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-303322/4/GS

Datum:
Linz, 18. Dezember 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Saxinger über die Beschwerde des K J, x, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 12.10.2022, GZ: 0026954/2021 AS/VS, wegen einer Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG)

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Die beschwerdeführende Partei hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 200 Euro 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 angefochtenen Bescheid hat der Bürgermeister der Stadt Linz (in der Folge: belangte Behörde) über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) K J wie folgt entschieden:

„STRAFERKENNTNIS

I. Tatbeschreibung:

Der Beschuldigte, Herr K J, geboren am x, hat als unbeschränkt haftender Gesellschafter der x OG, FN x, x, welche für die Erfüllung der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes keine*n Bevollmächtigte*n bestellt hat, und somit nach § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher, folgende Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten:

Die x OG, FN x, x, hat als Arbeitgeberin zu den angeführten Zeiten nachstehende Person mit nicht österreichischer Staatsbürgerschaft beschäftigt, obwohl ihr für diese weder eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt, noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde, noch diese 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' besessen hat:

R A, geb. x, Staatsbürgerschaft x, beschäftigt vom 15.05.2020 bis zumindest 02.03.2021, als Arbeiter in der Gastronomie, gegen Entgelt (Anspruch gem. § 29 AuslBG), wobei der angeführte Beschäftige für den Zeitraum von 07.02.2021 bis 02.03.2021 über keine entsprechende arbeitsmarktrechtliche Bewilligung verfügte.

Ein*e Arbeitgeberin darf gem. § 3 Abs. 1 AuslBG, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, eine*n Ausländeri*n nur beschäftigen, wenn ihm*ihr für diese*n eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der*die Ausländer*in 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.

Für den Zeitraum von 07.02.2021 bis 02.03.2021 verfügte der angeführte Beschäftigte über keine entsprechende arbeitsmarktrechtliche Bewilligung und war somit iSd angeführten gesetzlichen Bestimmungen unberechtigt beschäftigt.

II. Verletzte Verwaltungsvorschriften:

§ 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975 idF BGBl. I Nr. 104/2019, iVm § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975 idF BGBl. I Nr. 98/2020

III. Strafausspruch:

Über die Beschuldigte wird folgende Geldstrafe verhängt:

€ 1.000,00

Im Falle der Uneinbringlichkeit wird folgende Ersatzfreiheitsstrafe verhängt:

16 Stunden

Rechtsgrundlagen: § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975 idF BGBl. I Nr. 98/2020, §§ 9, 16, 19, 20 VStG

IV. Kostenentscheidung:

Als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens hat die Beschuldigte 10 % der verhängten Strafe, das sind € 100,00 zu leisten.

Rechtsgrundlage: § 64 Abs. 1 und 2 VStG

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

€ 1.100,00.“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Dagegen brachte der Bf rechtzeitig Beschwerde ein. Begründend wurde ausgeführt, dass über diese Sache schon mit Dr. x alles geklärt und abgeschlossen sei. Es wäre während der Lockdown-Zeit gewesen, das Lokal wäre nicht in Betrieb gewesen und es wäre schon rückgängig (06.02.2021) abgemeldet worden. Die Beschäftigungsbewilligung von R A wäre am 06.02.2021 abgelaufen. R A arbeite im Lokal als Kellnerhilfe und seit 02. November wäre das Lokal geschlossen gewesen. R A wäre in dieser Zeit in Kurzarbeit und nicht im Betrieb gewesen. Wir Gesellschafter hätten das Ablaufdatum der Beschäftigungsbewilligung vergessen. Nach einem Gespräch mit dem Steuerberater wäre rückwirkend abgemeldet worden. Das AMS hätte die neue Beschäftigungsbewilligung schon erteilt.

I.3. Mit Schreiben vom 22.11.2022, eingelangt am 24.11.2022, legte die belangte Behörde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt bezughabendem Verwaltungsakt vor.

I.4. Am 22.11.2023 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an welcher der Bf und eine Vertreterin der belangten Behörde sowie ein Vertreter des Amtes für Betrugsbekämpfung teilgenommen haben.

II. Folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt steht fest:

Der Bf war zum Tatzeitpunkt unbeschränkt haftender Gesellschafter der x OG, FN x, x.

R A, geb. x, Staatsbürgerschaft x, wurde von der x OG von 15.05.2020 bis zumindest 02.03.2021 (interne Kontrolle durch die Finanzpolizei) als Arbeiter in der Gastronomie gegen Entgelt beschäftigt.

Laut Mitteilung des AMS vom 21.11.2022 hat die x OG für den Zeitraum 01.11.2020 bis 31.03.2021 Kurzarbeit angemeldet. In diese Kurzarbeit war ua. der Arbeitnehmer R A einbezogen. Laut den von der x OG übermittelten Abrechnungsunterlagen für die Monate Februar und März 2021 sind bei R A keine tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden angegeben.

R A wurde von seinem Dienstgeber x OG am 01.03.2021 rückwirkend mit 06.02.2021 von der Sozialversicherung bei der Österreichischen Gesundheitskasse abgemeldet.

Mit Bescheid vom 07.02.2020 wurde der x OG als Arbeitgeber die Beschäftigungsbewilligung für R A, Staatsangehörigkeit x, für die berufliche Tätigkeit als Aushilfskellner für die Zeit vom 07.02.2020 bis 06.02.2021 im Ausmaß von 20 Stunden pro Woche und mit einem monatlichen Entgelt von EUR 770,00 brutto erteilt.

Mit Bescheid vom 09.03.2021 wurde der x OG als Arbeitgeber die Beschäftigungsbewilligung für R A, Staatsangehörigkeit x, für die berufliche Tätigkeit als Aushilfskellner für die Zeit vom 09.03.2021 bis 08.03.2022 im Ausmaß von 20 Stunden pro Woche und mit einem monatlichen Entgelt von EUR 770,00 brutto erteilt.

Im Strafregister der belangten Behörde scheint bereits eine einschlägige Vormerkung auf: Straferkenntnis vom 28.05.2019, GZ. 0007602/2017, Rechtskraft 01.07.2019.

III. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich unstrittig und nachvollziehbar aus dem vorgelegten Verwaltungsstrafakt sowie dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung.

Unstrittig liegt für den Zeitraum 07.02.2021 bis jedenfalls 02.03.2021 keine arbeitsmarktrechtliche Genehmigung für Rifat Ahmed vor.

Unstrittig ist auch die von der x OG für R A für den Zeitraum 01.11.2020 bis 31.03.2021 beantragte und gewährte Kurzarbeit. Die rechtlichen Auswirkungen der Covid-19-Kurzarbeit auf das gegenständliche Beschäftigungsverhältnis in Bezug auf die Notwendigkeit einer arbeitsmarktrechtlichen Bewilligung für den Ausländer ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

IV. Rechtliche Erwägungen:

IV.1. Das Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) regelt in den entscheidungswesentlichen Bestimmungen 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.

Geltungsdauer

§ 7. (1) Die Beschäftigungsbewilligung ist zu befristen; sie darf jeweils längstens für die Dauer eines Jahres erteilt werden.

(2) Für die Beschäftigung auf Arbeitsplätzen in Betrieben, die ihrer Art nach nur zu bestimmten Jahreszeiten arbeiten oder die regelmäßig zu gewissen Zeiten des Jahres erheblich verstärkt arbeiten (Saisonbetrieb), ist die Beschäftigungsbewilligung jeweils nur für die nach der Art der Beschäftigung erforderliche Dauer zu erteilen.

(3) Beschäftigungsbewilligungen, die im Rahmen von Kontingenten gemäß § 5 erteilt werden, dürfen die in der jeweiligen Verordnung festgelegte Geltungsdauer nicht überschreiten.

(4) Lehrlingen ist die Beschäftigungsbewilligung für die Dauer der Lehrzeit und der gesetzlichen oder kollektivvertraglichen Verpflichtung zur Weiterverwendung zu erteilen.
(5) § 11 des Mutterschutzgesetzes 1979, BGBl. Nr. 221, und § 7 Abs. 2 des Väter-Karenzgesetzes, BGBl. Nr. 651/1989 bleiben unberührt.
(6) Die Beschäftigungsbewilligung erlischt
1. mit Beendigung der Beschäftigung des Ausländers;
2. wenn binnen sechs Wochen nach Laufzeitbeginn der Beschäftigungsbewilligung eine Beschäftigung nicht aufgenommen wird.

(7) Wird ein Antrag auf Verlängerung einer Beschäftigungsbewilligung oder auf Ausstellung eines Befreiungsscheines vor Ablauf der Beschäftigungsbewilligung eingebracht, so gilt diese bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag als verlängert.
(8) Liegen die Voraussetzungen für die Verlängerung einer Beschäftigungsbewilligung nicht vor, so treten die Wirkungen der Nichtverlängerung erst mit jenem Zeitpunkt ein, der sich aus den die Rechte des Ausländers sichernden gesetzlichen Bestimmungen und Normen der kollektiven Rechtsgestaltung ergibt.

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;
2. wer
   a) entgegen § 3 Abs. 4 einen Ausländer beschäftigt, ohne die Beschäftigung der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice anzuzeigen, oder

b) entgegen § 18 Abs. 5 oder 6 die Arbeitsleistungen eines Ausländers in Anspruch nimmt, ohne die Beschäftigung der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice rechtzeitig anzuzeigen, oder
c) seinen Verpflichtungen gemäß § 26 Abs. 1 nicht nachkommt oder
d) entgegen § 26 Abs. 2 den im § 26 Abs. 1 genannten Behörden und Rechtsträgern den Zutritt zu den Betriebsstätten, Betriebsräumen, auswärtigen Arbeitsstellen und Aufenthaltsräumen der Arbeitnehmer oder das Befahren von Privatstraßen nicht gewährt, oder
e) entgegen § 26 Abs. 3 die Durchführung der Amtshandlung beeinträchtigt oder
f) entgegen dem § 26 Abs. 4 oder 4a die Durchführung der Amtshandlungen beeinträchtigt,

mit Geldstrafe von 150 Euro bis 5 000 Euro, im Fall der lit. c bis f mit Geldstrafe von 2 500 Euro bis 8 000 Euro;

3. wer
a) entgegen § 3 Abs. 6 einen Ausländer beschäftigt, ohne die ihm nach diesem Bundesgesetz erteilten Bewilligungen oder Bestätigungen im Betrieb zur Einsichtnahme bereitzuhalten, oder
b) die im § 26 Abs. 5 vorgesehenen Meldungen nicht erstattet,

mit Geldstrafe bis 2 000 Euro;

4. wer
a) entgegen § 18 Abs. 12 oder 13 als Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes einen Ausländer im Inland beschäftigt oder
b) entgegen § 18 Abs. 12 oder 13 die Arbeitsleistungen eines Ausländers, der von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes zur Arbeitsleistung nach Österreich entsandt, überlassen oder im Rahmen eines unternehmensinternen Transfers vorübergehend abgestellt wird, in Anspruch nimmt,

obwohl § 18 Abs. 12 Z 1 oder 2, im Fall der Überlassung zusätzlich Z 3, nicht erfüllt ist und – im Fall der lit. b – auch keine EU-Entsendebestätigung oder EU-Überlassungsbestätigung ausgestellt wurde, 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.

(Anm.: Z 5 aufgehoben durch Art. 1 Z 3, BGBl. I Nr. 98/2020)
(Anm.: Abs. 2 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 113/2015)“

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

IV.2. Die belangte Behörde hat dem Bf vorgeworfen von 07.02.2021 bis 02.03.2021 R A ohne arbeitsmarktrechtliche Bewilligung beschäftigt zu haben.

Unstrittig liegt in diesem Zeitraum keine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung für den Ausländer vor.

Gegenständlich ist vorab zu klären, ob Rifat Ahmed im gegenständlichen Zeitraum von der x OG beschäftigt wurde und daher in diesem Zeitraum eine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung notwendig war.

Der Bf wendet ein, dass sein Lokal coronabedingt in diesem Zeitraum geschlossen war und Rifat Ahmed in Kurzarbeit war. In den Monaten Februar und März 2021 sind lt. AMS in den Abrechnungsunterlagen bei R A keine tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden angeführt.

Unstrittig ist die von der x OG für R A für den Zeitraum 01.11.2020 bis 31.03.2021 beantragte und gewährte Kurzarbeit.

Grundsätzliches zur „Corona-Kurzarbeit“ – Phase 3 des Kurzarbeitsmodells von 01.10.2020 bis 31.03.2021:

Gegenständlich relevant ist die mit 1.10.2020 in Kraft getretene Phase 3 der Covid-19-Kurzarbeit. Wesentliche Grundlage bildet zum einen § 37b AMSG und zum anderen die Bundesrichtlinie zur Kurzarbeitsbeihilfe (KUA-Covid-19).

Demnach versteht man unter Kurzarbeit die befristete Herabsetzung der Normalarbeitszeit und idR einer damit verbundenen Entgeltreduktion aufgrund vorübergehender, nicht saisonbedingter, wirtschaftlicher Schwierigkeiten des Arbeitgebers. Die Herabsetzung der Normalarbeitszeit sollte dazu dienen, die Beschäftigung in wirtschaftlich schweren Zeiten zu sichern und folglich Arbeitslosigkeit zu vermeiden. Es wird vom AMS eine Beihilfe an die Unternehmen gewährt, welche das durch die Arbeitszeitreduktion entfallende Entgelt kompensiert. Das arbeitsmarkpolitische Ziel der „Corona-Kurzarbeit“ ist die Vermeidung von Arbeitslosigkeit infolge vorübergehender wirtschaftlicher Schwierigkeiten und damit die weitgehende Aufrechterhaltung des Beschäftigungsstandes. Bei der genannten „Corona-Kurzarbeit“ wird die Normalarbeitszeit einiger oder auch aller Arbeitnehmer - wenn nötig vorübergehend bis auf 0 % - reduziert. Das Arbeitsmarktservice übernimmt va. die Mehrkosten für die entfallenen Arbeitsstunden (sowie Lohnnebenkosten oder Krankenstände). Dabei sind aber Einschränkungen im Zusammenhang mit Kündigungen zu berücksichtigen: Während der Kurzarbeit muss der Beschäftigtenstand grundsätzlich gleichbleiben. Für alle Arbeitnehmer, die von der Kurzarbeit umfasst waren, gilt grundsätzlich eine Behaltefrist nach Beendigung der Kurzarbeit von einem Monat.

Beim AMS-Antragsformular zur Kurzarbeit waren ua. die geplante Dauer und die Anzahl der von der Kurzarbeit betroffenen Mitarbeiter anzuführen. Laut Mitteilung des AMS hatte die x OG für den Zeitraum 01.11.2020 bis 31.03.2021 Kurzarbeit angemeldet. In diese Kurzarbeit war ua. R A einbezogen. Das Beschäftigungsverhältnis des in Kurzarbeit stehenden R A zur x OG war somit in der gegenständlichen Zeit aufrecht. Aufgrund der von der x OG für R A angemeldeten Kurzarbeit wurden auch staatliche Leistungen gewährt, damit der Arbeitsplatz gesichert werden kann! Die bloße rückwirkend erfolgte Abmeldung zur Sozialversicherung ist während aufrecht gemeldeter Kurzarbeit rechtlich irrelevant.

Da für den Zeitraum von 07.02.2021 bis zum 02.03.2021 jedenfalls keine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung nach dem AuslBG für Herrn R A vorgelegen ist, ist der objektive Tatbestand der vorgeworfenen Verwaltungsübertretung erfüllt.

IV.3. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, 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 (Ungehorsamsdelikt).

Zur Erfüllung der subjektiven Tatseite ist auszuführen, dass Übertretungen des § 28 Abs. 1 AuslBG nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes Ungehorsamsdelikte im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG sind, weil zum Tatbestand dieser Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört. Das verantwortliche Organ ist strafbar, wenn es nicht genügende Vorkehrungen getroffen hat, um die Verwirklichung des Tatbildes durch den unmittelbaren Täter zu verhindern. Es liegt ihm daher eine Unterlassung zur Last. In einem solchen Fall besteht gemäß § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG von vornherein die Vermutung eines Verschuldens (in Form fahrlässigen Verhaltens) des Täters, welche aber von ihm widerlegt werden kann. Solange daher der Beschuldigte nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verwaltungsübertretung kein Verschulden trifft, hat die Behörde anzunehmen, dass der Verstoß bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte vermieden werden können. Es war daher Sache der Bf, glaubhaft zu machen, dass sie an der Begehung der Verwaltungsübertretung kein Verschulden traf (vgl. VwGH vom 19.10.2005, Zl. 2004/09/0064, und die darin zitierte Judikatur).

IV.4. Wie der Verwaltungsgerichtshof schon mehrfach ausgesprochen hat, ist für die Befreiung von der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers die Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems entscheidend (vgl. VwGH vom 19.10.2001, Zl. 2000/02/0228).

Ein effizientes Kontrollsystem für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften liegt u.a. dann vor, wenn vor Arbeitsaufnahme die Überprüfung der Arbeitspapiere erfolgt und die lückenlose Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen auf effektivste Weise überwacht wird. Dazu gehört etwa auch die Evidenzhaltung des Ablaufes der Gültigkeitsdauer der für einen Ausländer ausgestellten arbeitsmarktrechtlichen Papiere. Eine derartige Evidenzhaltung und Kontrolle ist einem Arbeitgeber jedenfalls zumutbar (vgl. VwGH vom 15.12.2008, Zl. 2007/09/0290).

Der Bf hätte daher darzulegen gehabt, in welcher Form er durch das Ergreifen geeigneter organisatorischer Maßnahmen und Kontrollen im Unternehmen dafür Sorge getragen hat, dass Übertretungen der Bestimmungen des AuslBG in seinem Unternehmen verhindert werden hätten können. Eine solche Darlegung ist dem Bf mit seinem Beschwerdevorbringen, dass das Ablaufdatum der Beschäftigungsbewilligung vergessen worden wäre, nicht gelungen. Ein ausreichendes Kontrollsystem kann in den vorgebrachten Gründen nicht erkannt werden. Deshalb kann von einem geringfügigen Verschulden im Sinne des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG nicht gesprochen werden (VwGH 22.10.2012, Zl. 2010/03/0065).

Im ggst. Verfahren ist festzuhalten, dass der Umstand, der im Unternehmen zu einer verbotenen Ausländerbeschäftigung geführt hat, im typischen Fehlerbereich gelegen ist, der durch zumutbare und leicht zu verwirklichende Maßnahmen – wie ein computerunterstütztes Erinnerungssystem oder einfache Vormerkung im Kalender – ausgeschaltet hätte werden können. Es wäre dem Bf als Unternehmer zumutbar gewesen, ein entsprechendes Kontrollsystem einzurichten. Im Rahmen eines funktionierenden Kontrollsystems kann es kein bloßes Versehen geben, damit die Bestimmungen des AuslBG eingehalten werden können. Der Bf als Unternehmerin hat jedoch kein entsprechendes Kontrollsystem installiert, das verhindert hätte, dass eine Beschäftigung ohne entsprechender Beschäftigungsbewilligung in seinem Unternehmen stattfinden konnte. Dem Bf ist es daher mit seinem Vorbringen nicht gelungen, glaubhaft zu machen, sich entsprechend sorgfältig verhalten zu haben, sodass ihn ein Verschulden an der gegenständlichen Verwaltungsübertretung trifft und ihm diese auch in subjektiver Hinsicht zuzurechnen ist.

IV.5. 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-, Vermögens- und Familienverhältnisse der Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Gemäß § 20 VStG kann die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen oder der Beschuldigte ein Jugendlicher ist. Eine solche außerordentliche Milderung der Strafe hat nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu erfolgen, wenn die Milderungsgründe – und zwar nicht der Zahl nach, sondern – dem Gewicht nach die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen (vgl. etwa VwGH 25.4.2018, Ra 2017/09/0044, mwN).

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde (bzw. das Verwaltungsgericht) 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 den Beschuldigten im Falle 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.

Gemäß § 32 Abs. 2 StGB hat das Gericht bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, in wie weit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und in wie weit sich auf äußere Umstände oder Beweggründe zurück zu führen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen nahe liegen könnte. Nach Abs. 3 leg. cit. ist maßgeblich wie intensiv ein Täter durch seine Handlung Pflichten verletzt hat, wie reiflich er seine Tat überlegt hat, wie sorgfältig er sie vorbreitet oder wie rücksichtslos er sie ausgeführt hat.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung der Entscheidung so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs. 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

Der Bf hat in der Verhandlung nunmehr ein monatliches Nettoeinkommen von ca. 1500 Euro und Schulden (wie Forderungen Finanzamt, Gesundheitskasse,…) angegeben. Beim Bf scheint eine einschlägige Vormerkung im Strafregister der belangten Behörde auf (Straferkenntnis vom 28.05.2019, GZ: 0007602/2017, Rechtskraft: 01.07.2019), weshalb der erhöhte Strafrahmen von 2.000 bis 20.000 Euro zur Anwendung kommt. Es handelt sich um die erste Wiederholung. Die belangte Behörde hat die Anmeldung des Beschäftigten zur Sozialversicherung sowie den Umstand, dass für den Beschäftigten sodann für den Zeitraum von 09.03.2021 bis 08.03.2022 wiederum eine Beschäftigungsbewilligung erteilt wurde, als strafmildernd gewertet. Straferschwerend war hingegen kein Umstand. Unter Zugrundelegung der genannten gewichtigen Milderungsgründe wurde von der belangten Behörde die Strafe im Sinne der außerordentlichen Strafmilderung gemäß § 20 VStG auf die Hälfte der Mindeststrafe herabgesetzt.

Die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts ist im vorliegenden Fall als hoch anzusehen, ist es doch Schutzzweck des AuslBG einerseits inländische Arbeitskräfte zu schützen, andererseits den Interessen der heimischen Wirtschaft dadurch Rechnung zu tragen, dass unter Vorgabe von Kontingentierungen und staatlichen Kontrollen eine Deckung des Arbeitskräftebedarfs sichergestellt wird (vgl. etwa VwGH 21.2.2019, Ra 2018/09/0132, mwN); auch kommt die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts durch den in § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a erster Strafsatz AuslBG vorgesehenen – hohen – Strafrahmen zum Ausdruck. Der Bf hat fahrlässig gehandelt und kann sein Verschulden nicht als bloß gering eingestuft werden; insbesondere wurde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht dargetan oder ist sonst hervorgekommen, dass die Einhaltung der übertretenen Vorschrift eine besondere Aufmerksamkeit erfordert hätte, bzw. dass die Verwirklichung des Tatbestandes nur schwer hätte vermieden werden können. Vielmehr hätte die Verwaltungsübertretung durch einfache Maßnahmen, wie ein kalendermäßiges Vormerken des Ablaufes der Genehmigung, hintangehalten werden können. Es liegt daher kein geringes Verschulden vor.

Die von der belangten Behörde verhängte Strafe ist tat- und schuldangemessen und sowohl aus spezial- und generalpräventiven Überlegungen notwendig. Festzuhalten ist, dass auch unterdurchschnittliche Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Verhängung einer Geldstrafe nicht hinderlich sind (vgl. z.B. VwSlg. 18.943 A/2014, mwN, wonach sogar dann die Verhängung einer Geldstrafe gerechtfertigt ist, wenn der Bestrafte kein Einkommen bezieht und selbst das Vorliegen ungünstiger Einkommens- und Vermögensverhältnisse nicht bedeutet, dass ein Anspruch auf die Verhängung der Mindeststrafe besteht).

Wie ausgeführt, kann daher im ggst. Verfahren nicht von einem geringfügigen Verschulden ausgegangen werden, weshalb auch die notwendigen Voraussetzungen für eine Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG (Erteilung einer

Ermahnung) nicht vorliegen. Daran kann auch die Anmeldung der Ausländerin zur Sozialversicherung nichts ändern, allerdings kommt dieser Umstand der Bf als Milderungsgrund zu Gute (vgl. VwGH-Erkenntnis vom 18.9.2008, 2007/09/0365). Die über den Bf verhängte Strafe erscheint sowohl in general-, als auch in spezialpräventiver Hinsicht angemessen und geeignet, dem Bf die Unrechtmäßigkeit seines Handels eindringlich vor Augen zu führen und ihn künftig zu einem gesetzeskonformen Verhalten anzuleiten.

Aus den angeführten Gründen hat der Bf die gegenständliche Verwaltungsübertretung als unbeschränkt haftender Gesellschafter der x OG und somit als zur Vertretung nach außen Berufener in objektiver und subjektiver Hinsicht zu vertreten.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

IV.6. Abschließend wird darauf hingewiesen, dass gemäß § 54b VStG ein Bestrafter, dem aus wirtschaftlichen Gründen die unverzügliche Zahlung nicht zuzumuten ist, bei der Behörde einen Antrag auf angemessenen Aufschub oder Teilzahlung stellen kann. Dies ist daher beim Bürgermeister der Stadt Linz, Magistrat Linz, zu GZ: 0026954/2021 AS/VS als zuständige Behörde zu beantragen.

IV.7. Weil die Beschwerde keinen Erfolg hatte, war gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG ein Kostenbeitrag in der Höhe 20 % der verhängten Strafe, das sind 200 Euro, vorzuschreiben.

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 gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, 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.

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 Verwaltungs-

gerichtshof. 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. Saxinger