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-301653/6/Py/FE

Datum:
Linz, 20. September 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde des Herrn Dr. H H, E, O, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 26. Juli 2017, GZ: SanRB96-168-2017/Gr, wegen Verwaltungsübertretung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG)

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 500 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 17 Stunden herabgesetzt wird. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Der Kostenbeitrag für das Verfahren vor der belangten Behörde wird auf 50 Euro herabgesetzt.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche 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 26. Juli 2017, GZ: SanRB96-168-2017/Gr, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretung nach § 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz 1975 (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975 idgF, eine Geldstrafe in Höhe von 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe in Höhe von 33 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 100 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben es als Arbeitgeber strafrechtlich zu verantworten, dass Sie zumindest von 1.3.2016 bis 30.8.2016 die x Staatsangehörige Frau A H, geb. x, als Au Pair Mädchen in O, E, jedenfalls im Sinne des § 1152 ABGB entgeltlich beschäftigten, obwohl für diese Ausländerin weder eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde, noch diese Ausländerin 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, sowie durch eine niederschriftliche Einvernahme mit Ihnen am 1.6.2017 in L, B, festgestellt.“

In der Begründung führt die belangte Behörde unter Wiedergabe des Verfahrensganges und der Rechtsgrundlagen zusammengefasst aus, dass die gegenständliche Verwaltungsübertretung dem Beschuldigten auf Grund der Feststellungen des Finanzamtes zur Last gelegt wurde. Dass der Beschuldigte Frau H während des genannten Zeitraums ohne entsprechende arbeitsmarktrechtliche Bewilligung beschäftigt habe, wurde nicht bestritten. Das Vorbringen, wonach das Visum von Frau H bis 30.8.2016 gültig war, entbindet den Beschuldigten nicht von seiner Verpflichtung, auch das Vorliegen einer entsprechenden Arbeitsbewilligung zu überprüfen.

Zur verhängten Strafhöhe wird ausgeführt, dass sich die Sorgepflicht sowie das Geständnis des Bf als strafmildernd auswirken. Auf Grund der langen Beschäftigungsdauer sei jedoch eine Herabsetzung der gesetzlichen Mindeststrafe nicht möglich. Sonstige strafmildernde oder straferschwerende Gründe seien nicht hervorgekommen.

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig vom Bf eingebrachte Beschwerde vom 17. August 2017. Darin führt der Bf zusammengefasst aus, dass für die

ausländische Staatsangehörige von der BH Linz-Land das Visum nicht entsprechend den üblichen Gepflogenheiten nur für die Dauer der Beschäftigungsbewilligung, sondern für ein ganzes Jahr ausgestellt wurde. Der Bf habe sich daher als Dienstgeber in falscher Sicherheit bewogen.

Zudem wurde nicht berücksichtigt, dass ein Vorsatz gänzlich fehlt. Bei allen Au-pair-Beschäftigungsverhältnissen davor und danach wurden die Regeln eingehalten und für die volle Dauer die AMS-Bewilligungen eingeholt, was durch die der Beschwerde beiliegende Anzeigenbestätigung für die auf Frau H folgende Au-pair-Kraft unter Beweis gestellt wird.

Der Umstand, dass das Übersehen der Frist nicht zuletzt durch ein Versehen der belangten Behörde zustande kam, sei als strafmildernd zu werten. Auch würden keine spezialpräventiven Gründe für die Verhängung einer Strafe in der gegenständlichen Höhe vorliegen, da - wie der beiliegenden AMS-Bestätigung zu entnehmen ist - eine Wiederholung der Tat nicht stattgefunden hat und auch nie beabsichtigt war, weshalb der Hauptgrund für die Verhängung einer derart hohen Strafe wegfällt. Zu keinem Zeitpunkt war eine illegale Beschäftigung beabsichtigt.

3. Mit Schreiben vom 23. August 2017 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses ist gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht. Der Finanzpolizei Team 40 für das Finanzamt Linz wurde mit Schreiben vom 29. August 2017 als am Verfahren beteiligte Organpartei die gegenständliche Beschwerde zur Kenntnis gebracht.

Mit Schreiben vom 1. September 2017 führte die Finanzpolizei zusammengefasst aus, dass im Schreiben des Ausländerfachzentrums vom 22. Juni 2015 an Frau E H MSc ausdrücklich angegeben wurde, dass eine Anzeigebestätigung und somit Arbeitsbewilligung für Frau H lediglich für den Zeitraum 1.9.2015 bis 29.2.2016 ausgestellt wird. Da die belangte Behörde lediglich die Mindeststrafe in Höhe von 1.000 Euro verhängte, obwohl als Erschwerungsgrund ein relativ langer Beschäftigungszeitraum vorliegt, könne einer Herabsetzung der Strafhöhe bzw. Einstellung des Verfahrens nicht zugestimmt werden und wird die Fortsetzung des Verfahrens bzw. Anerkennung des Straferkenntnisses vom 26. Juli 2017 beantragt.

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

Der Bf beschäftigte die x Staatsangehörige Frau A H, geboren am x, in der Zeit vom 1.3.2016 bis 30.8.2016 in O, E, als Au-pair-Kraft. Eine arbeitsmarktbehördliche Bewilligung für diese Beschäftigung lag nicht vor.

Der Ehegattin des Bf, Frau E H MSc, wurde davor vom AMS Traun mit Schreiben vom 22. Juni 2015 für die Zeit vom 1.9.2015 bis 29.2.2016 eine Anzeigebestätigung für Frau H gemäß § 1 Z 10 der Ausländer-beschäftigungsverordnung ausgestellt.

Frau H wurde in der Zeit vom 1.3.2016 bis 30.8.2016 vom Bf als Dienstgeber bei der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse zur Sozialversicherung gemeldet.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt, insbesondere dem Strafantrag der Organpartei vom 8. Juni 2017 samt Beilagen und den von den Parteien vorgelegten Urkunden und Unterlagen und ist in dieser Form unbestritten.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. Gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl. I Nr. 72/2013 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.

Nach § 3 Abs. 1 leg. cit. 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.

5.2. Vom Bf wurde nicht bestritten, dass er im angeführten Zeitraum die im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses angeführte ausländische Staats-angehörige ohne arbeitsmarktbehördliche Bewilligung beschäftigt hat.

Der objektive Tatbestand der gegenständlichen Verwaltungsübertretung ist daher als erfüllt zu werten.

5.3. Der Bf bestreitet jedoch sein Verschulden am Zustandekommen der gegenständlichen Verwaltungsübertretung und bringt vor, dass er nicht vorsätzlich gehandelt habe und die unberechtigte Beschäftigung zudem auf Grund des Umstandes hervorgerufen wurde, dass die der Ausländerin ausgestellte Aufenthaltsberechtigung über den Zeitraum der arbeitsmarktbehördlichen Bewilligung - entgegen den bisherigen Gepflogenheiten - hinaus reichte.

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 (Ungehorsamsdelikt).

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. Dies hat in erster Linie durch geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringung von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die "Glaubhaftmachung" nicht.

Es ist daher zu prüfen, ob sich der Bf entsprechend sorgfältig verhalten hat, um glaubhaft machen zu können, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Mit seinem Vorbringen, er habe nicht vorsätzlich gehandelt, vermag der Bf ein mangelndes Verschulden nicht darlegen, zumal auch für die gegenständliche Verwaltungsübertretung gemäß § 5 Abs. 1 VStG schon fahrlässiges Handeln genügt. Er ist aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung bekannt, dass die Beschäftigung eines Ausländers grundsätzlich einer verwaltungsbehördlichen Bewilligung bedarf (VwGH 2010/09/0063 v. 22.4.2010). Ein Arbeitgeber ist verpflichtet, sich mit den gesetzlichen Grundlagen, die für die Beschäftigung von ausländischen Staatsangehörigen gelten, ausreichend auseinander zu setzen, denn die verschuldete Unkenntnis einer Vorschrift befreit nicht von Schuld (VwGH 97/09/0281 v. 7.7.1999). Der Umstand, dass eine fremdenpolizeiliche Aufenthaltsgenehmigung vorliegt, bedingt nicht, dass mit dieser auch ein unbeschränkter Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt verbunden ist. Dies müsste dem Bf umso mehr bewusst gewesen sein, als das zuständige Arbeitsmarktservice - der Ehegattin des Bf - eine Anzeigebestätigung für die gegenständliche ausländische

Staatsangehörige mit Schreiben vom 22. Juni 2015 für das Au-pair-Verhältnis ausdrücklich nur für die Zeit vom 1.9.2015 bis 29.2.2016 ausgestellt hat. Somit war klar ersichtlich, dass ab 1. März 2016 keine arbeitsmarktbehördliche Bewilligung für die Beschäftigung von Frau H im Haushalt des Bf mehr vorlag.

Die gegenständliche Verwaltungsübertretung ist dem Bf daher auch in subjektiver Hinsicht zuzurechnen und ist ihm fahrlässige Tatbegehung vorzuwerfen.

6. 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 Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten 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 der Entscheidung 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.

Die belangte Behörde hat über den Bf die gesetzlich vorgeschriebene Mindeststrafe in Höhe von 1.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 33 Stunden) verhängt. Zwar ist die Dauer der unberechtigten Beschäftigung als Straferschwerungsgrund zu werten, als Milderungsgrund kommt dem Bf jedoch seine Unbescholtenheit und sein Geständnis sowie der Umstand zugute, dass die gegenständliche ausländische Staatsangehörige während der Dauer der unberechtigten Beschäftigung durchgehend zur Sozialversicherung angemeldet war. Der Bf konnte zudem glaubwürdig darlegen, dass sowohl davor als auch danach für die Beschäftigung der Au-pair-Verhältnisse alle erforderlichen behördlichen Bewilligungen eingeholt wurden.

Gemäß § 20 VStG kann die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen oder der Beschuldigte ein Jugendlicher ist.

Für das beträchtliche Überwiegen der Milderungsgründe gegenüber den Erschwerungsgründen kommt es nicht auf die Zahl der Milderungs- und Erschwerungsgründe, sondern ausschließlich auf deren Bedeutung – somit dem Gewicht nach – im Rahmen des konkret erhobenen Sachverhaltes an und ist danach zu beurteilen (vgl. u.a. VwGH 92/02/0095 v. 27.2.1992, Ra 2015/07/0096 v. 29.7.2015).

Im Hinblick auf die vorliegende Fallkonstruktion erscheint es daher - insbesondere unter Berücksichtigung der durchgehenden Anmeldung der Ausländerin während der unberechtigten Beschäftigung zur Sozialversicherung (vgl. VwGH 2002/09/0136 v. 24.4.2006) - angemessen und gerechtfertigt, unter Anwendung des § 20 VStG die von der Behörde verhängte gesetzliche Mindeststrafe auf das nunmehrige Ausmaß herabzusetzen. Nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich ist damit eine ausreichende Sanktion gesetzt, um dem Bf die Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens eindringlich vor Augen zu führen und ihn künftig zu einem gesetzeskonformen Verhalten anzuleiten. Gleichzeitig wird er jedoch darauf aufmerksam gemacht, dass in Zukunft bei neuerlichen Übertretungen mit empfindlich höheren Strafen zu rechnen ist.

Ein Vorgehen nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG (Absehen von der Strafe) war nicht in Erwägung zu ziehen, da die für die Anwendung dieser Bestimmung erforderlichen kumulativen Voraussetzungen nicht vorliegen, zumal die Tat nicht hinter dem delikttypischen Unrechts- und Schuldgehalt zurückblieb und bei der illegalen Beschäftigung einer Arbeitskraft der zu erwartende volkswirtschaftliche Schaden nicht unbedeutend ist.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

II.:
Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Beschwerdeführer keinen Kostenbeitrag zum Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten. Der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde verringert sich gemäß § 64 Abs. 2 VStG auf 50 Euro, das sind 10 % der nunmehr verhängten Geldstrafe.

III.:
Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG 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, in der Entscheidung zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen und liegen zudem 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

Dr. Panny