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-301540/5/BMa

Datum:
Linz, 26. März 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde der B M, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. R M, LL.M., X 2, E, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Eferding vom 31. März 2017, GZ: SanRB96-65-2016/EF, wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als der Strafausspruch aufgehoben, der Beschwerdeführerin aber unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens eine Ermahnung erteilt wird.

II. Der Kostenbeitrag zum erstinstanzlichen Verfahren entfällt. Für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die Beschwerdeführerin 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

Zu I.:

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

„Sie haben es als Arbeitgeber zu verantworten, dass der unten angeführte k Staatsangehörige auf Ihrer Baustelle in X 93, P, in einem Arbeitsverhältnis beschäftigt wurde, ohne dass für diesen Ausländer vom Arbeitsmarktservice eine entsprechende Bewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz ausgestellt worden ist, obwohl ein Arbeitgeber einen Ausländer nur beschäftigen darf, 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 oder einen Aufenthaltstitel "Familienangehöriger" oder "Daueraufenthalt - EU" besitzt.

Unerlaubt beschäftigter Arbeitnehmer:

Name: M L, geb. x
Staatsangehörigkeit: K
Tatzeit: 23.11.2016, ab 7.30 Uhr
Tatort: Baustelle X 93, P

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
1.000,00 Euro	33 Stunden	§ 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG

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

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher 1.100,00 Euro.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Begründend führt die belangte Behörde unter Wiedergabe des Verfahrensgangs und der Rechtsgrundlagen zum Tatvorwurf im Wesentlichen aus, es sei von einem Beschäftigungsverhältnis auszugehen, weil es sich um keine bloße Nachbarschaftshilfe, sondern um eine entgeltliche Beschäftigung gehandelt habe. Zur subjektiven Tatseite wurde im Wesentlichen angeführt, dass die Bf es

unterlassen habe, entsprechende Auskünfte betreffend die Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften einzuholen.
Von der belangten Behörde wurde die Mindeststrafe verhängt.

1.3. In der rechtzeitig eingebrachten Beschwerde bringt die Bf zusammengefasst vor, sie sei zwar Hälfteeigentümerin der Liegenschaft, aber mit der Baustelle nicht befasst gewesen. Sie habe mit den Agenden, die den Bau des Einfamilienhauses betrafen, nichts zu tun gehabt, ihre Aufgabe sei es gewesen, die Kinder zu betreuen und den Haushalt zu führen. Die Angelegenheiten auf der Baustelle seien ausschließlich vom Gatten der Bf, N M, erledigt worden und nur dieser sei als Auskunftsperson bei der Niederschrift herangezogen worden.
Zwar habe die Bf auf Aufforderung der Finanzpolizei als „anwesende Person“ die Niederschrift unterschrieben, dies sei jedoch rechtlich belanglos, habe der Ehegatte doch auch nur jene Umstände geschildert, die hinsichtlich der Beschäftigung der Arbeiter ihm zuzurechnen seien. Die Aufgabenverteilung in der Familie M bestehe in der Weise, dass der Gatte für das Einkommen und den Fortgang auf der Baustelle, die Bf für den Haushalt und die Kinderbetreuung zuständig sei. Auf Seite 3 der Beschwerde wurde auch ausgeführt, dass die Bf gerade auf der Baustelle anwesend war, als die Beamten der Finanzpolizei zur Baustelle kamen.

2. Mit Schreiben vom 02.05.2017 legte die belangte Behörde das eingebrachte Rechtsmittel samt Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor, das gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen ist.

2.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und am 29.01.2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der die Bf mit ihrem Rechtsvertreter gekommen ist.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird festgestellt:

B und N M sind jeweils Hälfteeigentümer des Einfamilienhauses X 93, P. Am 23.11.2016 wurde von der Finanzpolizei die auf dieser Liegenschaft befindliche Baustelle kontrolliert und unter anderem L M, ein k Staatsangehöriger, bei Maurerarbeiten bzw. dem Schneiden von Ziegeln angetroffen. L M hatte um 7:30 Uhr am Tag der Kontrolle, die ab 13:47 Uhr an diesem Tag stattgefunden hatte, mit den Arbeiten auf der Baustelle begonnen.
Er ist ein Bekannter des Gatten der Bf aus K und weitschichtig mit diesem verwandt. Der Gatte der Bf war der Meinung, dass L in Österreich arbeiten dürfe, weil er ein Visum hatte. L M bekam für seine Arbeit Essen und es war auch

beabsichtigt, ihm Geld dafür anzubieten. Über Bezahlung wurde jedoch nicht gesprochen.

Die Bf hat sich auf der Baustelle aufgehalten, als die Beamten der Finanzpolizei dort einlangten und sie hatte damit Kenntnis von der Anwesenheit des Arbeiters auf der Baustelle. Sie hatte mit ihrem Gatten eine Arbeitsaufteilung vereinbart, wonach dieser sich vor Ort um die Baustelle und die Bf sich um Haushalt und die gemeinsamen Kinder kümmerte und – aufgrund ihrer Deutschkenntnisse – die Angebote für die Gewerke und die für den Bau nötigen Genehmigungen eingeholt hatte. Die Bf wusste, dass keine Schwarzarbeit stattfinden darf und war davon ausgegangen, dass sich auch ihr Gatte daran halten werde. Sie hatte die Tätigkeiten ihres Gatten nicht kontrolliert, obwohl sie auf Grund ihrer Anwesenheit auf der Baustelle, zum Zeitpunkt des Beginns der Kontrolle, Kenntnis vom Einsatz des Arbeiters hatte. Die interne Aufgabenverteilung zwischen den Ehegatten wurde auch nicht gegenüber der zuständigen Behörde bekannt gegeben.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und der Aussage der Bf in der mündlichen Verhandlung am 29.01.2018 ergibt. Widersprüchliche Angaben gibt es leidglich hinsichtlich der Darstellung in der Beschwerde, wonach dargelegt wurde, dass die Bf sich anlässlich der Kontrolle bereits auf der Baustelle befunden hätte und ihrer Aussage in der mündlichen Verhandlung, wonach sie angegeben hatte, von ihrem Gatten anlässlich der Kontrolle verständigt worden und aus diesem Grund zur Baustelle gegangen zu sein. Die Anzeige der Finanzpolizei trifft zu dieser Sachverhaltsfrage keine Aussage.
Weil die Bf zunächst selbst zugestanden hatte, auf der Baustelle bereits vor Beginn der Kontrolle anwesend gewesen zu sein, wird ihre dazu entgegenstehende Aussage in der mündlichen Verhandlung als Schutzbehauptung gewertet.

Der Gatte der Bf wurde aufgrund dieses Sachverhalts wegen Verwaltungsübertretungen sowohl nach dem ASVG als auch nach dem AuslBG rechtskräftig verurteilt.
Die Bf verfügt über ein monatliches Nettoeinkommen von 980 Euro, mit Ausnahme des Einfamilienhauses über kein Vermögen, hat jedoch einen Kredit iHv 260.000 Euro gemeinsam mit ihrem Gatten zurückzuzahlen.

3.3. Rechtsgrundlagen:
Gemäß § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung 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 „Rot-Weiß-Rot-Karte plus“ 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, und des § 5a Abs. 1 des Landarbeitsgesetzes 1984, BGBl. Nr. 287.

Gemäß § 2 Abs. 4 1. Satz leg. cit. 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 leg. cit. 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“ (§ 41 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.

Gemäß § 28 Abs. 7 leg. cit. ist das Vorliegen einer nach diesem Bundesgesetz unberechtigten Beschäftigung von der Bezirksverwaltungsbehörde ohne weiteres anzunehmen, wenn ein Ausländer in Betriebsräumen, an Arbeitsplätzen oder auf auswärtigen Arbeitsstellen eines Unternehmens angetroffen wird, die im allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich sind, und der Beschäftige nicht glaubhaft macht, dass eine unberechtigte Beschäftigung nicht vorliegt.

3.3.1. Die Erfüllung des Tatbildes der der Bf zur Last gelegten Verwaltungsübertretung wurde von ihr nicht bestritten. Sie hat damit die vorgeworfene Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht begangen.

3.3.2. 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).

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

Die Organisation der Baustelle wurde vor Ort durch den Gatten der Bf bewerkstelligt, sie hat darauf vertraut, dass er nur berechtigte Arbeiter für die Bauarbeiten einsetzen werde. Indem sie es aber unterlassen hatte, ihren Gatten, trotz Kenntnis von der Anwesenheit des Arbeiters auf der Baustelle, entsprechend zu kontrollieren und ihm hinsichtlich der illegalen Beschäftigung entgegenzutreten, kann ein Verschulden der Bf nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Als Verschuldensgrad ist leichte Fahrlässigkeit anzunehmen. Dies insbesondere, weil es sich hier um eine Kontrollpflicht im privaten Bereich unter Ehegatten handelt und dieser aber nicht die gleiche Relevanz beigemessen werden kann wie einer solchen im geschäftlichen Bereich.
Damit ist der Bf die Verwaltungsübertretung auch in subjektiver Hinsicht zuzurechnen.

3.3.4. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG idgF iVm § 38 VwGVG sind Grundlage 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 bis 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 Verwaltungsstrafrechtes sind die

§§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (statt vieler VwGH 16.09.1987, 87/03/006) innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides, die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (vgl. u.a. VwSlg 8134 A/1971).
Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbesondere Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

Gemäß § 32 Abs. 2 StGB hat das Gericht bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen können. Nach Abs. 3 leg. cit. ist maßgeblich, wie intensiv ein Täter durch seine Handlung Pflichten verletzt hat, wie reiflich er seine Tat überlegt hat, wie sorgfältig er sie vorbereitet oder wie rücksichtslos er sie ausgeführt hat. Besondere Milderungsgründe liegen u.a. im Fall eines reumütigen Geständnisses, eines bisherigen ordentlichen Lebenswandels bzw. bisheriger Unbescholtenheit, achtenswerter Beweggründe, bloßer Unbesonnenheit, einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung oder, wenn die Tat unter einem Umstand, der einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommt, begangen wurde, vor (vgl. § 34 StGB).

Die belangte Behörde hat strafmildernd die bisherige Unbescholtenheit der Bf gewertet. Als strafmildernd war jedoch auch zu werten, dass die Bf hinsichtlich des objektiven Tatbestands geständig war und sie offensichtlich aus bloßer Unbesonnenheit ihre Pflicht verletzt hat, hat sie sich doch beim Bau des Einfamilienhauses auf ihren Ehegatten verlassen, dass dieser keine illegalen ausländischen Arbeiter anstellt.

Nach § 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 Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde dem Beschuldigten im Fall der Z 4 unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

L M der mit dem Gatten der Bf verwandt ist, war lediglich ein paar Stunden illegal auf der Baustelle vor der Kontrolle beschäftigt, sodass die Intensität der Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts ebenso wie das Verschulden der Bf (siehe oben) gering ist, wodurch die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ermahnung vorliegen.
Mit der Erteilung einer Ermahnung an die Bf kann insbesondere im Hinblick auf ihre finanzielle Situation aus spezialpräventiven Aspekten das Auslangen gefunden werden. Auch sprechen generalpräventive Gründe nicht gegen die Erteilung einer Ermahnung, wurde doch der Hauptverantwortliche für diese Übertretung, der Gatte der Bf, bereits wegen derselben Tat rechtskräftig verurteilt.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Zu II.: Weil die Beschwerde teilweise Erfolg hatte, waren keine Kosten für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorzuschreiben. Bei Erteilung einer Ermahnung entfällt der Kostenbeitrag zum erstinstanzlichen Verfahren.

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 Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten.

H i n w e i s

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bergmayr-Mann