

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

25.03.2010

Geschäftszahl

2007/09/0261

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 E T in W, vertreten durch Steiner Rechtsanwalts KG in 1010 Wien, Weihburggasse 18- 20/50, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich vom 2. Juni 2005, Zl. Senat-KO-05-2002, betreffend Bestrafung wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (weitere Parteien: Bundesminister für Finanzen; Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), 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 angefochtenen, im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde vom 2. Juni 2005 wurde der Beschwerdeführer nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung in Bestätigung des erstinstanzlichen Straferkenntnisses für schuldig erkannt, er habe zwei namentlich angeführte polnische Staatsangehörige im Zeitraum "1996 bis 19.6.2003" entgegen § 3 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) beschäftigt, obwohl für diese weder eine Beschäftigungsbewilligung (§§ 4 und 4c AuslBG) oder Zulassung als Schlüsselkraft (§ 12 AuslBG) erteilt, noch eine Anzeige (§ 3 Abs. 5 AuslBG) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a AuslBG) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c AuslBG, oder ein Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG) ausgestellt worden sei, da kein Niederlassungsnachweis vorhanden gewesen sei. Der Beschwerdeführer habe dadurch § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) verletzt, weshalb er wegen dieser Verwaltungsübertretungen gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG mit Geldstrafen in der Höhe von je EUR 1.000,- (im Falle der Uneinbringlichkeit: Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils einem Tag) bestraft und ihm ein Beitrag zu den Verfahrenskosten auferlegt wurde.

Die belangte Behörde begründete ihre Entscheidung nach Wiedergabe des bisherigen Verwaltungsgeschehens und Darstellung der Rechtslage zusammengefasst damit, dass die beiden polnischen Staatsangehörigen unbestritten seit dem Jahr 1996 ausschließlich für den Beschwerdeführer tätig seien, es ihnen allerdings auf Grund der Dauer ihrer Tätigkeit, die sich täglich auf eine Zeit von etwa vier Stunden beschränkt habe, die Möglichkeit gegeben gewesen sei, in welcher Art auch immer, etwa andere (selbständige) Tätigkeiten durchzuführen. An einem zahlenmäßig fixierten bzw. umschriebenen "Werk" fehle es insofern, als die beiden Ausländer einfach die im Bereich des oder der Hotels des Beschwerdeführers anfallende Wäsche zu waschen gehabt hätten. Sie hätten keinen eigenen Einfluss auf die Quantität der von ihnen zu verrichtenden Tätigkeiten gehabt, wären dabei in die betriebliche Organisation des Beschwerdeführers integriert gewesen und bei ihrer Leistungserbringung in ihrer Entscheidungsfreiheit auf ein Minimum, nämlich offenbar darauf reduziert gewesen, dass es ihnen überlassen gewesen sei, zu welcher Tageszeit sie die Arbeiten durchführen und sich darüber hinaus vom jeweils anderen bei ihrer Abwesenheit vertreten lassen hätten können, woraus sich eine tägliche Termingebundenheit der in den Räumlichkeiten des Beschwerdeführers von den Ausländern zu verrichtenden Tätigkeiten ableiten lasse. Ein weiteres Vorbringen des Beschwerdeführers betreffend eigene Betriebsmittel der Ausländer, wie Pkw, Trockner, Bügeleisen, habe sich im Verfahren einerseits als unrichtig erwiesen, zumal derartige Hilfsmittel - abgesehen von einem Pkw - laut Angaben des Beschwerdeführers selbst und der beiden Ausländer für ihre Tätigkeiten nicht notwendig gewesen seien. Andererseits erachtete es die

belangte Behörde auch als feststehend, dass die Ausländer faktisch gezwungen gewesen seien, ihre Tätigkeit im Betrieb des Beschwerdeführers mit den ihnen zur Verfügung gestellten - vermieteten - Maschinen zu verrichten. Auch spreche die Art der Entlohnung, also die vom Steuerberater des Beschwerdeführers, der ebenfalls der Steuerberater der beiden Ausländer sei, für die Ausländer gelegten Rechnungen, wobei die Höhe des Rechnungsbetrages unabhängig vom Arbeitsaufwand der beiden Ausländer sei, sicherlich nicht für eine selbständige, mit Unternehmerrisiko verbundene Tätigkeit. Vielmehr komme die Entlohnung jener bei einem Arbeitsverhältnis gleich. Hierbei könne es außer Betracht bleiben, dass für beide Ausländer eine Gewerbeberechtigung betreffend "Übernahme von Arbeiten für das Gewerbe der Textilreiniger (Chemisch Reiniger, Wäscher und Wäschebügler) ausgestellt gewesen sei. Ebenfalls außer Betracht bleiben könne, dass die beiden Ausländer faktisch auch am Ort ihrer Tätigkeit, also in einem der Hotels des Beschwerdeführers ihren Wohnsitz bzw. Aufenthaltsort gehabt hätten. Auch die steuerliche Betrachtung des aus der Tätigkeit der Ausländer erzielten Einkommens könne keinen Einfluss darauf ausüben, die Tätigkeit der Ausländer nicht als arbeitnehmerähnlich wegen wirtschaftlicher Unselbständigkeit zu sehen. Die belangte Behörde bejahe daher ebenfalls das Vorliegen der Arbeitnehmerähnlichkeit betreffend die gegenständliche Vertragskonstellation zwischen den beiden Ausländern und dem Beschwerdeführer.

Die dem Beschwerdeführer zur Last gelegte Verwaltungsübertretung gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG sei ein Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG. Der Beschwerdeführer habe versucht, im Sinne dieser Bestimmung sein mangelndes Verschulden durch die Angabe glaubhaft zu machen, dass er vor Aufnahme der Tätigkeit der beiden Ausländer Auskünfte seitens der Wirtschaftskammer sowie auch seitens der Bezirkshauptmannschaft Korneuburg eingeholt habe, wobei er zum Beweis dafür, dass die ihm mitgeteilte Rechtsansicht ihn in seinem Standpunkt der rechtmäßig ausgeübten Tätigkeit der beiden Ausländer gestützt hätte, die Einvernahme des Leiters der örtlichen Wirtschaftskammer sowie des Bezirkshauptmanns beantragt habe. Zur Frage der grundsätzlichen Bewilligungspflicht für die Tätigkeit der Ausländer komme nur der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice und nicht der örtlichen Wirtschaftskammer oder dem Bezirkshauptmann eine Kompetenz zu. Daher sei die zum Thema der "Korrektheit des Aufenthaltes und der Gewerbeberechtigung der Ausländer" und der "Beauftragung der Firma (der Ausländer)" beantragte Zeugeneinvernahme nicht erforderlich gewesen.

Dem Beschwerdeführer müsse mangelndes Unrechtsbewusstsein zugebilligt werden, weshalb ungeachtet des relativ langen Tatzeitraumes Geldstrafen in der Höhe von jeweils EUR 1.000,-- festgesetzt worden seien.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in welcher Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden. Die belangte Behörde erstattete eine Gegenschrift, beantragte die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde und legte die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens vor.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG in der für die zur Last gelegte Verwaltungsübertretung maßgeblichen Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 160/2002 (vgl. dazu, dass im Fall der Erhöhung der gesetzlichen Strafdrohung während eines Tatzeitraumes die spätere, am Ende des Tatzeitraumes gelegene Strafdrohung maßgeblich ist, die hg. Erkenntnisse vom 7. März 2000, Zl. 96/05/0107, und vom 2. Mai 2005, Zl. 2001/10/0183, mwN) 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 ohne eine Beschäftigungsbewilligung oder ein sonstiges in dieser Bestimmung angeführtes Papier beschäftigt, 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 die Feststellungen der belangten Behörde, dass die beiden Ausländer auf die von der belangten Behörde festgestellte Weise in seinen Hotels tätig waren und auch dort gewohnt haben. Er vertritt jedoch die Auffassung, dass es sich dabei nicht um eine nach dem AuslBG bewilligungspflichtige Tätigkeit gehandelt habe, weil die beiden Ausländer auf Grund gewerbeberechtigter Vorschriften im Sinne des § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG in der bis zum 1. Jänner 2006 geltenden Fassung tätig gewesen seien.

Damit zeigt der Beschwerdeführer keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf.

Tätigkeiten, wie etwa das Einlegen von Werbematerial oder Aufkleben von Stickern (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 27. Oktober 1999, Zl. 98/09/0033, mwN), die Tätigkeit als Werbemittelverteiler (vgl. das hg. Erkenntnis vom 29. November 2000, Zl. 98/09/0153), die Tätigkeit als Schneeräumer mit einem firmeneigenen Schneeräumgerät nach einem vorgegebenen Plan (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 2. September 1993, Zl. 92/09/0322, und vom 4. September 2003, Zl. 2001/09/0060), die Tätigkeit als Verpacker (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. November 2004, Zl. 2001/09/0236), die Tätigkeit als Fleischzerleger und Entknocher (vgl. das hg. Erkenntnis vom 2. Oktober 2003, Zl. 2001/09/0067) oder auch die Tätigkeit als Verkäufer von Getränken als "Pächter" eines Kiosks (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 16. Dezember 1997,

Zl. 96/09/0328), oder als Zeitungszusteller (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2002/09/0187, mwN) wurden als arbeitnehmerähnliche Tätigkeiten gewertet, die derart durch die Vorgaben des Auftraggebers vorherbestimmt sind, dass sie als arbeitnehmerähnlich im Sinne des § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG zu qualifizieren waren und etwa auch in wirtschaftlicher Hinsicht für den Ausländer keine reale Möglichkeit bestand, von dem ihm allenfalls vorbehaltenen Recht, Hilfspersonal einzustellen oder sich vertreten zu lassen, auch tatsächlich Gebrauch zu machen. Dies trifft auch auf den vorliegenden Sachverhalt der Tätigkeit als Wäscher der Wäsche in einem Hotel in der betriebseigenen Waschmaschine des Beschwerdeführers zu. Ihre Tätigkeit war derart in den Betrieb des Beschwerdeführers integriert und von diesem abhängig, dass keine Rechtswidrigkeit in der Beurteilung der belangten Behörde gefunden werden kann, es sei eine Beschäftigung im Sinne des § 2 AuslBG und keine selbständige Tätigkeit der Ausländer gegeben gewesen.

Zwar hat bis zum 31. Dezember 2005 gemäß § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG als Beschäftigung im Sinne des AuslBG "die Verwendung ... in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird", gegolten und wurde erst mit der Novelle BGBl. I Nr. 101/2005, aus dieser Bestimmung die Wendung "sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird", entfernt.

Dies hat jedoch nichts daran geändert, dass auch nach der Rechtslage vor Inkrafttreten dieser Gesetzesänderung für die Beurteilung, ob eine Tätigkeit als Beschäftigung im Sinne des § 2 AuslBG zu qualifizieren ist, im Sinne des Abs. 4 erster Satz der angeführten Gesetzesstelle der "wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgeblich" ist. Auch der Umstand, dass die Ausländer im Besitz von gewerberechtlichen Berechtigungen gewesen sind war daher, für die Beurteilung der Frage nicht ausschlaggebend, ob die reale Tätigkeit der Ausländer allein für den Betrieb der Hotels des Beschwerdeführers als Ausübung eines Gewerbes oder als unselbständige Tätigkeit zu beurteilen waren.

Insofern der Beschwerdeführer mangelndes Verschulden ins Treffen führt, ist er auf die Bestimmung des § 5 Abs. 1 VStG zu verweisen, wonach zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne Weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Da zum Tatbestand der dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Verwaltungsübertretung nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr gehört, handelt es sich bei dieser Übertretung um ein Ungehorsamsdelikt. Da die belangte Behörde zu Recht von der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes der in Rede stehenden Verwaltungsübertretung ausgegangen ist, wäre es Sache des Beschwerdeführers gewesen, glaubhaft zu machen, dass ihm die Einhaltung der objektiv verletzten Verwaltungsvorschriften ohne sein Verschulden unmöglich war. Bestehen über den Inhalt der Verwaltungsvorschrift Zweifel, dann ist der Beschäftigte einer ausländischen Arbeitskraft verpflichtet, hierüber bei der zuständigen Behörde Auskunft einzuholen; wenn er dies unterlässt, so vermag ihn die Unkenntnis dieser Vorschrift nicht von seiner Schuld zu befreien. Auf die Auskunft von Rechtsanwälten oder Wirtschaftstreuhändern oder - wie im vorliegenden Fall vom Beschwerdeführer behauptet - eines Mitarbeiters der örtlichen Wirtschaftskammer darf sich der Arbeitgeber jedenfalls nicht verlassen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. November 2005, Zl. 2004/09/0168, mwN). Daher ist insofern auch kein relevanter Verfahrensmangel darin zu erblicken, dass die belangte Behörde die Einvernahme des vom Beschwerdeführer angeführten Mitarbeiters dieser Körperschaft des öffentlichen Rechts unterlassen hat.

Auch die Unterlassung der vom Beschwerdeführer beantragten Einvernahme eines ehemaligen Bezirkshauptmanns ist im vorliegenden Fall nicht als relevanter Verfahrensmangel zu sehen: Dieser Beweis Antrag hatte nämlich das Thema der "Korrektheit des Aufenthaltes und der Gewerbeberechtigung der Ausländer" und der "Beauftragung der Firma (der Ausländer)" und damit hat der Beschwerdeführer nicht vorgebracht, der Bezirkshauptmann hätte eine Beurteilung der konkreten Art und Weise der Tätigkeit der beiden Ausländer allein im und für den Betrieb des Beschwerdeführers abgegeben. Damit erweist sich die Unterlassung der Einvernahme des ehemaligen Bezirkshauptmanns im vorliegenden Fall ebenfalls nicht als ein relevanter, zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides führender Verfahrensmangel, selbst dann, wenn man die Bezirkshauptmannschaft und deren Leiter als Strafbehörde erster Instanz als zuständige Behörde qualifiziert, bei der Erkundigungen einzuholen durch einen präsumptiven Beschäftigten im Sinne der oben angeführten Rechtsprechungen zu § 5 Abs. 1 VStG grundsätzlich ausreicht.

Die Verhängung der Mindeststrafe kann angesichts des langen Tatzeitraumes auch angesichts der langen Verfahrensdauer nicht als rechtswidrig angesehen werden, weshalb die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen war.

Von der beantragten mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG abgesehen werden. Der Anforderung des Art. 6 EMRK wurde im gegenständlichen Fall durch die Durchführung einer öffentlichen, mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde, einem Tribunal im Sinne der EMRK, Genüge getan (vgl. hierzu etwa die hg. Erkenntnisse vom 22. Jänner 2002, Zl. 99/09/0094, und vom 22. Oktober 2003, Zl. 2000/09/0131, und die darin angegebene Rechtsprechung).

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

Wien, am 25. März 2010