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-301690/12/GS/PP

Datum:
Linz, 5. April 2018

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Saxinger über die Beschwerde des M S, vertreten durch Dr. A L, WKG K-G-L Rechtsanwälte GmbH, S, B, vom 28.09.2017, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 25.08.2017, GZ: Wi96-14-2017-Kw, Wi96-15-2017-Kw, wegen Verwaltungsübertretungen nach dem Ausländer-beschäftigungsgesetz (AuslBG) und dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 08.03.2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insoferne Folge gegeben, als
a.) bei Spruchpunkt II. der verletzten Rechtsvorschrift § 33 Abs. 2 ASVG hinzugefügt wird und die verhängte Strafe auf 2.400 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 150 Stunden) herabgesetzt wird sowie
b.) bei Spruchpunkt I. die verhängte Strafe auf 1.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 33 Stunden) herabgesetzt wird.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten. Der Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vor der belangten Behörde reduziert sich auf 340 Euro. Der zu zahlende Gesamtbetrag beträgt daher 3.740 Euro.

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 dem angefochtenen Straferkenntnis hat die Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn (in der Folge: belangte Behörde) dem Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) folgende Verwaltungsübertretungen zur Last gelegt:

„Sie haben folgende Verwaltungsübertretungen begangen:

I. Wi96-14-2017-Kw

Sie haben als Inhaber des Einzelunternehmens S M mit Sitz in H, F, nachstehenden Staatsbürger zumindest am 29.03.2017 mit der Errichtung eines Carports auf der Baustelle R, R, beschäftigt, obwohl für diesen Staatsbürger weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde und der ausländische Staatsbürger auch 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 oder keinen Aufenthaltstitel ‚Familienangehöriger' oder ‚Daueraufenthalt – EU' besaß:

- Herrn V M, geb. x, StA. x

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 28 Abs 1 Z 1 lit a iVm § 3 Abs 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), BGBl 218/1975 idgF

II. Wi96-15-2017-Kw

Sie haben als Dienstgeber im Sinne des § 35 Abs 1 ASVG nachstehende Person, bei welcher es sich um eine in der Krankenversicherung (vollversicherte) pflichtversicherte Person handelt, in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt, welches über der Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs 2 ASVG lag, zumindest am 29.03.2017 mit der Errichtung eines Carports auf der Baustelle R, R, beschäftigt, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger zur Pflichtversicherung als vollversicherte Person angemeldet wurde:

- Herrn V M, geb. x, StA. x

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften) verletzt:
§ 111 Abs 1 Z 1 und Abs 2 iVm § 33 Abs 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG), BGBl 189/1955 idgF

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	gemäß
I. 2.000 Euro	65 Stunden	§ 28 Abs. 1 Z 1 lit a AuslBG, BGBl 218/1975 idgF
II. 5.000 Euro	330 Stunden	§ 111 Abs. 2 ASVG BGBl 189/1955 idgF

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

700,00 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe (bei Freiheitsstrafen wird je Tag Freiheitsstrafe gleich 100,00 Euro angerechnet)

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 7.700,00 Euro.“ [Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass am 29.03.2017 von der Finanzpolizei eine Kontrolle auf der Baustelle R, in R durchgeführt worden wäre. Dabei wären drei Arbeiter beim Aufstellen eines Carports angetroffen worden. Einer dieser Arbeiter wäre Herr V M, StA. x, gewesen. Die Arbeiten am Carport wären vom Einzelunternehmen S M (M Holzbau) mit Sitz in H, F, durchgeführt worden. Er sei Inhaber des Einzelunternehmens M Holzbau und wäre ebenfalls auf der Baustelle tätig gewesen. Die zwei weiteren Arbeiter, die neben Herrn M auf der verfahrensgegenständlichen Baustelle angetroffen worden wären, wären laufend beim Einzelunternehmen M Holzbau zur Sozialversicherung angemeldet gewesen. Nach den Angaben des Herrn S am Tag der Kontrolle habe Herr M nicht auf der Baustelle gearbeitet, sondern sei nur auf der Baustelle gewesen, um sich das Auto für eine Übersiedelung auszuleihen. Während des Wartens habe er nur kurz einen Balken gehalten. Diese Angabe den Angaben der Finanzpolizei widerspreche, wonach Herr M zu Kontrollbeginn zweifelsfrei damit beschäftigt gewesen wäre, einen Holzpfosten für das Carport zu montieren. Die Angabe der Finanzpolizei werde auch durch ein Foto belegt, das Herrn M beim Montieren des Holzpfostens zeige. Des Weiteren sei darauf hinzuweisen, dass Herr M in Arbeitskleidung auf der Baustelle angetroffen worden wäre und er auch versucht habe, sich der Kontrolle durch die Finanzpolizei zu entziehen, indem er sich, als er das Fahrzeug der Finanzpolizei entdeckt habe, schnellen Schrittes auf das angrenzende Nachbargrundstück bewegt habe. Nur durch das schnelle Einschreiten der Kontrollbeamten habe Herr M davon abgehalten werden können, sich der Kontrolle zu entziehen. Zudem sei laut Aussagen der Finanzpolizei besagter Herr M bereits bei einer vorangegangenen Kontrolle der Firma M Holzbau auf einer Baustelle in U angetroffen worden. Straferschwerend wäre die wiederholte Tatbegehung (im Falle des Verstoßes gegen das ASVG) gewesen.

I.2. In der gegenständlichen Beschwerde wird im Wesentlichen ausgeführt, dass dem Sachverhalt nicht zweifelsfrei zu entnehmen sei, ob die belangte Behörde davon ausgehe, dass drei oder allenfalls auch vier Arbeiter auf der Baustelle angetroffen worden wären. Der Beschuldigte habe bei seiner Einvernahme vor Ort ausgeführt, dass er V M nicht auf der Baustelle beschäftigt habe, sondern vielmehr zur Baustelle gekommen sei, um sich das dort verwendete Fahrzeug auszuleihen, da er es zum Umsiedeln benötigte. Es handelt sich bei Herrn M um den Freund seiner Schwester F A, dieser wolle zu ihr nach S übersiedeln und benötige dazu das Fahrzeug. Mit diesen Angaben des Beschuldigten stimme nicht nur die Bestätigung der Meldung aus dem ZMR vom 27.02.2017 überein. Danach wäre V M offenbar bis 27.02.2017 unter der Adresse B, M, gemeldet, sondern sei auch tatsächlich in die Z, Top E1, S, übersiedelt. Dass Herr M zu Kontrollbeginn

zweifelsfrei damit beschäftigt gewesen sei, einen Holzpfosten für das Carport zu montieren, könne jedenfalls auch aus dem im Akt erliegenden Lichtbild nicht geschlossen werden. Es sei nur zu sehen, dass Herr M einen Holzpfosten halte, was der Beschuldigte letztendlich ja auch selbst bestätigt habe. Dass der Zeuge M zum Zeitpunkt der Kontrolle in Arbeitskleidung gewesen wäre, sei auch nicht verwunderlich. Daraus abzuleiten, dass der Zeuge mit der Errichtung eines Carports beschäftigt gewesen sein müsse, entbehre jeder Grundlage. Aus dem Umstand, dass M versucht habe, sich schnellen Schrittes auf das angrenzende Nachbargrundstück zu bewegen, könne jedenfalls nicht geschlossen werden, dass er auf der Baustelle mit Hilfsarbeiten beschäftigt gewesen wäre. Es werde darauf hingewiesen, dass die Einvernahme durch die Finanzpolizei nur rudimentär erfolgt sei. Es werde daher neuerlich der Antrag gestellt, den Beschuldigten einzuvernehmen. Die belangte Behörde hätte weiters Feststellungen dazu treffen müssen, warum sie davon ausgehe, dass es sich bei Herrn M um eine (vollversicherte) pflichtversicherte Person in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt handle und warum dieses Entgelt über der Geringfügigkeitsgrenze gelegen haben solle.

I.3. Am 16.10.2017 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabendem Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (LVwG OÖ) zur Entscheidung vor. Das LVwG OÖ entscheidet gemäß § 2 VwGVG durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

I.4. Das LVwG OÖ hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht und Anberaumung sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 08.03.2018. An der Verhandlung nahmen der Rechtsvertreter des Bf, ein Vertreter der Organpartei sowie zwei Finanzpolizisten, die als Zeugen aussagten, teil. Mit Mail vom 14. März 2018 übermittelte der Rechtsvertreter des Bf eine Arbeitsunfähigkeitsbestätigung des Bf, eine Heiratsurkunde des M V und eine Meldebestätigung sowie die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes vom 11.09.2017, GZ: G305 2164305-1/13E, mit der betreffend V M ein Einreiseverbot für die Dauer von achtzehn Monaten festgestellt wurde. Im beiliegenden Schriftsatz wurde eine ladungsfähige Adresse des V M in x bekanntgegeben, weiter wurde die Einvernahme des Beschuldigten beantragt.

II. Folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt steht fest:

Am 29.03.2017 wurde um 11:10 Uhr von der Finanzpolizei des Finanzamtes Braunau Ried Schärding auf der Baustelle R, R, eine Kontrolle durchgeführt. Auf der Baustelle wurden der Firmenchef der Firma M Holzbau, M S, und drei weitere Personen angetroffen: Neben zwei beim Einzelunternehmen M Holzbau zum Tatzeitpunkt zur Sozialversicherung angemeldeten Personen V M, geb. 01.10.1978, StA. x. V M hielt im Beisein eines bei der M Holzbau zur

Sozialversicherung angemeldeten Arbeitnehmers einen Balken, der als Steher für das auf der Baustelle zu errichtende Carport dient. Herr M trug Arbeitskleidung (blaue Jacke, graue Arbeitshose). In seinem am Kontrolltag in x aufgenommenen Personenblatt gab V M an, dass er derzeit für die Firma M Holzbau arbeitet.

Der Bf M S war jedenfalls zum Tatzeitpunkt Inhaber des Einzelunternehmens S M mit Sitz in H, F. Vom Bf liegt für V M am Kontrolltag keine Anmeldung zur Sozialversicherung vor, ebensowenig eine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz.

III. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich nachvollziehbar aus dem vorgelegten Verwaltungsstrafakt und dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung am LVwG OÖ am 08.03.2018.

Vom Bf unbestritten blieb, dass V M am 29.03.2017 auf der Baustelle des Einzelunternehmens S M, in der R, R, einen Holzpfosten, der als Steher des zu errichtenden Carports dient, in Anwesenheit eines Dienstnehmers der Firma des Bf, hält. Dies ist auch durch das im Akt einliegende und im Rahmen der Kontrolle aufgenommene Lichtbild belegt.

IV. Rechtliche Beurteilung:

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 Abs. 2 leg. cit. 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 wär, zu erstatten sind.

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

1. Meldungen oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet oder

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

§ 111 Abs. 2 ASVG besagt: Die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 ist 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 5.000 Euro, bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen, sofern die Tat weder den Tatbestand einer in der Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet noch nach anderen Verwaltungsbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist. Unbeschadet der §§ 20 und 21 des Verwaltungsstrafgesetztes 1991 kann die Bezirksverwaltungsbehörde bei erstmaligem Handeln nach Abs. 1 die Geldstrafe bis auf 365 Euro herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

Gemäß § 4 Abs. 2 erster Satz ASVG ist Dienstnehmer im Sinn 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 § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber im Sinn dieses Bundesgesetzes derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer (Lehrling) in einem Beschäftigungs-(Lehr-)Verhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistung Dritter anstelle des Entgelts verweist. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen.

Gemäß § 49 Abs. 1 ASVG sind unter Entgelt die Geld- und Sachbezüge zu verstehen, auf die der pflichtversicherte Dienstnehmer aus dem Dienstverhältnis Anspruch hat oder die er darüber hinaus auf Grund des Dienstverhältnisses vom Dienstgeber oder von einem Dritten erhält.

Der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes folgend hängt die Beurteilung, ob bei der Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10.12.1986, Slg. Nr. 12.325/A) davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser konkret

zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung - nur beschränkt ist (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 22.02.2012, Zl. 2009/08/0075).

Wird jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen arbeitend unter solchen Umständen angetroffen, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten (wie dies bei den gegenständlichen Arbeiten der Fall ist), dann ist die Behörde berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden können, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen (vgl. unter vielen das hg. Erkenntnis vom 27.04.2011, Zl. 2010/08/0091). Spricht also die Vermutung für ein Dienstverhältnis, dann muss die Partei ein ausreichend substantiiertes Vorbringen erstatten, aus dem man anderes ableiten könnte.

Beim Halten eines Holzbalkens, der als Steher für ein zu errichtendes Carport dient, handelt es sich dem Grunde nach um einfache manipulative Tätigkeiten.

Der Bf wendet ein, dass V M nicht auf der Baustelle gearbeitet habe, sondern nur sich das dort verwendete Fahrzeug für Umzugsarbeiten ausleihen wollte.

Dazu wird festgestellt, dass die Tätigkeit des Haltens eines Holzstehers für ein Carport auf einer Baustelle jedenfalls eine Arbeit darstellt.

Sofern die Tätigkeit einmal begonnen worden ist, kommt es nicht mehr auf das vereinbarte oder in der Folge tatsächlich erbrachte Ausmaß der Beschäftigung an, zumal sich die Meldepflicht gemäß § 33 Abs. 2 ASVG auch auf die gemäß § 7 Abs. 3 lit. a ASVG pflichtversicherten geringfügig Beschäftigten iSd § 5 Abs. 2 ASVG bezieht. Weil wie V M unstrittig durch das Halten des Stehers im Beisein eines Arbeiters der Firma des Bf im Rahmen der Errichtung eines Carports, somit mit Hilfsarbeiten, begonnen hatte, ist das Ausmaß dieser für die verfahrensgegenständliche Verwaltungsstrafbarkeit irrelevant (vgl. VwGH vom 23.05.2012, Zl. 2010/08/0179). Im Hinblick auf die Unbeachtlichkeit einer allfällig festgestellten Geringfügigkeit der Tätigkeit war der Spruch der belangten Behörde im Hinblick auf § 44a VStG der gemäß § 37 VwGVG auch im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Anwendung findet, entsprechend zu konkretisieren. Dem Bf wurde von der belangten Behörde eine Übertretung der sozialversicherungsrechtlichen Meldepflicht des § 33 Abs. 1 ASVG zur Last gelegt. Im Hinblick auf eine Feststellung der Unbeachtlichkeit der Überschreitung der Geringfügigkeitsgrenze war der Spruch hinsichtlich der nunmehr vorgeworfenen Übertretung des § 33 Abs. 2 ASVG richtig zu stellen, zumal nach ständiger Rechtsprechung des VwGH der Tatvorwurf des § 33 Abs. 1 ASVG auch den Vorwurf

eines Verstoßes gegen den § 33 Abs. 2 ASVG erfasst (vgl. VwGH vom 27.04.2011, Zl. 2010/08/0198, vom 24.11.2010, Zl. 2009/08/0262).
Für das Vorliegen der Entgeltlichkeit kommt es nicht darauf an, ob ausdrücklich ein Entgelt (allenfalls in einer bestimmten Höhe) vereinbart wurde oder einer solchen Vereinbarung unterliegt. Im Zweifel gilt für die Erbringung von Dienstleistungen ein angemessenes Entgelt als bedungen (vgl. § 1152 ABGB). Wurde die Höhe des Entgeltes 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 vom 19.12.2012, Zl. 2012/08/0165).

Nach dem ASVG reicht somit das Bestehen eines Entgeltanspruches (Anspruchslohn gemäß § 49 ASVG), auch wenn tatsächlich keine Zahlungen geleistet wurden (VwGH vom 11.07.2012, Zl. 2010/08/0137). Ausdrückliche im Vorhinein vereinbarte Unentgeltlichkeit wurde vom Bf nicht eingewendet.

Der Bf ist Dienstgeber des bei Hilfsarbeiten betretenen V M, weil die Tätigkeit für den Bf bzw. dessen Firma und dessen Rechnung ausgeführt wurde.

Der Bf wendet ein, dass V M am 12.5.2017 seine Schwester geheiratet hat und will damit offenbar das Vorliegen eines Gefälligkeitsdienstes bzw. Freundschaftsdienstes ansprechen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind als Freundschafts- oder Gefälligkeitsdienste kurzfristige, freiwillige und unentgeltliche Dienste anzusehen, die vom Leistenden auf Grund spezifischer Bindungen zwischen ihm und dem Leistungsempfänger erbracht werden und die einer Prüfung auf ihre sachliche Rechtfertigung standhalten (vgl. VwGH 19.12.2012, 2012/08/0165 mwN).

Für die Abgrenzung zwischen einem Gefälligkeitsdienst und einer Beschäftigung ist eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen. Dabei trifft die Partei – unabhängig von der grundsätzlichen Verpflichtung der Behörde zur amtswegigen Erforschung des für die Entscheidung notwendigen Sachverhaltes und über die oben erwähnte Darlegungspflicht hinaus – eine entsprechende Mitwirkungspflicht, zumal es sich bei den zur Beantwortung der Frage, ob ein Freundschafts- oder Gefälligkeitsdienst vorliegt, maßgeblichen Umständen und Motiven um solche handelt, die zumeist der Privatsphäre der Partei zuzuordnen sind und der Behörde nicht ohne weiteres zur Kenntnis gelangen. Es ist in diesen Fällen daher Sache der Partei, entsprechend konkrete Behauptungen aufzustellen und Beweise anzubieten (vgl. wiederum VwGH 19.12.2012, 2012/08/0165 mwN).

Im vorliegenden Fall kann alleine aus der Tatsache, dass es sich beim Beschäftigten um den zukünftigen Ehemann der Schwester des Bf und somit Firmeninhabers gehandelt hat, keine spezifische Bindung oder Nahebeziehung abgeleitet werden. Auch vom zukünftigen Schwager ist im Regelfall nicht zu erwarten, dass er im Rahmen eines Einzelunternehmens Gefälligkeitsdienste für den Chef durchführt. Dies umso weniger als der Beschäftigte laut vom Bf vorgelegten Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 11.09.2017, GZ: G305 2164305-1/13E, lediglich von 2009 bis 2011 in x ein Unternehmen führte, in Folge Privataufträge als Zimmerer und Dachdecker erledigte , dann keiner Beschäftigung mehr nachging und weder über Einkommen noch über Ersparnisse verfügte.

Im Ergebnis ist daher ausgehend von der oben genannten rechtlichen Vermutung vom Vorliegen eines Dienstverhältnisses im üblichen Sinn auszugehen. Der Bf wäre als Dienstgeber für die Meldung zur Sozialversicherung verantwortlich gewesen. Eine Anmeldung des V M durch den Bf ist jedoch nicht vorgelegen. Der Tatbestand nach § 111 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. § 33 Abs. 1 und 2 ASVG ist somit objektiv erfüllt.

Gemäß § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz – 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.

Gemäß § 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, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern, für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1.000 Euro - 10.000 Euro, in Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2.000 Euro - 20.000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2.000 Euro - 20.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4.000 Euro - 50.000 Euro.

Gemäß § 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 und des § 5a Abs. 1 des Landarbeitsgesetzes 1984.

Gemäß § 2 Abs. 4 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.

Wie bereits ausgeführt ist von einer Beschäftigung des V M als Dienstnehmer des Bf in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt auszugehen.

Obwohl der Bf den bei Hilfsarbeiten betretenen V M, StA x, in der verfahrensgegenständlichen Zeit in einem Arbeitsverhältnis beschäftigte, hat er vor Arbeitsantritt keine entsprechende arbeitsmarktbehördliche Bewilligung eingeholt. Der objektive Sachverhalt der gegenständlichen Verwaltungsübertretung nach AuslBG ist daher als erfüllt zu werten.

Der Antrag auf Einvernahme des V M und des Bf zum Beweis, dass sowohl die Aussage des Bf im Zuge der Amtshandlung den Tatsachen entsprochen habe bzw. auch der Umzug bzw. die Abmeldung von V M nachvollziehbar dargestellt werden könne, ist aufgrund der rechtlichen Irrelevanz abzuweisen. Entscheidend für die rechtliche Beurteilung ist die unstrittige Tatsache, dass V M beim Halten eines Holzpfostens im Rahmen der Errichtung eines Carports im Beisein eines angemeldeten Arbeiters des Bf von Kontrollorganen betreten wurde. Ausgehend von der angeführten rechtlichen Vermutung ist der vorgebrachte Einwand, dass V M lediglich das Auto des Bf für Umzugsarbeiten abholen wollte, irrelevant. Auch die – im Übrigen nicht angezweifelte - gemeinsame Wohnsitznahme des V M mit der Schwester des Bf kann zu keinem anderen Entscheidungsergebnis führen.

Subjektive Tatseite:
Hinsichtlich des Verschuldens bei den Verwaltungsübertretungen gemäß ASVG und AuslBG wird auf die Bestimmung des § 5 Abs. 1 VStG verwiesen.

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 gegenständlichen Verwaltungsübertretungen stellen Ungehorsamsdelikte dar, wobei zur Strafbarkeit bereits Fahrlässigkeit ausreicht und Fahrlässigkeit im Sinne der zitierten Bestimmungen ohne weiteres anzunehmen ist, sofern vom Beschwerdeführer kein Entlastungsnachweis erbracht wird.
Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschwerdeführer 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 „Glaubhaft-machung“ nicht aus.
Der Beschwerdeführer hat zu seinem Verschulden nichts vorgebracht und kein Vorbringen und keine Beweismittel zur Entlastung beigebracht. Es war daher im Sinne der zitierten Bestimmung von Fahrlässigkeit und daher schuldhaftem Verhalten auszugehen.

Die gegenständlichen Verwaltungsübertretungen nach ASVG und AuslBG sind dem Bf daher auch in subjektiver Hinsicht zuzurechnen.

Strafbemessung:
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 Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 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 Ermessenabwägung sind in der Begründung des Bescheides soweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für 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 Umsttände.

Strafbemessung nach ASVG:

Im Verwaltungsstrafregister sind beim Bf zwei rechtskräftige Strafen nach ASVG eingetragen (24.01.2014 zu SV96-95-2013-Sc und vom 1.3.2017 zu SanRB96-1-119-2016-Sc). Das Vorliegen einer rechtskräftigen Vorstrafe nach dem ASVG war nicht als erschwerend zu werten, zumal durch diese Vorstrafe bereits die Strafdrohung des § 111 Abs. 2 ASVG bestimmt ist, die einen Strafrahmen von 2.180 Euro bis 5.000 Euro vorsieht.

Weiters wertete die belangte Behörde aktenkundige Verstöße auch auf anderen Baustellen, einschlägige Verwaltungsübertretungen sowie Verstöße gegen andere, jedoch gleichgelagerte Verwaltungsvorschriften als straferschwerend. Diese Wertung erfolgte ebenfalls zu Unrecht, da nicht einschlägige Vorstrafen keinen Erschwerungsgrund nach § 33 Z 2 StGB bilden, sie bringen aber den Milderungsgrund des § 34 Z 2 StGB zum Wegfall (vgl. 10 OS 165/86 oder 13 OS 146/85).

Von der belangten Behörde wurde weiters ein monatliches Nettoeinkommen von 2.500 Euro, kein Vermögen und keine Sorgepflichten angenommen.

Laut den Angaben des Bf in der Beschwerde ist der Bf verheiratet und hat drei Kinder im Alter von 21, 17 und 14 Jahren, weiters ist seine Gattin unfallbedingt bereits in Pension. Über das Vermögen des Beschuldigten wurde im Beschluss des Landesgerichtes Ried im Innkreis vom 10.07.2017 das Insolvenzverfahren eröffnet.

Durch das nunmehr im Beschwerdeverfahren bekannt gewordene Insolvenz-verfahren ist von besonders schlechten finanziellen Verhältnisse des Bf auszu-gehen.

Die Verhängung einer Strafe von 2.400 Euro, die im untersten Bereich des anzuwendenden Strafrahmens liegt, ist im Rahmen der Strafzumessungsgründe gerechtfertigt, weil der Bf über die Notwendigkeit einer zu erstattenden Meldung aufgrund der einschlägigen Vorstrafe Bescheid wusste, jedoch nicht gewillt war, diese Vorschriften zu berücksichtigen. Zu beachten ist, dass die genannte rechtskräftige Vorstrafe vom 1.3.2017 bereits betreffend den vom Bf beschäftigten V M ergangen ist. Die Verhängung der Strafe nach ASVG erscheint daher insbesondere aus spezialpräventiven Gründen jedenfalls nicht überhöht und aus generalpräventiven Gründen geboten.

Strafbemessung nach AuslBG:
In Bezug auf das AuslBG liegt keine einschlägige Vorstrafe vor. Aus diesem Grund ist ein Strafrahmen von 1.000 Euro bis 10.000 Euro anzuwenden.

Unter Zugrundelegung der oben genannten Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie Sorgepflichten ist mit der Verhängung der Mindeststrafe nach AuslBG das Auslangen zu finden. Die Strafe erscheint auch diesbezüglich insbesondere aus spezialpräventiven Gründen jedenfalls nicht überhöht und aus generalpräventiven Gründen auch auf dem Gebiet des Ausländerbeschäftigungsrechts geboten.

Da die jeweiligen Strafen herabgesetzt wurden, mussten auch die jeweiligen Ersatzfreiheitsstrafen entsprechend vermindert werden.

Die Verfahrenskostenbestimmung beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist im § 52 Abs. 8 VwGVG begründet. Der Kostenbeitrag für das Verfahren der belangten Behörde war entsprechend anzupassen.

Sollte dem Bf die unverzügliche Zahlung der Geldstrafen aus wirtschaftlichen Gründen tatsächlich nicht möglich sein, so wird er auf § 54b Abs. 3 VStG hingewiesen, wonach er bei der belangten Behörde einen Antrag auf Aufschub oder Teilzahlung stellen kann.

Aus den angeführten Gründen war spruchgemäß zu entscheiden.

V. 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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der 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 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

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Saxinger