

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

15.12.2011

Geschäftszahl

2011/09/0144

Beachte**Serie (erledigt im gleichen Sinn):**

2011/09/0143 E 15. Dezember 2011

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok und die Hofräte Dr. Bachler und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Senft, über die Beschwerde des JG in B, vertreten durch Dr. Johannes Kirschner, Rechtsanwalt in 4600 Wels, Fabrikstraße 26, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 15. Juni 2011, Zl. VwSen-252450/6/Lg/Sta, betreffend Bestrafungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesministerin für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, Bundesministerin für Finanzen), zu Recht erkannt:

Spruch**Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.**

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe in seinem Betriebsgelände in B 12 näher bezeichnete ungarische, slowakische und polnische Staatsangehörige am 14. November 2008 beschäftigt, obwohl für diese keine der im Einzelnen aufgezählten näher genannten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen seien.

Der Beschwerdeführer habe dadurch 12 Übertretungen gemäß § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen. Es wurden 12 Geldstrafen in der Höhe von je EUR 2.000,-- (im Nichteinbringungsfall Ersatzfreiheitsstrafen von je 34 Stunden) verhängt.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides führte die belangte Behörde aus, der Tatvorwurf sei in objektiver Hinsicht unbestritten. Zum Verschulden und der Strafbemessung setzte sie fort (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof):

"Was das Verschulden betrifft, ist dem (Beschwerdeführer) zunächst das Verhalten seiner Gattin (HG) entgegenzuhalten. Deren vorwerfbares Verhalten ist darin begründet, dass sie es zuließ, dass die gegenständlichen Ausländer zur Arbeit eingesetzt wurden (ab Donnerstag, 13.11.2008), ohne dass die entsprechenden Bewilligungen des AMS vorlagen, und nicht darin, dass sie krankheitshalber verhindert war, die entsprechenden Anträge beim AMS überhaupt erst zu stellen. Es hätte eine kurze Mitteilung (in Form eines einzigen Satzes) an ihren Gatten oder einen sonstigen Beauftragten genügt, in welchem sie klarstellte, dass am 13./14.11.2008 die Ausländer mangels Vorliegens der entsprechenden arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen nicht zu arbeiten beginnen durften (so dies nicht überhaupt aufgrund der knappen Zeitverhältnisse ohnehin klar war - 12.11.2008: Eintreffen der Ausländer, abends Gespräch mit dem Gatten, erst anschließend Beginn des Ausfüllens der Formulare für das AMS; erster Arbeitseinsatz der Ausländer: 13.11.2008). Dass die Krankheit von solcher Schwere gewesen wäre, dass (HG) von 12.11. Abend bis zum Zeitpunkt der Kontrolle am 14.11. an dieser knappen Mitteilung gehindert gewesen wäre, wurde nicht dargetan, vielmehr wurde stets nur (und auch

das nur auf unklare Weise) argumentiert, (HG) sei an der formularmäßigen Erledigung (und Einbringung) der Beschäftigungsbewilligungsanträge gehindert gewesen. Überdies hat (HG) selbst vorgebracht, sie sei zur Zeit der Kontrolle im Büro gewesen, um dem Elektriker den Schaltkasten zu zeigen, was sicher einen größeren körperlichen Einsatz erfordert, als die mündliche Mitteilung, dass die Ausländer nicht arbeiten dürfen. Wenn (der Beschwerdeführer) argumentiert, er sei aufgrund einer jahrelangen Arbeitsteilung nicht mehr für den Kontakt mit dem AMS zuständig und dass diese Arbeiten selbstständig von seiner Gattin (HG) erledigt worden seien, so ist ihm entgegenzuhalten, dass nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes eine Entschuldigung nur bei Vorhandenseins eines ausreichenden Kontrollsystems eintritt. Die Einrichtung eines Kontrollsystems wurde jedoch nicht geltend gemacht. Überdies erklärte der (Beschwerdeführer) selbst (Protokoll vom 22.1.2009) er habe sich nach der Beauftragung seiner Gattin (HG) 'nicht mehr darum gekümmert'. Daher muss sich der (Beschwerdeführer) das Verschulden seiner Gattin (HG) zurechnen lassen.

Die Taten sind daher dem (Beschwerdeführer) auch in subjektiver Hinsicht zuzurechnen.

Hinsichtlich der Bemessung der Strafhöhe kann im Hinblick auf die Umstände des Falles (Migräne der Gattin (HG), ansonsten verlässliche Arbeitsteilung, fehlende Faktenbestreitung) und die kurze Dauer der illegalen Beschäftigung (der allerdings die hohe Zahl der illegal Beschäftigten in einem Gewerbebetrieb gegenübersteht) mit der gesetzlichen Mindestgeldstrafe und einer entsprechenden Ersatzfreiheitsstrafe je illegal beschäftigtem Ausländer das Auslangen gefunden werden. Überwiegende Milderungsgründe im Sinne des § 20 VStG sind nicht hervorgekommen. Die Taten bleiben auch nicht soweit hinter dem deliktstypischen Unrechts- und Schuldgehalt zurück, dass an eine Anwendung des § 21 Abs.1 VStG zu denken wäre. Insbesondere ist das Verschulden des (Beschwerdeführers) nicht als geringfügig einzustufen, da er es verabsäumt hatte, ein effizientes Kontrollsystem einzurichten."

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die objektive Tatseite bleibt auch in der Beschwerde unbestritten. Die Beschwerde wendet sich gegen die Annahme eines Verschuldens und gegen die Strafbemessung.

Der Beschwerdeführer rügt als Verfahrensmangel, er habe in der mündlichen Verhandlung einer Verlesung des Akteninhalts nicht zugestimmt. Das Tonbandprotokoll der mündlichen Verhandlung vom 26. Mai 2011 enthält diesbezüglich folgende Eintragungen:

"Der Akteninhalt ist den Parteien nach deren eigener Kundgabe bekannt. Die Akten gelten vorbehaltlich gesonderter Verlesungswünsche als verlesen.

...

Der Vertreter der Beschuldigten" (Anmerkung: das sind der Beschwerdeführer und seine Gattin) "verweist hinsichtlich der Verschuldensfrage auf den Akteninhalt. Diesbezüglich liegen ja drei Niederschriften vor."

Eine Protokollrüge wurde nicht erhoben. Aus den wiedergegebenen Textstellen ist - wie die belangte Behörde auch in der Gegenschrift ausführt - entgegen dem Beschwerdevorbringen eindeutig eine Zustimmung zur Verlesung des Akteninhaltes zu ersehen.

Des Weiteren rügt der Beschwerdeführer "enttäushtes Vertrauen auf rechtskräftige Einstellung des Strafverfahrens".

Aus dem Umstand, dass die Behörde erster Instanz das Verwaltungsstrafverfahren (infolge einer verfehlten Rechtsansicht) eingestellt hat, kann nicht darauf vertraut werden, dass diese Entscheidung rechtskräftig wird, weil dagegen von der Amtspartei Berufung erhoben werden kann, wie dies gegenständlich auch erfolgt ist. Der Beschwerdeführer rügt sodann, es sei ihm die Berufung nicht "unverzüglich" zugestellt worden. Es erübrigt sich zu untersuchen, ob dies einen Verfahrensmangel darstellte, weil der Beschwerdeführer nicht aufzeigt, was er bei früherer Zustellung der Berufung vorgebracht hätte, sodass dem Beschwerdevorbringen jedenfalls die Relevanz fehlt. Gleiches gilt für die Rüge, dass eine Kopie eines ärztlichen Attests "zum Zeitpunkt der Verhandlung vor dem UVS ... offenbar im Akt nicht mehr vorhanden" gewesen sei.

Überdies wurde dieses - wieder beigebrachte - Attest von der belangten Behörde in ihrer Entscheidung berücksichtigt.

Gegen die Annahme eines Verschuldens bringt der Beschwerdeführer vor, dass für die Einrichtung eines effizienten Kontrollsystems "einerseits aufgrund des jahrelangen problemlosen Zusammenspiels" (mit der für Anmeldung beim Arbeitsmarktservice "zuständigen" Gattin) "kein Grund" bestanden habe und "der Zeitraum zwischen Beauftragung der Gattin mit der Anmeldung und dem Tatzeitpunkt nur einen Tag" betragen habe. Es habe auch keinen Anlass gegeben, nachzufragen, ob die Meldung geklappt habe, da diese sonst stets innerhalb kürzester Zeit positiv erledigt würden.

Insoweit sich der Beschwerdeführer damit auf die interne Aufgabenteilung mit seiner Gattin beruft, ist ihm entgegenzuhalten, dass nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes die rechtliche Konsequenz einer internen Aufgabenteilung innerhalb eines Unternehmens im Einzelfall davon abhängt, ob ein für das

Unternehmen im Sinne des § 9 Abs. 1 VStG strafrechtlich Verantwortlicher Maßnahmen getroffen hat, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschrift mit gutem Grund erwarten lassen. Im Sinne dieser Judikatur reicht nicht einmal die bloße Erteilung von Weisungen oder Belehrungen aus; entscheidend ist, ob eine wirksame Kontrolle der vom Verantwortlichen erteilten Weisung erfolgt ist, wobei selbst kurzfristige, stichprobenartige Kontrollen nicht ausreichen, um die Annahme zu rechtfertigen, ein wirksames Kontrollsystem, von dem mit gutem Grund erwartet werden kann, dass es die tatsächliche Einhaltung der Ausländerbeschäftigungsvorschriften sicherstellt, liege vor (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 15. Oktober 2009, Zl. 2009/09/0186, mwN).

Im gegenständlichen Fall hat der Beschwerdeführer sogar noch in der Beschwerde wiederholt, er habe überhaupt nicht kontrolliert, sondern auf die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften durch seine Gattin vertraut. Zudem verkennt er, dass es nicht darum geht, wann eine "Meldung" beim Arbeitsmarktservice unterlassen wurde, sondern dass die Ausländer - wie die belangte Behörde richtig ausführt - eingesetzt wurden, ohne dass bereits zu Beginn der Beschäftigung eine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung vorgelegen wäre.

Damit liegt der Umstand, der im gegenständlichen Fall zu einer verbotenen Ausländerbeschäftigung geführt hat, im typischen Fehlerbereich, der durch zumutbare und leicht zu verwirklichende Maßnahmen (hier: Kontrolle der Datenerfassung) ausgeschaltet oder zumindest verringert werden hätte können, weshalb den Beschwerdeführer ein nicht bloß geringfügiges Verschulden im Sinne des § 21 Abs. 1 VStG an dem objektiv verwirklichten Tatbestand der bewilligungslosen Beschäftigung eines ausländischen Arbeitnehmers trifft. Schon deshalb bleibt für die Anwendung des § 21 Abs. 1 VStG kein Raum.

Gegen die Strafbemessung bringt der Beschwerdeführer vor, es widerspreche dem Doppelverwertungsverbot, die Mehrzahl der Beschäftigten, der ohnehin durch die entsprechende Zahl der Verhängung der Mindeststrafe Rechnung getragen werde, als straferschwerend anzunehmen.

Eine weitere Rechtswidrigkeit erblickt der Beschwerdeführer darin, dass die belangte Behörde die Vielzahl der strafbaren Handlungen und damit ein bereits strafsatzqualifizierendes Tatbestandsmerkmal als erschwerend gewertet habe. Damit habe die belangte Behörde gegen das Doppelverwertungsverbot verstoßen.

Auch mit diesem Einwand zeigt der Beschwerdeführer keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf.

Strafsatzqualifizierend ist es nämlich, dass der Beschwerdeführer mehr als drei Ausländer beschäftigt hat, aus diesem Grund wurde der dritte Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG angewendet. Wenn die belangte Behörde dabei die "Vielzahl" der Übertretungen als erschwerend wertete, so ist im vorliegenden Fall eine Rechtsverletzung des Beschwerdeführers deswegen nicht zu erkennen, weil der Beschwerdeführer unbestritten wegen deutlich mehr als drei Übertretungen bestraft worden ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. Juni 2011, Zl. 2008/09/0097).

Der Beschwerdeführer wendet ein, die belangte Behörde habe mehrere Milderungsgründe nicht beachtet, es hätte § 20 VStG zur Anwendung gebracht werden müssen.

Im Einzelnen behauptet der Beschwerdeführer folgende

"Milderungsgründe":

- "Probleme in Folge von Stromausfällen"

- "Ausfall" der Sekretärin im "Zusammenhang mit der erst am 12. November 2008 bekannt gewordenen Notwendigkeit, für die Angestellten der Firma G S.r.o. kurzfristig Papiere zu besorgen.
- Die Tat sei durch ein Unterlassen und nicht durch ein Tun begangen worden.

Dem Beschwerdeführer ist zu antworten, dass es - wie bereits oben angeklungen - nicht um die Unterlassung der Anmeldung beim Arbeitsmarktservice geht, sondern um die Beschäftigung von Ausländern ohne das Vorliegen arbeitsmarktrechtlicher Bewilligungen. Es ist daher nicht zu ersehen, warum Stromausfälle und der Ausfall einer Sekretärin eine Kontrolle vor Beschäftigungsbeginn, ob arbeitsmarktrechtliche Bewilligungen für die Beschäftigung der Ausländer vorgelegen seien, behindert hätten.

- Der Beschwerdeführer habe wesentlich zur Wahrheitsfindung beigetragen und reumütig gestanden. Der Beschwerdeführer übersieht, dass er lediglich Tatsachen zugegeben hat (wenn auch sogleich bei der ersten Einvernahme), die von den Kontrollorganen bereits erhoben waren. Im bloßen Zugeben des Tatsächlichen kann ein qualifiziertes Geständnis iSd § 34 Z. 17 StGB nicht erblickt werden (vgl. die in Hauer/Leukauf, Handbuch des Verwaltungsverfahrens6, S 1350, E 93 ff wiedergegebene hg. Rechtsprechung).
- Die Gattin des Beschwerdeführers sei ebenfalls bestraft worden; dies ist im Gegensatz zur Ansicht des Beschwerdeführers kein von § 34 Z. 19 StGB erfasster "Nachteil".
- Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung der angemessenen Verfahrensdauer iSd Art. 6 Abs. 1 EMRK. Diese sei nicht als Milderungsgrund bei der Strafbemessung berücksichtigt worden.

Im vorliegenden Fall erlangte der Beschwerdeführer mit Zustellung der Aufforderung zur Rechtfertigung als Beschuldigter erstmals offiziell Kenntnis von dem gegen sie erhobenen Tatvorwurf. Diese Zustellung erfolgte am 28. August 2009; als Anfangszeitpunkt des Verfahrens ist daher dieser Tag anzunehmen.

Mit Straferkenntnis der Behörde erster Instanz vom 22. März 2010 endete das erstinstanzliche Verfahren. Die Berufung der Amtspartei langte am 2. April 2010 bei der belangten Behörde ein. Der Berufungsbescheid wurde dem Beschwerdeführer aber erst am 6. Juli 2011 zugestellt. Das gesamte Verfahren seit der ersten Verfolgungshandlung dauerte somit knapp über 22 Monate.

Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits mehrfach ausgesprochen, dass das Gesetz bei der Strafbemessung in einer dem Art. 6 EMRK widersprechenden Weise angewendet wurde, wenn eine überlange Verfahrensdauer nicht festgestellt und strafmildernd bewertet wurde. Die Frage der Angemessenheit der Verfahrensdauer ist dabei an Hand der besonderen Umstände des Einzelfalles, insbesondere der Schwierigkeit des Falles, des Verhaltens der Partei und der staatlichen Behörden im betreffenden Verfahren und der Bedeutung der Sache für die Partei zu beurteilen. Die maßgebliche Frist beginnt, sobald die Partei durch offizielle Mitteilung oder auch in sonstiger Weise in Kenntnis gesetzt wird, dass gegen sie wegen des Verdachts, eine strafbare Handlung begangen zu haben, Ermittlungen mit dem Ziel strafrechtlicher Verfolgung durchgeführt werden (vgl. das hg. Erkenntnis vom 24. September 2010, Zl. 2009/02/0329, mwN).

Unter Berücksichtigung der erst durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 16. Dezember 2009, B 343/10, geklärten entscheidenden Rechtsfrage der Auswirkungen einer strafgerichtlichen Verfolgung nach § 153e StGB im Verhältnis zu § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG und der Verfahrensdauer von ca. 22 Monaten kann der belangten Behörde im Beschwerdefall nicht entgegengetreten werden, wenn sie die behauptete überlange Verfahrensdauer nicht als Milderungsgrund berücksichtigt hat (vgl. zu einer Verfahrensdauer von ca. 22 Monaten das bereits zitierte hg. Erkenntnis vom 24. September 2010, Zl. 2009/02/0329).

Nur die folgenden beiden Gründe sind tatsächlich als Milderungsgründe anrechenbar, die belangte Behörde hat dies im angefochtenen Bescheid nicht getan:

- Der Beschwerdeführer hat bereits im Verwaltungsverfahren vorgebracht, dass die Ausländer zur gesetzlichen Sozialversicherung eheständig und rückwirkend angemeldet worden seien, die belangte Behörde ist dem nicht entgegengetreten. Damit kann er den Milderungsgrund der Anmeldung der Ausländer zur gesetzlichen Sozialversicherung für sich in Anspruch nehmen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 16. Dezember 2008, Zl. 2007/09/0039).
- Der Beschwerdeführer bringt zudem vor, er sei unbescholten gewesen. Diesem Vorbringen ist die belangte Behörde in der Gegenschrift nicht entgegengetreten.

Anzumerken ist, dass die Ausländer nach den im Akt einliegenden Personenblättern einen Stundenlohn von EUR 4,00 bis EUR 4,10 erhalten hätten, was deutlich unter dem kollektivvertraglichen Mindestlohn für Erntehelfer im Jahre 2008 gelegen wäre (dieser wäre bei EUR 5,77 gelegen). Eine Entlohnung unter dem Mindesttarif könnte ein Erschwerungsgrund sein. Die belangte Behörde hat sich damit aber zu Gunsten des Beschwerdeführers nicht auseinandergesetzt.

Insgesamt jedoch kann angesichts der Vielzahl der beschäftigten Ausländer trotz Nichtberücksichtigung zweier Milderungsgründe ein Überwiegen der Milderungs- über die Erschwerungsgründe im Sinne des § 20 VStG nicht erkannt werden.

Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 15. Dezember 2011