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

Geschäftszeichen:
LVwG-302404/14/KLe/HK

Datum:
Linz, 5. Dezember 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Lederer über die Beschwerde des A H vertreten durch Rechtsanwalt Mag. W S, S, E, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Gmunden vom 23.5.2019, GZ: BHGM/9190700011688/19, wegen Übertretung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 200 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

I. Verfahrensgang:

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Gmunden vom 23.5.2019, GZ: BHGM/919070011688/19, wurde dem Beschuldigten wegen Übertretung gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit.a iVm § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) folgender Tatvorwurf zur Last gelegt:

„1. Datum/Zeit: 22.01.2019, 11:25 Uhr
Ort: B I, W

Sie haben nachstehenden ausländischen Staatsbürger beschäftigt für diesen Ihnen als Arbeitgeber weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt oder eine Anzeigenbestätigung ausgestellt wurde und dieser Ausländer weder eine für diese Beschäftigung gültige ‚Rot-Weiß-Rot – Karte', eine ‚Blaue Karte EU', eine Aufenthaltsbewilligung als unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer (ICT), Aufenthaltsbewilligung als mobiler unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer (mobile ICT), Aufenthaltsbewilligung ‚Familiengemeinschaft' mit Zugang zum Arbeitsmarkt (§ 20f Abs. 4) oder ‚eine Niederlassungsbewilligung – Künstler' oder eine ‚Rot-Weiß- Rot - Karte plus', eine ‚Aufenthaltsberechtigung plus', einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel ‚Familienangehöriger' oder ‚Daueraufenthalt –EU' besitzt

Es wurde nachangeführter Ausländer beschäftigt:

Namen und Geburtsdatum des Ausländers; N E, geb.: x, Staatsangehörigkeit: Tunesien
Beschäftigungszeitraum: 22.01.2019, 11.25 Uhr, Beschäftigungsort: W, 4820 B I

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

1. § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a i.V.m. § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz

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

Geldstrafe von	Falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Gemäß
€ 1.000,00	1 Tage(n) 9 Stunde(n) 0 Minute(n)	§ 28 Abs. 1 Z 1 Schlusssatz AuslBG

Weitere Verfügungen (zB Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:

€ 100,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens € 10,00 für jedes Delikt (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 100,00 angerechnet).

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher € 1.100,00"

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Gegen diesen Bescheid richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 18.6.2019, in der ausgeführt wurde:

„Als Rechtsmittelgründe werden unrichtige rechtliche Beurteilung, unrichtige Beweiswürdigung und Mangelhaftigkeit des Verfahrens geltend gemacht.

Der angefochtene Bescheid wird auf Beweise gestützt, die dem Beschwerdeführer vorher nicht zur Kenntnis gebracht wurden und mit der Aufforderung zur Rechtfertigung übermittelten Urkunden (Strafantrag der Finanzpolizei) nicht in Einklang stehen. Am 12.02.2019 hat die belangte Behörde den Beschwerdeführer zur Rechtfertigung aufgefordert und den Strafantrag der Finanzpolizei vom 07.02.2019 zu

FAGZ:053/10022/11/4519 angeschlossen. Dem Strafantrag selbst waren keine weiteren Urkunden, vor allen Dingen nicht die dort als Anlagen bezeichneten Dokumente angeschlossen. Hierauf erstattete der Beschwerdeführer am 04.03.2019 eine Stellungnahme, in welcher er unter anderem auch darauf hingewiesen hat, dass seitens der Finanzpolizei völlig übersehen wurde, dass um 11:25 Uhr sich kein einziger Gast in der vom Beschwerdeführer geführten Pizzeria befunden hat und es daher unmöglich ist, dass Herr E für den Beschwerdeführer gearbeitet bzw. für einen Gast ein Essen zubereitet hätte. Hierauf hat offenbar die belangte Behörde eine neue Stellungnahme von der Finanzpolizei eingeholt. Aus dem angefochtenen Bescheid ist zu entnehmen, dass gemäß Eingabe vom 15.03.2019 sich zum Zeitpunkt der Kontrolle vier Gäste im Lokal befunden hätten. Diese neuerliche Stellungnahme steht nicht nur mit dem Strafantrag der Finanzpolizei vom 07.02.2019 im Widerspruch, in welchem keine weiteren Personen als der Beschwerdeführer, Herr E und Herr E K angeführt sind. Umso mehr verwundert es, dass plötzlich die Finanzpolizei hiervon abweichend erstmals am 15.03.2019 behauptet, dass sich bei der Kontrolle bereits vier Gäste im Lokal befunden hätten. Auf jeden Fall wurde diese neuerliche Stellungnahme dem Beschwerdeführer vor Erlassung des Bescheides nicht zur Kenntnis gebracht und ihm keine Gelegenheit gegeben, hierzu Stellung zu nehmen. Genauso wenig wurde dem Beschwerdeführer das im angefochtenen Bescheid bei der Beweiswürdigung angeführte Lichtbild zur Kenntnis gebracht. Eine der wesentlichsten Verfahrensgrundsätze des Ermittlungsverfahrens ist der Grundsatz des Parteiengehörs. Der in § 37 AVG verankerte Grundsatz des Rechtes auf Gehör wird durch § 45 Abs. 3 AVG noch präzisiert. Speziell für das Beweisverfahren ordnet § 45 Abs. 3 AVG an, dass den Parteien Gelegenheit zu geben ist, vom Ergebnis des Beweis Verfahrens Kenntnis zu nehmen und dazu - innerhalb angemessener Frist - Stellung zu nehmen, Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist der Partei gem. § 45 Abs. 3 AVG nicht nur der Beweisinhalt, sondern auch die Beweisquelle, also vor allen Dingen auch Unterlagen wie Stellungnahmen, Lichtbilder usw. bekannt zu geben. Dem Parteiengehör unterliegt der gesamte Inhalt der Ergebnisse der Beweisaufnahme, wobei dem § 45 Abs. 3 AVG nicht entsprochen ist, wenn der Partei zwar der Beweisinhalt, aber nicht die Beweisquelle mitgeteilt wird. Die Partei muss in die Lage versetzt werden, sich mit den Beweisquellen konsequent auseinander zu setzen (VwGH 18.10.2000 98/08/0304; VwGH 20.12.2005 2005/12/0157). Nachdem dem Beschwerdeführer nicht einmal die wesentlichen Beweisergebnisse (plötzliche Behauptung der Finanzpolizei, dass Gäste anwesend gewesen wären) zur Kenntnis gebracht wurden, wurde dem Beschwerdeführer jede Möglichkeit genommen, sich entsprechend zu verteidigen, vorzubringen und die notwendigen Entlassungsbeweise zu beantragen. Der Beschwerdeführer konnte nicht einmal auf den Widerspruch der verschiedenen Stellungnahmen der Finanzpolizei hinweisen. Der belangten Behörde selbst ist dieser Widerspruch nicht aufgefallen, sie hat sich nicht damit befasst. Hierdurch wurde der Beschwerdeführer massiv in seinem Recht auf Parteiengehör und der Möglichkeit zur Stellungnahme und fairen Verteidigung verletzt. Allein hierdurch ist das gesamte Verfahren grob mangelhaft.

Wie bereits gesagt steht der Strafantrag der Finanzpolizei vom 07.02.2019 mit der angeblich neuerlichen Eingabe vom 15.03.2019 im Widerspruch. Im Strafantrag wurden genau namentlich die anwesenden Personen genannt. Hingegen findet sich kein Hinweis, dass zum Zeitpunkt des Eintreffens der Finanzpolizei der Beschwerdeführer seinen Betrieb bereits geöffnet hatte. Mit dem im Widerspruch wird plötzlich mit der Eingabe 15.03.2019 von der Finanzpolizei behauptet, dass sich zum Zeitpunkt der Kontrolle bereits vier Gäste im Lokal befunden hätten. Tatsache ist, dass zum Zeitpunkt des Eintreffens des

Beschwerdeführers und somit vor Öffnung des Lokals bereits die Finanzpolizei vor der Türe auf den Beschwerdeführer gewartet hatte. Allein dies schließt schon aus, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt neben dem Beschwerdeführer, Herrn E K und Herrn E weitere Personen und vor allen Dingen Gäste anwesend gewesen wären. Bei Herrn Y E K handelt es sich um den gemeldeten Hilfskoch des Beschwerdeführers, der gemeinsam mit dem Beschwerdeführer tatsächlich den Küchenbetrieb führt. Nicht einmal dieser hat also zum Zeitpunkt des Eintreffens der Finanzpolizei in der Küche gearbeitet, sondern ist ebenfalls noch vorne im Schankbereich mit dem Beschwerdeführer gestanden. Es war noch kein Betrieb. Im Lokal des Beschwerdeführer wird ausschließlich Lisch gekocht, und zwar erst nach Bestellung durch den Gast. Gäste waren zum Zeitpunkt der Öffnung und Kontrolle sicher keine vorhanden. Es hat sich somit einzig und allein Herr E vor dem eigentlichen Gastgewerbe- und Küchenbetrieb in der Küche befunden. Der Beschwerdeführer hat ausdrücklich Wert darauf gelegt, dass Herr E das Essen vor der Öffnung des Lokales für sich und seine Kinder zubereitet, damit es hier zu keinen Missverständnissen kommen kann. Wäre daher der Beschwerdeführer vor dem Straferkenntnis damit konfrontiert worden, dass plötzlich seitens der Finanzpolizei behauptet wird, dass sich bereits vier Gäste in dem Lokal befunden hätten, für die Herr E gekocht hätte, hätte der Beschwerdeführer auf jeden Fall zum Beweis der Richtigkeit seiner Verantwortung die Einvernahme des Herrn Y E K und des Herrn N E beantragt. Hieraus hätte sich eindeutig ergeben, dass Herr E nicht für den Beschwerdeführer gearbeitet hat, sondern nur für sich und seine Kinder kochte, da der Betrieb noch nicht geöffnet war, Mangels Mitteilung der Beweisergebnisse konnte der Beschwerdeführer weder Stellung nehmen, noch die unrichtigen Tatsachen widerlegen oder auf den Widerspruch der Stellungnahmen der Finanzpolizei hinweisen. Der Beschwerdeführer beantragt hiermit ausdrücklich die Einvernahme dieser Zeugen Y E K und N E.

Der Beschwerdeführer hat in seiner Stellungnahme ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Herr N E sein Cousin ist und er deshalb ihm erlaubt hat vor dem eigentlichen Küchenbetrieb für sich und seine zwei Kinder ein Essen zubereiten, zumal Herr E in seiner im selben Haus befindlichen Wohnung nicht über eine eigene Küche verfügt. Es mag zwar richtig sein, dass Herr E ein weißes Polo- Shirt mit der Aufschrift „P C“ und eine Kochschürze hatte, doch handelt es sich hierbei um die Kleidung, die Herr E als ehemaliger Arbeitnehmer vom Beschwerdeführer erhalten hat und die er gewohnheitsgemäß immer beim Kochen trägt. Diese Verantwortung des Beschwerdeführers ist bis auf die bereits oben aufgezeigte unrichtige nachträgliche Behauptung der Finanzpolizei, dass sich bereits vier Gäste im Lokal befunden hätten, durch nichts widerlegt, sondern steht im völligen Einklang mit den Wahrnehmungen der Finanzpolizei gemäß Strafantrag vom 07.02.2019. Es gibt somit keine nachvollziehbare Beweisergebnisse, die die Richtigkeit der Verantwortung des Beschwerdeführers widerlegen würde.

Amtsbekannt ist, dass Herr N E aufgrund einer gültigen Beschäftigungsbewilligung als Saisonarbeiter während des Zeitraumes vom 23.02.2018 bis 31.10.2018 im Betrieb des Beschwerdeführers als Koch gearbeitet hat (Akt der BH Gmunden zu BHGM/919070011687/19, deren Beischaffung in diesem Verfahren beantragt wird). Rechtzeitig vor Ablauf der Beschäftigungsbewilligung hat der Beschwerdeführer beim AMS Gmunden am 04.09.2018 bereits einen Antrag auf neuerliche Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für Herrn E gestellt, über welchen lange Zeit rechtswidriger Weise nicht entschieden wurde und mit Bescheid des AMS Gmunden vom 26.03.2019 zu GZ ABB-Nr: 3942978 erst ablehnt wurde. Abgesehen davon, dass wiederum eine verfassungswidrige durch nichts begründete Entscheidung vorliegt, hätte gem. § 5 Abs. 6

AuslBG für Saisonarbeitskräfte, die bereits im Rahmen eines Kontingentes bewilligt beschäftigt sind, weitere Beschäftigungsbewilligungen bis zum zulässigen Höchstmaß des Abs. 3-5 ungeachtet eines freien Kontingentplatzes erteilt werden müssen, sodass die Ablehnung des Antrages auf jeden Fall rechtswidrig war. Allein durch das rechtswidrige Vorgehen der Behörden ist überhaupt die gesamte Situation entstanden. Es kann nicht dem Beschwerdeführer eine Verletzung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes angelastet werden, wenn seitens der zuständigen Behörde zuvor rechtswidrig die Verlängerung der Saisonarbeitsplatzbewilligung nicht ausgestellt und dann sogar verweigert wird. Auch aus diesem Grund ist der angefochtene Bescheid rechtswidrig. Eine Beschwerde gegen den Bescheid des AMS Gmunden zu ABB-Nr: 3942978 ist ohnehin beim Bundesverwaltungsgericht bereits anhängig. Es wird daher ausdrücklich der Antrag auf Unterbrechung dieses Strafverfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Beschwerde des Beschwerdeführers gegen den Bescheid des AMS Gmunden vom 26.03.2019 zu ABB-Nr.: 3942978 gestellt, da es sich hier um eine Vorfrage zu diesem Verwaltungsstrafverfahren handelt. Gleichzeitig wird die Beischaffung dieses Aktes beantragt. Wenn sich in dem Verfahren über die Beschäftigungsbewilligung heraussteilen sollte, dass diese erteilt werden hätte müssen, dann kann selbst bei Richtigkeit der Feststellungen der belangten Behörde keine rechtswidrige Beschäftigung vorgelegen haben.
Aus all diesen Gründen stellt der Beschwerdeführer nachstehende Anträge:
Das Bundesverwaltungsgericht möge dieser Beschwerde gegen den Bescheid der BH Gmunden vom 23.05.2019 zu BHGM/919070011688/19 Folge geben und das gegen den Beschwerdeführer anhängige Verwaltungsstrafverfahren einstellen;
in eventu dieser Beschwerde Folge geben, den angefochtenen Bescheid aufheben und der belangten Behörde die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auftragen.“ [Hervorhebungen nicht übernommen]

Mit Schreiben vom 27.6.2019 hat die belangte Behörde die Beschwerde samt ihrem Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 9.10.2019 und 14.10.2019. An dieser Verhandlung nahmen der Beschwerdeführer, dessen Rechtsvertreter, der Vertreter der Organpartei und die Zeugen B S, N E und Y E K teil.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

Am 22.1.2019 um 11:25 Uhr fand in der Pizzeria C, in B I, W eine Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei statt. Bei dieser Kontrolle wurde Herr N E Paprika schneidend in der Küche angetroffen. Er trug ein verschmutztes T-Shirt mit dem Logo der Pizzeria und eine Schürze. Er war zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt nicht zur Sozialversicherung angemeldet. Es lagen keine arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen für Herrn N E vor.

Der Beschwerdeführer ist Inhaber der Pizzeria C und somit Dienstgeber des Herrn E.

Die Pizzeria öffnete am 22.1.2019 um 11:00 Uhr, mehrere Gäste waren zum Zeitpunkt der Kontrolle um 11:25 Uhr im Gastraum anwesend und hatten Speisen bestellt. Y E K war als Pizzakoch im Gastraum tätig.

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den Aussagen des Zeugen S und E K.

Der Zeuge E K erläuterte ausführlich und glaubwürdig, dass die Vorbereitungen (Rucola waschen, Zwiebel schneiden,...) bereits ab 10:00 Uhr stattfanden. Auch Paprika wurden geschnitten und zwar bereits vor dem Einlangen einer Bestellung. Er selbst führte diese Tätigkeiten durch bzw. am 22.1.2019 Herr E. Dieser arbeitete an diesem Tag nach den Angaben des Zeugen E K „ganz normal“ in der Küche, beginnend ab 10:00 Uhr.

Bei Herrn E handelte es sich entgegen den Angaben des Beschwerdeführers nicht um dessen Cousin. Er erhielt vom Beschwerdeführer einen Schlüssel für die Hintertür. Die Angaben des Herrn E, dass er für einen Tag in B I mit dem Bus von Rom aus kommend anreist, um dann im verschmutzten T-Shirt mit Pizzeria-Logo und Schürze nur Minestrone für seine Kinder, von denen ein Kind keinen eigenständigen Aufenthaltstitel aufweist, zu kochen, entbehrt jeglicher Glaubwürdigkeit.

Dass nach Angaben des Beschwerdeführers keine Zutaten für einen Küchenbetrieb vorbereitet werden, entspricht ebenfalls nicht der allgemeinen Lebenserfahrung. Der Auszug aus der Registrierkasse kann dementsprechend kein taugliches Beweismittel darstellen.

Herr E wurde während der Öffnungszeit in der Küche angetroffen, nicht wie er angab, vorher. Zeuge S konnte sich auch andere vorbereitete Speisen erinnern, die in der Küche standen.

Die Sachverhaltsfeststellungen ergeben sich aus dem vorliegenden Verwaltungsakt und dem durchgeführten Beweisverfahren, insbesondere den Aussagen der Zeugen in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

Gemäß § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) in der zum Tatzeitpunkt maßgeblichen Fassung 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 § 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.

§ 2 AuslBG lautet:
(1) Als Ausländer im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt, wer nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt.
(2) Als Beschäftigung gilt 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 Arbeitskräfte-überlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988, und des § 5a Abs. 1 des Land-arbeitsgesetzes 1984, BGBl. Nr. 287.
(3) Den Arbeitgebern gleichzuhalten sind
a) in den Fällen eines arbeitnehmerähnlichen Beschäftigungsverhältnisses (Abs. 2 lit. b) der Vertragspartner,
b) in den Fällen des Abs. 2 lit. c und d der Inhaber des Betriebes, in dem der Ausländer beschäftigt wird, sofern nicht lit. d gilt, oder der Veranstalter,
c) in den Fällen des Abs. 2 lit. e auch der Beschäftiger im Sinne des § 3 Abs. 3 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes und des § 5a Abs. 3 des Landarbeits-gesetzes 1984,
d) der ausländische Dienstleistungserbringer, dem eine EU-Entsendebestätigung nach Maßgabe des § 18 Abs. 12 auszustellen ist und
(4) Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. [...]

Dem Beschwerdeführer wird gegenständlich vorgeworfen, dass er am 22.01.2019, um 11:25 Uhr in der Pizzeria C, in B I, W, Herrn N E beschäftigt hat, ohne dass eine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung vorlag.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausführt, ist der Begriff der Beschäftigung durch § 2 Abs. 2 AuslBG unter anderem in der Weise bestimmt, dass die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis als Beschäftigung gilt. Maßgebend für diese Einordnung in den Beschäftigungsbegriff ist, dass die festgestellte Tätigkeit in persönlicher bzw. wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeübt wird. Als (der Bewilligungspflicht unterworfenes) Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 2 leg. cit. ist u.a. auch eine kurzfristige oder aushilfsweise Beschäftigung anzusehen. Das Tatbestandselement der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen. Liegt eine Verwendung (vgl. § 2 Abs. 2 AuslBG) in einem Arbeitsverhältnis vor, das typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bildet, ist von einer der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterworfenen Beschäftigung auszugehen. Auf eine zivilrechtliche Betrachtung, ob überhaupt ein Arbeitsvertrag zu Stande gekommen ist, ... kommt es hingegen nicht an (VwGH 01.07.2010, 2008/09/0367).

Aus dem durchgeführten Beweisverfahren ergibt sich, dass Herr N E von den Organen der Abgabenbehörde in dem in Rede stehenden Lokal arbeitend in der Küche betreten wurde.

Die Beschäftigung der ausländischen Staatsangehörigen sowie das Nichtvorliegen arbeitsmarktrechtlicher Papiere ist dem Beschwerdeführer in objektiver Hinsicht anzulasten.

Zum Tatzeitpunkt lag keine rechtskräftige arbeitsmarktrechtliche Bewilligung vor. Es war daher das Strafverfahren nicht zu unterbrechen, da diesbezüglich keine Vorfrage vorliegt.

Gemäß § 5 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit wird bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen sein, 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 (sog. „Ungehorsamsdelikt“).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar, sodass es gemäß § 5 Abs. 1 (zweiter Satz) VStG dem Beschuldigten obliegt,

glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung dieser Verwaltungsvorschriften kein Verschulden trifft. Zu einer solchen Glaubhaftmachung ist es erforderlich, dass der Beschuldigte initiativ, von sich aus in substantiierter Form alles darlegt, was für seine Entlastung spricht. Bloß allgemein gehaltene Behauptungen sind nicht geeignet, um diese Entlastungsbescheinigung für mangelndes Verschulden zu erbringen (vgl. auch VwGH 26.3.2015, 2013/07/0011).

Es wurde ein Ausländer in Betriebsräumen, an Arbeitsplätzen oder auf auswärtigen Arbeitsstellen eines Unternehmens angetroffen, die im allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich sind.
Der Beschwerdeführer war zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt in der Pizzeria anwesend. Er konnte im Zuge des Verwaltungsstrafverfahrens nicht glaubwürdig darlegen, dass keine unberechtigte Beschäftigung vorliegt (vgl. § 28 Abs. 7 AuslBG).

Im Verfahren sind somit keine Umstände hervorgekommen, die Zweifel am Verschulden des Beschwerdeführers am Zustandekommen der Verwaltungsübertretung aufkommen lassen, weshalb ihm fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen ist. Die Verwaltungsübertretung ist somit auch in subjektiver Hinsicht vorwerfbar.

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 Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden.
Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten 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 der Entscheidung 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.

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.

Bei der von der belangten Behörde verhängten Geldstrafe handelt es sich um die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe. Die Strafhöhe bedarf auf Grund der Verhängung der Mindeststrafe keiner näheren Begründung (VwGH 23.03.2012, 2011/02/0344).

Eine Herabsetzung scheidet ebenso wie die Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG aus, da die dafür erforderlichen kumulativen Voraussetzungen nicht vorliegen.

Es war somit, wie im Spruch angeführt, zu entscheiden.

Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG war als Beitrag des Beschwerdeführers zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens ein Betrag in Höhe von 20 Prozent der verhängten Strafe auszusprechen.

IV. 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 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. Soweit die Entscheidung von der Beweiswürdigung abhängig war, wurde diese nach Durchführung einer Verhandlung getroffen 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 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. Lederer