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-301716/2/GS/JHö

Datum:
Linz, 02. Mai 2018

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[a]. Saxinger über die Beschwerde des Ing. R B, vertreten durch H & P, Anwaltsgesellschaft mbH, L x, x L, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 20.09.2017, GZ: SanRB96-163-2017/Gr, wegen einer Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG)

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens 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

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde dem Beschwerdeführer (Bf) Folgendes zur Last gelegt:

„Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäfsführer und somit als Außenvertretungsbefugter der E GmbH mit Sitz in x H, I x, gemäß § 9 VStG strafrechtlich zu verantworten, dass dieses Unternehmen zumindest am 8.2.2017 auf der Baustelle „B x“ in x S, S „N“, die Firma B O mit Sitz in x S, R x, für Eisenbiegertätigkeiten beauftragte und nicht vor Beginn der Beschäftigung das o.a. Unternehmen aufgefordert hat, binnen einer Woche die erforderlichen Berechtigungen für die Beschäftigung

1. des mazedonischen Staatsangehörigen R F geb. x,
2. des mazedonischen Staatsangehörigen A K, geb. x, und
3. des albanischen Staatsangehörigen L P, geb. x,

auf der o.a. Baustelle nachzuweisen, obwohl ein Unternehmen, welches die Erbringung einer Leistung an ein anderes Unternehmen ganz oder teilweise weitergibt, das beauftragte Unternehmen vor Beginn der Beschäftigung aufzufordern hat, binnen einer Woche nach diesem Bundesgesetz erforderlichen Berechtigungen für die beschäftigten Ausländer nachzuweisen. Kommt das beauftragte Unternehmen dieser Aufforderung nicht fristgerecht nach, hat das auftraggebende Unternehmen umgehend die Zentrale Koordinationsstelle für die illegale Beschäftigung des Bundesministeriums für Finanzen zu verständigen.
Dieser Sachverhalt wurde von Organen des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr bei einer Kontrolle am 8.2.2017 um 8.25 Uhr auf der o.a. Baustelle, indem die genannten Personen bei Eisenbiegertätigkeiten betreten wurden und durch die niederschriftliche Einvernahme von Herrn Mehmeti, festgestellt.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

Zu 1. bis 3.: § 9 VStG i.V.m. § 26 Abs. 6 und § 28 Abs. 6 Z. 2 Ausländerbeschäftigungsgesetz 1975 (AuslBG), BGBl. Nr 218/1975, i.d.g.F..

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von jeweils	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von jeweils	Freiheitsstrafe von	Gemäß
1.000,-- € (ges.: 3.000,-- €)	33 Stunden (ges.: 99 Stunden)	-	§ 28 Abs. 6 Z. 2 AuslBG i.d.g.F.

Weitere Verfügungen (z.B. Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):
-

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) 10 % der Strafe, das sind 300,- €, als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 3.300,-- €“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. In der gegen dieses Straferkenntnis erhobenen Beschwerde vom 18.10.2017 wurde unter anderem vorgebracht, dass ein Verstoß gegen die in § 26

Abs. 6 AuslBG geregelte Verpflichtung des Auftraggebers nicht schon per se unter Strafe gestellt sei, sondern nur unter der weiteren Bedingung, dass auch eine illegale Ausländerbeschäftigung des Auftragnehmers vorliege (Landesverwaltungsgericht Vorarlberg vom 04.02.2014, zu GZ: LVwG-1-311/13). Auch im gegenständlichen Fall wäre von der belangten Behörde, wie in jenem Fall, mit welchem sich das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg befasst habe, die Feststellung dazu unterlassen worden, ob die drei Ausländer entgegen § 3 AuslBG beschäftigt worden wären. Die erstinstanzlichen Feststellungen wären somit nicht geeignet, ein Straferkenntnis gegen den Beschuldigten zu rechtfertigen. Das gegenständliche Straferkenntnis sei rechtswidrig. Die Feststellungen wären nicht ausreichend, dem Beschuldigten eine Verletzung des § 26 Abs. 6 iVm § 28 Abs. 6 Z 2 AuslBG anzulasten. Das angefochtene Straferkenntnis sei somit ersatzlos zu beheben.

I.3. Am 17.11.2017 wurde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (LVwG Oö.) die gegenständliche Beschwerde samt Verfahrensakt zur Entscheidung übermittelt. Das LVwG Oö. ist zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen (§ 2 VwGVG).

I.4. Das LVwG Oö. hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme. Von einer öffentlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 2 VwGVG abgesehen werden, da bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass der in Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben ist.

II. Das LVwG Oö. hat rechtlich erwogen:

Gemäß § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz idF BGBl I Nr. 25/2011 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.

Gemäß § 26 Abs. 6 leg. cit. hat ein Unternehmen, welches die Erbringung einer Leistung an ein anderes Unternehmen ganz oder teilweise weitergibt, das beauftragte Unternehmen vor Beginn der Beschäftigung aufzufordern, binnen einer Woche die nach diesem Bundesgesetz erforderlichen Berechtigungen für die beschäftigten Ausländer nachzuweisen. Kommt das beauftragte Unternehmen dieser Aufforderung nicht fristgerecht nach, hat das Auftrag gebende Unternehmen umgehend die Zentrale Koordinationsstelle für die illegale Beschäftigung des Bundesministeriums für Finanzen zu verständigen.

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, wer entgegen § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§§ 4 und 4c) oder Zulassung als Schlüssel kraft (§§ 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. Eine solche Übertretung ist von der Bezirksverwaltungsbehörde wie folgt zu bestrafen: bei unberechtigter 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 § 28 Abs. 6 Z 2 leg. cit. ist ein Unternehmen, welches die Erbringung einer Leistung an ein anderes Unternehmen ganz oder teilweise weitergibt, neben dem beauftragten Unternehmen gemäß Abs. 1 Z 1 zu bestrafen, wenn es seiner Verpflichtung gemäß § 26 Abs. 6 nicht nachgekommen ist.

Zufolge der obzitierten Bestimmung des § 28 Abs. 6 Z 2 AuslBG ist ein Unternehmen unter den dort näher bezeichneten Voraussetzungen neben dem beauftragten Unternehmen „gemäß Abs. 1 Z 1" AuslBG zu bestrafen. Aufgrund dieses Verweises auf „Abs. 1 Z 1“ AuslBG ergibt sich, dass Voraussetzung für eine Bestrafung des Auftraggebers ist, dass das beauftragte Unternehmen eine Übertretung des § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG begangen hat. Wenn nämlich keine illegale Ausländerbeschäftigung durch das beauftragte Unternehmen vorliegt, so kann dem Auftraggeber nach der Bestimmung des § 28 Abs. 6 Z 2 AuslBG auch nicht die Verletzung einer Verhaltenspflicht vorgeworfen werden. Ein Verstoß gegen die im § 26 Abs. 6 AuslBG geregelte Verpflichtung des Auftraggebers ist nicht schon per se unter Strafe gestellt, sondern nur unter der weiteren Bedingung, dass auch eine illegale Ausländerbeschäftigung des Auftragnehmers vorliegt.

Für diese Auslegung spricht auch die Regierungsvorlage zu der Bestimmung des § 28 Abs. 6 Z 2 AuslBG (vgl. 1077 der Beilagen XXIV. GP des NR); darin ist wie folgt ausgeführt: „Mit der zumutbaren Verpflichtung, seinen Auftragnehmer aufzufordern, vor Beginn der Beschäftigung von Ausländern binnen einer Woche deren Berechtigung nachzuweisen und bei fruchtlosem Verstreichen dieser Frist die Abgabenbehörden zu verständigen, treffen den Auftraggeber eigene konkrete Verhaltenspflichten, deren Verletzung eine hinreichende kausale Beziehung zum eingetretenen tatbildlichen Erfolg (nämlich der illegalen Ausländerbeschäftigung

des Auftragnehmers) aufweist, welche es rechtfertigt, diese strafbare Handlung auch dem Auftraggeber als verschuldet zuzurechnen."

Weiters ist in diesem Zusammenhang auch auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu den Anforderungen an eine Tatbildumschreibung hinzuweisen. Danach muss eine Tatbildumschreibung, die vom jeweiligen Tatbild abhängt, eine entsprechende Verteidigung gewährleisten (VwGH 20.12.1990, 89/10/0212). Dies ist aber bei einer Übertretung des § 28 Abs. 6 Z 2 AuslBG nur dann gegeben, wenn der Tatvorwurf auch die illegale Ausländerbeschäftigung des Auftragnehmers umfasst.

Eine Tatbildumschreibung, welcher eine Bestrafung nach § 28 Abs. 6 Z 2 AuslBG zugrunde liegt, muss somit auch jene Tatbildmerkmale enthalten, die bei einer Bestrafung nach § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG erforderlich sind. (LVwG Vorarlberg, GZ: LVwG-1-311/13).

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass dem Beschuldigten in der Tatbildumschreibung auch vorzuwerfen gewesen wäre, dass die dort angeführten drei Ausländer entgegen § 3 AuslBG beschäftigt worden sind. Ein derartiger Vorwurf wurde aber wider den Beschuldigten nicht erhoben.

Eine Sanierung dieses Mangels war nicht möglich, da gegen den Beschuldigten ein dahingehender Vorwurf innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist nicht erhoben wurde.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 3 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn Umstände vorliegen, die die Verfolgung ausschließen.

Weil die Beschwerde Erfolg hatte, war kein Kostenbeitrag zum Beschwerde-verfahren, gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG 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

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Saxinger