

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

17.12.1998

Geschäftszahl

96/09/0364

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Fürnsinn und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Enzlberger, über die Beschwerde des SP in W, vertreten durch Schönherr Barfuss Torgler & Partner, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Tuchlauben 13, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 12. September 1996, Zl. UVS-07/03/00991/94, betreffend nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Partei: Bundesminister für Arbeit, Gesundheit und Soziales), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 12.950,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 11. Bezirk, vom 10. Oktober 1994 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen Berufener der S Gesellschaft m.b.H, berechtigt zur Ausübung der Gewerbe "Erzeugung von Feinkostwaren und anderen Lebensmitteln in Form eines Industriebetriebes" und "Handelsgewerbe gemäß § 103 Abs. 1 lit. b Z. 25 GewO 1973" im Standort Wien XI, Mautner Markhofgasse 28-32, zu verantworten, daß diese Gesellschaft im Rahmen ihres Gewerbebetriebes im oben genannten Standort

1. MN, geb. am 2. September 1960, jugoslawische Staatsangehörige in der Zeit vom 15. Juni 1992 bis 29. November 1993,

2. BA, geb. am 12. Juli 1973, jugoslawische Staatsangehörige, in der Zeit vom 17. Mai 1993 bis 29. November 1993,

3. OM, geb. am 29. Juli 1968, bosnische Staatsangehörige, am 29. November 1993,

4. BA, geb. am 2. Juli 1977, bosnische Staatsangehörige, am 29. November 1993,

5. MM, geb. am 5. April 1963, jugoslawische Staatsangehörige, in der Zeit vom 26. November 1993 bis 29. November 1993,

und

6. JC, geb. am 18. Dezember 1976, bosnische Staatsangehörige, am 29. November 1993,

als Arbeiterinnen in der Gabelbissenerzeugung beschäftigt habe, ohne daß für diese eine Beschäftigungsbewilligung erteilt bzw. diesen Arbeiterinnen ein Befreiungsschein oder eine Arbeitserlaubnis ausgestellt worden sei und er habe hierdurch die Rechtsvorschrift des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz in der Fassung BGBl. Nr. 502/1993 verletzt.

Über ihn wurden Geldstrafen wie folgt verhängt:

ad 1.	S 75.000,--
ad 2.	S 40.000,--
ad 3., 4. und 6.	je S 13.000,--
ad 5.	S 18.000,--

Dem lag im wesentlichen zugrunde, der Beschwerdeführer habe sich trotz entsprechender Aufforderung nicht gerechtfertigt, er habe weder behauptet noch bewiesen, daß ihm die Einhaltung der übertretenen Verwaltungsvorschrift ohne Verschulden nicht möglich gewesen sei. Bei der Strafbemessung sei als mildernd gewertet worden, daß er keine einschlägige verwaltungsstrafrechtliche Vorstrafe aufweise, erschwerend wertete die Behörde erster Instanz die lange Dauer des strafbaren Verhaltens hinsichtlich der unter 1. und 2. genannten Arbeitnehmerinnen.

Der Beschwerdeführer erhob gegen diesen Bescheid Berufung, in der er - soweit dies für das Beschwerdeverfahren noch von Relevanz ist - im wesentlichen ausführte, bei der Strafbemessung sei unberücksichtigt geblieben, daß die im Straferkenntnis genannten Arbeitnehmerinnen bei der Sozialversicherung ordnungsgemäß angemeldet gewesen seien und die Sozialversicherungsbeiträge sowie die sonstigen Lohnnebenkosten ordnungsgemäß entrichtet worden seien. Nur aufgrund dieser ordnungsgemäßen Anmeldung bei der Sozialversicherung sei es der Behörde überhaupt möglich gewesen, die einzelnen Beschäftigungszeiten zu ermitteln. Würde die ordnungsgemäße Anmeldung nicht als Milderungsgrund berücksichtigt werden, hätte dies die Konsequenz, daß ein Ausländer "schwarz" beschäftigender Dienstgeber aufgrund der Nichtfeststellbarkeit der genauen Zeit der Beschäftigung milder bestraft würde als ein rechtmäßig handelnder. Die vom Beschwerdeführer vertretene Gesellschaft m.b.H. habe während des gesamten inkriminierten Zeitraumes bei sämtlichen Arbeitsämtern in Wien sowie bei den Arbeitsämtern Schwechat und Hainburg Aufträge zur Bereitstellung von Arbeitskräften laufen gehabt, dies jedoch ohne Ergebnis. Wäre es - ohne Aufnahme ausländischer Arbeitnehmer - nicht möglich gewesen, Kunden, vor allem Handelsketten, zeitgerecht zu beliefern, wäre die Aufkündigung von Lieferverträgen und damit eine akute Existenzbedrohung im Raum gestanden. Die Beschäftigung der gegenständlichen Ausländer hätte daher nicht zu einer Gefährdung von Arbeitsplätzen inländischer Arbeitnehmer, sondern vielmehr zur Erhaltung derselben beigetragen.

Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde dieser Berufung hinsichtlich des Spruchpunktes 4 des erstinstanzlichen Straferkenntnisses (betreffend Brizic Andja) gemäß § 66 Abs. 4 AVG Folge, behob das Straferkenntnis in diesem Punkte und stellte das Verfahren hierüber gemäß § 45 Abs. 1 Z. 1 VStG ein. Im übrigen gab sie der auf die Höhe der verhängten Strafe eingeschränkten Berufung keine Folge und bestätigte das angefochtene Straferkenntnis im Straf- und Kostenausspruch mit der Maßgabe, daß der dritte Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG zur Anwendung komme.

Nach Darstellung des Verfahrensganges und der von ihr in Anwendung gebrachten Gesetzesbestimmungen führte die belangte Behörde - im wesentlichen und zusammengefaßt - aus, jede Verletzung der zwingenden Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes schädige staatliche und privatwirtschaftliche Interessen in erheblichem Ausmaß, weil sie eine Verzerrung des Arbeitsmarktes hinsichtlich des Arbeitskräfteangebotes, Lohndumping sowie die Hinterziehung von Steuern und Abgaben ermögliche und den primären Zugang inländischer Arbeitskräfte zum Arbeitsmarkt verhindere. Sie führe auf gesamtwirtschaftlicher Ebene zu volkswirtschaftlichen Schäden und zusätzlich zu einer Wettbewerbsverzerrung. Der objektive Unrechtsgehalt der Übertretung der Bestimmung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes könne daher nicht als bloß geringfügig gewertet werden, obwohl im vorliegenden Fall auch zu berücksichtigen gewesen sei, daß durch die Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge und der sonstigen Lohnnebenkosten sowie der kollektivvertraglichen Entlohnung der objektive Unrechtsgehalt der Taten insofern hinter dem mit der Verletzung der verfahrensgegenständlichen Verwaltungsvorschrift üblicherweise verbundenen Unrechtsgehalt zurückstehe. Die belangte Behörde schenkte aber der Verantwortung des Beschwerdeführers keinen Glauben, er habe die Ausländerinnen, die bosnische Staatsbürgerinnen gewesen seien, in der Erwartung beschäftigt, daß ihnen aufgrund des Sonderstatus für bosnische Staatsbürger eine Beschäftigungsbewilligung erteilt werden würde, weil diese Rechtfertigung im Hinblick auf einen von Juni 1992 bis November 1993 reichenden Beschäftigungszeitraum der Frau M und des von Mai 1993 bis November 1993 reichenden Beschäftigungszeitraumes der Frau B in keiner Weise nachvollziehbar sei. Im Verfahren hätten sich auch keine Hinweise ergeben, daß der Beschwerdeführer bezüglich der Ausländereigenschaft sowie des Fehlens der arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen für die Beschäftigung in einem Irrtum befangen gewesen wäre, noch daß er vom Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes nach § 1 Abs. 2 AuslBG ausgegangen wäre. Vielmehr sei dem Beschwerdeführer die Rechtswidrigkeit der Beschäftigung der verfahrensgegenständlichen Ausländer bekannt gewesen bzw. hätte er diese unschwer erkennen können. Die erstinstanzliche Behörde habe zu Unrecht den Umstand als mildernd gewertet, daß der Beschwerdeführer keine einschlägige rechtskräftige verwaltungsstrafrechtliche Vorstrafe aufweise. Richtig sei zwar, daß er keine einschlägige Vorstrafe aufweise, dennoch sei er verwaltungsstrafrechtlich nicht unbescholten, weshalb dieser Milderungsgrund ihm nicht zugute komme. Hingegen sei als mildernd zu berücksichtigen, daß der Beschwerdeführer die Beschäftigung der gegenständlichen Ausländerinnen zur Sozialversicherung angemeldet habe, was - ebenso wie die Entrichtung der Steuern und Abgaben - bei der Strafbemessung zu berücksichtigen gewesen sei. Die trotz zahlreicher Vermittlungsaufträge unterbliebene Zuteilung von Arbeitskräften durch die befaßten Arbeitsämter und der damit verbundene subjektive Arbeitskräftemangel könne - entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers - für sich allein genommen keinen Milderungsgrund darstellen. Zwar könne dies im Einzelfall berücksichtigungswürdig sein, eine derartige Berücksichtigungswürdigkeit läge jedoch im vorliegenden Fall nicht vor. Der

Beschwerdeführer habe dem Auftrag der belangten Behörde, sämtliche bis zum Tatzeitpunkt gestellten Vermittlungsaufträge vorzulegen, nicht entsprochen, auch aus den von ihm vorgelegten sonstigen Unterlagen sei nicht ersichtlich, daß vor 1993 eine Vermittlungstätigkeit tatsächlich stattgefunden hätte. Er habe jedoch bereits im Juni 1992 mit der bewilligungslosen Beschäftigung von Ausländern begonnen. Damit habe er nicht dargetan, daß es ihm auch bei marktüblicher Entlohnung und entsprechender Gestaltung der Arbeitsbedingungen nicht möglich gewesen wäre, seinen Arbeitskräftebedarf durch inländische Arbeitnehmer, allenfalls auch auf andere Weise als durch die Arbeitsmarktverwaltung, zu decken. Der Beschwerdeführer habe auch nicht behauptet, daß er auch nur den Versuch unternommen habe, für die gegenständlichen Ausländerinnen vor Aufnahme eine Beschäftigungsbewilligung zu erhalten, dies sei auch nach der Aktenlage nicht erfolgt. Daher seien im Verfahren keine Umstände hervorgekommen, die einen saisonalbedingten kurzfristig bestehenden und zu erfüllenden Arbeitskräftebedarf hätten indizieren können, der bei Abwarten der durchschnittlichen Dauer eines Genehmigungsverfahrens nicht mehr zeitgerecht hätte erfüllt werden können, da es dem Beschwerdeführer selbst obliegen wäre, entsprechend der von ihm in der Berufung erwähnten Lieferverträge deren Abschluß seiner Disposition unterliege, durch zeitgerechte Personalplanung einem Engpaß an Arbeitskräften vorzubeugen. Daher könne auch nicht die Rede davon sein, daß er die Tat unter Umständen begangen habe, die einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekämen, wenn er - wie im Fall M - die Beschäftigung bereits zu einem Zeitpunkt aufgenommen habe, in dem ein Vermittlungsauftrag noch gar nicht gestellt worden sei. Insoweit er sich auf die Bedeutung der aufgenommenen Ausländerinnen als "Schlüsselkräfte" im Sinn des § 4 Abs. 6 Z. 2 lit. a AuslBG berufe, hätte dies im Verfahren über die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung geltend gemacht werden müssen. Bereits die erstinstanzliche Behörde habe zutreffend als Erschwerungsgrund die lange Beschäftigungsdauer hinsichtlich der Ausländerinnen M und B gewertet. Eine Ausschöpfung des gesetzlichen Strafrahmens von nur etwa 60 % (betreffend M) bzw. 30 % (betreffend B) erscheine im Hinblick auf die Beschäftigungsdauer von 17 Monaten (M) bzw. 16 Monaten (B) schuldangemessen, ebenso wie die Verhängung von Strafen hinsichtlich der restlichen Ausländerinnen, die nur geringfügig über den gesetzlichen Mindeststrafen lägen. Da weitere Milderungsgründe nicht hervorgekommen seien, sei auch eine Herabsetzung der Strafen nicht in Betracht zu ziehen gewesen. Die verhängten Strafen entsprächen auch spezial- und generalpräventiven Erwägungen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor, nahm jedoch von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der Beschwerdeführer erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in seinem Recht darauf, nicht strenger bestraft zu werden, als dies das VStG und dabei insbesondere dessen § 19 zulasse, sowie auf ordnungsgemäße Bescheidbegründung verletzt.

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG ist die 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.

Nach Abs. 2 leg. cit. sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 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.

Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, die Behörde erster Instanz habe die Unbescholtenheit als Milderungsgrund, demgegenüber aber die lange Dauer des strafbaren Verhaltens in zwei Fällen als erschwerend gewertet. Demgegenüber habe die belangte Behörde nunmehr das Fehlen einer einschlägigen Vorstrafe nicht mehr als mildernd gewertet, sondern davon unabhängig zwei (andere) voneinander unabhängige Milderungsgründe, nämlich den der erfolgten Anmeldung zur Sozialversicherung und der Entrichtung aller Steuern und Abgaben anerkannt, diese aber nicht entsprechend gewichtet.

Dazu ist grundsätzlich den Überlegungen zur Strafbemessung der Übersicht wegen voranzustellen, daß im vorliegenden Fall gemäß § 28 Abs. 1 dritter Strafsatz AuslBG in der Fassung vor der Novelle BGBl. Nr. 895/1995 bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer Geldstrafen von S 10.000,- bis S 120.000,- zu verhängen sind. Die belangte Behörde hat bereits darauf hingewiesen, daß hinsichtlich der zu den Punkten 3 und 6 des erstinstanzlichen Straferkenntnisses genannten Ausländerinnen jeweils Strafen verhängt wurden, die nur geringfügig über der Mindeststrafe liegen und die weitere Staffelung der Strafhöhen jeweils in erkennbarem Zusammenhang mit der Beschäftigungsdauer erfolgt ist. Dem Gesetz ist nicht zu entnehmen, daß ein Anspruch auf Verhängung der Mindeststrafe bestünde (vgl. auch das hg. Erkenntnis vom 22. Mai 1997, Zl. 96/09/0138, und die dort wiedergegebene Judikatur). Gegen die von der belangten Behörde herangezogenen Erschwerungsgründe (nämlich der lange Zeitraum der Beschäftigung der unter Punkt 1 und 2 des erstinstanzlichen Straferkenntnisses genannten Ausländerinnen) bringt der Beschwerdeführer nichts vor. Seine Beschwerde richtet sich vielmehr gegen die Annahme und Gewichtung der von der belangten Behörde diesen Erschwerungsgründen gegenübergestellten

Milderungsgründe. Der Beschwerdeführer meint, rein rechnerisch müßte dies zu seinem Vorteil ausschlagen, daß zwar der von der Behörde erster Instanz herangezogene Milderungsgrund nicht zum Tragen komme, dafür aber die belangte Behörde zwei andere Milderungsgründe habe berücksichtigen wollen. Er übersieht dabei, daß grundsätzlich die Berufungsbehörde gemäß § 66 Abs. 4 AVG in der Sache selbst zu entscheiden und eine Gesamtwertung vorzunehmen hat, die sich nicht in einem reinen Rechenexempel erschöpft. Grundsätzlich zutreffend hat auch die belangte Behörde bereits ausgeführt, daß der subjektive Arbeitskräftemangel des Arbeitgebers, der ausländische Arbeitnehmer beschäftigt hat, für die weder eine Beschäftigungsbewilligung noch ein Befreiungsschein ausgestellt worden ist, für sich allein genommen keinen Milderungsgrund bei der Strafbemessung darstellt.

Dennoch bleibt zu prüfen, ob nicht jeweils in Verbindung mit den besonderen Umständen des Einzelfalles, die Tatbestandsvoraussetzungen im Sinn des § 34 Z. 11 StGB erfüllt sind. Ist dies der Fall, so liegt ein bei der Strafbemessung nach den Regeln des VStG zu berücksichtigender Milderungsgrund vor (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. April 1994, Zl. 93/09/0423). Es trifft jedoch auch zu, daß der Milderungsgrund des § 34 Z. 11 StGB bei der Strafbemessung dann nicht zu berücksichtigen ist, wenn es der Beschuldigte unterlassen hat, den akuten Arbeitskräftebedarf durch die Einschaltung der Arbeitsmarktverwaltung durch Erteilung eines Vermittlungsauftrages vor dem Tatzeitpunkt zu decken (vgl. das bereits zitierte hg. Erkenntnis vom 21. April 1994). Dies trifft im vorliegenden Fall, die im Punkt 1 und 2 des erstinstanzlichen Straferkenntnisses genannten Ausländerinnen betreffend, zu, die bereits zu einem Zeitpunkt vom Beschwerdeführer beschäftigt wurden, zu dem nach der Aktenlage keine Vermittlungsaufträge an das Arbeitsamt bzw. Arbeitsmarktservice erteilt worden waren. Hingegen hätte dies hinsichtlich der restlichen Ausländerinnen (laut Punkten 3, 5 und 6 des erstinstanzlichen Straferkenntnisses) im Hinblick auf die festgestellten Tatzeiten (Ende November 1993) von Bedeutung sein können, da für diesen Zeitraum Vermittlungsaufträge des Beschwerdeführers an die zuständigen Arbeitsämter vorgelegt worden waren, aus denen sich die Erfolglosigkeit derselben ergibt. Darauf ist die belangte Behörde in der Begründung ihrer Strafbemessung nicht eingegangen.

Zutreffend rügt der Beschwerdeführer ferner, die belangte Behörde habe auf sein bereits in der Berufung enthaltenes Vorbringen, er habe sich in einem (Verbots-) Irrtum hinsichtlich der Zulässigkeit der Arbeitsaufnahme durch bosnische Staatsangehörige befunden, er habe außerdem in Verfolgung achtenswerter Motive gehandelt, nicht entsprechend Bedacht genommen. Hinsichtlich der im Punkt 1 und 2 des erstinstanzlichen Straferkenntnisses genannten Ausländerinnen wird die Staatsangehörigkeit zwar mit "jugoslawisch" angegeben, doch lag der belangten Behörde bereits aufgrund der Kopien der Reisepässe dieser Ausländerinnen entsprechende Urkunden vor, aus denen sich ergibt, daß auch diese beiden - wie auch die anderen gegenständlichen Ausländerinnen - Staatsangehörige des Staates Bosnien-Herzegowina sind.

Gemäß § 5 Abs. 2 VStG entschuldigt Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwider gehandelt 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 hg. Erkenntnis vom 18. Mai 1994, Zl. 93/09/0176). Dabei ist auch eine irrige Gesetzesauslegung nur unter der Voraussetzung ein zu entschuldigender Rechtsirrtum, daß nach dem ganzen Verhalten des Beschuldigten angenommen werden muß, 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. Daß im Beschwerdefall ein schuldausschließender Rechtsirrtum vorgelegen sei, behauptet auch der Beschwerdeführer nicht, er weist aber zutreffend darauf hin, daß Umstände, die einem solchen Irrtum nahekommen, erhebliche Milderungsgründe darstellen können.

Ausführungen hinsichtlich eines dem Beschwerdeführer allenfalls unterlaufenen Verbotsirrtums oder über von ihm verfolgten achtenswerten Motiven enthält der angefochtene Bescheid nicht. Zutreffend rügt der Beschwerdeführer daher auch in diesem Zusammenhang, daß die belangte Behörde ihrer Begründungspflicht im Sinn des § 60 AVG nicht ausreichend nachgekommen ist, wenn sie auf dieses bereits in der Berufung enthaltene Vorbringen, das als Milderungsgrund einen die Verwerflichkeit der Tat in anderem Licht erscheinen lassenden und daher den Schuldvorwurf doch erheblich beeinflussenden Umstand geltend macht, nicht Bedacht genommen hat. Da nicht ausgeschlossen werden kann, daß die belangte Behörde bei Berücksichtigung auch dieses Umstandes zu milderen Strafen gekommen wäre, war der angefochtene Bescheid gemäß § 43 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG aufzuheben.

Der Ausspruch über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994.

Wien, am 17. Dezember 1998