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-301281/12/Kl/TO

Datum:
Linz, 7. 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. Klempt über die Beschwerde des Herrn Dr. E S, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. P F, X, X, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 11.07.2016, GZ: SanRB96-4-2016/Gr, wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 23.11.2016

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde insofern Folge gegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 500 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 17 Stunden herabgesetzt wird.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Beschwerdeführer keine Kosten zum Beschwerdeverfahren zu leisten. Der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde wird gemäß § 38 VwGVG iVm § 64 Abs. 1 und 2 VStG auf 50 Euro herabgesetzt.

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 11.07.2016, SanRB96-4-2016/Gr, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 9 VStG iVm § 3 Abs. 1 und § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz 1975 (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975 idF BGBl. I Nr. 72/2013, eine Geldstrafe in Höhe von 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 33 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag von 100 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit Außenvertretungsbefugter der X HandelsgmbH mit Sitz in X, X, gemäß § 9 VStG strafrechtlich zu verantworten, dass diese Firma als Arbeitgeberin zumindest *von 1.6.2015 bis 19.11.2015* den bosnischen Staatsangehörigen N R, geb. X, als X-Mitarbeiter, jedenfalls im Sinne des § 1152 ABGB entgeltlich beschäftigte, obwohl für diesen Ausländer weder eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als: Schlüsselkraft oder 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", einen Niederlassungsnachweis oder eine "Rot-Weiß-Rot-Karte plus" besaß.
Dieser Sachverhalt wurde von Organen des Finanzamtes X bei einer Kontrolle am 13.1.2016 um 10.30 Uhr im oa. Unternehmen im Zuge einer niederschriftlichen Einvernahme mit Frau Mag. S sowie durch eine Anzeige des AMS-W festgestellt.“

In der Begründung führt die belangte Behörde unter Wiedergabe des Verfahrensganges zusammengefasst aus, dass der Bf mit Schreiben vom 14.04.2016 die Beschäftigung des bosnischen Staatsangehörigen zugegeben habe. Dass der Ablauf der Beschäftigungsbewilligung übersehen worden sei, sei auf ein Versehen der Mitarbeiterin in der Personalverrechnung zurückzuführen.
Zur Strafbemessung wurde angemerkt, dass die verhängte Geldstrafe dem Unrechts- und Schuldgehalt der Tat angemessen sei und die Verhängung der Geldstrafe aus spezialpräventiven Gründen notwendig sei, um den Bf von weiteren Übertretungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes abzuhalten und ihn dazu zu bewegen, der Einhaltung der Gesetzesvorschriften in Hinkunft mehr Augenmerk zu schenken.

2. Dagegen wurde rechtzeitig im Wege der rechtsfreundlichen Vertretung Beschwerde eingebracht und beantragt, das angefochtene Straferkenntnis vom 11.07.2016, SanRB96-4-2016/Gr, ersatzlos aufzuheben, das Verfahren einzustellen und eine mündliche Verhandlung durchzuführen. Zum Kontrollsystem in der Firma wurde Folgendes (wortwörtlich wiedergegeben) vorgebracht:

„Im Konkreten verfügt das Unternehmen der Firma X HandelsgmbH über ein computergesteuertes Personalverrechnungssystem, welches ebenso mit mehrfachen Sicherungs- und Kontrolleinrichtungen abgesichert ist. Das computergesteuerte Personalverrechnungssystem verfügt bei Erstaufnahme von ausländischen Mitarbeitern über eine eigene Spalte, welche entsprechend anzuklicken ist. Dies führt dazu, dass bei ausländischen Beschäftigten sodann bereits vor Ablauf einer allfällig bestehenden Beschäftigungsbewilligung, nämlich zwei Monate vor entsprechendem Ablauf, eine automatische Meldung in Form eines Warnhinweises erfolgt. Durch diese abgegebene Meldung wird der Personalverrechner sodann in Kenntnis gesetzt, noch vor Ablauf der Beschäftigungsbewilligung eine neue, entsprechend den gesetzlichen Vorschriften zu beantragen bzw. einzuholen.

In der Vergangenheit hat dieses Personalverrechnungsprogramm stets problemlos funktioniert. In gegenständlichem Fall hätte das Computerprogramm bei dem ausländischen Beschäftigten aufgrund der Tatsache, dass die befristet ausgestellte Beschäftigungsbewilligung mit 31.05.2015 abläuft, zwei Monate vorher, nämlich im März 2015, eine entsprechende Warnung abgeben müssen. Dieses Kontrollsystem hat in der Vergangenheit stets problemlos funktioniert.“

3. Mit Schreiben vom 19.09.2016 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 einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 23.11.2016. An dieser nahmen der rechtsfreundliche Vertreter des Bf sowie ein Vertreter des Finanzamtes X als am Verfahren beteiligte Organpartei teil. Der Bf selbst und die Bezirkshauptmannschaft Linz-Land waren entschuldigt. Zudem wurden zwei Mitarbeiterinnen der Firma X aus dem Bereich Personalverrechnung als Zeuginnen vernommen.

4.1. Folgender Sachverhalt steht fest:
Nach einer Anzeige des AMS W wurde im Zuge einer Kontrolle nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz durch Organe der Finanzpolizei X am 13.01.2016 festgestellt, dass es der Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit Außenvertretungsbefugter der X HandelsgmbH zu verantworten hat, dass dieses Unternehmen den namentlich genannten bosnischen Staatsbürger zumindest von 1.06.2015 bis 19.11.2015 entgeltlich beschäftigt hat, obwohl für diesen Arbeitnehmer keine arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen vorlagen.
Das Dienstverhältnis mit dem bosnischen Studenten begann mit 01.06.2014. Er war geringfügig beschäftigt und es wurde ihm vom AMS W mit 23.05.2014 eine Beschäftigungsbewilligung – gültig für den Zeitraum 01.06.2014 bis 31.05.2015 – ausgestellt. Im Zuge der Ersteingabe der Daten in das EDV-System der Personalverrechnung der X HandelsgmbH wurde jedoch übersehen, dass dieser Drittstaatenangehöriger ist. Das war der Grund warum das Kontrollsystem nicht

aktiviert wurde und die Verantwortlichen nicht zeitgerecht erinnert hat, die Beschäftigungsbewilligung verlängern zu lassen.

Nachdem im Oktober 2015 firmenintern bekannt wurde, dass für den bosnischen StA keine Beschäftigungsbewilligung mehr vorhanden sei, wurde das Arbeitsverhältnis am 29.10.2015 aufgehoben. Die Sozialversicherung ist bis 19.11.2015 gelaufen.

Der Bf war in der X-Gruppe für Personalangelegenheiten zuständig. In der hierarchisch gegliederten Personalabteilung waren an die 20 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in der Lohnverrechnung tätig. Bei Neueinstellungen von ausländischem Personal wurde darauf geachtet, dass die Mitarbeiter entsprechende Papiere hatten und diese Genehmigungen wurden im Computersystem der Personalabteilung erfasst. Es gibt einen entsprechenden Punkt im Computersystem, in dem eingetragen wird, wenn z.Bsp. eine Genehmigung abläuft. Einen Monat vor Ablauf gibt es eine computermäßige Erinnerung, dass in diesem Fall etwas zu erledigen sei.
Beim gegenständlichen bosnischen StA wurde bei der Eingabe ins Computersystem übersehen, beim entsprechenden Punkt ein „Hakerl“ zu machen. Eine Kontrolle dieser Eingabe in das Computersystem hat nicht mehr stattgefunden.

4.2. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorliegenden Akt der belangten Behörde und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 23.11.2016.
In der mündlichen Verhandlung wurde das Kontrollsystem der Firma X Handels GmbH nochmals dargestellt und vorgebracht, dass die „Fehlerquote“ sehr gering sei – es handelt sich gegenständlich um den ersten Fall einer Übertretung nach dem AuslBG -, da an die 6.500 Mitarbeiter von der X-Gruppe verwaltet wurden und davon ein Drittel die ausländische Staatsbürgerschaft besitze.

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 ELP oder „Aufenthaltsbewilligung - Künstler" oder eine „Rot-Weiß-Rot - Karte plus", eine „Aufenthaltsberechtigung plus", einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger" oder „Daueraufenthalt - EU" besitzt.

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 (§ 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, und zwar bei ungerechtfertigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1.000 Euro bis zu 10.000 Euro, im Falle 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 Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4.000 Euro bis zu 50.000 Euro.

5.2. Die Beschäftigung des ausländischen Staatsangehörigen sowie das Nicht-vorliegen arbeitsmarktrechtlicher Papiere wird vom Bf nicht bestritten, so dass ihm die gegenständliche Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht anzulasten ist. Die Bf hat sich damit gerechtfertigt, dass die zuständige Mitarbeiterin irrtümlicherweise durch eine Konzentrationsschwäche das Anklicken der entsprechenden Leiste im Computerprogramm übersehen habe und dadurch das computergesteuerte Kontrollsystem nicht in Kraft gesetzt wurde.

5.3. 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.

Die dem Bf zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nach § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG gehört zu den so genannten "Ungehorsamsdelikten", da zu ihrer Strafbarkeit weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr erforderlich ist. In diesen Fällen hat im Sinne des zweiten Satzes des § 5 Abs. 1 VStG der Täter glaubhaft zu machen, dass ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften ohne sein Verschulden unmöglich gewesen ist (vgl. VwGH vom 16.12.2008, Zl. 2007/09/0290, und die dort wiedergegebene Judikatur). Der Bf hätte daher zu seiner verwaltungsstrafrechtlichen Entlastung darzutun und glaubhaft zu machen gehabt, warum es ihm ohne sein Verschulden unmöglich gewesen sei, sich den Anforderungen des AuslBG entsprechend zu verhalten, nämlich dafür Sorge zu tragen, dass eine dem Gesetz entsprechende Beschäftigung von Ausländern gewährleistet ist. Dabei hat in einem Unternehmen der mit der Einstellung neuer Arbeitnehmer Betraute dafür zu sorgen, dass nur Ausländer beschäftigt werden, die die Voraussetzungen nach § 3 Abs. 1 AuslBG erfüllen.

Zur Sicherstellung der Einhaltung dieser gesetzlichen Vorgaben gehört auch die Einrichtung eines effizienten Kontrollsystems für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften, was etwa dann vorliegt, wenn vor Arbeitsaufnahme die Überprüfung der Arbeitspapiere erfolgt und die lückenlose Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen auf effektive Weise überwacht worden wäre.
Dazu wird angemerkt, dass der Verwaltungsgerichtshof schon mehrfach ausgesprochen hat, dass ein Arbeitgeber nur dann entschuldigt ist, wenn er darlegt und glaubhaft gemacht hat, dass er Maßnahmen ergriffen hat, um die Einhaltung allfällig von ihm erteilter Anordnungen betreffend die Beachtung der Rechtsvorschriften über die Beschäftigung von Ausländern zu gewährleisten, insbesondere welche Kontrollen er eingerichtet und wie er sich vom Funktionieren des Kontrollsystems informiert hat (vgl. z.Bsp. VwGH vom 22.10.2003, Zl. 2000/09/0170, VwGH vom 10.12.2009, Zl. 2009/09/0230).
Es ist dem Bf jedoch mit seinem Vorbringen nicht gelungen, ein funktionierendes Kontrollsystem, durch welches die Einhaltung der einschlägigen Verwaltungsvorschriften jederzeit sichergestellt werden kann, glaubhaft zu machen. Deshalb kann von einem geringfügigen Verschulden im Sinne des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG nicht gesprochen werden (VwGH 22.10.2012, Zl. 2010/03/0065). Es reicht nicht aus, sich auf den automatisierten Alarm der EDV zu verlassen, ohne Maßnahmen zu ergreifen, die sicherstellen, dass die Eintragung von Fristen wie die des Ablaufs einer Beschäftigungsbewilligung tatsächlich und in konkreter Weise vorgenommen wurden, weil ohne Eintragung der Frist der Alarm gar nicht auslösen kann. (vgl. VwGH vom 15.09.2011, 2011/09/0146). Im gegenständlichen Fall ist es im Betrieb erst nach mehr als vier Monaten aufgefallen, dass die Beschäftigungsbewilligung mit 31.05.2015 geendet hat.

Somit ist dem Bf die angelastete Verwaltungsübertretung auch in subjektiver Hinsicht vorwerfbar.

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

Nach § 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. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.
Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist.

Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs. 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

Der Bf konnte glaubwürdig darlegen, dass die vorliegende Verwaltungsübertretung durch fahrlässiges Handeln zustande kam und seitens des Unternehmens ursprünglich eine gesetzeskonforme Vorgangsweise beabsichtigt war. Dies geht insbesondere aus der Anmeldung des gegenständlichen Ausländers zur Sozialversicherung hervor.
Begründend zu der nunmehr über den Bf verhängten Strafhöhe ist daher festzuhalten, dass aufgrund der besonderen Fallkonstellation und der Anmeldung des bosnischen StA beim zuständigen Sozialversicherungsträger (vgl. VwGH-Erkenntnis vom 18.09.2008, 2007/09/0365) eine Anwendung des § 20 VStG und die Herabsetzung der gesetzlichen Mindeststrafe bis zur Hälfte gerechtfertigt erscheint. Auch wurde noch vor der Kontrolle und Einleitung des Strafverfahrens der Fehler bemerkt und selbsttätig das Arbeitsverhältnis beendet. Einschlägige Vorstrafen liegen ebenfalls nicht vor.
Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Beschwerdeführer keine Kosten für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu entrichten. Der Kostenbeitrag für das Verfahren vor der belangten Behörde war aufgrund der Herabsetzung der verhängten Strafe mit 10 % der nunmehrigen Strafhöhe neu festzusetzen.

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.

Die Beschwerde/Revision ist nicht mehr zulässig, wenn nach Verkündung oder Zustellung des Erkenntnisses oder Beschlusses ausdrücklich auf die Beschwerde/Revision verzichtet wird. Der Verzicht auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof ist dem Verwaltungsgericht schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht auf die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof ist nach Zustellung der Ausfertigung des Erkenntnisses oder Beschlusses dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

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

H i n w e i s

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. Klempt