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-302537/17/Kl/CG

Datum:
Linz, 29. Jänner 2020

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 Dr. Klempt über die Beschwerde des Ü M, vertreten durch S P Rechtsanwaltsgesellschaft m.b.H., X, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Eferding vom 6. September 2019, GZ: Ge96-10-2019/EF, Ge96-11-2019/EF, Ge96-12-2019/EF, wegen Übertretungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) und des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 15. Jänner 2020

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe unbegründet abgewiesen als

- der Spruchpunkt 1 erster Absatz zu lauten hat: „Sie sind als zur Vertretung nach außen berufener handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma D V G Vertriebs GmbH mit Sitz in X, und damit als Arbeitgeber nicht Ihrer Verpflichtung nachgekommen, den Landesgeschäftsstellen des Arbeitsmarktservice und den regionalen Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservice sowie den Trägern der Krankenversicherung und den Abgabenbehörden auf deren Verlangen Anzahl und Namen der im Betrieb beschäftigten Ausländer bekanntzugeben. Sie haben nicht dafür gesorgt, dass bei ihrer Abwesenheit von der Betriebsstätte oder Arbeitsstelle eine dort anwesende Person den genannten Behörden und Rechtsträgern die erforderlichen Auskünfte erteilt, indem keine Daten des angetroffenen Arbeitnehmers Q N bekanntgegeben wurden.“

- in Spruchpunkt 2 und 3 jeweils nach der Wortfolge „als Verantwortlicher“ und „als zur Vertretung nach außen Berufener“ die Wortfolge „handelsrechtlicher Geschäftsführer“ einzufügen ist, und -
- zu Spruchpunkt 3 die verletzte Rechtsvorschrift zu lauten hat: „§ 33

Abs. 1 iVm § 111 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG“

II. Der Beschwerdeführer hat einen Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren in der Höhe von insgesamt 846 Euro zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Eferding vom 6. September 2019, GZ: Ge96-10,11,12-2019/EF, wurden über den Beschwerdeführer Geldstrafen von 1) 2.500 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 105 Stunden), 2) 1.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 33 Stunden) und 3) 730 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 112 Stunden), wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß 1) § 26 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z. 2 lit. c Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), 2) § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) und 3) § 33 Abs. 1 iVm § 111 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) verhängt, weil er nachstehend angeführte Verwaltungsübertretungen begangen hat:

„1. Zu Ge96-10-2019/EF
Sie sind als zur Vertretung nach Außen Berufener der Firma D V Gastro Vertriebs GmbH mit Sitz in X, und damit als Arbeitgeber, nicht Ihrer Verpflichtung nachgekommen, den Landesgeschäftsstellen des Arbeitsmarktservice und den regionalen Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservice sowie den Trägern der Krankenversicherung und den Abgabenbehörden auf deren Verlangen Anzahl und Namen der im Betrieb beschäftigten Ausländer bekanntzugeben. Die Arbeitgeber und Ausländer sind verpflichtet, den vorerwähnten Behörden und Trägern der Krankenversicherung sowie dem Bundesverwaltungsgericht die zur Durchführung dieses Bundesgesetzes notwendigen Auskünfte zu erteilen und in die erforderlichen Unterlagen Einsicht zu gewähren. Die Arbeitgeber haben dafür zu sorgen, dass bei ihrer Abwesenheit von der Betriebsstätte oder Arbeitsstelle eine dort anwesende Person den genannten Behörden und Rechtsträgern die erforderlichen Auskünfte erteilt und Einsicht in die erforderlichen Unterlagen gewährt.

Tatort: X, Restaurant D V
Tatzeit: 26.02.2019, 19:15 Uhr

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 26 Abs. 1 iVm §28 Abs. 1 Z. 2 lit. c Ausländerbeschäftigungsgesetz, BGBl.Nr. 218/1975, idgF (AuslBG)

2. Zu Ge96-11-2019/EF
Sie haben als Verantwortlicher der Firma D V G Vertriebs GmbH mit Sitz in X, nachstehend angeführten 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.
Betroffener Arbeitnehmer: N Q, geb. X

Staatsangehörigkeit: Afghanistan
Tatort: X, Restaurant D V
Tatzeit: 26.2.2019, 19:15 Uhr

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz

3. Zu Ge96-12-2019/EF
Sie haben als zur Vertretung nach Außen Berufener der Firma D V G Vertriebs GmbH mit Sitz in X, und damit als Dienstgeber nicht die unten angeführte Person, welche bei ihnen beschäftigt war, nach diesem Bundesgesetz in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Vollversicherte und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger angemeldet.

Der Dienstgeber hat die Anmeldeverpflichtung so zu erfüllen, dass er in zwei Schritten meldet, und zwar
1. vor Arbeitsantritt die Beitragskontonummer, die Namen und Versicherungsnummern bzw. die Geburtsdaten der beschäftigten Personen, den Tag der Beschäftigungsaufnahme sowie das Vorliegen einer Voll- oder Teilversicherung und
2. die noch fehlenden Angaben mit der monatlichen Beitragsgrundlagenmeldung für jenen Beitragszeitraum, in dem die Beschäftigung aufgenommen wurde.

Betroffener Arbeitnehmer: N Q, geb. X
Staatsangehörigkeit: Afghanistan
Beschäftigungsort: X, Restaurant D V
Tatort (Firmensitz): X
Tatzeit: 26.2.2019, 19:15 Uhr

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 33 Abs. 1 iVm § 111 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz, BGBl.Nr. 101/2000, idgF (ASVG)“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Gleichzeitig wurde gemäß § 9 Abs. 7 VStG ein Haftungsausspruch gegen die D V Gastro Vertriebs GmbH verhängt.

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und das Straferkenntnis zur Gänze angefochten. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Spruchpunkt 1) des Straferkenntnisses lediglich die Rechtsnorm zitiere und eine konkrete Tatumschreibung fehle. Herr N war am Kontrolltag nur anwesend, weil er sich für eine Stelle als Lehrling im Betrieb interessiert habe und geplant gewesen sei, eine Beschäftigungsbewilligung zu beantragen, sofern er nach Kennenlernen des Betriebs nach wie vor die Stelle haben wollte. Es handle sich nur um ein Schnuppern. Es liege kein Beschäftigungsverhältnis vor. Es läge daher zumindest eine konkludente Unentgeltlichkeitsvereinbarung vor. Herr N sei weder persönlich noch wirtschaftlich abhängig gewesen. Es bestehe daher auch keine

Meldepflicht nach dem ASVG. Auch seien die Daten der anwesenden Personen durch die Organe der Finanzpolizei erhoben worden. Der Arbeitgeber sei nicht verpflichtet, die Identität eines konkret angetroffenen Ausländers bekanntzugeben. Das AuslBG enthalte bloß eine allgemeine Mitteilungspflicht. Es sei jedenfalls keine strafrechtliche Haftung des Arbeitgebers für einen bestimmten positiven Inhalt der Auskünfte und Mitteilungen normiert. Auch die Erklärung eine Auskunft nicht geben zu können bzw. über die angefragten Daten nicht zu verfügen, stelle jedenfalls eine Mitteilung dar und sei der Tatbestand nicht erfüllt. Auch seien die Strafen überhöht, zumal es sich um keinen typischen Verstoß handle und die Unbescholtenheit nicht berücksichtigt worden sei und der Arbeitnehmer über einen sehr kurzen Zeitraum anwesend war.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Eferding als belangte Behörde hat die Beschwerde samt den bezughabenden Verwaltungsstrafakten vorgelegt und die Abweisung der Beschwerde beantragt.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 15. Jänner 2020, an welcher die Verfahrensparteien teilgenommen haben. Weiters wurden die Zeugen D A, C K und Q N geladen und einvernommen. Es wurde ein Dolmetsch der Verhandlung beigezogen.

4.1. Folgender Sachverhalt steht als erwiesen fest:

Der Beschwerdeführer ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der D V Gastro Vertriebs GmbH, welche das Lokal in X, betreibt. Der Beschwerdeführer ist auch gewerberechtlicher Geschäftsführer und verfügt über die erforderliche Gewerbeberechtigung seit 1.2.2019. Bis 31.1.2019 wurde das Lokal durch die K Gastro Vertriebs GmbH betrieben, deren Geschäftsführer der Vater des Beschwerdeführers war. Die K Gastro Vertriebs GmbH ging in Insolvenz. Der Beschwerdeführer war bei der K Gastro Vertriebs GmbH unselbständig beschäftigt. Bei einer Kontrolle des Finanzamtes Linz am 26.2.2019 im Restaurant in X, war der Beschwerdeführer nicht anwesend und konnte auf Verlangen der Kontrollorgane nicht hinsichtlich aller beschäftigter Personen Auskunft über Namen und Identität der anwesenden Beschäftigten erteilt werden. Insbesondere wurde ein Ausländer in der Küche angetroffen, nämlich ein afghanischer Staatsangehöriger, der den Kontrollorganen die Tür zum Personaleingang öffnete, eine verschmutzte Pfanne in der Hand hielt, diese dann in der Abwasch abstellte und sodann das Lokal verließ, ohne einen Ausweis trotz Verlangens vorzuzeigen. Weder die anwesenden Beschäftigten, nämlich Kellner, Koch und Pizzakoch noch Frau K konnten die Daten des afghanischen Staatsangehörigen angeben. Frau K ist sowohl für diesen Standort als auch für weitere Standorte der D V Gastro Vertriebs GmbH sowohl für Einkauf, Bestellungen, das Kellnern usw. zuständig, die Organisation und Behördenangelegenheiten macht sie gemeinsam mit ihrem Chef,

dem Beschwerdeführer. Der Beschwerdeführer hat ihr nur mitgeteilt, dass jemand zum Anschauen kommen wird. Sie erfuhr keinen Namen und keine Daten dieser Person. Zum Kontrollzeitpunkt war sie erst kurzfristig vorher ins Lokal gekommen und hat zunächst mit dem Kellner gesprochen. Den afghanischen Staatsangehörigen hat sie im Lokal gar nicht gesehen. Sie hat ihn auch nicht das Lokal verlassen gesehen. Es wurde vom Lokal bzw. der D V Gastro Vertriebs GmbH nach Köchen und Kellnern und auch Lehrlingen gesucht. Es wird immer so vorgegangen, dass die interessierte Person sich zunächst den Betrieb anschaut und wenn sie bereit ist die Arbeit zu beginnen dann am nächsten Tag mit dem Chef die Ausweise verlangt werden und die Daten aufgenommen werden. Falls erforderlich, werden auch dann die Bewilligungen eingeholt. Von den Kontrollorganen hinsichtlich der Daten des afghanischen Staatsangehörigen befragt gab Frau K auch an, dass sie keine Auskunft geben kann. Einige Monate später wurde für den afghanischen Staatsangehörigen ein Antrag für saisonale Arbeit beim AMS gestellt, aber abgewiesen. Eine Entgeltvereinbarung wurde mit dem afghanischen Staatsangehörigen nicht getroffen. Es wurde auch keine bestimmte Person festgelegt, die ihm Erklärungen geben sollte oder ihn in den Betrieb einführen sollte.

Gegen den Beschwerdeführer liegt eine rechtskräftige Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz wegen Beschäftigung von afghanischen Staatsangehörigen vor.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den vorgelegten Verwaltungsakten, insbesondere aus der Anzeige, sowie auch aus den Angaben des Beschwerdeführers anlässlich der mündlichen Verhandlung und aus den Angaben der einvernommenen Zeugen. Anhaltspunkte, an der Glaubwürdigkeit der Zeugen zu zweifeln, bestehen nicht. Insbesondere ergaben sämtliche Zeugen, dass der afghanische Staatsangehörige Asylwerber war, niemand seinen Namen und seine Daten kannte, in der Küche zum Zeitpunkt der Kontrolle angetroffen wurde und ohne Ausweisleistung dann das Lokal verließ. Wenn der afghanische Staatsangehörige angibt, dass er sich nicht erinnern könne, ein Kochutensil bzw. eine Pfanne in der Hand gehabt zu haben, so ist dies unglaubwürdig. Vielmehr entspricht es der Lebenserfahrung, wie die Kontrollorgane zeugenschaftlich unter Wahrheitspflicht aussagen, dass bei deren Eintreffen der Asylwerber die verschmutzte Pfanne in der Hand hatte und sofort bei der Abwasch abstellte und dann das Lokal verließ. Auch der Beschwerdeführer gab in der mündlichen Verhandlung selbst an, dass er zwar keine Arbeiten dem Asylwerber angeschafft hat, dass er aber nichts dagegen hat wenn er etwas angreift. Dann soll er das auch machen. Das ist nicht verboten. Auch kam glaubwürdig insbesondere durch die Zeugin K hervor, dass sowohl Kellner als auch Köche und Lehrlinge zu diesem Zeitpunkt für das Lokal gesucht wurden. Auch wird dieser Sachverhalt untermauert, dass auch einige Monate später der Asylwerber wieder im Lokal erschienen ist und eine Anstellung wollte und auch konkret Formulare ausgefüllt

wurden und eine Bewilligung beim AMS beantragt wurde, allerdings abgelehnt wurde. Auch wurde von der Zeugin K ausdrücklich bei ihrer Einvernahme auch bestätigt, dass sie den Kontrollorganen gegenüber angab, dass sie keine Auskunft hinsichtlich des Asylwerbers geben könne. Sie erklärte dies in der mündlichen Verhandlung auch damit, dass sie selber nur wusste dass jemand kommt, allerdings keinen Namen und keine Daten über diese Person hatte.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. 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.

Gemäß § 28 Abs. 7 AuslBG ist das Vorliegen einer nach diesem Bundesgesetz unberechtigten Beschäftigung von der Bezirksverwaltungsbehörde ohne weiteres anzunehmen, wenn ein Ausländer in Betriebsräumen, an Arbeitsplätzen oder auf auswärtigen Arbeitsstellen eines Unternehmens angetroffen wird, wenn der Beschäftigte nicht glaubhaft macht, dass eine unberechtigte Beschäftigung nicht vorliegt.

Gemäß § 26 Abs. 1 AuslBG sind die Arbeitgeber verpflichtet, den Landesgeschäftsstellen des Arbeitsmarktservice und den regionalen Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservice sowie den Trägern der Krankenversicherung und den Abgabenbehörden auf deren Verlangen Anzahl und Namen der im Betrieb beschäftigten Ausländer bekanntzugeben. Die Arbeitgeber und Ausländer sind verpflichtet, den vorerwähnten Behörden und Trägern der Krankenversicherung sowie dem Bundesverwaltungsgericht die zur Durchführung dieses Bundesgesetzes notwendigen Auskünfte zu erteilen und in die erforderlichen Unterlagen Einsicht zu gewähren. Die Arbeitgeber haben dafür zu sorgen, dass bei ihrer Abwesenheit von der Betriebsstätte oder Arbeitsstelle eine dort anwesende Person den genannten Behörden und Rechtsträgern die erforderlichen Auskünfte erteilt und Einsicht in die erforderlichen Unterlagen gewährt.

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 2 lit. c AuslBG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit Geldstrafe von 2.500 Euro bis 8.000 Euro zu bestrafen, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in diese Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet (§ 28 c), wer seinen Verpflichtungen gemäß § 26 Abs. 1 nicht nachkommt.

Gemäß § 111 Abs. 1 ASVG handelt ordnungswidrig, wer als Dienstgeber oder sonst 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
1. die Anmeldung zur Sozialversicherung oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet oder
2. Meldeabschriften nicht oder nicht rechtzeitig weitergibt oder
3. Auskünfte nicht oder falsch erteilt …..

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.

5.2. Im Grunde des erwiesenen Sachverhaltes war der afghanische Staatsangehörige zum Kontrollzeitpunkt in der Küche des Lokales anwesend und hat Handgriffe in der Küche getätigt, nämlich eine verschmutzte Pfanne in Händen gehalten und in die Abwasch abgestellt. Es wurde auch vom Beschwerdeführer

nicht bestritten, dass der afghanische Asylwerber sich den Betrieb ansehen sollte und beabsichtigt war, bei dessen Einverständnis dann ihn als Lehrling aufzunehmen. Es war auch erwiesen, dass kein Personal im Lokal und auch nicht die Frau K den Namen des Asylwerbers kannte und daher auch nicht über die Identität des Asylwerbers auf Verlangen der Kontrollorgane Auskunft geben konnte. Der Beschwerdeführer war unbestritten zum Kontrollzeitpunkt nicht im Lokal. Er hat auch nicht dafür Sorge getragen, dass in seiner Abwesenheit jemand anderer im Lokal Auskunft geben könnte. Es gab der Beschwerdeführer auch zu, dass der Asylwerber am Vortag mit ihm gesprochen hat und Ausweise nicht verlangt wurden. Die Papiere sollten erst beigebracht und angeschaut werden, wenn der Asylwerber einem Lehrverhältnis zugestimmt hätte. Auch gab weder der Beschwerdeführer noch der Asylwerber an, dass eine Entgeltsvereinbarung getroffen wurde. Es wurde auch nicht ausdrücklich eine Unentgeltlichkeit vereinbart. Es ist daher von einer Beschäftigung auszugehen.

Unentgeltlichkeit der Verwendung ist nicht schon bei Fehlen einer Entgeltsvereinbarung 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).

Eine solche sachliche Rechtfertigung konnte jedoch nicht angegeben werden. Vielmehr war es vorliegend erwiesen, dass im Lokal Kellner, Koch und auch Lehrlinge gesucht wurden und es vom Beschwerdeführer als nicht verboten erachtet wurde, wenn der Asylwerber zugreift.

Dagegen ist aber die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes anzuführen. 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 der Asylwerber in der Küche mit einer verschmutzten Pfanne in der Hand angetroffen, welche er in der Folge in der Abwasch abstellte. Aufgrund des äußeren Anscheins ist daher von einem Beschäftigungsverhältnis auszugehen (§ 28 Abs. 7 AuslBG). Vom Beschwerdeführer sowie auch von der Zeugin K wurde dargestellt, dass erst dann mit dem AMS hinsichtlich der erforderlichen Arbeitspapiere Kontakt aufgenommen wird, wenn feststeht, dass die vorstellige Person auch die Tätigkeit ausführen will und Lehrling im Betrieb werden will. 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 Beschwerdeführer die angelasteten Verwaltungsübertretungen in objektiver

Hinsicht vorzuwerfen, zumal im gegenständlichen Fall von einem Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 2 Abs. 2 AuslBG bzw. § 4 Abs. 2 ASVG auszugehen ist. Es ist daher auch die Verpflichtung gemäß § 26 Abs. 1 AuslBG gegeben, für den Fall der Abwesenheit zu sorgen, dass eine anwesende Person Auskünfte erteilen kann. Diese Verpflichtung wurde vom Beschwerdeführer nicht erfüllt, da kein Personal und auch nicht Frau K in Abwesenheit des Beschwerdeführers über den Asylwerber Auskunft geben konnte. Dies wurde auch von Frau K bekräftigt, da sie gegenüber den Kontrollorganen angab, keine Auskunft geben zu können. Es war daher auch die diesbezügliche Verwaltungsübertretung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz gegeben.

Als handelsrechtlicher Geschäftsführer der D V Gastro Vertriebs GmbH hat daher der Beschwerdeführer die Verwaltungsübertretungen gemäß § 9 Abs. 1 VStG strafrechtlich zu verantworten.

5.3. 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, 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 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 aus.

Sowohl vom Beschwerdeführer als auch von der Zeugin K wurde in der mündlichen Verhandlung bestätigt, dass, wenn der Asylwerber sich den Betrieb angesehen hat erst die Papiere verlangt werden und dann bei der Wirtschaftskammer um einen Lehrlingsvertrag angesucht wird bzw. mit dem AMS hinsichtlich arbeitsmarktrechtlicher Papiere Kontakt aufgenommen worden wäre. Es ist dem Beschwerdeführer bewusst, dass eine Beschäftigung von Asylwerbern ohne entsprechende Papiere und ohne Anmeldung zur Sozialversicherung nicht gesetzeskonform ist. Schließlich weiß er bereits aus dem Betrieb seines Vaters Bescheid, in dem ebenfalls schon ausländische Staatsbürger gearbeitet haben und wurde auch zum nunmehrigen Zeitpunkt ein Lehrling beschäftigt. Entgegen diesem Wissen war aber trotzdem mit dem Asylwerber vereinbart, dass er am nächsten

Tag in den Betrieb kommt und dass er, wenn es ihm gefällt, im Lokal beschäftigt wird. Dass der Beschwerdeführer keine Vorkehrungen getroffen hat, dass der Name des Asylwerbers einer anwesenden Person im Lokal bekannt ist und dass der Asylwerber nur zuschauen darf und nichts arbeiten darf, ist dem Beschwerdeführer als Verschulden anzulasten. Er hat im Verfahren keine Maßnahmen geltend gemacht, die unter vorhersehbaren Umständen die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften, konkret des AuslBG und des ASVG gewährleisten sollen. Dass der Beschwerdeführer von Tätigkeiten nichts gewusst hat, hindert die Strafbarkeit, nämlich fahrlässiges Verhalten nicht. Es ist daher von fahrlässiger Tatbegehung auszugehen.

5.4. 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.
Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind 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 StGB 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 des Bescheides soweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

Hinsichtlich der festgesetzten Strafen ist auszuführen, dass von der belangten Behörde sowohl für die Übertretungen nach dem AuslBG als auch dem ASVG die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe verhängt wurde. Sie hat ein monatliches Nettoeinkommen von 1.750 Euro und Sorgepflichten für zwei Kinder und die Gattin sowie Schulden von 10.000 Euro bei der Strafbemessung berücksichtigt. Weiters ist sie von dem Milderungsgrund der Unbescholtenheit ausgegangen. Dem wurden seitens des Beschwerdeführers keine zu berücksichtigenden Umstände entgegengehalten. Die eingewendete Unbescholtenheit liegt nicht vor, da bereits beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eine rechtskräftige Vorstrafe nach dem AuslBG und ASVG hinsichtlich des Beschwerdeführers vorliegt. Es kommt daher dem Beschwerdeführer dieser Milderungsgrund nicht zu Gute. Es kann daher nicht gefunden werden, dass die belangte Behörde bei dem ihr bei der Strafbemessung zukommenden Ermessen in gesetzwidriger Weise vorgegangen

wäre. Im Hinblick auf vorhandene Vorstrafen wäre sogar vom Wiederholungsfall auszugehen, der eine höhere Strafe rechtfertigen würde.

Eine weitere Herabsetzung der verhängten Geldstrafen war im Sinne einer außerordentlichen Milderung nach § 20 VStG jedoch nicht möglich, zumal keine Milderungsgründe vorliegen. Selbst die Unbescholtenheit als einziger Milderungsgrund stellt kein erhebliches Überwiegen dar und fehlen die Voraussetzungen für eine außerordentliche Milderung.
Weiters liegen auch die Voraussetzungen für das Absehen von einer Strafe bzw. für eine Ermahnung nicht vor, zumal kein geringfügiges Verschulden vorliegt. Geringfügigkeit ist nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nur dann anzunehmen, wenn das Verhalten des Beschwerdeführers weit hinter dem in der Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt der Tat zurückbleibt. Dies ist gegenständlich nicht der Fall.

Es waren daher sowohl die Geld- als auch Ersatzfreiheitsstrafen zu bestätigen.

6. Die Entscheidung über die Verfahrenskosten gründet sich auf § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG, wonach der Beschwerdeführer einen Kostenbeitrag von 20 % der verhängten Strafen zu leisten hat, wenn ein Straferkenntnis bestätigt wird.

7. Die Spruchberichtigungen betreffen einerseits die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit und andererseits eine nähere Klarstellung hinsichtlich des Spruchpunktes 1. Eine Änderung des Sachverhaltes ist damit nicht gegeben.

8. 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. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch 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 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

Dr. Klempt