OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: (0732) 7075-18004 / Fax: (0732) 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / http://www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-300931/14/Py/AKe

Datum:
Linz, 15. Dezember 2016

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Dr.in Panny über die Beschwerde des Herrn M. S., x, L, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 14. Dezember 2015, GZ: SV96-60-2014, wegen Verwaltungsübertretungen nach dem Ausländerbeschäftigungs-gesetz (AuslBG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 30. November 2016

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde zu Spruchpunkt 2. Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt. Zu Spruchpunkt 1. wird der Beschwerde insofern Folge gegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 3.000 Euro (EFS 50 Stunden) herabgesetzt wird.

II. Zum Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht hat der Beschwerdeführer gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG keinen Kostenbeitrag zu leisten. Gemäß § 64 VStG ermäßigt sich der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde auf 300 Euro, das sind 10 % der nunmehr zu Spruchpunkt 1. verhängten Geldstrafe.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (in der Folge: belangte Behörde) vom 14. Dezember 2015, GZ: SV96-60-2014, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 idgF zu Spruchpunkt 1. eine Geldstrafe in Höhe von 6.000 Euro (ESF 100 Stunden) und zu Spruchpunkt 2. eine Geldstrafe von 3.000 Euro (ESF 50 Stunden) verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 900 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben die beiden nachstehend angeführten ausländischen Personen, für die weder eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde bzw. welche keine 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' besessen hatten, in den angeführten Zeiträumen als KfZ-Mechaniker, somit jedenfalls im Sinne des § 1152 ABGB entgeltlich in L, x (Werkstatt ‚x'), beschäftigt, obwohl ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, eine(n) AusländerIn nur beschäftigen darf, 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.

1. Herrn M. S., St I, geb. x, von 15.02.2013 bis 09.04.2014
2. Herrn N. O.. geb. x, St A, zumindest am 09.04.2014"

In der Begründung führt die belangte Behörde unter Wiedergabe des Verfahrensganges und der Rechtsgrundlagen aus, dass sich der festgestellte Sachverhalt auf die im Strafantrag der Finanzpolizei übermittelten Erhebungsergebnisse der Kontrolle vom 9. April 2014 stützt, welche seitens des Beschuldigten unbestritten blieben.

Zur verhängten Strafhöhe wird ausgeführt, dass als erschwerend zu berücksichtigen war, dass der Beschuldigte bereits wegen einer Übertretung des AuslBG bestraft wurde und somit ein Wiederholungsfall vorliegt. Ebenso erschwerend sei das Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen, nämlich eine mehrfache illegale Beschäftigung und unterlassene Anmeldungen zur Sozialversicherung und im Fall der Beschäftigung des Herrn M. S. der äußerst lange Tatzeitraum von

mehr als einem Jahr. Milderungsgründe würden nicht vorliegen und erscheinen die angeführten Strafhöhen tat- und schuldangemessen.

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig vom Bf im Wege seiner damaligen rechtsfreundlichen Vertretung eingebrachte Beschwerde vom 13. Jänner 2016. Darin wird vorgebracht, dass es unrichtig sei, dass die angeführten ausländischen Staatsangehörigen vom Bf beschäftigt wurden. Vielmehr waren diese insofern tätig, als sie eine Bühne gemietet haben, an der sie selbständig, auf eigene Kosten und Gefahr Arbeiten durchführten, wofür die Ladung und Einvernahme der beiden ausländischen Staatsangehörigen beantragt wird. Überdies seien die verhängten Geldstrafen weder aus Gründen der Spezial-, noch der Generalprävention gerechtfertigt.

3. Mit Schreiben vom 18. Jänner 2016 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor, das gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen ist.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht und Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 30. November 2016, die aufgrund des sachlichen Zusammenhangs der den Verfahren zugrundeliegenden Verwaltungsübertretungen gemeinsam mit der im Beschwerdeverfahren LVwG-300930 wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes anberaumten mündlichen Verhandlung durchgeführt wurde. An dieser nahm der – inzwischen nicht mehr anwaltlich vertretene – Bf sowie ein Vertreter des Finanzamtes Linz, Finanzpolizei Team 40, als am Verfahren beteiligte Organpartei teil. Als Zeugen wurden Herr M. S. (nunmehr N. A. H.), Herr O. N. und Herr C. K. einvernommen.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung schränkte der Bf seine Beschwerde im gegenständlichen Verfahren zu Spruchpunkt 1. auf die von der belangten Behörde verhängte Strafhöhe ein.

4.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht hinsichtlich Spruchpunkt 2., dem Tatvorwurf der unberechtigten Beschäftigung des ausländischen Staatangehörigen O. N. zumindest am 9. April 2014, von folgendem Sachverhalt aus:

Der Bf war zum Zeitpunkt 9. April 2014 Inhaber der Kfz-Werkstätte „x" in L, x.

Im Frühjahr 2014 ersuchte Herrn N. O., geb. x, x Staatsangehöriger, den Bf, ihm seine KFZ-Werkstätte für Reparatur- und Wartungsarbeiten am KFZ eines Bekannten des Herrn N. zur Verfügung zu stellen. Es wurde vereinbart, dass er

gegen ein Entgelt von 5 Euro die Hebebühne der Werkstatt verwenden könne und die erforderlichen Ersatzteile ausschließlich vom Bf bezogen werden.

Anlässlich einer Kontrolle durch die Finanzpolizei Team 40, Finanzamt Linz, am 9. April 2014 wurde Herr N. O. bei Arbeiten am Fahrzeug seines Bekannten in der Werkstätte des Bf angetroffen. Es konnte im Verfahren nicht festgestellt werden, dass Herr N. O. diese Tätigkeit als Beschäftigter des Bf in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit durchführte.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 30. November 2016. Sowohl der Bf als auch Herr N. schilderten in ihrer Aussage übereinstimmend, dass die Tätigkeit, die Herr N. bei der Kontrolle ausübte, nicht im Rahmen eines Aufsichts- und Weisungsrechts durch den Bf erfolgte, sondern Herr N. selbst einen Kunden aquirierte und nur die Werkstätte des Bf, nämlich die Hebebühne, gegen Entgelt nutzte, um am Fahrzeug seines eigenen Kunden Wartungsarbeiten durchzuführen. Die Angaben, wonach vom Bf lediglich das erforderliche Material an Herrn N. bzw. dessen Kunden verkauft wurde, erscheinen in diesem Zusammenhang nicht unschlüssig. Auffallend ist insbesondere, dass sich die Tätigkeit des Herrn N. – zumindest zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt – wesentlich von der Tätigkeit unterschied, die der unter Spruchpunkt 1. angeführte ausländische Staatsangehörige in der Werkstätte des Bf verrichtete. Beide Arbeitssituationen wurden zudem bereits anlässlich der Kontrolle – zumindest in den für die rechtliche Beurteilung des Verhaltens maßgeblichen Punkten – unterschiedlich geschildert und traten auch im Beschwerdeverfahren keine Sachverhaltselemente hervor, die als zwingender Nachweis für eine fremdbestimmte, im Auftrag des Bf durchgeführte Arbeit des Herrn N. am Tattag sprechen würden.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat zu Spruchpunkt 2. in rechtlicher Hinsicht erwogen:

5.1. Gemäß § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl. I Nr. 72/2013 darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot – Karte", „Blaue Karte EU" oder „Aufenthaltsbewilligung – Künstler" oder eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus", eine „Aufenthaltsberechtigung plus", einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger" oder „Daueraufenthalt – EU" besitzt.

Gemäß § 2 Abs. 4 1. 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.

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, die im Allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich sind und der Beschäftiger nicht glaubhaft macht, dass eine unberechtigte Beschäftigung nicht vorliegt.

5.2. Herr N. O. wurde von den Organen der Finanzpolizei anlässlich der Kontrolle am 9. April 2014 in der Werkstätte des Bf bei Arbeiten an einem KFZ angetroffen. Dem Bf ist es jedoch gelungen, die für diese Fälle gesetzlich festgelegte widerlegliche Vermutung des § 28 Abs. 7 AuslBG, wonach eine unberechtigte Beschäftigung vorliegt, zu entkräften.

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 genannten 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 unter anderem 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 Abhängigkeitsverhältnis 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 kam, ob diesem (etwa im Hinblick auf § 879 ABGB oder mangels einer rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung) Mängel anhaften, oder welche vertragliche Bezeichnung die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben haben, kommt es hingegen nicht an (vgl. z.B. VwGH 23. Mai 2002, 2000/09/0190, mwN).

Bei der Beurteilung des konkret erhobenen Sachverhaltes geht es nicht darum, dass lückenlos alle rechtlichen und faktischen Merkmale festgestellt sind, sondern darum, die vorhandenen Merkmale zu gewichten und sodann das Gesamtbild daraufhin zu bewerten, ob wirtschaftliche Unselbständigkeit vorliegt oder nicht. Das totale Fehlen des einen oder anderen Merkmales muss dabei nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Die vorhandenen Merkmale werden in aller

Regel unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Ihre Bewertung erfolgt nach einer Art "beweglichem System", in dem das unterschiedliche Gewicht der einzelnen Tatbestandsmerkmale zueinander derart in eine Beziehung zu setzen ist, dass man berücksichtigt, dass eine Art von wechselseitiger Kompensation der einzelnen Gewichte vorgenommen wird. Das bedeutet nichts anderes, als dass das Fehlen wie auch eine schwache Ausprägung des einen oder anderen Merkmales durch ein besonders stark ausgeprägtes Vorhandensein eines anderen oder mehrerer anderer Merkmale ausgeglichen bzw. überkompensiert werden kann (vgl. z.B. VwGH 22. Februar 2006, 2002/09/0187).

Wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen arbeitend unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, dann ist die Behörde berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden können, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen (VwGH 22. April 2010, 2010/09/0063).

Dem Bf ist es im gegenständlichen Verfahren gelungen, glaubhaft zu machen, dass die Tätigkeit des Herrn N. am Kontrolltag in seiner Werkstätte nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt der durchgeführten Arbeiten nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis erfolgte, sondern aufgrund einer unternehmerischen Eigeninitiative des Herrn N. Dieser unterlag weder der Dienst- und Fachaufsicht des Bf, noch war er organisatorisch in dessen Betrieb eingegliedert. Von direktem Nutzen für den Bf war nicht die Arbeitsleistung des Herrn N. selbst, sondern die Vereinbarung, dass Ersatzteile, die Herr N. bei seiner Arbeit verwendet, vom Bf zu beziehen sind und für die Benützung seiner Hebebühne von Herrn N. ein Entgelt entrichtet wird. Im Ergebnis gelangt das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich daher zur Auffassung, dass eine Beschäftigung des Herrn N. am 9. April 2014 in der Werkstätte „x" im Sinn des Ausländerbeschäftigungsgesetzes gemessen am wahren wirtschaftlichen Gehalt der verrichteten Tätigkeit nicht vorlag.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG, der gemäß § 38 VwGVG auch im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Anwendung findet, hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet.

Es war somit hinsichtlich Spruchpunkt 2. der Beschwerde Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

6. Zu der nunmehr auf die verhängte Strafhöhe eingeschränkte Beschwerde des Bf zu Spruchpunkt 1. hat das Landverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

6.1. Gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand eine 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 keine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot – Karte", „Blaue Karte EU" oder „Aufenthaltsbewilligung – Künstler" oder keine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus", keine „Aufenthaltsberechtigung plus", keinen Befreiungsschein (§ 4c) oder keinen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger" oder „Daueraufenthalt – EU" besitzt, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Fall der erstmaligen und weiteren Wiederholung vom 2.000 Euro bis 20.000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2.000 Euro bis 20.000 Euro, im Fall der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4.000 Euro bis 50.000 Euro.

6.2. Die belangte Behörde hat zur Höhe der zu Spruchpunkt 1. verhängten Strafe ausgeführt, dass als erschwerend neben der langen Dauer der Beschäftigung der Umstand zu werten sei, dass über den Bf bereits eine Strafe wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes verhängt wurde und zudem mit seinem Verhalten auch eine Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes einhergeht. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Umstand, dass der Bf bereits zum wiederholten Mal gegen die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes verstoßen hat, bereits den Strafrahmen bestimmen, nämlich in diesem Fall eine Mindeststrafe von 2.000 Euro und eine Höchststrafe von 20.000 Euros. Die Übertretungen der Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes bilden zudem einen eigenen Straftatbestand. Als mildernd kommt dem Bf die lange Dauer des gegenständlichen Verwaltungsstrafverfahrens zugute und sein nunmehr reumütiges Verhalten, indem er sich im Rahmen des Beschwerdeverfahrens geständig zeigte. Erschwerend ist – wie zutreffend ausgeführt – die lange Dauer der Beschäftigung des ausländischen Staatsangehörigen im Unternehmen des Bf. Im Hinblick auf diese Milderungs- und Erschwerungsgründe erscheint es angemessen, aus Anlass der Beschwerde die von der belangten Behörde verhängte Strafe auf das nunmehrige Ausmaß herabzusetzen, wobei der Bf ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass bei künftigen Übertretungen der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes mit deutlich höheren Strafen zu rechnen ist.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

II. Der Kostenausspruch ist in den angeführten gesetzlichen Bestimmungen begründet.

III. 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. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten.

H i n w e i s e

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

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr.in Panny