

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

29.04.2011

Geschäftszahl

2008/09/0246

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok und die Hofräte Dr. Rosenmayr und Dr. Strohmayer als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Henk, über die Beschwerde des HU in W, vertreten durch Dr. Bernd Taucher, Rechtsanwalt in 1040 Wien, Brucknerstraße 2/4, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenat Wien vom 13. März 2008, Zl. UVS-07/A/40/4820/2007-32, betreffend Bestrafung wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (weitere Parteien: Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, Bundesminister für Finanzen), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird im Umfang seines Ausspruches über die Strafe und die Verfahrenskosten wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem - nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung - im Instanzenzug ergangenen, vor dem Verwaltungsgerichtshof in den Spruchpunkten II. und III. angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 13. März 2008 wurde der Beschwerdeführer in Spruchpunkt III. für schuldig erkannt, er habe am 17. Dezember 2005 in seinem Gastgewerbebetrieb WS (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof) in W die näher bezeichnete bulgarische Staatsangehörige FS als Küchenhilfe beschäftigt, obwohl für diese Ausländerin weder eine Beschäftigungsbewilligung oder Zulassung als Schlüsselkraft erteilt worden sei, noch eine Anzeigenbestätigung oder eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein oder ein Niederlassungsnachweis ausgestellt worden seien.

Hinsichtlich einer weiteren Arbeitskraft, der ukrainische Staatsangehörigen ZK, wegen deren Beschäftigung als Reinigungskraft der Beschwerdeführer von der Behörde erster Instanz bestraft worden war, hatte der Beschwerdeführer diese Bestrafung nur hinsichtlich der Strafhöhe mit Berufung bekämpft. In beiden Fällen wurden über den Beschwerdeführer wegen Verletzung des § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) zwei Geldstrafen zu je EUR 1.900,--, falls diese uneinbringlich sind, zwei Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils einer Woche, vier Tagen und fünf Stunden verhängt und dem Beschwerdeführer die Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens auferlegt.

Die belangte Behörde ging von folgendem - für die angefochtenen Spruchpunkte relevanten - Sachverhalt aus:

ZK sei vom Beschwerdeführer als Reinigungskraft beschäftigt worden, Arbeitstitel sei keiner vorgelegen. ZK sei nicht zur Sozialversicherung angemeldet gewesen. In der Berufungsverhandlung vom 15. Oktober 2007 sei die Berufung bezüglich der Beschäftigung von ZK auf die Bekämpfung der Strafhöhe eingeschränkt worden.

FS habe sich im Jahr 2005 beim Beschwerdeführer vorgestellt und sei von ihm in dessen Lokal als Küchenhilfe aushilfsweise eingestellt worden. Es sei eine Entlohnung vereinbart worden und FS sei auch tatsächlich vom Beschwerdeführer entlohnt worden. Die Kontrolle habe am zweiten Arbeitstag der bulgarischen Staatsangehörigen stattgefunden. Am 17. Dezember 2005 habe noch kein Pacht- oder Firmengründungsvertrag zwischen dem Beschwerdeführer und FS bzw. EB bestanden. Ein solcher sei noch nicht einmal zur Diskussion gestanden. Auch sei keine Absicht vorgelegen, eine gemeinsame Firma zu gründen oder das Lokal zu übernehmen. Ein vom Beschwerdeführer vorgelegter und mit dem Datum "23.11.2005" versehener Mietvertrag

sei offenbar rückdatiert worden. Zur Tatzeit sei das Lokal vom Beschwerdeführer als Einzelunternehmer betrieben worden. Arbeitstitel habe für FS keiner bestanden. Eine familiäre Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und FS sei nicht vorgelegen. FS sei vom Beschwerdeführer nicht zur Sozialversicherung angemeldet gewesen.

Der Beschwerdeführer habe ein unterdurchschnittliches Einkommen, kein Vermögen und keine Sorgpflichten.

Verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit habe zur Tatzeit und auch zum Zeitpunkt der Entscheidung nicht vorgelegen.

Rechtlich führte die belangte Behörde - nach Darstellung der maßgeblichen Rechtsvorschriften - aus, dass FS zum Zeitpunkt der Kontrolle am 17. Dezember 2005 seit zwei Tagen als Küchenhilfe im Lokal WS gearbeitet und dafür EUR 20,- pro Tag bezahlt bekommen habe. Auch sei die Ausländerin vom Beschwerdeführer angestellt und bezahlt worden. FS sei bulgarische Staatsangehörige und dies sei dem Beschwerdeführer aufgrund ihrer Sprache bekannt gewesen. Der Beschwerdeführer habe nicht einmal den Versuch unternommen, FS legal zu beschäftigen. Die Beschäftigung der FS sei daher vorsätzlich erfolgt. Gegenteiliges habe der Beschwerdeführer nicht glaubhaft machen können. Es sei somit sowohl die subjektive als auch die objektive Tatseite der angelasteten Verwaltungsübertretung verwirklicht.

Im Rahmen der Strafbemessung folgerte die belangte Behörde, dass keine Milderungsgründe vorlägen, aber ein erhöhtes Verschulden (Vorsatz) zu berücksichtigen gewesen sei, sodass die festgesetzte Strafe nicht zu hoch angesetzt worden sei. Insbesondere auch deshalb, weil beim Beschwerdeführer keine Schuldeinsicht erkennbar gewesen sei und daher die Strafe aus spezialpräventiven Gründen nicht zu niedrig ausfallen dürfe, um denselben nachhaltig von der Begehung weiterer gleichartiger Übertretungen abzuhalten. Der Beschwerdeführer sei weiterhin Inhaber einer Gastgewerbeberechtigung und Hauptmieter des Lokals WS. Eine Tatwiederholung wäre daher möglich. Die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers seien bei der Strafbemessung berücksichtigt worden.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Beschwerde mit dem Begehren, denselben in den Spruchpunkten II. und III. wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit sowie Spruchpunkt III. wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens vor, erklärte auf die Erstattung einer Gegenschrift zu verzichten und verzeichnete den Vorlageaufwand.

Erwogen hat der Verwaltungsgerichtshof wie folgt:

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 28/2004 begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen § 3 AuslBG 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, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von EUR 1.000,- bis zu EUR 5.000,-, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von EUR 2.000,- bis zu EUR 10.000,-, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von EUR 2.000,- bis zu EUR 10.000,-, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von EUR 4.000,- bis zu EUR 25.000,-.

Soweit sich der Beschwerdeführer gegen die Beweiswürdigung im angefochtenen Bescheid wendet, ist auszuführen, dass die belangte Behörde gemäß § 45 Abs. 2 AVG (iVm § 24 VStG) unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen hat, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht, wobei gemäß § 25 Abs. 2 VStG die der Entlastung des Beschuldigten dienlichen Umstände in gleicher Weise zu berücksichtigen sind wie die belastenden. Da ferner gemäß § 60 AVG (iVm § 24 VStG) die Behörde verfahrensrechtlich verpflichtet ist, in der Begründung ihres Bescheides die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens einschließlich der bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen klar und übersichtlich zusammenzufassen, hat der Verwaltungsgerichtshof Mängel der Beweiswürdigung gleichwohl als Verfahrensfehler wahrzunehmen. Er muss überprüfen, ob die bei der Beweiswürdigung vorgenommenen Erwägungen schlüssig sind. Schlüssig sind solche Erwägungen dann, wenn sie unter anderem den Denkgesetzen entsprechen (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 21. Jänner 2004, Zl. 2001/09/0193). Der Verwaltungsgerichtshof kann, insbesondere angesichts der von der belangten Behörde gewürdigten Angaben der FS in der mündlichen Verhandlung nicht finden, dass der angefochtene Bescheid diesen Anforderungen nicht entspreche.

Somit besteht kein Zweifel darüber, dass der Beschwerdeführer, bei dem sich FS vorgestellt hat, der sie bezahlt hat und der über ihre Arbeitskraft verfügen konnte, zum Tatzeitpunkt als Beschäftiger der FS im Sinne des Ausländerbeschäftigungsgesetzes einzuordnen war.

Maßgebend für die Einordnung in den Beschäftigungsbegriff des Ausländerbeschäftigungsgesetzes ist, dass die festgestellte Tätigkeit in persönlicher bzw. wirtschaftlicher Abhängigkeit der Arbeitenden ausgeübt wird. Als der Bewilligungspflicht unterworfenen Beschäftigungsverhältnis ist unter anderem auch eine kurzfristige oder aushilfsweise Beschäftigung anzusehen. Das Tatbestandselement der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen. Liegt eine Verwendung (vgl. § 2 Abs. 2 AuslBG) in einem Abhängigkeitsverhältnis vor, das typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bildet, so ist von einer der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterworfenen Beschäftigung auszugehen. Ein Abhängigkeitsverhältnis ist dort anzunehmen, wo keine unternehmerische Eigeninitiative und kein unternehmerisches Erfolgsrisiko getragen wird. Die Tätigkeiten der angetroffenen ausländischen Staatsangehörigen FS als Küchenhilfe (nach eigenen Angaben der FS waren dies am Tag der Kontrolle: Kochen von Nudeln und Waschen von Salat) waren Arbeitsleistungen, die ihrer Natur nach typischerweise in einem Abhängigkeitsverhältnis erbracht werden. Sie erfolgten nach den Feststellungen der belangten Behörde auch nicht aus eigener Initiative oder zu eigenem Nutzen der Ausländerin. Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei der Tätigkeit der Ausländerin um eine selbständige Tätigkeit gehandelt haben könnte, sind weder den Akten des Verwaltungsverfahrens noch der Beschwerde zu entnehmen. Die Tätigkeit war vielmehr gekennzeichnet durch den fremdbestimmten Charakter des durch die wirtschaftliche Unselbständigkeit determinierten Verhältnisses zum Beschwerdeführer (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. November 2005, Zl. 2004/09/0150). Ein nicht dem Reglement des AuslBG unterliegender Gefälligkeitsdienst, wie ihn die belangte Behörde für EB als gegeben erachtete, lag im Fall der FS mangels diesbezüglicher Anhaltspunkte ebenfalls nicht vor.

Es gelingt dem Beschwerdeführer somit nicht, die Beurteilung der belangten Behörde, im Beschwerdefall liege eine nach dem AuslBG bewilligungspflichtige Beschäftigung vor, als rechtswidrig erscheinen zu lassen.

Die Strafbemessung innerhalb des gesetzlichen Rahmens ist nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes eine Ermessensentscheidung, die nicht rechtswidrig ist, wenn die Behörde von ihrem Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch macht. Demgemäß obliegt es der Behörde, in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensübung maßgebenden Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes in Richtung auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (vgl. hiezu etwa das hg. Erkenntnis vom 9. Mai 2001, Zl. 2001/04/0046, und die dort zitierte Vorjudikatur).

Zwar hat sich der Beschwerdeführer im Hinblick darauf, dass die Beschäftigung der FS mit dem Vorwand, dass sie selbständig tätig gewesen sei, geleugnet wurde, weder einsichtig gezeigt, noch hat er die ihm diesbezüglich angelastete Verwaltungsübertretung gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 AuslBG eingestanden. Wenn sich der Beschwerdeführer darauf beruft, er habe in seiner Berufungsschrift vom 29. Mai 2007 ein reumütiges Geständnis nach § 34 Abs. 1 Z 17 StGB abgelegt, so ist ihm zu entgegnen, dass eine erst im Rechtsmittelverfahren (in der Berufung) bekundete Schuldeinsicht dem Beschuldigten nicht mehr als Milderungsgrund nach der sinngemäß heranzuziehenden Bestimmung des § 34 Abs. 1 Z 17 StGB zugute gehalten werden kann (vgl. das hg. Erkenntnis vom 24. Oktober 2001, Zl. 99/04/0196).

Die belangte Behörde hat zwar zutreffend darauf hingewiesen, dass bei einer Übertretung, zu deren Begehung - wie fallgegenständlich - Fahrlässigkeit ausreicht, die vorsätzliche Begehung als Erschwerungsgrund zu werten ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 27. Jänner 1995, Zl. 94/02/0458). Eine Begründung dafür, aus welchen konkreten Umständen die belangte Behörde im Beschwerdefall beim Beschwerdeführer eine vorsätzliche Begehungsweise als verwirklicht ansehen konnte, ist im angefochtenen Bescheid nicht enthalten.

Zwar hat die belangte Behörde das Einkommen des Beschwerdeführers, der in der mündlichen Verhandlung angegeben hatte, über EUR 490,-- monatlich zu verfügen, als unterdurchschnittlich eingestuft. Weder dieses geringe Einkommen noch den Umstand, dass die Bestrafung wegen Beschäftigung von zwei Ausländerinnen nur an einem Tag erfolgte, hat die belangte Behörde bei der Strafbemessung jedoch ausreichend berücksichtigt, sodass die Höhe der Strafe im Ergebnis angesichts des Strafrahmens von EUR 1.000,-- bis EUR 5.000,-- nicht ausreichend begründet ist.

Die Strafbemessung hinsichtlich der Ersatzfreiheitsstrafen in der Höhe von jeweils einer Woche, vier Tagen und fünf Stunden in zwei Fällen wurde weder im erstinstanzlichen Bescheid noch im angefochtenen Bescheid begründet und ist nicht überzeugend. Ohne Darlegung der für die Bemessung der Ersatzfreiheitsstrafen maßgebenden Überlegungen lässt sich jedoch nicht nachvollziehen, weshalb im Beschwerdefall die Festsetzung von Ersatzfreiheitsstrafen nahe an der in § 16 Abs. 2 VStG festgelegten Obergrenze von zwei Wochen geboten war (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. März 2010, Zl. 2007/09/0353, mwN).

Aus diesen Gründen war die Beschwerde im Umfang des Schuldspruches gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen, im Übrigen aber der angefochtene Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 VwGG aufzuheben.

Im fortgesetzten Verfahren wird die belangte Behörde gemäß § 19 VStG iVm § 34 Abs. 2 StGB sowie im Hinblick auf Art. 6 EMRK auch die Verfahrensdauer zu berücksichtigen haben.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455.

Wien, am 29. April 2011