



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38650
Telefax: (43 01) 4000 99 38650
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-041/036/4513/2017-3
Mag. K. W.

Wien, 05.07.2017
SC

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Fritz über die Beschwerde des (1980 geborenen) Herrn Mag. K. W., vertreten durch Rechtsanwälte, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 16.02.2017, ZI. MBA ... - S 19831/16, betreffend Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, zu Recht erkannt:

Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z. 2 VStG eingestellt.

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG wird dem Beschwerdeführer kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens auferlegt.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Mit Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 16.02.2017 wurde der Beschwerdeführer (Bf) schuldig erkannt, er habe als Arbeitgeber mit Sitz in Wien, E. zu verantworten, dass dort

zumindest von 01.03.2016 bis 31.03.2016 Frau P. S., geboren 1991, Staatsangehörigkeit Georgien, entgegen § 3 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) versicherungsrechtlich geringfügig beschäftigt gewesen sei, obwohl für diese Ausländerin keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen erteilt bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen seien. Der Bf habe dadurch § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG idF gemäß BGBl. I Nr. 72/2013 in Verbindung mit § 3 leg. cit. verletzt. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über den Bf gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a erster Strafsatz AuslBG in Verbindung mit § 20 VStG eine Geldstrafe von 500,-- Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 12 Stunden) verhängt. Gleichzeitig wurden die vom Bf zu ersetzenden Verfahrenskosten mit 50,-- Euro bestimmt.

Zur Begründung dieses Straferkenntnisses führte die belangte Behörde nach Wiedergabe der maßgeblichen Rechtslage aus, der Bf habe in seiner Rechtfertigung im Wesentlichen vorgebracht, für seine beiden kleinen Kinder eine Kinderbetreuung gesucht und über ein Internetportal Frau P. S. kennengelernt zu haben. Um ein offizielles Dienstverhältnis zu begründen, wäre ein Dienstleistungsscheck verwendet worden. Er wäre der irrigen Ansicht gewesen, dass dieser Vorgang alle rechtlichen Belange abgedeckt hätte. Nach Entdeckung des Irrtums wäre sofort eine Beschäftigungsbewilligung am 17.03.2016 beim AMS beantragt und in weiterer Folge mit Bescheid vom 15.04.2016 erteilt worden. Der rechtsfreundliche Vertreter habe in einer ergänzenden schriftlichen Stellungnahme vom 12.01.2017 auf den geringen Unrechtsgehalt der Tat und zahlreiche Judikatur über Einstellungen bzw. Ermahnungen in Vergleichsfällen hingewiesen. Die Anzeigelegerin habe in einer schriftlichen Stellungnahme vom 30.01.2017 unter Verweis auf die Tatbestandsmäßigkeit deren Strafantrag vollinhaltlich aufrechterhalten. Die illegale Beschäftigung – so merkte die belangte Behörde in der Begründung an – sei an sich nicht bestritten worden; die dem Bf zur Last gelegte Übertretung sei somit in objektiver Hinsicht als erwiesen anzusehen. Es seien auch die subjektiven Voraussetzungen für die Strafbarkeit zweifelsfrei erwiesen. Im Übrigen begründete die belangte Behörde ihre Strafbemessung näher.

Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf fristgerecht Beschwerde. Er brachte begründend vor, er habe vor der Beschäftigung der Kinderbetreuerin für diese

einen Dienstleistungsscheck bezogen. Dies sei über das Internetportal des Sozialministeriums erfolgt. Er habe im „Kompetenzzentrum Dienstleistungsscheck“ sowohl seine Daten als auch die der Kinderbetreuerin eingegeben. Daraufhin habe er vom „Kompetenzzentrum Dienstleistungsscheck“ am 15.02.2016 einen Einschreibebrief mit den maßgeblichen Zugangsdaten erhalten und sei in diesem Sinne vorgegangen, weshalb er davon ausgehen könne, dass der von ihm gewählte Weg völlig korrekt sei und er von der Behörde aufmerksam gemacht werde, wenn von ihm zusätzliche Veranlassungen zu treffen seien. Dies wäre für die Behörde aufgrund ihres Zuganges zu den maßgeblichen Daten ein Leichtes gewesen. Er hätte im Falle eines Hinweises auf die Einholung einer gesonderten Beschäftigungsbewilligung bereits früher, nämlich vor März 2016 einen solchen Antrag stellen können und zeige die nachfolgende Bewilligung, dass ein solcher auch genehmigt worden wäre.

Es habe sich damals – so der Bf - um eine rein den privaten Lebensbereich betreffende Leistung gehandelt, nämlich die Betreuung der beiden Kinder. Sie hätten sohin keinen finanziellen Ertrag aus der Tätigkeit der Arbeitnehmerin erzielt, sondern diese lediglich zur Unterstützung für die elterlichen Betreuungspflichten zugezogen. Überdies habe er von Anfang an durch die Verwendung des Dienstleistungsschecks alle maßgeblichen Umstände offen gelegt und sofort nach Bekanntwerden des Erfordernisses einer Bewilligung nach dem AusIBG einen entsprechenden Antrag gestellt, welcher auch bewilligt worden sei. Ergänzend sei auszuführen, dass Frau S. ihm gegenüber beim Vorstellungsgespräch im Februar 2016 dargelegt habe, dass sie in Österreich bereits ordnungsgemäß beschäftigt gewesen sei, also eine Beschäftigungsbewilligung erteilt worden sei. Sie seien daher davon ausgegangen, dass dies auch für sie kein Problem darstellen werde. Weiters machte der Bf geltend, dass nicht nur die Voraussetzungen einer außerordentlichen Strafmilderung vorliegen, sondern auch alle Gründe für eine Einstellung des Strafverfahrens bzw. eine Vorgangsweise lediglich durch Ausspruch einer Ermahnung (§ 45 Abs. 1 Z. 4 VStG).

Zu dieser Beschwerde gab die Finanzpolizei, Team 08 mit Schreiben vom 02.05.2017 eine Stellungnahme ab. Es wurde die Bestätigung des erstinstanzlichen Straferkenntnisses beantragt.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG, in der Fassung gemäß BGBl. I Nr. 72/2013, 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“ oder „Aufenthaltsbewilligung – Künstler“ oder eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, eine „Aufenthaltsberechtigung plus“, einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt – EU“ besitzt.

Nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG, in der Fassung gemäß BGBl. I Nr. 72/2013, begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde 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“ oder „Aufenthaltsbewilligung – 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.

Das Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG 2006), in der für den gegenständlichen Tatzeitraum maßgeblichen Fassung BGBl. I Nr. 30/2014, lautet auszugsweise:

„Geltungsbereich

§ 1 (1) Dieses Gesetz regelt die Ansprüche und Verpflichtungen aus Arbeitsverhältnissen, die von arbeitsberechtigten Arbeitnehmern mit natürlichen Personen zur Erbringung von einfachen haushaltstypischen Dienstleistungen in deren Privathaushalten auf längstens einen Monat befristet für die Dauer des jeweiligen Arbeitseinsatzes abgeschlossen werden, soweit die Entgeltgrenze nach Abs. 4 nicht überschritten und die Entlohnung mit Dienstleistungsscheck vereinbart wird.

(2) Arbeitsberechtigt ist, wer zur Aufnahme einer Beschäftigung im Bundesgebiet oder im jeweiligen Bundesland ohne Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung berechtigt ist.

(3) Befristete Arbeitsverhältnisse im Sinne des Abs. 1 können ohne zahlenmäßige Begrenzung und auch unmittelbar hintereinander abgeschlossen werden, ohne dass dadurch ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit entsteht.

(4) Entgeltgrenze ist die monatliche Geringfügigkeitsgrenze gemäß § 5 Abs. 2 Z 2 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955. Die Entgeltgrenze gilt für sämtliche Entgelte eines Arbeitnehmers aus Arbeitsverhältnissen im Sinne des Abs. 1 mit einem bestimmten Arbeitgeber in einem Kalendermonat. Urlaubersatzleistungen und aliquote Sonderzahlungen sind für die Entgeltgrenze nicht zu berücksichtigen.

...

Prüfung der Arbeitsberechtigung

§ 9 Ergeben sich Zweifel an der Arbeitsberechtigung des Arbeitnehmers, so ist diese vom Arbeitsmarktservice zu prüfen. Bei fehlender Arbeitsberechtigung ist Anzeige an die zuständige Bezirksverwaltungsbehörde zu erstatten.

Verwaltungsübertretung

§ 10 Wer als Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis im Sinne des § 1 Abs. 1 mit einem Arbeitnehmer, der nicht gemäß § 1 Abs. 2 arbeitsberechtigt ist, eingeht, begeht eine Verwaltungsübertretung. Bei erstmaliger Übertretung ist der Arbeitgeber von der Bezirksverwaltungsbehörde unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid zu ermahnen und von einer Strafe abzusehen. Bei jeder weiteren Übertretung ist der Arbeitgeber von der Bezirksverwaltungsbehörde mit Geldstrafe bis zu 200 Euro zu bestrafen. § 28 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975, ist auf solche Verwaltungsübertretungen nicht anzuwenden.¹⁰

Dem gegenständlichen Verfahren liegt eine Anzeige der Finanzpolizei Team 08 vom 15.04.2016 zugrunde. Es sei am 13.04.2016 ein Schreiben des AMS Wien über die illegale Beschäftigung der aus Georgien stammenden Frau P. S. dort eingelangt. Frau S. sei vom 01.03.2016 bis 31.03.2016 laut

Hauptverbandsabfrage bei dem Bf geringfügig beschäftigt gewesen, ohne im Besitz von entsprechenden arbeitsmarktbehördlichen Dokumenten zu sein.

In dem erwähnten Schreiben vom 11.04.2016 des AMS Wien heißt es, dass im Zuge einer Anfrage festgestellt worden sei, dass der Dienstgeber K. W. (Privathaushalt) die Ausländerin S. P. ohne Vorliegen einer Bewilligung im März 2016 beschäftigt habe. In dem beiliegenden Versicherungsdatenauszug heißt es für den genannten Zeitraum, dass die geringfügige Beschäftigung wegen „DLS“ (gemeint offenbar Dienstleistungsscheck) erfolgt sei. Nähere Ermittlungen über die Gestaltung des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Bf und der genannten Ausländerin, die aufgrund des Hinweises auf eine Entlohnung mit Dienstleistungsscheck geboten gewesen wären, tätigte die anzeigelegende Finanzpolizei nicht.

Mit Schreiben vom 28.11.2016 forderte die belangte Behörde den Bf auf, sich zum Vorwurf, gegen das AusIBG verstoßen zu haben, zu rechtfertigen. In seiner Eingabe vom 18.12.2016 brachte der Bf vor, Frau P. S. sei an zwei Tagen (01.03.2016 sowie 08.03.2016) bei seiner Familie als Kinderbetreuerin beschäftigt gewesen. Sie hätten von Anfang an ein offizielles Dienstverhältnis haben wollen und sich daher für die Verwendung des Dienstleistungsschecks entschieden. Einen Auszug aller überwiesenen Schecks würde die Behörde im Anhang zu diesem Mail finden. Es seien immer alle vereinbarten und auch fälligen Zahlungen an Frau P. geleistet worden. Er sei am 01.03.2016 der Überzeugung gewesen, dass die Erstellung des Kontos für den Dienstleistungsscheck als Beschäftigungsbewilligung ausreichend wäre. Sie hätten am 17.03.2016 einen Antrag auf Beschäftigungsbewilligung gestellt; die Bewilligung sei erst am 15.04.2016 ausgestellt worden. Frau P. habe bis zur Ausstellung der Bewilligung nicht mehr bei ihnen gearbeitet.

Der Bf gab dann (anwaltlich vertreten) mit Schreiben vom 12.01.2017 eine weitere Rechtfertigung ab. Diese wurde der Finanzpolizei Team 08 mit der Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme zur Kenntnisnahme übermittelt. In ihrer Äußerung vom 30.01.2017 wies die Finanzpolizei darauf hin, dass sie einer außerordentlichen Milderung nach § 20 VStG zustimmen würde. Auf das

Vorbringen des Bf, dass die Entlohnung mit Dienstleistungsscheck erfolgt sei, ging die Finanzpolizei mit keinem Wort ein.

Die belangte Behörde hat den Bf dann mit dem angefochtenen Straferkenntnis wegen einer Übertretung des § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AusIBG schuldig erkannt und bestraft.

Dies erfolgte zu Unrecht:

Im vorliegenden Fall ist aufgrund der Aktenlage davon auszugehen, dass Frau P. S. lediglich an zwei Tagen (nämlich am 01.03.2016 und am 08.03.2016) im Privathaushalt des Bf als Kinderbetreuerin beschäftigt worden ist (die Entlohnung erfolgte mit Dienstleistungsscheck; 65,-- Euro bzw. 100,-- Euro). Hinweise darauf, dass die Ausländerin außer an diesen beiden Tagen im März 2016 noch an anderen Tagen vom Bf beschäftigt worden wäre, sind nicht hervorgekommen. Es haben sich auch keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass bis 08.03.2016 die Entgeltgrenze nach § 1 Abs. 4 DLSG 2006 bereits überschritten worden wäre.

Im vorliegenden Fall steht fest, dass die Ausländerin zur Aufnahme einer Beschäftigung eine Beschäftigungsbewilligung benötigt hätte (siehe § 1 Abs. 2 DLSG 2006). Es ist somit davon auszugehen, dass der Bf als Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis im Sinne des § 1 Abs. 1 DLSG 2006 mit der Ausländerin, die nicht gemäß § 1 Abs. 2 DLSG 2006 arbeitsberechtigt gewesen ist, eingegangen ist. Er hat also nach § 10 DLSG 2006 eine Verwaltungsübertretung begangen (eine solche wurde ihm im vorliegenden Fall aber nicht angelastet). Nach dem zweiten Satz des erwähnten § 10 DLSG 2006 ist der Arbeitgeber – bei erstmaliger Übertretung – unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid zu ermahnen und von einer Strafe abzusehen. Im letzten Satz des § 10 DLSG 2006 ist ausdrücklich festgehalten worden, dass § 28 AusIBG auf solche Verwaltungsübertretungen nicht anzuwenden ist.

In den Gesetzesmaterialien (siehe RV 856 BlgNR. XXII. GP) wird zu § 10 DLSG 2006 Folgendes ausgeführt:

„Gemäß § 28 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975, ist die Beschäftigung eines Ausländers ohne entsprechende Erlaubnis mit Geldstrafe von 1 000 bis 5 000 Euro und im Wiederholungsfall von 2 000 bis 10 000 Euro zu bestrafen. Trotz der Möglichkeit der außerordentlichen Milderung der Strafe gemäß § 20 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 (VStG), BGBl. Nr. 52/1991, wonach die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden kann, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen, ist eine derart hohe Strafdrohung für die mit Dienstleistungsscheck entlohnten geringfügigen Beschäftigungen im Haushalt nicht angemessen.

Die Sonderbestimmung orientiert sich an § 21 Abs. 1 VStG. Nach dieser Bestimmung kann die Behörde ohne weiteres Verfahren von der Verhängung einer Strafe absehen, wenn das Verschulden des Beschuldigten geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind. Sie kann den Beschuldigten jedoch gleichzeitig unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid ermahnen, sofern dies erforderlich ist, um den Beschuldigten von weiteren strafbaren Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Die sachliche Rechtfertigung für eine andere Ahndung der unerlaubten Beschäftigung von Ausländern im Rahmen des DLSG liegt darin, dass den Strafdrohungen des § 28 AuslBG der typisierte Unrechts- und Schuldgehalt einer unerlaubten Beschäftigung durch auf Gewinn gerichtete (gewerbliche) Unternehmen unter Berücksichtigung der daraus lukrierten Vorteile zu Grunde liegt, während für die Zielgruppe und die Zielsetzungen des DLSG, nämlich auch privaten Haushalten mit geringem Einkommen personennahe und nicht gewerbliche Dienstleistungen zu ermöglichen, andere Maßstäbe für den Unrechts- und Schuldgehalt anzulegen sind.“

Die zitierten Gesetzesmaterialien zeigen, dass der Gesetzgeber die unerlaubte Beschäftigung von Ausländern im Rahmen des DLSG 2006 anders ahnden wollte.

Dem Bf kann nach dem Gesagten somit keine Übertretung des § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG zur Last gelegt werden. Die Bestrafung des Bf war im Hinblick auf § 10 DLSG 2006 rechtswidrig. Es war daher der Beschwerde Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren spruchgemäß einzustellen.

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

Die ordentliche Revision war nicht zuzulassen, weil sich keine über die Bedeutung des Einzelfalls hinausgehenden Rechtsfragen stellten.

Belehrung

Gegen diese Entscheidung besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. 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.

Verwaltungsgericht Wien

Mag. Fritz
Richter