

# TE UVS Wien 1997/04/25 07/A/36/60/97

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 25.04.1997

## Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch sein Mitglied Mag Fritz über die Berufung des Arbeitsinspektors für Bauarbeiten, Abteilung 2 (Kontrolle illegaler Beschäftigung), gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 23. Bezirk, vom 28.1.1997, ZI MBA 23 - S 9489/96, betreffend Übertretung des AusIBG, entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG wird der nur gegen die Strafhöhe gerichteten Berufung insofern Folge gegeben, als die Geldstrafe von S 5.000,-- auf S 10.000,-- (die für den Fall der Uneinbringlichkeit festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe bleibt mit 5 Tagen unverändert aufrecht) hinaufgesetzt wird.

Die Strafnorm hat richtig "§ 28 Abs 1 Z 1 erster Strafsatz AusIBG idF gemäß BGBl Nr 895/1995" zu lauten.

## Text

Begründung:

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde Herr Claus H schuldig erkannt, er habe als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ im Sinne des § 9 VStG der L-GmbH zu verantworten, daß diese Gesellschaft als Arbeitgeber mit Sitz in Wien, K-straße, am 11.4.1996 von 11.10 Uhr bis 11.45 Uhr in O, J-straße den Ausländer Herrn Milic K (geb 1947) mit der Durchführung von Aufmauerarbeiten einer beidseitig begehbarer Außenstiege und dem Ausheben des Fundamentes für eine Begrenzungsmauer beschäftigt habe, obwohl für diesen Ausländer vom zuständigen Landesarbeitsamt weder eine gültige Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine gültige Arbeitserlaubnis oder ein gültiger Befreiungsschein ausgestellt worden sei. Er habe dadurch § 28 Abs 1 Z 1 lit a iVm § 3 Abs 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz, BGBl Nr 218/1975 idgF (AusIBG) verletzt. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über Herrn H gemäß "§ 28 Abs 1 Z 1 lit a Strafsatz" AusIBG eine Geldstrafe in der Höhe von S 5.000,-- (im Falle der Uneinbringlichkeit 5 Tage Ersatzfreiheitsstrafe) verhängt. Gleichzeitig wurden die von Herrn H zu ersetzenen Verfahrenskosten mit S 500,-- bestimmt. Begründend führte die Erstbehörde - zur Strafbemessung - aus, erschwerende Gründe seien nicht vorgelegen; mildernd sei die bisherige Unbescholtenheit gewertet worden. Die Tat habe in nicht unerheblichem Maße das öffentliche Interesse geschädigt. Deshalb sei der Unrechtsgehalt der Tat an sich, selbst bei Fehlen sonstiger nachteiliger Folgen, nicht gering gewesen. Daß die Einhaltung der Vorschriften eine besondere Aufmerksamkeit erfordert habe, oder daß die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können, sei nicht hervorgekommen noch aufgrund der Tatumsstände anzunehmen und es könne daher das Verschulden des Herrn H nicht als geringfügig angesehen werden. Betreffend den Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen des Beschuldigten seien dem Amt keine Umstände bekannt, die annehmen ließen, daß er durch die verhängte Strafe in seinen wirtschaftlichen Verhältnissen übermäßig hart getroffen werde.

Die vom Arbeitsinspektorat für Bauarbeiten dagegen erhobene Berufung richtet sich ausschließlich gegen das Ausmaß der verhängten Geldstrafe und führt dazu aus, daß zum Zeitpunkt der Tatbegehung die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe S 10.000,-- betragen habe. Als Erschwerungsgründe würden die vollkommen konsenslose Beschäftigung sowie die Nichtanmeldung zur Sozialversicherung geltend gemacht.

In seiner Stellungnahme zur Berufung des Arbeitsinspektorates für Bauarbeiten verwies Herr H darauf, daß in jedem Fall die Voraussetzungen für die außerordentliche Strafmilderung iSd § 20 VStG vorlägen, zumal die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwögen, er aber insbesondere unbescholten sei. Es werde daher beantragt, der vorliegenden Strafberufung keine Folge zu geben.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Die Berufung richtet sich ausdrücklich nur gegen die Höhe der verhängten Strafe. Der Schuldspruch des angefochtenen Straferkenntnisses ist daher bereits in Rechtskraft erwachsen (vgl das Erk des VwGH vom 19.6.1991, ZI 91/03/0004).

Gemäß § 3 Abs 1 AusIBG darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung erteilt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt. Nach § 28 Abs 1 Z 1 lit a AusIBG in der im vorliegenden Fall auf Grund des Tatzeitpunktes anzuwendenden Fassung gemäß BGBl Nr 895/1995 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 dem § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§ 4) erteilt noch eine Arbeitserlaubnis (§ 14 a) oder ein Befreiungsschein (§ 15) ausgestellt wurde, ... bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von S 10.000,-- bis zu S 60.000,-- im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von S 20.000,-- bis zu S 120.000,-- bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von S 20.000,-- bis zu S 120.000,-- im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von S 40.000,-- bis zu S 240.000,--. 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 (§§ 40-46 VStG) 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 Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Das Gebot des § 3 Abs 1 AusIBG, 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 Erk 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 Erk des VwGH vom 21.4.1994, ZI 93/09/0423, mit weiteren Judikaturhinweisen).

Das Verschulden des Herrn H konnte ebenfalls 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. So ist davon auszugehen, daß aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung bekannt ist, daß die Beschäftigung eines Ausländer grundsätzlich einer verwaltungsbehördlichen Bewilligung bedarf (vgl das Erkenntnis des VwGH vom 21.2.1991, ZI 90/09/0160).

In seiner Stellungnahme vom 7.10.1996 brachte Herr Claus H (zum Vorwurf der unerlaubten Beschäftigung des Milic K) vor, dieser habe ohnehin über eine rechtskräftige Beschäftigungsbewilligung, allerdings für den vormaligen

Dienstgeber, die Fa Le-GmbH, verfügt. Milic K habe auf der Basis dieser Beschäftigungsbewilligung bei der L-GmbH vorgesprochen und mitgeteilt, mit seinem vormaligen Dienstgeber nicht zufrieden zu sein, zumal dieser auch den Lohn teilweise verspätet, teilweise jedoch gar nicht auszahle. Milic K wolle aus diesem Grund bei der L-GmbH zu arbeiten beginnen. Es sei am Tattag nicht geplant gewesen, daß Milic K bereits in einem Beschäftigungsverhältnis zur L-GmbH stehe und hätte dieser auch von der L-GmbH an diesem Tag nicht beschäftigt werden sollen, sondern hätte am Abend dieses Tages über einen Arbeitsvertrag entschieden werden sollen. An diesem Tag habe sich Herr K mit Vlajko P auf die Baustelle begeben, um die Arbeitsweise der L-GmbH zu beobachten. Die L-GmbH sei grundsätzlich davon ausgegangen, daß es verwaltungsrechtlich aufgrund einer bereits vorhandenen Beschäftigungsbewilligung keine Probleme gebe, doch hätte über eine definitive Anstellung und Beschäftigung im eigentlichen Sinne erst nach dem Kontrolltag entschieden werden sollen. Da Herr Milic K aufgrund der Kontrolle ausgesprochen verunsichert gewesen sei, sei es dann erst einige Zeit später zur Aufnahme eines Arbeitsverhältnisses zwischen der L-GmbH und Herrn Milic K gekommen und liege zwischenzeitig für Herrn K (erwartungsgemäß) ebenfalls eine aufrechte Beschäftigungsbewilligung vor.

Im vorliegenden Fall blieb unbestritten, daß zur fraglichen Zeit der Firma Le-GmbH eine Beschäftigungsbewilligung für Herrn Milic K für die Tätigkeit als Maurer für die Zeit vom 7.7.1995 bis 6.7.1996 erteilt war. Im vorliegenden Fall hätten Herrn Claus H zumindest Zweifel kommen müssen, ob die Heranziehung dieses Ausländer zu bestimmten Arbeiten auf einer Baustelle seines Unternehmens nicht (auch) einer Bewilligungspflicht unterliegt. Herr Claus H hätte bei der zuständigen Bewilligungsbehörde Erkundigungen einziehen müssen, ob eine Beschäftigung des hier relevanten Ausländer, für den einer anderen Firma eine Beschäftigungsbewilligung erteilt worden war, zulässig sei oder nicht. Im übrigen ist dem Ausländerbeschäftigungsgesetz eindeutig zu entnehmen, daß eine Beschäftigungsbewilligung für einen Ausländer immer einem bestimmten Arbeitgeber erteilt wird und diese (abgesehen von der hier nicht in Betracht kommenden Bestimmung des § 3 Abs 3 AuslBG) nicht auf einen anderen Arbeitgeber übertragbar ist. Herr Claus H bzw sein Unternehmen hätte daher mit der Beschäftigung des betreffenden Ausländer bis zur positiven Erledigung eines zu stellenden Antrages auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung zuwarten müssen. Insgesamt kann somit das Verschulden des Herrn Claus H nicht als geringfügig angesehen werden, weil es dieser - entgegen der ihn als Geschäftsführer einer GmbH treffenden Verpflichtung - unterlassen hat, sich - in ausreichendem Maße - mit den Bestimmungen über die Ausländerbeschäftigung vertraut zu machen. Aufgrund dieser Erwägungen kam eine Anwendung des § 21 VStG im vorliegenden Fall nicht in Betracht.

Die Erstbehörde hat eine Geldstrafe von S 5.000,-- verhängt, wobei sich der Begründung des erstinstanzlichen Straferkenntnisses kein Hinweis dafür entnehmen läßt, wie die Erstbehörde zur Verhängung einer die Mindeststrafe (S 10.000,-- nach § 28 Abs 1 Z 1 erster Strafsatz idF gemäß BGBl Nr 895/1995) unterschreitenden Geldstrafe gelangt ist.

Bei der Strafbemessung konnte (anderes als die Strafbehörde erster Instanz es getan hat) die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit nicht als mildernd gewertet werden, denn nur die "absolute" Unbescholtenheit stellt einen Milderungsgrund dar (vgl das Erkenntnis des VwGH vom 3.12.1992, ZI 91/19/0169). Nach der Aktenlage (siehe das eingeholte Vorstrafenverzeichnis der Bundespolizeidirektion Wien, Bezirkspolizeikommissariat Liesing) war über den Bw zum Tatzeitpunkt bereits eine Verwaltungsvormerkung - allerdings keine einschlägige nach den Bestimmungen des AuslBG - rechtskräftig verhängt worden, sodaß ihm der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit nicht mehr zugute kommen kann.

Wenn Herr Claus H vorgebracht hat, daß für Herrn Milic K zwischenzeitig eine aufrechte Beschäftigungsbewilligung vorliege (nach dem vorgelegten Bescheid des Arbeitsmarktservice Bau-Holz Wien vom 26.7.1996 für die Zeit vom 26.7.1996 bis 25.7.1997 aufgrund eines Antrages der Firma L-GmbH vom 18.7.1996), so vermag er damit jedoch keinesfalls das Vorliegen eines bei der Strafbemessung nach den Regeln des VStG zu berücksichtigenden Milderungsgrundes aufzuzeigen (vgl in diesem Zusammenhang das Erkenntnis des VwGH vom 16.7.1992, ZI 92/09/0052).

Das Arbeitsinspektorat für Bauarbeiten bringt in seiner Berufung vor, die "vollkommen konsenslose Beschäftigung" sowie die Nichtanmeldung zur Sozialversicherung würden als Erschwerungsgründe geltend gemacht. Hiezu ist folgendes zu bemerken: Gemäß § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist zu bestrafen, wer entgegen dem § 3 AuslBG einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein ausgestellt worden ist. Die "vollkommen konsenslose" Beschäftigung eines Ausländer stellt überhaupt erst den Tatbestand einer Übertretung nach § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG iVm § 3 Abs 1

AusIBG dar und kann nicht - zusätzlich - als erschwerender Grund für die Bemessung der Strafhöhe herangezogen werden. Das Arbeitsinspektorat für Bauarbeiten ist darauf hinzuweisen, daß auch im Bereich des VStG das sogenannte "Doppelverwertungsverbot" gilt, welches besagt, daß Merkmale, die die Strafdrohung bestimmen bzw Tatbestandsmerkmale sind, nicht noch zusätzlich als Strafumessungsgründe berücksichtigt werden dürfen (vgl dazu Hauer-Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens, fünfte Auflage, Seite 840, FN 3 und Seite 851). Aber auch die "Nichtanmeldung zur Sozialversicherung" war nicht zusätzlich als Erschwerungsgrund zu werten. Gemäß § 28 Abs 5 AusIBG idF gemäß BGBI Nr 895/1995 (in Kraft getreten mit 1.1.1996) hat die Bezirksverwaltungsbehörde bei Übertretungen nach Absatz 1 Z 1 des § 28 AusIBG die unberechtigte Beschäftigung eines Ausländer zu schlechteren Lohn- und Arbeitsbedingungen als sie die jeweils anzuwendenden Normen der kollektiven Rechtsgestaltung vorsehen, bei der Strafbemessung als besonders erschwerend zu berücksichtigen. Wie der Verwaltungsgerichtshof zB in seinem Erkenntnis vom 2.7.1987, ZI 87/09/0046, dargelegt hat, ist der Begriff der "Arbeitsbedingungen" weit zu verstehen. Er erfaßt nicht bloß die Hauptleistungen aus dem Arbeitsvertrag, also insbesondere das Entgelt und andere aus dem Arbeitsverhältnis entspringende Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien, wie Arbeitszeit, Freizeit, Feiertagsarbeit, sondern überhaupt jede Frage, welche die Stellung der Arbeitnehmer im Betrieb oder Unternehmen betrifft. Die Anmeldung eines Ausländer bei der zuständigen Gebietskrankenkasse nach den Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes fällt jedoch nicht unter diesen Begriff (vgl auch das Erkenntnis des VwGH vom 8.9.1987, ZI 87/09/0141 zur Bestimmung des § 4 Abs 3 Z 4 AusIBG in der Stammfassung). Diese Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes veranlaßte den Gesetzgeber in der Folge, den § 4 Abs 3 Z 4 AusIBG dahingehend zu modifizieren, daß die Worte "einschließlich der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften" ergänzt wurden. Der § 4 Abs 3 Z 4 AusIBG lautet nunmehr wie folgt: Die Beschäftigungsbewilligung darf weiters nur erteilt werden, wenn die Gewähr gegeben erscheint, daß der Arbeitgeber die Lohn- und Arbeitsbedingungen einschließlich der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften einhält (vgl dazu EBzRV 449 Blg 17. GP).

Im Verfahren sind somit weder Erschwerungs- noch Milderungsgründe hervorgekommen. Die außerordentliche Milderung der Strafe im Sinne des § 20 VStG scheidet damit von vornherein aus. Herr Claus H hat in seiner Stellungnahme vom 18.3.1997 lediglich vorgebracht, die Voraussetzungen für eine außerordentlichen Milderung der Strafe im Sinne des § 20 VStG lägen vor, zumal die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwogen; er sei insbesondere unbescholten. Wie schon oben näher ausgeführt worden ist, konnte die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit nicht als mildernd gewertet werden; Herr Claus H legt nun nicht näher dar, welche weiteren Milderungsgründe bei der Strafbemessung Berücksichtigung finden müßten. Für den Unabhängigen Verwaltungssenat Wien sind weitere Milderungsgründe nicht erkennbar.

Hinsichtlich der Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse ging der Unabhängige Verwaltungssenat Wien von einer eigenen Angabe des Bw aus (verheiratet, derzeit arbeitslos, Einkommen von ca S 13.000,-- bis S 14.000,-- monatlich, kein Vermögen, sorgepflichtig für die Gattin und ein Kind).

Unter Bedachtnahme auf diese Strafumessungsgründe und den von S 10.000,-- bis zu S 60.000,-- reichenden ersten Strafsatz des § 28 Abs 1 Z 1 AusIBG(idF BGBI Nr 895/1995) ist die nunmehr verhängte Geldstrafe von S 10.000,-- (das ist die Mindeststrafe) durchaus angemessen und keineswegs zu hoch. Eine Strafe in diesem Ausmaß scheint ausreichend, um Herrn Claus H künftig von gleichartigen Verwaltungsübertretungen abzuhalten.

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