



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38640
Telefax: (+43 1) 4000 99 38640
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-041/078/8771/2020-23
A. B.

Geschäftsabteilung: VGW-F

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Marcus Osterauer über die Beschwerde der Frau A. B., vertreten durch Rechtsanwältin, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien vom 28. Mai 2020, Zl. ..., betreffend eine Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG),

zu Recht e r k a n n t:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben als die über die Beschwerdeführerin verhängte Geldstrafe von 1.900,00 Euro unter Anwendung des § 20 VStG auf 500,00 Euro und die für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe verhängte Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen auf 16 Stunden und 48 Minuten sowie der von der Beschwerdeführerin für das Verfahren erster Instanz zu leistende Kostenbeitrag von 190,00 Euro auf 50,00 Euro herabgesetzt werden und die „C.“ GmbH gemäß § 9 Abs. 7 VStG für die herabgesetzte Geldstrafe von 500,00 Euro und den herabgesetzten Kostenbeitrag von 50,00 Euro zur ungeteilten Hand mit der Beschwerdeführerin haftet. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass im Spruch des bekämpften Straferkenntnisses die Wortfolge „*als unbeschränkt haftende Gesellschafterin*“ durch die Wortfolge „*als handelsrechtliche Geschäftsführerin*“ ersetzt wird und bei der Zitierung der

verletzten Verwaltungsvorschrift der Ausdruck „*idgF*“ durch die Wortfolge „*in der Fassung BGBl. I Nr. 64/2017*“ ersetzt wird

II. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat die Beschwerdeführerin keinen Beitrag zu den Kosten des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens zu leisten.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1. Bekämpftes Straferkenntnis:

1.1. Das gegen die Beschwerdeführerin als Beschuldigte ergangene Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien (in Folge: belangte Behörde) vom 28. Mai 2020, GZ ..., enthält nachstehenden Spruch:

„Datum: 01.10.2018 – 21.12.2018
 Ort: Wien, D.-Straße
 Funktion: handelsrechtliche Geschäftsführerin
 Firma „C.“ GmbH mit Sitz in Wien, D.-Straße

Sie haben als unbeschränkt haftende Gesellschafterin und somit als gemäß § 9 Abs. 1 VStG 1991 zur Vertretung nach außen berufendes Organ der „C.“ GmbH - berechtigt zur Ausübung des Gewerbes „Gastgewerbe in der Betriebsart Bar“ – mit Sitz in Wien, D.-Straße zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Dienstgeberin nachstehenden ausländischen Staatsbürger beschäftigt hat, für diesen dem angeführten Arbeitgeber weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurden und dieser Ausländer weder eine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot – Karte“, eine „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 eine „Niederlassungsbewilligung – Künstler“, oder eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, eine „Aufenthaltsberechtigung plus“, einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder einen „Daueraufenthalt – EU“ besitzt.

Eine Bewilligung für nachangeführte Arbeitnehmerin lag von 13.12.2017 bis 12.12.2018 vor, verlor jedoch mit Beschäftigungsende am 31.07.2018 ihre Gültigkeit. Es wurde somit nachangeführte Arbeitnehmerin ohne Bewilligung beschäftigt:

Frau E. F., geb. 1996
 Staatsangehörigkeit: Bosnien
 Beschäftigungszeitraum: 01.10.2018-21.12.2018

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:

§ 28 Abs 1 Z 1 lit a iVm § 3 Abs 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975 idgF

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

| | | |
|-------------------|---|--|
| Geldstrafe von | falls diese uneinbringlich ist Ersatzfreiheitsstrafe von | Freiheitsstrafe Gemäß |
| € 1.900,00 | 2 Tagen | § 28 Abs 1 Z 1 erster Strafsatz Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) BGBl. Nr. 218/1975 idgF |

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

€ 190,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe
 Jedoch mindestens € 10 für jedes Delikt

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

€ 2.090,00.

Die „C.“ GmbH. haftet für die mit diesem Bescheid über die zur Vertretung nach außen Berufene, Frau A. B. verhängte Geldstrafe von € 1.900,00 und die Verfahrenskosten in der Höhe von € 190,00 sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gemäß § 9 Abs. 7 VStG zur ungeteilten Hand.“

In der Begründung dieses Straferkenntnisses führte die belangte Behörde insbesondere Folgendes aus:

“[...]

Die Ihnen zur Last gelegte und im Spruch näher ausgeführte Verwaltungsübertretung gelangte der erkennenden Behörde durch eine Anzeige des Arbeitsmarktservice Wien ... zur Kenntnis.

Sie sind als handelsrechtliche Geschäftsführerin gemäß § 9 Abs. 1 VStG für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch die im Spruch genannte Gesellschaft verantwortlich.

In Ihrer Rechtfertigung vom 13.12.2019 haben Sie die Begehung der Ihnen angelasteten Übertretung bestritten und Folgendes vorgebracht:

Frau F. wurde im Zeitraum von 02.01 2018 bis 31.7.2018 durch Sie erstmalig beschäftigt und verfügte in diesem Zeitraum über eine gültige Beschäftigungsbewilligung iSd Ausländerbeschäftigungsgesetzes. Die Gültigkeit der Bewilligung erstreckte sich über den Zeitraum vom 13.12.2017 bis zum 12.12.2018.

Sie brachten vor, dass aufgrund persönliche Umstände von Frau F. eine Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses, verbunden mit der Abmeldung zur Sozialversicherung, unabdingbar wurde und diese schließlich mit 31.07.2018 erfolgte.

Eine neuerliche Beschäftigung, verbunden mit der Anmeldung zur Sozialversicherung für den Zeitraum 01.10.2018 - 21.12.2018 erfolgte, nachdem sich die persönlichen Umstände von Frau F. neuerlich veränderten.

Sie befanden sich im Glauben, dass jene Beschäftigungsbewilligung, welche den oben genannten Beschäftigungszeitraum aufwies (13.12.2017 bis 12.12.2018), weiter Bestand und Gültigkeit hätte und somit eine Anmeldung zur Sozialversicherung im Rahmen des (neuerlichen) Beschäftigungsverhältnisses, begonnen zumindest mit dem 01.10.2018, den gesetzlichen Vorschriften genüge getan hätte.

Dem ist Folgendes entgegenzuhalten:

Die Anmeldung zur Sozialversicherung für oben angegebenen Zeitraum ist wesentlicher Bestandteil der normkonformen Vorgehensweise bei Eingehung eines Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Verhältnisses. Für Drittstaatsangehörige sind darüber hinaus weitere Voraussetzungen zu erfüllen bzw. ist gesetzlichen Erfordernissen zu entsprechen, welche im Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) ihre rechtliche Grundlage finden und folglich auch relevante (Unrechts-) Tatbestände erfassen, die ein (rechtswidriges) Verhalten normieren.

Das Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) sieht, die Bestimmungen der Geltungsdauer einer Beschäftigungsbewilligung betreffend, unterschiedliche Formen der Befristung vor. Gemäß § 7 Abs. 6 Z 1 erlischt die Beschäftigungsbewilligung mit der Beendigung der Beschäftigung des Ausländers. Eine Verlängerung wäre in gegenständlicher Causa iSd § 7 Abs. 7 nur insofern möglich gewesen, wenn ein Antrag auf Verlängerung einer Beschäftigungsbewilligung vor Ablauf der Beschäftigungsbewilligung eingebracht wird um Gültigkeit zu entfalten (diese gelte dann bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag als verlängert).

Ein Antrag auf Verlängerung wurde jedoch nicht vor dem Beschäftigungszeitraum (01.10.2018-21.12.2018) bzw. vor der Anmeldung zur Sozialversicherung gestellt. Die erstmalig bestehende Beschäftigungsbewilligung (für den Zeitraum 13.12.2017 bis 12.12.2018) verlor schließlich mit dem Tag der Abmeldung (31.07.2018) ihre Gültigkeit.

Die Ihnen zur Last gelegte Übertretung ist somit in objektiver Hinsicht als erwiesen anzusehen.

Bei der vorliegenden Verwaltungsübertretung handelt es sich um ein so genanntes Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG. Gemäß dieser Bestimmung genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts 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 die Täterin nicht

glaubhaft macht, dass sie an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Ein derartiges Vorbringen, das geeignet gewesen wäre, Ihr mangelndes Verschulden glaubhaft zu machen, haben Sie aber nicht erstattet. Demnach sind auch die subjektiven Voraussetzungen für die Strafbarkeit zweifelsfrei erwiesen.

Zur Bemessung der Strafhöhe:

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG ist die 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 überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 StGB sinngemäß anzuwenden. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfälligen Sorgepflichten der Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Der objektive Unrechtsgehalt der Tat und das Verschulden sind im vorliegenden Fall durchschnittlich.

Erschwerungs- und Milderungsgründe sind nicht hervorgekommen.

Hinsichtlich Ihrer Vermögens- und Einkommensverhältnisse und allfälligen Sorgepflichten wurden Ihre Angaben in der Rechtfertigung herangezogen. Die erkennende Behörde ging von ungünstigen Einkommens- und Vermögensverhältnissen und allfälligen Sorgepflichten aus.

Unter Berücksichtigung aller Strafzumessungsgründe ist die verhängte Strafe nicht zu hoch bemessen.

Der Kostenausspruch und der Ausspruch über die Haftung stützen sich auf die im Spruch angeführten zwingenden Bestimmungen des Gesetzes.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.“

2. Beschwerde und Beschwerdeverfahren:

2.1. Gegen dieses Straferkenntnis erhob die rechtsanwaltlich vertretene Beschwerdeführerin fristgerecht Beschwerde an das Verwaltungsgericht Wien, in der sie auf das Wesentlichste zusammengefasst ausführt, dass sie sich immer rechtskonform verhalten habe wollen, was sich an der Anmeldung der Dienstnehmerin zur Sozialversicherung und der Beantragung einer Verlängerung der Beschäftigungsbewilligung gezeigt habe. Das Dienstverhältnis sei unverzüglich

beendet worden, als sie vom AMS verständigt worden sei, dass der bereits erfolgte Arbeitsantritt einer Erteilung der Beschäftigungsbewilligung entgegenstehe und sei erst nach Erteilung der Beschäftigungsbewilligung fortgesetzt worden. Weiters sei das Dienstverhältnis auf Bitten der Dienstnehmerin nur kurzfristig ausgesetzt und nicht unterbrochen worden. Aber sogar wenn man von einer Unterbrechung und nicht von einer Aussetzung des Beschäftigungsverhältnisses ausgehe, habe sich die Beschwerdeführerin in einem schuldausschließenden Rechtsirrtum befunden, da sie zum Zeitpunkt der Weiterbeschäftigung von einer nach wie vor aufrechten Beschäftigungsbewilligung ausgegangen sei, zumal sie auch der Steuerberater im Rahmen der sozialversicherungsrechtlichen Anmeldung nicht auf diesen Irrtum hingewiesen habe. Wenn man aber von einem vorwerfbaren Rechtsirrtum ausgehe, wäre dieser Umstand ebenso wie ihre Unbescholtenheit bei der Strafbemessung von der belangten Behörde mildernd zu berücksichtigen gewesen. Zu berücksichtigen sei auch, dass die Verwaltungsübertretung keine nachteiligen Folgen nach sich gezogen habe, da eine neuerliche Beschäftigungsbewilligung erteilt worden sei. Schließlich würden auf Grund des geringen Verschuldens und der unbedeutenden Folgen der Tat die Voraussetzungen für eine Einstellung des Verfahrens gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG bzw. für eine Ermahnung im Sinne des § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG vorliegen.

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

2.3.1. Das Verwaltungsgericht Wien machte gemäß § 10 VwGGV der Abgabenbehörde Mitteilung von der Beschwerde.

2.3.2. In ihrer Stellungnahme beantragte die Abgabenbehörde die Abweisung der Beschwerde und führte auf das Wesentlichste zusammengefasst aus, dass der Beschwerdeführerin der von ihr geltend gemachte Rechtsirrtum vorwerfbar sei und die Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG nicht vorliegen würden.

2.4. Vor dem Verwaltungsgericht Wien fand 15. Februar 2021 zusammen mit dem zur gemeinsamen Verhandlung verbundenen Verfahren zur GZ VWG-041/078/8773/2020 eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, in der die Zeugen E. F., G. H. und J. K. einvernommen wurden. Der Beschwerdeführerin

wurde aufgetragen binnen 14 Tagen die Gehaltsabrechnung für E. F. betreffend den Juli 2018 vorzulegen. Bis dato ist die Gehaltsabrechnung nicht vorgelegt worden.

3. Sachverhalt und Beweiswürdigung:

3.1. Folgender Sachverhalt wird festgestellt:

Die Beschwerdeführerin ist handelsrechtliche Geschäftsführerin der „C.“ GmbH, die an der Geschäftsanschrift Wien, D.-Straße ein Cafe betreibt. Gewerberechtlicher Geschäftsführer war im verfahrensrelevanten Zeitraum J. K. (unstrittig)

Die „C.“ GmbH beschäftigte von 2. Jänner 2018 bis 31. Juli 2018, von 1. Oktober 2018 bis 21. Dezember 2018 und wieder ab 1. Jänner 2019 die bosnische Staatsangehörige E. F. als geringfügig beschäftigte Kellnerin mit einem Beschäftigungsausmaß von 10 Wochenstunden (Versicherungsdatenauszug, Ausdrucke aus dem elektronischen Datensammelsystem der Sozialversicherungsträger, unstrittig). Während ihrer Tätigkeit für die „C.“ GmbH war E. F. immer in der Sozialversicherung angemeldet (Versicherungsdatenauszug, unstrittig).

Mit Bescheid vom 12. Dezember 2017 erteilte das AMS der „C.“ GmbH eine Beschäftigungsbewilligung für E. F. für den Zeitraum 13. Dezember 2017 bis 12. Dezember 2018 für eine Tätigkeit als Kellnerin (ABB Vollanzeige Beilage ./2). In den Bewilligungsbescheiden des AMS wird regelmäßig darauf hingewiesen, dass die Beschäftigungsbewilligung mit Beendigung der bewilligten Beschäftigung erlischt.

Nach dem Tod ihres Vaters im Dezember 2017 wollte E. F. im Sommer 2018 mehr Zeit mit ihrer Mutter in Bosnien verbringen. Sie teilte daher J. K. und G. H. - ihren Ansprechpartnern im Betrieb der „C.“ GmbH - mit, dass sie für drei Monate wegmüsse und in etwa drei Monaten wiederkommen werde, wobei es sich bei den drei Monaten um keinen fixen Zeitraum handelte. Es wurde vereinbart, dass E. F. wieder bei der „C.“ GmbH arbeiten kann, wenn sie aus Bosnien zurückkehrt. Es wurde daraufhin das Dienstverhältnis zwischen der „C.“ GmbH und E. F.

einvernehmlich aufgelöst. Die „C.“ GmbH meldete E. F. auch von der Sozialversicherung ab, wobei in der Abmeldung der 31. Juli 2018 nicht nur als *„Ende Entgeltanspruch“* sondern auch als *„Ende Beschäftigung“* angegeben wurde. Weiters wurde als Abmeldegrund *„Einvernehmliche Auflösung“* angegeben (Aussagen der Zeugen F., K. und H.; Versicherungsdatenauszug; Meldung an die Sozialversicherung)

Nach ihrer Rückkehr nach Österreich rief E. F. bei der „C.“ GmbH an und ihr wurde mitgeteilt, dass sie gleich wieder zu arbeiten beginnen könne. E. F. begann daraufhin wieder im Betrieb der „C.“ GmbH als Kellnerin zu arbeiten, ohne dass um eine neue Beschäftigungsbewilligung angesucht wurde (Aussage der Zeugin F.; unstrittig). Die „C.“ GmbH meldete E. F. wieder zur Sozialversicherung an, wobei als Beschäftigungsbeginn der 1. Oktober 2018 angegeben wurde (Meldung an die Sozialversicherung).

In weiterer Folge beantragte die „C.“ GmbH am 30. November 2018 die Verlängerung der Beschäftigungsbewilligung für E. F. beim AMS. Mit Schreiben vom 20. Dezember 2018 teilte das AMS der „C.“ GmbH mit, dass die Beschäftigung von E. F. unverzüglich zu beenden sei, da die Beschäftigung am 31. Juli 2018 beendet worden sei und für das neue Dienstverhältnis ab 1. Oktober 2018 keine Beschäftigungsbewilligung bestehe. Die „C.“ GmbH beendete daraufhin unverzüglich das Beschäftigungsverhältnis mit E. F.. Mit Bescheid vom 27. Dezember 2018 wurde vom AMS eine neue Beschäftigungsbewilligung für den Zeitraum 1. Jänner 2019 bis 31. Dezember 2019 erteilt (Schreiben des AMS vom 20. Dezember 2018, Beilage ./1; PST-Vollanzeige, Beilage ./2).

Während ihrer Tätigkeit für die „C.“ GmbH war E. F. Studentin (Aussage der Zeugin F.).

Außer diesen Beschäftigungsbewilligungen verfügte E. F. in den angeführten Zeiträumen über kein arbeitsmarktrechtliches Dokument, das ihr zum Antritt und zur Ausübung einer Beschäftigung in Österreich berechtigt hätte (unstrittig).

Die Beschwerdeführerin weist zwei Vorstrafen wegen Übertretung des Tabakgesetzes auf (Datenbankauszug).

3.2. Zur Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus den jeweils in Klammer angeführten Beweismitteln und sind im Übrigen unstrittig. Dass das Dienstverhältnis zwischen der „C.“ GmbH und E. F. am 31. Juli 2018 beendet und nicht nur ausgesetzt wurde, ergibt sich schon aus dem Umstand, dass die „C.“ GmbH am 5. August 2018 - und somit unterjährig - gemäß § 34 Abs. 2 letzter Satz ASVG in der am 5. August 2018 gültigen Fassung einen Lohnzettel für E. F. für den Zeitraum 01-07/2018 an die Sozialversicherung übermittelt hat, was nur bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses erforderlich war. Auch wurde in der sozialversicherungsrechtlichen Abmeldung als Grund für die Abmeldung „*Einvernehmliche Auflösung*“ und der 31. Juli 2018 nicht nur als das Datum des Endes des Entgeltanspruchs sondern auch Beschäftigungsende angegeben. Aus den Aussagen der Zeugen ergibt sich weiters, dass das genaue Datum der Wiederaufnahme der Beschäftigung am 31. Juli 2018 nicht absehbar war. Schließlich ergibt sich aus den Aussagen der Zeugen F. und K. auch, dass am 31. Juli 2018 sämtliche Lohnansprüche der Zeugin F. abgerechnet und bezahlt wurden, was ebenfalls auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses schließen lässt. Nicht unberücksichtigt bleiben kann bei der Beweiswürdigung in diesem Zusammenhang, dass der Lohnzettel trotz Gerichtsauftrages dem Gericht bis dato nicht vorgelegt wurde. Dass sich in den Bescheiden des AMS, mit denen Beschäftigungsbewilligungen erteilt werden, regelmäßig der Hinweis findet, dass die Beschäftigungsbewilligung mit Beendigung der Beschäftigung erlischt, ist gerichtsbekannt.

4. Rechtliche Beurteilung:

4.1. Gemäß § 7 Abs. 6 Z 1 AuslBG erlischt die Beschäftigungsbewilligung mit Beendigung der bewilligten Beschäftigung. Daraus ergibt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen die „*Beendigung*“ eines Arbeitsverhältnisses in Unterscheidung einer bloßen „*Aussetzung*“ desselben vorliegt. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes tritt die Wirkung des § 7 Abs. 6 Z 1 AuslBG nicht schon dann ein, wenn bei gleichzeitiger Unterbrechung der Entgeltzahlung bloß die Erbringung der vereinbarten Arbeitsleistung für eine verhältnismäßig kurze Dauer unterbleibt und der Wille beider Vertragsteile auf die fortdauernde

Rechtswirksamkeit des Beschäftigungsverhältnisses gerichtet ist. Arbeitsrechtlich stellt eine gegenüber dem zuständigen Sozialversicherungsträger abgegebene Abmeldungserklärung keinen dem Arbeitnehmer gegenüber wirksamen Rechtsgrund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses dar. Vielmehr steht es den Vertragspartnern des Arbeitsvertrages grundsätzlich (innerhalb bestimmter Grenzen) frei, bei Aufrechterhaltung des Beschäftigungsverhältnisses eine bloße Karenzierung der beiderseitigen Hauptpflichten oder aber dessen Beendigung und eine „*spätere Fortsetzung*“ (d.h. eine „*echte Unterbrechung*“) zu vereinbaren. Bei der Lösung der entscheidenden Frage, ob eine Unterbrechung (im Sinne von – wenn auch kurzfristiger – Beendigung) des Arbeitsverhältnisses oder eine bloße Karenzierung (im Sinne einer bloßen Aussetzung der synallagmatischen Verpflichtungen) vorliegt, kommt es auf den Inhalt der zwischen den Arbeitsvertragspartnern abgeschlossenen Vereinbarung an, die nach den Regeln des §§ 914 ABGB auszulegen ist

Nach den Sachverhaltsfeststellungen war der Wille beider Vertragsparteien eindeutig auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. Juli 2018 gerichtet. Die Vereinbarung, dass E. F. nach ihrer Rückkehr aus Bosnien wieder bei der „C.“ GmbH arbeitet, war auf den Abschluss eines neuen Arbeitsverhältnisses gerichtet, zumal ein genauer Zeitpunkt für die Wiederbeschäftigung nicht vereinbart war. Weiters liegt zwischen der Beendigung der Tätigkeit am 31. Juli 2018 und der Wiederaufnahme am 1. Oktober 2018 ein Zeitraum von zwei Monaten, sodass von einem verhältnismäßig kurzen Aussetzen des Arbeitsverhältnisses keine Rede sein kann. Schließlich spricht auch der Umstand, dass sämtliche Ansprüche der Arbeitnehmerin abgerechnet wurden und der Sozialversicherung – wie nach der damaligen Rechtslage bei Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses vorgeschrieben - der Lohnzettel für den Zeitraum von Jänner 2018 bis 31. Juli 2018 übermittelt wurde für eine Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses. Das Beschäftigungsverhältnis zwischen der „C.“ GmbH und E. F. wurde daher mit 31. Juli 2018 beendet, sodass die der „C.“ GmbH am 12. Dezember 2017 erteilte Beschäftigungsbewilligung für E. F. gemäß § 7 Abs. 6 Z 1 AusIBG am 31. Juli 2018 erloschen ist. Durch die neuerliche Beschäftigung von E. F. im Zeitraum von 1. Oktober 2018 bis 21. Dezember 2018, ohne dass der „C.“ GmbH für diese eine neuerliche Beschäftigungsbewilligung erteilt worden war, hat die Beschwerdeführerin als handelsrechtliche Geschäftsführerin der „C.“ GmbH den Tatbestand des § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a in

Verbindung mit § 3 Abs. 1 AuslBG in Verbindung mit § 9 Abs. 1 VStG somit in objektiver Hinsicht verwirklicht.

4.2. Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass ihr diese Verwaltungsübertretung in subjektiver Hinsicht vorwerfbar sei, da sie in Unkenntnis des § 7 Abs. 6 AuslBG irrtümlich von einer weiter aufrechten Beschäftigungsbewilligung ausgegangen sei und die von ihr als Geschäftsführerin zu erwartende Sorgfalt nicht auch die Kenntnis der Bestimmungen des § 7 Abs. 6 AuslBG umfasse und sie auch vom Steuerberater im Zuge der sozialversicherungsrechtlichen Anmeldung nicht auf das Erfordernis einer neuen Beschäftigungsbewilligung aufmerksam gemacht worden sei.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kann die Unkenntnis eines Gesetzes nur dann als unverschuldet angesehen werden, wenn jemandem die Verwaltungsvorschrift trotz Anwendung der nach seinen Verhältnissen erforderlichen Sorgfalt unbekannt geblieben ist. Es war daher Sache der Beschwerdeführerin, sich über die auf dem Gebiet ihres Berufes erlassenen Vorschriften zu unterrichten. Die Unkenntnis eines im Bundesgesetzblatt veröffentlichten Gesetzes kann den Täter grundsätzlich nicht entschuldigen. Lediglich dann, wenn die Auslegung von Normen für den juristischen Laien mit Schwierigkeiten verbunden ist, hat er sich bei der zuständigen Behörde oder bei gesetzlich beruflichen Vertretung über den Inhalt dieser Normenwerke zu informieren. Die Bestimmung des § 7 Abs. 6 AuslBG ist jedoch selbst für einen juristischen Laien derartig verständlich, dass es dem Beschwerdeführer ohne weiteres klar sein musste, dass es nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses für die Wiederbeschäftigung einer neuen Beschäftigungsbewilligung bedurfte (vgl. VwGH 7. Juli 1999, 99/09/0054). Im gegenständlichen Fall hätte die Beschwerdeführerin bei der gebotenen sorgfältigen Durchsicht des Bewilligungsbescheides weiters Kenntnis davon erlangt, dass eine Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses das Erlöschen der Beschäftigungsbewilligung zur Folge hat (VwGH 10. Dezember 2009, 2009/09/0230). Mag auch die Unterscheidung zwischen einer Unterbrechung und einer Aussetzung des Arbeitsverhältnisses für einen juristischen Laien im Einzelfall mit Schwierigkeiten verbunden sein, hätte sich die Beschwerdeführerin im Zweifelsfall beim AMS erkundigen müssen, ob die Beschäftigungsbewilligung noch

aufrecht ist bzw. im Zweifel eine neue Beschäftigungsbewilligung beantragen müssen.

Die Beschwerdeführerin durfte sich auch nicht darauf verlassen, dass sie ihr Steuerberater auf die Unzulässigkeit der Beschäftigung von E. F. aufmerksam macht, zumal allein das Vertrauen auf die Tätigkeit des Steuerberaters zur Entlastung der Beschwerdeführerin nicht ausreicht (VwGH 21. September 2005, 2004/09/0101). Die Beschwerdeführerin hat somit fahrlässig gehandelt, sodass sie auch ein Verschulden an der ihr angelasteten Verwaltungsübertretung trifft.

4.3.1. 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.

4.3.2. Eine Einstellung des Strafverfahrens gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 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 AuslBG 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 dieser 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 auf Grund der Bedeutung der durch das Ausländerbeschäftigungsgesetz geschützten Rechtsgüter nicht in Betracht (vgl. dazu nochmals VwGH 20. November 2015, Ra 2015/02/0167).

4.4.1. Da die Beschwerdeführerin keine Verurteilung nach dem AuslBG aufweist, ist gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a erster Strafsatz AuslBG von einem Strafrahmen von 1.000,00 Euro bis 10.000,00 Euro auszugehen. Über die Beschwerdeführerin wurde im bekämpften Straferkenntnis eine Geldstrafe von 1.900,00 Euro verhängt.

4.4.2. Zu prüfen ist zunächst, ob die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen, sodass eine außerordentliche Strafmilderung gemäß § 20 VStG in Frage kommt. 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. *Weilguni* in *Lewisch/Fischer/Weilguni*, VStG (2013) § 20 Rz 4).

Die belangte Behörde hat bei der Strafbemessung weder Milderungs- noch Erschwerungsgründe berücksichtigt.

Die Beschwerdeführerin ist zwar auf Grund der Vorstrafen wegen Übertretung des Tabakgesetzes nicht unbescholten. Zu Gunsten der Beschwerdeführerin ist jedoch jedenfalls die sozialversicherungsrechtliche Anmeldung (VwGH 26. September 1991, 91/09/0068) zu berücksichtigen. Mildernd zu berücksichtigen ist auch, dass der „C.“ GmbH zunächst eine Beschäftigungsbewilligung für den Großteil des inkriminierten Zeitraums erteilt worden war, innerhalb der ursprünglichen Gültigkeit der Beschäftigungsbewilligung ein Verlängerungsantrag gestellt und

auch in der Folge wieder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt wurde, sodass die Schädigung oder Gefährdung der durch das AuslBG geschützten Rechtsgüter erheblich hinter der mit einem Verstoß gegen § 3 Abs. 1 AuslBG typischerweise verbundenen Schädigung oder Gefährdung zurückbleibt, zumal bei Studenten bei einer Beschäftigung, die 20 Wochenstunden nicht überschreitet, gemäß § 4 Abs. 7 AuslBG eine Arbeitsmarktprüfung entfällt. Weiters ist auch zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin die Tat in einem – wenn auch die Schuld nicht ausschließenden - Rechtsirrtum begangen hat (vgl. § 35 Abs. 1 Z 12 StGB) und sie offensichtlich bemüht war, die Bestimmungen des AuslBG einzuhalten, sodass auch nichts darauf schließen lässt, dass sich die Beschwerdeführerin den durch das Ausländerbeschäftigungsgesetz rechtlich geschützten Werten nicht verbunden fühlt und diesen ablehnend oder gleichgültig gegenübersteht (vgl. § 32 Abs. 2 StGB).

Es überwiegen daher im gegenständlichen Fall die Milderungsgründe die (nicht vorhandenen) Erschwerungsgründe beträchtlich, sodass unter Anwendung des § 20 VStG von einem Strafrahmen von 500,00 Euro bis 10.000,00 Euro auszugehen ist.

4.4.3. Bei der Ausmessung der Geldstrafe innerhalb dieses Strafrahmens von 500,00 Euro bis 10.000,00 Euro ist neben den bereits angeführten Milderungsgründen weiters zu berücksichtigen, dass das Verschulden der Beschwerdeführerin, die auf Grund des bis 12. Dezember 2018 reichenden ursprünglichen Bewilligungszeitraumes der Auffassung war, dass die Beschäftigung von E. F. rechtmäßig war, als im unteren Bereich der subjektiven Vorwerfbarkeit liegend anzusehen ist, sodass die über die Beschwerdeführerin verhängte Geldstrafe in Anwendung des § 20 VStG von 1.900,00 Euro auf die Mindeststrafe von 500,00 Euro reduziert werden konnte. Es handelt sich bei dieser Strafe angesichts der von der belangten Behörde im bekämpften Straferkenntnis angenommenen ungünstigen wirtschaftlichen Verhältnisse der Beschwerdeführerin immer noch um eine empfindliche Strafe für die Beschwerdeführerin, die durchaus auch geeignet ist, der Allgemeinheit vor Augen zu führen, dass es sich auch bei einer fahrlässigen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes um kein Bagatelldelikt handelt. Eine Strafe in dieser Höhe erscheint auch ausreichend um die Beschwerdeführerin, die sich um die Einhaltung der Vorschriften des Ausländerbeschäftigungsgesetzes bemüht hat,

sich rechtskonform verhalten wollte und gutgläubig war, zu veranlassen, in Zukunft im Zweifelsfall Rechtsauskünfte von der zuständigen Behörde einzuholen. Entsprechend der Herabsetzung der Geldstrafe war auch die Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen auf 16 Stunden und 48 Minuten herabzusetzen. Schließlich war auch der von der Beschwerdeführerin gemäß § 64 Abs. 1 und 2 VStG zu leistende Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vor der belangten Behörde von 190,00 Euro auf 50,00 Euro, das sind 10% der verhängten Geldstrafe, herabzusetzen sowie auszusprechen, dass sich die Haftung der „C.“ GmbH auf die herabgesetzte Strafe und den herabgesetzten Kostenbeitrag bezieht.

4.5. Gemäß § 44a Z 2 VStG hat der Spruch des Straferkenntnisses, wenn er nicht auf Einstellung lautet, die Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, anzuführen. Zur Angabe der verletzten Verwaltungsvorschrift gehört daher auch die Anführung der Fundstelle (VwGH 30. März 2004, 2001/06/0064). Dem Gebot der ausreichend deutlichen Angabe der Fundstelle der verletzten Verwaltungsvorschrift wird nur dann Rechnung getragen, wenn die Fundstelle jener Novelle angegeben wird, durch welche die als verletzt betrachtete Norm ihre zum Tatzeitpunkt gültige Fassung erhalten hat (VwGH 27. Jänner 2007, 2005/03/0231). Der Spruch des bekämpften Straferkenntnisses war daher hinsichtlich der Angabe der Fundstelle der verletzten Verwaltungsvorschrift zu ergänzen.

4.6. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG waren der Beschwerdeführerin keine Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen.

Zum Ausspruch über die Nichtzulässigkeit 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 nicht zulässig ist, 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.

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 außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die außerordentliche Revision hat auch gesondert die Gründe zu enthalten, aus denen entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes die Revision für zulässig erachtet wird. Die Beschwerde bzw. Revision ist durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen. Die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem einzubringen. Die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten, 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 außerordentliche Revisionsverfahren ist ebenfalls binnen sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des gegenständlichen Erkenntnisses unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen, wobei im Antrag, soweit dies dem Antragssteller zumutbar ist, kurz zu begründen ist, warum entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes die Revision für zulässig erachtet wird.

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. Mai 2021

Mag. Marcus Osterauer
(Richter)