OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-300920/5/Py/TK

Datum:
Linz, 21. März 2017

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 J M, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. K Z, X, X, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 24. November 2015, GZ. SV96-173-2014/Gr, wegen Verwaltungsübertretung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG)

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 und 9 VwGVG entfällt die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25 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 24.11.2015, SV96-173-2014/Gr, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretung nach § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz eine Geldstrafe in Höhe von je 750 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe in Höhe von je 27 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 75 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben es verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass Sie in Ihrer ehemaligen Werkstätte in X, X, zumindest am 13.11.2014 den bosnischen Staatsbürger H B, geb. X, als Arbeiter, indem dieser am 13.11.2014 um 12:00 Uhr in Ihrer o.a. Werkstätte von Kontrollorgangen des Finanzamtes X bei KFZ-Arbeiten betreten wurde, jedenfalls im Sinne des § 1152 ABGB entgeltlich beschäftigt haben, obwohl für diesen Ausländer weder eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft öder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde, hoch dieser Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder eine "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt" oder einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EG", oder einen Niederlassungsnachweis oder eine „Rot-Weiß-Rot-Karte plus" besaß.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 3 Abs. 1 und § 28 Abs. 1 Z. 1 lit a Ausländerbeschäftigungsgesetz 1975 BGBI.Nr. 218/1975 idgF.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von 750,-- €	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 27 Stunden	Freiheitsstrafe von - -	Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit a AuslBG i.d.g.F.

Weitere Verfügungen (z.B. Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) 10 % der Strafe, das sind 75,--€, als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 825,- €“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde, in der der Bf zusammengefasst ausführt, dass er Eigentümer der Liegenschaft X, X ist, auf welcher sich ein Bauernhof befindet. In diesem Gebäude befindet sich auch eine Autowerkstätte, welche früher der Bf selbst betrieben hat. Mittlerweile ist dieser in Pension und wurde diese Werkstätte seit 9 Jahren an Herrn I S vermietet, der dort die Werkstätte auf eigene Rechnung und im eigenen Namen betreibt. Die

Brüder H und D B sind Cousins von Herrn I S und halten sich daher oft in X auf. Inzwischen hat sich zwischen dem Bf und den Brüdern B eine Freundschaft entwickelt.

Zum Vorfallszeitpunkt versuchte der Bf die Stoßstange auf seinem Fahrzeug zu montieren, da ihm dies nicht gleich gelang, bot H B an, die Stoßstange mit vier Schrauben wieder anzuschrauben. Sein Bruder D B stand in Straßenkleidung neben dem Fahrzeug und sah zu. Von einem Beschäftigungsverhältnis könne daher nicht gesprochen werden, sondern liege eindeutig ein Freundschaftsakt, welcher selbstverständlich unentgeltlich ist, vor.

Des Weiteren wird vorgebracht, dass gegen den zunächst von der Oö. GKK aufgrund der Anzeige der Finanzpolizei bescheidmäßig festgesetzten Beitragszuschlag Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben wurde. In seiner Entscheidung kommt das Bundesverwaltungsgericht zu dem Ergebnis, dass kein Beschäftigungsverhältnis vorlag.

3. Mit Schreiben vom 14.1.2016 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses ist gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Einsicht genommen in den gegenständlichen Verfahrensakt sowie die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zu GZ. L5112112001-1 vom 30.10.2015. Der am Verfahren beteiligten Organpartei wurde mit Schreiben vom 2.11.2016 Gelegenheit gegeben, eine Stellungnahme zur Beschwerde abzugeben. Mit Schreiben vom 22.11.2016 brachte die Finanzpolizei Team X für das Finanzamt X dazu zusammengefasst vor, dass die im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht vorgebrachten ergänzenden Beweismittel grundsätzlich geeignet sind, einen kurzfristigen Gefälligkeitsdienst abzuleiten, jedoch ist den Erstaussagen des Beschuldigten und des Herrn B H mehr Gewichtung beizumessen. Die Behauptung des Beschuldigten, er wäre unter der Stoßstange gelegen und hätten ihm die Brüder auf sein Fluchen geholfen, ist nicht nachvollziehbar, da dieser zu Beginn der Kontrolle nicht unmittelbar in der Nähe des zu reparierenden Autos angetroffen wurden. Für die Frage, ob ein Dienstverhältnis vorliegt, ist auch das Vorhandensein einer aufrechten Gewerbeberechtigung oder die Ausübung der Tätigkeit im Rahmen eines Gewerbebetriebes unerheblich. Die Reparaturleistungen wurden im Auftrag von Herrn M und zu dessen wirtschaftlichem Vorteil erbracht.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem Sachverhalt aus:

4.1. Anlässlich einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei am 13.11.2014, 12.00 Uhr, in X, X, wurde Herr H B, geb. X, bosnischer Staatsangehöriger, unter dem Fahrzeug des Bf arbeitend angetroffen. Dessen Bruder, Herr D B, geb. X, bosnischer Staatsangehöriger, stand vor dem Fahrzeug.

Im Verfahren konnte nicht zweifelsfrei festgestellt werden, dass Herr H B am Tattag vom Bf ohne arbeitsmarktbehördliche Genehmigung beschäftigt wurde.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt, dem Vorbringen des Bf einschließlich der vorgelegten Unterlagen sowie den Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts anlässlich des im Verfahren zu GZ. L5112112001-1 durchgeführten Ermittlungsverfahrens.

Unbestritten ist, dass der Bf zum Tatzeitpunkt nur mehr als Privatperson tätig war und keine eigene Firma (Autowerkstätte) betrieb. Dass eine freundschaftliche Beziehung zwischen dem Bf und dem angetroffenen bosnischen Staatsangehörigen vorlag, ist den diesbezüglich übereinstimmenden Aussagen aller Beteiligten bereits bei der Kontrolle zu entnehmen. Der Bf gab dazu an, dass er mit der Familie der Brüder B freundschaftlich verbunden ist und diese auch öfter in Bosnien besuche, was im Übrigen auch aus den übermittelten Passkopien des Bf ersichtlich ist. Unbestritten ist zudem, dass der Bf seine ehemalige Autowerkstätte im Jahr 2006 an den Cousin der Brüder B veräußert hat.

Aufgrund dieser Feststellungen geht auch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich – wie bereits das Bundesverwaltungsgericht – davon aus, dass im gegenständlichen Fall ein freundschaftliches Verhältnis zwischen dem Bf und Herrn B bestand. Hinweise, dass zwischen dem Bf und Herrn B ein Entgelt vereinbart wurde, liegen nicht vor, vielmehr wurde bereits bei der Kontrolle unabhängig voneinander angegeben, dass Unentgeltlichkeit der Tätigkeit vorliege. Auch ist nicht hervorgekommen, dass es sich nicht nur um eine kurzfristige Tätigkeit gehandelt hat und Freiwilligkeit nicht vorlag.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat 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 § 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 bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern von jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Fall der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2.000 Euro bis 20.000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als 3 Ausländer 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 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.

Gemäß § 2 Abs. 4 1. Satz AuslBG ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinn des Abs. 2 vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

5.2. Dem Bf wird im gegenständlichen Straferkenntnis zur Last gelegt, er habe den im Spruch angeführten bosnischen Staatsangehörigen zumindest am 13.11.2014 entgegen der Bestimmungen des AuslBG beschäftigt.

Dem Bf ist es jedoch gelungen darzulegen, dass die Tätigkeit des Herrn B, bei der er bei der Kontrolle durch die Organe der Finanzpolizei angetroffen wurde, im Rahmen eines Freundschaftsdienstes erfolgte. Als Freundschafts- oder Gefälligkeitsdienste sind kurzfristige, freiwillige und unentgeltliche Dienste anzusehen, die vom Leistenden aufgrund spezifischer Bindungen zwischen ihm und den Leistungsempfänger erbracht werden und die einer Prüfung auf ihre sachliche Rechtfertigung standhalten. Bei Beurteilung, ob in einem konkreten Fall ein dem Reglement des AuslBG unterliegender Gefälligkeitsdienst des (der) Ausländer(s) anzunehmen ist, hat die Behörde eine Würdigung aller Umstände des Falles vorzunehmen (vgl. etwa VwGH vom 18. Dezember 2006, Zl. 2005/09/0153, uva). Dabei fallen Gefälligkeitsdienste dann nicht unter den Begriff der bewilligungspflichtigen Beschäftigung im Sinn des § 2 Abs. 2 AuslBG, wenn sie nicht nur kurzfristig, freiwillig und unentgeltlich, sondern auf Grund spezifischer Bindungen zwischen dem Leistenden und dem Leistungsempfänger erbracht werden. Insgesamt ist auch im Zusammenhang mit der Behauptung bloßer Gefälligkeitsdienste gemäß § 2 Abs. 4 AuslBG vom wahren

wirtschaftlichen Gehalt und nicht von der äußeren Erscheinungsform auszugehen (VwGH vom 25. März 2010, Zl. 2010/09/0048).

Die vom Bf dargelegten Umstände lassen den Schluss zu, dass die von den Kontrollorganen beobachtete Tätigkeit am Kontrolltag aus freiwilligen Stücken kurzfristig und unentgeltlich aufgrund der zwischen dem Bf und dem Ausländer bestehenden Freundschaft erfolgte, zumal es sich um eine Tätigkeit an seinem Privatauto handelte und diese auch nicht im Rahmen eines vom Bf geführten Gewerbebetriebes erfolgte.

Das Vorliegen einer unberechtigten Beschäftigung konnte somit nicht nachgewiesen werden, weshalb das gegenständliche Straferkenntnis zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen war.

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 des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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

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

H i n w e i s

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Panny