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-302561/7/GS/CJ

Datum:
Linz, 21. Oktober 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Saxinger über die Beschwerde der N M, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. G R, x, vom 13.11.2019, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 16.10.2019, GZ: BHWL/919180003327/19, wegen einer Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

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

II. Die Beschwerdeführerin hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung 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 Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land (im Folgenden: belangte Behörde) vom 16.10.2019, GZ: BHWL/919180003327/19, wurde betreffend N M (Beschwerdeführerin: im Folgenden Bf) wie folgt entschieden:

„Sie haben entgegen den Bestimmungen des § 18 Ausländerbeschäftigungsgesetz die Arbeitsleistungen eines Ausländers, der von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland beschäftigt wird, in Anspruch genommen, ohne dass für den Ausländer eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung oder Anzeigebestätigung erteilt wurde.

Namen und Geburtsdatum des Ausländers: E B, geb.: x Staatsangehörigkeit: x
Beschäftigungs- bzw. Tatzeitraum lt. Niederschrift am 25.03.2019 von 07:00 bis 16:30 Uhr, am 26.03.2019 ab 07:00 Uhr (zumindest zum Zeitpunkt der Kontrolle)
Arbeitnehmer der Firma H d.o.o. x
Ort der Beschäftigung: BV „M I“, x, x
Tatort: Gemeinde x, x neben Nr. x bzw. x
Kontrollzeit: 26.03.2019 gegen 08:23 Uhr.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b i.V.m. § 18 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird (werden) über Sie folgende Strafe(n) verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	gemäß
€ 1.000,00	1 Tage(n) 9 Stunde(n)		§ 28 Abs. 1 Ziffer 1 AuslBG

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:

€ 100,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens € 10,00 für jedes Delikt (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 100,00 angerechnet).

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher € 1.100,00“

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass am 28.03.2019 der Bauherr M I zu der Tätigkeit von B befragt worden wäre und im Wesentlichen angegeben habe, dass er und seine Frau N M jeweils zu 50 % Besitzer der Liegenschaft seien. Er selbst sei mit 25 % bei der Österreichischen M Bau KG beteiligt. Bei der kroatischen H d.o.o. sei er nicht beteiligt und übe dort auch keine Funktion aus. Am 23.03.2019 habe B E I M gefragt, ob er die Elektroinstallationsarbeiten bei seinem Haus machen könne. Betreffend der Tätigkeit habe I M auch mit seinem

Vater H M gesprochen. Er habe ihm gesagt, dass dies in Ordnung gehe. Über die Abrechnung habe I M mit H M nicht gesprochen. Seitens der Finanzpolizei sei von einer Entsendung des bosnischen Staatsangehörigen B E von der kroatischen Firma H d.o.o. nach Österreich auszugehen. Diesbezüglich wäre kein arbeitsmarktrechtliches Dokument für die Tätigkeit von B vorgelegt worden. Da M N die Arbeitsleistung eines Ausländers von einem ausländischen Arbeitgeber ohne der Ausstellung einer entsprechenden Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung oder Anzeigebestätigung in Anspruch genommen habe, liege eine Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes vor.

I.2. Dagegen wurde von der Bf durch ihren Rechtsvertreter fristgerecht Beschwerde eingebracht, in der beantragt wurde, das bekämpfte Straferkenntnis nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung ersatzlos zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren somit einzustellen. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass E B weder bei der Bf vorbeigekommen sei, noch sie mit ihrem Vater irgendwelche Gespräche geführt habe. Insofern liege eine Aktenwidrigkeit vor, als allfällige Gespräche nur zwischen I M und dessen Vater H M diesbezüglich stattgefunden hätten. Nach dem festgestellten Sachverhalt habe E B beim BV „M I“ in der x, x, gearbeitet und nach eigenen Angaben Arbeitsweisungen von I M erhalten. I M habe ihn angewiesen, Elektroinstallationsarbeiten zu machen. Demensprechend habe die Behörde I. Instanz auch keinerlei Feststellungen dazu getroffen, aus denen ableitbar sei, die Bf hätte E B beschäftigt. Tatsächlich habe sie nicht einmal Kenntnis davon gehabt, dass B in ihrem Haus Elektroinstallationsarbeiten ausführe. Außerdem wurde unrichtige rechtliche Beurteilung eingewendet. Aus dem festgestellten Sachverhalt sei nicht ableitbar, dass die Bf tatsächlich E B beschäftigt hätte. Offenbar leite die Behörde ihre Verantwortung lediglich daraus ab, dass die Bf „zu 50 % Besitzer“ der Liegenschaft x in x sei.

I.3. Die Bezirkshauptmannschaft Wels-Land als belangte Behörde hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt vorgelegt.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme sowie durch Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 04.06.2020, zu welcher die Verfahrensparteien geladen wurden. Teilgenommen haben der Rechtsvertreter der Bf, H M und ein Vertreter des Finanzamtes Grieskirchen Wels. Weiters wurde der geladene Zeuge I M einvernommen.

II. Im Grunde des durchgeführten Beweisverfahrens steht folgender Sachverhalt als erwiesen fest:

Am 26.03.2019, gegen 8.23 Uhr, erfolgte auf der Baustelle in x, eine Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei. Das Grundstück befindet sich im Alleineigentum der Bf. Auf diesem Grundstück wurde zum verfahrensgegenständlichen Zeitraum ein Einfamilienhaus errichtet. Bauherrn dieses Hauses sind die Bf und ihr Ehegatte M I. Im Zuge der Kontrolle wurde als einziger Arbeiter im Innenbereich des Einfamilienhauses der bosnische Staatsangehörige B E in verschmutzter Arbeitskleidung bei Vorbereitungsarbeiten für Elektroinstallationen angetroffen. Im verfahrensgegenständlichen Zeitpunkt war E B als Dienstnehmer der kroatischen Firma H d.o.o. als Elektrotechniker angemeldet.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat mit Erkenntnis vom 21. Oktober 2020, GZ: LVwG-302570, festgestellt, dass bei den gegenständlichen Arbeitsleistungen des E B nicht von einer Entsendung auszugehen ist.

III. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich nachvollziehbar aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung am Landesverwaltungsgericht Oberösterreich am 04.06.2020. Unstrittig ist, dass sich das gegenständliche Grundstück im Alleineigentum der Bf befindet und Bauherren des gegenständlichen Einfamilienhauses die Bf und ihr Ehegatte waren.

IV. Rechtliche Erwägungen:

Das Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG Stammfassung BGBl. Nr. 218/1975 i.d.F. BGBl. I Nr. 25/2019, bestimmt in den entscheidungswesentlichen Paragraphen Folgendes:

„Voraussetzungen für die Beschäftigung von Ausländern

§ 3.

(1) 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, 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.

[...]“

„Strafbestimmungen

§ 28. (1) 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 zu bestrafen,

1. wer

a) 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, oder

b) entgegen § 18 die Arbeitsleistungen eines Ausländers, der von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland beschäftigt wird, in Anspruch nimmt, ohne dass für den Ausländer eine Beschäftigungsbewilligung oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde,

(Anm.: lit. c aufgehoben durch Art. 1 Z 2, BGBl. I Nr. 98/2020)

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;

[...]“

Die belangte Behörde hat der Bf vorgeworfen, dass sie die Rechtvorschrift des § 28 Abs. 1 Z 1 lit. b iVm § 18 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz verletzt habe.

Subsumierend wurde von der belangten Behörde angeführt, dass die Bf E B, Staatsangehöriger Bosnien und Herzegowina, beschäftigt habe, ohne dass für ihn eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt wurde.

Aufgrund der Sachverhaltsfeststellungen ist unstrittig, dass es sich bei der Bf um eine Privatperson handelt, dass das gegenständliche Grundstück in ihrem Alleineigentum steht und als Bauherren des Einfamilienhauses sie und ihr Ehegatte anzusehen sind.

Beschäftigung von Ausländern durch Privatpersonen:

Gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde unter anderem zu bestrafen, wer entgegen § 3 AuslBG einen Ausländer ohne die erforderlichen arbeitsmarktbehördlichen Bewilligungen beschäftigt.

Nach diesem Tatbestand kann somit jedermann, also auch eine Privatperson, als Beschäftiger belangt werden. Es ist dabei gleichgültig, aus welcher Position heraus (als etwa Eigentümer der Liegenschaft oder des Gebäudes, Besitzer, Bauherr, Bauführer oder vieles mehr) der Beschäftiger das Beschäftigungsverhältnis mit den zu Unrecht beschäftigten Ausländern geschlossen hat (vgl. VwGH 08.08.2008, 2008/09/0119 (ARD 5925/7/2009) - siehe Handbuch zur Ausländerbeschäftigung Lindmayer 11. Auflage, Anm. 606 zu § 28 AuslBG.

Im gleichen genannten Handbuch ist zur Judikatur zu § 28 Abs. 1 Z 1 lit. b, Inanspruchnahme betriebsentsandter Ausländer, Folgendes angeführt:

Der Unterschied zwischen den Strafdrohungen nach § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a und lit. b liegt darin, dass gemäß lit. a das „Beschäftigen“ von Ausländern, in lit. b hingegen das bloße „Inanspruchnehmen“ von Arbeitsleistungen betriebsentsandter Ausländer ohne ein zwischen einem inländischen Unternehmen und den Ausländern bestehendes Beschäftigungsverhältnis unter Strafe gestellt wird. Die Arbeitsleistung eines „betriebsentsandten Ausländers“ in diesem Sinne nimmt derjenige „in Anspruch“, zur Erfüllung dessen Werkes oder Auftrages die Arbeitsleistungen der vom ausländischen Arbeitgeber beschäftigten Ausländer dienen. Dies ist dann der Fall, wenn der Einsatz „betriebsentsandter Ausländer“ als Erfüllungsgehilfen ihres ausländischen Arbeitgebers erfolgt, um dessen Verpflichtung aus einem Werkvertrag gegenüber dem inländischen Besteller zu erfüllen (Anm. 612 zu § 28 AuslBG des genannten Handbuches).

Folglich wäre die Bf als Privatperson und Alleineigentümerin des genannten Grundstückes sowie Bauherrin aufgrund der Verletzung des § 28a Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG zu bestrafen gewesen. Im angefochtenen Straferkenntnis hat die belangte Behörde der Bf jedoch eine Verletzung der Rechtsvorschrift § 28 Abs. 1 Z 1 lit. b vorgeworfen. Bei der gemäß § 3 AuslBG in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Z lit. a AuslBG zu ahndenden Beschäftigung ausländischer Arbeitskräfte und bei der gemäß § 18 AuslBG iVm § 28 Abs. 1 Z 1 lit. b AuslBG zu ahndenden Inanspruchnahme betriebsentsandter Ausländer handelt es sich um zwei verschiedene Taten, die im Rechtsmittelverfahren nicht ausgewechselt werden dürfen (vgl. VwGH 23.05.2002, 2001/09/0187, zu den Taten nach § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a und § 28 Abs. 1 Z 1 lit. b AuslBG).

Hat daher die Erstbehörde dem Arbeitgeber einen Verstoß gegen § 18 Abs. 1 AuslBG und demzufolge eine Übertretung nach § 28 Abs. 1 Z 1 lit. b AuslBG

vorgeworfen, die Berufungsbehörde in der Folge aber einen anderen Sachverhalt festgestellt, darin eine Verletzung des § 3 AuslBG erblickt und die Verletzung dieser Norm in dem von ihr abgeänderten Spruch gemäß § 44a Z 1 VStG zum Ausdruck gebracht, belastet sie den Berufungsbescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit. VwGH 26.01.2012, 2010/09/0043 (ARD 6225/8/2012) – Anm. 593 des Handbuches zur Ausländerbeschäftigung.

Die belangte Behörde ist lt. den Erwägungen im angefochtenen Straferkenntnis unrichtigerweise von einer Übertretung nach § 28 Abs. 1 Z 1 lit. b AuslBG ausgegangen. Eine Auswechslung dieser von der belangten Behörde als erwiesen angenommenen Tat durch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist von der Entscheidungsbefugnis des Verwaltungsgerichtes nicht mehr gedeckt.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat das Verwaltungsgericht grundsätzlich in der Sache selbst zu entscheiden und somit nicht nur die gegen den verwaltungsbehördlichen Bescheid eingebrachte Beschwerde, sondern auch die Angelegenheit zu erledigen, die von der Verwaltungsbehörde zu entscheiden war. „Sache“ des Beschwerdeverfahrens vor dem Verwaltungsgericht ist jedenfalls nur jene Angelegenheit, die den Inhalt des Spruches der vor dem Verwaltungsgericht belangten Verwaltungsbehörde gebildet hat (siehe dazu das Erkenntnis vom 09.09.2015, Zl. Ro 2015/03/0032).

Aus den angeführten Gründen war spruchgemäß zu entscheiden.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 52 Abs. 8 VwGVG.

V. 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 Entscheidung von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab (vgl. insbesondere VwGH 15.10.2019, Ra 2019/11/0033-0034-6 und VwGH 26.02.2020, Ra 2020/11/0004), 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. Die Entscheidung stützt sich im Übrigen auf den konkreten Sachverhalt im Einzelfall.

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.

Mag. Saxinger