

TE UVS Wien 2008/01/24 07/A/36/999/2007

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 24.01.2008

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch sein Mitglied Mag. Fritz über die Berufung des (am 7.9.1964 geborenen) Herrn Metin K., vertreten durch Dr. Wolfgang M., Rechtsanwalt in Wien, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 10. Bezirk, vom 18.10.2007, Zl. MBA 10 ? S 2167/07, betreffend Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, nach am 19.12.2007 durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG wird der Berufung in der Schuldfrage keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis insoweit mit der Maßgabe bestätigt, dass die verletzten Verwaltungsvorschriften §§ 3 Abs 1 iVm § 28 Abs 1 Z 1 lit a Ausländerbeschäftigungsgesetz? in der Fassung gemäß BGBl. I Nr. 103/2005 anzuwenden sind.

In der Strafffrage wird der Berufung insofern Folge gegeben, als die verhängte Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Woche, 1 Tag auf 3 Tage herabgesetzt wird.

Die von der Erstbehörde verhängte Geldstrafe in der Höhe von 1.120,-- Euro wird hingegen bestätigt.

Dementsprechend bleibt auch der erstinstanzliche Kostenbeitrag unverändert.

Die Strafnorm lautet: § 28 Abs 1 Z 1 erster Strafsatz Ausländerbeschäftigungsgesetz idF BGBl. I Nr. 103/2005. Gemäß§ 65 VStG wird dem Bw kein Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens auferlegt.

Text

Mit Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 10. Bezirk, vom 18.10.2007 wurde der Berufungswerber (Bw) schuldig erkannt, er habe als Arbeitgeber am 12.5.2007 um 23.30 Uhr im Gastgewerbebetrieb in der Betriebsart Diskothek in Wien, D-gasse, den Ausländer A.

Mehmet, geb. 18.7.1987, Staatsangehörigkeit: Türkei (in der Folge kurz: A.), als Kellner zur Durchführung von Kellnertätigkeiten (umgebundene Kellnerbrieftasche) beschäftigt, obwohl für diesen Ausländer weder eine gültige Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt worden sei oder der Ausländer weder eine Arbeitserlaubnis noch einen Befreiungsschein oder eine "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt" oder einen Aufenthaltstitel ?Daueraufenthalt-EG? oder einen Niederlassungsnachweis besitze. Der Bw habe dadurch § 28 Abs 1 Z 1 lit a iVm § 3 Abs 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz, BGBl. Nr. 218/1975, idG (AusIBG) verletzt. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über den Bw gemäß § 28 Abs 1 Z 1 lit a erster Strafsatz leg.cit. eine Geldstrafe von 1.120,-- Euro, falls diese uneinbringlich sei, eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Woche und 1 Tag verhängt. Gleichzeitig wurden die vom Bw zu ersetzenden Verfahrenskosten mit 112,-- Euro bestimmt.

Zur Begründung dieses Straferkenntnisses stützte sich die erstinstanzliche Behörde auf die Anzeige des Finanzamtes Wien 4/5/10 sowie darauf, dass der Bw von der ihm gebotenen Möglichkeit zur Rechtfertigung keinen Gebrauch gemacht habe. Weiters legte die Erstbehörde ihre Erwägungen zur Strafbemessung dar.

In seiner gegen dieses Straferkenntnis innerhalb offener Frist erhobenen Berufung brachte der ? anwaltlich vertretene ? Bw vor, die Erstbehörde habe das Strafverfahren zu Unrecht ohne seine Anhörung durchgeführt, weil er durch seinen Vertreter mit Schriftsatz vom 10.9.2007 die Übermittlung einer vollständigen Aktenkopie an seinen Vertreter und die Verlängerung der Frist zur Rechtfertigung bis 14 Tage nach Einlangen der Aktenkopie beantragt habe. Über diesen Antrag sei bis heute nicht entschieden und damit der Eintritt der Rechtsfolgen des § 42 Abs 1 lit b VStG zu Unrecht angenommen worden. Der angefochtene Bescheid sei daher infolge Verletzung des Parteiengehörs mit formeller Rechtswidrigkeit behaftet. Durch diesen Verfahrensmangel sei es ihm unmöglich gewesen, den gegen ihn erhobenen Tatvorwurf zu entkräften und behalte er sich eine Ergänzung der gegenständlichen Berufungsbegründung nach Kenntnisnahme des gesamten Akteninhaltes vor, welche sodann u. a. auch die materielle Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzeigen werde. Schließlich scheine aber auch die verhängte Geldstrafe von der Erstbehörde als zu hoch bemessen. Gemäß § 19 VStG seien bei der Strafbemessung die Einkommens-, Familien- und Vermögensverhältnisse zu berücksichtigen. Er befindet sich in einer angespannten finanziellen Situation und sei für seine Ehegattin und drei Kinder sorgepflichtig. Der angefochtene Bescheid stütze sich auf die Strafsanktionsnorm des § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG. Diese Bestimmung werde auch vom UVS bei der Entscheidung über seine Berufung anzuwenden sein. Gegen diese Bestimmung bestünden verfassungsrechtliche Bedenken, weil sie durch ihre Mindeststrafdrohung von 1.000,-- Euro den vom VfGH geforderten Differenzierungspostulat zwischen verschiedenen Tätergruppen nicht entspreche und sei in Ansehung dieser Bestimmung (idF BGBI. I Nr. 136/2001) vom Verwaltungsgerichtshof ein Antrag nach Art. 140 Abs 1 gemäß Art. 89 Abs 2 B-VG gestellt worden. Dieses Verfahren sei beim VfGH zur Zl. G 88/07 anhängig. Er rege an, der UVS möge einen Antrag auf Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG in der hier anzuwendenden Fassung stellen.

Diese Berufung wurde dem Finanzamt Wien 4/5/10 ? Team KIAB mit der Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme übermittelt. Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien holte im Zuge des Berufungsverfahrens Auskünfte verschiedener Stellen ein (Vorstrafenanfragen, Anfragen an die Wiener Gebietskrankenkasse, Meldeauskünfte, Beischaffung des Aktes zur Zl. UVS-02/40/7339/2007 betreffend eine Maßnahmenbeschwerde der O-GmbH bezüglich einer Kontrolle in der gegenständlichen Disco am 21.7.2007) und führte am 19.12.2007 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an der Herr Dr. Wolfgang M. als Rechtsvertreter des Bw (der Bw ist zur Verhandlung nicht erschienen) und Herr Mag. N. als Vertreter des Finanzamtes Wien 4/5/10 teilnahmen und in der Herr Peter S., Herr Resul Ö. und Frau Marcela Luciana C. als Zeugen einvernommen wurden. Der BwV gab zunächst an, es sei damals ein Probelauf gewesen. Tatsächlich sei das Lokal erst einige Zeit später eröffnet worden. Es seien damals Freunde und Bekannte geladen gewesen und hätten einige davon mitgeholfen (u.a. auch der gegenständliche Ausländer). Seinen Informationen nach habe der Ausländer kurz vor der Kontrolle spontan begonnen mitzuhelpen. Herr Peter S. gab bei seiner Einvernahme als Zeuge folgendes an:

?Es war damals eine Routinekontrolle. Mittlerweile wurde das Lokal schon mehrmals kontrolliert, weil es dort immer wieder Verstöße gegeben hat. Neben der gegenständlichen Disco gibt es daneben ein weiteres Lokal und hat dieses eine Kollegin kontrolliert. Das Lokal heißt Ma. Das ist der Vermieter der ganzen Halle. Es dürfte dort auch einen Durchgang geben, was uns bisher aber nicht aufgefallen ist. Ich bin mit anderen Kollegen in die gegenständliche Disco gegangen. Beim Eingangsbereich ist links eine Garderobe und rechts ein kleiner Tresen für den Kartenverkäufer oder Türsteher. Dieser führte eine Durchgangskontrolle durch. Wir sind reingegangen und ist mir da der Betretene schon mit schnellem Schritt entgegengekommen. Ich habe dann von ihm einen Ausweis verlangt. Ich sah am Ausweis, dass er einen Aufenthaltstitel für Studierende hat. Im Übrigen hatte ich im Strafantrag alles festgehalten. Über Vorhalt der vom Ausländer laut Anzeige getragenen Kleidung, der Kellnerbrieftasche und dem Kellnerschurz, gebe ich an, das war so.

Die anderen waren mit Herrn K. drinnen beschäftigt. Nach der Kontrolle habe ich mit ihm draußen gesprochen und war er da glaube ich dabei. Es wurde darüber gesprochen, warum nur immer bei ihm kontrolliert werde und wegen der Steuernummer. Über Vorhalt der Angaben des BwV, dass dort nur eine Feier unter Freunden und Bekannten gewesen sei, gebe ich an, das ist schwer feststellbar, nachdem der Ausländer eine Kellnerbrieftasche gehabt hat, nehme ich an, dass auch kassiert worden ist. Die Eingangstüre war auch nicht versperrt. Wir waren schon mehrmals in

der gegenständlichen Disco und war glaublich schon vorher einmal eine Kontrolle. Ich hatte nur mit dem gegenständlichen Ausländer zu tun. Das im Akt einliegende Personenblatt ist, außer den Vermerken, vom Ausländer ausgefüllt worden.

Über Befragen des BwV:

Ich weiß heute nicht mehr, ob damals ein Türsteher dort gewesen ist. Mir ist nur der Betretene aufgefallen, weil er so schnell dahergekommen ist.

Über Befragen des Vertreters des Finanzamtes:

Wenn beim gegenständlichen Akt eine Preisliste dabei ist, dann wird sie vom Kontrolltag stammen.?

Herr Resul Ö. machte bei seiner Einvernahme als Zeuge die folgenden Angaben:

?Ich bin von Beruf kaufmännischer Angestellter. Ich kenne das Lokal O. Ich habe am fraglichen Tag die Musikanlagen getestet, weil es war ja noch nicht in Betrieb genommen. Es waren schon Leute in der Disco. Ich bin gerufen worden, von wem weiß ich nicht, um zu schauen, ob die Anlage geht. Die Anlage, die drinnen war, war vom Vorgänger und war beschädigt oder nicht okay. Ich habe auch Musik aufgelegt, Platten und CD's. Ich bin gekommen und habe dies eine halbe Stunde gemacht und ist dann schon die Behörde gekommen. Auf die Frage, ob im Lokal Leute auch getrunken und getanzt haben, gebe ich an, darauf habe ich nicht geachtet. Einen Herrn Mehmet A. kenne ich nicht. Ich bin nur hobbymäßig als DJ tätig und bekomme ich dafür Getränke. Gegen Geld mache ich das nicht, ich mache es nur wegen Lust und Laune. Ich kenne den Bw schon. Ich war schon vor dem Kontrolltag ein paar mal in der gegenständlichen Disco. Momentan heißt sie O. Ich war zuvor als Gast in der gegenständlichen Disco.

Über Vorhalt der Preisliste gebe ich an, diese sehe ich zum ersten Mal. Da ich den Inhaber kenne, werde ich meistens eingeladen und brauche ich gar keine Preisliste.

Über Befragen des Vertreters des Finanzamtes:

Ich bin spät gekommen. Ich weiß nicht, was wer mit einer Schürze gemacht hat, das interessiert mich nicht.?

Frau Marcela Luciana C. gab bei ihrer Einvernahme als Zeugin Folgendes an:

?Ich kenne den heute anwesenden Herrn Ö. nicht, ich war nur einmal dort in der Disco O. Ich kenne den Bw, den habe ich beim Fortgehen einmal kennengelernt im Volksgarten oder in der Passage. Er sagte mir, er habe vielleicht einen Job für mich, weil ich Krankenschwester-Schülerin bin. Er hat mich angerufen und gesagt, es sei an dem Abend irgendein Event und bin ich dann hin. Es waren dort so viele Leute und bin ich hinter der Bar gestanden. Ich hätte dort als eine Art Barkeeperin tätig sein sollen. Über den Verdienst habe ich mit ihm noch nicht gesprochen gehabt. Ich gehe aber davon aus, dass ich ungefähr 10,- Euro in der Stunde verdient hätte. Es war schon ein Türsteher dort, Eintritt war keiner zu zahlen. Ich weiß nicht, ob das der Cousin war, der dort gestanden ist, sie haben alle türkisch gesprochen, ich verstehe sie alle nicht. Ich habe dort mit dem Bw gesprochen. Es hat erst angefangen und bin ich erst später gekommen. Ich war hinter der Bar und war dann auch schon die Kontrolle. Es war noch nicht so viel los.

Über Vorhalt, dass ich oben gesagt habe, es seien dort so viele Leute gewesen, gebe ich an, nicht Gäste, sondern die was dazugehört haben.

Auf die Frage, was dies heißen solle, ich habe nicht gewusst, was ich machen solle und wo ich hin solle, was mein Aufgabenbereich ist. Über Vorhalt der Getränkekarte gebe ich an, das ist schon so lange her. Ich habe noch nicht serviert gehabt. Der Bw hat mir hin und wieder etwas erklärt, wo die Getränke alle sind, wo der Geschirrspüler ist. Er sagte mir auch, dass es wichtig sei, dass man zu den Gästen hingehe und nicht nur hinter der Bar stehe. Ich bin normalerweise Barkeeperin, so wie ich jetzt in einem Lokal in Ha. arbeite. Es ist Musik gespielt worden. Es war türkische Housemusik. Ich war nur bis 1.00 oder 2.00 Uhr dort. Ich bin nach der Kontrolle gegangen. Ich habe den Bw dann irgendwann einmal getroffen. Im Lokal habe ich nicht mehr mit ihm gesprochen, er war ziemlich beschäftigt. Ich habe mich bei seinem Cousin oder Schwager verabschiedet, ich weiß nicht, wer das war.

Auf die Frage, woher ich weiß, dass dies ein Cousin oder Schwager war, gebe ich an, es war ein Verwandter, das weiß ich. Der Bw hat mir gesagt, dass es irgendein Verwandter sei.

Über Befragen des Vertreter des Finanzamtes:

Die Kellnerbrieftasche und die Schürze habe ich selber mitgehabt, diese habe ich immer selber, weil diese brauche ich. Zu den Personen hinter der Bar, zu denen ich oben gesagt habe, sie hätten dazugehört, gebe ich an, ich habe nichts verstanden, zwei von diesen hatten schon auch eine Kellnerbrieftasche um. Diese haben alle etwas gemacht und geschaut, es war noch nicht alles fertig. Es haben noch viele Getränke gefehlt und mussten diese vom Lager geholt werden. Eine Lade ist beim Aufmachen fast runtergefallen.

Ich schätze schon, dass die Leute mit der Kellnerbrieftasche Getränke eingeschenkt haben. Diese Leute waren ganz normal angezogen, sie hatten eine Kellnerbrieftasche. Soviel ich weiß, mussten wir ein weißes Hemd anziehen. Dies hat er mir vorher schon einmal gesagt. Die Farbe der Hose oder des Rockes war egal, weil wir eh die Schürze gehabt haben.

Auf die Frage, ob mir Herr A. aufgefallen wäre mit den Beschreibungen laut Anzeige, gebe ich an, sie haben mir eh alle den Namen gesagt, aber diese habe ich mir nicht gemerkt. Der Bw hat sie mir von der Weite vorgestellt.?

In seinen Schlussausführungen gab der Vertreter des Finanzamtes an, es sei dort ein normaler Lokalbetrieb gewesen, die Leute werden die Kellnerbrieftasche nicht dafür gebraucht haben, damit sie wie echte Kellner ausschauen. Auch eine kurzfristige Tätigkeit sei bewilligungspflichtig und welcher Dienstgeber würde jemanden ohne Grund nachanmelden.

Der BwV gab an, der Bw sei in dem rechtlich irrelevanten Irrtum gewesen, dass er für den Probelauf für die kurzfristige Beschäftigung keine Anmeldung vorzunehmen habe und habe es nachgeholt. Im Hinblick darauf, dass er nicht einschlägig vorbestraft sei und es ihm leid tue und auch dass er eine Nachmeldung erstattet habe, werde ersucht, mit einer Ermahnung vorzugehen, in eventu die verhängte Geldstrafe schuldangemessen herabzusetzen.

Die anwesenden Parteien verzichteten auf die mündliche

Verkündung des Berufungsbescheides.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Gemäß § 3 Abs 1 AuslBG, in der Fassung gemäß BGBI. I Nr. 101/2005, darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder eine "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt" oder einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EG" oder einen Niederlassungsnachweis besitzt.

Nach § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG, in der Fassung gemäß BGBI. I Nr. 103/2005, 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 (§§ 4 und 4c) oder Zulassung als Schlüsselkraft (§ 12) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c) oder eine "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt" (§ 8 Abs 2 Z 3 NAG) oder ein Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EG" (§ 45 NAG) oder ein Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG 1997) ausgestellt wurde, ?. bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1.000,-- Euro bis zu 10.000,-- Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2.000,-- Euro bis zu 20.000,-- Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2.000,-- Euro bis zu 20.000,-- Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4.000,-- Euro bis zu 50.000,-- Euro. Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien geht aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens und der dabei erhobenen Beweisergebnisse davon aus, dass Herr A. am Kontrolltag in der vom Bw betriebenen Diskothek ?O. Vienna? in Wien, D-gasse, beschäftigt worden ist und diese Verwendung des Ausländers (durch den Bw als seinen Arbeitgeber) nach dem AuslBG bewilligungspflichtig gewesen ist.

Wie der Verwaltungsgerichtshof schon wiederholt dargelegt hat, ist für die Einhaltung der Vorschriften des AuslBG, deren Übertretung dem Bw angelastet wird, nach den Bestimmungen dieses Gesetzes der Arbeitgeber und nur dieser ? verwaltungsstrafrechtlich - haftbar (vgl. z.B. das Erkenntnis vom 24.3.2004, Zl. 2003/09/0146, und die dort zitierte

Vorjudikatur). Es ist darauf hinzuweisen, dass auch eine kurzfristige oder aushilfsweise Beschäftigung dem AuslBG unterworfen bzw. als Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 2 Abs 2 leg.cit. anzusehen ist (vgl. z.B. das Erkenntnis des VwGH vom 6.3.1997, Zl. 95/09/0246 u.v.a.).

Dem gegenständlichen Verfahren liegt eine Anzeige des Finanzamtes Wien 4/5/10 vom 6.6.2007 zugrunde. Danach sei am 12.5.2007 gegen 23.30 Uhr im Rahmen einer konzertierten Aktion des Stadtpolizeikommandos Favoriten, der Wiener Gebietskrankenkasse und des Finanzamtes Wien 4/5/10 die Diskothek O. Vienna in Wien, D-gasse (betrieben durch den Bw) einer Kontrolle auf Einhaltung der Bestimmungen des AuslBG unterzogen worden. Dabei habe durch das Kontrollorgan S. Herr A. (bekleidet mit weißem Hemd, schwarzer Hose, schwarzen Schuhen, umgebundener Kellnerbrieftasche und umgebundenem Kellnerschurz ? Aufschrift Red Bull) bei Kellnertätigkeiten wahrgenommen werden können. Herr A. habe zu verstehen gegeben, dass er an diesem Tag von 23.20 Uhr bis 24.00 Uhr arbeite. Daraufhin sei diesem ein auch in türkischer Sprache abgefasstes Personenblatt zum Ausfüllen vorgelegt worden, welches dem Strafantrag angeschlossen sei. Demnach habe Herr A. den ersten Tag als Kellner gearbeitet. Zur Frage der Entlohnung habe er die Angabe verweigert; als Vorgesetzten habe er den Bw bezeichnet. Eine Hauptverbandsabfrage sei negativ verlaufen, ebenfalls eine Abfrage im zentralen Gewerberегист. Eine Kontrollmitteilung an die Sozialversicherung habe unterlassen werden können, da diese vor Ort die Anmeldung vorgenommen habe. Auf dem angeschlossenen (von Herrn A. ausgefüllten) Personenblatt heißt es, dass dieser derzeit für ?O.? in Wien, D-gasse arbeite. Er sei als Kellner seit 12.5.2007 beschäftigt (zur Entlohnung wurden keine Angaben gemacht). Als Chef wird Herr Metin bezeichnet. Bei den amtlichen Vermerken ist vom Erhebungsorgan angeführt worden, dass Herr A. aus der Disco gekommen sei (es finden sich dort auch die Angaben zu seiner Kleidung und der Hinweis, dass er das Personenblatt nur sehr widerwillig ausgefüllt habe). Auszugehen ist davon, dass am fraglichen Tag eine (unbestrittenermaßen in Betrieb befindliche) Diskothek einer Kontrolle unterzogen worden ist. Dabei hat Herr A. angetroffen werden können, wobei er selbst auf dem Personenblatt angegeben hat, als Kellner in der gegenständlichen Diskothek zu arbeiten, wobei der Bw (Herr Metin) sein Chef sei. Auch ist im gesamten Verfahren unbestritten geblieben, dass Herr A. mit weißem Hemd, schwarzer Hose, schwarzen Schuhen bekleidet und eine Kellnerbrieftasche und einen Kellnerschurz (Aufschrift Red Bull) umgebunden gehabt hat. Schon diese von Herrn A. unbestritten verwendete Arbeitskleidung bei der Kontrolle spricht für eine organisatorische Eingliederung des Ausländer in den Betrieb der besagten Diskothek. Wie lange diese Beschäftigung bereits ausgeübt wurde und von welchen Motiven sie getragen war, ist für die Erfüllung des oben genannten Tatbestandes nicht weiter von Bedeutung. Dass nämlich der Ausländer ? als der Verantwortliche und er von der groß angelegten Kontrolle Kenntnis erlangt haben ? das Lokal verlassen und allenfalls seine Tätigkeit (zumindest am Kontrolltag) hat beenden wollen, vermag nichts daran zu ändern, dass Herr A. vom Bw in der gegenständlichen Diskothek am fraglichen Tag als Kellner beschäftigt worden ist.

Mit Schreiben vom 18.6.2007 wurde der Bw aufgefordert, sich zum Vorwurf, gegen das AuslBG verstoßen zu haben, zu rechtfertigen. Dieses Aufforderungsschreiben wurde dem Bw am 21.6.2007 durch Hinterlegung zugestellt. Am 27.6.2007 teilte der Bw mit, er ersuche um Terminverschiebung (für seine Einvernahme am 11.7.2007) bis Anfang September 2007. Mit Schriftsatz vom 10.9.2007 teilte der Bw mit, den Rechtsanwalt Dr. M. mit seiner Vertretung beauftragt zu haben. Zur Wahrung seiner Verteidigungsrechte stellte er den Antrag auf Übermittlung einer vollständigen Aktenkopie an seinen Vertreter und Verlängerung der Frist zur Rechtfertigung bis 14 Tage nach Einlangen der Aktenkopie bei seinem Vertreter.

Aus der Bestimmung des § 40 VStG ist kein Recht der Partei abzuleiten, den gesamten Akt in Kopie von der Behörde zugesandt zu erhalten. Die gemäß § 24 VStG auch im Verwaltungsstrafverfahren anwendbare Bestimmung des § 17 Abs 1 AVG sieht lediglich das Recht der Partei vor, an Ort und Stelle Abschriften selbst anzufertigen oder nach Maßgabe der vorhandenen technischen Möglichkeiten auf ihre Kosten Kopien anfertigen zu lassen. Der vom Beschuldigten reklamierte Anspruch auf Übermittlung einer vollständigen Aktenkopie besteht nicht (vgl. dazu z.B. das Erkenntnis des VwGH vom 25.11.2004, Zl. 2004/03/0107). Die (allenfalls) unterlassene Mitteilung, dass eine Aktenkopie nicht übersendet werde, stellt für sich keine Verweigerung der Akteneinsicht dar, weil die Partei bzw. deren Vertreter weiterhin die Möglichkeit gehabt hätte, bei der Behörde in die Akten Einsicht zu nehmen. Dass die Behörde dem Beschuldigten (seinem Rechtsvertreter) die Akteneinsichtnahme verweigert hätte, behauptet der Bw selbst nicht und ergibt sich auch nicht aus den vorgelegten Akten. Die Erstbehörde hat sich bei ihrer ? den Bw verurteilenden ? Entscheidung auf die Anzeige des Finanzamtes Wien 4/5/10 vom 6.6.2007 gestützt.

In seiner Berufung verwies der Bw auch darauf, dass der Verwaltungsgerichtshof Bedenken gegen die Mindeststrafdrohung des § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG habe und diesbezüglich einen Antrag auf Prüfung der Verfassungsmäßigkeit an den Verfassungsgerichtshof gestellt habe. Hierzu ist anzumerken, dass der Unabhängige Verwaltungssenat Wien diese verfassungsrechtlichen Bedenken in keiner Weise teilt. Im Übrigen hat der Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 27.9.2007, G 24/07-6 u.a. (und weiteren Erkenntnissen) die Anträge des VwGH abgewiesen, weil er die vom Verwaltungsgerichtshof geäußerten Bedenken gegen eine mangelnde Differenzierung des Strafsatzes zwischen Unternehmern und Privaten im Hinblick auf die auch von Privaten aus der Verwaltungsübertretung lukrierten wirtschaftlichen Vorteile nicht teilte.

Zum gegenständlichen Tatvorwurf findet sich in der Berufung kein substanzielles Vorbringen; der Bw merkte bloß an, nach Kenntnisnahme des gesamten Akteninhaltes behalte er sich eine Ergänzung der gegenständlichen Berufungsbegründung vor. Dem Bw war schon seit Erhalt der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 18.6.2007 bekannt, dass ihm angelastet werde, er hätte als Arbeitgeber zur Tatzeit in der gegenständlichen Diskothek Herrn A. ohne arbeitsmarktbehördliche Bewilligung beschäftigt. Es ist nun nicht nachvollziehbar, aus welchem Grund es ihm (selbst ohne Kenntnis des gesamten Akteninhaltes) nicht möglich gewesen sein solle, zu diesem Vorwurf eine konkrete Gegendarstellung abzugeben. Es wird in der Berufung mit keinem Wort erwähnt, dass es sich bei Herrn A. um einen ? Bekannten oder Freund? gehandelt hätte, der spontan begonnen hätte mitzuhelfen. Gerade wenn einem Arbeitgeber eine unbewilligte Beschäftigung eines namentlich genannten Ausländers zur Last gelegt wird, so wäre anzunehmen, dass ? in Anbetracht der Wichtigkeit dieses Umstandes ? bei erstbester Gelegenheit ein Vorbringen erstattet wird, dass nach Ansicht des Beschuldigten seiner Entlastung dienen könnte. Nach Ansicht der Berufungsbehörde hat der Bw weder im erinstanzlichen Verfahren noch in seiner Berufung ein entsprechendes Vorbringen erstattet, weil er (offenbar auch noch vor Erlangung einer entsprechenden Gewerbeberechtigung) an der gegenständlichen Örtlichkeit den Betrieb einer Diskothek aufgenommen und eben u.a. Herrn A. als Kellner ohne arbeitsmarktbehördliche Bewilligung beschäftigt hat. Schon im Ladungsbescheid für die mündliche Verhandlung vom 22.11.2007 wurde der Bw aufgefordert, binnen einer Woche eine Liste der von ihm am 12.5.2007 in der Disco beschäftigten Personen zu übermitteln; der Bw ist dieser Aufforderung ohne Angabe von Gründen nicht nachgekommen (so wäre etwa Frau C. namhaft zu machen gewesen).

Am 5.12.2007 sprach ein Bediensteter des Finanzamtes Wien beim Unabhängigen Verwaltungssenat Wien vor und legte die Personenblätter von zwei weiteren bei der gegenständlichen Kontrolle angetroffenen Personen (der eine war DJ, die andere Kellnerin) vor. Von Herrn A. konnte keine aktuelle Wohnadresse ermittelt werden.

Aus dem beigeschafften Akt zur Zl. UVS-02/40/7339/2007 (es geht dabei um eine Maßnahmenbeschwerde der O-GmbH bezüglich eines Einsatzes am 21.7.2007 im gegenständlichen Lokal) ergeben sich für den gegenständlichen Fall folgende Hinweise: Aus dem dort einliegenden Firmenbuchauszug geht hervor, dass die O-GmbH am 15.6.2007 (aufgrund eines Antrages vom 15.5.2007) in das Firmenbuch eingetragen worden ist. Die gegenständliche Diskothek ist dann ja auch von der O-GmbH betrieben worden (zunächst war der Bw deren handelsrechtlicher Geschäftsführer, dann Herr Bülent K.). Die Erstbehörde ist zutreffend davon ausgegangen, dass die hier in Rede stehende Tat dem Bw noch nicht als handelsrechtlicher Geschäftsführer dieser GmbH zur Last zu legen ist. Sie hat richtigerweise den Bw selbst als Arbeitgeber qualifiziert und als solchen bestraft (vgl. dazu das Erkenntnis des VwGH vom 16.12.1997, Zl. 96/09/0077). Bei seiner niederschriftlichen Befragung bei der Wiener Gebietskrankenkasse am 25.5.2007 gab der Bw an, die Eintragung der O-GmbH in das Firmenbuch habe er am 15.5.2007 vorgenommen. Das Lokal in Wien, D-gasse, sei von ihm gepachtet worden (siehe den Vertrag vom 1.5.2007). Geplant sei die offizielle Eröffnung am 18.5.2007 um 21.00 Uhr gewesen. Er habe mit kleineren Feierlichkeiten vor diesem Zeitpunkt den Hauptbetrieb erprobt. Er habe nicht gewusst, dass auch in der Zwischenzeit sein Personal zur Sozialversicherung zu melden sei. Alle erforderlichen Unterlagen für den Mai 2007 würden an die Kasse geleitet und ersuche er um eine Lohnsummenverrechnung. In einem Erhebungsbericht der Wiener Gebietskrankenkasse heißt es, es habe festgestellt werden können, dass der Dienstgeber (der Bw) mehrere Dienstnehmer beschäftigt, aber aus Unkenntnis nicht ordnungsgemäß zur Sozialversicherung angemeldet habe. Folgende Dienstnehmer seien nachzumelden (u.a. Herr A. per 13.5.2007). Bei einer Verhandlung (im Verfahren zur Zl. UVS- 02/40/7339/2007) am 6.12.2007 wurde auch Herr S. als Zeuge einvernommen; dabei gab er an, er sei in der Diskothek O. glaublich im Mai bei einer Kontrolle dabei gewesen. Er habe damals einen Kellner angetroffen, der türkischer Staatsbürger gewesen sei und lediglich einen Aufenthaltstitel für Studierende habe vorweisen können. Einige Personen hätten sich durch Flucht ihrer Kontrolle entzogen. Die als Zeugin

einvernommene Frau Z. gab an, sie sei bereits bei der ersten Kontrolle der gegenständlichen Diskothek als Einsatzleiterin tätig gewesen. Dabei hätten sie eine Übertretung des AusIBG festgestellt. Überdies seien einige Bedienstete nicht zur Sozialversicherung angemeldet gewesen. Diese seien nach der Kontrolle angemeldet worden. Bei einer Befragung des Bw habe sich herausgestellt, dass die GmbH über keine Gewerbeberechtigung verfügt und keine Steuernummer besessen habe, obwohl der Betrieb schon eröffnet gewesen sei. Bei der ersten Kontrolle hätten sich auch mehrere Personen durch Flucht der Amtshandlung entzogen. Aufgrund dieser Umstände hätten sie mit der Wiener Gebietskrankenkasse eine weitere Kontrolle dieses Lokals ins Auge gefasst (die dann am 21.7.2007 durchgeführt worden sei).

Von Seiten des Finanzamtes Wien 4/5/10 wurde dann u.a. eine mit dem Bw am 16.5.2007 aufgenommene Niederschrift übermittelt. Dabei gab er an, dass die O-GmbH erst in Gründung sei. Die Miete des Lokales betrage 5.000,- Euro netto und werde an Miloje Ma. überwiesen. Die Diskothek werde seit 5.5.2007 betrieben und sei bisher zweimal in Betrieb gewesen. Bis jetzt seien noch keine Arbeitnehmer angemeldet worden, weil sich die GmbH erst in Gründung befindet. Bisher hätten ihm drei Freunde und Bekannte geholfen, die dann wahrscheinlich bei ihm arbeiten werden. Die Diskothek werde dann Freitag und Samstag geöffnet sein. Bevor er im April 2004 nach Österreich gekommen sei, habe er zwei Geschäfte in der Türkei um insgesamt 115.000,- Euro verkauft, wobei er das Geld teilweise gleich mitgenommen habe bzw. würden noch Raten bezahlt. Weitere 55.000,- Euro habe sein Sohn bzw. er als Geschenk für die Beschneidung seines Sohnes von Verwandten und Bekannten erhalten.

Zur mündlichen Verhandlung ist dann nur der Rechtsanwalt des Bw erschienen. Dieser hat erklärt, der Bw sei erkrankt (nähere Angaben über die Art dieser Erkrankung machte er nicht). Dieser Hinweis (ohne dies näher zu belegen) auf eine Erkrankung des Bw kann nicht als ausreichende Entschuldigung für das Nichterscheinen des Bw an der Berufungsverhandlung angesehen werden. Es sei aber angemerkt, dass die Einvernahme des Bw ohnedies nicht beantragt worden ist. Der BwV wies in der mündlichen Verhandlung darauf hin, es sei ein Probelauf gewesen und sei das Lokal tatsächlich erst einige Zeit später eröffnet worden. Es seien damals Freunde und Bekannte geladen gewesen und hätten einige davon (u.a. Herr A.) geholfen. Hierzu ist anzumerken, dass der Bw bei seiner Befragung beim Finanzamt Wien 4/5/10 am 16.5.2007 selbst davon gesprochen hat, dass die Diskothek seit 5.5.2007 (also noch vor der Tatzeit) betrieben werde und bisher zweimal in Betrieb gewesen sei. Bei seiner Einvernahme am 25.5.2007 bei der Wiener Gebietskrankenkasse sprach der Bw davon, dass die offizielle Eröffnung am 18.5.2007 geplant gewesen sei; er habe mit kleineren Feierlichkeiten vor diesem Zeitpunkt den Hauptbetrieb erprobt. Er habe aber nicht gewusst, dass er auch in der Zwischenzeit sein Personal zur Sozialversicherung zu melden habe.

Der Zeuge S. schilderte glaubwürdig und nachvollziehbar, wie damals die Kontrolle abgelaufen und wie er auf Herrn A. gestoßen sei. Er wies auch darauf hin, dass der Ausländer eine Kellnerbriefetasche getragen habe und daher wohl anzunehmen sei, dass auch kassiert worden sei; die Eingangstüre sei nicht versperrt gewesen. Es wurde vom Vertreter des Finanzamtes auch eine Preisliste der Diskothek ?O. Vienna? vorgelegt. Der Zeuge S. merkte dazu an, wenn diese beim gegenständlichen Akt dabei sei, dann werde sie vom Kontrolltag stammen. In einem ebenfalls einliegenden Flyer wird auf eine ?Stolichnaya Party? am 16.5.2007 hingewiesen (eine Flasche plus drei Beigetränke kosten nur 59,- Euro, 2 cl nur 2,- Euro).

Der Zeuge Resul Ö. versuchte sich als eine Person darzustellen, die nur kurz im Lokal war, um die Musikanlage zu testen (es sei das Lokal noch nicht in Betrieb gewesen). Er räumte dann aber schon ein, dass Leute in der Diskothek gewesen seien. Völlig unglaublich war dann seine Antwort auf die Frage, ob im Lokal die Leute auch getrunken und getanzt hätten, denn kann er doch nicht ernsthaft meinen, dass ihm geglaubt werde, dass er darauf (als DJ) nicht geachtet habe. Er merkte an, nur hobbymäßig als DJ tätig zu sein und dafür Getränke zu bekommen. Er war schon vor dem Kontrolltag ein paar Mal in der gegenständlichen Disco (zuvor war er Gast). Da er den Inhaber kenne, werde er meistens eingeladen und brauche er gar keine Preisliste (über Vorhalt der Preisliste erklärte er nämlich, diese das erste Mal zu sehen).

Die Zeugin C. wies darauf hin, dass sie vom Bw einmal darauf angesprochen worden sei, dass er vielleicht einen Job für sie habe. Sie hätte am fraglichen Tag im Lokal eine Art Barkeeperin sein sollen. Über den Verdienst habe sie mit dem Bw noch nicht gesprochen gehabt; sie gehe aber davon aus, dass sie ungefähr 10,- Euro in der Stunde verdient hätte. Bezuglich dieser Zeugin hat sich überhaupt kein Hinweis darauf ergeben, dass diese mit dem Bw näher befreundet oder bekannt sei. Sie hat diesen beim Fortgehen einmal kennen gelernt und hatte er ihr einen Job in Aussicht gestellt. Der Bw habe ihr damals hin und wieder erklärt, wo die Getränke seien und was zu machen sei. Sie wies darauf hin, die

Kellnerbrieftasche und die Schürze selbst mitgehabt zu haben. Soweit sie wisse, hätten sie damals ein weißes Hemd anziehen müssen; dies habe ihr der Bw schon vorher einmal gesagt. Die Farbe der Hose oder des Rockes sei egal gewesen, weil sie eh die Schürze gehabt hätten. Es besteht überhaupt kein Zweifel daran, dass Frau C. vom Bw am fraglichen Tag in das gegenständliche Lokal bestellt worden ist, um dort als Barkeeperin/Kellnerin zu arbeiten. Zu einer weiteren Tätigkeit in der fraglichen Nacht in der Disco ist es ja nur deswegen nicht gekommen, weil eben die Kontrolle stattgefunden hat. Es ist nochmals darauf hinzuweisen, dass der angetroffene Herr A. eine typische Kellnerbekleidung getragen hat. So wies Frau C. darauf hin, dass sie damals ein weißes Hemd (ein solches hat Herr A. getragen) anziehen hätten müssen. Herr A. hat auch eine Kellnerbrieftasche und eine Kellnerschürze getragen.

Der BwV hat ? wie erwähnt ? erstmals in der mündlichen Verhandlung davon gesprochen, es seien damals Freunde und Bekannte geladen gewesen und hätten einige davon (u.a. Herr A.) spontan geholfen. Bei der Frage, ob die Tätigkeit als Kellner für den Bw lediglich aufgrund einer Bekanntschaft oder Freundschaft des Ausländer zu ihm erbracht worden ist, ist zu bedenken, dass bei Beurteilung, ob in einem konkreten Fall ein nicht dem Reglement des AuslBG unterliegender Gefälligkeitsdienst anzunehmen ist, die Behörde eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen hat (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 4.9.2006, Zl. 2003/09/0081). Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes können als Gefälligkeitsdienste kurzfristige, freiwillige und unentgeltliche Dienste anerkannt werden, die vom Leistenden aufgrund spezifischer Bindungen zwischen ihm und dem Leistungsberechtigten erbracht werden. Dabei trifft die Partei ? unabhängig von der grundsätzlichen Verpflichtung der Behörde zur amtsweigigen Erforschung des für die Entscheidung notwendigen Sachverhaltes ? eine entsprechende Mitwirkungspflicht, zumal es sich bei den zur Beantwortung der Frage, ob ein Freundschafts- oder Gefälligkeitsdienst vorliegt, erforderlichen Umständen um solche handelt, die zumeist der Privatsphäre der Partei zuzuordnen sind und der Behörde nicht ohne Weiteres zur Kenntnis gelangen. Es ist in diesen Fällen daher hauptsächlich Sache der Partei, entsprechend konkrete Behauptungen aufzustellen und Beweise anzubieten (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 9.10.2006, Zl. 2005/09/0099). Wie bereits oben erwähnt, hat der Bw im Zuge des erstinstanzlichen Verfahrens und in der Berufung keine näheren Angaben zu der im Zuge einer Kontrolle festgestellten Tätigkeit des Herrn A. als Kellner in dem von ihm betriebenen Lokal gemacht. Erstmals in der mündlichen Verhandlung sprach der BwV davon, es seien Freunde und Bekannte geladen gewesen, wobei einige davon (u.a. Herr A.) geholfen hätten. Diese unsubstanziierte und nicht näher ausgeführte Behauptung des BwV ist für sich genommen jedoch nicht ausreichend, einen freiwilligen unentgeltlichen Freundschaftsdienst anzunehmen, hat doch der Bw zu keiner Zeit konkret auf eine zwischen ihm und dem Ausländer bestehende spezifische Bindung verwiesen (die auf eine Freundschaft oder Bekanntschaft hindeuten könnte). Dem Vorbringen des BwV konnte aber auch deshalb nicht gefolgt werden, weil etwa Frau C. vom Bw am fraglichen Tag in die Disco bestellt worden ist, um dort als Barkeeperin/Kellnerin (gegen eine Entlohnung) zu arbeiten. Dass es sich etwa bei dieser um eine Freundin oder Bekannte des Bw gehandelt hätte, ist im Verfahren nicht hervorgekommen. Bei der Tätigkeit eines Kellners in einem Lokal (Diskothek) handelt es sich um eine Tätigkeit, ?die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet? wird (vgl. dazu das Erkenntnis des VwGH vom 9.10.2006, Zl. 2005/09/0089). Es kann daher nicht als rechtwidrig erkannt werden, wenn schon die Erstbehörde unter den gegebenen Umständen davon ausgegangen ist, dass die vom Ausländer im Betrieb des Bw verrichteten Tätigkeiten (als Kellner) als in einem zumindest arbeitnehmerähnlichen Verhältnis erbracht im Sinn des § 2 Abs 2 AuslBG zu beurteilen sind. Im Verfahren haben sich auch keine Hinweise darauf ergeben, dass eine Unentgeltlichkeit vereinbart gewesen wäre, sodass im Sinne des § 29 Abs 1 AuslBG dem betreffenden Ausländer bei Annahme des Vorliegens (zumindest) eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses aufgrund der anderen gegebenen Kriterien für die Dauer der Beschäftigung die gleichen Ansprüche wie aufgrund eines gültigen Arbeitsvertrages grundsätzlich zustehen (vgl. dazu das Erkenntnis des VwGH vom 9.10.2006, Zl. 2005/09/0099).

Der BwV hat in seinen Schlussausführungen angemerkt, der Bw sei in dem rechtlich irrelevanten Irrtum gewesen, das er für den Probelauf für die kurzfristige Beschäftigung des Ausländer keine Anmeldung (gemeint offenbar: bei der Sozialversicherung) vorzunehmen habe.

Dieses Vorbringen ist aber auch nicht geeignet, der Berufung in der Schuldfrage zum Erfolg zu verhelfen.

Gemäß § 5 Abs 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zu widerhandeln 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 der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Im Falle eines "Ungehorsamsdeliktes" - als welches sich auch die Verwaltungsübertretung nach § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG darstellt - tritt somit insofern eine Verlagerung der Behauptungslast ein, als die Behörde lediglich die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes zu beweisen hat, während es Sache des Täters ist, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Nach § 5 Abs 2 VStG entschuldigt die Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte.

Unkenntnis eines Gesetzes kann nur dann als unverschuldet angesehen werden, wenn jemandem die Verwaltungsvorschrift trotz Anwendung der nach seinen Verhältnissen erforderlichen Sorgfalt unbekannt geblieben ist. Wer ein Gewerbe betreibt, ist verpflichtet, sich vor der Ausübung über die das Gewerbe betreffenden Vorschriften zu unterrichten (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 18.5.1994, Zl. 93/09/0176). Dabei ist auch eine irrite Gesetzesauslegung ein Rechtsirrtum, die den Beschuldigten nicht zu entschuldigen vermag, wenn nach seinem ganzen Verhalten nicht angenommen werden kann, dass sie unverschuldet war und dass er das Unerlaubte seines Verhaltens nicht einsehen konnte.

Es besteht daher für den Arbeitgeber grundsätzlich die Verpflichtung, sich u.a. auch mit den gesetzlichen Vorschriften betreffend die Ausländerbeschäftigung laufend vertraut zu machen. Sollte er damit überfordert sein, wäre er verpflichtet gewesen, über die von ihm im Einzelnen erwogenen Schritte bei der Einstellung einer ausländischen Arbeitskraft bei der zuständigen Behörde Auskunft einzuholen; wenn er dies unterlässt, so vermag ihn die Unkenntnis dieser Vorschrift nicht von seiner Schuld zu befreien (vgl. zum Ganzen das Erkenntnis des VwGH vom 27.6.2001, Zl. 99/09/0191). Es sei auch erwähnt, dass sich der Arbeitgeber auf die Auskunft von Rechtsanwälten oder Steuerberatern allein jedenfalls auch nicht verlassen darf (vgl. z.B. das Erkenntnis des VwGH vom 23.11.2005, Zl. 2004/09/0168).

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien ist daher zu dem Ergebnis gelangt, dass der Bw im vorliegenden Fall schuldhaft (in Form fahrlässigen Verhaltens) gegen die einschlägige Strafbestimmung des AuslBG verstoßen hat.

Zur Strafbemessung ist Folgendes auszuführen:

Gemäß § 19 Abs 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat.

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-, Vermögens- und Familienverhältnisse 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, Zl. 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, Zl. 93/09/0423, mit weiteren Judikaturhinweisen). Das Verschulden des Bw 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. Wie die obigen Ausführungen zeigen, hat es der Bw unterlassen, sich in ausreichendem Maße mit den Voraussetzungen einer legalen Beschäftigungsaufnahme eines Ausländer vertraut zumachen, sodass sein Verschulden nicht als bloß geringfügig angesehen werden kann. Aufgrund dieser Erwägungen

kam auch eine Anwendung des § 21 VStG im vorliegenden Fall nicht in Betracht. Bei der Strafbemessung sind weder Milderungs- noch Erschwerungsgründe zu berücksichtigen. Nach dem eingeholten Vorstrafenauszug der Bundespolizeidirektion Wien (AS 27) hat der Bw zur Tatzeit bereits (wenngleich nicht einschlägige) Verwaltungsvormerkungen aufgewiesen, sodass ihm der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit nicht mehr zu Gute kommt. Die außerordentliche Milderung der Strafe nach § 20 VStG scheidet somit von vornherein aus.

Zu seinen finanziellen und persönlichen Verhältnissen gab der Bw in der Berufung an, er befindet sich in einer angespannten finanziellen Situation und sei für seine Ehegattin und drei Kinder sorgepflichtig. Wie sich aus seinen Angaben bei der Einvernahme am 16.5.2007 beim Finanzamt ergibt, hat er ? bevor er nach Österreich gekommen ist ? in der Türkei zwei Geschäfte um insgesamt 115.000,-- Euro verkauft. Weitere 55.000,-- Euro habe sein Sohn bzw. er als Geschenk für die Beschneidung seines Sohnes bekommen. Der Bw scheint bei der O-GmbH auch als alleiniger Gesellschafter auf. Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien geht daher von durchschnittlichen Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Bw aus. Berücksichtigt werden die Sorgepflichten des Bw für seine Ehegattin und drei Kinder. Unter Bedachtnahme auf diese Strafzumessungsgründe sowie den von 1.000,-- Euro bis zu 10.000,-- Euro reichenden ersten Strafsatz des § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG ist die von der Erstbehörde verhängte Geldstrafe von 1.120,-- Euro durchaus angemessen und keineswegs zu hoch. Eine Strafe in diesem Ausmaß erscheint auch geboten zu sein, um den Bw künftig von gleichartigen Verwaltungsübertretungen abzuhalten.

Das VStG sieht für das Verhältnis zwischen Geldstrafen und Ersatzfreiheitsstrafen zwar keinen festen Umrechnungsschlüssel vor (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 23.1.1991, Zl. 90/02/0163). Dennoch erscheint dem Unabhängigen Verwaltungssenat Wien im vorliegenden Fall (die von der Erstbehörde verhängte Geldstrafe liegt nur knapp über der Mindeststrafe) die Festsetzung der Ersatzfreiheitsstrafe mit einer Woche, einem Tag (die im § 16 Abs 2 VStG vorgesehene Höchststrafe beträgt zwei Wochen) als zu hoch gegriffen, weshalb die Ersatzfreiheitsstrafe spruchgemäß herabgesetzt wurde.

Gemäß § 65 VStG sind die Kosten des Berufungsverfahrens dem Bw nicht aufzuerlegen, wenn der Berufung auch nur teilweise Folge gegeben worden ist.

Setzt die Berufungsbehörde (allein) die von der Erstbehörde festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe herab, so kann von einem ?Bestätigen? des Straferkenntnisses nicht gesprochen werden und ist sohin die Vorschreibung von Kosten des Berufungsverfahrens nicht zulässig (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 7.9.1995, Zl. 94/09/0164).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Die Kostenentscheidungen gründen sich auf die §§ 64 und 65 VStG.

Quelle: Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/uvs/index.html>

© 2026 JUSLINE

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