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-301792/5/BMa/TK

Datum:
Linz, 18. Jänner 2019

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des W H, vertreten durch x GmbH, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung vom 28.11.2017, GZ: Ge96-92-2017, wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird mit der Maßgabe Folge gegeben, dass die übertretene Rechtsvorschrift durch die Wortfolge „iVm § 3 Abs. 5 lit. b AuslBG“ und die Strafnorm mit „erster Strafsatz“ ergänzt werden und die verhängte Geldstrafe auf 1.000 Euro, die Ersatzfreiheitsstrafe auf 33 Stunden herabgesetzt werden.

II. Der Kostenbeitrag zum Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde ermäßigt sich auf 100 Euro; für das Beschwerdeverfahren 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.

1.1. Mit dem in der Präambel angeführten Straferkenntnis wurde der Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wie folgt schuldig gesprochen und bestraft:

„Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma F K Cafe und Konditorei GmbH, x, zu verantworten, dass die Firma nachstehende(n) ausländische(n) Staatsbürger(in innen) beschäftigt hat/haben, für den/die weder eine Beschäftigungsbewilligung oder eine Entsendebewilligung, noch eine Anzeigenbestätigung ausgestellt wurde(n), wenn diese(r) Ausländer weder eine für diese Beschäftigung gültige ‚Rot-Weiß-Rot – Karte', eine ‚Blaue Karte EU', oder eine ‚Aufenthaltsbewilligung – Künstler', oder eine ‚Rot-Weiß-Rot - Karte plus', eine ‚Aufenthaltsberechtigung plus', einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel ‚Familienangehöriger' oder einen ‚Daueraufenthalt – EU' besitzt/besitzen.

Name und Geburtsdatum des Ausländers / der Ausländer: A T, geb. x
Staatsangehörigkeit: M
Beschäftigungszeitraum: 01.06.2016-31.08.2016
Kontrollort: Finanzamt Freistadt Rohrbach Urfahr, Adresse, 4240 Freistadt
Kontrollzeit: 12.07.2017, 07:36 Uhr

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a i.V.m. § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

| Geldstrafe von | Falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von | Gemäß |
|---|---|---|
| 2.000,00 Euro | 34 Stunden | §28Abs.1 Z.1 lit.a, AuslBG |

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:
200,00 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich 100 € angerechnet);

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher
2.200,-- Euro“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2.

Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde in der im Wesentlichen vorgebracht wurde, im Tatvorwurf sei die Rechtsvorschrift zu unbestimmt angeführt worden, es seien alle drei Geschäftsführer der Fa. F K Cafe und Konditorei GmbH bestraft worden, vielmehr hätte lediglich die Bestrafung eines Geschäftsführers erfolgen dürfen. § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG sei auch nicht jene Rechtsvorschrift, durch die das Verhalten des Bf zu sanktionieren sei.

2.1. Die Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem LVwG Oö. vorgelegt. Dieses entscheidet gemäß § 2 VwGVG durch eine Einzelrichterin.

2.2. Das LVwG Oö. hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und am 08.10.2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der der Vertreter des Bf und Vertreter des Finanzamts Freistadt Rohrbach Urfahr gekommen sind.

3. Erwägungen des LVwG Oö.:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird festgestellt:

W H ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der Fa. F K Cafe und Konditorei GmbH, x. Diese Firma hat die mongolische Staatsangehörige A T von 01.06.2016 bis 31.08.2016 als Ferialpraktikantin beschäftigt, ohne deren Beschäftigung als Ferialpraktikantin spätestens zwei Wochen vor Beginn deren Beschäftigung der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservices angezeigt zu haben. Eine ordnungsgemäße Anzeige an den zuständigen Sozialversicherungsträger, die Oö. GKK, ist jedoch erfolgt.
Gegen die von der belangten Behörde festgestellten Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse, wonach von einem Einkommen von ca. 4.000 Euro, einem durchschnittlichen Vermögen und keinen Sorgepflichten ausgegangen wurde, wurde kein Vorbringen erstattet.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorgelegten Behördenakt und dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 08.10.2018 ergibt. Die Beschäftigung der A T als Ferialpraktikantin sowie deren ordnungsgemäße Anmeldung zur Oö. GKK wurde von keiner Partei bestritten.
Weil gegen die von der belangten Behörde geschätzten Einkommens- und Vermögensverhältnisse nichts vorgebracht wurde, werden diese auch dem Verfahren vor dem LVwG Oö. zugrunde gelegt.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das LVwG Oö. erwogen:

3.3.1. Folgende Rechtsvorschriften sind rechtlich relevant:

§ 3 Abs. 5 lit. b AuslBG in der zur Tatzeit geltenden Fassung:

Ausländer, die als Ferial- oder Berufspraktikanten beschäftigt werden, bedürfen keiner Beschäftigungsbewilligung. Verrichten Ausländer Hilfsarbeiten, einfache angelernte Tätigkeiten oder Arbeiten auf Baustellen, liegt kein Volontariat im Sinne

dieses Bundesgesetzes vor. Als Ferial- oder Berufspraktikum im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt nur eine Tätigkeit, welche Schülern eines geregelten Lehr- oder Studienganges an einer inländischen Bildungseinrichtung mit Öffentlichkeitsrecht vorgeschrieben ist. Die Beschäftigung eines ausländischen Volontärs oder Ferial- oder Berufspraktikanten ist vom Inhaber des Betriebs, in dem der/die Ausländer/in beschäftigt wird, spätestens zwei Wochen vor Beginn der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice und der zuständigen Abgabenbehörde nach Maßgabe der Bestimmungen des Abgabenverwaltungsorganisationsgesetzes - AVOG, BGBl. Nr. 18/1975, anzuzeigen. .....

§ 3 Abs. 1 AuslBG:
Ein Arbeitgeber darf, 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“ oder „Aufenthaltsbewilligung – Künstler“ oder eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, eine „Aufenthaltsberechtigung plus“, einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt – EU“ besitzt.

§ 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG:
Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet (§ 28c), begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1000 Euro bis zu 10000 Euro, ..... 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.

§ 9 Abs. 1 VStG:
Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

3.3.2. Wie sich aus den Feststellungen ergibt, hat die Firma F K Cafe und Konditorei GmbH die m Staatsangehörige im Zeitraum 01.06.2016 bis 31.08.2016 beschäftigt, ohne zwei Wochen vor deren Arbeitsaufnahme eine Anzeige über die

beabsichtigte Aufnahme der Beschäftigung bei der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice erstattet zu haben. Die Firma hatte daher auch keine Anzeigebestätigung zur Beschäftigung der Ausländerin erhalten. Somit wurde für die als Ferialpraktikantin beschäftigte Ausländerin auch keine Anzeigenbestätigung ausgestellt und sie wurde ohne diese beschäftigt. Dieses Verhalten hat der Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer zu vertreten.
Der Bf hat damit das Tatbild der ihm vorgeworfenen Verwaltungsübertretung erfüllt.

Die belangte Behörde hat als Rechtsgrundlage im Spruch des Erkenntnisses „§ 28 Abs. 1 Z 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 AuslBG“ angeführt und in der Begründung zusätzlich auf die Bestimmung des § 3 Abs. 5 lit. b AuslBG hingewiesen. Darüber hinaus hat sie durch textliche Hervorhebung des Wortes „Anzeigenbestätigung“ im Spruch den Vorwurf konkretisiert. Weil mit der textlichen Hervorhebung der Tatvorwurf von der belangten Behörde unmissverständlich zum Ausdruck gebracht wurde, der darüber hinaus auch begründet wurde, sodass die Tat in unverwechselbarer Weise vorgeworfen wurde, war ein ausreichender Tatvorwurf gegeben und die Rechtsgrundlage im erstinstanzlichen Spruch konnte entsprechend ergänzt werden.
Eine Ergänzung der Strafnorm durch Anführung des Strafsatzes war entsprechend der Judikatur des VwGH vorzunehmen.

3.3.3. Zum Verschulden des Bf wird ausgeführt:

§ 5 Abs. 1 und 2 VStG:
(1) Wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt 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.
(2) Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, entschuldigt nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte.

Zur Verschuldensseite bringt der Bf vor, es seien drei Geschäftsführer bestellt gewesen, das Verschulden am Nichterstatten der Anzeige könne aber nur einen treffen.
Dem ist entgegenzuhalten, dass eine interne Geschäftsverteilung dem LVwG Oö. nicht bekanntgegeben wurde und damit von einem Verschulden jedes der drei Geschäftsführer an der Übertretung auszugehen ist.

Weil eine rechtzeitige Meldung zur Oö. GKK erfolgt war, ist davon auszugehen, dass der Bf sich rechtskonform verhalten wollte.
Die Nichterstattung der erforderlichen Anzeige gem. § 3 Abs.5 lit.b AuslBG gegenüber der regionalen Geschäftsstelle der Oö. GKK ist daher lediglich als leicht fahrlässiges Verhalten zu qualifizieren. Die Installation eines internen Kontrollsystems, das derartigem Fehlverhalten vorbeugen hätte können, wurde von der Beschwerde gar nicht behauptet. Auch wäre es am Bf gelegen, selbst Erkundigungen hinsichtlich der Beschäftigung von Ferialpraktikantinnen beim AMS einzuholen und dafür zu sorgen, dass die Anzeige der Beschäftigung der Ausländerin als Ferialpraktikantin rechtzeitig erfolgt wäre.

3.3.4.
Gemäß § 19 Abs. 1 VStG idgF 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 – 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 belangte Behörde ist von einem geschätzten monatlichen Nettoeinkommen von 4.000 Euro und keinen Sorgepflichten ausgegangen. Diese unwidersprochen gebliebenen Angaben werden auch dem Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oö. zugrunde gelegt.

Zur Strafbemessung ist auszuführen, dass die belangte Behörde bei Verhängung der Strafe die Mindeststrafe von 1.000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von bis zu drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer, überschritten hat. Dabei hat sie erschwerend die Dauer der Beschäftigung der A T gewertet. Strafmilderungsgründe wurden keine zugrunde gelegt.
Bedenkt man jedoch, dass sich der Bf rechtskonform verhalten wollte, was durch die ordnungsgemäße Meldung der Ausländerin zur Oö. GKK als zuständigem Sozialversicherungsträger zum Ausdruck kommt und die unterlassene Meldung gem. § 3 Abs.5 lit. b AuslBG auf einem leicht fahrlässigen Unterlassen beruht, konnte mit der Verhängung der Mindeststrafe das Auslangen gefunden werden.

Eine Ermahnung konnte trotz Vorliegens der Voraussetzungen des geringen Verschuldens des Beschuldigten (siehe oben) und der geringen Intensität der Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts nicht ausgesprochen werden, ist die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes, nämlich die

Aufrechterhaltung eines geordneten Arbeitsmarktes, doch nicht als gering anzusehen.

Es ist auch nicht von einem Überwiegen der Milderungsgründe gegenüber den Erschwerungsgründen auszugehen, sodass § 20 VStG, wonach die Strafe außerordentlich gemildert werden kann, nicht anzuwenden ist.

Die Verhängung der im Spruch angeführten Strafe war aus spezialpräventiven Gründen erforderlich, um dem Bf die Unrechtmäßigkeit seines Handelns vor Augen zu führen, aber auch aus generalpräventiven Gründen geboten.

Zu II:
Weil die Beschwerde teilweise Erfolg hatte, waren keine Kosten für das Verfahren vor dem LVwG Oö. 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 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

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.

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