



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38640
Telefax: (43 01) 4000 99 38640
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-041/078/12241/2017-7
A. B.

Geschäftsabteilung: VGW-F

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Marcus Osterauer über die Beschwerde des Herrn A. B., vertreten durch Rechtsanwälte OG, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien vom 24. Juli 2017, Zahl: MBA ..., betreffend eine Verwaltungsübertretung nach dem AusIBG,

zu Recht e r k a n n t:

I. Der nur gegen die verhängte Strafe gerichteten Beschwerde wird insoweit Folge gegeben, als die über den Beschwerdeführer verhängte Geldstrafe von 2.400,00 Euro auf 2.000,00 Euro, der Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde von 240,00 Euro auf 200,00 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen und 6 Stunden auf 1 Tag und 21 Stunden herabgesetzt werden und die C. GmbH für die über den Beschwerdeführer verhängte herabgesetzte Geldstrafe von 2.000,00 Euro sowie für den herabgesetzten Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vor der belangten Behörde in Höhe von 200,00 Euro zur ungeteilten Hand haftet.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1. Bekämpftes Straferkenntnis:

Mit dem verfahrensgegenständlichen Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien (in Folge: Belangte Behörde) vom 24. Juli 2017, GZ: MBA ..., wurde über den Beschwerdeführer wegen der Übertretung von § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a iVm § 3 AuslBG gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a zweiter Strafsatz AuslBG eine Geldstrafe in der Höhe von 2.400,00 Euro, falls diese uneinbringlich ist, eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen und 6 Stunden verhängt, da er es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als gemäß § 9 Abs. 1 VStG 1991 zur Vertretung nach außen berufenes Organ der C. GmbH mit Sitz in Wien zu verantworten habe, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin entgegen § 3 AuslBG von 11. März 2017 bis 6. April 2017 in Wien, D.-straße den iranischen Staatsangehörigen E. F. beschäftigt hat, obwohl für diesen weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt, noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder dieser keine für diese Beschäftigung gültig „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“ besaß.

Zur Strafbemessung führte die belangte Behörde in der Begründung des Straferkenntnisses (auf das Wesentliche zusammengefasst) aus, dass weder der objektive Unrechtsgehalt der Tat noch das Verschulden als gering gewertet werden könnten. Der Beschwerdeführer sei bereits wegen Übertretung des AuslBG einschlägig vorbestraft, weshalb der zweite Strafsatz bei der Strafbemessung zur Anwendung gelange. Erschwerungs- und Milderungsgründe seien nicht hervorgekommen. Mangels Angaben durch den Beschwerdeführer sei die belangte Behörde von durchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen des Beschwerdeführers ausgegangen.

2. Beschwerde und Beschwerdeverfahren:

2.1. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Beschwerdeführer fristgerecht eine nur gegen die verhängte Strafe gerichtete Beschwerde an das Verwaltungsgericht Wien, in der er (auf das Wesentliche zusammengefasst) geltend macht, dass entgegen der Rechtsansicht der belangten Behörde nicht der zweite Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG zur Anwendung gelange. Ihm sei zwar auf Grund einer Übertretung des AuslBG eine Ermahnung erteilt worden. Eine Ermahnung sei jedoch keine Strafe. Richtigerweise sei daher der erste Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG anzuwenden. Weiters würden, was in der Beschwerde näher ausgeführt wird, die Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG vorliegen. Schließlich habe die belangte Behörde bei der Strafbemessung die nachträgliche Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung und den „äußerst kurzen“ Beschäftigungszeitraum ebenso mildernd berücksichtigen müssen wie den Umstand, dass wegen der verfahrensgegenständlichen Verwaltungsübertretung auch über den zweiten Geschäftsführer der C. GmbH eine Strafe verhängt worden sei.

2.2. Die belangte Behörde nahm von einer Beschwerdeentscheidung Abstand und legte die Beschwerde unter Anschluss des Verwaltungsaktes dem Verwaltungsgericht Wien zur Entscheidung vor.

2.3. Das Verwaltungsgericht Wien machte gemäß § 10 VwGVG der Abgabenbehörde Mitteilung von der Beschwerde. Mit Eingabe vom 22. September 2017 teilte die Abgabenbehörde mit, dass einer Herabsetzung auf die Mindeststrafe von 1.000,00 Euro zugestimmt werde.

2.4. Am 7. August 2018 fand vor dem Verwaltungsgericht Wien, sowie in dem zur gemeinsamen Verhandlung verbundenen Verfahren gegen den zweiten Geschäftsführer der C. GmbH, G. H., eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, in der G. H. einvernommen wurde.

3. Sachverhaltsfeststellungen und Beweiswürdigung:

3.1. Folgender Sachverhalt wird festgestellt:

Der Beschwerdeführer ist – ebenso wie G. H. – selbständig vertretungsbefugter Geschäftsführer der zu FN ... des Firmenbuches beim Handelsgericht Wien protokollierten C. GmbH (Firmenbuchauszug). Die C. GmbH ist im Gastronomiebereich tätig und beschäftigt zwischen 55 und 75 Mitarbeiter, wobei beide Geschäftsführer für Personalangelegenheiten zuständig sind und sich die Dienstnehmerin I. J. um Personalangelegenheiten kümmert (Aussage von G. H.). Die C. GmbH beschäftigte von 11. März 2017 bis 6. April 2017 den iranischen Staatsangehörigen E. F. im Ausmaß von 20 Wochenstunden als Abwäscher, ohne dass dieser über die für eine Beschäftigung in Österreich erforderlichen arbeitsmarktrechtlichen Dokumente und Bewilligungen verfügte (Aussage von G. H.; unstrittig). Die C. GmbH meldete E. F. vor Arbeitsantritt bei der WGKK zur Sozialversicherung an (Anmeldung; Versicherungsdatenauszug). Da die C. GmbH zum Zeitpunkt der Beschäftigung von F. bereits eine iranische Staatsangehörige beschäftigte, in deren Reisepass ein Vermerk über ihren Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt angebracht war, gingen die Geschäftsführer der C. GmbH davon aus, dass auch F. in Österreich beschäftigt werden darf (Aussage von G. H.).

Nach Beginn der Beschäftigung wandte sich F. mit einem von der C. GmbH auszufüllenden Antrag auf Beschäftigungsbewilligung an die C. GmbH. Dieser wurde durch I. J. für die C. GmbH am 17. März 2017 unterfertigt und am 27. März 2017 beim AMS eingebracht (vom Beschwerdeführer im Verfahren vor der belangten Behörde vorgelegter Antrag, Beilage ./1). Mit Bescheid des AMS vom 19. April 2017 wurde der C. GmbH eine Beschäftigungsbewilligung für E. F. als Abwäscher für den Zeitraum 21. April 2017 bis 20. April 2018 erteilt (Bescheid vom 19. April 2017). Das Beschäftigungsverhältnis zwischen der C. GmbH und E. F. wurde am 6. April 2017 auf Betreiben der C. GmbH aufgelöst (Aussage von G. H.; Versicherungsdatenauszug).

Die C. GmbH nahm den gegenständlichen Fall zum Anlass für die Aufnahme neuer Mitarbeiter eine Checkliste zu erstellen, in der die benötigten Unterlagen

und Dokumente aufgelistet sind. Die Unterlagen werden von der zuständigen Mitarbeiterin entgegengenommen und an die Lohnverrechnung (in K.) übermittelt. Auch die Lohnverrechnung prüft, ob alle erforderlichen Dokumente vorhanden sind. Nur dann, wenn sowohl die Mitarbeiterin als auch die Lohnverrechnung zu dem Schluss kommen, dass sämtliche für eine Beschäftigung erforderlichen Dokumente vorhanden sind, wird der betreffende Mitarbeiter angestellt und tritt die Arbeit an (Aussage von G. H.).

Der Beschwerdeführer wies (zum Stichtag 6. April 2017) – außer einer rechtskräftigen Ermahnung gemäß § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG wegen unberechtigter Beschäftigung eines Ausländers gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AusIBG – keine verwaltungsstrafrechtlichen Vormerkungen auf (Datenbankauszug; unstrittig). Der Beschwerdeführer ist für drei Kinder sorgepflichtig (Angaben von G. H.).

3.2. Beweiswürdigung:

Die Sachverhaltsfeststellungen ergeben sich aus den jeweils in Klammer angeführten Beweismitteln. Nicht festgestellt werden konnte, wie von G. H. in seiner Aussage vor dem erkennenden Gericht angegeben, dass die C. GmbH, nachdem F. sich mit dem Antrag auf Beschäftigungsbewilligung an die C. GmbH gewendet hatte, das AMS angerufen und den Sachverhalt erklärt und das AMS mitgeteilt hat, dass die C. GmbH derzeit nicht unternehmen müsse und dass vielleicht rückwirkend eine Beschäftigungsbewilligung erteilt werden könne. Dies erscheint schon deshalb ausgeschlossen, da die C. GmbH ja tatsächlich eine Beschäftigungsbewilligung für F. beantragt und somit – entgegen der angeblichen Auskunft durch das AMS – etwas „unternommen“ hat. Auch im Hinblick auf die Bestimmung des § 4 Abs. 1 Z 4 AusIBG, nach der Voraussetzung für die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung ist, dass die Beschäftigung, soweit im AusIBG nicht anderes bestimmt ist, noch nicht begonnen hat und den Umstand, dass Indizien für das Vorliegen von Umständen, die die Erteilung der Beschäftigungsbewilligung trotz bereits begonnener Beschäftigung (etwa nach § 20b AusIBG) ermöglichen würden, nicht vorliegen, erscheint es äußerst unwahrscheinlich, dass das AMS der C. GmbH tatsächlich mitgeteilt hat, dass die C. GmbH „derzeit nicht unternehmen müsse“. Vielmehr ist davon auszugehen,

dass die C. GmbH das Dienstverhältnis zu F. auf Grund einer - auch in vergleichbaren Fällen regelmäßig erfolgenden - Verständigung durch das AMS, dass der Beginn des Dienstverhältnisses mit F. der Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung entgegensteht, aufgelöst hat.

4. Rechtliche Beurteilung:

4.1. Da sich die vorliegende Beschwerde ausschließlich gegen die verhängte Strafe richtet, ist der Schuldspruch des Straferkenntnisses bereits in Rechtskraft erwachsen. Dem Verwaltungsgericht Wien obliegt somit lediglich die Überprüfung der Strafbemessung und der Vorschreibung des Verfahrenskostenbeitrags, wobei es von dem von der belangten Behörde im bekämpften Straferkenntnis zur Schuldfrage festgestellten Sachverhalt auszugehen hat (VwGH 22. Februar 1990, 89/09/0137).

4.2. 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 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.

Eine Einstellung des Strafverfahrens gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG oder die Erteilung einer Ermahnung kommen im gegenständlichen Fall jedoch nicht in Betracht. Die Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG setzt nämlich voraus, dass die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes gering ist (VwGH 20. November 2015, Ra 2015/02/0167). Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist Schutzzweck des AusIBG einerseits inländische Arbeitssuchende vor einem ungehemmten, wettbewerbsverzerrenden Einströmen ausländischer Arbeitskräfte zu schützen, zum anderen den Interessen der heimischen Wirtschaft dadurch Rechnung zu tragen, dass unter Vorgabe von Kontingentierungen und staatlichen Kontrollen eine Deckung des Arbeitskräftebedarfs, insbesondere in jenen Branchen, in welchen

erfahrungsgemäß inländische Arbeitskräfte schwer zu vermitteln sind, sichergestellt wird (VwGH 21. Dezember 2009, 2008/09/0055 zu § 21 VStG in der Fassung vor dem Bundesgesetz BGBl. I 2013/33 mwN; zur Heranziehung der Rechtsprechung zu § 21 VStG (alt) zur Lösung von Rechtsfragen im Zusammenhang von § 45 Abs. 1 Z 4 VStG vgl. VwGH 5. Mai 2014, Ro 2014/03/0052). Als nachteilige Folgen illegaler Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften ist daher auch die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung anzusehen (VwGH 25. Februar 2010, 2008/09/0224, ebenfalls zu § 21 VStG alt). Es kann daher keinesfalls davon gesprochen werden, dass die Bedeutung der durch das AuslBG strafrechtlich geschützten Rechtsgüter gering ist. Diese Wertigkeit der durch die verletzte Norm geschützten Rechtsgüter findet ihren Ausdruck auch in der Höhe des gesetzlichen Strafrahmens, der für eine entsprechende Zuwiderhandlung einen Strafrahmen von zumindest 1.000,00 Euro bis 10.000,00 Euro vorsieht. Die Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG kommt daher im gegenständlichen Fall schon auf Grund der Bedeutung der durch das Ausländerbeschäftigungsgesetz geschützten Rechtsgüter nicht in Betracht (vgl. dazu nochmals VwGH 20. November 2015, Ra 2015/02/0167).

4.3. Gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG reicht der Strafrahmen für die unberechtigte Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer von 1.000,00 Euro bis 10.000,00 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2.000,00 Euro bis 20.000,00 Euro.

Zu prüfen ist daher zunächst, ob auf Grund der gegenüber dem Beschwerdeführer wegen der unberechtigten Beschäftigung eines Ausländers gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG bereits ausgesprochenen Ermahnung, die dem Beschwerdeführer zur Last liegende gegenständliche unberechtigte Beschäftigung eine „Wiederholung“ im Sinne des § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG darstellt und daher - wie von der belangten Behörde angenommen - § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a zweiter Strafsatz AuslBG Anwendung findet.

Den Gesetzesmaterialien zu § 21 Abs. 1 VStG in der Fassung vor dem BGBl. I 2013/22 (AB 513 BlgNr 12. GP) lässt sich zu dieser Frage Folgendes entnehmen:

„Nach der geltenden Fassung des § 21 kann die Behörde unter bestimmten Voraussetzungen eine Verwarnung erteilen; diese Verwarnung ist nach der derzeit geltenden Rechtslage eine Strafe. Durch die Neuregelung soll die Behörde die Möglichkeit erhalten, in jenen Fällen, in denen das Verschulden geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind, überhaupt von der Verhängung jeglicher Strafe abzusehen. Sie kann jedoch, wenn sie es aus spezialpräventiven Gründen für erforderlich erachtet, eine Ermahnung aussprechen. Da eine solche Ermahnung die Persönlichkeitssphäre des Betroffenen berühren kann und vor allem von der Behörde im Wiederholungsfall berücksichtigt werden wird, soll sie in Bescheidform ergehen, damit dem einzelnen der volle Rechtsschutz gewahrt bleibt. Sie ist jedoch nicht als Verwaltungsstrafe anzusehen [...].“

Auch nach der (zu § 21 VStG ergangenen) Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist eine bescheidmäßige Ermahnung des Beschuldigten nur für jene Fälle vorgesehen, in welchen an sich die Voraussetzungen für die Verhängung einer Strafe gegeben sind. Ein derartiger Bescheid hat daher einen Schuldspruch und den Ausspruch der Ermahnung zu enthalten (vgl. VwGH 23. Februar 1994, 93/09/0383 mwN). Auch nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes stellt eine Ermahnung keine Strafe dar (VwGH 19. Mai 1993, 92/09/0381 [zu § 21 VStG]).

Der Gesetzeswortlaut des § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG stellt für die Anwendung des zweiten Strafsatzes nur auf die Wiederholung der Verwaltungsübertretung ab. Da eine Ermahnung wegen einer Übertretung gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG einen Schuldspruch und somit eine Verwaltungsübertretung voraussetzt, liegt bei einer neuerlichen Verwaltungsübertretung gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG schon nach dem klaren Gesetzeswortlaut eine „Wiederholung“ im Sinne des § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG vor. Auch die Gesetzesmaterialien zu § 21 aF VStG gehen davon aus, dass eine Ermahnung von der Behörde „im Wiederholungsfall“ berücksichtigt werden wird. Bei einem „Wiederholungsfall“ im Sinne der Gesetzesmaterialien kann es sich allerdings nur um eine neuerliche Übertretung der Verwaltungsvorschrift handeln, wegen deren Übertretung eine Ermahnung bereits erteilt worden ist. Schon der klare Gesetzeswortlaut spricht daher dafür, dass bei Vorliegen einer Ermahnung § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a zweiter Strafsatz AuslBG Anwendung findet.

Der Beschwerdeführer verweist in diesem Zusammenhang auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 23. April 1992, 91/09/0199), nach der von

einer „Wiederholung“ im Sinne des § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a zweiter Strafsatz AuslBG nur dann gesprochen werden kann, wenn zumindest eine einschlägige Vorstrafe [Hervorhebung durch das Verwaltungsgericht] nach dem AuslBG vorliegt. Da eine Ermahnung nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG jedoch keine Strafe darstelle, würden die Voraussetzungen für die Anwendung des zweiten Strafsatzes des § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG nicht vorliegen. Der Beschwerdeführer übersieht dabei jedoch, dass dem Beschuldigten in dem der angeführten Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes zugrundeliegende Fall vorhergehend keine Ermahnung erteilt worden war und daher die Frage des auf Grund einer vorangegangenen Ermahnung anzuwendenden Strafsatzes überhaupt nicht verfahrensgegenständlich war. Vielmehr wies der Beschuldigte im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof weder eine einschlägige Vorstrafe noch eine einschlägige Ermahnung auf. Aus dem angeführten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes lässt sich daher nicht ableiten, dass auch bei Vorliegen einer Ermahnung § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a erster Strafsatz AuslBG Anwendung findet.

Zusammengefasst findet daher im gegenständlichen Fall § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a zweiter Strafsatz AuslBG Anwendung.

4.4. Gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a zweiter Strafsatz AuslBG reicht der Strafrahmen für die unberechtigte Beschäftigung eines Ausländers von 2.000,00 Euro bis 20.000,00 Euro.

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. Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) 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 Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Überwiegen die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich so kann die Mindeststrafe gemäß § 20 VStG bis zur Hälfte unterschritten werden. Als Milderungs- bzw. Erschwerungsgründe nach § 20 VStG sind jene Erschwerungs- und Milderungsgründe zu verstehen, die § 19 Abs. 2 VStG regelt, das sind die unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafverfahrens sinngemäß anzuwendenden §§ 32 bis 35 StGB (vgl. Lewisch/Fister/Weilguni, VStG (2013) § 20 Rz 4).

Die Bedeutung des durch das Ausländerbeschäftigungsgesetzes strafrechtlich geschützten Rechtsgutes ist erheblich. Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sind die Folgen von Übertretungen des § 28 Abs. 1 Z 1 lit a AuslBG nicht unbedeutend, weil es Schutzzweck des Ausländerbeschäftigungsgesetzes ist, einerseits inländische Arbeitsuchende vor einem ungehemmten, wettbewerbsverzerrenden Einströmen ausländischer Arbeitskräfte zu schützen, zum anderen den Interessen der heimischen Wirtschaft dadurch Rechnung zu tragen, dass unter Vorgabe von Kontingentierungen und staatlichen Kontrollen eine Deckung des Arbeitskräftebedarfs, insbesondere in jenen Branchen, in welchen erfahrungsgemäß inländische Arbeitskräfte schwer zu vermitteln sind, sichergestellt wird (VwGH 21. Dezember 2009, 2008/09/0055). Als nachteilige Folgen illegaler Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften ist daher auch die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung anzusehen (VwGH 25. Februar 2010, 2008/09/0224). Die Intensität der Beeinträchtigung des geschützten Rechtsgutes ist im gegenständlichen Fall dagegen gering, da der C. GmbH in weiterer Folge eine Beschäftigungsbewilligung für die Beschäftigung von E. F. erteilt wurde und davon auszugehen ist, dass diese auch für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum erteilt worden wäre.

Hinsichtlich des Ausmaßes des Verschuldens des Beschwerdeführers ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer – trotz bereits erfolgter Ermahnung wegen der unberechtigten Beschäftigung eines Ausländers - offensichtlich keine Erkundigungen über den Arbeitsmarktzugang von F. eingeholt hat. Vielmehr hat er sich darauf verlassen, dass F. – wie bereits eine andere Mitarbeiterin mit iranischer Staatsangehörigkeit – Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt hat.

Zu berücksichtigen ist auch, dass das Dienstverhältnis mit F. auch nach Ausfüllen des Antrags auf Beschäftigungsbewilligung am 17. März 2017 noch bis 6. April 2017 aufrecht erhalten wurde, obwohl spätestens ab dem Zeitpunkt der Beantragung der Beschäftigungsbewilligung dem Beschwerdeführer die Unrechtmäßigkeit der Beschäftigung von F. klar hätte sein müssen. Es ist daher von einem zumindest durchschnittlichen Verschulden auszugehen.

Mildernd ist die sozialversicherungsrechtliche Anmeldung des Ausländers zu berücksichtigen (VwGH 26. September 1991, 91/09/0068).

Keinen Milderungsgrund stellt der Umstand dar, dass auch gegen den zweiten Geschäftsführer G. H. wegen der gegenständlichen Verwaltungsübertretung bestraft wurde (VwGH 4. Juli 2001, 2001/17/0035). Bei einer Beschäftigungsdauer von beinahe einem Monat kann auch von einem „kurzen“ Beschäftigungszeitraum keine Rede sein.

Soweit ersichtlich liegt Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage, ob eine Ermahnung der Annahme des Milderungsgrundes der absoluten verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit entgegensteht, nicht vor (vgl. Sander in N. Raschauer/Wesely, Kommentar zum Verwaltungsstrafgesetz, Rz 18 zu § 21). Da jedoch eine Ermahnung gemäß § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG eine schuldhafte Verwaltungsübertretung zur Voraussetzung hat, kann bei Vorliegen einer Ermahnung nach Ansicht des erkennenden Gerichtes nicht mehr von einer absoluten verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit die Rede sein.

Der einzige Milderungsgrund der sozialversicherungsrechtlichen Anmeldung überwiegt die (nicht vorhandenen Erschwerungsgründe) ihrem Gewicht nach nicht so beträchtlich, dass § 20 VStG Anwendung finden könnte. Eine Unterschreitung der Mindeststrafe gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a zweiter Strafsatz AuslBG in Höhe von 2.000,00 Euro ist daher im gegenständlichen Fall nicht möglich.

Die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers sind als durchschnittlich anzusehen, zumal der Beschwerdeführer der Annahme durchschnittlicher

wirtschaftlicher Verhältnisse durch die belangte Behörde nicht entgegengetreten ist.

Bei einem Strafraumen von 2.000,00 Euro bis 20.000,00 Euro gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a zweiter Strafsatz AuslBG erweist sich vor allem unter Berücksichtigung der von der belangten Behörde bei der Strafbemessung nicht berücksichtigten sozialversicherungsrechtlichen Anmeldung des Arbeitnehmers und der nachträglich erteilten Beschäftigungsbewilligung die Verhängung einer Geldstrafe in Höhe von 2.400,00 Euro auch unter Berücksichtigung, dass der Beschwerdeführer den gegenständlichen Vorfall zum Anlass genommen hat, ein effizienteres Kontrollsystem zur Vermeidung weiterer Verwaltungsübertretungen einzurichten, als unverhältnismäßig. Vielmehr erscheint die Verhängung einer Geldstrafe in Höhe der Mindeststrafe, sohin in der Höhe von 2.000,00, Euro als schuld- und tatangemessen und auch in spezialpräventiver Hinsicht als ausreichend um den Beschwerdeführer von weiteren Verwaltungsübertretungen abzuhalten.

4.5. Spruchgemäß war daher die über den Beschwerdeführer verhängte Geldstrafe von 2.400,00 Euro auf 2.000,00 Euro zu reduzieren, sowie der vom Beschwerdeführer gemäß § 64 Abs. 2 VStG zu leistende Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vor der belangten Behörde von 240,00 Euro auf 200,00 Euro, das sind 10% der verhängten Geldstrafe, herabzusetzen. Dementsprechend war auch die Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen und 6 Stunden auf 1 Tag und 21 Stunden herabzusetzen. Gemäß § 9 Abs. 7 VStG war schließlich auszusprechen, dass die C. GmbH für die über den Beschwerdeführer verhängte herabgesetzte Strafe und den herabgesetzten Verfahrenskostenbeitrag zur ungeteilten Hand haftet.

4.6. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG waren dem Beschwerdeführer keine Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen.

Zum Ausspruch über die Zulässigkeit der ordentlichen Revision

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Im vorliegenden Fall war auszusprechen, dass die ordentliche Revision zulässig ist, da eine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Soweit ersichtlich liegt nämlich keine Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage vor, ob für den Fall, dass dem Beschuldigten wegen der unberechtigten Beschäftigung eines Ausländers gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG bereits eine Ermahnung gemäß § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG erteilt worden ist, im Fall einer neuerlichen unberechtigten Beschäftigung eines Ausländers gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG der erste oder der zweite Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG Anwendung findet. Weiters liegt soweit ersichtlich keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage vor, ob eine Ermahnung im Sinne des § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG der Annahme des Milderungsgrundes der absoluten Unbescholtenheit entgegensteht

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis kann innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde bzw. Revision ist durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin einzubringen. Die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem einzubringen. Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof kann Verfahrenshilfe beantragt werden. Verfahrenshilfe ist einer Partei so weit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen als sie 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. Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof binnen sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des gegenständlichen Erkenntnisses unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Der Antrag auf Verfahrenshilfe für das ordentliche Revisionsverfahren ist ebenfalls binnen sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des gegenständlichen Erkenntnisses beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen.

Auf die Revision an den Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof kann verzichtet werden. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht Wien und bei einem Verzicht auf die Beschwerde dem Verfassungsgerichtshof jeweils schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde durch die verzichtende Partei 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.

Hinweis gemäß § 28b Abs. 4 AusIBG

Mit der rechtskräftigen Bestrafung ist die Eintragung des Beschuldigten und jenes Unternehmens, dem die Bestrafung zuzurechnen ist, in die zentrale Evidenz

verwaltungsbehördlicher Strafverfahren gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 leg. cit.
verbunden.

Verwaltungsgericht Wien
Wien, am 12. November 2018

Mag. Marcus Osterauer
(Richter)