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-303060/11/BMa/FE

Datum:
Linz, 20. Jänner 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des J J, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. R S, LL.M., x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 09.07.2021, GZ: BHVB/921170007067/21, wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 14.09.2021

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird abgewiesen, und das angefochtene Straferkenntnis wird mit der Maßgabe bestätigt, dass die verletzte Rechtsvorschrift „§ 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG BGBl. Nr. 218/1975 idF BGBl. I Nr. 98/2020 iVm § 3 Abs. 1 AuslBG BGBl. Nr. 218/1 idF BGBl. I Nr. 104/2019“ und die Sanktionsnorm "§ 28 Abs. 1 Z 1 erster Strafsatz AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 idF BGBl. I Nr. 98/2020" lautet und die Geldstrafe auf 1.000 Euro sowie die Ersatzfreiheitsstrafe auf 33 Stunden herabgesetzt werden.

II. Der Kostenbeitrag zum erstinstanzlichen Verfahren ermäßigt sich auf 100 Euro. Die beschwerdeführende Partei 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

Zu I.:

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

„1. Datum/Zeit: 10.12.2020 -22.12.2020
Ort: x

Sie haben nachstehende(n) ausländische(n) Staatsbürgerin beschäftigt, für diese/n Ihnen als Arbeitgeber weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt oder eine Anzeigenbestätigung ausgestellt wurde(n) und diese(r) Ausländerin innen) weder eine für diese Beschäftigung gültige ‚Rot-Weiß-Rot- Karte', eine ‚Blaue Karte EU', eine 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 ‚Daueraufenthalt – EU' besitzt/besitzen.
Es wurde/n nachangeführte/r Arbeitnehmer beschäftigt:
Namen und Geburtsdatum des Ausländers: A A geb.: x, Staatsangehörigkeit: Irak
Beschäftigungszeitraum: 10.12.2020-22.12.2020, Beschäftigungsort: x

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
1. § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a i.V.m. § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz

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

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Freiheitsstrafe von Ersatzfreiheitsstrafe von	Gemäß
1. € 2.000,00	2 Tage(n) 18 Stunde(n) 0 Minute(n)	§ 28 Abs. 1 Ziffer 1 Schlusssatz Ausländerbeschäftigungsgesetz BGBL 218/75 i.d.g

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:
€ 200,00 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 € 2.200,00."

[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Begründend führt die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass die Rechtfertigung des Beschuldigten im erstinstanzlichen Verfahren den Tatvorwurf nicht entkräften konnte.

Bei der Strafbemessung ist die belangte Behörde von durchschnittlichen Verhältnissen hinsichtlich seiner Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse ausgegangen.

1.3. Dagegen richtet sich die rechtzeitig, rechtsfreundlich vertreten eingebrachte Beschwerde, die die Beschäftigung des A im vorgeworfenen Zeitraum nicht bestreitet und darauf hinweist, dass dieser vom Bf zur Sozialversicherung ordnungsgemäß angemeldet wurde.
Begründend wird vorgebracht, dass A ein Schreiben vom AMS vom 03.12.2020 erhalten habe, dieses einer Mitarbeiterin des AMS vorgelegt und angefragt habe, ob er nunmehr überall in Österreich arbeiten könne, was von der Mitarbeiterin am AMS-Schalter bejaht worden sei. Dies deshalb, weil er bereits seit zwei Jahren in Österreich arbeite, Arbeitslosengeld vom AMS beziehe, und er könne daher überall in Österreich einen Arbeitsplatz erhalten. Der Bf sei von seinem Mitarbeiter, der A zum AMS begleitet habe, von diesem Sachverhalt informiert worden. Der Bf habe seinen Steuerberater damit beauftragt, die Anmeldung des A vorzunehmen, und bereits am nächsten Tag am 10.12.2020 habe A mit dem Arbeiten begonnen.
Nach einem Anruf des AMS am 22.12.2020, bei dem dem Bf mitgeteilt worden sei, dass A nicht in seinem Betrieb arbeiten dürfe, weil er über keine Beschäftigungsbewilligung verfüge, habe er den A sofort gekündigt und eine solche Bewilligung beantragt.
Offensichtlich habe die Mitarbeiterin des AMS ihren Irrtum erkannt und gegenüber dem Bf die Sachlage richtig gestellt.
Abschließend wurde die Aufhebung des Straferkenntnisses und in eventu die Erteilung einer Ermahnung beantragt.

1.4. Die belangte Behörde hat den Bezug habenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht samt Beschwerde vorgelegt.
Dieses ist gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

2. Das LVwG OÖ hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht sowie Anberaumung und Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 14.09.2021. An dieser nahmen der Bf mit seinem Rechtsvertreter und ein Vertreter des Amtes für Betrugsbekämpfung teil. Als Zeuge wurde R A einvernommen.

3. Das LVwG OÖ hat erwogen:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Der Rechtsmittelwerber ist Betreiber der Pizzeria "B", x. A A wurde mit Schreiben des AMS vom 03.12.2020 über ein Stellenangebot in der Pizzeria "V R“ in x informiert. A war mit R A befreundet, der als Arbeitnehmer im Betrieb des Bf

beschäftigt ist. A ist mit A mit dem Schreiben des AMS vom 03.12.2020 zum AMS gegangen, um sich dort zu erkundigen, ob eine Beschäftigung überall in Österreich möglich sei. Dies wurde von einer Mitarbeiterin des AMS bejaht. Weitere Modalitäten einer Beschäftigung in Österreich wurden jedoch nicht besprochen. Der Besuch beim AMS hat vor Beschäftigungsbeginn des A an einem Vormittag stattgefunden. A hat daraufhin den Bf telefonisch verständigt, dass er nach Auskunft des AMS im Betrieb des Bf arbeiten könne. Diese Auskunft wurde auch von A telefonisch dem Bf gegenüber bestätigt.
Der Bf hat daraufhin seinen Steuerberater beauftragt, A als seinen Arbeitnehmer zur Sozialversicherung ab 10.12.2020 zu melden, und dieser hat am genannten Tag auch die Arbeit beim Bf aufgenommen.
Der Bf selbst hat sich nicht beim AMS erkundigt, welche Bedingungen für eine Arbeitsaufnahme des A in seinem Betrieb erforderlich sind, und er hat auch kein Kontrollsystem errichtet, um zu gewährleisten, dass Ausländer in seinem Betrieb nicht ohne entsprechende Bewilligung beschäftigt werden.
Am 22.12.2020 hat A im Betrieb des Bf einen Anruf von einer Mitarbeiterin des AMS entgegengenommen, wonach mitgeteilt wurde, dass A nicht im Betrieb des Bf arbeiten dürfe. A hat dies dem Bf auch mitgeteilt und A wurde daraufhin unverzüglich entlassen.
Der Bf hat die fehlende Beschäftigungsbewilligung für A beantragt, und diese wurde am 14.01.2021 erteilt.

Der Bf verfügt über ein monatliches Nettoeinkommen von ca. 2.000 bis 3.000 Euro, ist im Besitz eines Einfamilienhauses, hat jedoch einen offenen Kredit von ca. 100.000 Euro und Sorgepflichten für drei Kinder und seine Gattin.
Der Bf ist verwaltungsstrafrechtlich unbescholten.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorgelegten Behördenakt und aus dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 14.09.2021 ergibt.
In dieser öffentlichen mündlichen Verhandlung hat der Bf selbst angegeben, sich nicht weiter hinsichtlich der Erfordernisse zur Beschäftigung des A erkundigt und kein effizientes Kontrollsystem in seinem Betrieb errichtet zu haben. Vielmehr hat die Aussage des Bf selbst schon ergeben, dass dieser einfach auf die Aussage des A vertraut hat, die auch von einem seiner Mitarbeiter bestätigt wurde und er selbst hat keine Erhebungen zur Zulässigkeit der Beschäftigung des A getätigt. Insbesondere hat der Bf nicht erhoben, ob zusätzlich zu der Möglichkeit des A in ganz Österreich zu arbeiten, weitere Erfordernisse zur Beschäftigung des Ausländers wie die Beantragung einer Beschäftigungsbewilligung zu erfüllen sind.

Die Aussage des Zeugen A war sowohl in sich widersprüchlich und hat auch der Aussage des Bf in der öffentlichen mündlichen Verhandlung wiederholt widersprochen.

Über Vorhalt der Widersprüche hat sich herausgestellt, dass A, der nicht einwandfrei der deutschen Sprache mächtig ist, jedoch selbst angegeben hatte, keinen Dolmetscher zu benötigen, weil er sich seit 2013 in Österreich aufhält, die Fragen immer wieder nicht gänzlich verstanden hat bzw. deren Bedeutung für ihn nicht zur Gänze klar waren.
Übereinstimmend mit der Aussage des Bf hat der Zeuge jedoch klargestellt, dass er nicht vom Bf beauftragt wurde, mit A zum AMS zu gehen, um die Möglichkeit der Beschäftigung des A dort abzuklären. Vielmehr war A selbst diesbezüglich initiativ, weil er die Arbeitsstelle beim Bf antreten wollte.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das LVwG OÖ erwogen:

3.3.1. Rechtsgrundlagen:

Gemäß § 28 Abs. 1 lit. a AuslBG, in der zur Tatzeit geltenden Fassung,
begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet (§ 28c), 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.

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG, in der zur Tatzeit geltenden Fassung,
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.

3.3.2. Wie sich aus den Feststellungen ergibt, wurde A A vom Beschwerdeführer in dessen Betrieb (Pizzeria "B", x) vom 10.12.2020 bis 22.12.2020 als Arbeitnehmer, ohne Vorliegen einer gültigen Beschäftigungsbewilligung oder sonstigen arbeitsmarktrechtlichen Genehmigung nach den Bestimmungen des AuslBG, beschäftigt.
Damit hat der Bf das Tatbild der ihm vorgeworfenen Verwaltungsübertretung erfüllt.

3.3.3. Zur subjektiven Tatseite der vorgeworfenen Übertretung:

Im Sinn des § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit Fahrlässigkeit. Diese ist bereits 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. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die „Glaubhaftmachung“ nicht.

Der Bf hat sich einfach auf die Aussage des A und des A verlassen, die ihm mitgeteilt hatten, dass A in seinem Betrieb zu arbeiten beginnen könne, ohne weitere Erhebungen zu tätigen, ob er noch zusätzliche Bewilligungen dafür einholen muss. Obwohl er der verwaltungsstrafrechtliche Verantwortliche in seinem Betrieb ist, hat sich der Bf nicht selbst bei der zuständigen Stelle hinsichtlich der Voraussetzungen zur Beschäftigung des A erkundigt und auch kein Kontrollsystem in seinem Betrieb zur Vermeidung der Beschäftigung von Arbeitnehmern ohne die entsprechenden arbeitsmarktrechtlichen Genehmigungen installiert.
Damit hat der Bf zumindest fahrlässig gehandelt und die vorgeworfene Übertretung ist ihm auch subjektiv vorwerfbar.

3.3.4. Strafbemessung:
Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.
Nach § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen,

gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Vom Bf wurde angegeben, ein monatliches Nettoeinkommen von 2.000 bis 3.000 Euro zu beziehen, Sorgepflichten für 4 Personen zu haben, ein Haus zu besitzen, jedoch Schulden in Höhe von ca. 100.000 Euro zu haben. Diese persönlichen Verhältnisse der Strafausmessung werden im Verfahren des LVwG OÖ zugrunde gelegt.
Strafmildernd werden die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit sowie das geringe Verschulden des Bf gewertet. Straferschwerungsgründe sind keine hervorgetreten.
Damit aber konnte mit der Verhängung der Mindeststrafe das Auslangen gefunden werden.
Weil lediglich die Mindeststrafe verhängt wurde, erübrigt sich eine weitere Auseinandersetzung mit den Strafzumessungsgründen.
Die Ersatzfreiheitsstrafe ist in Relation der Obergrenze der Geldstrafe zur Obergrenze der Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen und war daher ebenfalls herabzusetzen.

3.3.5. Die Spruchergänzung bzgl. der Fundstelle der Übertretungs- bzw. Strafnorm erfolgte in Entsprechung der Entscheidung des VwGH vom 06.06.2020, Ra 2020/09/0013-5. Eine Schlechterstellung des Bf erfolgte dadurch nicht.

zu II.:
Die Kosten des Beschwerdeverfahrens waren dem Bf gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG nicht aufzuerlegen, weil die Beschwerde teilweise erfolgreich war und die erstinstanzlichen Verfahrenskosten waren 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, noch fehlt es an einer solchen. Es liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung einer zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

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

Mag. Bergmayr-Mann