



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38700
Telefax: (+43 1) 4000 99 38700
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-041/068/1173/2023-29
A. B.

Wien, 29.9.2023
lli

Geschäftsabteilung: VGW-M

IM NAMEN DER REPUBLIK !

gekürzte Ausfertigung
gemäß § 29 Abs. 5 iVm § 50 Abs. 2 VwGVG

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Hohenegger über die Beschwerde des Herrn A. B., geb. 1986, vertreten durch Fr. Dr. C. D., Rechtsanwältin in Wien, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 20.12.2022, Zl. ..., betreffend eine Verwaltungsübertretung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 20.03.2023, am 06.04.2023, am 05.05.2023 und am 09.06.2023 (Verkündung),

zu Recht e r k a n n t:

I. Gemäß § 50 Abs. 1 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß § 38 VwGVG iVm § 45 Abs. 1 Z 1 VStG eingestellt.

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat die beschwerdeführende Partei keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

II. Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 25a VwGG eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG durch die belangte Behörde zulässig.

I. Wesentliche Entscheidungsgründe

Sachverhalt

Festgestellt wird, dass Herr A. B., geb. 1986, polnischer Staatsangehöriger, (im Folgenden: Beschwerdeführer) Inhaber der Firma E. e.U. mit Sitz in Wien, F.-gasse, ist und diese Firma den ukrainischen Staatsangehörigen G. H., geb. 1989, vom 1.6.2022 bis 30.6.2022 beschäftigt hat, obwohl diesem für diese Firma weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt worden war, noch eine sonstige Zugangsberechtigung zum heimischen Arbeitsmarkt gegeben war.

Am 28.2.2022 war G. H. ein Ausweis für Vertriebene mit Gültigkeit bis 3.3.2023 ausgestellt worden (VGW – AS 74). Auf der Kartenrückseite fand sich unter sonstige Angaben: „ARBEITSMARKTZUGANG NUR MIT ARBEITSMARKTDOKUMENT“

Mit Straferkenntnis vom 20.12.2022, GZ. ..., verhängte der Magistrat der Stadt Wien, MBA ... (im Folgenden: belangte Behörde) über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe iHv. EUR 1.000,-, weil dieser als Inhaber der Firma E. e.U. mit Sitz in Wien, F.-gasse, zu verantworten habe, dass diese Firma den ukrainischen Staatsangehörigen G. H., geb. 1989, von 1.6.2022 bis 30.6.2022 beschäftigt habe, obwohl diesem für diese Firma weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt worden sei, noch für ihn eine sonstige Zugangsberechtigung zum heimischen Arbeitsmarkt bestanden habe.

Der Beschwerdeführer erhob dagegen Beschwerde und brachte vor aus diversen Quellen vernommen zu haben, dass für vertriebene Ukrainer die Einholung einer Beschäftigungsbewilligung nicht vorgeschrieben sei.

Diesbezüglich wird festgestellt, dass alle einschlägigen Aussendungen fachkompetenter Institutionen wie der WKO entweder klar auf die Notwendigkeit der Einholung einer Beschäftigungsbewilligung für ukrainische Vertriebene hinwiesen oder zumindest nicht die Aussage trafen, dass eine solche nicht

notwendig wäre (Beilagen ./I bis ./XI), aber im öffentlichen Diskurs, über die Medien, die Forderung nach einer Freistellung der vertriebenen Ukrainer von einer arbeitsmarktbehördlichen Genehmigung immer wieder diskutiert wurde.

Mit BGBl I Nr. 43/2023, in Kraft getreten am 21.4.2023, wurden Vertriebene gemäß § 62 AsylG 2005, die über einen Ausweis für Vertriebene verfügen, aus dem Anwendungsbereich des AuslBG ausgenommen.

Der Beschwerdeführer ist verwaltungsstrafrechtlich nicht unbescholten. Er weist mindestens eine verwaltungsstrafrechtliche Vormerkung auf, nämlich wegen eines Verstoßes gegen das Immissionsschutzgesetz Luft (MBA – AS 80).

Beweiswürdigung

Soweit die Feststellungen auf in den Akten einliegenden unbedenklichen Urkunden gründen, sind deren Fundstellen bereits in den Feststellungen in Klammer beigelegt, wobei „VGW“ den Gerichtsakt und „MBA“ den Akt der belangten Behörde bezeichnet.

Die Eigenschaft des Beschwerdeführers als Inhaber der o.a. Firma und deren Beschäftigung des ukrainischen Staatsangehörigen im ihm zur Last gelegten Zeitraum blieben im Verfahrensverlauf unstrittig.

Die verwaltungsstrafrechtliche Vormerkung des Beschwerdeführers ist dem Akt der belangten Behörde (MBA – AS 80) zu entnehmen.

Rechtliche Erwägungen

Gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet (§ 28c), 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, Aufenthaltsbewilligung als unternehmensintern transferierter

Arbeitnehmer („ICT“), Aufenthaltsbewilligung als mobiler unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer („mobile ICT“), Aufenthaltsbewilligung „Familiengemeinschaft“ mit Zugang zum Arbeitsmarkt (§ 20f Abs. 4)“ oder „Niederlassungsbewilligung – Künstler“ oder keine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, keine „Aufenthaltsberechtigung 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 Lichte der obigen Beweisergebnisse steht für das Verwaltungsgericht Wien fest, dass der Beschwerdeführer das Tatbild der ihm im angefochtenen Straferkenntnis angelasteten Verwaltungsübertretung verwirklicht hat, indem er als Inhaber der Firma E. e.U. mit Sitz in Wien, F.-gasse, zu verantworten hat, dass die Firma den ausländischen Staatsangehörigen H. G., geb. 1989 beschäftigt hat, für den dem angeführten Arbeitgeber weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt oder eine Anzeigenbestätigung ausgestellt wurde und dieser Ausländer weder eine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot – Karte“, eine „Blaue Karte EU“, Aufenthaltsbewilligung als unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer (ICT), Aufenthaltsbewilligung als mobiler unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer (mobile ICT), Aufenthaltsbewilligung „Familiengemeinschaft“ mit Zugang zum Arbeitsmarkt (§ 20f Abs. 4) oder eine „Niederlassungsbewilligung – Künstler“, oder eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, eine „Aufenthaltsberechtigung plus“, einen Befreiungsschein (§ 4C) oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder einen „Daueraufenthalt – EU“ besitzt.

Mit BGBl I Nr. 43/2023, in Kraft getreten am 21.4.2023, wurden Vertriebene gemäß § 62 AsylG 2005, die über einen Ausweis für Vertriebene verfügen, aus dem Anwendungsbereich des AuslBG ausgenommen. Dieser Änderung der Bestimmung ging eine längere Diskussion darüber in der Öffentlichkeit und der Politik voran. § 1 AuslBG idF BGBl I Nr. 43/2023 lautet nunmehr:

- „(1) Dieses Bundesgesetz regelt die Beschäftigung von Ausländern (§ 2) im Bundesgebiet.*
- (2) Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes sind nicht anzuwenden auf
[...]*

k) Vertriebene gemäß § 62 AsylG 2005, die über einen Ausweis für Vertriebene verfügen;
[...]"

Gemäß § 1 Abs. 2 VStG idF BGBl. I Nr. 33/2013 richtet sich die Strafe nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht, es sei denn, dass das zur Zeit der Entscheidung geltende Recht in seiner Gesamtauswirkung für den Täter günstiger wäre.

Hiezu gibt es in der Judikatur des VwGH folgende Einschränkungen:

„Dazu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sich nach § 1 Abs. 2 VStG im Lichte seines von § 38 VwGVG geforderten Verständnisses die Strafe nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht richtet, es sei denn, dass das zur Zeit der Fällung der verwaltungsbehördlichen Entscheidung geltende Recht günstiger wäre. Das "Günstigkeitsprinzip" des § 1 Abs. 2 VStG bezieht sich damit auf die die Strafe betreffenden Bestimmungen, es kommt auch dann zur Anwendung, wenn die Strafbarkeit eines Verwaltungsstraftatbestands nach dem Zeitpunkt der Begehung zur Gänze weggefallen ist. Rechtsänderungen nach abgeschlossener Tat berühren demnach - (wie vorliegend) bei Fehlen besonderer gegenteiliger Übergangsbestimmungen - eine bereits eingetretene Strafbarkeit nicht und haben, wenn Taten der gleichen Art auch weiterhin strafbar bleiben, nach § 1 Abs. 2 VStG nur hinsichtlich der Strafe zur Folge, dass bis zur Fällung der verwaltungsbehördlichen Entscheidung iSd § 1 Abs. 2 leg. cit. ein für den Täter günstigeres Recht zur Anwendung zu kommen hat. Im Zuge des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens eingetretene Änderungen der Rechtslage sind im Bereich des Verwaltungsstrafrechts aber nicht erheblich“ (VwGH 21.05.2019, Ra 2019/03/0009).

Dass im Zuge des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens alle eingetretenen Änderungen der Rechtslage im Bereich des Verwaltungsstrafrechts nicht erheblich seien, widerspricht dem Wortlaut des Gesetzes, welches über § 38 VwGVG die Anwendung des § 1 Abs. 2 VStG gebietet und dieser festlegt, dass die Strafe sich nach dem zur Tatzeit geltenden Recht richtet, es sei denn, dass das zum Zeitpunkt der Entscheidung geltende Recht, in seiner Gesamtauswirkung für den Täter günstiger wäre. Aufgrund des Verweises im § 38 VwGVG muss dies auch für die Entscheidung des Verwaltungsgerichts gelten.

Im Gegensatz zu dem vom Vertreter der Amtspartei geltend gemachten Grundsatz, dass nachträgliche Änderungen in Bezug auf eine bestimmte Personengruppe, die ursprünglich den Geltungsbereich des AusIBG unterlegen war, nichts daran ändere, dass diesbezügliche Gesetzesverstöße vor der Änderung weiterhin strafbar bleiben, wenn die Strafbarkeit für alle anderen Gruppen bzw. wie in der Entscheidung des VwGH als „Taten der gleichen Art“ bezeichnet, weiterhin aufrecht bleibe - ein Grundsatz, welcher hinsichtlich der Strafbarkeit von

vor Ablauf der Übergangsfrist bewilligungslos beschäftigter kroatischer Staatsangehöriger zur Anwendung gelangte - ist hinsichtlich der gegenständlichen Konstellation festzuhalten, dass bereits zum zur Last gelegten Zeitraum sowohl in der Öffentlichkeit als auch in der Politik die Sinnhaftigkeit der Einholung einer Beschäftigungsbewilligung für kriegsvertriebene ukrainische Staatsangehörige diskutiert wurde und die Änderung der gesetzlichen Bestimmungen die Früchte dieser Änderung des Wertmaßstabs waren, während im Fall der Übergangsfristen für die Beschäftigung kroatischer Staatsangehöriger a priori festgelegt war, bis zu welchem Zeitpunkt die Einholung einer Beschäftigungsbewilligung notwendig ist und somit der Ablauf der Übergangsfrist keineswegs eine Änderung des Wertmaßstabs dokumentiert, sondern eine a priori festgesetzte schrittweise Integration kroatischer Staatsangehöriger in den gemeinsamen Arbeitsmarkt, wo selbstverständlich Verstöße gegen diesen Zeitplan, welche vor Ablauf der Übergangsfrist gesetzt wurden, auch nach Ablauf der Übergangsfrist strafbar bleiben mussten, da ansonsten gedroht hätte, dass viele den Ablauf der Übergangsfrist nicht abwarten und damit die vom Gesetzgeber intendierte schrittweise Eingliederung zunichte gemacht worden wäre. Im gegenständlichen Fall geht es hingegen nicht um eine a priori intendierte schrittweise Eingliederung mit Übergangsfristen, sondern eindeutig um eine Änderung des Wertmaßstabes, in dem Sinne, dass die Gesellschaft nach Ausbruch des Ukrainekrieges von Anfang an die Einholung einer Beschäftigungsbewilligung für Kriegsvertriebene nicht mehr als sinnvoll angesehen hat und der Gesetzgeber durch die Änderung der entsprechenden Bestimmungen im AusIBG auf diese Änderung des Wertmaßstabes in der Gesellschaft naturgemäß nur verspätet darauf reagieren konnte.

Die Änderung der Rechtslage – mag sie erst im verwaltungsgerichtlichen Verfahren erfolgt sein – zeigt klar eine Änderung des zugrunde zu legenden Wertmaßstabs an ein unverändertes Tatbild.

Inhaltlich begründen die Antragsteller ihren parlamentarischen Initiativantrag damit, dass mit der vorgeschlagenen Regelung nun alle verbleibenden arbeitsmarktbehördlichen Hürden abgebaut werden und dies in Umsetzung des Artikels 12 der Massenzustrom – Richtlinie (Richtlinie 2021/55/EG des Rates vom 20. Juli 2021 über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen und Maßnahmen zur Förderung

einer ausgewogenen Verteilung der Belastungen, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedstaaten) erfolgt.

Artikel 12 der Richtlinie 2021/55/EG lautet wie folgt:

„Die Mitgliedstaaten gestatten Personen, die vorübergehenden Schutz genießen, für einen Zeitraum, der den des vorübergehenden Schutzes nicht übersteigt, die Ausübung einer abhängigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit nach für den jeweiligen Berufsstand geltenden Regeln sowie von Tätigkeiten in Bereichen wie z. B. Bildungsangebote für Erwachsene, berufliche Fortbildung und praktische Erfahrungen am Arbeitsplatz. Aus Gründen der Arbeitsmarktpolitik können die Mitgliedstaaten EU-Bürgern, Staatsangehörigen der Vertragsparteien des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sowie Drittstaatsangehörigen mit rechtmäßigem Aufenthalt, die Arbeitslosengeld beziehen, Vorrang einräumen. Es sind die in den Mitgliedstaaten geltenden allgemeinen Rechtsvorschriften betreffend das Arbeitsentgelt, den Zugang zu Systemen der sozialen Sicherheit im Rahmen der abhängigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit sowie sonstige Beschäftigungsbedingungen anwendbar.“

Auch diese gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung existierte bereits zum Zeitpunkt des dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Zeitraumes und war das Argument, dass das Erfordernis einer Beschäftigungsbewilligung für vertriebene Ukrainer richtlinienwidrig sei, Teil der öffentlichen Diskussion, sodass der Ukrainekrieg, und die daraus resultierende Massenflucht zu einem Gesinnungswandel hinsichtlich des Umsetzungsbedarfs für diese Richtlinie und damit einhergehend einen Wandel des Wertemaßstabs für die Strafbarkeit verfahrensgegenständlicher Sachverhalte führte. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer polnischer Staatsangehöriger ist und die Säumigkeit Österreichs hinsichtlich der Umsetzung von Artikel 12 der Richtlinie 2021/55/EG den Beschwerdeführer in seiner Dienstleistungs- bzw. Niederlassungsfreiheit (es gilt das allgemeine Beschränkungsverbot) einschränkt, weshalb eine unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie im Raum steht.

Zudem geht der Verfassungsgerichtshof von jenem Inhalt des Art. 7 EMRK aus, den der europäische Gerichtshof für Menschenrechte diesen zuletzt beigelegt hat. Im Lichte dessen gebietet es Art. 7 EMRK, bei Änderung der Rechtslage nach der Begehung der Straftat die für den Beschuldigten mildere Strafe zu verhängen (vgl. VfSlg 19.628/2012, 19.957/2015, 20.214/2017).

§ 1 Abs. 2 VStG 1991 idF BGBl. I Nr. 33/2013 ermöglicht somit einen den Anforderungen des Art. 7 EMRK entsprechenden umfassenden Günstigkeitsvergleich mehrerer in Betracht kommender Rechtslagen. Ein solcher Günstigkeitsvergleich hat sich nicht ausschließlich auf die materiellen Strafbestimmungen, sondern auf die Rechtslage als solche zu beziehen (vgl. VfSlg 19.957/2015).

Der europäische Gerichtshof für Menschenrechte geht in seiner Rechtsprechung zu Art. 7 EMRK davon aus, dass bei Unterschieden zwischen dem zum Zeitpunkt der Tatbegehung in Geltung stehenden Strafgesetz und den vor Erlassung der endgültigen Entscheidung erlassenen Strafgesetzen die Gerichte jene Bestimmungen anzuwenden haben, welche für den Angeklagten am günstigsten sind (*s insb. EGMR 17.9.2009 [GK], Fall Scoppola gegen Italien [Nr 2], Appl 10.249/03, Z110*).

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG hat die Behörde (bzw. das Verwaltungsgericht gemäß § 38 VwGVG) die Einstellung eines Strafverfahrens zu verfügen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat keine Verwaltungsübertretung bildet.

Dementsprechend war spruchgemäß zu entscheiden.

Kosten

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die im Spruch zitierte Gesetzesstelle.

II. Hinweis

Das Verwaltungsgericht Wien hat am 20.03.2023, 06.04.2023, 05.05.2023 und 09.06.2023 in der gegenständlichen Beschwerdesache eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt und sodann, am 9.6.2023, das Erkenntnis mit den wesentlichen Entscheidungsgründen verkündet.

Die in der mündlichen Verhandlung angefertigte Niederschrift, welcher eine Belehrung gemäß § 29 Abs. 2a VwGVG angeschlossen war, wurde dem

Beschwerdeführervertreter unmittelbar ausgefolgt und der belangten Behörde, dem Amt für Betrugsbekämpfung, sowie den Bundesministern jeweils am 13.6.2023 per E-Mail zugestellt. Somit wurde die Niederschrift sämtlichen zur Erhebung einer Revision beim Verwaltungsgerichtshof oder einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof legitimierten Parteien und Organen ausgefolgt oder zugestellt.

Keine zur Erhebung einer Revision an den Verwaltungsgerichtshof beziehungsweise Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof legitimierte Partei und kein hierzu legitimiertes Organ hat innerhalb der gemäß § 29 Abs. 5 VwGVG normierten Frist von zwei Wochen nach Ausfolgung bzw. Zustellung der Niederschrift einen Antrag auf Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß § 29 Abs. 4 VwGVG gestellt.

Deshalb konnte das Erkenntnis gemäß § 29 Abs. 5 iVm. § 50 Abs. 2 Z 2 VwGVG gekürzt ausgefertigt werden. Gegen diese gekürzte Ausfertigung des Erkenntnisses ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß § 25a Abs. 4a VwGG und/oder eine Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof gemäß § 82 Abs. 3b VfGG nicht mehr zulässig.

Verwaltungsgericht Wien

H o h e n e g g e r