



**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-041/036/12216/2015-6
Finanzpolizei Wien, ...

Wien, 27.01.2016

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Fritz über die Beschwerde der Finanzpolizei Wien, ..., gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 13.08.2015, ZI. MBA ... - S 23923/15, betreffend Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, nach am 05.01.2016 durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht erkannt:

Gemäß § 50 VwGVG wird der nur gegen Strafhöhe gerichteten Beschwerde insofern Folge gegeben, als die Geldstrafe von 1.600,-- Euro auf 2.000,-- Euro (die für den Fall der Uneinbringlichkeit festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe bleibt mit 1 Tag und 13 Stunden unverändert aufrecht) hinaufgesetzt wird.

Die angewendete Strafnorm lautet richtig: § 28 Abs. 1 Z. 1 zweiter Strafsatz Ausländerbeschäftigungsgesetz idF gemäß BGBl I Nr. 72/2013.

Der Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens bei der belangten Behörde beträgt daher gemäß § 64 Abs. 1 und 2 VStG 200,-- Euro.

Herrn T. S. wird kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vorgeschrieben.

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 13.08.2015 wurde Herr T. S. schuldig erkannt, er habe als Gewerbeinhaber – berechtigt zur Ausübung des Gewerbes: „Gastgewerbe in der Betriebsart Imbissstube“ – mit Standort in Wien, K.-gasse, zu verantworten, entgegen § 3 AuslBG von 16.03.2015 bis 09.04.2015 in Wien K.-gasse, den Ausländer Z., geboren 1967, staatenlos, mit dem Säubern der Backstube und Hilfeleistungen beim Backen beschäftigt zu haben, obwohl für diesen Ausländer keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen seien. Herr T. S. habe dadurch § 28 Abs. 1 Z. 1 lit.a Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) BGBl Nr. 218/1975 idF BGBl I Nr. 72 /2013 in Verbindung mit § 3 AuslBG verletzt. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über Herrn T. S. gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit.a erster Strafsatz AuslBG eine Geldstrafe von 1.600,-- Euro, falls diese uneinbringlich sei, eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag und 13 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurden die von Herrn T. S. zu ersetzenden Verfahrenskosten mit 160,-- Euro bestimmt.

Zur (im Beschwerdeverfahren relevanten) Bemessung der Strafhöhe führte die belangte Behörde aus, der objektive Unrechtsgehalt der Tat und das Verschulden seien im vorliegenden Fall durchschnittlich. Bei der Strafbemessung sei die Unbescholtenheit mildernd gewertet worden, erschwerend sei kein Umstand gewesen. Die Vermögens- und Einkommensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten habe Herr T. S. der Behörde nicht bekannt gegeben. Es seien mangels Angaben durchschnittliche Werte angenommen worden, da sich keine Anhaltspunkte für eine schlechte wirtschaftliche Lage ergeben hätten. Unter Berücksichtigung aller Strafzumessungsgründe sei die verhängte Strafe nicht zu hoch bemessen.

Gegen dieses Straferkenntnis (und zwar ausschließlich gegen die Höhe der verhängten Strafe) erhob die Finanzpolizei ... Beschwerde. Es wurde vorgebracht, die belangte Behörde habe den ersten Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG angewendet. Der Beschuldigte sei jedoch bereits am 17.10.2014 bei einer Kontrolle betreten worden, wie er die serbische Staatsbürgerin A. im

Zeitraum von 23.10.2014 bis 17.10.2014 ohne die erforderlichen arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen beschäftigt gehabt habe. Mit Straferkenntnis zur Zl. MBA ... - S 46625/14 vom 27.02.2015 sei über den Beschuldigten eine Geldstrafe verhängt worden. Dieses Straferkenntnis sei mit 08.04.2015 rechtskräftig geworden. Die der vorliegenden Beschwerde zugrunde liegende Straftat sei von 16.03.2015 bis 09.04.2015 begangen worden, sodass zumindest zwei Tage innerhalb des Zeitpunkts der Entstehung der Rechtskraft aus dem Vorverfahren liegen. Es handle sich daher nunmehr um eine Wiederholungstat und wäre der zweite Strafsatz anzuwenden gewesen.

Die belangte Behörde legte diese Beschwerde samt den Verwaltungsstrafakten dem Verwaltungsgericht Wien zur Entscheidung mit dem Bemerkten vor, dass die einschlägige Vorstrafe erst am 08.04.2015 in Rechtskraft erwachsen sei und somit im System, welches nur „zum Tatzeitpunkt“ rechtskräftige Vorstrafen aufzeige, nicht aufscheine. Überdies liege der überwiegende Teil des Tatzeitraumes sowie die tatsächliche Einstellung des Arbeitnehmers vor Rechtskraft der Vorstrafe. Überdies handle es sich um ein fortgesetztes Delikt, das bezüglich des Tatzeitraumes nicht teilbar sei. Die belangte Behörde sei daher vom Fehlen einschlägiger Vorstrafen ausgegangen.

Das Verwaltungsgericht Wien führte am 05.01.2016 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an der Frau W. als Vertreterin der Finanzpolizei Wien, ... teilnahm (Herr T. S. ist zur Verhandlung nicht erschienen).

Die Vertreterin der Finanzpolizei beantragte eine entsprechende Erhöhung der Strafe, weil der zweite Strafsatz anzuwenden sei. Die anwesende Partei verzichtete auf die mündliche Verkündung der Entscheidung.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Die Beschwerde richtet sich ausdrücklich nur gegen die Höhe der verhängten Strafe. Das Verwaltungsgericht Wien hat somit nur den Ausspruch über die verhängte Strafe zu prüfen.

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 „Aufenthaltbewilligung – Künstler“ oder eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, eine „Aufenthaltberechtigung 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 „Aufenthaltbewilligung – Künstler“ oder keine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, keine „Aufenthaltberechtigung 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.

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.

Das Gebot des § 3 Abs. 1 AuslBG, einen ausländischen Arbeitnehmer ohne behördliche Bewilligung nicht zu beschäftigen, dient dem öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung eines geordneten Arbeitsmarktes und dem Schutz der inländischen Arbeitnehmer (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 2.12.1993, ZI. 93/09/0186). Der objektive Unrechtsgehalt der angelasteten Tat kann daher nicht als gering gewertet werden, weil die illegale Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften auf gesamtwirtschaftlicher Ebene (vor allem durch den Entfall von Steuern, Abgaben und Beiträgen zu den Systemen der sozialen Sicherheit) zu schweren volkswirtschaftlichen Schäden und - zusätzlich - zu einer Wettbewerbsverzerrung führt (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 21.4.1994, ZI. 93/09/0423, mit weiteren Judikaturhinweisen).

Das Verschulden des Herrn T. S. konnte nicht als gering eingestuft werden, da weder hervorgekommen ist noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der Vorschrift eine besondere Aufmerksamkeit erfordert habe, oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können.

Ein Vorgehen nach § 45 Abs. 1 Z. 4 iVm § 45 Abs. 1 Schlusssatz VStG idF gemäß BGBl. I Nr. 33/2013 (entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 21 Abs. 1 VStG) kam im vorliegenden Fall nicht in Betracht, weil die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten nicht als gering angesehen werden konnten. Das tatbildmäßige Verhalten des Herrn T. S. blieb nämlich keinesfalls erheblich hinter dem in der gegenständlichen Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurück.

Was die Strafzumessung betrifft, hat die belangte Behörde unrichtigerweise den ersten Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG angewendet. Herrn T. S. wird die unbewilligte Beschäftigung des Herrn Z. in der Zeit von 16.03.2015 bis 09.04.2015 zur Last gelegt. Unbestritten blieb im Verfahren, dass eine einschlägige Verwaltungsvormerkung (zur ZI. MBA ... - S 46625/14) am 08.04.2015 rechtskräftig geworden ist. In der Beschwerde der Finanzpolizei ... wird nun zu Recht darauf hingewiesen, dass der zweite Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG anzuwenden ist, weil innerhalb des angelasteten Tatzeitraumes die angeführte einschlägige Verwaltungsvormerkung rechtskräftig geworden ist. Herr T. S. wurde wegen der unerlaubten Beschäftigung des Z. bis zum 09.04.2015 bestraft. Die schon mehrfach erwähnte einschlägige Vormerkung wurde am 08.04.2015 (also noch innerhalb des Tatzeitraumes) rechtskräftig. Die Fortsetzung und Aufrechterhaltung des strafbaren Verhaltens des Herrn T. S. nach Eintritt der Rechtskraft der erwähnten einschlägigen Verwaltungsvormerkung rechtfertigt somit die Anwendung des höheren (hier: zweiten) Strafsatzes des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG (siehe dazu die Erkenntnisse des VwGH vom 17.12.1998, ZI. 97/09/0158 und vom 07.03.2000, ZI. 96/05/0107).

Im vorliegenden Fall ist somit davon auszugehen, dass die Strafbemessung aufgrund einer in Rechtskraft erwachsenen einschlägigen Vorstrafe des Herrn T. S. nach dem zweiten Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG zu erfolgen hat. Es konnte somit (anders als dies die belangte Behörde getan hat) die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit auch nicht als mildernd gewertet werden. Als mildernd war aber die nach dem Sozialversicherungsrecht erfolgte Meldung der beschäftigten staatenlosen Person zu werten (vgl. zB. das Erkenntnis des VwGH vom 16.07.1992, ZI. 92/09/0052). Weitere Milderungsgründe oder Erschwerungsgründe sind im Verfahren nicht hervorgekommen. Da der angeführte Milderungsgrund aber nach seiner Bedeutung nicht als überwiegend anzusehen war, war daher von der Möglichkeit der außerordentlichen Milderung der Strafe gemäß § 20 VStG kein Gebrauch zu machen.

Herr T. S. machte im gesamten Verfahren keine Angaben zu seinen Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen. Das Verwaltungsgericht

Wien nahm daher aufgrund des Alters des Herrn T. S. und dessen Tätigkeit als Betreiber eines Gastgewerbebetriebes durchschnittliche Einkommensverhältnisse und fehlendes Vermögen an. Sorgepflichten konnten mangels Angaben in diese Richtung nicht berücksichtigt werden.

Unter Bedachtnahme auf diese Strafzumessungsgründe und den von 2.000,-- Euro bis zu 20.000,-- Euro reichenden zweiten Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG ist die nunmehr verhängte Geldstrafe in der Höhe von 2.000,-- Euro (d.i. die Mindestgeldstrafe) durchaus angemessen und keineswegs zu hoch. Eine Strafe in diesem Ausmaß erscheint ausreichend zu sein, um Herrn T. S. künftig von gleichartigen Verwaltungsübertretungen abzuhalten.

Die Kostenentscheidungen gründen sich auf § 64 Abs. 2 VStG und auf § 52 Abs. 8 VwGVG.

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

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis 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 des Erkenntnisses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder 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.

Verwaltungsgericht Wien

Mag. Fritz
Richter