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-302956/6/KLi

Datum:
Linz, 22. April 2021

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde des R R, geb. x, x, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 11. Februar 2021, GZ: BHKI/920090009971/20, wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG)

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen; dies mit der Maßgabe, dass die übertretene Norm „§ 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2019“ und die Strafnorm „§ 28 Abs. 1 Z 1 lit. a erster Strafsatz Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2020“ lautet.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in Höhe von 200 Euro zu bezahlen.

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. Verfahrensgang:

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf (in der Folge: belangte Behörde) vom 11. Februar 2021, GZ: BHKI/920090009971/20, wurde dem Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) eine Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) wie folgt vorgeworfen:

„1. Datum/Zeit: 31.03.2020, 07:30 Uhr
Ort: x, x, (Dienststelle F)
Sie haben es als gemäß § 9 VStG Verantwortliche/r der Firma H B AG in x, x, x, zu verantworten, dass die Firma nachstehende(n) ausländische(n) Staatsbürger(in innen) beschäftigt hat/haben, für diese/n dem angeführten Arbeitgeber weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt oder eine Anzeigenbestätigung ausgestellt wurde(n) und diese(r) Ausländer(in innen) weder eine für diese Beschäftigung gültige "Rot-Weiß-Rot - Karte", eine "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 eine "Niederlassungsbewilligung - Künstler", oder eine "Rot-Weiß-Rot - Karte plus", eine "Aufenthaltsberechtigung plus", einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel "Familienangehöriger" oder einen "Daueraufenthalt - EU"
besitzt/besitzen.
Es wurde/n nachangeführte/r Arbeitnehmer beschäftigt:
Name und Geburtsdatum des Ausländers / der Ausländer: A K, x, Staatsangehörigkeit Irak, Beschäftigungszeitraum 10.12.2019 bis 18.03.2020 (Beschäftigungsbewilligung bis 03.03.2020)“

Der Bf habe dadurch § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 AuslBG verletzt. Gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG werde eine Geldstrafe von 1.000 Euro bzw. eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag und 9 Stunden verhängt. Ferner habe der Bf einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens von 100 Euro zu bezahlen.

Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, der Strafantrag vom 9. April 2020, GZ: 051/10297/16/4329, der Finanzpolizei Team 43 (Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr) sei aufgrund einer „Selbstanzeige“ von M Z (Gastronom in x), die telefonisch am 26. März 2020 um 10:28 Uhr beim zuständigen Finanzpolizeiteam 43 aufgenommen worden sei, gestellt worden. Der Sachverhalt sei auch durch weitere Ermittlungen der Finanzpolizei festgestellt worden. Laut Anzeige sei M Z vom AMS Linz – Ausländer-Kompetenzcenter telefonisch darüber informiert worden, dass er einen Drittstaatsangehörigen beschäftigt habe, bei dem die Beschäftigungsbewilligung abgelaufen ist. Dieser Fehler sei ihm aufgrund der derzeitigen Situation bezüglich der Maßnahmen durch

Corona und der damit verbundenen Maßnahmen in seinem Gastronomiebetrieb (Herunterfahren des Betriebes inkl. Generalüberholung) passiert.

Bei dem Drittstaatsangehörigen handle es sich um A K, geb. x, StA Irak, wohnhaft in x., x.

Der Beschäftigungszeitraum, laut Sozialversicherungsabfrage, beim oben angeführten Unternehmen sei von 10. Dezember 2019 bis 18. März 2020 gelaufen. Die Beschäftigungsbewilligung für diesen Arbeitnehmer sei jedoch nur bis 3. März 2020 gültig gewesen.

Aus Sicht der Finanzpolizei liege ein Verstoß gegen die Bestimmungen nach dem AuslBG vor, da A K im Zeitraum von 4. März 2020 bis 18. März 2020 über keine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung verfügt habe und beim oben angeführten Unternehmen tätig gewesen sei.

Die Übertretung sei in objektiver Hinsicht als erwiesen anzusehen. Der Bf habe in seiner Rechtfertigung nicht bestritten, den Dienstnehmer bis zum 18. März 2020 beschäftigt zu haben und habe somit die Verwaltungsübertretung begangen.

Bei der Strafbemessung sei einerseits zu berücksichtigen, dass es sich um die Verletzung einer bloßen Ordnungsvorschrift handle. Die Begehung sei fahrlässig erfolgt. Eine nicht rechtskräftige einschlägige Verwaltungsvorstrafe scheine bei der Behörde auf. Andererseits sei an einen Gewerbetreibenden ein erhöhter Sorgfaltsmaßstab anzulegen. Da insofern ein nicht zu vernachlässigender Schaden entstanden sei, scheide die Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG (Absehen von der Strafe) konsequenterweise aus. Ein geringfügiges Verschulden und ein Überwiegen der Milderungsgründe konnte nicht festgestellt werden, weswegen die Anwendung des § 20 VStG (außerordentliche Strafmilderung) ebenfalls ausscheide. Zusammenfassend habe die Strafe mit der gesetzlichen Mindeststrafe von 1.000 Euro festgesetzt werden können.

I.2. Dagegen richtet sich die Beschwerde vom 19. Februar 2021.

Zusammengefasst brachte der Bf vor, dass der im Verfahrensgang dargestellte Sachverhalt zur Beschäftigung von A K sachlich richtig dargestellt sei. Ergänzend brachte der Bf vor, das Unternehmen sei der touristische Leitbetrieb in der Region und einer der größten Arbeitgeber mit rund 200 Mitarbeitern in der Wintersaison und rund 70 Mitarbeitern in der Sommersaison. Die erzielte Wertschöpfung und die generierten Fiskaleffekte seien von nicht unwesentlicher Bedeutung.

Alle Stammmitarbeiter/-innen hätten immer entsprechend der behördlichen Vorgaben ordnungsgemäß und zeitgerecht die An- und Abmeldungen der

Saisonmitarbeiter/- innen erledigt und alle Abgaben seien fristgerecht entrichtet worden.

Dass A K über die Dauer der Bewilligung beschäftigt worden sei, liege einfach daran, dass er das Ende der Bewilligung mit 3. März 2020 übersehen habe, da er die Bewilligungen im Normalfall bis Ende der Saison erhalte. Für diesen „Fehler“ wolle er sich in aller Form entschuldigen. Zu keinem Zeitpunkt habe die Absicht eines strafbaren Tatbestandes bzw. eines fahrlässigen Verhaltens bestanden. Er wolle ausdrücklich festhalten, dass seine Mitarbeiter/-innen „im guten Glauben“ und auch nicht vorsätzlich gehandelt hätten.

Der Bf habe immer Anweisungen gegeben und alles unternommen, dass alle Mitarbeiter/-innen die rechtlichen und behördlichen Rahmenbedingungen einhalten würden und auch in der Umsetzung entsprechend geschult seien.

Dieser Tatbestand, der nicht vorsätzlich begangen worden sei, habe weder eine Schädigung der Gesamtwirtschaft, noch der Wettbewerbsfähigkeit, noch die Infrastruktur beeinträchtigt oder den Wohnungs- und Arbeitsmarkt belastet. Mit dem Zeitpunkt der An- und Abmeldung von A K seien alle Steuern und Abgaben ordnungsgemäß entrichtet worden und der Bf sei der Meinung gewesen, alles richtig gemacht zu haben.

Aus all diesen Gründen sei nie vorsätzlich gehandelt worden und er ersuche, von einem Strafverfahren abzusehen und bitte um Berücksichtigung seiner Rechtfertigung. Seine Mitarbeiter/-innen hätten bestmöglich versucht, korrekt zu arbeiten und hätten zu 100% im guten Glauben gehandelt.

I.3. Mit Vorlageschreiben vom 26. März 2021 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem Bezug habenden Verwaltungsstrafakt, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu erlassen, dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses entscheidet durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat das Amt für Betrugsbekämpfung am Beschwerdeverfahren beteiligt und diesem die Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme eingeräumt.

Mit Eingabe vom 16. April 2021 brachte das Amt für Betrugsbekämpfung vor, dass keine rechtskräftige einschlägige Verwaltungsvorstrafe aufscheine. Gegen das Straferkenntnis der belangten Behörde sei Beschwerde erhoben worden. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich habe eine Geldstrafe von 500 Euro verhängt. Zum Zeitpunkt der Stellung des vorliegenden Strafantrages sei keine rechtskräftige Strafe vorgelegen. Das laufende Verfahren sei jedoch erschwerend

zu werten, zumal der Beschuldigte die organisatorischen Mängel in seinem Unternehmen erkennen hätte müssen.

Mit Eingabe vom 21. April 2021 hat das Amt für Betrugsbekämpfung einen Auszug aus der Zentralen Verwaltungsstrafevidenz gemäß § 28b AuslBG vorgelegt.

I.5. Gemäß § 44 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen.

Gemäß § 44 Abs. 3 Z 2 VwGVG kann das Verwaltungsgericht von einer Verhandlung absehen, wenn sich die Beschwerde nur gegen die Höhe der Strafe richtet und keine Partei die Durchführung einer Verhandlung beantragt hat.

Im vorliegenden Fall hat der Bf den vorgeworfenen Sachverhalt – als sachlich richtig dargestellt – zugestanden und um das Absehen von einem Strafverfahren ersucht. Eine Verhandlung wurde nicht beantragt. Auch die belangte Behörde bzw. das Amt für Betrugsbekämpfung haben in ihrem Vorlageschreiben bzw. in ihrer Stellungnahme keine Verhandlung beantragt. Insofern konnte von der Durchführung einer Verhandlung abgesehen werden.

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

II.1. Der Bf ist Vorstandsmitglied des Unternehmens H B AG.

II.2. In der Zeit von 10. Dezember 2019 bis 18. März 2020 beschäftigte das Unternehmen den irakischen Staatsangehörigen A K, geb. am x.

II.3. Eine Beschäftigungsbewilligung wurde vom AMS für den Zeitraum von 10. Dezember 2019 bis 3. März 2020 ausgestellt. Eine Verlängerung der Beschäftigungsbewilligung wurde nicht beantragt, der Arbeitnehmer aber noch bis 18. März 2020 – sohin für einen Zeitraum von 15 Tagen – weiterbeschäftigt.

II.4. Der Arbeitnehmer war für die gesamte Beschäftigungsdauer von 10. Dezember 2019 bis 18. März 2020 zur Sozialversicherung angemeldet.

II.5. In der Zentralen Verwaltungsstrafevidenz gemäß § 28b AuslBG scheinen folgende rechtskräftige Bestrafungen auf.

Mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 1. Mai 2020, GZ: BHKI/919090041503/19, wurde dem Bf vorgeworfen, er habe in der Zeit von 9. Juli 2019 bis 28. Oktober 2019 eine serbische Staatsangehörige beschäftigt, obwohl deren Beschäftigungsbewilligung erloschen war. Gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG wurde über den Bf wegen Übertretung des § 3 Abs. 1 AuslBG eine

Geldstrafe von 1.000 Euro bzw. eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag und 9 Stunden verhängt.

Dagegen erhob der Bf eine Beschwerde, mit nahezu identischem Wortlaut, wie im hier anhängigen Verfahren.

Mit Erkenntnis der Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 3. Juli 2020, GZ: LVwG-302745/2/Kle, wurde die Geldstrafe auf 500 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 17 Stunden herabgesetzt.

Dieses Erkenntnis ist rechtskräftig, mit Rechtskraft seit 13. August 2020.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Dass der Bf Vorstand des Unternehmens ist, ergibt sich einerseits aus dem Firmenbuch und ist andererseits unstrittig.

III.2. Der Bf gesteht auch zu, dass der in Rede stehende Arbeitnehmer in der Zeit von 10. Dezember 2019 bis zum 18. März 2020 im Unternehmen beschäftigt wurde.

III.3. Die Dauer der Beschäftigungsbewilligung ergibt sich aus dem Akteninhalt, sowie aus den Erhebungen der Finanzpolizei. Außerdem gesteht der Bf auch selbst zu, dass der Arbeitnehmer nach Ende der Beschäftigungsbewilligung am 3. März 2020 noch bis 18. März 2020 weiterbeschäftigt wurde, ohne eine Verlängerung der Beschäftigungsbewilligung zu beantragen, sohin für einen Zeitraum von 15 Tagen. Im Unternehmen des Bf wurde diese Vorgehensweise auf den Beginn der Corona-Maßnahmen zurückgeführt. In rechtlicher Hinsicht wird aber auch zu würdigen sein, dass bereits im Jahr 2019 eine Dienstnehmerin mit erloschener Beschäftigungsbewilligung beschäftigt wurde; zu einer Zeit, als Corona noch unbekannt war.

Der Bf zeigte sich in seiner Beschwerde schuldeinsichtig und geständig. Der Schuldspruch ist somit rechtskräftig. Die Beschwerde wurde nur zur Strafhöhe erhoben. Nachdem der Bf um das Absehen von einem Strafverfahren ersuchte, beantragte er im Ergebnis – siehe dazu Punkt V. – ein Vorgehen mittels Ermahnung.

III.4. Die Anmeldung zur Sozialversicherung ergibt sich aus dem Akteninhalt, insbesondere aus der von der Finanzpolizei vorgenommenen Sozialversicherungsabfrage.

III.5. Die Feststellungen zu den rechtskräftigen Bestrafungen konnten der Zentralen Verwaltungsstrafevidenz gemäß § 28b AuslBG entnommen werden.

Die Feststellungen zu dem vorangegangenen Strafverfahren ergeben sich außerdem aus dem Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 3. Juli 2020, GZ: LVwG-302745/2/Kle.

IV. Rechtslage:

Die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 20. März 1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG) lauten:

IV.1. § 3 Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2019, normiert für die Beschäftigung von Ausländern 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.

[...]“

IV.2. § 28 Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2020, regelt die hier anzuwendende Strafbestimmung wie folgt:

„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,
[...]
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. Der relevante Sachverhalt ist unstrittig und der Schuldspruch ist in Rechtskraft erwachsen.

V.2. Mit seiner Beschwerde bekämpft der Bf die Strafzumessung und beantragt das Absehen von einem Strafverfahren; im Ergebnis also das Vorgehen mittels Ermahnung. Ob die Voraussetzungen dafür vorliegen wird im Folgenden dargestellt, bzw. die Strafhöhe überprüft.

V.3. Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde dem Beschuldigten im Fall der Z 4 unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten. Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 25. April 2019, Ra 2018/09/0209, ausführte, setzt die Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG voraus, dass die dort genannten Umstände kumulativ vorliegen (vgl. etwa VwGH 20.6.2016, Ra 2016/02/0065, mwN). Um daher eine Einstellung des Verfahrens nach dieser Vorschrift oder eine Ermahnung im Sinne des § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG vornehmen zu können, müssen erstens die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes, zweitens die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und drittens das Verschulden des Beschuldigten gering sein.

Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass der Bf bereits einmal wegen Übertretung des AuslBG – zu einem sehr ähnlichen Sachverhalt – bestraft wurde. Zwar wurde diese Bestrafung erst am 13. August 2020 rechtskräftig (also erst nach dem hier zu beurteilenden Sachverhalt, worauf im Rahmen der

Strafzumessung noch einzugehen sein wird), allerdings zeigt sich doch eine wiederkehrende Nachlässigkeit im Umgang mit den Beschäftigungsbewilligungen für drittstaatsangehörige Dienstnehmer.

Wenn im Unternehmen des Bf zu erklären versucht wird, dass das Übersehen einer abgelaufenen Frist auf den Beginn der Corona-Maßnahmen zurückzuführen sei, so ist dem erkennenden Gericht zwar diese Ausnahmesituation bewusst, allerdings stammt die vorangegangene Übertretung aus dem Sommer 2019, mithin aus einer Zeit vor der Corona-Pandemie.

Vor diesem Hintergrund liegen die Voraussetzungen für ein Vorgehen mittels Ermahnung nicht vor, sodass in weiterer Folge die Höhe der verhängten Geldstrafe zu überprüfen ist.

V.4. 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.5. Die belangte Behörde ging bei der Bestrafung des Bf vom Vorliegen einer erstmaligen Tatbegehung aus und verhängte unter Anwendung des Strafsatzes für Ersttäter die Mindeststrafe von 1.000 Euro.

Eine als Erschwerungsgrund zu berücksichtigende einschlägige Vorstrafe muss bereits zum Zeitpunkt der Begehung der neuen Straftat rechtskräftig – wenn auch lediglich formell rechtskräftig – sein (vgl. VwGH 14.09.1984, 84/03/0024; 10.11.1986, 86/10/0163; 29.12.1986, 86/10/0132, 0146, 23.02.1994, 93/09/0191).

Die vorliegende Tatbegehung betrifft die Zeit von 4. März 2020 bis 18. März 2020. Die Bestrafung für eine vorangegangene Tatbegehung wurde erst am 13. August 2020 rechtskräftig. Zur hier relevanten Tatzeit war der Bf daher (noch) unbescholten, weshalb wie von der belangten Behörde, zu Recht der erste Strafsatz anzuwenden ist.

Insofern sind die Milderungsgründe und die Erschwerungsgründe gegeneinander abzuwägen. Mildernd ist das Geständnis zu werten, wenngleich hier zu bedenken ist, dass sich der Bf in seiner Beschwerde in dem vorangegangenen und vergleichbaren Fall nahezu identisch verantwortet hat, wodurch sich die Qualität des Geständnisses relativiert. Zu bedenken ist aber auch, dass der Bf den Dienstnehmer nicht gänzlich ohne Beschäftigungsbewilligung beschäftigt hat, sondern eine solche ursprünglich vorlag, diese aber abgelaufen war. Ebenfalls mildernd zu werten ist, dass das anhängige Verfahren auf eine Selbstanzeige zurückzuführen ist, wodurch das Geständnis wiederum eine gewisse Aufwertung erhält. Der genannte Dienstnehmer war schließlich für die gesamte Beschäftigung zur Sozialversicherung angemeldet. Erschwerungsgründe dürfen demgegenüber im Lichte der oben dargestellten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (eine rechtskräftige Bestrafung ist nicht aktenkundig) nicht gewertet werden, zumal dadurch gegen das Doppelverwertungsverbot verstoßen würde bzw. die Qualifikation der Unbescholtenheit umgangen würde.

Gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a erster Strafsatz AuslBG ist eine Geldstrafe von 1.000 Euro bis 10.000 Euro zu verhängen. Bei Abwägung aller Strafzumessungsgründe geht das erkennende Gericht davon aus, dass mit der Verhängung der Mindeststrafe von 1.000 Euro gerade noch das Auslangen gefunden werden kann, um dem Bf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens vor Augen zu führen. Nachdem die belangte Behörde genau diese Geldstrafe verhängt hat, ist deren Strafzumessung nicht zu beanstanden.

Die Anwendung der außerordentlichen Strafmilderung gemäß § 20 VStG erscheint aber aus spezialpräventiven Gründen nicht gerechtfertigt. Der Bf wird außerdem darauf hingewiesen, dass er für den Fall weiterer Übertretungen des AuslBG mit deutlich höheren Strafen zu rechnen hat.

V.6. Aus diesen Gründen war die Beschwerde als unbegründet abzuweisen; dies mit der Maßgabe, dass die übertretene Norm „§ 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 zuletzt geändert

durch BGBl. I Nr. 104/2019“ und die Strafnorm „§ 28 Abs. 1 Z 1 lit. a erster Strafsatz Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2020“ lautet.

V.7. Gemäß § 52 Abs. 1 VwGVG ist in jedem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens zu leisten hat. Dieser Beitrag ist Abs. 2 leg. cit. zufolge für das Beschwerdeverfahren mit 20 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit 10 Euro zu bemessen. In diesem Sinne war dem Bf für das Beschwerdeverfahren daher ein Betrag in der Höhe von 200 Euro vorzuschreiben.

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 Frage der Unbescholtenheit des Bf bzw. die Anwendung des ersten Strafsatzes bzw. die Wertung von Erschwerungsgründen steht im Einklang mit der oben wiedergegebenen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH 14.09.1984, 84/03/0024; 10.11.1986, 86/10/0163; 29.12.1986, 86/10/0132, 0146, 23.02.1994, 93/09/0191). Eine Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung liegt insofern nicht vor.

VI.3. Darüber hinaus stellt die konkrete Beurteilung der Strafzumessung immer auf den jeweiligen Beschuldigten ab. Dazu sind immer die jeweils vorliegenden Milderungs- und Erschwerungsgründe abzuwägen. Die Strafzumessung ist insofern das Resultat der konkreten Sachverhaltsfeststellungen und der konkreten Beweiswürdigung. Die Strafzumessung ist somit stets einzelfallbezogen und nicht verallgemeinerungsfähig. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt insofern nicht vor. Vor allem aus diesem Grund war die ordentliche Revision für unzulässig zu erklären (vgl. VwGH 5.3.2015, Ra 2015/02/0027; 19.1.2018, Ra 2018/02/0022; 7.8.2019, Ra 2019/02/0016).

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