

TE Lvwg Erkenntnis 2019/11/12 VGW-041/078/14215/2018, VGW-041/078/14216/2018

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.11.2019

Entscheidungsdatum

12.11.2019

Index

66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz

60/04 Arbeitsrecht allgemein

62 Arbeitsmarktverwaltung

Norm

ASVG §4 Abs1 Z1

ASVG §4 Abs2

ASVG §33 Abs1

ASVG §33 Abs2

AuslBG §3 Abs1

AuslBG §3 Abs5

AuslBG §28 Abs1 Z1 lita

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Marcus Osterauer über die Beschwerden des Herrn A. B. gegen 1. das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien vom 2. Oktober 2018, Zahl: MBA ...1, wegen Übertretung des ASVG und 2. das Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien vom 2. Oktober 2018, GZ MBA ...2, wegen Übertretung des AuslBG,

zu Recht e r k a n n t:

I.1. Der Beschwerde gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien vom 2. Oktober 2018, GZ MBA ...1 (wegen Übertretung des ASVG), wird hinsichtlich des allein bekämpften Spruchpunktes 1. (Nichtanmeldung von C. D. zur Sozialversicherung) stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis in seinem Spruchpunkt 1. behoben und das Strafverfahren zu Spruchpunkt 1. gemäß § 45 Abs. 1 Z Z 2 erster Fall VStG eingestellt. Dementsprechend verringert sich der vom Beschwerdeführer gemäß § 64 VStG (unter Berücksichtigung auch der zu Spruchpunkt 2. des

Straferkenntnisses verhängten Geldstrafe von 2.180,00 Euro) zu leistende Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vor der belangten Behörde von 436,00 Euro auf 218,00 Euro (das sind 10 % der zu Spruchpunkt 2 verhängten Geldstrafe)

I.2. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren zur GZ VGW-041/078/14215/2018 (betreffend das Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien vom 2. Oktober 2018, GZ MBA ...1) keinen Beitrag zu den Kosten des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens zu leisten.

II.1. Der Beschwerde gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien vom 2. Oktober 2018, GZ MBA ...2 (wegen Übertretung des AuslBG), wird hinsichtlich des allein bekämpften Spruchpunktes 1. (Beschäftigung von C. D.) insofern stattgegeben, als die über den Beschwerdeführer zu Spruchpunkt 1. verhängte Geldstrafe von 2.400,00 Euro auf 2.000,00 Euro und die über den Beschwerdeführer für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe verhängte Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen und 6 Stunden auf 1 Tag, 9 Stunden und 36 Minuten herabgesetzt werden. Weiters wird der vom Beschwerdeführer gemäß § 64 VStG (unter Berücksichtigung auch der zu Spruchpunkt 2. des Straferkenntnisses verhängten Geldstrafe von 2.400,00 Euro) zu leistende Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vor der belangten Behörde von 480,00 Euro auf 440,00 Euro (das sind 10 % der verhängten Geldstrafen) herabgesetzt. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass die verletzte Verwaltungsvorschrift statt „§ 3 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975 in der geltenden Fassung“ vollständig „§ 28 Abs. 1 Z 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) BGBl. Nr. 218/1975 in der Fassung BGBl. I Nr. 66/2017“ lautet.

II.2. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren zur GZ VGW-041/078/14216/2018 (betreffend das Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien vom 2. Oktober 2018, Zl. MBA ...2) keinen Beitrag zu den Kosten des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

1.1. Bekämpfte Straferkenntnisse:

Das gegen den Beschwerdeführer als Beschuldigten gerichtete Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien (in Folge: belangte Behörde) vom 2. Oktober 2018, MBA ...1, enthält nachstehenden Spruch:

„Sie haben als Inhaber des Einzelunternehmens China Restaurant E. Inh. B. A. e. U. mit Sitz in Wien, F.-gasse, das ist der Ort, von dem aus die erforderlichen Meldungen zu erstatten gewesen wären, und als Dienstgeber am 16.05.2018 unterlassen, die von Ihnen am 16.05.2018 um 19:05 Uhr in Wien, F.-gasse, beschäftigten, nach dem ASVG in der Krankenversicherung pflichtversicherten Personen,

1. Frau C. D., geboren am ...1981,

2. Frau G. H., geboren am ...1971

vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden, wobei die Anmeldeverpflichtung so erfüllt hätte werden können, dass der Dienstgeber in zwei Schritten meldet, und zwar vor Arbeitsantritt die Dienstgeberkontonummern, Namen und Versicherungsnummern, bzw. die Geburtsdaten der beschäftigten Personen sowie Ort und Tag der Beschäftigungsaufnahme (Mindestangaben Anmeldung) und die noch fehlenden Angaben innerhalb von sieben Tagen ab Beginn der Pflichtversicherung (vollständige Anmeldung), weil die Dienstgeberkontonummern, die Namen und die Versicherungsnummern, bzw. die Geburtsdaten der oben angeführten Personen sowie Ort und Tag der Beschäftigungsaufnahme vor Arbeitsantritt nicht dem zuständigen Krankenversicherungsträger gemeldet worden waren.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

zu 1. und 2.

§ 33 Abs. 1 in Verbindung mit § 111 Abs. 1 Z. 1 Allgemeine Sozialversicherungsgesetz (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955 in der geltenden Fassung

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen werden über Sie folgende Strafen verhängt:

2 Geldstrafen von je € 2.180,00, falls diese uneinbringlich sind,

2 Ersatzfreiheitsstrafen von je 6 Tagen

Summe der Geldstrafen: € 4.360,00

Summe der Ersatzfreiheitsstrafen: 1 Woche, 5 Tage

zu 1. und 2.

gemäß § 111 Abs. 2 zweiter Strafsatz Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955 in der geltenden Fassung

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

€ 436,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d.s. 10% der Strafe

(mindestens jedoch € 10,00 je Übertretung)

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher € 4.796,00.

Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen.“

In der Begründung dieses Straferkenntnisses führte die belangte Behörde insbesondere Folgendes aus:

“[...]

Die Ihnen zur Last gelegten und im Spruch näher ausgeführten Verwaltungsübertretungen gelangten der erkennenden Behörde durch eine Anzeige der Finanzpolizei Team ... zur Kenntnis.

In Ihrer Rechtfertigung haben Sie Folgendes vorgebracht:

„Hinsichtlich Frau G. H. kann ich nur mitteilen, dass sie bei uns gearbeitet hat, ich aber der Ansicht war, dass sie als Flüchtling in Österreich arbeiten darf und daher keine Beschäftigungsbewilligung braucht. Sie war zum Zeitpunkt der Kontrolle im Lokal zur Probe beschäftigt und wurde daher nicht bei der WGKK angemeldet.

Hinsichtlich Frau C. D. teile ich mit, dass diese Schülerin vom 12.05.2018 bis 28.08.2018 als Praktikantin bei mir im Lokal gearbeitet hat. Die Lernvereinbarung war zum Zeitpunkt der Kontrolle bei meinem Steuerberater, daher konnte ich diese nicht vorlegen und lege diese Lernvereinbarung somit nunmehr vor. Ich ersuche um Einstellung der Verfahren wegen Übertretung des ASVG und wegen Übertretung des AuslBG hinsichtlich der Beschäftigung von Frau C. D., da diese als Praktikantin weder bei der WGKK angemeldet werden muss noch eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich ist.“

Hiezu wird Folgendes erhoben:

In der Anzeige der Finanzpolizei wurde im Wesentlichen vorgebracht:

„Im Zuge einer Schwerpunktaktion des Landeskriminalamt unter Mitwirkung der Finanzpolizei, wurde am 16.05.2018 und 19:05 Uhr, das China Restaurant E. in Wien, F.-gasse eine Kontrolle nach den Bestimmungen des FRG und § 12 AVOG (AuslBG, ASVG) unterzogen. ...

Im Lokal und im Gastgarten befanden sich um 19:05 Uhr ca. 10 Gäste, welche Speisen und Getränke konsumierten. Gegen Ende der Kontrolle waren keine Gäste mehr im Lokal und im Garten.

Es wurden zunächst 5 Personen arbeitend angetroffen, die Chefin Frau I. J. ... kam ca. 19:20 Uhr ins Restaurant. Frau I. J. wurde aufgefordert Unterlagen von den Mitarbeitern bereitzustellen bzw. vorzulegen. ... Die Mitwirkungspflicht wurde von Fr. I. J. sowie Herr A. B. in keinerlei Hinsicht erfüllt.

Angetroffen wurde unter anderem Frau C. D. SV Nr. ..., Staatsangehörigkeit Mongolei, Kellnerin, welche lediglich einen Aufenthaltstitel als Schüler (gültig bis 08.07 2017) besitzt, wurde beim Servieren von Getränken und Abservieren von verschmutzten leeren Tellern arbeitend angetroffen. Sie war mit einem schwarzen Poloshirt und schwarzen Hose bekleidet. Sie ist nicht im Besitz einer arbeitsmarktbehördlichen Genehmigung und war von der Firma E. Inh. B. A. e.U. nicht zur Sozialversicherung angemeldet. ...

Arbeitend am Herd angetroffen wurde auch Frau G.H. SV Nr. ..., Staatsangehörigkeit: China, als Köchin in der Küche am Herd, sie war mit einem weißen Poloshirt, schwarzer Hose und Arbeitsschürze bekleidet. ...

Sie ist nicht im Besitz einer arbeitsmarktbehördlichen Genehmigung und war von der Firma E. Inh. B. A. e.U. nicht zur Sozialversicherung angemeldet. ...

Aufgrund des Erhebungsergebnisses besteht der begründete Verdacht des Verstoßes gegen die Bestimmungen des ASVG und es wird die Durchführung eines entsprechenden Verwaltungsverfahrens beantragt.“

Aufgrund Ihrer Rechtfertigung hat die Finanzpolizei im Wesentlichen angegeben:

„Der Beschuldigte stellt die Beschäftigung der mongolischen Staatsbürgerin C.D. geb. 1981, nicht in Abrede. Er gibt vielmehr an, eine Lernvereinbarung bzw. Praxiseinstellung würde eine arbeitsmarktrechtliche Genehmigung gem. AuslBG ersetzen.

Anzumerken ist hierzu, dass das Verlangen der Kontrollorgane nach Vorlage von entsprechenden Unterlagen von der Gattin des Beschuldigten mit den Worten: “ Gehen sie morgen zum Buchhalter, dort können sie alles anschauen“ beantwortet wurde. Da die als Praktikantin dargestellte Frau C. D. als angelernte „Servierkraft“ eingesetzt wurde und diese Tätigkeit trotz „Lernvereinbarung“ den Bestimmungen des ASVG unterliegt, besteht nach wie vor der Verdacht der Beschäftigung im Widerspruch zu den verfahrensrechtlichen Bestimmungen. Hierzu ist anzumerken, dass es sich bei der Tätigkeit gemäß dem „Lernvertrag“ nicht um ein Volontariat handelt, sondern damit ein entgeltliches Beschäftigungsverhältnis eingegangen wurde.

Folgend die geltenden Sonderregelungen im Hotel- und Gastgewerbe (gekürzter Auszug aus einer Mitteilung der Sozialversicherung):

- ? Durch ein Ferialpraktikum im Hotel- und Gastgewerbe wird ausschließlich ein Dienstverhältnis begründet.
- ? Bei einem Pflichtpraktikum im Hotel- und Gastgewerbe ist ein Volontariat ausgeschlossen.
- ? Es ist der entsprechende Kollektivvertrag anzuwenden; Ferialpraktikanten haben zumindest Anspruch auf ein Entgelt in der Höhe der jeweils geltenden kollektivvertraglichen Bestimmungen.
- ? Diese Ferialpraktikanten sind in der Beitragsgruppe A1 oder D1 abzurechnen.
- ? Es muss sich nachweislich um Schüler/Studenten einer bestimmten Fachrichtung handeln, die im Betrieb entsprechend dieser Fachrichtung eingesetzt werden.
- ? Die praktische Tätigkeit im Betrieb muss dem Lern- und Ausbildungszweck des betreffenden Schultyps bzw. der Studienordnung entsprechen.
- ? Die Dauer des Ferialpraktikums richtet sich dabei nach den einschlägigen Ausbildungsvorschriften. Die Nachweise über die Ausbildungserfordernisse hat der Dienstgeber aufzubewahren.

Auch bezüglich der chinesischen Staatsbürgerin Frau H. G. stellt der Beschuldigte die Beschäftigung nicht in Abrede, gibt jedoch an, die v.g. hätte einen Probetag absolviert. Hierzu wird auf die Bestimmungen des ASVG verwiesen, wonach die Anmeldung vor Arbeitsbeginn zu erfolgen hat. Es ist auch in diesem Fall der Verdacht der Beschäftigung im Widerspruch zu den verfahrensgegenständlichen Bestimmungen gegeben.

Die von Herr B. A. in der Rechtfertigung vorgebrachten Umstände werden h.a. als Schutzbehauptungen angesehen.

Einer Einstellung des Verfahrens hinsichtlich der Beschäftigung der mongolischen Staatsbürgerin C.D. wird aus den vorerwähnten Gründen h.a. nicht beigetreten. Der Strafantrag wird daher voll inhaltlich aufrechterhalten. Der Erlassung eines diesbezüglichen Straferkenntnisses wird entgegengesehen.“

In einer abschließenden Stellungnahme führten Sie im Wesentlichen aus:

„... Punkt 2.) Wie schon in der ersten Stellungnahme gebe ich nun nochmal bekannt, dass der Praxiseinstellungsvertrag für Frau C. D. zur Zeit der Kontrolle nicht im Lokal war, und erst von der Buchhaltung geholt, kopiert und nachgereicht werden musste.

Eine Kopie des Praxiseinstellungsvertrages sowie die Schulbestätigung schicke ich ihnen gesondert von meinen I Phone.

Punkt 3.) Wie kann ein Mitarbeiter als angelehnte Servierkraft erkannt werden, so mal Frau C.D. zu diesem Zeitpunkt nur ganz gebrochen Deutsch sprach? Auch ist Frau C. 5 Tage in der Woche in der Schule wie kann sie da angelernte Servierkraft sein? Wie man zu dieser Feststellung kommt?

Letztendlich wird ein eindeutig beweisbarer und auch zum Zeitpunkt erklärter objektiver Umstand, dass Frau C. eine Praxisanstellung hat, nun zu einer Schutzbehauptung?

Lege die mir dienlichen Beweismittel in einem gesonderten Mail bei.

Punkt 4.) Die Tatsache, dass Frau C. zur Zeit der Kontrolle keine gültige Aufenthaltsbewilligung hatte habe ich übersehen, da ich dachte das dies selbstverständlich sei wenn sie in Wien in die Schule geht. ...“

Eine weitere Stellungnahme haben Sie nicht eingebracht und auch keine weitere E-Mail übermittelt.

Hinsichtlich Frau C. D. haben Sie zugegeben, dass sie bei Ihnen gearbeitet hat, und vorgebracht, sie habe als Praktikantin bei Ihnen gearbeitet und müsste daher nicht bei der WGKK angemeldet werden.

Wie die Finanzpolizei schlüssig und nachvollziehbar ausgeführt hat, handelt es sich bei dem „Lernvertrag“ nicht um ein Volontariat, sondern damit ein entgeltliches Beschäftigungsverhältnis. Hingewiesen wurde auf die geltenden Sonderregelungen im Hotel- und Gastgewerbe (gekürzter Auszug aus einer Mitteilung der Sozialversicherung), wonach durch ein Feriapraktikum im Hotel- und Gastgewerbe ausschließlich ein Dienstverhältnis begründet wird und bei einem Pflichtpraktikum im Hotel- und Gastgewerbe ein Volontariat ausgeschlossen ist.

Somit ist erwiesen, dass Frau C. D. bei Ihnen gearbeitet hat und nicht vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger angemeldet worden war.

Hinsichtlich Frau G. H. haben Sie zugegeben, dass sie bei Ihnen gearbeitet hat, Sie aber der Ansicht waren, dass Sie Frau H., da sie zur Probe gearbeitet hat, nicht bei der WGKK anmelden müssen.

Da jedoch auch eine Arbeit auf Probe eine Arbeit ist, hätten Sie die Verpflichtung gehabt, Frau H. vor Arbeitsbeginn bei der WGKK anzumelden.

Es steht somit eindeutig und zweifelsfrei fest, dass Frau G.H. bei Ihnen gearbeitet hat und nicht vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger angemeldet worden war.

Bei den vorliegenden Verwaltungsübertretungen handelt es sich um so genannte Ungehorsamsdelikte im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG. Gemäß dieser Bestimmung 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.

Ein derartiges Vorbringen, das geeignet gewesen wäre, Ihr mangelndes Verschulden glaubhaft zu machen, haben Sie aber nicht erstattet. Demnach sind auch die subjektiven Voraussetzungen für die Strafbarkeit zweifelsfrei erwiesen.

Zur Bemessung der Strafhöhe:

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG ist die Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 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. Unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 StGB sinngemäß anzuwenden. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfälligen Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Der objektive Unrechtsgehalt der Taten und das Verschulden sind im vorliegenden Fall durchschnittlich.

Milderungsgründe sind nicht hervorgekommen. Aufgrund der einschlägigen Vorstrafe war die gesetzliche Mindeststrafe pro Übertretung von € 2.180,00 zu verhängen.

Ihre Vermögens- und Einkommensverhältnisse und allfälligen Sorgepflichten haben Sie der Behörde bekannt gegeben und wurden diese berücksichtigt.

Unter Berücksichtigung aller Strafzumessungsgründe ist die verhängte Strafe nicht zu hoch bemessen.

Der Kostenausspruch stützt sich auf die im Spruch angeführten zwingenden Bestimmungen des Gesetzes.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.“

1.2. Das gegen den Beschwerdeführer als Beschuldigten gerichtete Straferkenntnis der belangten Behörde vom 2. Oktober 2018, MBA ...2, enthält nachstehenden Spruch:

„Sie haben als Inhaber des Einzelunternehmens China Restaurant E. Inh. B. A. e.U. mit Sitz in Wien, F.-gasse, und als Arbeitgeber entgegen § 3 Ausländerbeschäftigungsgesetz zumindest am 16.05.2018 in Wien, F.-gasse, die Ausländerinnen

1. Frau C. D., geboren am ...1981,

Staatsbürgerschaft: Mongolei,

2. Frau G. H., geboren am ...1971,

Staatsbürgerschaft: China

beschäftigt, obwohl für diese Ausländerinnen weder Beschäftigungsbewilligungen noch Entsendebewilligungen erteilt oder Anzeigebestätigungen ausgestellt wurden oder diese keine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot - Karte“, „Blaue Karte EU, Aufenthaltsbewilligung als unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer („ICT“), Aufenthaltsbewilligung als mobiler unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer („mobile ICT“), Aufenthaltsbewilligung „Familiengemeinschaft“ mit Zugang zum Arbeitsmarkt (§ 20f Abs. 4) oder „Niederlassungsbewilligung – Künstler“ oder eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, eine „Aufenthaltsberechtigung plus“, einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt – EU“ besaßen.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:

§ 3 Ausländerbeschäftigungsgesetz, AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 in der geltenden Fassung

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen werden über Sie folgende Strafen verhängt:

2 Geldstrafen von je € 2.400,00, falls diese uneinbringlich sind,

2 Ersatzfreiheitsstrafen von je 2 Tagen und 6 Stunden

Summe der Geldstrafen: € 4.800,00

Summe der Ersatzfreiheitsstrafen: 4 Tage und 12 Stunden

gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a zweiter Strafsatz Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG),BGBl. Nr. 218/1975 in der geltenden Fassung.

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

€ 480,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d.s. 10% der Strafe

(mindestens jedoch € 10,00 je Übertretung).

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher € 5.280,00.

Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen.“

In der Begründung des Straferkenntnisses führte die belangte Behörde Nachstehendes aus:

“[...]

Die Ihnen zur Last gelegten und im Spruch näher ausgeführten Verwaltungsübertretungen gelangten der erkennenden Behörde durch eine Anzeige der Finanzpolizei Team ... zur Kenntnis.

In Ihrer Rechtfertigung haben Sie Folgendes vorgebracht:

„Hinsichtlich Frau G. H. kann ich nur mitteilen, dass sie bei uns gearbeitet hat, ich aber der Ansicht war, dass sie als Flüchtling in Österreich arbeiten darf und daher keine Beschäftigungsbewilligung braucht. Sie war zum Zeitpunkt der Kontrolle im Lokal zur Probe beschäftigt und wurde daher nicht bei der WGKK angemeldet.

Hinsichtlich Frau C. D. teile ich mit, dass diese Schülerin vom 12.05.2018 bis 28.08.2018 als Praktikantin bei mir im Lokal gearbeitet hat. Die Lernvereinbarung war zum Zeitpunkt der Kontrolle bei meinem Steuerberater, daher konnte ich diese nicht vorlegen und lege diese Lernvereinbarung somit nunmehr vor. Ich ersuche um Einstellung der Verfahren

wegen Übertretung des ASVG und wegen Übertretung des AuslBG hinsichtlich der Beschäftigung von Frau C. D., da diese als Praktikantin weder bei der WGKK angemeldet werden muss noch eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich ist.“

Hiezu wird Folgendes erhoben:

In der Anzeige der Finanzpolizei wurde im Wesentlichen vorgebracht:

„Im Zuge einer Schwerpunktaktion des Landeskriminalamt unter Mitwirkung der Finanzpolizei, wurde am 16.05.2018 und 19:05 Uhr, das China Restaurant E. in Wien, F.-gasse eine Kontrolle nach den Bestimmungen des FRG und § 12 AVOG (AuslBG, ASVG) unterzogen. ...

Im Lokal und im Gastgarten befanden sich um 19:05 Uhr ca. 10 Gäste, welche Speisen und Getränke konsumierten. Gegen Ende der Kontrolle waren keine Gäste mehr im Lokal und im Garten.

Es wurden zunächst 5 Personen arbeitend angetroffen, die Chefin Frau I. J. ... kam ca. 19:20 Uhr ins Restaurant. Frau I. J. wurde aufgefordert Unterlagen von den Mitarbeitern bereitzustellen bzw. vorzulegen. ... Die Mitwirkungspflicht wurde von Fr. I. J. sowie Herr A. B. in keinerlei Hinsicht erfüllt.

Angetroffen wurde unter anderem Frau C. D. SV Nr. ..., Staatsangehörigkeit Mongolei, Kellnerin, welche lediglich einen Aufenthaltstitel als Schüler (gültig bis 08.07 2017) besitzt, wurde beim Servieren von Getränken und Abservieren von verschmutzten leeren Tellern arbeitend angetroffen. Sie war mit einem schwarzen Poloshirt und schwarzen Hose bekleidet. Sie ist nicht im Besitz einer arbeitsmarktbehördlichen Genehmigung und war von der Firma E. Inh. B. A. e.U. nicht zur Sozialversicherung angemeldet. ...

Arbeitend am Herd angetroffen wurde auch Frau G.H. SV Nr. ..., Staatsangehörigkeit: China, als Köchin in der Küche am Herd, sie war mit einem weißen Poloshirt, schwarzer Hose und Arbeitsschürze bekleidet. ...

Sie ist nicht im Besitz einer arbeitsmarktbehördlichen Genehmigung und war von der Firma E. Inh. B. A. e.U. nicht zur Sozialversicherung angemeldet. ...

Aufgrund des Erhebungsergebnisses besteht der begründete Verdacht des Verstoßes gegen die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes und es wird die Durchführung eines entsprechenden Verwaltungsverfahrens beantragt.“

Aufgrund Ihrer Rechtfertigung hat die Finanzpolizei im Wesentlichen angegeben:

„Der Beschuldigte stellt die Beschäftigung der mongolischen Staatsbürgerin C.D. geb. 1981, nicht in Abrede. Er gibt vielmehr an, eine Lernvereinbarung bzw. Praxiseinstellung würde eine arbeitsmarktrechtliche Genehmigung gem. AuslBG ersetzen.

Anzumerken ist hierzu, dass das Verlangen der Kontrollorgane nach Vorlage von entsprechenden Unterlagen von der Gattin des Beschuldigten mit den Worten: “ Gehen sie morgen zum Buchhalter, dort können sie alles anschauen“ beantwortet wurde. Da die als Praktikantin dargestellte Frau C. D. als angelernte „Servierkraft“ eingesetzt wurde und diese Tätigkeit trotz „Lernvereinbarung“ den Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes unterliegt, erscheint ex lege das Tatbild nach § 3 erfüllt. Hierzu ist anzumerken, dass es sich bei der Tätigkeit gemäß dem „Lernvertrag“ nicht um ein Volontariat handelt, sondern damit ein entgeltliches Beschäftigungsverhältnis eingegangen wurde.

Auch wurde der Aufenthaltstitel der vorgenannten vom Beschuldigten offensichtlich nicht abverlangt, da auf diesem der Vermerk „Arbeitsmarktzugang nur mit arbeitsmarktbehördlichen Dokumenten“ angebracht ist, überdies war die Gültigkeit dieses Aufenthaltstitels bereits abgelaufen. Zudem hätte der Arbeitgeber im Falle eines Volontariates nach Maßgabe der geltenden Bestimmungen die zuständige Geschäftsstelle des AMS zu informieren und die Beschäftigung der zuständigen Abgabenbehörde spätestens 2 Wochen vor Arbeitsbeginn anzuzeigen gehabt.

Auch bezüglich der chinesischen Staatsbürgerin Frau H. G., welche sich als Asylwerberin im Bundesgebiet aufhält, stellt der Beschuldigte die Beschäftigung nicht in Abrede, gibt jedoch an, angenommen zu haben, dass Asylwerber im Bundesgebiet ohne arbeitsmarktbehördliche Genehmigung unselbstständig tätig werden dürfen. Es ist auch in diesem Fall das Tatbild der unerlaubten Beschäftigung erfüllt. ...

Die von Herr B. A. in der Rechtfertigung vorgebrachte Umstände werden h.a. als Schutzbehauptungen angesehen.

Einer Einstellung des Verfahrens hinsichtlich der Beschäftigung der mongolischen Staatsbürgerin C.D. wird aus den vorerwähnten Gründen h.a. nicht beigetreten. Der Strafantrag wird daher vollinhaltlich aufrechterhalten. Der Erlassung eines diesbezüglichen Straferkenntnisses wird entgegengesehen.“

In einer abschließenden Stellungnahme führten Sie im Wesentlichen aus:

„... Punkt 2.) Wie schon in der ersten Stellungnahme gebe ich nun nochmal bekannt, dass der Praxiseinstellungsvertrag für Frau C. D. zur Zeit der Kontrolle nicht im Lokal war, und erst von der Buchhaltung geholt, kopiert und nachgereicht werden musste.

Eine Kopie des Praxiseinstellungsvertrages sowie die Schulbestätigung schicke ich ihnen gesondert von meinen I Phone.

Punkt 3.) Wie kann ein Mitarbeiter als angelehnte Servierkraft erkannt werden, so mal Frau C.D. zu diesem Zeitpunkt nur ganz gebrochen Deutsch sprach? Auch ist Frau C. 5 Tage in der Woche in der Schule wie kann sie da angelehnte Servierkraft sein? Wie man zu dieser Feststellung kommt?

Letztendlich wird ein eindeutig beweisbarer und auch zum Zeitpunkt erklärter objektiver Umstand, dass Frau C. eine Praxisanstellung hat, nun zu einer Schutzbehauptung?

Lege die mir dienlichen Beweismittel in einem gesonderten Mail bei.

Punkt 4.) Die Tatsache, dass Frau C. zur Zeit der Kontrolle keine gültige Aufenthaltsbewilligung hatte habe ich übersehen, da ich dachte das dies selbstverständlich sei wenn sie in Wien in die Schule geht. ...“

Eine weitere Stellungnahme haben Sie nicht eingebracht und auch keine weitere E-Mail übermittelt.

Hinsichtlich Frau C. D. haben Sie zugegeben, dass sie bei Ihnen gearbeitet hat, und vorgebracht, sie habe als Praktikantin bei Ihnen gearbeitet und wäre eine Beschäftigungsbewilligung nicht erforderlich.

Wie die Finanzpolizei schlüssig und nachvollziehbar ausgeführt hat, wurde sie als angelehnte „Servierkraft“ eingesetzt und unterliegt diese Tätigkeit trotz „Lernvereinbarung“ den Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes. Bei dem „Lernvertrag“ handelt es sich nicht um ein Volontariat, sondern um ein entgeltliches Beschäftigungsverhältnis.

Somit ist erwiesen, dass Frau C. D. bei Ihnen gearbeitet hat, obwohl für diese Ausländerin eine Beschäftigungsbewilligung nicht erteilt worden war.

Hinsichtlich Frau G. H. haben Sie zugegeben, dass sie bei Ihnen gearbeitet hat, Sie aber der Ansicht waren, dass Sie Frau H. als Flüchtling in Österreich arbeiten darf und daher keine Beschäftigungsbewilligung brauche.

Da jedoch auch Asylwerber im Bundesgebiet nicht ohne arbeitsmarktbehördliche Genehmigung unselbstständig tätig werden dürfen, steht eindeutig und zweifelsfrei fest, dass Frau G. H. bei Ihnen gearbeitet hat, obwohl für diese Ausländerin eine Beschäftigungsbewilligung nicht erteilt worden war.

Bei den vorliegenden Verwaltungsübertretungen handelt es sich um so genannte Ungehorsamsdelikte im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG. Gemäß dieser Bestimmung 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.

Ein derartiges Vorbringen, das geeignet gewesen wäre, Ihr mangelndes Verschulden glaubhaft zu machen, haben Sie aber nicht erstattet. Demnach sind auch die subjektiven Voraussetzungen für die Strafbarkeit zweifelsfrei erwiesen.

Zur Bemessung der Strafhöhe:

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG ist die Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 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. Unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Verwaltungsstrafrechtes sind die

Bestimmungen der §§ 32 bis 35 StGB sinngemäß anzuwenden. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfälligen Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Der objektive Unrechtsgehalt der Taten und das Verschulden sind im vorliegenden Fall durchschnittlich.

Milderungsgründe sind nicht hervorgekommen. Aufgrund der einschlägigen Vorstrafe war die gesetzliche Mindeststrafe pro Übertretung von € 2.000,00 zu verhängen.

Ihre Vermögens- und Einkommensverhältnisse und allfälligen Sorgepflichten haben Sie der Behörde bekannt gegeben und wurden diese berücksichtigt.

Unter Berücksichtigung aller Strafzumessungsgründe ist die verhängte Strafe nicht zu hoch bemessen.

Der Kostenausspruch stützt sich auf die im Spruch angeführte zwingende Bestimmung des Gesetzes.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.“

2. Beschwerden und Beschwerdeverfahren:

2.1. Gegen beide Straferkenntnisse erhob der Beschwerdeführer hinsichtlich deren Spruchpunkte 1. (Bestrafungen im Zusammenhang mit der Beschäftigung von C. D.) fristgerecht Beschwerde an das Verwaltungsgericht Wien, in der er (auf das Wesentlichste zusammengefasst) geltend macht, dass C. D. nicht in einem entgeltlichen Dienstverhältnis sondern als Praktikantin beschäftigt worden sei.

2.2. Die belangte Behörde nahm von der Erlassung von Beschwerdeentscheidungen Abstand und legte die Beschwerde mit den Verwaltungsakten dem Verwaltungsgericht Wien vor, wo die Beschwerde gegen das Straferkenntnis vom 2. Oktober 2018, MBA ...1, (betreffend die Übertretung des ASVG) zu VGW-041/078/14215/2018 und die Beschwerde gegen das Straferkenntnis vom 2. Oktober 2018, MBA ...2, (betreffend die Übertretungen des AuslBG) zu VGW-041/078/14216/2018 protokolliert wurde.

2.3. Das Verwaltungsgericht Wien machte der Abgabenbehörde gemäß § 10 VwGVG Mitteilung von der Beschwerde. Die Abgabenbehörde erstattete in beiden Verfahren Stellungnahmen. Im Verfahren zur GZ VGW-041/078/14215/2018 führte die Abgabenbehörde aus, dass die Praktikumsanstellung übermittelt worden sei und bei einer telefonischen Rückfrage bei der WGKK mitgeteilt worden sei, dass Schüler im Rahmen ihres Praktikums bei der Schule versichert seien. Es bestehe daher gegen die Einstellung des Strafverfahrens betreffend die Beschäftigung von C. D. [ohne Anmeldung zur Sozialversicherung] kein Einwand. Im Verfahren zur GZ VGW-041/078/14216/18 führte die Abgabenbehörde aus, dass die Praktikumsanstellung übermittelt worden sei. C. D. sei zum Kontrollzeitpunkt nicht im Besitz einer arbeitsmarktbehördlichen Bewilligung gewesen. Der Aufenthaltstitel „Schüler oder Studierender“ sei mit 8. Juli 2017 abgelaufen. Bei einer telefonischen Rücksprache mit dem AMS sei mitgeteilt worden, dass Schüler auch im Rahmen ihres Praktikums vom Dienstgeber beim AMS angezeigt werden müssen. Es werde daher ersucht, das Straferkenntnis vollinhaltlich zu bestätigen.

2.4. Am 29. Juli 2019 fand vor dem Verwaltungsgericht Wien in beiden zur gemeinsamen Verhandlung verbundenen Beschwerdeverfahren eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, in der der Beschwerdeführer und die Zeugin C. D. einvernommen wurden.

3. Festgestellter Sachverhalt und Beweiswürdigung:

3.1. Folgender Sachverhalt wird festgestellt:

Der Beschwerdeführer betreibt in Form eines eingetragenen Einzelunternehmens am Standort in Wien, F.-gasse, das Chinarestaurant „E.“ (unstrittig).

Die mongolische Staatsangehörige C. D. besuchte im Jahr 2018 als Schülerin das „K.“ der Bundeshandelsakademie und Bundeshandelsschule Wien, bei dem es sich um ein Kolleg im Sinne des § 75 Abs. 1 lit. c Schulorganisationsgesetz handelt. Der Lehrplan sieht die Absolvierung eines Pflichtpraktikums im Ausmaß von 150 Stunden vor, wobei keine spezifische Tätigkeit oder Branche erforderlich ist (Aussage von C. D.; vorgelegte Lernvereinbarung; Lehrplan Anlage 4 der Verordnung des Bundesministers für Unterricht und Kunst über die Lehrpläne für die Handelsakademie und die Handelsschule; Bekanntmachung der Lehrpläne für den Religionsunterricht, BGBl. Nr. 895/1994 in der Fassung BGBl. II Nr. 152/2015). C. D. suchte daher eine Praktikumsstelle und suchte den Beschwerdeführer in seinem Restaurant auf

und fragte diesen, ob sie das Praktikum in seinem Betrieb absolvieren könne (Aussage des Beschwerdeführers und von C. D.). Der Beschwerdeführer war damit einverstanden und unterfertigte am 24. April 2018 eine „Lernvereinbarung“, die auch von der Schule unterfertigt wurde. In dieser Lernvereinbarung war eine Tätigkeit von C. D., ein „Anstellungszeitraum“ von 12. Mai 2018 bis 28. August 2018 (also 15 Wochen) sowie ein Beschäftigungsausmaß von 10 Wochenstunden vorgesehen (vorgelegte Lernvereinbarung; Aussagen des Beschwerdeführers und von C. D.). C. D. und der Beschwerdeführer vereinbarten ausdrücklich die Unentgeltlichkeit der Tätigkeit von C. D. im Betrieb des Beschwerdeführers (Aussage des Beschwerdeführers und von C. D.).

In weiterer Folge war C. D. als Servierkraft im Betrieb des Beschwerdeführers tätig. Sie hat Tische aufgedeckt und abgeräumt, Besteck gewickelt, die Gäste empfangen, Speisekarten ausgeteilt und Speisen aufgetragen. Es gab keine fixen Arbeitszeiten. Die Beschäftigungszeiten wurden von Fall zu Fall vereinbart und richteten sich insbesondere danach, wann C. D. Zeit hatte. Es kam auch vor, dass C. D. zu bereits vereinbarten Zeiten nach telefonischer Verständigung des Beschwerdeführers nicht gekommen ist, etwa, wenn sie für eine Prüfung lernen musste (Aussagen des Beschwerdeführers und von C. D.)

Der Beschwerdeführer meldete die Beschäftigung von C. D. nicht beim AMS an. Für die Beschäftigung von C. D. wurde dem Beschwerdeführer weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt noch besaß C. D. die für eine Beschäftigung in Österreich gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG erforderlichen arbeitsmarktrechtlichen Papiere und Dokumente (unstrittig). C. D. verfügte am 16. Mai 2018 über keinen gültigen Aufenthaltstitel, da die ihr zuletzt erteilte Aufenthaltsbewilligung „Schüler“ bereits am 8. Juli 2017 abgelaufen war (unstrittig).

Der Beschwerdeführer meldete C. D. nicht bei der WGKK zur Sozialversicherung an (unstrittig).

Sowohl der ab 1. Mai 2017 als auch der ab 1. Juli 2018 gültige Kollektivvertrag für ArbeiterInnen in Hotel- und Gastgewerbe sehen in Punkt 8 lit. f vor, dass Schülerinnen und Schüler jener mittleren und höheren Schulen, die auf Grund schulrechtlicher Vorschriften ein Betriebspraktikum ableisten müssen, als Ferialpraktikanten gelten und Anspruch auf ein Entgelt in der Höhe der jeweils geltenden Lehrlingsentschädigung für das mit dem Schuljahr korrespondierende Lehrjahr haben, wobei Praktika, die zwischen zwei Schuljahren geleistet werden, dem jeweils vorangegangenen Schuljahr zuzurechnen sind (Kollektivverträge)

Der Beschwerdeführer erzielt ein monatliches Einkommen von 1.500,00 Euro bis 1.600,00 netto monatlich, verfügt über kein Vermögen und ist für ein Kind sorgepflichtig (Angaben des Beschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung). Der Beschwerdeführer wies am 16. Mai 2017 jeweils eine rechtskräftige nicht getilgte verwaltungsstrafrechtliche Vorstrafe wegen eines Verstoßes gegen das ASVG und das AuslBG auf (Datenbankauszug).

3.2. Zur Beweiswürdigung:

Die Feststellungen gründen sich auf die jeweils in Klammer angeführten Beweismittel und sind im Übrigen unstrittig, wobei festzuhalten ist, dass sowohl der Beschwerdeführer als auch C. D. auf das Gericht einen glaubwürdigen Eindruck machten.

4. Rechtliche Beurteilung:

4.1. Zur Übertretung des ASVG (Straferkenntnis GZ MBA ...1):

4.1.1. Gemäß § 33 Abs. 1 ASVG haben Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach dem ASVG in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden. 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. Gemäß § 111 Abs. 1 Z 1 ASVG begeht eine Verwaltungsübertretung wer als Dienstgeber entgegen den Vorschriften des ASVG eine Meldung oder Anzeige nicht, falsch oder nicht rechtzeitig erstattet.

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

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

4.1.2. Im gegenständlichen Fall ist in rechtlicher Hinsicht entscheidend, ob C. D. vom Beschwerdeführer im Rahmen eines Arbeitsvertrages als Dienstnehmerin oder im Rahmen eines Ausbildungsvertrages als Pflichtpraktikantin beschäftigt wurde. Nach den von der Judikatur des Obersten Gerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes zur Abgrenzung eines Ausbildungsvertrages von einem Arbeitsvertrag bzw. eines Pflichtpraktikanten von einem echten Dienstnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gemäß § 4 Abs. 2 ASVG entwickelten Kriterien liegt jedoch im gegenständlichen Fall kein sozialversicherungspflichtiges Dienstverhältnis vor.

4.1.3. Für das Vorliegen eines Ausbildungsverhältnisses spricht zunächst, dass Unentgeltlichkeit der Tätigkeit von C. D. vereinbart war. Das Fehlen einer Lohnverpflichtung spricht jedoch charakteristisch für ein Ausbildungsverhältnis (OGH 13. März 2002, 9 ObA 288/01 w; OGH 11. Oktober 1995, 9 ObA 176/95; OLG Wien 19. September 2007, 7 Ra 108/07i). Dass der Kollektivvertrag für ArbeiterInnen im Hotel- und Gastgewerbe einen Entgeltanspruch für Pflichtpraktikanten vorsieht, hat nicht zwangsläufig zur Folge, dass der Pflichtpraktikant trotz einzelvertraglich vereinbarter Unentgeltlichkeit auf Grund des Kollektivvertrages einen Entgeltanspruch hat. Da ein Kollektivvertrag gemäß § 2 Abs. 2 Z 2 ArbVG nämlich nur die gegenseitigen aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer regeln kann, hat er hinsichtlich der Ansprüche von Personen, die keine Arbeitnehmer sind, keine normative Regelungsbefugnis. Es kann daher von vornherein nicht davon ausgegangen werden, dass ein Kollektivvertrag Entgeltansprüche vom „echten“ Praktikanten regelt, die nicht Dienstnehmer sind (VwGH 16. Juni 2004, 2000/08/0110; VwGH 4. Oktober 2001, 97/08/0078). Dass der daher nur für den Fall, dass ein Arbeitsverhältnis vorliegt, anzuwendende Kollektivvertrag für die ArbeiterInnen im Hotel- und Gastgewerbe eine Mindestentlohnung für Pflichtpraktikanten vorsieht, steht daher der Vereinbarung der Unentgeltlichkeit der Tätigkeit von C. D. nicht von vornherein entgegen.

Für den Ausbildungszweck spricht auch, dass die Pflicht zu Dienstleistungen und zur Anwesenheit deutlich verringert war, da sich die Anwesenheit von C. D. im Betrieb des Beschwerdeführers maßgeblich nach den zeitlichen Möglichkeiten von C. D. richtete und sich auch dem Gesamtumfang nach ausschließlich nach den Erfordernissen des Lehrplanes im Ausmaß von 150 Stunden gerichtet hat. Der Beschwerdeführer konnte somit über die Arbeitskraft von C. D. nicht so wie über jene der sonstigen Arbeitnehmer zur Erreichung des Betriebszweckes verfügen (VwGH 12. Dezember 1995, 93/08/0256; OGH 13. März 2002, 9 ObA 288/01w; OGH 11. Oktober 1995, 9 ObA 176/95; OLG Wien 19. September 2007, 7 Ra 108/07i).

Da der Lehrplan des Kollegs im gegenständlichen Fall keinen Inhalt der im Pflichtpraktikum zu verrichtenden Tätigkeit vorgibt, kommt dem Inhalt der von C. D. im Betrieb des Beschwerdeführers verrichteten Tätigkeit im gegenständlichen Fall für die Beurteilung, ob ein Dienstverhältnis vorliegt, keine Bedeutung zu.

Entgegen der von der belangten Behörde vertretenen Rechtsansicht ist auch bei Pflichtpraktikanten im Hotel und Gastgewerbe grundsätzlich eine Beschäftigung außerhalb eines Arbeitsverhältnisses möglich, da der Lehrplan des von C. D. besuchten Kollegs der Handelsakademie für die Absolvierung des Pflichtpraktikums (im Gegensatz zu den Lehrplänen anderer Schulen) weder eine Vollzeitbeschäftigung noch eine Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis fordert, sodass im gegenständlichen Fall eine einem Dienstverhältnis entsprechende zeitliche, örtliche und inhaltliche Bindung der Pflichtpraktikantin für eine den schulrechtlichen Bestimmungen entsprechende Absolvierung des Pflichtpraktikums nicht erforderlich ist (VwGH 12. Dezember 1995, 93/08/0256).

Bei der gebotenen Gesamtbetrachtung (vgl. VwGH 12. Dezember 1995, 93/08/0256) ergibt sich somit, dass kein Dienstverhältnis sondern ein unentgeltliches Ausbildungsverhältnis vorliegt.

4.1.4. Da somit kein sozialversicherungspflichtiges Dienstverhältnis vorliegt, war der Beschwerdeführer auch nicht verpflichtet, C. D. vor Arbeitsantritt zur Sozialversicherung anzumelden. Der Beschwerdeführer hat daher die ihm zur Last liegende Verwaltungsübertretung nicht begangen. Der Beschwerde war daher spruchgemäß stattzugeben, das angefochtene Straferkenntnis in seinem Spruchpunkt 1. aufzuheben und das Strafverfahren betreffend Spruchpunkt 1. gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 erster Fall VStG einzustellen.

4.1.5. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG war dem Beschwerdeführer kein Beitrag zu den Kosten der verwaltungsgerichtlichen

Beschwerdeverfahrens zur GZ VGW-041/078/14215/2018 aufzuerlegen, da der Beschwerde Folge gegeben worden ist.

4.2. Zur Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (Straferkenntnis GZ MBA ...2):

4.2.1. Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG BGBl. Nr. 218/1975 in der Fassung BGBl. I Nr. 66/2017 darf ein Arbeitgeber, soweit im Ausländerbeschäftigungsgesetz 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“, Aufenthaltsbewilligung als unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer („ICT“), Aufenthaltsbewilligung als mobiler unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer („mobile ICT“), Aufenthaltsbewilligung „Familiengemeinschaft“ mit Zugang zum Arbeitsmarkt (§ 20f Abs. 4) oder „Niederlassungsbewilligung - 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 AuslBG), 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“, Aufenthaltsbewilligung als unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer („ICT“), Aufenthaltsbewilligung als mobiler unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer („mobile ICT“), Aufenthaltsbewilligung „Familiengemeinschaft“ mit Zugang zum Arbeitsmarkt (§ 20f Abs. 4) oder „Niederlassungsbewilligung - Künstler“ oder „Aufenthaltsbewilligung - Künstler“ oder keine „Rot-Weiß-Rot - Karte plus“, keine „Aufenthaltsberechtigung plus“, keinen Befreiungsschein (§ 4c) oder keinen Aufenthaltstitel „Familie

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at