

# TE Lvwg Erkenntnis 2020/4/23 LVwG-S-1652/001-2019

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.04.2020

## Entscheidungsdatum

23.04.2020

## Norm

AuslBG §28 Abs1 Z1

AuslBG §28 Abs1 Z5

AuslBG §32a Abs4

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat durch die Richterin

HR Dr. Hagmann über die Beschwerde des Herrn A, vertreten durch B Rechtsanwälte GesbR, \*\*\*, \*\*\*, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft St. Pölten vom 17. Juni 2019, Zl. \*\*\*, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), zu Recht erkannt:

1. Der Beschwerde wird gemäß § 50 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) stattgegeben und das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben. Das gegen den Beschuldigten geführte Verwaltungsstrafverfahren wird gemäß § 45 Abs 1 Z 2 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) eingestellt.
2. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe:

1. Verwaltungsbehördliches Verfahren:

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde der Beschwerdeführer wegen Übertretung des § 3 Abs 1 iVm § 28 Abs 1 Z 1 lit a Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) mit einer Geldstrafe von € 4.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe: 134 Stunden) bestraft. Im Schuldspruch dieses Straferkenntnisses wurde es als erwiesen angesehen, dass der Beschwerdeführer als das gemäß § 9 Abs 1 VStG zur Vertretung nach außen berufene Organ (handelsrechtlicher Geschäftsführer) der C GmbH mit Sitz in \*\*\*, \*\*\*, und somit als Arbeitgeber einen namentlich genannten und näher bezeichneten kroatischen Staatsbürger vom 6.3.2017 bis 7.5.2019 als Maurer entgegen § 3 AuslBG beschäftigt hat, obwohl für diesen weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde, noch dieser eine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot – Karte“, „Blaue Karte EU“, Aufenthaltsbewilligung als unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer („mobile ICT“), Aufenthaltsbewilligung „Familiengemeinschaft mit Zugang zum

Arbeitsmarkt (§ 20 f Abs 4)“, oder „Niederlassungsbewilligung – Künstler“ oder „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, „Aufenthaltsberechtigung plus“, einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt-EU“ besaß.

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, die zur Last gelegte Verwaltungsübertretung sei anlässlich einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei festgestellt worden. Unter Zitat der im Verfahren abgegebenen Stellungnahme sowie der rechtlich relevanten Bestimmungen des AuslBG wurde zur objektiven Tatseite ausgeführt, der kroatische Staatsbürger sei im genannten Zeitraum als vollbeschäftigter Dienstnehmer (Maurer) beschäftigt worden, ohne dass eine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung vorlag. Bei der Übertretung handle es sich um ein Ungehorsamsdelikt. Der Beschwerdeführer als handelsrechtlicher Geschäftsführer der GmbH sei strafrechtlich für die Einhaltung der Vorschriften des AuslBG verantwortlich. Der Beschwerdeführer habe eingeräumt, dass nach Bekanntwerden der fehlenden Berechtigung sofort eine EU-Freizügigkeitsbestätigung eingeholt worden sei. Es sei jedoch nicht angegeben worden, ob und inwiefern die rechtlichen Voraussetzungen zur Beschäftigung eines kroatischen Staatsbürgers vor Einstellung im Unternehmen überprüft worden seien.

## 2. Zum Beschwerdevorbringen:

Mit der fristgerecht erhobenen Beschwerde wurde das Straferkenntnis in seinem vollen Umfang bekämpft. Im Wesentlichen wird darin ausgeführt, der Dienstnehmer habe zu jedem Zeitpunkt, zu dem er im Unternehmen beschäftigt war, die Erfordernisse für einen unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt erfüllt. Der beschäftigte Arbeitnehmer sei Staatsangehöriger der Republik Kroatien und damit eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union. Der Arbeitnehmer sei entsprechend § 32a Abs 2 iVm Abs 11 am Tag des EU-Beitritts Kroatiens, am 24.4.2012 und auch danach ununterbrochen mehr als 12 Monate rechtmäßig im Bundesgebiet beschäftigt und zum Arbeitsmarkt zugelassen gewesen. Außerdem sei der Dienstnehmer seit mehr als fünf Jahren im Bundesgebiet dauerhaft niedergelassen und verfüge über ein regelmäßiges Erwerbseinkommen aus erlaubter Erwerbstätigkeit. Der Arbeitnehmer habe daher entsprechend den zitierten Bestimmungen unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt, sodass ein Verstoß gegen die von der Behörde zitierten Bestimmungen des AuslBG keinesfalls vorliege. Im Übrigen sei unverzüglich nach der Kontrolle eine EU-Freizügigkeitsbestätigung eingeholt worden. Er sei daher nicht illegal im Betrieb beschäftigt worden. Sollte man von einem Verstoß ausgehen, könne nur geringfügiges Verschulden vorliegen, und sei es zu keiner schwerwiegenden Rechtsverletzung gekommen, da der Dienstnehmer tatsächlich jederzeit zur Tätigkeit auf dem österreichischen Arbeitsmarkt berechtigt gewesen sei. Mit Hinweis auf die Anwendbarkeit der §§ 33a VStG und 45 Abs 1 Z 4 VStG sowie Ausführungen zu der als überzogen anzusehenden Strafhöhe, mit Verweis auf das Vorliegen von Milderungsgründen und unter Anführung von Beweismitteln, ua der EU-Freizügigkeitsbestätigung des AMS \*\*\* vom 8.5.2019, wurde die Aufhebung des angefochtenen Bescheides beantragt, in eventu die Herabsetzung der Strafe.

Der Finanzbehörde wurde das gegenständliche Straferkenntnis ebenfalls zugestellt. Beschwerde dagegen wurde seitens der Finanzbehörde nicht erhoben.

Zum Beschwerdevorbringen verwies die Finanzbehörde in einer schriftlichen Stellungnahme im Wesentlichen darauf, dass auf Grund des vorliegenden Sachverhaltes jedenfalls eine EU-Freizügigkeitsbestätigung für den Dienstnehmer nötig gewesen wäre. Eine solche sei jedoch erst nach den Kontrollmaßnahmen durch die Finanzpolizei eingeholt worden. Die Finanzbehörde gehe daher unverändert davon aus, dass das Tatbild zu Recht angelastet wurde. Allenfalls könne die Geldstrafe reduziert werden.

## 3. Erwägungen

### 3.1.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich legt ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung unter Zugrundelegung des unbestrittenen Akteninhaltes seiner Entscheidung folgende Feststellungen zu Grunde:

Der im angeführten Zeitraum beschäftigte Arbeitnehmer ist kroatischer Staatsbürger, der im angelasteten Tatzeitraum unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt hatte (vgl § 32a Abs 2 AuslBG). Eine EU-Freizügigkeitsbestätigung gemäß § 32a Abs 4 AuslBG lag im angelasteten Zeitraum nicht vor. Der Arbeitnehmer verfügt seit 8.5.2019 über eine EU-Freizügigkeitsbestätigung.

### 3.2.

Folgende Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes sind verfahrensrelevant und lauten (auszugsweise) in der anzuwendenden Fassung:

## § 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 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“, Aufenthaltswilligung als unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer („mobile ICT“), Aufenthaltswilligung „Familiengemeinschaft mit Zugang zum Arbeitsmarkt (§ 20 f Abs 4)“, oder „Niederlassungsbewilligung – Künstler“ oder „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, „Aufenthaltsberechtigung plus“, einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt-EU“ besitzt, oder [...], oder

[...],

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

[...]

(5) wer entgegen § 32a Abs 4 einen Ausländer, der gemäß § 32a Abs 2 oder 3 unbeschränkten Arbeitsmarktzugang hat, ohne Freizügigkeitsbestätigung beschäftigt, mit Geldstrafe bis 1 000 Euro

[...].“

§ 32a samt Überschrift

„Übergangsbestimmungen zur EU-Erweiterung

(1) Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die am 1. Jänner 2007 aufgrund des Vertrages über den Beitritt der Republik Bulgarien und Rumäniens zur Europäischen Union (Beitrittsvertrag von Luxemburg), Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L 157 vom 21. Juni 2005, Seite 11, der Europäischen Union beigetreten sind, genießen keine Arbeitnehmerfreizügigkeit im Sinne des § 1 Abs. 2 lit. I, es sei denn, sie sind Angehörige eines gemeinschaftsrechtlich aufenthaltsberechtigten Staatsangehörigen eines anderen EWR-Mitgliedstaates gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 bis 3 NAG.

(2) EU-Bürger gemäß Abs. 1 haben unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt, wenn sie

1. am Tag des Beitritts oder nach dem Beitritt rechtmäßig im Bundesgebiet beschäftigt sind und ununterbrochen mindestens zwölf Monate zum Arbeitsmarkt zugelassen waren oder

2. die Voraussetzungen des § 15 sinngemäß erfüllen oder

3. seit fünf Jahren im Bundesgebiet dauernd niedergelassen sind und über ein regelmäßiges Einkommen aus erlaubter Erwerbstätigkeit verfügen.

(3) Ehegatten und eingetragene Partner von EU-Bürgern gemäß Abs. 2 und deren Verwandte in gerader absteigender Linie, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und darüber hinaus, sofern ihnen von diesen Unterhalt gewährt wird, haben unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt, wenn sie mit diesen einen gemeinsamen rechtmäßigen Wohnsitz im Bundesgebiet haben.

(4) Das Recht auf unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt gemäß Abs. 2 und 3 ist von der regionalen Geschäftsstelle

des Arbeitsmarktservice zu bestätigen. Die Bestätigung ist vor Beginn der Beschäftigung einzuholen. Der Arbeitgeber hat eine Ausfertigung der Bestätigung im Betrieb zur Einsichtnahme bereitzuhalten. Die Bestätigung erlischt bei Ausreise aus dem Bundesgebiet aus einem nicht nur vorübergehenden Grunde.

[...]

(11) Aufgrund des Vertrages über den Beitritt der Republik Kroatien zur Europäischen Union, ABL. Nr. L 112 vom 24.04.2012 S. 10, gelten die Abs. 1 bis 9 ab dem EU-Beitritt Kroatiens sinngemäß für Staatsangehörige der Republik Kroatien und für Arbeitgeber mit Betriebssitz in der Republik Kroatien. Kroatischen Staatsangehörigen, die bis zum Beitritt gemäß § 17 zur Ausübung einer Beschäftigung im gesamten Bundesgebiet berechtigt waren, ist ohne weitere Prüfung ein unbeschränkter Arbeitsmarktzugang zu bestätigen. Die Abs. 3 und 4 sind mit der Maßgabe anzuwenden, dass den dort genannten Familienangehörigen in den ersten zwei Jahren ab dem Beitritt unbeschränkter Arbeitsmarktzugang nur dann zu bestätigen ist, wenn sie mit dem kroatischen Staatsangehörigen, der bereits unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt hat, am Tag des Beitritts oder, sofern sie erst später nachziehen, mindestens achtzehn Monate einen gemeinsamen rechtmäßigen Wohnsitz im Bundesgebiet hatten. Diese Frist entfällt, wenn der kroatische Staatsangehörige bis zum Beitritt über eine „Rot-Weiß-Rot – Karte“, eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, eine „Blaue Karte EU“ oder einen Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EG“ verfügt hat.“

### 3.3.

#### Rechtliche Würdigung:

Die belangte Behörde hat dem Beschuldigten im angefochtenen Straferkenntnis eine Übertretung des § 3 Abs 1 iVm § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG zur Last gelegt. Diese Übertretung wurde ihm mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 17. Mai 2019 in einer ersten Verfolgungshandlung seitens der Behörde vorgeworfen. Nach der Aktenlage ist davon auszugehen, dass der beschäftigte, kroatische Staatsbürger im angelasteten Zeitraum unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt hatte (vgl § 32a Abs 2 AuslBG). Eine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung gemäß § 28 Abs 1 Z 1 lit a hätte er somit für eine Beschäftigung in Österreich im angelasteten Zeitraum nicht benötigt, allerdings hätte es einer EU-Freizügigkeitsbestätigung gemäß § 32a Abs 4 AuslBG bedurft. Wie von der Finanzbehörde zutreffend festgestellt wurde, lag eine solche während des Beschäftigungszeitraumes nicht vor.

Gemäß § 44a Z 1 VStG hat der Spruch eines Straferkenntnisses, wenn er nicht auf Einstellung lautet, die als erwiesen angenommene Tat zu enthalten. Dies bedarf der Anführung aller wesentlichen Tatbestandsmerkmale, die zur Individualisierung und Konkretisierung des inkriminierten Verhaltens und damit für die Subsumtion der Tat unter die dadurch verletzte Verwaltungsvorschrift erforderlich sind. Wird die Anführung eines wesentlichen Tatbestandselementes im Spruch unterlassen, kann dies auch nicht durch eine entsprechende Bescheidebegründung ersetzt werden (vgl VwGH 2013/09/0025).

Fallbezogen hat die belangte Behörde dem Beschuldigten die Beschäftigung ohne entsprechende Bewilligung gemäß § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG vorgeworfen. Wenngleich die Behörde in ihrer Begründung zwar festgestellt hat, dass nach der Kontrolle durch die Finanzpolizei eine Freizügigkeitsbestätigung ausgestellt wurde, enthält der konkrete Tatvorwurf nicht jenen der Beschäftigung des kroatischen Staatsbürgers ohne Freizügigkeitsbestätigung gemäß § 32a Abs 4 AuslBG. Die Beschäftigung eines kroatischen Staatsbürgers ohne Freizügigkeitsbestätigung erfüllt - vom gegenständlichen Tatvorwurf abweichend - den Tatbestand des § 28 Abs 5 AuslBG, mit einem zu § 28 Abs 1 Z 1 lit a im Übrigen ebenfalls abweichenden Strafraumen. Diese Übertretung wurde dem Beschuldigten zu keinem Zeitpunkt in einer die Verfolgungsverjährung unterbrechenden, ausreichend konkretisierten Verfolgungshandlung vorgeworfen.

Auch wenn das Verwaltungsgericht grundsätzlich in der Sache selbst zu entscheiden hat, und nach der gefestigten höchstgerichtlichen Rechtsprechung die Angelegenheit zu erledigen hat, die von der Verwaltungsbehörde zu entscheiden war, ist „Sache“ des Beschwerdeverfahrens vor dem Verwaltungsgericht jedenfalls nur jene Angelegenheit, die den Inhalt des Spruches der belangten Behörde gebildet hat (vgl VwGH Ro 2015/03/0032). Bei der gemäß § 28 Abs 1 Z 1 lit a iVm § 3 Abs 1 AuslBG zu ahndenden Beschäftigung einer ausländischen Arbeitskraft und der gemäß § 28 Abs 1 Z 5 iVm § 32a Abs 4 AuslBG zu ahndenden Beschäftigung eines Ausländers mit unbeschränktem Arbeitsmarktzugang ohne Vorliegen einer Freizügigkeitsbestätigung handelt es sich um unterschiedliche Taten, die nicht ausgewechselt werden dürfen (vgl in diesem Sinn auch VGW Wien, VGW-041/036/9851/2017).

Die von der belangten Behörde gegenständlich dem Beschwerdeführer vorgeworfene Übertretung hat dieser nicht begangen. Eine Auswechslung der Tat ist dem Verwaltungsgericht aber aus den dargestellten Gründen verwehrt.

4. Zur Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, da im gegenständlichen Verfahren keine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil die Entscheidung nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

**Schlagworte**

Arbeitsrecht; Ausländerbeschäftigung; Freizügigkeitsbestätigung; Tatvorwurf; Konkretisierung; Sache des Verfahrens;

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGNI:2020:LVwG.S.1652.001.2019

**Zuletzt aktualisiert am**

05.05.2020

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Niederösterreich LVwg Niederösterreich, <http://www.lvwg.noel.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)