint es dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vertretbar, hinsichtlich dieser Beschäftigung ein Überwiegen der Milderungsgründe festzustellen. Erschwerungsgründe sind im Verfahren nicht hervorgekommen. Somit ist es gerechtfertigt hinsichtlich der Beschäftigung von Herrn M. die Strafen im gesetzlich möglichen Ausmaß um die Hälfte zu reduzieren. Hinsichtlich der Beschäftigung von Herrn A. sind nachträgliche Bemühungen des Bf, die Tätigkeit zu legalisieren, nicht zu erkennen, weshalb diesbezüglich die von der belangten Behörde festgesetzten Mindeststrafen zu bestätigen waren.

5. Die Entscheidung über die Verfahrenskosten gründet sich auf die Bestimmungen des § 64 VStG bzw. § 52 VwGVG. Zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens ist anzumerken, dass die zu Spruchpunkt I.a) und II.a) vollinhaltlich bestätigt wurden, weshalb diesbezüglich der im § 52 Abs. 2 VwGVG vorgesehene Kostenbeitrag von 20 % der verhängten Geldstrafen vorzuschreiben war.

Es war somit wie im Spruch zu entscheiden.

III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu Dienstverhältnissen, die dem ASVG bzw. Beschäftigungsverhältnissen, die dem AuslBG unterworfen sind, ab, noch fehlt es an einer solchen. Diese Rechtsprechung ist nicht als uneinheitlich zu beurteilen und es liegen keine Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Darüber hinaus ist der festgestellte Sachverhalt ein Ergebnis der Beweiswürdigung und wurde dieser nach Durchführung einer Verhandlung festgestellt und entsprechend begründet. Es

handelt sich dabei um keine Rechtsfrage, jedenfalls nicht um eine solche von grundsätzlicher Bedeutung.

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

Gegen dieses Erkenntnis 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.

H i n w e i s e

1. Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

2. Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kühberger