

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

09.12.2010

Geschäftszahl

2007/09/0356

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Rosenmayr und Dr. Strohmayer als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Plankensteiner, über die Beschwerde des MAZ in W, vertreten durch Dr. Rudolf Bazil, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Schellinggasse 3, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 27. Dezember 2006, Zl. UVS-07/A/29/2700/2006/20, betreffend Bestrafung wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (weitere Parteien: Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz; Bundesminister für Finanzen), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 57,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Die vorliegende Beschwerde ist gegen einen im Instanzenzug ergangenen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 27. Dezember 2006 gerichtet, mit welchem der Beschwerdeführer in vier Fällen der Übertretung des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a leg. cit. dritter Strafsatz zu drei Geldstrafen in der Höhe von jeweils EUR 3.500,-- bei Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils einer Woche und zu einer Geldstrafe in der Höhe von EUR 3.000,-- bei einer Ersatzfreiheitsstrafe von sechs Tagen bestraft wurde, weil er es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit zur Vertretung nach außen Berufener einer näher angeführten GmbH zu verantworten habe, dass diese Gesellschaft mit Sitz in Wien als Arbeitgeberin am 6. Oktober 2005 um 21.00 Uhr zwei indische Staatsbürger, einen pakistanischen Staatsangehörigen sowie einen ägyptischen Staatsangehörigen als Pizzazusteller beschäftigt habe, obwohl für diese Ausländer weder eine gültige Beschäftigungsbewilligung oder Zulassung als Schlüsselkraft erteilt noch eine Anzeigebestätigung oder eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein oder Niederlassungsnachweis ausgestellt worden sei.

Zur Begründung führte die belangte Behörde nach Darstellung des Verfahrensganges und von Rechtsvorschriften zusammengefasst aus, dass der Beschwerdeführer nicht bestritten habe, dass die im vorliegenden Fall kontrollierte Pizzeria von der GmbH betrieben werde, deren handelsrechtlicher Geschäftsführer und zur Vertretung nach außen Berufener er zum Tatzeitpunkt gewesen sei. Der Beschwerdeführer habe allerdings bestritten, dass die Beschäftigung der Ausländer durch die von ihm vertretene Gesellschaft erfolgt sei, insofern habe er auf einen von ihm vorgelegten Vertrag mit einer Firma T.S. (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof) verwiesen. Das Beweisverfahren habe dazu ergeben, dass sämtliche in Rede stehenden Ausländer bei der Kontrolle von Kontrollorganen des Zollamtes Wien bei Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Pizzazustellung im Rahmen des Geschäftsbetriebes der gegenständlichen Pizzeria wahrgenommen worden seien. Sie hätten diese Pizzeria auch als jenes Unternehmen angegeben, für welches sie arbeiteten. Einer der Ausländer, nämlich G.F., sei beim vom Beschwerdeführer vertretenen Unternehmen sozialversichert gewesen. Auch in der Berufungsverhandlung hätten drei Arbeitskräfte im Wesentlichen übereinstimmend und im unmittelbaren Eindruck glaubhaft dargestellt, dass sie für die Pizzeria mit ihrem Privat-Pkw Pizzazustellarbeiten durchgeführt hätten, wobei sie eine Thermotasche von der Pizzeria zur Verfügung gestellt erhalten hätten. Wenn der Zeuge G.F. jegliche Beschäftigung in der gegenständlichen Pizzeria bestritten habe, so könne dieser Aussage schon angesichts des persönlich unglaubwürdigen Eindrucks dieses Zeugen nicht gefolgt werden, er sei bemüht gewesen, durch Leugnen belastender Umstände den

Beschwerdeführer zu entlasten. Hinzu komme, dass es lebensnah nicht nachvollziehbar sei, dass eine Person, die keinerlei Tätigkeit für ein Unternehmen verrichte, bei diesem Unternehmen sozialversichert gehalten werde. Keiner der in der Berufungsverhandlung befragten Zeugen habe eine Person bzw. ein Unternehmen gekannt, das in der vom Beschwerdeführer vorgelegten schriftlichen Urkunde als Pizzazustellunternehmen, mit welchem hinsichtlich der Pizzazustellungen ein Vertrag bestanden haben solle, befasst gewesen wäre. Der vom Beschwerdeführer ins Treffen geführte Vertrag mit einem solchen weiteren Unternehmen erscheine daher lediglich zum Schein errichtet. Die Ausländer seien unmittelbar in den Betriebsablauf der Pizzeria integriert gewesen, indem sie Zustelldienste durchgeführt hätten. Dafür hätten sie auch einen Anspruch auf eine angemessene Gegenleistung erworben. Dass ausdrücklich die Unentgeltlichkeit vereinbart gewesen wäre bzw. von den Ausländern als Gefälligkeit gehandelt worden wäre, sei nicht einmal behauptet worden und dies stünde auch im Widerspruch zur Rechtfertigung des Beschwerdeführers.

Die im vorliegenden Fall beschäftigten Ausländer hätten nach Einlangen telefonischer Bestellungen Pizzazustellungen vorgenommen, sodass diese in dem der Leistungserbringung durch die Pizzeria dienenden Betriebsablauf integriert gewesen seien, sie hätten direkt von Mitarbeitern der Pizzeria Arbeitsanweisungen erhalten, nicht etwa von einem Subunternehmer.

Zur Strafbemessung führte die belangte Behörde aus, dass der objektive Unrechtsgehalt der angelasteten Taten nicht als gering gewertet werden könne, weil die illegale Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften auf gesamtwirtschaftlicher Ebene zu volkswirtschaftlichen Schäden führe (Verzerrung des Wettbewerbes und des Arbeitsmarktes hinsichtlich des Arbeitskräfteangebotes, Lohndumping und die Hinterziehung von Steuern und Abgaben). Das Verschulden des Beschwerdeführers könne nicht als gering erachtet werden, da weder hervorgekommen sei noch auf Grund der Tatumstände anzunehmen gewesen sei, dass die Einhaltung der Vorschriften eine besondere Aufmerksamkeit erfordert hätte oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können. Bezüglich des Ausländers G.F. sei die Sozialversicherungsmeldung als mildernd zu werten. Bezüglich der übrigen Ausländer liege dieser Milderungsgrund nicht vor. Sonstige Milderungsgründe seien nicht hervorgekommen. Besondere Erschwerungsgründe lägen nicht vor. Die Voraussetzungen für eine außerordentliche Strafmilderung gemäß § 20 VStG seien nicht gegeben. Auch in Bezug auf den Ausländer G.F. komme dem erwähnten Milderungsgrund im Rahmen des konkreten Sachverhaltes kein beträchtlich überwiegendes Gewicht zu.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit sowie wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und beantragte die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die im vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975 idF BGBl. I Nr. 28/2004, lauten:

"Begriffsbestimmungen

§ 2. (1) Als Ausländer im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt, wer nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt.

(2) Als Beschäftigung gilt die Verwendung

a) in einem Arbeitsverhältnis,

b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern

die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird,

c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der

Tätigkeiten nach § 3 Abs. 5,

d) nach den Bestimmungen des § 18 oder

e) überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988.

...

Strafbestimmungen

§ 28. (1) Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen

1. wer,

a) 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 Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG) ausgestellt wurde, oder

...

bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1 000 Euro bis zu 5 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2 000 Euro bis zu 10 000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2 000 Euro bis zu 10 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4 000 Euro bis zu 25 000 Euro;

..."

Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass er als handelsrechtlicher Geschäftsführer für jene GmbH, welche die gegenständliche Pizzeria zum Tatzeitpunkt betrieben hat, für die Einhaltung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes verwaltungsstrafrechtlich Verantwortung trug. Er bestreitet weiters nicht, dass die im angefochtenen Bescheid angeführten Ausländer Arbeitsleistungen erbracht haben, die der von ihm vertretenen GesmbH zugute kamen, und über keine nach dem AuslBG erforderlichen Papiere verfügt haben. Die Beurteilung der belangten Behörde, dass es sich bei der Tätigkeit der Ausländer um eine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 1 AuslBG gehandelt hat, begegnet daher grundsätzlich angesichts des Umstandes, dass gemäß § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG auch die Verwendung in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis als Beschäftigung zu werten ist, keinen Bedenken (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 14. Jänner 2010, Zl. 2008/09/0339).

Hinsichtlich des erstangeführten Ausländers hält der Beschwerdeführer den angefochtenen Bescheid deswegen für rechtswidrig, weil die belangte Behörde keine Einvernahme dieses Ausländers als Zeugen durchgeführt habe. Die belangte Behörde beziehe sich bloß auf Vermerke, wonach dieser Ausländer während der Kontrolle mit einer Pizzatasche ins Lokal gekommen sei und dort Pizzen habe einpacken wollen. Es gebe keine Feststellungen über ein bezahltes Entgelt welcher Art immer noch betreffend eine persönliche oder wirtschaftliche Abhängigkeit dieses Ausländers.

Damit zeigt der Beschwerdeführer keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf. Die niederschriftliche Aussage dieses Ausländers durfte die belangte Behörde infolge einer zulässigerweise erfolgten Verlesung von dessen Aussagen verwerten. Dass dem Ausländer durch die vom Beschwerdeführer vertretene GmbH ein Entgelt für seine Tätigkeit als Pizzazusteller nicht bezahlt worden sein mag, führt nicht zur Beurteilung, dass eine Beschäftigung im Sinne des AuslBG nicht vorgelegen wäre. Daraus folgt nämlich nicht, dass die vom Beschwerdeführer vertretene GmbH diesen Ausländer nicht gemäß § 2 Abs. 2 AuslBG beschäftigt habe, weil für das Vorliegen einer bewilligungspflichtigen Beschäftigung im Sinne dieser Vorschrift nicht entscheidend ist, ob dafür ausdrücklich ein Entgelt bezahlt oder vereinbart wurde oder eine solche Vereinbarung unterblieb, im Zweifel gilt ein angemessenes Entgelt jedenfalls als bedungen (vgl. § 1152 ABGB) und ist, wenn die Höhe dieses Entgelts nicht festgelegt wurde, jedenfalls ein angemessener Lohn zu bezahlen (vgl. auch § 29 AuslBG und das hg. Erkenntnis vom 16. September 2009, Zl. 2007/09/0263).

Hinsichtlich des Ausländers G.F. hält der Beschwerdeführer den angefochtenen Bescheid deswegen für rechtswidrig, weil dieser Ausländer sozialversichert gewesen sei. Einer Sozialversicherungsmeldung liege zu Grunde, dass der Betreffende in Österreich beschäftigt werden dürfe. Mit dieser Rechtsauffassung verkennt der Beschwerdeführer den Inhalt der §§ 2 ff AuslBG, in dem eine - vom Sozialversicherungsrecht unabhängige - Bewilligungspflicht für die Beschäftigung von Ausländern eingeführt wurde. Im Übrigen begegnet die Beweiswürdigung durch die belangte Behörde hinsichtlich des Ausländers G.F. keinen Bedenken. Dass dieser Ausländer - wie vom Beschwerdeführer behauptet - ebenfalls kein Entgelt erhalten haben soll, erweist - wie dargelegt - nicht, dass er von der vom Beschwerdeführer vertretenen GmbH nicht beschäftigt worden wäre.

Hinsichtlich des drittangeführten Ausländers vermeint der Beschwerdeführer eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides darin zu erblicken, dass dieser ebenfalls kein Entgelt erhalten habe; dazu gilt das oben bereits Gesagte. Wenn der Beschwerdeführer meint, der Ausländer habe eine probeweise Tätigkeit erbracht, so ist er darauf zu verweisen, dass eine Probearbeit, die nicht als Beschäftigung im Sinne des § 2 AuslBG zu qualifizieren ist, nur dann als gegeben erachtet werden kann, wenn eine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit nicht besteht und etwa ausdrücklich Unentgeltlichkeit vereinbart worden ist (vgl. auch dazu das hg. Erkenntnis vom 16. September 2009, Zl. 2007/09/0263). Im Übrigen unterliegen auch kurzfristige Arbeitsleistungen grundsätzlich als Beschäftigung dem AuslBG und der Bewilligungspflicht (vgl. das hg. Erkenntnis vom 2. Juli 2010, Zl. 2007/09/0267).

Auch zum zuletzt angeführten Ausländer gilt hinsichtlich des behaupteten Fehlens einer Entgeltzahlung und des behaupteten Arbeitens zur Probe das oben bereits zu den übrigen Ausländern Gesagte.

Auch die Auffassung des Beschwerdeführers, die im angefochtenen Bescheid erfolgte Umschreibung der Tatzeit mit "gegen 21.00 Uhr" sei unrichtig, weil zu diesem Zeitpunkt bereits die Kontrolle durchgeführt worden sei und die Arbeitsleistungen eingestellt worden seien, führt nicht zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides, diese zeitliche Umschreibung des Tatverhaltens ist sowohl ausreichend genau als auch eindeutig. Dies gilt auch für die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Bedenken hinsichtlich der Umschreibung des Tatverhaltens, aus dem angefochtenen Bescheid geht auf ausreichend präzise Art und Weise hervor, welche Arbeitsleistungen die Ausländer für das vom Beschwerdeführer vertretene Unternehmen erbracht haben.

Auch die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Verfahrensmängel (Unterlassung der Einvernahme eines vom Beschwerdeführer im Verfahren offensichtlich nicht namhaft gemachten Zeugen, behauptete Verletzung der Manuduktionspflicht) führen - schon im Hinblick darauf, dass der Beschwerdeführer nicht

aufgezeigt hat, auf welche Weise die belangte Behörde andernfalls zu einem anderen, für den Beschwerdeführer günstigeren Bescheid hätte gelangen können - nicht zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides.

Auch die Zumessung der in vier Fällen auf den dritten Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG gestützten Strafen begegnet angesichts der ausführlichen diesbezüglichen Begründung des angefochtenen Bescheides keinen Bedenken, weshalb die vorliegende Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen war.

Die Entscheidung über den Aufwandsatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2008, insbesondere deren § 3 Abs. 2.

Wien, am 9. Dezember 2010