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

Geschäftszeichen: LVwG-302032/6/Kl/TO

Datum: Linz, 7. November 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde des R G, vertreten durch N Rechtsanwalt GmbH, S, S, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 17.07.2018, GZ: SanRB96-134-2018, wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungs-gesetzes (AuslBG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 27.09.2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 500 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 17 Stunden herabgesetzt wird. Bei der Strafnorm iSd. § 44a Z. 3 VStG hat die Zitierung „ lit. a“ zu entfallen.

II. Der Kostenbeitrag zum Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde ermäßigt sich auf 50 Euro; für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat der Beschwerdeführer 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

I. 1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (in der Folge: belangte Behörde) vom 17.07.2018, GZ: SanRB96-134-2018, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz 1975 (AuslBG) eine Geldstrafe in Höhe von 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 33 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag von 100 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Sie haben es als Gewerbeinhaber und Arbeitgeber Ihres Unternehmens mit Sitz in S, W, strafrechtlich zu verantworten, dass Sie als Arbeitgeber im dortigen Betrieb zumindest von 8.8.2017 bis 31.8.2017 und von 26.1.2018 bis 7.3.2018 den kroatischen Staatsangehörigen R S, geb. x, als Hilfsarbeiter jedenfalls im Sinne des § 1152 ABGB entgeltlich beschäftigten, obwohl für diesen Ausländer weder eine Beschäftigungsbewilligung oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde, noch dieser Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige ‚Rot-Weiß-Rot-Karte', ‚Blaue Karte EU, Aufenthaltsbewilligung als unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer (‚IGT'), Aufenthaltsbewilligung als mobiler unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer (‚mobile ICT'), Aufenthaltsbewilligung ‚Familiengemeinschaft' mit Zugang zum Arbeitsmarkt (§ 20f Abs. 4)' oder ‚Niederlassungsbewilligung-Künstler' oder eine ‚Rot-Weiß-Rot-Karte plus', eine ‚Aufenthaltsberechtigung plus', einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel ‚Familienangehöriger' oder ‚Daueraufenthalt-EU' besaß. Dieser Sachverhalt wurde von Organen des Finanzamtes Linz im Zuge einer Kontrolle am 4.4.2018 um 9:00 Uhr in Ihrem o.a. Unternehmen durch eine niederschriftliche Einvernahme mit Ihnen sowie durch Abfragen im Hauptverband festgestellt."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. In der von der rechtsfreundlichen Vertretung des Bf rechtzeitig eingebrachten Beschwerde wird auf die schriftliche Stellungnahme vom 22.06.2018 verwiesen und nochmals festgehalten, dass der Bf im Vorfeld einen rumänischen Staatsangehörigen beschäftigt gehabt hat und davon ausging, dass die gesetzlichen Erfordernisse bei der Beschäftigung des kroatischen Staatsangehörigen dieselben sind, da es sich um einen EU-Bürger handelt.

3. Mit Schreiben vom 20.08.2018 legte die belangte Behörde das eingebrachte Rechtsmittel samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin zu entscheiden.

4. Das Landesverwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme sowie Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

am 27.09.2018. An dieser hat lediglich die rechtsfreundliche Vertretung des Bf teilgenommen. Es waren sowohl der Bf als auch die belangte Behörde und das Finanzamt Linz entschuldigt.

4.1. Folgender Sachverhalt steht fest:

Aufgrund einer Anzeige des AMS Traun wurde im Zuge einer Kontrolle nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz durch Organe der Finanzpolizei Linz am 04.04.2018 durch eine Niederschrift mit dem Bf festgestellt, dass dieser als Gewerbetreibender und Arbeitgeber zu verantworten hat, dass im Betrieb des Bf der namentlich genannte kroatische Staatsbürger in der Zeit von 08.08.2017 bis 31.08.2017 und von 26.01.2018 bis 07.03.2018 entgeltlich beschäftigt wurde, obwohl für diesen Arbeitnehmer keine arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen vorlagen. Der Beschäftigte war zur Sozialversicherung ordnungsgemäß gemeldet und wurden Beiträge bezahlt.

Der Bf hat sich damit gerechtfertigt, dass er bei der Einstellung des Ausländers nicht gewusst habe, dass für kroatische EU-Bürger arbeitsmarktrechtliche Beschränkungen bestehen.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Strafantrag der Finanzpolizei Team 40, dem Beschwerdevorbringen des Bf und dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung.

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 EU, Aufenthaltsbewilligung als unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer („ICT“), Aufenthaltsbewilligung als mobiler unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer („mobile ICT“), Aufenthaltsbewilligung „Familiengemeinschaft“ mit Zugang zum Arbeitsmarkt (§ 20f Abs. 4)“ oder „Niederlassungsbewilligung – Künstler“ oder eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, eine „Aufenthaltsberechtigung plus“, einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt – EU“ 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 Tätigkeiten nach § 3 Abs. 5
d) nach den Bestimmungen des § 18 oder
e) überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl.Nr. 196/1988 und des § 5a Abs. 1 des Landarbeitsgesetzes 1984, BGBl. Nr. 287.

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 erteilt noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder der keine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot – Karte“, „Blaue Karte EU, Aufenthaltsbewilligung als unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer („ICT“), Aufenthaltsbewilligung als mobiler unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer („mobile ICT“), Aufenthaltsbewilligung „Familiengemeinschaft“ mit Zugang zum Arbeitsmarkt (§ 20f Abs. 4)“ oder „Niederlassungsbewilligung – 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. Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die subjektive Tatseite und gegen das von der belangten Behörde verhängte Strafausmaß. Die Beschäftigung des ausländischen Staatsangehörigen sowie das Nichtvorliegen arbeitsmarktrechtlicher Papiere blieben auch im Beschwerdeverfahren unbestritten. Es wurde ein Rechtsirrtum bzw. Verbotsirrtum geltend gemacht.

5.3. Die dem Bf zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nach § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG gehört zu den so genannten "Ungehorsamsdelikten", da zu ihrer Strafbarkeit weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr erforderlich ist. In diesen Fällen hat im Sinne des zweiten Satzes des § 5 Abs. 1 VStG der Täter glaubhaft zu machen, dass ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften ohne sein Verschulden unmöglich gewesen ist (vgl. VwGH vom 16. Dezember 2008, ZI. 2007/09/0290, und die dort wiedergegebene Judikatur). Der Bf hätte daher zu seiner verwaltungsstrafrechtlichen Entlastung darzutun und glaubhaft zu machen gehabt, warum es ihm ohne sein Verschulden unmöglich gewesen sei, sich den

Anforderungen des AuslBG entsprechend zu verhalten, nämlich dafür Sorge zu tragen, dass eine dem Gesetz entsprechende Beschäftigung von Ausländern gewährleistet ist. Dabei hat in einem Unternehmen der mit der Einstellung neuer Arbeitnehmer Betraute dafür zu sorgen, dass nur Ausländer beschäftigt werden, die die Voraussetzungen nach § 3 Abs. 1 AuslBG erfüllen. Zur Sicherstellung der Einhaltung dieser gesetzlichen Vorgaben gehört auch die Einrichtung eines effizienten Kontrollsystems für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften, was etwa dann vorliegt, wenn vor Arbeitsaufnahme die Überprüfung der Arbeitspapiere erfolgt und die lückenlose Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen auf effektive Weise überwacht worden wäre. Dazu gehört im vorliegenden Fall etwa auch eine Identitätsprüfung sowie Prüfung der arbeitsrechtlichen Papiere von neu eingesetzten Arbeitern. Eine derartige Kontrolle ist jedem Arbeitgeber zumutbar. Es besteht für den Arbeitgeber grundsätzlich die Verpflichtung, sich u. a. auch mit den gesetzlichen Vorschriften betreffend die Ausländerbeschäftigung laufend vertraut zu machen (vgl. VwGH vom 2. Oktober 2003, ZI. 2003/09/0126, mwN).

Nach der Rechtsprechung des VwGH hat sich jedermann mit den einschlägigen Normen seines Betätigungsfeldes ausreichend vertraut zu machen (vgl. VwGH 14.1.2010, 2008/09/0175). Der VwGH bejaht eine solche Erkundigungspflicht praktisch durchgehend, wenn die Existenz einschlägiger Regeln für die jeweilige Tätigkeit erkennbar ist, so zB bei Ausübung eines Gewerbes (vgl. VwGH vom 13.11.1997, 97/07/0062), einer Bauführung (vgl. VwGH vom 24.11.1987, 87/05/0126). Unterlässt der Beschuldigte bei gebotener Informationspflicht derartige Erkundigungen, so ist ein einschlägiger Verbotsirrtum – weil nicht erwiesenermaßen unverschuldet – jedenfalls vorwerfbar und trägt er diesfalls das Risiko des Rechtsirrtums (vgl. VwGH 30.11.1981, 81/170/0126). Der Verbotsirrtum ist diesfalls nicht erwiesenermaßen unverschuldet. Eine plausible eigene Rechtsauffassung des Beschuldigten oder dessen guter (eigener) Glaube vermag das Unterbleiben der gebotenen Erkundigung nicht zu kompensieren (vgl. VwGH ibid; VwSlg. 5486 A/1961, VwGH vom 27.3.1990, 89/04/0226).

Im vorliegenden Fall hat der Bf keinerlei Behauptungen aufgestellt, aus denen sich entweder eine wirksame Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des AuslBG oder die Unzumutbarkeit der erforderlichen Informationsaufnahme, ob mit der Aufenthaltsberechtigung des ausländischen Staatsangehörigen eine Arbeitsaufnahme möglich ist oder nicht, ableiten lässt. Dem Bf ist daher fahrlässiges Verhalten anzulasten.

5.4. 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 Strafbemessung ist zunächst anzuführen, dass sich der Bf reumütig und geständig verhalten hat. Insbesondere trat zweifelsfrei hervor, dass er grundsätzlich bestrebt war, die gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten. Dies geht insbesondere aus der Anmeldung des gegenständlichen Ausländers zur Sozialversicherung hervor. Ihm ist jedoch im gegenständlichen Fall leichte Fahrlässigkeit zur Last zu legen. Begründend zu der nunmehr über den Bf verhängten Strafhöhe ist daher festzuhalten, dass aufgrund der besonderen Fallkonstellation, des Geständnisses des Bf, der erstmaligen Tatbegehung und der Anmeldung des kroatischen StA beim zuständigen Sozialversicherungsträger (vgl. VwGH-Erkenntnis vom 18.9.2008, 2007/09/0365) eine Anwendung des § 20 VStG und die Herabsetzung der gesetzlichen Mindeststrafe bis zur Hälfte gerechtfertigt erscheint.

Von der Anwendung der Bestimmung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG (Absehen von der Fortführung des Strafverfahrens bzw. Erteilung einer Ermahnung) war Abstand zu nehmen, da die dafür erforderlichen kumulativen Voraussetzungen (geringe Bedeutung des strafrechtlich geschätzten Rechtsgutes und Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat sowie geringes Verschulden) nicht gegeben sind.

Es war somit wie im Spruch zu entscheiden.

5.5. Weil die Geldstrafe herabgesetzt wurde, ermäßigt sich der Kostenbeitrag zum Verfahren der Erstbehörde auf 50 Euro, d.s. 10 % der verhängten Strafe (§ 64 Abs. 1 und 2 VStG). Weil die Beschwerde teilweise Erfolg hatte, entfällt ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG.

II. 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. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch 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 diese Entscheidung 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s e

1. Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne

Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

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