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-301541/5/BMa/JB**

Datum: **Linz, 17. Juli 2017**

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des W S, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. O S, W, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Eferding vom 30.03.2017, GZ: SanRB96-28-2017/EF, wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 31.05.2017

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) iVm § 38 VwGVG eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat 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 gem. § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 3 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 Straferkenntnis wurde der Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wie folgt schuldig erkannt und bestraft.

„Sie haben folgende Verwaltungsübertretung(en) begangen:

Sie haben nachstehende ausländische Staatsbürgerin beschäftigt, für die weder eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung, noch eine Anzeigenbestätigung ausgestellt wurde bzw. die weder eine für diese Beschäftigung gültige Rot Weiß Rot Karte, Blaue Karte EU oder eine Aufenthaltsbewilligung Künstler oder eine Rot Weiß Rot Karte plus, eine Aufenthaltsberechtigung plus, einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel Familienangehöriger oder Daueraufenthalt EU besitzt.

Arbeitnehmerin:	R A A, geb.19xx
Staatsangehörigkeit:	Nigeria
Beschäftigungszeitraum bzw. Tatzeit:	21.10.2016 – 31.10.2016; 04.11.2016 – 30.11.2016; 02.12.2016 – 31.12.2016
Tatort:	4612 Scharten 48

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a i.V.m. § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	gemäß
500,00 Euro	**33 Stunden**	§ 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:
50,00 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe, mindestens jedoch 10,00 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100,00 Euro);

Der zu zahlende **Gesamtbetrag** (Strafe/Kosten) beträgt daher **550,00 Euro**."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Mit der rechtzeitig eingebrachten Beschwerde vom 03.05.2017, die dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich gemeinsam mit dem Bezug habenden Verwaltungsakt vorgelegt wurde, wurde abschließend der Antrag auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, die ersatzlose Behebung des angefochtenen Bescheids und Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens gestellt.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt der belangten Behörde und am 31.05.2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der der Bf und ein Vertreter des Finanzamtes gekommen sind.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Die Studentin A R A, eine nigerianische Staatsbürgerin, war zur Tatzeit im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung und hat sich beim AMS erkundigt, in welcher Form sie in legaler Weise in Österreich arbeiten kann. Der Bf wurde von ihr dahingehend informiert, dass sie bereits bei mehreren Arbeitgebern mit Dienstleistungsscheck gearbeitet hatte.
Der Bf wollte A legal mit Bezahlung über Dienstleistungsscheck beschäftigen und hat sich diesbezüglich im Internet informiert. Dabei ist er auch auf die Homepage „Dienstleistungsscheck-Online" des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz gestoßen. Er hat sich auf dieser Homepage registriert und in Papierform, durch einen Brief, die Zugangsdaten zu diesem Portal übermittelt bekommen.
Als er sich als identifizierter Benutzer eingeloggt hatte, hat er die Sozialversicherungsnummer von A angegeben und konnte einen Dienstleistungsscheck auf dieser Homepage für A kaufen. Die Bezahlung der A erfolgte ebenfalls über diese Homepage des Bundesministeriums, sodass der Bf keine Bedenken an der Rechtmäßigkeit der Anstellung der A hatte.
Informationen über die Voraussetzung einer Beschäftigungsbewilligung für A sind auf dieser Homepage nicht unmittelbar abrufbar.
Bei Aufruf der Internetseite des Dienstleistungsschecks-Online erscheint die Startseite für die Versicherungsanstalt für Eisenbahn und Bergbau. Beim Öffnen des Buttons „Fragen und Antworten" wird unter anderem die Frage aufgeworfen „Was bewirkt der Dienstleistungsscheck?". Als Antwort wird gegeben „Er macht aus ‚Schwarzarbeiter' legale Arbeitnehmer und darf natürlich nur Arbeitskräften mit freiem Arbeitsmarktzugang (nähere Details in dieser Broschüre bzw. unter www.bmask.gv.at) gegeben werden". Unter dem angeführten Link www.bmask.gv.at kommt man zum Link „Arbeitsmarktzugang für Schülerinnen, Studierende und Studienabsolventinnen" vom Sozialministerium.
Bei Aufruf dieses Links erscheint die Homepage www.sozialministerium.at/site/. Auf dieser Startseite muss unter Suche angegeben werden: „Arbeitsmarktzugang". Dort ist die Voraussetzung der Beschäftigungsbewilligung angeführt. Ohne Eingabe des Wortes „Arbeitsmarktzugang" auf dieser Homepage ist die Information alleine aufgrund des Aufrufens des Links, der auf der Homepage des Dienstleistungsschecks ersichtlich ist, nicht abrufbar.

Aus den vom Sozialministerium unter der Homepage „www.sozialministerium.at" zur Verfügung gestellten Informationen ergibt sich, dass für eine Beschäftigung von Schülerinnen und Studierenden aus Drittstaaten oder Kroatien, die dem Ausländerbeschäftigungsgesetz unterliegen, für eine Beschäftigung in Österreich (auch für eine geringfügige) eine Beschäftigungsbewilligung benötigt wird. Für eine Beschäftigung bis zu zehn Wochenstunden können Beschäftigungsbewilligungen ohne Arbeitsmarktprüfung erteilt werden.
Über die Startseite des AMS unter dem Button „Unternehmen, AusländerInnen, Zugangsberechtigungen" und dem Link „Ausländische Studierende" ist die Information abrufbar, dass für ausländische Studierende der Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung vom österreichischen Arbeitgeber an die regionale Geschäftsstelle zu stellen ist, in deren Sprengel der Arbeitsort sein soll.

Der Bf hat nicht beim AMS angefragt, ob eine Beschäftigungsbewilligung für A zu erwirken ist. Er hat die nigerianische Staatsangehörige A zu den vorgeworfenen Tatzeiten ohne Beschäftigungsbewilligung mit Dienstleistungsscheck beschäftigt.

Dem Bf war es wichtig, sich rechtskonform zu verhalten. Aus diesem Grund hat er A über die durch die Homepage des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz zur Verfügung gestellte Möglichkeit, unter Angabe von deren Sozialversicherungsnummer, eingeladen, für ihn zu arbeiten und er hat sie über diese Homepage mit Dienstleistungsscheck bezahlt.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung ergibt. In dieser Verhandlung wurde anhand der technisch zur Verfügung stehenden Mittel, die in den Feststellungen ersichtlichen Abrufmöglichkeiten der Homepage „Dienstleistungsscheck online" nachvollzogen.
Dass der Bf A ohne Beschäftigungsbewilligung beschäftigt und mit dem Dienstleistungsscheck entlohnt hat, ist nicht strittig.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

3.3.1. Rechtsgrundlagen

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" (§ 41a NAG) oder ein Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-

EG" (§ 45 NAG) oder ein Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG 1997) ausgestellt wurde, 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.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind.

3.3.2. Wie sich aus den Feststellungen ergibt, hat der Bf durch die Beschäftigung der nigerianischen Studentin A ohne Beschäftigungsbewilligung rechtswidrig gehandelt und damit das Tatbild der ihm vorgeworfenen Strafnorm erfüllt.

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. 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 (sog. „Ungehorsamsdelikt").

Nach Abs. 2 leg. cit. entschuldigt Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte.

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (vgl. VwGH 23.12.1991, 88/17/0010 mwN).

Wie sich aus den Feststellungen ergibt, war es dem Bf möglich, über die Homepage des Sozialministeriums personenbezogen unter Eingabe der Daten der Arbeitnehmerin, einen Dienstleistungsscheck zur Bezahlung dieser zu erwerben und darüber hinaus erfolgte die Bezahlung an die Arbeitnehmerin auch über die erwähnte Homepage. Ein Hinweis, dass zur ordnungsgemäßen Beschäftigung der Arbeitnehmerin neben dem Dienstleistungsscheck noch eine Meldung an das AMS erforderlich gewesen wäre – die Beschäftigungsbewilligung wäre ohne weiteres Prüfverfahren nach den im Internet abrufbaren Informationen erteilt worden –

konnte über die Homepage „Dienstleistungsscheck-Online" des Sozialministeriums aufgrund von vorhandenen Links nicht ohne Eingabe eines weiteren Suchworts festgestellt werden.
Auch auf der Homepage des AMS ist die Information, dass eine Beschäftigungsbewilligung für Studierende erforderlich ist, nur unter Rubrik „Unternehmen, AusländerInnen, Zugangsberechtigungen " abrufbar, sodass dies für einen Privaten, der eine Entlohnung mittels Dienstleistungsscheck vornehmen möchte, kein offensichtlicher Zugang zu dieser Information darstellt.

Für einen rechtlichen Laien im Privatbereich sind die Anforderungen hinsichtlich des Sorgfaltsmaßstabs nicht in gleicher Strenge zu beurteilen, wie jene der auf Gewinn gerichtete Handlungen eines Unternehmens.
Es würde eine Überforderung der Kriterien des Sorgfaltsmaßstabes bedeuten, wenn nicht nur leichteste Fahrlässigkeit angenommen würde, bei personenbezogenem Kauf von Dienstleistungsschecks über eine Servicehomepage eines Ministeriums, über das Informationen zum gesetzeskonformen Verhalten hinsichtlich Ausländerinnen nicht direkt über vorhandene Links abrufbar sind, sondern nur über Eingabe eines zusätzlichen Suchbegriffs. Denn der Kunde, der diese Homepage bedient, müsste bereits Kenntnis von der Unvollständigkeit der Information haben, um die für ihn notwendige Information abzurufen. Aber auch das Abrufen der erforderlichen Information über die Homepage des AMS ist für Privatpersonen erschwert, weil diese dort nicht explizit genannt sind.

In diesem Zusammenhang ist auch das Erkenntnis des VwGH vom 25.01.2013, GZ: 2010/09/0174, zu berücksichtigen, in dem Folgendes ausgeführt wird:
„Auf dem Boden der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes durften nämlich ‚nur im Falle der Erteilung einer, auf einer vollständigen Sachverhaltsgrundlage erteilten unrichtigen Rechtsauskunft der zuständigen Behörde im Vertrauen auf die Auskunft erfolgte Gesetzesverstöße nicht als Verschulden angerechnet werden, … weil es aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung bekannt ist, dass die Beschäftigung eines Ausländers grundsätzlich einer verwaltungsbehördlichen Bewilligung bedarf'. Als zuständige Behörde in diesem Sinne wurde vom Verwaltungsgerichtshof im Zusammenhang mit Auskünften über die Zulässigkeit der Beschäftigung von Ausländern nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz, die ‚Arbeitsmarktbehörde', näherhin die örtlich zuständige Behörde erster Instanz, die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice konkretisiert (vgl. zum Ganzen etwa die hg. Erkenntnisse vom 20.5.1998, Zl. 97/09/0241, vom 10.2.1999, Zl. 98/09/0298, vom 15.12.2011, Zl. 2009/09/0004, vom 18.9.2008, Zl. 2008/09/0187 und vom 12.7.2011, Zl. 2008/09/0370)."

Der Bf hat sich zwar nicht selbst zum AMS begeben, sondern Informationen über das Internet von den Serviceseiten des Sozialministeriums abgerufen. Ein Zusammenhang mit der nach dem VwGH „zuständigen Behörde erster Instanz",

dem AMS, und dem Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz besteht insofern, als das Arbeitsmarktservice unter der Aufsicht dieses Bundesministeriums als Dienstleistungsunternehmen steht.
Das Verschulden des Bf hinsichtlich der ihm vorgeworfenen Verwaltungsübertretung ist daher, auch unter Berücksichtigung des vorerwähnten höchstgerichtlichen Erkenntnisses im Bereich leichtester Fahrlässigkeit einzustufen.

Weil nach den Darstellungen im Internet die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für ausländische Studentinnen und Studenten, die nicht mehr als zehn Wochenstunden arbeiten, ohne weiteres Prüfverfahren erfolgt wäre, und damit die Erteilung der Beschäftigungsbewilligung nur einen Antrag des Bf erfordert hätte, ist die Intensität der Beeinträchtigung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts durch die fehlenden Antragstellung und dessen Bedeutung in diesem konkreten Zusammenhang als gering einzustufen.

Damit aber liegen alle Voraussetzungen für eine Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG vor, sodass trotz festgestellter Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Bf das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen war.
Die Erteilung einer Ermahnung konnte unterbleiben, hat der Bf doch – nachweislich – dargetan, dass er versucht hat, sich vollkommen rechtskonform zu verhalten.

Zu II.

Weil die Beschwerde Erfolg hatte, waren keine Kosten für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorzuschreiben. Ebenso entfällt der Kostenbeitrag für das Verfahren vor der belangten Behörde.

Zu 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.

Rechtsmittelbelehrung

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. 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.

Hinweis

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bergmayr-Mann