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-300962/8/BMa/TK

Datum:
Linz, 10. Februar 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 Mag.[a] Bergmayr-Mann über die Beschwerde des R.G., vertreten durch Dr. A.M., Rechtsanwalt in T., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 14.01.2016, SV96-111-2014,

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde insofern Folge gegeben, als der Schuld- und Strafausspruch hinsichtlich Spruchpunkt 2 des angefochtenen Straferkenntnisses (betreffend J.R.) aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) iVm § 38 VwGVG eingestellt wird; im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Zu Spruchpunkt 1 (betreffend M.R.) hat der Beschwerdeführer nach § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 200 Euro zu leisten.
Zu Spruchpunkt 2 (betreffend J.R.) hat der Beschwerdeführer gemäß § 52 Abs. 9 VwGVG und § 66 Abs. 1 VStG iVm § 38 VwGVG weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens beim Landesverwaltungsgericht noch einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vor der belangten Behörde zu leisten.

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

Zu I.

1.1. Mit dem in der Präambel angeführten Bescheid wurde der Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wie folgt schuldigt erkannt und bestraft:

„Sie haben als Dienstgeber zu verantworten, dass Sie die ausländischen Staatsbürger

1. M.R., geb. x, s. Staatsangehöriger und
2. J.R., geb. x, s. Staatsangehörige

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 haben, am 10.07.2014, als Arbeiter, somit jedenfalls im Sinne des § 1152 ABGB entgeltlich in L., X, beschäftigt haben, 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.

Sie haben dadurch jeweils folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
Zu 1. § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz-AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975, idgF
Zu 2. § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975, idgF
Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von Euro	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß
Zu 1.) 1.000	34 Stunden	-	§ 28 Abs. 1 Z 1 lit.a AuslBG
Zu 2.) 1.000	34 Stunden	-	§ 28 Abs. 1 Z 1 lit.a AuslBG

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:
200 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, mindestens jedoch 10 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro);

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 2.200 Euro"

1.2. Mit der rechtzeitig eingebrachten Beschwerde vom 12.02.2016, die dem LVwG am 17.2.2016 gemeinsam mit dem Bezug habenden Verwaltungsakt vorgelegt wurde, wurde abschließend die Durchführung einer mündlichen

Verhandlung und Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses sowie Einstellung des Verfahrens, das Absehen von der Verhängung einer Strafe gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG, und die Herabsetzung der Strafe beantragt.

2.1. Das LVwG entscheidet gemäß § 2 VwGVG durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

2.2. Das LVwG Oö. hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt der belangten Behörde und am 15.06.2016 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der der Bf in rechtsfreundlicher Vertretung gekommen ist. Als Zeuge wurde B.K. einvernommen.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird festgestellt:

R.G. hat in L., X, die Baustelle eines Neubaus mit 3 Wohnungen betrieben, wobei zum Tatzeitpunkt noch unklar war, ob die Wohnungen durch Familienmitglieder genützt werden oder er diese verkaufen wird. Vor seiner Pensionierung hatte der Bf eine Projekterrichtungsgesellschaft und die Immobilien vermietet. Die Ehegatten M. und J.R. sind Nachbarn von ehemaligen Mietern des Beschwerdeführers, die er bei Besuchen in deren Heimatdorf kennengelernt hat. Sie haben eine Reise unternommen und beim Bf genächtigt.
M.R. ist Fliesenlegemeister und hat am 10.07.2014 Fliesen im Badezimmer einer der Wohnungen auf der oben angeführten Baustelle des Beschwerdeführers verlegt. Über eine Entlohnung für diese Tätigkeit wurde vor Arbeitsaufnahme durch M.R. nicht gesprochen. Er hat für die Tätigkeit Essen und Trinken sowie Unterkunft erhalten.

Für die Beschäftigung des s Staatsangehörigen M.R. sind keine entsprechenden arbeitsmarktrechtlichen Genehmigungen nach den Bestimmungen des AuslBG vorgelegen.

Es kann nicht festgestellt werden, dass J.R. auf der Baustelle zum Tatzeitpunkt selbst Arbeiten, wie z.B. Fliesenlegearbeiten oder Putzarbeiten im Zusammenhang mit diesen getätigt hat.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung am 15.06.2016 ergibt. In dieser Verhandlung hat der Bf angegeben, dass M.R. am 10.07.2014 Fliesenlegearbeiten für ihn verrichtet hat. Das Fliesenlegen durch M.R. wurde auch von den Kontrollorganen und dem als Zeugen befragten B.K. beobachtet.

Der Bf hat auch dargelegt, dass vor Arbeitsaufnahme keine Entgeltabsprachen getroffen wurden und keine Unentgeltlichkeit der Arbeiten vereinbart wurde, es wurde über Bezahlung überhaupt nicht gesprochen. Die Ehegatten R. haben auf ihrem Personenblatt jeweils als Entlohnung „Essen/Trinken und Unterkunft" angekreuzt.

Eine Tätigkeit auf der Baustelle des Bf am 10.07.2014 verrichtet durch J.R., die eine Arbeit für den Rechtsmittelwerber dargestellt hat, konnte nicht festgestellt werden. Eine solche wurde vom Bf bestritten; aber auch der Zeuge K. hat in der mündlichen Verhandlung am 15.06.2016 angegeben, dass J.R. auf der Baustelle keine Arbeiten verrichtet hat.
Ein ordnungsgemäß als Zeuge geladenes Kontrollorgan der Finanzpolizei ist zur Verhandlung am 15.06.2016 nicht erschienen und konnte daher auch nicht über die näheren Umstände zu den angezeigten vermuteten Arbeiten von J.R. befragt werden.
Die einheitlichen Angaben des M. und der J.R. auf den Personenblättern in s. Sprache wurden nach dem jeweiligen Schriftbild offensichtlich von ein und derselben Person getätigt, wobei die vom Zeugen K. in der mündlichen Verhandlung vorgenommene Übersetzung keinen eindeutigen Inhalt belegen konnte. Insbesondere ist nicht klar, ob die Übersetzung „Helfen Mann" bedeutet, dass J.R. dem Bf bei den Arbeiten geholfen hat oder - wie der Bf angegeben hatte -, dass sie Kaffee für ihren Mann auf der Baustelle gekocht hat.
Im Zweifel konnte daher zugunsten des Beschwerdeführers keine Arbeitstätigkeit der J.R. festgestellt werden.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das LVwG Oö. erwogen:

3.3.1. Rechtsgrundlagen:

Gemäß § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde, oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" oder einen Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt-EG" oder einen Niederlassungsnachweis besitzt.

Nach § 2 Abs. 2 AuslBG gilt als Beschäftigung die Verwendung
a. in einem Arbeitsverhältnis,
b. in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis,
c. in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeit nach § 3 Abs. 5 leg.cit,
d. nach den Bestimmungen des § 18 leg.cit. oder

e. überlassener Arbeitskräfte im Sinn des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988, und des § 5a Abs. 1 des Landarbeitsgesetzes 1984, BGBl. Nr. 287.

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

Nach § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§§ 4 und 4c) oder eine Zulassung als Schlüsselkraft (§§ 12 bis 12c) erteilt, noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c) oder eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" (§ 41 NAG) oder ein Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EG" (§ 45 NAG) oder ein Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG 1997) ausgestellt wurde; und zwar bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1.000 Euro bis zu 10.000 Euro, im Fall der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2.000 Euro bis zu 20.000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2.000 Euro bis zu 20.000 Euro, im Fall der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4.000 Euro bis zu 50.000 Euro.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG ist von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, u.a. wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann.

3.3.2. Vom Bf wird im Wesentlichen ins Treffen geführt, es liege kein Arbeitsverhältnis vor, die Fliesenverlegearbeiten seien als Freundschafts- oder Gefälligkeitsdienst erbracht worden.
Nach der zum AuslBG ergangenen Judikatur können als Gefälligkeitsdienste, die nicht unter die bewilligungspflichte Beschäftigung des AuslBG fallen, nur die vom Leistenden aufgrund bestehender spezifischer Bindungen erbrachten kurzfristigen, freiwilligen und unentgeltlichen Dienste anerkannt werden. Dabei ist eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmen, um einen Gefälligkeitsdienst annehmen zu können.
Zum Zeitpunkt der Kontrolle ist der Bf noch davon ausgegangen, das Haus zu errichten, um die Wohnungen nach Fertigstellung lukrativ verkaufen zu können.

Der Bf hatte an der Fertigstellung des Gebäudes zum damaligen Zeitpunkt wirtschaftliche Interessen und R. ist in S. Fliesenlegemeister, also eine Fachkraft für die von ihm verrichtete Arbeit.

Weil eine Unentgeltlichkeit für die fachgerechte Arbeit nicht ausdrücklich vereinbart war, gilt im Zweifel ein angemessenes Entgelt für die Dienste des R. als bedungen (§ 1152 ABGB). Zwar gibt der Bf an, dass R. die Arbeiten freiwillig verrichtet hat und er diese jederzeit beenden hätte können, dies hindert jedoch nicht die Annahme eines entgeltlichen Arbeitsverhältnisses, ist doch jedenfalls von einer Naturalentlohnung durch unentgeltliche Nächtigung und Verköstigung auszugehen.
Der Bf ist nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt (§ 2 Abs. 4 1. Satz AuslBG) daher als Dienstgeber des M.R. des iSd AuslBG anzusehen.
Dem steht auch nicht entgegen, dass der Bf sich auf enge Beziehungen, die über einen gemeinsamen Bekannten, einen ehemaligen Mieter des Bf, zustande gekommen sind, beruft. Denn eine spezifische Bindung ist lediglich eine der oben genannten Voraussetzungen zur Annahme eines Gefälligkeits- oder Freundschaftsdienstes.

Weil für die Beschäftigung des s. Staatsangehörigen keine entsprechende arbeitsmarktrechtliche Genehmigung vorgelegen war, hat der Bf das Tatbild der vorgeworfenen Verwaltungsübertretung hinsichtlich M.R. erfüllt.

Hinsichtlich J.R. jedoch konnte nicht festgestellt werden, dass diese vom Bf beschäftigt wurde. Somit war (zu Gunsten des Bf) davon auszugehen, dass der objektive Tatbestand hinsichtlich J.R. nicht erfüllt ist.
Spruchpunkt 3. des angefochtenen Straferkenntnisses war daher gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG aufzuheben.

3.3.3. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die "Glaubhaftmachung" nicht.

Wenn der Bf vorbringt, es habe sich lediglich um einen Gefälligkeitsdienst gehandelt, so ist er in einem Rechtsirrtum befangen, der ihm aber vorwerfbar ist.

Als Verschuldensgrad ist Fahrlässigkeit anzunehmen, wäre es doch am Bf gelegen, entsprechende rechtliche Erkundigungen einzuholen.

3.3.4. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG idgF sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.
Nach Abs. 2 leg.cit. sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 – 46) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32 – 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Weil lediglich die Mindeststrafe verhängt wurde, erübrigt sich eine weitere Auseinandersetzung mit den Strafzumessungsgründen. Die Erteilung einer Ermahnung gemäß § 45 Abs. 1 VStG kann nicht erfolgen, ist doch die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes, nämlich der geregelte Einsatz von Ausländern am österreichischen Arbeitsmarkt, nicht von geringer Bedeutung.
Die belangte Behörde hat zutreffend festgestellt, dass die absolute verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Bf strafmildernd zu berücksichtigen ist. Damit aber ist noch von keinem Überwiegen von Milderungsgründen gegenüber Erschwerungsgründen auszugehen, sodass die Anwendung der außerordentlichen Strafmilderung gemäß § 20 VStG ebenfalls nicht zur Anwendung kommt.

Die Verhängung der Mindeststrafe war aus spezialpräventiven Gründen notwendig um den Bf von weiteren Übertretungen nach dem AuslBG abzuhalten, aber aus generalpräventiven Gründen unabdingbar.

3.3.5. Weil der Beschwerde hinsichtlich Spruchpunkt 1 keine Folge gegeben wurde, waren gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG Kosten für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in Höhe von 20 % der verhängten Strafe vorzuschreiben.
Hinsichtlich Spruchpunkt 2 waren die verhängten Verfahrenskosten hingegen aufzuheben.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu II.
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.

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

Mag.[a] Bergmayr-Mann