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-300958/12/Py/FE

Datum:
Linz, 24. Jänner 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. Panny über die Beschwerde der Frau M.M., vertreten durch Rechtsanwalt Dr. P.B., x, L., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 14. Jänner 2016, GZ: SV96-124-2014, wegen Verwaltungsübertretung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 1. Dezember 2016

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 gemäß § 45 Abs. 1 VStG iVm § 38 VwGVG eingestellt.

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

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. Jänner 2016, GZ: SV96-124-2014, wurde über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretung nach § 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 idgF, eine Geldstrafe in Höhe von 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe in Höhe von 34 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 100 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

"Sie haben als Geschäftsführerin, somit als das zur Vertretung nach außen berufene Organ und gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortliche Person der Firma E. KG mit Sitz in T., X, zu verantworten, dass die genannte Firma den ausländischen Staatsbürger A.H., geboren x, b. Staatsangehöriger, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde bzw. welcher 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 hat, zumindest am 30.07.2014 als Arbeiter, somit jedenfalls im Sinn des § 1152 ABGB entgeltlich in T., X, beschäftigt hat, obwohl ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, eine(n) AusländerIn nur beschäftigen darf, wenn 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."

In der Begründung führt die belangte Behörde an, dass sich der festgestellte Sachverhalt im Wesentlichen auf die im Strafantrag der Finanzpolizei Team 40 übermittelten Erhebungsergebnisse der Kontrolle vom 30. Juli 2014 stützt. Der im Spruch angeführte ausländische Staatsangehörige, Herr H., wurde im Zuge der finanzpolizeilichen Kontrolle beim "Umhängen" eines Bierfasses hinter der Bar angetroffen, was auch nicht bestritten wurde. Herr H. war bereits in der Vergangenheit als Kellner mit Inkasso bei der E. beschäftigt und war dieser den Ein- und Ausreisevermerken in seinem Reisepass zufolge seit Mitte Mai in Österreich aufhältig. Womit er seinen Lebensunterhalt während dieses beinahe dreimonatigen Aufenthaltes in Österreich finanzierte, darüber konnte er laut Strafantrag der Finanzpolizei vom 14.08.2014 keine Angaben machen. Auch diese Tatsache spricht dafür, dass Herr H. einer illegalen Beschäftigung nachgegangen ist.

Abschließend legt die belangte Behörde ihre für die Strafbemessung herangezogenen Gründe dar.

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 9. Februar 2016. Darin wird vorgebracht, dass das Straferkenntnis seinem gesamten Inhalt und Umfang nach angefochten werde. Begründend wird dazu ausgeführt, dass die belangte Behörde deckungsgleich die Sachverhaltsmitteilung des Strafantrages der Finanzpolizei Team 40 übernommen habe, obwohl in zahlreichen Stellungnahmen des Rechtsvertreters der Bf aufgezeigt wurde, wie oberflächlich und mangelhaft diese Ermittlungen der Organe der Finanzpolizei Linz geblieben sind. Die Behörde habe völlig das Vorbringen der Bf sowie deren Beweisanbot ignoriert und zeige mit keinem Satz auf, warum sie den Angaben der Bf nicht folge. Weder Herr H. noch die Kellnerin, Frau F.B., wurden als Zeugen einvernommen. Die Schlussfolgerung, Herr H. sei im Lokal illegal beschäftigt gewesen, ohne jede Prüfung der von der Bf vorgebrachten Gegenargumente, sei schlichtweg unzulässig. Die Bf habe auf Grund ihrer Ortsabwesenheit nicht einmal Kenntnis darüber gehabt, dass sich Herr H. am 30.07.2014 als Gast im Lokal aufhielt. Dieser habe der Kellnerin, Frau B., freiwillig beim Wechseln eines schweren Bierfasses geholfen, zumal er das Gastlokal aus seiner früheren Beschäftigung kannte, jedoch stand er in keinem Beschäftigungsverhältnis zur Bf.

3. Mit Schreiben vom 11. Februar 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 1. Dezember 2016, die aufgrund des sachlichen Zusammenhangs gemeinsam mit der im Verfahren zu LVwG-300957 wegen Verwaltungsübertretung nach dem ASVG anberaumten Verhandlung durchgeführt wurde.
An dieser nahmen die Bf mit ihrem Rechtsvertreter sowie ein Vertreter der belangten Behörde teil. Als Zeuge wurde ein an der gegenständlichen Kontrolle beteiligtes Organ der Finanzpolizei einvernommen.

Die Ladung und Einvernahme der Zeugen F.B. und A.H. war mangels Vorliegen von zustellfähigen Ladungsadressen nicht möglich.

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

Die Bf war im Sommer 2014 unbeschränkt haftende Gesellschafterin der Firma E. KG mit Sitz in X, T. Das Unternehmen betrieb an diesem Standort eine Gaststätte.

Anlässlich einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei am 30. Juli 2014 wurde festgestellt, dass der b. Staatsangehörige Herr A.H., geboren x, im Barbereich des Lokals gemeinsam mit der im Lokal beschäftigten Kellnerin F.B. ein Bierfass umhängte.

Es konnte im Verfahren nicht festgestellt werden, dass Herr H. diese Tätigkeit im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses zur Firma E. KG durchführte.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 1. Dezember 2016.

In dieser Verhandlung gab die Bf neuerlich an, es habe sich bei Herrn H. am Tattag lediglich um einen Gast gehandelt, der der schmächtigen Kellnerin beim Wechseln eines Bierfasses geholfen habe, zumal er auf Grund seiner früheren Beschäftigung im Lokal mit dieser Tätigkeit vertraut war. Zwingende Schlussfolgerungen, die diese Angaben schlüssig entkräften, traten im Beweisverfahren nicht hervor. Insbesondere sind keine zweifelsfreien Feststellungen möglich, wonach es sich tatsächlich nicht bloß um eine freiwillige kurzfristige Unterstützungsleistung des Herrn H. gegenüber der Kellnerin gehandelt hat. So bestätigte auch das in der mündlichen Verhandlung einvernommene Kontrollorgan, dass sowohl die im Lokal anwesende Kellnerin, Frau B., als auch Herr H. selbst bereits unmittelbar bei der Kontrolle gegenüber den Beamten angaben, dass lediglich eine freiwillige manipulative Hilfe beim Wechseln des Bierfasses vorliege. Diese Aussagen seien für die Beamten jedoch unglaubwürdig gewesen, mit diesen Zeugen seien daher auch keine Niederschriften aufgenommen worden. Wahrnehmungen, wonach Herr H. im Lokal der Bf weitere Tätigkeiten verrichtete, konnten vom Kontrollorgan nicht festgestellt werden. Die der Anzeige zugrundeliegenden Angaben gründen sich im Wesentlichen auf Mutmaßungen. Grundsätzlich erscheint die von der Bf geschilderte Situation durchaus lebensnah und schlüssig. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass Stammgäste eines Lokals eine Kellnerin freiwillig bei derartigen Tätigkeiten unterstützen, sofern sie dafür Hilfe benötigt. Allein der Umstand, dass Herr H. rd. fünf Wochen vor der Kontrolle in den EU-Raum einreiste, rechtfertigt nicht die zwingende Annahme, dieser sei zur Bestreitung seines Lebensunterhalts jedenfalls auf das aus einer Beschäftigung bei der Bf resultierende Einkommen angewiesen gewesen. Im Hinblick auf die gegenüber den Kontrollorganen von Herrn H. getätigten Angaben, die auch den Rechtfertigungsangaben der Bf entsprechen, wäre daher zur zweifelsfreien Abklärung die zeugenschaftlichen Einvernahme der Herrn H. erforderlich gewesen, was jedoch dem Landesverwaltungsgericht Oö. mangels Vorliegen

einer ladungsfähigen Adresse (sh. ZMR vom 7. November 2016) nicht möglich war.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat 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.

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

5.2. Herr H. wurde von den Kontrollorganen am Tattag im Lokal der Bf dabei beobachtet, wie er hinter der Bar mit der Kellnerin ein Bierfass wechselte. Der Bf ist es jedoch gelungen, die in § 28 Abs. 7 AuslBG aufgestellte widerlegliche gesetzliche Vermutung zu entkräften und glaubhaft zu machen, dass diese Tätigkeit des Herrn H. nicht im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses zur E. KG erfolgte.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausführt, ist der Begriff der Beschäftigung durch § 2 Abs. 2 AuslBG unter anderem in der Weise bestimmt, dass die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis als Beschäftigung gilt. Maßgebend für diese Einordnung in den Beschäftigungsbegriff ist, dass die festgestellte Tätigkeit in persönlicher bzw. wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeübt wird.

Das Tatbestandselement der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen. Liegt eine Verwendung in einem Arbeitsverhältnis vor, das typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bildet, ist von einer der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterworfenen Beschäftigung auszugehen (VwGH 01.07.2010, 2008/09/0367).

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist bei der Prüfung, ob kurzfristige, freiwillige und unentgeltliche Dienste im Rahmen eines Gefälligkeitsdienstes vorliegen, eine Würdigung aller wesentlichen Umstände des Einzelfalles vorzunehmen (vgl. VwGH 15.05.2009, 2007/09/0252). Insgesamt ist auch im Zusammenhang mit der Behauptung bloßer Gefälligkeitsdienste gemäß § 2 Abs. 4 AuslBG vom wahren wirtschaftlichen Gehalt auszugehen. Der Bf ist es in diesem Zusammenhang gelungen glaubhaft zu machen, dass die Dienste des Herrn H. am Tattag in ihrem Unternehmen nicht im Rahmen eines bewilligungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses erfolgten, sondern lediglich eine freiwillige kurzfristige manipulative Unterstützung darstellten. Ein darüber hinausgehendes Beweisergebnis konnte im Verfahren nicht festgestellt werden. Weder ist eine Entgeltlichkeit der Arbeit noch eine persönliche oder wirtschaftliche Abhängigkeit des Herrn H. gegenüber dem von der Bf vertretenen Unternehmen hervorgekommen. Vielmehr haben alle Beteiligten bereits bei der Amtshandlung gegenüber den Kontrollorganen ausgesagt, dass es sich lediglich um eine kurzfristige freundschaftliche Geste der Unterstützung gehandelt hat.

5.3. 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.

Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung der zur Anzeige gebrachten Tätigkeit des Herrn H. verbleiben daher Zweifel an der Täterschaft der Bf. Im Ergebnis war daher der Beschwerde stattzugeben, das angefochtene Straferkenntnis zu beheben und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG in Verbindung mit § 38 VwGVG einzustellen.

II.

Bei diesem Verfahrensergebnis war der Bf gemäß § 52 Abs. 8 und 9 VwGVG weder ein Kostenbeitrag für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht noch ein Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vor der belangten Behörde vorzuschreiben.

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. Insbesondere weicht die gegenständliche Entscheidung von der als einheitlich zu beurteilenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ab. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage ab.

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