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-301669/15/Kl/TO

Datum:
Linz, 28. Februar 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde des F M, H, L, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 25.07.2017, GZ: SanRB96-266-2017/Gr, wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 16.11.2017

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben, als die zu Spruchpunkt 1. und 2. verhängten Geldstrafen auf jeweils 500 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafen auf jeweils 17 Stunden herabgesetzt werden. Zu Spruchpunkt 3. wird der Strafausspruch behoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht zu leisten. Der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde wird auf insgesamt 100 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 Folge: belangte Behörde) vom 25.07.2017, GZ: SanRB96-266-2017/Gr, wurden über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z 1 lit.a Ausländerbeschäftigungsgesetz 1975 – AuslBG, BGBl. 218/1975 idF BGBl. I Nr. 72/2013 drei Geldstrafen in Höhe von jeweils 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 33 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag von insgesamt 300 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Sie haben es als Gewerbeinhaber und Arbeitgeber Ihres Unternehmens mit Sitz in: L, W, strafrechtlich zu verantworten, dass Sie als Arbeitgeber im dortigen Betrieb zumindest am 12.10.2016

1. den x Staatsangehörigen A Ä, geb. x,
2. den x Staatsangehörigen Y J M, geb. x, und
3. den x Staatsangehörigen Z M, geb. x,

als Arbeiter, jedenfalls im Sinne des § 1152 ABGB entgeltlich beschäftigten, obwohl für diese Ausländer weder eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde, noch diese 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" besaßen.
Dieser Sachverhalt wurde von Organen des Finanzamtes Linz bei einer Kontrolle am 12.10.2016 um 11.35 Uhr in Ihrem o.a. Unternehmen, indem die o.a. Personen in verschmutzter Bekleidung bei Reparaturarbeiten an einem PKW betreten wurden und durch Abfragen im Hauptverband, festgestellt.“

2. Dagegen wurde rechtzeitig Beschwerde eingebracht und Folgendes (wortwörtlich wiedergegeben) vorgebracht:
„Wie schon in meiner Rechtfertigung vom 18.7.2017 ausgeführt, hatte ich die Werkstatt per 15.10.2016 bereits einem Nachmieter übergeben. Für die tatsächliche Übergabe war es noch erforderlich, die Werkstatt aufzuräumen, um sie ordnungsgemäß zu übergeben. Mein Bruder, ein Bekannter und dessen Freund haben mir dabei geholfen und habe ich ihnen zum Teil Kleider für das Aufräumen geborgt.

Die Behörde erster Instanz und auch die Beamten des Finanzamtes haben sich mit meinem Vorbringen nicht auseinandergesetzt, sondern ist die BH Linz-Land lediglich den Beobachtungen der Beamten des Finanzamtes gefolgt. Die Beamten kamen so gegen Mittag - ich war zum Zeitpunkt des Einlangens der Beamten nicht in der Werkstatt, da ich das Mittagessen für die Freunde holte - und war ich zum Zeitpunkt des Eintreffens nicht in der Werkstatt und konnte daher auch nichts vorbringen. Als ich wieder zurück in der Werkstatt war, habe ich den Beamten die Situation geschildert.

Die Behörde erster Instanz hat mich auch persönlich nicht befragt und gab mir keine Möglichkeit, mich persönlich unmittelbar vor der erkennenden Behörde zu rechtfertigen.

Die Beamten des Finanzamtes hatten auch keinen Dolmetsch zugezogen und haben mein Bruder, der Bekannte und auch dessen Freund nicht hinreichend Deutsch gesprochen. Es konnte somit nicht ordnungsgemäß ermittelt werden.

Die Behörde erster Instanz hat es unterlassen, ein Ermittlungsverfahren durchzuführen. Hätte sie ein gesetzmäßiges Ermittlungsverfahren durchgeführt und sich nicht allein auf die „kurzzeitigen" Beobachtungen der Finanzbehörden gestützt, wäre es zu einem den Strafantrag abweisenden Bescheid gekommen."

3. Mit Schreiben vom 06.09.2017 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 Akteneinsichtnahme und Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 16.11.2017. An dieser Verhandlung haben der Bf in Begleitung seines Beistands sowie ein Vertreter der Finanzpolizei Team 40 für das Finanzamt Linz teilgenommen. Zudem wurden die geladenen Zeugen Y M, Zi M und FOI D befragt.

4.1. Folgender Sachverhalt steht fest:
Der Bf ist österreichischer Staatsbürger, der eine Gewerbeberechtigung für die Wartung und Pflege von Kraftfahrzeugen hat.

Am 12.10.2016 wurde in seinem Unternehmen x Autoservice, W, L, eine Kontrolle durch Organe des Finanzamtes Linz durchgeführt. Dabei wurden die namentlich angeführten Personen bei Arbeiten an einem PKW in der Werkstätte angetroffen. Die drei sind afghanische Staatsbürger, die eine Aufenthaltsgenehmigung nach § 51 AsylG haben, jedoch keine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung.
Die Werkstätte wurde am 12.10.2016 aufgeräumt und u.a. die Werkzeuge geputzt, da die Werkstätte am 15.10.2016 an den Nachmieter weitergegeben wurde. Zudem befand sich am Kontrolltag noch ein Auto in der Werkstatt, an dem gearbeitet wurde.

Bei den angetroffenen Personen handelt es sich um den Bruder des Bf, Herrn Z M, Herrn A sowie um einen Freund des Bf, Herrn M. Dieser hat ab und zu, jedoch nicht regelmäßig, im Unternehmen mitgeholfen. Es wurde jedoch vom Bf für ihn eine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung beantragt.

Herr A steht in keinem Naheverhältnis zum Bf. Es handelt sich um einen Bekannten von Herrn M.
Für die Hilfstätigkeiten haben die drei afghanischen Staatsbürger vom Bf Essen und Getränke erhalten.

Der Bf ist zurzeit arbeitslos und bezieht Notstandshilfe. Zudem hat er Schulden in der Höhe von ca. 20.000 Euro. Er ist sorgepflichtig für 3 Kinder und seine Ehefrau, die mittlerweile keine Mindestsicherung mehr erhält.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akt der belangten Behörde samt der Beschwerde des Bf sowie aus den Ergebnissen der durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung.
Die Darstellung der Kontrollsituation im Strafantrag und das Vorbringen des Beschuldigten in der öffentlichen mündlichen Verhandlung widersprechen sich nicht.
Das Verhältnis der afghanischen Staatsbürger zum Bf und deren Anwesenheit in der Werkstätte wurde bereits bei der Kontrolle dargestellt.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. 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.

5.2. Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausführt, ist der Begriff der Beschäftigung - soweit dies im Beschwerdefall in Betracht kommt - durch § 2 Abs. 2 AuslBG unter anderem in der Weise bestimmt, dass die

Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis als Beschäftigung gilt. Maßgebend für diese Einordnung in den genannten Beschäftigungsbegriff ist, dass die festgestellte Tätigkeit in persönlicher und/oder wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeübt wird. Als (der Bewilligungspflicht unterworfenes) Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 2 leg. cit. ist unter anderem auch eine kurzfristige oder aushilfsweise Beschäftigung anzusehen. Das Tatbestandselement der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen. Liegt eine Verwendung (vgl. § 2 Abs. 2 AuslBG) in einem Abhängigkeitsverhältnis vor, das typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bildet, ist von einer der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterworfenen Beschäftigung auszugehen. Auf eine zivilrechtliche Betrachtung, ob überhaupt ein Arbeitsvertrag zu Stande kam, ob diesem (etwa im Hinblick auf § 879 ABGB oder mangels einer rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung) Mängel anhaften, oder welche vertragliche Bezeichnung die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben haben, kommt es hingegen nicht an (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2002, ZI. 2000/09/0190, mwN).

Bei Beurteilung, ob in einem konkreten Fall ein dem Reglement des AuslBG unterliegender Gefälligkeitsdienst des (der) Ausländer(s) anzunehmen ist, hat die Behörde eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 18. Dezember 2006, Zl. 2005/09/0153, uva). Dabei fallen Gefälligkeitsdienste dann nicht unter den Begriff der bewilligungspflichtigen Beschäftigung im Sinn des § 2 Abs. 2 AuslBG, wenn sie nicht nur kurzfristig, freiwillig und unentgeltlich, sondern auch auf Grund spezifischer Bindungen zwischen den Leistenden und dem Leistungsempfänger erbracht werden. Insgesamt ist auch im Zusammenhang mit der Behauptung bloßer Gefälligkeitsdienste gemäß § 2 Abs. 4 AuslBG vom wahren wirtschaftlichen Gehalt und nicht von der äußeren Erscheinungsform auszugehen. Bei der Beurteilung der Frage, ob im jeweils konkreten Fall ein derartiger Gefälligkeitsdienst anzunehmen ist, trifft die Partei - unabhängig von der grundsätzlichen Verpflichtung der Behörde zur amtswegigen Erforschung des für die Entscheidung notwendigen Sachverhaltes - eine entsprechende Mitwirkungspflicht, zumal es sich bei den zur Beantwortung der Frage, ob ein Freundschafts- oder Gefälligkeitsdienst vorliegt, erforderlichen Umständen um solche handelt, die zumeist der Privatsphäre der Partei zuzuordnen sind und der Behörde nicht ohne Weiteres zur Kenntnis gelangen. Es ist daher in diesen Fällen hauptsächlich Sache der Partei, entsprechend konkrete Behauptungen aufzustellen und Beweise anzubieten (vgl. das hg. Erkenntnis vom 9. Oktober 2006, Zl. 2005/09/0089).

5.3. Im vorliegenden Fall führt der Bf im Wesentlichen aus, dass die angetroffenen Personen unentgeltlich mitgeholfen haben, da es Gewohnheit in seinem Heimatland sei, dass alle zusammenhelfen.

Ein solcher Gefälligkeitsdienst ist im gegenständlichen Fall jedoch nur beim Bruder des Bf, Herrn Z M, gegeben und scheidet bei den beiden anderen afghanischen Staatsbürgern aus. Die Arbeitsleistung des Herrn A A wurde nicht aufgrund eines persönlichen Naheverhältnisses zwischen ihm und dem Bf erbracht. Fehlt es an einer zwischen dem Dienstgeber und dem Dienstnehmer selbst bestehenden Bindung, liegt kein Gefälligkeitsdienst vor (VwGH vom 21.01.2004, 2001/09/0100). Im vorliegenden Fall besteht die spezifische Bindung nur zwischen Herrn M und Herrn A, weshalb das Vorliegen eines Gefälligkeitsdienstes bereits aus diesem Grund zu verneinen ist. Weiters gestand der Bf ein, dass Herr Mohammadi ab und zu, aber nicht regelmäßig in der Werkstätte ausgeholfen habe und auch versucht wurde eine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung für ihn zu erlangen, um ihn in der Werkstatt zu beschäftigen. Von Kurzfristigkeit der durchgeführten Arbeiten kann hier nicht mehr gesprochen werden.

Der objektive Sachverhalt der gegenständlichen Verwaltungsübertretung ist daher als erfüllt anzusehen.

5.4. 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 Tatsachen-vorbringen und durch Beibringen 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. Eine solche Entlastung ist dem Bf mit seinem Vorbringen jedoch nicht gelungen und ist vielmehr von fahrlässiger Tatbegehung auszugehen. Der Bf als Unternehmer ist vielmehr gehalten, sich über die mit der Ausübung seines Gewerbes verbundenen Rechtsvorschriften entsprechend zu erkundigen.

5.5. 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 nunmehr über den Bf verhängten Strafhöhe ist festzuhalten, dass die Anwendung der außerordentlichen Strafmilderung im Sinne des § 20 VStG im gegenständlichen Verfahren bei Spruchpunkt 1. und 2. aufgrund der besonderen Sachverhaltslage in Betracht zu ziehen. Der Bf ist unbescholten, sorgepflichtig für 3 Kinder und seine Ehegattin. Er erhält Notstandshilfe und hat Schulden in der Höhe von ca. 20.000 Euro. Zudem wurde dem Bf im angefochtenen Straferkenntnis nur ein sehr kurzer Tatzeitraum zur Last gelegt.
Eine Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG scheidet jedoch aus, da die Tat nicht hinter dem deliktstypischen Unrechts- und Schuldgehalt zurückblieb und auch nicht von unbedeutenden Tatfolgen ausgegangen werden kann.

Nach Ansicht der erkennenden Richterin ist mit der nunmehr verhängten Strafe eine ausreichende Sanktion gesetzt, um dem Bf die Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens eindringlich vor Augen zu führen und ihn künftig zu einem gesetzeskonformen Verhalten anzuleiten.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

II. Weil die Beschwerde teilweise Erfolg hatte, waren keine Kosten für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorzuschreiben. Der Kostenbeitrag für das Verfahren vor der belangten Behörde war aufgrund der Herabsetzung der verhängten Strafen mit 10 % der nunmehr verhängten Strafen neu festzusetzen.

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. 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

Dr. Klempt