

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

18.11.1993

Geschäftszahl

93/09/0364

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Hoffmann und die Hofräte Dr. Fürsinn und Dr. Germ als Richter, im Beisein des Schriftführers Kommissär Mag. Fritz, über die Beschwerde des DV in W, vertreten durch Dr. M, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 14. Juni 1993, Zl. UVS-04/23/00133/92, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Partei: Bundesminister für Arbeit und Soziales), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird in seinem Straf- und Kostenausspruch wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben; im übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 11.360,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Der Beschwerdeführer war unbestritten zur Tatzeit handelsrechtlicher Geschäftsführer der D Gesellschaft m.b.H. (in der Folge kurz: Ges.m.b.H.) mit Sitz in Wien. Laut Handelsregistereintragung war Gegenstand der Ges.m.b.H. das Baumeistergewerbe und der Handel mit Waren aller Art. Auf Grund von Erhebungen der Polizei und des Landesarbeitsamtes Wien, in deren Verlauf auch der Beschwerdeführer niederschriftlich vernommen wurde, stellte das Landesarbeitsamt Wien am 9. April 1991 beim Magistratischen Bezirksamt für den 15. Bezirk in Wien (MBA) den Antrag auf Einleitung eines Verwaltungsstrafverfahrens gegen den Beschwerdeführer als den zur Vertretung der Ges.m.b.H. nach außen Berufenen, weil die Ges.m.b.H. in der Zeit vom 14. Jänner 1991 bis 28. März 1991 insgesamt 43 namentlich genannte Ausländer ohne die nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) erforderliche Beschäftigungsbewilligung beschäftigt habe, indem er sie auf einer Baustelle in Wien, B-Straße 72, der dort bauführenden E Baugesellschaft m.b.H. diverse Bauarbeiten erbringen habe lassen.

In einer schriftlichen Stellungnahme zu dieser Anzeige führte der Beschwerdeführer am 22. März 1991 aus wie folgt:

"...

a) Die Firma D Bau hat mit der Firma E Ges.m.b.H. am 10.1.1991 einen Werkvertrag betreffend das Bauvorhaben B-Straße 72 abgeschlossen, demzufolge die Firma D

1) den händischen Erdaushub im Kellergeschoß und im Erdgeschoß einschließlich Verführen auf Zwischendeponie im Hof,

2) Abbruch von Beton und Starkbeton ohne Unterschied der Betongüte einschließlich des Zwischentransportes und

3) den Abbruch von Ziegelmauerwerk aller Art einschließlich Zwischentransport auf die Deponie im Hof vorzunehmen hat.

Aufgrund dieses Werkvertrages wurden die Arbeiten durch Arbeiter der Firma D Bau an gegenständlichem Bauvorhaben durchgeführt.

Beweis: in Fotokopie beiliegender Werkvertrag vom 10.1.1991.

b) Ich habe in meiner Firma eine Mitarbeiterin, Frau TB, die für sämtliche Agenden mit den Behörden zuständig ist; insbesondere fällt es in deren Bereich, dafür zu sorgen, daß Mitarbeiter der Firma D Bau über die

entsprechenden behördlichen Genehmigungen verfügen. Ich bin jedenfalls davon ausgegangen, daß die an der Baustelle B-Straße 72 befindlichen Mitarbeiter der Firma D Bau über entsprechende behördliche Genehmigungen verfügen.

Beweis: TB, per Adresse: D Bau."

In seiner Einvernahme als Beschuldigter gab der Beschwerdeführer am 10. Mai 1991 dem MBA gegenüber zu seinen persönlichen Verhältnissen u.a. an, "jugoslawischer" Staatsbürger und vermögenslos zu sein und ein Einkommen von ca. S 8.000,-- zu erzielen; er sei verheiratet und habe für zwei Kinder zu sorgen. Zur Sache gab der Beschwerdeführer folgendes zu Protokoll:

"Nachdem mir die Anzeige vorgehalten wurde, verzichte ich ausdrücklich auf die schriftliche Zustellung einer Aufforderung zur Rechtfertigung und nehme wie folgt Stellung:

Ich habe davon, daß die Beschäftigungsbewilligungen gefälscht waren, nichts gewußt. Die Führung der Firma oblag allein Fr. TB, die die Fälschungen anfertigte und mich im Glauben ließ, daß diese vom Arbeitsamt ausgestellt worden seien. Sie sagte, daß sie diese bekommen habe, weil sie gute Beziehungen zum Arbeitsamt habe. Auf Grund der Tatsache, daß ich weder gut schreiben noch gut lesen kann, war ich vollkommen darauf angewiesen, was mir Fr. TB zum Unterschreiben vorlegte. Fr. TB hat dafür, daß sie die Firma zwei Monate geführt hat, von mir S 140.000,-- erhalten. Auch die Kontakte zur Fa. E wurden von Fr. TB geknüpft, diese hat jedoch alle Unterlagen vernichtet."

Das MBA erließ nach Einholung einer Stellungnahme des Landesarbeitsamtes Wien hierauf den Bescheid vom 23. Jänner 1992, mit welchem der Beschwerdeführer schuldig erkannt wurde, es als zur Vertretung nach außen Berufener der Ges.m.b.H. verantworten zu haben, daß diese an der Baustelle in der B-Straße 72 zu jeweils tageweise festgestellten Zeiten zwischen dem 14. Jänner 1991 und dem 28. März 1991 insgesamt 43 namentlich genannte ausländische Arbeitskräfte beschäftigt hat, obwohl für diese weder Beschäftigungsbewilligungen erteilt worden noch diese Ausländer im Besitz von Befreiungsscheinen oder von Arbeitserlaubnissen gewesen sind. Der Beschwerdeführer habe dadurch § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 AuslBG verletzt, wofür über ihn 43 Geldstrafen von je S 15.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe je 5 Tage) verhängt und ihm Verfahrenskosten von je S 1.500,-- vorgeschrieben wurden.

Begründend verwies das MBA auf die Anzeige des Landesarbeitsamtes Wien. Der Beschwerdeführer habe im wesentlichen die Begehung der angelasteten Übertretung(en) nicht bestritten, sein Verschulden sei iS des § 5 VStG zu bejahen. Auf die Vermögens-, Einkommens- und Familienverhältnisse des Beschwerdeführers sei bei der Strafbemessung Bedacht genommen worden; als erschwerend seien "rechtskräftige Vorstrafen", als mildernd sei kein Umstand zu werten gewesen.

In seiner gegen diesen Bescheid erhobenen Berufung machte der Beschwerdeführer im wesentlichen geltend, die Ges.m.b.H. habe zwar Arbeitskräfte überlassen, aber keine eigenen Baustellen bearbeitet. Beschäftiger sei daher der jeweilige Dienstgeber. Außerdem sei der Beschwerdeführer zwar handelsrechtlicher, nicht aber gewerberechtlicher Geschäftsführer der Ges.m.b.H. gewesen. Die Ausländer hätten überwiegend nur wenige Tage lang gearbeitet und seien dem Beschwerdeführer weitgehend gar nicht bekannt gewesen. Die Strafen seien zu hoch bemessen.

Die belangte Behörde holte zu dieser Berufung eine Stellungnahme des Landesarbeitsamtes Wien ein und gewährte dazu dem Beschwerdeführer die Möglichkeit einer Gegendarstellung. Der Beschwerdeführer führte dazu am 5. Juni 1992 aus, es liege ein "Zwiespalt" zwischen den Bestimmungen des AÜG und des AuslBG vor. Auch sei die Verantwortlichkeit nicht ausreichend geprüft und auf den Umstand nicht Bedacht genommen worden, daß wegen der gefälschten Beschäftigungsbewilligungen bereits ein gerichtliches Strafverfahren stattgefunden habe. Die Bestrafung des Beschwerdeführers sei infolge der inzwischen erfolgten Liquidation der Ges.m.b.H. sinnlos und überdies überhöht.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 14. Juni 1993 hat die belangte Behörde den Bescheid des MBA gemäß § 66 Abs. 4 AVG hinsichtlich der Schuldfrage und der Kosten des Strafvollzuges mit der Maßgabe bestätigt, daß der Beschwerdeführer ausdrücklich als handelsrechtlicher Geschäftsführer bezeichnet wurde und die verletzte Rechtsvorschrift richtig "§ 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 lit. a des Ausländerbeschäftigungsgesetzes BGBl. Nr. 218/1975 idF BGBl. Nr. 450/1990" und die Strafnorm "§ 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a,

3. Strafsatz, leg. cit." zu lauten hat. Die verhängten Geldstrafen wurden auf je S 12.000,--, die Ersatzfreiheitsstrafen auf je drei Tage herabgesetzt und die Kostenbeiträge entsprechend ermäßigt.

Begründend führte die belangte Behörde nach einer Darstellung des vorangegangenen Verfahrensablaufes und der einschlägigen Bestimmungen des AuslBG aus, nach den im Akt befindlichen Unterlagen seien die Ausländer in einem Arbeitsverhältnis zur Ges.m.b.H. gestanden. Im übrigen nehme nach der Judikatur der tatsächliche Einsatz eines ausländischen Arbeitnehmers im Betrieb eines Beschäftigers nach dem AÜG dem Überlasser nicht die Eigenschaft als Arbeitgeber iS des AuslBG. Strafrechtlich verantwortlich für Verstöße gegen das AuslBG sei der handelsrechtliche und nicht der gewerberechtliche Geschäftsführer. Da der Sachverhalt nicht bestritten worden sei, müsse das Vorliegen des objektiven Tatbestandes der angelasteten Verwaltungsübertretungen als erwiesen angenommen werden. Der Beschwerdeführer habe auch iS des § 5 VStG schuldhaft gehandelt. Von einem Gewerbetreibenden müsse verlangt werden, daß er über die für die Ausübung seines Gewerbes

maßgebenden Rechtsvorschriften orientiert sei; dem Beschwerdeführer komme insoweit kein entschuldigender Rechtsirrtum zugute. Auch der Hinweis darauf, daß die einzelnen Arbeiter, insbesondere diejenigen, die nur ein bis zwei Tage gearbeitet hätten, dem Beschwerdeführer nicht bekannt gewesen seien, gehe unter Hinweis auf die Vorschriften des AuslBG ins Leere. Es müsse daher die Begehung der angelasteten Verwaltungsübertretungen dem Beschwerdeführer auch in subjektiver Hinsicht angelastet werden.

Zur Strafbemessung führte die belangte Behörde aus, der objektive Unrechtsgehalt der angelasteten Taten könne nicht als gering gewertet werden, weil die illegale Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften auf gesamtwirtschaftlicher Ebene zu volkswirtschaftlichen Schäden und zu Wettbewerbsverzerrungen führe. Auch das Ausmaß des Verschuldens des Beschwerdeführers könne nicht als geringfügig angesehen werden. Der Beschwerdeführer sei verwaltungsstrafrechtlich nicht unbescholten, es seien über ihn bereits zwei, wenn auch nicht einschlägige Geldstrafen verhängt worden. Diese vom MBA als erschwerend gewerteten nicht einschlägigen Vorstrafen seien nach Ansicht der belangten Behörde nicht als Erschwerungsgrund heranzuziehen. Jedoch sei ein anderer Erschwerungsgrund zu berücksichtigen, nämlich der Umstand, daß insgesamt 43 Ausländer unberechtigt iS des AuslBG beschäftigt worden seien. Mildernde Umstände seien nicht hervorgekommen. Bei der Strafbemessung seien auch generalpräventive Erwägungen maßgebend, um den Unwert des angelasteten strafbaren Verhaltens zu dokumentieren und damit potentielle Täter abzuhalten. Die verhängten Geldstrafen seien aber allein unter Berücksichtigung der äußerst ungünstigen Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschwerdeführers und des Umstandes, daß sich die Ges.m.b.H. in Liquidation befinde und seit längerem keine gewerblichen Tätigkeiten mehr ausübe, herabzusetzen gewesen. Eine weitere Herabsetzung sei unter Berücksichtigung des objektiven Unrechtsgehaltes der Taten, des Verschuldensausmaßes und insbesondere des Erschwerungsgrundes der großen Anzahl der unberechtigt beschäftigten Ausländer sowie des jeweils bis S 120.000,- reichenden Strafrahmens sowie mit Rücksicht auf die nunmehrige Festsetzung knapp über dem Mindeststrafsatz nicht in Betracht gekommen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, wegen "Gesetzesverletzung" erhobene Beschwerde mit dem Antrag, ihn "als rechtswidrig aufzuheben, das Verwaltungsstrafverfahren gegen den Beschwerdeführer einzustellen, allenfalls die verhängten Strafen (auf ein) dem freien Ermessen der Behörden entsprechendes Ausmaß herabzusetzen".

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und hat von der Erstattung einer Gegenschrift abgesehen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG in der auf Grund der Tatzeiten im Beschwerdefall anzuwendenden Fassung nach der Novelle BGBl. Nr. 450/1990 begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen dem § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§ 4) erteilt noch eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§ 15) ausgestellt wurde, ...

bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 5000 S bis zu 60.000 S, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 10.000 S bis zu 120.000 S, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 10.000 S bis zu 120.000 S, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 20.000 S bis zu 240.000 S.

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung erteilt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt.

Als Beschäftigung gilt gemäß § 2 Abs. 2 AuslBG 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, d) nach den Bestimmungen des § 18 oder e) überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitsüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988.

Den Arbeitgebern gleichzuhalten sind gemäß § 2 Abs. 3 AuslBG a) in den Fällen des Abs. 2 lit. b die inländischen Vertragspartner jener Personen, für deren Verwendung eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich ist,

b) in den Fällen des Abs. 2 lit. c und d der Inhaber des Betriebes, in dem der Ausländer beschäftigt wird, oder der Veranstalter, und c) in den Fällen des Abs. 2 lit. e auch der Beschäftigte im Sinne des § 3 Abs. 3 des Arbeitsüberlassungsgesetzes.

Der Beschwerdeführer versucht in seiner Beschwerde erneut, die Unterstellung der im Beschwerdefall vorgeworfenen Tathandlungen unter die Strafbestimmungen des AuslBG mit dem Hinweis zu bekämpfen, in Wahrheit seien Bestimmungen des AÜG verletzt worden. Dabei übersieht er, daß auch das Bestehen einer Verbotsnorm nach dem AÜG nicht bedeutet, daß damit der Überlasser aus dem Geltungsbereich des AuslBG, insbesondere von der Strafnorm des § 28 Abs. 1 dieses Gesetzes, ausgenommen wäre (vgl. dazu das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 26. September 1991, Zl. 90/09/0190).

Es kommt daher im Beschwerdefall für die Strafbarkeit des Beschwerdeführers als des handelsrechtlichen Geschäftsführers der Ges.m.b.H. überhaupt nicht darauf an, ob die Ausländer von der Ges.m.b.H. selbst an einer von dieser geführten Baustelle verwendet wurden (wie dies vom Beschwerdeführer im Verfahren vor dem MBA dargestellt wurde) oder ob sie die Ges.m.b.H. einer anderen Baufirma als Beschäftigter überlassen hat (so die Darstellung des Beschwerdeführers im Berufungsverfahren). Die Ges.m.b.H. war bei der gegebenen Sachlage in jedem Falle Arbeitgeber der 43 Ausländer gemäß § 2 Abs. 2 lit. a AuslBG, wobei im vorliegenden Verfahren nicht weiter zu prüfen war, ob und inwieweit im Sinne des § 2 Abs. 2 lit. e und Abs. 3 lit. c AuslBG "auch" der Beschäftigter gemäß § 3 Abs. 3 AÜG für eine Verletzung der Bestimmungen des AuslBG durch die Vewendung der von der Ges.m.b.H. überlassenen ausländischen Arbeitskräfte zu bestrafen war.

Unzutreffend sind auch die Ausführungen des Beschwerdeführers, wonach für Verstöße der Ges.m.b.H. gegen das AuslBG nicht deren handelsrechtlicher, sondern ausschließlich deren gewerberechtlicher Geschäftsführer nach § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich sei. Eine Abwälzung dieser Verantwortlichkeit des zur Vertretung nach außen berufenen handelsrechtlichen Geschäftsführers einer Gesellschaft m.b.H. ist nur im Wege der Abs. 2 und 3 des § 9 VStG möglich, doch fehlt es hiezu im Beschwerdefall an einem tauglichen Parteivorbringen, insbesondere an einem dafür unerlässlichen Nachweis der Zustimmung des angeblich Betroffenen (vgl. dazu die bei Hauer-Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens⁴, auf S. 760 ff, insbesondere auf S. 770/771 zusammengestellte Judikatur).

Die Ausführungen des Beschwerdeführers sind daher nicht geeignet, eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides in der Frage der Bestätigung der erstinstanzlichen Schuldsprüche darzutun, weshalb die Beschwerde insoweit gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen war.

Der Beschwerdeführer wendet sich aber auch gegen die über ihn verhängten Strafen. Er regt an, die Verfassungsmäßigkeit der Strafbestimmungen des AuslBG zu überprüfen, und macht dazu geltend, es sei der Gleichheitsgrundsatz dadurch verletzt, daß zwar Strafbestimmungen gegen die Beschäftigung von Ausländern, nicht aber gegen die "Schwarzarbeit" von Inländern bestünden. Letzteres trifft nicht zu (vgl. z.B. die §§ 111 ff ASVG und 71 ff AIVG). Abgesehen davon verbietet das Gleichheitsgebot nur willkürliche und unsachliche Differenzierungen; als solche ist aber eine unterschiedliche Behandlung der Beschäftigung in- und ausländischer Arbeitskräfte nicht zu erkennen.

Dennoch kommt der Beschwerde im Umfang der Bekämpfung der Strafhöhe und infolgedessen auch hinsichtlich des Kostenausspruches im Ergebnis Berechtigung zu, wenn auch aus einem in der Beschwerde nicht ausdrücklich aufgegriffenen Grund.

Die belangte Behörde hat zur Strafbemessung ganz allgemein auf den objektiven Unrechtsgehalt der Taten und auf generalpräventive Überlegungen, andererseits aber auch auf die äußerst ungünstigen persönlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers verwiesen. Zutreffend ist die belangte Behörde ferner bei der Strafbemessung mit Rücksicht auf die Zahl der unberechtigt beschäftigten Ausländer vom dritten Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG (S 10.000,- bis S 120.000,-) ausgegangen. Gleichzeitig aber hat sie in der großen Anzahl der unberechtigt beschäftigten Ausländer einen Erschwerungsgrund erblickt, der die verhängten Strafen trotz des Wegfalls des vom MBA angenommenen Erschwerungsgrundes (nicht einschlägige verwaltungsrechtliche Vorstrafen) angemessen erscheinen lasse. Das war rechtlich verfehlt, weil auch im Bereich des VStG das sogenannte "Doppelverwertungsverbot" gilt, welches besagt, daß Merkmale, die die Strafdrohung bestimmen bzw. Tatbestandsmerkmale sind, nicht noch zusätzlich als Strafzumessungsgründe berücksichtigt werden dürfen (siehe dazu das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 16. Juli 1992, Zl. 92/09/0052).

Da die Tatsache der Beschäftigung von mehr als drei Ausländern bei der Bestrafung des Beschwerdeführers hinsichtlich jedes einzelnen der 43 von der Ges.m.b.H. beschäftigten Ausländer zu einer Bestrafung nach dem dritten Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG geführt hat, widersprach die zusätzliche Annahme eines Erschwerungsgrundes, der in der Vielzahl der beschäftigten Ausländer zu erblicken sei, dem genannten Doppelverwertungsverbot. Da die belangte Behörde somit insoweit die Rechtslage verkannt hat, war der angefochtene Bescheid in seinem Strafausspruch und demzufolge auch hinsichtlich seiner Entscheidung über die Verfahrenskosten gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

Die Entscheidung über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 und 48 Abs. 1 Z. 1 und 2 sowie 50 VwGG iVm Art. I A Z. 1 der Verordnung des Bundeskanzlers BGBl. Nr. 104/1991.