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-302252/27/KLi/JB

Datum:
Linz, 23 Juli 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde vom 4. März 2019 des N A, geb. x, vertreten durch N & T Rechtsanwälte, Dr. S N, x 6, S gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 4. Februar 2019, GZ: SanRB96-245-2018/Gr, wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG), nach Durchführung öffentlicher mündlicher Verhandlungen am 7. Mai 2019 und am 9. Juli 2019

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in Höhe von 400 Euro zu bezahlen.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (in der Folge: belangte Behörde) vom 4. Februar 2019, GZ: SanRB96-245-2018/Gr, wurde dem Beschwerdeführer (Bf) eine Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) in zwei Fällen wie folgt vorgeworfen:

„Sie haben es als Arbeitgeber verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass Sie zumindest von 19.6.2018 bis 21.6.2018

1. den b Staatsangehörigen J H, geb. x und
2. den b Staatsangehörigen S U, geb. x

als Arbeiter jedenfalls im Sinne des § 1152 ABGB entgeltlich beschäftigten, obwohl für diese Ausländer weder eine Beschäftigungsbewilligung oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde, noch diese 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' besaßen.
Dieser Sachverhalt wurde von Organen des Finanzamtes Grieskirchen Wels im Zuge einer Kontrolle am 21.6.20108 um 8.40 Uhr beim Bauvorhaben ‚K ' in G, x 29, indem die o.a. Personen in Arbeitskleidung beim Anbringen eines Reibputzes an der Außenfassade betreten und niederschriftlich befragt wurden, sowie durch Abfragen im Hauptverband festgestellt."
[Hervorhebungen nichtübernommen]

Der Bf habe dadurch § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG verletzt. Gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG werde eine Geldstrafe von jeweils 1.000 Euro, insgesamt 2.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von jeweils 33 Stunden, insgesamt 66 Stunden, verhängt.

Begründend führte die belangte Behörde aus, der im Spruch erhobene Tatvorwurf stehe aufgrund des durchgeführten Ermittlungsergebnisses fest.

Der Sachverhalt sei von Organen des Finanzamtes Grieskirchen Wels im Zuge einer Kontrolle am 21. Juni 2018 im 08:40 Uhr beim Bauvorhaben „K" in G, x 29 festgestellt worden, in dem die genannten Personen in Arbeitskleidung beim Anbringen eines Reibputzes an der Außenfassade betreten und niederschriftlich befragt worden seien.

Die Haus- bzw. Grundeigentümer B K und M K hätten übereinstimmend angegeben, dass die Firma des Bf mit dem ggst. Vorhaben beauftragt worden sei und dass diese

die Baustelle besichtigt habe. Darüber hinaus hätten die beiden Arbeiter angegeben, vom Bf beschäftigt worden zu sein.

In rechtlicher Hinsicht ergebe sich daher eine Übertretung des AuslBG. Somit sei spruchgemäß zu entscheiden gewesen.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die Beschwerde vom 4. März 2019, mit welcher das Straferkenntnis in vollem Umfang angefochten wird, zumal das Ermittlungsverfahren nur unzureichend durchgeführt worden sei und die angeführten Beweise den festgestellten Sachverhalt in keiner Weise ergeben würden.

Unbestritten bliebe ausschließlich, dass die beiden genannten Arbeiter im angegebenen Zeitpunkt auf der genannten Baustelle tätig gewesen seien. Dies könne vom Bf jedoch weder bestätigt noch dementiert werden und entziehe sich seiner Kenntnis. Ob die beiden Arbeiter über eine entsprechende arbeitsmarktrechtliche Bewilligung in Österreich verfügten, entziehe sich ebenfalls der Kenntnis des Bf, zumal diese nicht für ihn tätig geworden seien. Es sei daher unrichtig, dass die beiden Arbeiter von ihm beschäftigt worden seien, zumal er selbst kein Unternehmen führe.

Der Bf habe vor etwa vier bis fünf Jahren in G im Rahmen seiner damaligen Erwerbstätigkeit eine Baustelle betreut. Der in der Nachbarschaft lebende B K, ein b Landsmann des Bf, sei zu dieser Zeit mehrfach an der Baustelle vorbeispaziert und habe sich erkundigt, ob er den Bf, wenn er später einmal ein Bauprojekt habe, kontaktieren könne. Der Bf habe ihm damals eine Karte gegeben. Irgendwann im Frühjahr 2018 habe der Bf einen Anruf erhalten. Der Bf habe mitgeteilt, schon länger nicht mehr gewerblich tätig zu sein. Der Bf habe B K dann die Telefonnummer des J H gegeben. Der Bf kenne J H von früher, zumal dieser selbstständig als Einzelfirma tätig gewesen und teilweise als Subunternehmer für den Bf tätig geworden sei. Über den aktuellen Status sei der Bf nicht näher informiert. Der Bf habe durch die Aufforderung zur Rechtfertigung davon erfahren, dass J H an der Adresse des B K tätig geworden sei. S U kenne der Bf persönlich überhaupt nicht. Die beiden Arbeiter hätten offensichtlich selbst angegeben, die Entlohnung direkt mit ihrem Auftraggeber ausgemacht zu haben.

Es liege sohin weder eine wirtschaftliche Abhängigkeit der beiden Arbeiter zum Bf vor, noch teile er diesen beiden Arbeitern Arbeiten zu. Eine Integration in einen Betrieb des Bf, der bereits seit längerer Zeit nicht mehr bestehe, sei nicht gegeben. Es würden überhaupt keine Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses der Arbeiter mit dem Bf vorliegen. Die bescheidmäßige Verpflichtung zur Bezahlung einer Gesamtstrafe von 2.000 Euro zuzüglich der Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens, sei sohin rechtswidrig.

Aus den angeführten Gründen stelle der Bf nachstehende Anträge, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge (1.) gemäß § 50 VwGVG den angefochtenen Bescheid aufheben und das Verfahren einstellen; in eventu (2.) gemäß § 50 VwGVG die verhängte Strafe mildern; sowie (3.) gemäß § 44 VwGVG eine mündliche Verhandlung durchführen.

I.3. Mit Vorlageschreiben vom 11. März 2019 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu erlassen. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich entscheidet durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich führte sodann am 7. Mai 2019 und am 9. Juli 2019 öffentliche mündliche Verhandlungen durch. In diesen Verhandlungen wurden der Bf sowie der Zeuge O M unter Beiziehung eines Dolmetschers für die b Sprache vernommen. Ferner wurden die Zeugen M K, sowie die Erhebungsorgane der Finanzpolizei Ml S, C W und M H als Zeugen vernommen. In der Verhandlung am 9. Juli 2019 wurde B K unter Beiziehung einer Dolmetscherin für die a Sprache vernommen. Die ebenfalls beantragten Zeugen J H und S U konnten nicht vernommen werden. Hinsichtlich S U ergibt sich aus dem Akt keine ladungsfähige Adresse. Darüber hinaus hat der Bf in der Verhandlung am 7. Mai 2019 bekannt gegeben, dass J H und S U aufgrund eines Aufenthaltsverbotes in Österreich auch nicht stellig gemacht werden könnten.

II. Nachfolgender S A C H V E R H A L T steht fest:

II.1. Der Bf ist am x geboren und Staatsangehöriger von B. Der Bf kennt insbesondere den b Staatsangehörigen S U aufgrund seiner (früheren) gewerblichen Tätigkeit im Baugewerbe. Ebenso kennt der Bf den b Staatsangehörigen J H. Im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht am 7. Mai 2019 war dem Bf auch bekannt, dass über diese beiden Personen in Österreich ein Aufenthaltsverbot verhängt wurde.

Der Bf kennt auch B K. In der Beschwerde gab der Bf zwar an, dass es sich bei B K um einen b Landsmann von ihm handeln würde, tatsächlich stammt B K aber aus dem K. Die Muttersprache des B K ist A. Ungeachtet dessen konnte er sich mit dem Bf auch auf B verständigen.

II.2. Zumindest früher führte der Bf ein Unternehmen im Baugewerbe und führte insbesondere Fassadenarbeiten, Abbringungen von Vollwärmeschutz, Reibeputz, etc. durch. Auch im vorliegenden Fall trat der Bf gewerblich auf. Er gab gegenüber B K an, zwei seiner Mitarbeiter auf die Baustelle zu schicken, um die Außenfassade zu verputzen. Insofern ging B K von einer gewerblichen Tätigkeit des Bf aus.

II.3. Der Zeuge B K ist gemeinsam mit seinem Sohn M K Eigentümer der Liegenschaft in G, x 29. Auf dieser Liegenschaft errichtete der Zeuge M K ein Haus. An diesem sollte die Fassade verputzt werden.

Dem Zeugen B K war bekannt, dass der Bf ein Unternehmen führt, das Fassadenarbeiten verrichtet. Er kontaktierte daher den Bf. Der Bf kam daraufhin (am 18. Juni 2018) auf die Baustelle des Zeugen um dort die zu verrichtenden Verputzarbeiten zu besichtigen und einzuschätzen.

Der Bf gab dazu an, dass bei einer Gesamtfläche von zirka 370 m^2 mit einem Preis von 18 Euro/m^2 der Verputz angebracht werden könnte. Die genauen Details und Vermessungen würden bei Abschluss der Arbeiten vorgenommen werden. Ein schriftliches Angebot wurde nicht erstellt, sondern wurde nur eine mündliche Vereinbarung getroffen. Bezüglich der Bezahlung und der Rechnung wurde vereinbart, dass diese bei Fertigstellung der Baustelle erledigt würde. Das Material für die Fassadenarbeiten wurde vom Zeugen B K besorgt.

Der Bf gab gegenüber dem Zeugen an, dass er zwei seiner Mitarbeiter auf die Baustelle schicken würde. Diese sind dann mit einem Kleinbus auf die Baustelle gekommen.

Eine direkte Beauftragung durch den Zeugen B K an die beiden Arbeiter J H und S U erfolgte dementgegen nicht. Der Zeuge bezahlte die beiden Arbeiter nicht. Er ging vielmehr davon aus, dass es sich um Mitarbeiter des Bf handelt.

II.4. Die auf der Baustelle angetroffenen Arbeiter waren seit 19. Juni 2018 auf der Baustelle beschäftigt. Sie kamen an diesem Tag zirka um 10:00 Uhr und arbeiteten bis zirka 16:30 Uhr. Am Mittwoch, 20. Juni 2018, arbeiteten sie zirka von 08:00 Uhr bis 16:00 Uhr. Am Kontrolltag, 21. Juni 2018, kamen sie zirka um 07:30 Uhr.

Die beiden Arbeiter führten die Fassadenarbeiten durch. Im Zeitpunkt der Kontrolle verputzten sie eine Säule. Die Verputzarbeiten waren im Zeitpunkt der Kontrolle fast abgeschlossen. Nach der Kontrolle verrichteten diese Arbeiter keine weiteren Verputzarbeiten auf der Baustelle. Dem Zeugen B K waren die beiden Personen vor den Arbeiten auf der Baustelle nicht bekannt.

II.5. Die Arbeiten auf der Baustelle wurden zunächst vom Bf besichtigt. Im Zuge dieser Besichtigung vereinbarte er mit dem Zeugen B K den Quadratmeterpreis. Daraufhin erschienen am nächsten Tag die beiden genannten Arbeiter auf der Baustelle und verrichteten die geschilderten Arbeiten.

Diesbezüglich gab S U in seiner Vernehmung vor der Finanzpolizei an, er kenne den Bf seit etwa zwei Jahren. Der Bf habe ihn gefragt, ob er auf der Baustelle des Zeugen

B K arbeiten könne. Außerdem habe ihm der Bf zugesagt, dass er die Entlohnung vom Bf bekomme. Er habe auch früher schon einmal für den Bf gearbeitet. In Bosnien arbeite er bei einer Maschinenputzfirma, derzeit sei er in Österreich auf Urlaub. Den Zeugen K habe er am Kontrolltag zum ersten Mal gesehen. Auch die Arbeiten auf dessen Baustelle habe er am Kontrolltag zum ersten Mal durchgeführt.

Der Zeuge J H gab vor der Finanzpolizei an, gemeinsam mit dem Arbeiter S U auf der Baustelle tätig zu sein. Er kenne ihn aus Bosnien. Er sei den ersten Tag auf der Baustelle und führe mit S U Verputzarbeiten an einer Säule durch. Er schlafe derzeit bei einem Freund in T, O M. Dieser Freund habe ihn an S U vermittelt. Er habe nur am Kontrolltag auf der Baustelle gearbeitet. Er kenne den Bf nicht.

Für die Vernehmung der beiden Arbeiter wurde die Zeugin M H von der Finanzpolizei als Dolmetscherin beigezogen.

II.6. Die Arbeiten auf der Baustelle begannen am Dienstag, 19. Juni 2018. Die Kontrolle fand daraufhin am Donnerstag, 21. Juni 2018, statt. Bei Beginn der Arbeiten verputzten die beiden angetroffenen Arbeiter eine Säule.

II.7. Im Zuge der Kontrolle der Finanzpolizei wurden Niederschriften angefertigt. Für die Niederschriften mit den Arbeitern J H und S U, wurde die Zeugin M H als Dolmetscherin beigezogen. Für die Vernehmung des B K wurde kein Dolmetscher beigezogen. Im Zuge der Vernehmung des B K kam auch dessen Sohn, M K, dazu, welcher die Errichtung der Niederschrift mitverfolgte, in diese aber selbst nicht eingriff oder mitwirkte.

Als die Finanzpolizei zur Kontrolle auf die Baustelle kam, kontaktierte S U den Bf und teilte ihm mit, dass die Finanzpolizei eine Kontrolle durchführe. Der Bf kontaktierte in weiterer Folge B K bzw. M K telefonisch. Er forderte den Zeugen auf, gegenüber der Finanzpolizei anzugeben, der eigentliche Auftraggeber der beiden Arbeiter zu sein. Er solle gegenüber der Finanzpolizei angeben, er habe die beiden Arbeiter in einem Cafe kennen gelernt. Er solle nichts über den Bf sagen, weil dieser nun doch keine Firma habe. Die Zeugen K sollten die Schuld auf sich nehmen. Falls sie eine Strafe bekämen, würde der Bf diese dann übernehmen. Der Zeuge M K erwiderte gegenüber dem Bf, dass er dies sicher nicht machen werde.

II.8. Weder der Zeuge B K, noch der Zeuge M K bezahlten die beiden Arbeitnehmer. Eine Rechnungslegung des Bf gibt es bislang nicht. Insofern bezahlten weder der Zeuge B K noch der Zeuge M K den Bf.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Die Feststellungen zu den persönlichen Verhältnissen des Bf gehen aus dem Akteninhalt hervor, insbesondere auch aus den Angaben des Bf selbst, vor dem erkennenden Gericht. Somit steht fest, dass der Bf zumindest ehemals ein Unternehmen führte. Ungeachtet dessen trat er gegenüber den Zeugen K weiterhin als Unternehmer auf.

III.2. Das Auftreten des Bf als Unternehmer ergibt sich aus den Aussagen der beiden Zeugen, B K und M K. So wurde bereits im Zuge der Vernehmung vor der Finanzpolizei eine Niederschrift mit dem Zeugen B K erstellt. Im Zuge dieser Niederschrift wurde ein Dolmetscher nicht beigezogen. Im Übrigen wäre hier die Zeugin M H auch nicht hilfreich gewesen, weil für den Zeugen B K ein Dolmetscher für die a Sprache erforderlich war. Im Zuge der Vernehmung vor der Finanzpolizei stellte sich dieses Dilemma allerdings nicht. Offensichtlich war der Zeuge B K vor der Finanzpolizei wesentlich ruhiger. Die Vernehmung erfolgte außerdem auf der Baustelle, also beim Zeugen zuhause. Vor dem erkennenden Gericht erschien der Zeuge B K überaus nervös und aufgeregt, er war geradezu außer sich. In weiterer Folge wurde für die Fortsetzung der Vernehmung vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eine Dolmetscherin für die a Sprache beigezogen. Im Zuge dieser Vernehmung gab der Zeuge B K dann im Wesentlichen und sinngemäß das an, was er auch vor der Finanzpolizei ausgesagt hatte.

So ergab sich insbesondere das Zustandekommen des Auftragsverhältnisses dergestalt, dass der Zeuge B K den Bf für die Fassadenarbeiten, nämlich das Anbringen von Reibeputz, beauftragte. Auch die Preisvereinbarung von 18 Euro/m^2 bei etwa 370 m^2 ergab sich aus den beiden Vernehmungen, sowohl vor der Finanzpolizei als auch vor dem erkennenden Gericht. Ebenso gab der Zeuge an, der Bf würde zwei Mitarbeiter schicken, dies waren die im Kontrollzeitpunkt angetroffenen Arbeiter, J H und S U. Der Zeuge schilderte auch glaubwürdig, dass er diese beiden Personen zuvor nicht gekannt hatte. Die Aussage des Zeugen B K wurde auch von dessen Sohn, M K bestätigt. Dieser wurde vor dem erkennenden Gericht am 7. Mai 2019 befragt. Der Zeuge M K ist in Österreich aufgewachsen und verfügt über akzentfreie Deutschkenntnisse. Er bestätigte die Aussage seines Vaters. Im Zuge der Vernehmung vor dem Gericht gab es dazu zwar kleinere Unschärfen hinsichtlich der Tage und des Datums, dies lässt sich aber damit begründen, dass die Kontrolle der Finanzpolizei nunmehr ein Jahr zurückliegt. Der Zeuge gestand auch selbst zu, dass die konkreten Daten hinsichtlich der einzelnen Tage im Akt der Finanzpolizei richtig sind und er sich nur im Zuge der Vernehmung vor dem erkennenden Gericht am 7. Mai 2019 diesbezüglich „vertan“ hatte. Dies ist auch nachvollziehbar, zumal der Zeuge einzelne Tage nicht mehr auswendig wissen musste und dies auch nicht erwartet werden kann.

Wenn der Bf in der Verhandlung die wirtschaftliche Nachvollziehbarkeit des Preises von 18 Euro/m^2 in Frage stellte, so vermag er dadurch den gegenüber ihm erhobenen Tatvorwurf nicht zu entkräften. Insbesondere dann, wenn eine

Beschäftigung von Arbeitern ohne Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen (etwa des AuslBG oder des ASVG) erfolgt, erscheint dieser Preis doch angemessen. Außerdem lässt sich aus der Vereinbarung eines (un-)wirtschaftlichen Preises noch nicht die Rechtmäßigkeit einer Beschäftigung ableiten. Umgekehrt schließt auch die rechtmäßige Beschäftigung von Arbeitern eine unwirtschaftliche Vorgehensweise bei der Preisvereinbarung nicht aus. Aus diesem Argument des Bf kann also für ihn nichts gewonnen werden.

III.3. Das Zustandekommen des Auftragsverhältnisses wurde somit glaubwürdig von den beiden Zeugen K geschildert. Wenn der Bf in seiner Vernehmung vor dem erkennenden Gericht angibt, er sei nie auf der Baustelle gewesen, so kann dem kein Glauben geschenkt werden. Insbesondere ist es auch nicht nachvollziehbar, weshalb die beiden Zeugen K sowohl vor der Finanzpolizei als auch vor dem erkennenden Gericht unter Wahrheitspflicht falsche Angaben machen sollten. Vielmehr sind die Aussagen der beiden Zeugen in sich schlüssig und stimmig sowie nachvollziehbar. Diese stammen auch vom Tag der Kontrolle selbst. Dass der Zeuge B K vor dem erkennenden Gericht völlig außer sich war, ergibt sich wohl daraus, dass ihn die Gerichtssituation und die Verhandlung in deutscher Sprache, die er offensichtlich nicht besonders gut beherrscht – anders als die Vernehmung bei ihm zu Hause – nervös machte. Als dann eine Dolmetscherin für die a Sprache beigezogen wurde, ergab die Vernehmung jene Aussage, die auch auf der Baustelle niedergeschrieben wurde. Darüber hinaus schilderten auch beide Zeugen K, dass der Bf die Baustelle besichtigt hatte und ein Quadratmeterpreis von 18 Euro bei etwa 370 m^2 vereinbart wurde. Weshalb dies unrichtig sein sollte, konnte der Bf nicht nachvollziehbar widerlegen.

III.4. Dass die beiden angetroffenen Arbeiter dem Bf zuzurechnen sind, steht für das erkennende Gericht unzweifelhaft fest. Auch diesbezüglich gab der Zeuge B K an, der Bf habe ihm gesagt, er schicke zwei Mitarbeiter. Am Tag nach der Besichtigung, nämlich am Dienstag, 19. Juni 2018 kamen dann diese beiden Arbeiter. Der Zeuge K konnte insofern davon ausgehen, dass dies die Mitarbeiter der Bf waren.

Wenn die beiden Mitarbeiter des Bf vor der Finanzpolizei angaben, sie seien den ersten Tag auf der Baustelle, so erscheint dies nicht glaubwürdig. Vielmehr war dies offenbar eine Schutzbehauptung der beiden Arbeiter, die diese im Einklang mit dem Bf abgaben. Diesbezüglich folgt das erkennende Gericht den in sich schlüssigen und stimmigen Aussagen der Zeugen B K und M K.

III.5. Die Arbeiten auf der Baustelle sind im Akt dokumentiert und ergeben sich aus der durchgeführten Kontrolle der Finanzpolizei. Im Übrigen ist ohnedies unstrittig, dass die Arbeiter Verputzarbeiten an einer Säule vornahmen.

Dass die beiden Arbeiter im Zuge ihrer Vernehmungen behaupteten, sie seien den ersten Tag auf der Baustelle, ändert nichts am konkreten Auftragsverhältnis und daran, dass diese als Mitarbeiter dem Bf zuzurechnen sind. Nach der Erfahrung der Finanzpolizei geben im Zuge einer Kontrolle die angetroffenen Arbeiter oftmals an, erst den ersten Tag auf der Baustelle zu sein (auch wenn dies in vielen Fällen so nicht zutrifft).

Darüber hinaus gab der Arbeiter S U an, auf der Baustelle des Zeugen über den Bf tätig geworden zu sein. Er habe früher auch schon einmal für den Bf gearbeitet. Dieser habe ihn auch auf die Baustelle „K“ gebracht. Er habe für die Arbeiten auf der Baustelle vom Bf 50 Euro bekommen, sowie Verpflegung und Getränke. Wie J H auf die Baustelle gekommen sei, wisse er nicht.

Auch aus der Aussage dieses Zeugen ergibt sich insofern, dass er als Mitarbeiter des Bf aufgetreten ist. Darüber hinaus wurde für die Vernehmung dieses Zeugen die bei der Finanzpolizei tätige Zeugin M H beigezogen. Diese spricht sowohl B als auch Deutsch. Darüber hinaus wurde die Zeugin M H vom erkennenden Gericht zu ihrer Tätigkeit als Dolmetscherin befragt. Diese gab an, die auf Deutsch gestellten Fragen auf B übersetzt zu haben. Die b Antwort des Zeugen wurde sodann von ihr wiederum auf Deutsch übersetzt und niedergeschrieben. Zur Kontrolle wurde dann von ihr die Niederschrift von Deutsch auf B rückübersetzt. Am ordnungsgemäßen Zustandekommen der Vernehmungen des Zeugen U (und auch des Zeugen H) besteht für das erkennende Gericht insofern kein Zweifel. Vielmehr entstand für das erkennende Gericht der Eindruck, dass die Zeugin H fachlich korrekt und ordnungsgemäß die Übersetzungen der Niederschriften vorgenommen hat.

In wie fern die Aussagen selbst der Wahrheit entsprechen ist keine Frage der Dolmetschertätigkeit, sondern eine solche der Beweiswürdigung. Im Rahmen der Beweiswürdigung ergibt sich aus der Aussage des Zeugen U, dass dieser als Mitarbeiter dem Bf zuzurechnen ist.

Aus der Aussage des Zeugen J H lässt sich diesbezüglich nichts gewinnen. Dessen Aussage steht eher im Einklang mit jener des Zeugen O M, welcher ein Freund des J H ist. Die Aussage weicht vom übrigen Gesamtgefüge derart ab, dass sie nicht als wahrheitsgemäß betrachtet werden kann. In Zusammenschau der Aussagen der Zeugen B K und M K sowie jener des S U ergibt sich vielmehr ein Beschäftigungsverhältnis beim Bf.

III.6. Die Kontrolle durch die Finanzpolizei ist im Akt dokumentiert. Daraus ergibt sich auch die Erstellung der Niederschriften mit dem Zeugen B K sowie den Mitarbeitern des Bf, S U und J H.

Die Aussage des Zeugen B K wurde durch eine Vernehmung vor dem erkennenden Gericht (unter Beiziehung einer a Dolmetscherin) nochmals im Detail überprüft.

Diesbezüglich ergeben sich keine Abweichungen zwischen der Niederschrift der Finanzpolizei und der Aussage vor dem erkennenden Gericht. In diese Aussage fügt sich auch jene des Zeugen M K. Diese Aussage kommt insbesondere dadurch besonders hohe Beweiskraft zu.

Die Vernehmung der beiden Arbeiter wurde von der Finanzpolizei in Anwesenheit einer Dolmetscherin (eine Mitarbeiterin der Finanzpolizei, die dazu ausgebildet ist) durchgeführt. Am ordnungsgemäßen Zustandekommen dieser Niederschriften besteht somit kein Zweifel. Diese beiden Zeugen konnten vor dem erkennenden Gericht nicht geladen werden. Hinsichtlich S U bestehen auch keine ladungsfähigen Daten im Akt. Außerdem wurde über beide Personen im Österreich ein Aufenthaltsverbot verhängt. Insofern musste auf die Niederschriften vor der Finanzpolizei zurückgegriffen werden.

III.7. Außerdem ergibt sich aus den durchgeführten Vernehmungen der beiden Zeugen K, dass die Bezahlung für die Verputzarbeiten ausschließlich an den Bf erfolgen sollte. Auch der Zeuge U hat vor der Finanzpolizei angegeben, über den Bf auf die Baustelle gelangt zu sein und von ihm bezahlt zu werden. Somit steht das Auftragsverhältnis zwischen den Zeugen K und dem Bf ohne Zweifel fest. In weiterer Folge leitet sich daraus aber auch ab, dass die auf der Baustelle angetroffenen Personen als Mitarbeiter des Bf auftraten. Wie in rechtlicher Würdigung noch auszuführen sein wird, ergibt sich insofern auch der gegenüber dem Bf erhobene Tatvorwurf der Übertretung des AuslBG.

IV. Rechtslage:

IV.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.

IV.2. Gemäß § 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, 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, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2.000 Euro bis 20.000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2.000 Euro bis 20.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4.000 Euro bis 50.000 Euro.

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen:

V.1. In rechtlicher Würdigung stellt sich somit die Frage, ob die Beschäftigung der beiden Arbeiter durch den Bf als Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes zu qualifizieren ist bzw. ist die Strafzumessung der belangten Behörde auf ihre Angemessenheit zu überprüfen.

V.2. Typische Merkmale wirtschaftlicher Abhängigkeit (Unselbstständigkeit) sind:
1. die Verrichtung der Tätigkeit nicht in einem Betrieb oder einer Betriebsstätte des Verpflichteten, sondern in einem Betrieb des Unternehmers;
2. eine gewisse Regelmäßigkeit und längere Dauer der Tätigkeit;
3. die Verpflichtung zur persönlichen Erbringung der geschuldeten Leistung;
4. Beschränkungen der Entscheidungsfreiheit des Verpflichteten hinsichtlich der Verrichtung der Tätigkeit (Weisungsgebundenheit, „stille“ Autorität);
5. die Berichterstattungspflicht;
6. die Arbeit mit Arbeitsmitteln des Unternehmers;
7. das Ausüben der Tätigkeit für einen oder eine geringe Anzahl, nicht aber für eine unbegrenzte Anzahl ständig wechselnder Unternehmer;
8. die vertragliche Einschränkung der Tätigkeit des Verpflichteten in Bezug auf andere Personen (Unternehmerbindung, Konkurrenzverbot);
9. die Entgeltlichkeit und
10. die Frage, wem die Arbeitsleistung zu Gute kommt.
(VwGH 18.10.2000, 99/09/0011)

Bei der Beurteilung des konkret erhobenen Sachverhaltes geht es nicht darum, dass lückenlos alle rechtlichen und faktischen Merkmale festgestellt sind, sondern darum,

die vorhandenen Merkmale zu gewichten und sodann das Gesamtbild daraufhin zu bewerten, ob wirtschaftliche Unselbständigkeit vorliegt oder nicht. Das totale Fehlen des einen oder anderen Merkmales muss dabei nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Die vorhandenen Merkmale werden in aller Regel unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Ihre Bewertung erfolgt nach einer Art „beweglichem System“, indem das unterschiedliche Gewicht beim einzelnen Tatbestandsmerkmale zueinander derart in eine Beziehung zu setzen ist, dass man berücksichtigt, dass eine Art von wechselseitiger Kompensation der einzelnen Gewichte vorgenommen wird. Das bedeutet nichts anderes, als dass das Fehlen wie auch eine schwache Ausprägung des einen oder anderen Merkmales des durch ein besonders stark ausgeprägtes Vorhandensein eines anderen oder mehrerer anderer Merkmale ausgeglichen bzw. überkompensiert werden kann (VwGH 22.02.2006, 2002/09/0187).

V.3. Im vorliegenden Fall hat sich nun ergeben, dass die beiden Arbeiter in den Betrieb (den der Bf zumindest vorgab zu haben) eingegliedert waren. Diese kamen auch über Anweisung des Bf auf die Baustelle K. Darüber hinaus erfolgte auch die Erteilung der Arbeitsanweisungen – nämlich die Anbringung eines Reibeputzes – durch den Bf. Auch die Bezahlung der Arbeiter sollte der Bf vornehmen. Dies ergab sich aus der Aussage der Zeugen K, die dann wiederum den Bf bezahlt hätten, so wie aus der Aussage des Zeugen U. Darüber hinaus verfügten die beiden Arbeiter weder über eigene Arbeitsmittel noch über eigenes Werkzeug. Auch in zeitlicher Hinsicht wurde ihnen vom Bf aufgetragen, dass sie ab 19. Juni 2018 die Verputzarbeiten durchzuführen hatten.

In einer Gesamtschau ergibt sich insofern, dass Arbeitgeber der beiden Personen der Bf war. Die Zeugen K kannten die beiden Personen nicht und gingen aufgrund der Vorgespräche mit dem Bf auch davon aus, dass sie seine Mitarbeiter seien. Aufgrund des Gesamtverhaltens des Bf war für die beiden Zeugen ein Auftragsverhältnis zum Bf gegeben und in der Folge ein Beschäftigungs- bzw. Arbeitgeberverhältnis des Bf zu diesen beiden Personen. Es hat sich auch im gesamten Verfahren nicht ergeben, dass die beiden Zeugen K die beiden Arbeiter zuvor selbst gekannt hätten und beauftragt hätten. Auch aus der Bezahlung der Zeugen an den Bf (ausschließlich an diesen) kann abgeleitet werden, dass der Bf Arbeitgeber der beiden Personen war. In weiterer Konsequenz ergibt sich auch, dass eine Bewilligung iSd AuslBG für die beiden Personen nicht vorlag. Ein Verstoß gegen das AuslBG ist insofern verifiziert.

V.4. Über den Bf wurde pro Arbeitnehmer eine Geldstrafe von 1.000 Euro verhängt. Die Strafhöhe ist einer Überprüfung zu unterziehen.

V.5. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG iVm § 38 VwGVG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Gemäß § 19 Abs. 2 VStG iVm § 38

VwGVG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) und überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegen einander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Bei der Strafbemessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 28.11.1966, 1846/65) innerhalb des 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 Nachprüfung des Ermessensaktes auf eine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetztes erforderlich ist (VwSlg. 8134 A/1971).

§ 19 Abs. 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind, egal ob sie durch Organmandat, Strafverfügung oder im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46 VStG) erfolgt. 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 § 32 Abs. 3 StGB 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).

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Da die verfahrensgegenständliche Bestimmung über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt nach § 5 Abs. 1 VStG 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 (sog „Ungehorsamsdelikt“).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschuldigte initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (vgl. VwGH 23.12.1991, 88/17/0010 mwN).

Der Bf hat keinerlei Umstände geltend gemacht, die geeignet wären, einen entsprechenden Entlastungsbeweis zu führen. Der Bf hat somit sein objektiv rechtswidriges Verhalten auch (subjektiv) zu verantworten.

V.6. Im vorliegenden Fall ist die konkrete Strafzumessung der belangten Behörde einer Überprüfung zu unterziehen. Die Mindeststrafe beträgt pro Arbeitnehmer 1.000 Euro. Von der belangten Behörde wurde lediglich diese Mindeststrafe verhängt.

Die Strafzumessung ist insofern nicht zu beanstanden. Eine Herabsetzung unter die Mindeststrafe kommt nicht in Betracht. Zunächst ist dazu auszuführen, dass die Feststellung des konkreten Sachverhaltes nicht etwa auf ein Geständnis zurückzuführen ist. Vielmehr war ein überaus hoher Verfahrensaufwand, die Vernehmung mehrerer Zeugen, die Beiziehung von Dolmetschern für zwei Sprachen, erforderlich, um den konkreten Sachverhalt überhaupt erheben zu können. Von einem Geständnis oder einer Mitwirkung an der Sachverhaltsfeststellung durch den Bf kann insofern keine Rede sein.

Milderungsgründe sind insofern nicht ersichtlich. Umgekehrt liegen auch keine Erschwerungsgründe vor. Dass hier zwei Arbeitnehmer auf der Baustelle angetroffen wurden ist bereits strafbegründend (die Strafe ist pro Arbeitnehmer zu verhängen), sodass diese nicht nochmals verwertet werden darf. Im Ergebnis ist also die Verhängung der Mindeststrafe – wie von der belangten Behörde vorgenommen – durchaus angemessen.

V.7. Gemäß § 52 Abs. 1 und Abs. 2 VwGVG hat der Bf einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens in Höhe von 20 % der verhängten Geldstrafe zu bezahlen. Der Kostenbeitrag war daher mit 400 Euro festzusetzen.

V.8. Im Ergebnis war die Beschwerde als unbegründet abzuweisen und spruchgemäß zu entscheiden.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

VI.1. 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.

VI.2. Die vorliegende Entscheidung steht außerdem im Einklang mit der oben dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Qualifikation einer Beschäftigung als Arbeitnehmer. Letztendlich ist die konkrete Sachverhaltsfeststellung ein Ergebnis der konkreten Beweismittel und Beweiswürdigung und somit einzelfallbezogen und nicht verallgemeinerungsfähig. Auch aus diesen Gründen war die ordentliche Revision für unzulässig zu erklären.

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

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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Lidauer