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-301486/2/SE/TO

Datum:
Linz, 18. September 2017

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Ellmer über die Beschwerde des B S D, R, T, vom 25. Februar 2017, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 23. Februar 2017, GZ: SanRB96-258-2016, wegen Übertretung des Ausländer-beschäftigungsgesetzes (AuslBG)

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 500 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe für den Fall der Uneinbringlichkeit auf 17 Stunden herabgesetzt wird. Im Übrigen wird das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

II. Der Kostenbeitrag zum Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde ermäßigt sich auf 50 Euro; für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat der Beschwerde-führer keinen Kostenbeitrag zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision 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 23. Februar 2017, SanRB96-258-2016, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 3 Abs. 1 iVm § 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 2.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 66 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag von 200 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Sie haben es als unbeschränkt haftender Gesellschafter und somit Außenvertretungsbefugter der D Handels KG mit Sitz in T, B, gemäß § 9 VStG strafrechtlich zu verantworten, dass diese Firma als Arbeitgeberin zumindest von 28.11.2015 bis 11.12.2015 den b Staatsangehörigen G K, geb. x, als Verkäufer, 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, noch 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 Linz durch eine Anzeige des AMS-Wien vom 23.9.2016 und durch Abfragen im Hauptverband festgestellt.“

In der Begründung führt die belangte Behörde unter Wiedergabe des Verfahrensganges zusammengefasst aus, dass sich der festgestellte Sachverhalt im Wesentlich auf die im Strafantrag der Finanzpolizei Team 40 übermittelten Erhebungsergebnissen stütze.

Hinsichtlich der Strafbemessung wurde festgehalten, dass weder straferschwerende noch strafmildernde Gründe gefunden worden wären.

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und Folgendes (wortwörtlich wiedergegeben) vorgebracht:
„Ich möchte gegen den Schreiben von 23.02.2016 Einspruch erheben, da uns der G K eine gültige Aufenthaltsgenehmigung damals gegeben hat. Davon sind wir ausgegangen das er einen Arbeitserlaubnis hätte.

Als wir nach einer Arbeitserlaubnis von ihm verlangt haben hat er uns versichert er werde es sicherlich nach 3 Tagen von der Behörde an uns weiterleiten. Aber nach einer genauen Untersuchung haben wir festgestellt das er auch keine Arbeitserlaubnis hat oder bekommen wird. Daher haben wir ihm auch so schnellst wie möglich abgemeldet.

Wir sind am Anfang davon ausgegangen das er einen Arbeitserlaubnis besitze weil jeder der eine gülte Aufenthaltsgenehmigung hat meistens auch einen Zugang zur Arbeitsmarkt hat.

Wir finden das ist nicht unsere Schuld weil wir haben ja auch ihm nach dem österreichischen Recht versucht ihn ordnungsgemäß anzumelden. Als wir mitbekommen haben das es gegen das Recht verstößt haben wir sofort ihn abgemeldet.

Wir hoffen das die Strafe hinfällig ist."

3. Mit Schreiben vom 2. März 2017 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 Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt und das Beschwerdevorbringen. Auf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 3 Z 1 VwGVG verzichtet werden. Der entscheidungsrelevante Sachverhalt ist aufgrund der Aktenlage ausreichend geklärt. Es waren vielmehr ausschließlich Rechtsfragen zu beantworten, zu denen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichthofes vorliegt.

4.1. Folgender Sachverhalt steht fest:
Der Finanzpolizei Team 40 für das Finanzamt Linz wurde am 23. September 2016 vom AMS Wien, Esteplatz, in einer Verständigung gemäß § 27 Abs. 2 AuslBG mitgeteilt, dass der Bf gegenständlichen Arbeitnehmer ohne arbeitsmarktrechtliche Bewilligung im Zeitraum vom 28. November 2015 bis 11. Dezember 2015 in seinem Betrieb beschäftigt hat.
Der Bf hat sich in der Folge damit gerechtfertigt, dass ihm der b Arbeitnehmer eine gültige Aufenthaltsbewilligung (Familiengemeinschaft (mit Studierenden)) gegeben habe und er davon ausging, dass der ausländische Staatsangehörige damit auch eine Arbeitserlaubnis habe. Nachdem der Bf festgestellt hatte, dass der Arbeitnehmer keine Arbeitserlaubnis habe, wurde dieser sofort abgemeldet.

4.2. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorliegenden Akt der Behörde und dem Beschwerdevorbringen, in dem vorgebracht wurde, dass der ausländische Arbeitnehmer eingestellt worden sei, da man von der Annahme ausging, dass eine gültige Aufenthaltsbewilligung automatisch eine Arbeitserlaubnis bedinge.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

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.

2. Die Beschäftigung der ausländischen Staatsangehörigen wird vom Beschwerdeführer nicht bestritten. Die gegenständliche Verwaltungsübertretung ist ihm somit in objektiver Hinsicht anzulasten.

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 Beschwerdeführer 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 Beschwerdeführer 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 ist in einem Unternehmen 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.

Hinsichtlich des Nichtvorliegens arbeitsmarktrechtlicher Papiere rechtfertigt sich der Beschwerdeführer damit, dass er angenommen habe, dass eine gültige Aufenthaltsbewilligung eine Arbeitserlaubnis bedinge.

Dazu darf angemerkt werden, 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 Beschwerdeführer 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). Vielmehr gesteht der Beschwerdeführer ein, dass er annahm, dass der namentlich angeführte Arbeitnehmer durch seine Aufenthaltsbewilligung Zugang zum Arbeitsmarkt habe. Damit liegt der Umstand, der im gegenständlichen Fall zu einer verbotenen Ausländerbeschäftigung geführt hat, im typischen Fehlerbereich, der durch zumutbare und leicht zu verwirkende Maßnahmen (z.Bsp. durch das Einholen von Informationen bei der WKO, beim AMS oder unter www.help.gv.at) ausgeschaltet hätte werden können. Der Beschwerdeführer hat sich den Verfahrensergebnissen zufolge als Arbeitgeber nicht ausreichend mit den Vorschriften des AuslBG vertraut gemacht. Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes darf eine Forderung, dass eine verantwortliche Person verpflichtet ist, sich mit den Bestimmungen über das AuslBG vertraut zu machen, einem Nichtjuristen gegenüber nicht überspannt werden. Dass es Voraussetzungen für die Beschäftigung von Ausländern aus Drittstaaten gibt, ist selbst ohne juristische Vorkenntnisse einfach und verständlich.

Dem Beschwerdeführer ist die angelastete Verwaltungsübertretung somit auch in subjektiver Hinsicht vorwerfbar.

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.

Zur Strafbemessung ist zunächst anzuführen, dass sich der Beschwerdeführer reumütig und geständig verhalten hat. Insbesondere trat zweifelsfrei hervor, dass er grundsätzlich bestrebt war, die gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten. Dies geht insbesondere aus der Anmeldung des gegenständlichen Ausländers zur Sozialversicherung hervor. Ihm ist jedoch im gegenständlichen Fall Fahrlässigkeit zur Last zu legen. Begründend zu der nunmehr über den Beschwerdeführer verhängten Strafhöhe ist daher festzuhalten, dass aufgrund der besonderen Fallkonstellation und der Anmeldung der b Staatsangehörigen beim zuständigen Sozialversicherungsträger (vgl. VwGH-Erkenntnis vom 18.9.2008, 2007/09/0365), der kurzen Dauer der Beschäftigung sowie der Unbescholtenheit die Herabsetzung der von der belangten Behörde verhängten Strafhöhe gerechtfertigt erscheint.

Von der Anwendung der Bestimmung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG (Absehen von der Fortführung des Strafverfahrens bzw. Erteilung einer Ermahnung) war Abstand zu nehmen, da die dafür erforderlichen kumulativen Voraussetzungen (geringe

Bedeutung des strafrechtlich geschätzten Rechtsgutes und Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat sowie geringes Verschulden) nicht gegeben sind.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

III. 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.

IV. 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 Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

## H i n w e i s e

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

2. 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

Mag. Ellmer