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-301485/7/BMa/PP

Datum:
Linz, 16. Februar 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde der M S, nunmehr vertreten durch Mag. Dr. M E, Rechtsanwalt in L, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 23. Jänner 2017, SanRB96-198-2016/Gr, wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 12. Dezember 2017

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben als die verhängte Geldstrafe auf 1.500 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 25 Stunden herabgesetzt werden.

II. Die Beschwerdeführerin hat folgende Kosten zu tragen:
Die Kosten für das Verwaltungsverfahren vor der belangten Behörde ermäßigen sich auf 150 Euro. Für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist kein 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

Zu I.:

1. Mit dem in der Präambel angeführten Strafbescheid wurde die Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) wie folgt schuldig gesprochen und bestraft:

„Sie haben es als handelsrechtliche Geschäftsführerin und somit Außenvertretungsbefugte der H GmbH mit Sitz in E, D, gemäß § 9 VStG strafrechtlich zu verantworten, dass diese Firma als Arbeitgeberin zumindest von 21.4.2016 bis 29.6.2016 den bosnischen Staatsangehörigen B D, geb. x, als Kraftfahrer, 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 bei einer Kontrolle am 29.6.2014 im o.a. Unternehmen durch eine niederschriftliche Befragung des Prokuristen und durch eine Anzeige des AMS festgestellt.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 3 Abs. 1, i.V.m. § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a) Ausländerbeschäftigungsgesetz 1975 (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975, i.d.g.F.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung werden über Sie folgende Strafen verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Gemäß
2.000,-- €	33 Stunden	§ 28 Abs. 1 Z. 1 lit.a AuslBG i.d.g.F.

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) 10 % der Strafe, das sind 200,- €, als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 2.200,-- €"
[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. Mit dem per Mail rechtzeitig eingebrachten Einspruch, der als Beschwerde gewertet wird, wurde abschließend die Aufhebung des Straferkenntnisses beantragt.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich entscheidet gemäß § 2 VwGVG durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin. Es wurde Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt der belangten Behörde und am 12. Dezember 2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der der rechtsfreundliche Vertreter der Bf und ein

Vertreter der Organpartei gekommen sind. Als Zeugen wurden G S und G K-S einvernommen.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird festgestellt:

M S ist handelsrechtliche Geschäftsführerin der Firma H GmbH mit Sitz in E, D. Der bosnische Staatsangehörige B D hat sich an den Prokuristen der H GmbH, den Ehegatten der Bf, G S, der auch für Personalangelegenheiten firmenintern zuständig ist, gewandt, zumal D als Strafgefangener die Möglichkeit offen gestanden war, mit einer Fußfessel einer Arbeit nachzugehen. Weil er schon zu einem früheren Zeitpunkt als Kraftfahrer bei der H GmbH gearbeitet hatte, hat sich der für Personalangelegenheiten zuständige Prokurist bereit erklärt, diesen mit Fußfessel zu beschäftigen. Daraufhin haben sich Vertreter des Vereins N, die Strafgefangene bei der Eingliederung in den Arbeitsprozess begleiten, bei G S gemeldet und sich erkundigt, ob mit D ein Arbeitsverhältnis begründet wurde. Anfang April hat es einen Mail-Verkehr über die Arbeitsaufnahme des D und die Bedingungen der Arbeitsaufnahme hinsichtlich der gezahlten Summe und des Anlegens der Fußfessel gegeben. Über das Erfordernis der Einholung einer arbeitsmarktrechtlichen Bewilligung zur Beschäftigung des D wurde per Mail nicht kommuniziert. Beim Verein N gibt es auch kein Organisationshandbuch oder eine dienstliche Anweisung, das Vorliegen arbeitsmarktrechtlicher Bewilligungen, die vom Arbeitgeber einzuholen sind, zu überprüfen. Der Verein N ist kein Arbeitsvermittler, sondern begleitet lediglich die Strafgefangen bei der Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess. D hat die Arbeit in der Firma H GmbH angetreten, ohne im Besitz einer entsprechenden arbeitsmarktrechtlichen Genehmigung gemäß dem AuslBG zu sein. Der Prokurist war der Meinung, dass eine solche nicht benötigt werde, weil D seine Arbeit aus der Justizanstalt heraus mit einer Fußfessel angetreten hat und bei der Arbeitseingliederung vom Verein N begleitet wurde.
Die Bf ist firmenintern für das Rechnungswesen zuständig.
Das Vorliegen eines Kontrollsystems, das eine effektive Kontrolle der Einhaltung der Vorschriften des AuslBG gewährleisten würde, wurde gar nicht behauptet. Erkundigungen über eine Beschäftigung eines ausländischen Strafgefangen, der eine Fußfessel trägt, wurden beim AMS nicht eingeholt.
Die illegale Beschäftigung nach dem AuslBG ist im Zuge der Kontrolle durch das Finanzamt zu Tage getreten und das Beschäftigungsverhältnis mit D wurde daraufhin sofort beendet.
Die Bf ist bereits einschlägig vorbestraft.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorgelegten Verwaltungsakt der belangten Behörde und dem Ergebnis der am 12. Dezember 2017 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung

ergibt. Der objektive Tatbestand, nämlich die Beschäftigung des bosnischen Staatsangehörigen D vom 21. April 2016 bis 29. Juni 2016 als Kraftfahrer ohne Vorhandenseins entsprechender arbeitsmarktrechtlicher Genehmigungen wurde von der Bf nicht bestritten.
Die Feststellungen zum Aufgabenbereich des Vereins N beruhen auf den glaubwürden Aussagen der in der mündlichen Verhandlung vernommenen Zeugin. Ebenfalls glaubwürdig sind die Aussagen des Zeugen S zum Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses mit D.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

3.3.1. Gemäß § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975 idgF 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 "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt" 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.

Gemäß § 2 Abs. 4 1. Satz AuslBG 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) erteilt, noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c) oder eine "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt" (§ 8 Abs. 2 Z 3 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.

3.3.2. Wie sich aus den Feststellungen ergibt, wurde der bosnische Staatsangehörige B D von der Firma der Bf beschäftigt, deren handelsrechtliche Geschäftsführerin und somit verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche gemäß § 9 VStG die Bf ist. Dass eine entsprechende Genehmigung nach dem AuslBG für den Bosnier für die Tätigkeiten in der Firma der Bf vorgelegen wäre, hat das Beweisverfahren nicht hervorgebracht. Die Bf hat damit das Tatbild der vorgeworfenen Verwaltungsnorm erfüllt.

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.

3.3.4. Die Beschwerde bringt vor, dass der Prokurist der Firma H GmbH, dessen Handeln der Bf zuzurechnen ist, davon ausgegangen war, keine Beschäftigungsbewilligung für D zu benötigen, weil dieser als Arbeitnehmer mit Fußfessel bei ihm gearbeitet hat und bei der Arbeitseingliederung durch den Verein N begleitet wurde. Damit aber hat dieser zum Ausdruck gebracht, dass er sich in einem vorwerfbaren Rechtsirrtum befunden hat. Die Bf als handelsrechtliche Geschäftsführerin hat kein entsprechendes Kontrollsystem installiert, das verhindert hätte, dass eine Beschäftigung ohne entsprechende arbeitsmarktrechtliche Genehmigung in ihrem Betrieb stattfinden kann. Die Bf hat damit fahrlässig gehandelt und auch die subjektive Tatseite der vorgeworfenen Verwaltungsübertretung erfüllt.

3.3.5. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG idgF sind Grundlagen 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.

Die Bf hat den von der belangten Behörde angenommenen geschätzten Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen (Einkommen von 2.000 Euro netto pro Monat, kein Vermögen und keine Sorgepflichten) nichts entgegengehalten. Diese Feststellungen werden daher auch dem Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zugrunde gelegt.

Gemäß § 20 VStG kann die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden, unter anderem wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen. Die belangte Behörde hat bei der Strafbemessung den qualifizierten Fall einer Wiederholungstat zugrunde gelegt und die Mindeststrafe verhängt.
Straferschwerend ist zu werten, dass das AuslBG von der Bf bereits in zwei Fällen übertreten wurde sowie die Dauer der illegalen Beschäftigung von zirka zwei Monaten.
Strafmildernd hingegen ist zu berücksichtigen, dass der Prokurist der Firma der Bf die Tat in einem die Schuld nicht ausschließenden Rechtsirrtum begangen hat und nachdem dieser ihm zur Kenntnis gelangt war, sich sofort bemüht hat, weitere nachteilige Folgen zu verhindern, indem er das illegale Beschäftigungsverhältnis sofort beendet hat. Darüber hinaus ist zu werten, dass die Tat aus achtenswerten Beweggründen begangen wurde, nämlich zur Eingliederung eines Strafgefangen in den Arbeitsprozess.

Bei Abwägung der Straferschwerungs- gegenüber den Strafmilderungsgründen ist von einem Überwiegen letzterer, insbesondere wegen Vorliegens eines (vorwerfbaren) Rechtsirrtums auszugehen, sodass, unter Anwendung des § 20 VStG die Mindeststrafe um 500 Euro unterschritten werden konnte. Eine weitere Herabsetzung des Strafausmaßes ist aus spezial- aber auch aus generalpräventiven Gründen jedoch nicht möglich. Der Vertreter des Finanzamts hat einer Unterschreitung der Mindeststrafe in der öffentlichen mündlichen Verhandlung in diesem Ausmaß zugestimmt.

Zu II.:
Weil die Beschwerde teilweise Erfolg hatte, waren keine Kosten für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorzuschreiben und die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens entsprechend herabzusetzen.

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.

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. Bergmayr-Mann