

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

22.04.2010

Geschäftszahl

2009/09/0103

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Rosenmayr und Dr. Strohmayr als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Plankensteiner, über die Beschwerde des Dipl.-Ing. C R in W, vertreten durch Mag. Wolfgang Prammer, Rechtsanwalt in 1190 Wien, Döblinger Hauptstraße 7, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 16. Oktober 2008, Zl. UVS- 07/A/26/6552/2007-45, 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 im Instanzenzug ergangenen, angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 16. Oktober 2008 wurde der Beschwerdeführer nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung für schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der H Verwaltungsgesellschaft m.b.H., die persönlich haftende Gesellschafterin der H VerwaltungsgesmbH & Co KEG sei, zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeber mit Sitz in Wien am 12. Juni 2006 um 12.15 Uhr in Wien den Ausländer C O, einen nigerianischen Staatsangehörigen, als Reinigungskraft und zum Polieren von Silberbesteck beschäftigt habe, obwohl für diesen Ausländer weder eine gültige Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt noch eine Anzeigenbestätigung oder eine EU-Entsendebestätigung ausgestellt worden sei oder eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder ein gültiger Befreiungsschein ausgestellt worden sei. Der Beschwerdeführer habe dadurch § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) verletzt, weshalb über ihn gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 erster Strafsatz AuslBG eine Geldstrafe in Höhe von EUR 1.900,-- (im Falle der Uneinbringlichkeit: eine Ersatzfreiheitsstrafe von einer Woche, vier Tagen und fünf Stunden) verhängt und ihm Beiträge zu den Verfahrenskosten auferlegt wurden.

C O habe sich zur Tatzeit gemeinsam mit K J, die gerade ein Verkaufsgespräch geführt habe, im Haus Wien, W Straße 33, in einer versperrten Räumlichkeit aufgehalten, in der auf einem Möbelstück teilweise reines, teilweise ungeputztes Silberbesteck gelegen sei. Als C O die Tür geöffnet habe, habe er ein Poliertuch in der Hand gehabt, das er in weiterer Folge auf das Möbelstück zu dem Silberbesteck geworfen habe. C O habe zum Tatzeitpunkt über keine der im § 28 Abs. 1 AuslBG genannten Berechtigungen verfügt. Der Beschwerdeführer sei zum Tatzeitpunkt Geschäftsführer der

H Verwaltungsgesellschaft m.b.H. gewesen, die ihrerseits Komplementär der H VerwaltungsgesmbH & Co KEG gewesen sei. Eine Bestellung nach § 9 Abs. 2 VStG sei nicht erfolgt.

Gemäß § 28 Abs. 7 AuslBG obliege es dem Beschuldigten, glaubhaft zu machen, dass eine Beschäftigung nicht vorliege, sofern ein Ausländer in Betriebsräumen, an Arbeitsplätzen oder auf auswärtigen Arbeitsstellen eines Unternehmens angetroffen werde. Dass es sich bei dem Verkaufsraum um einen gehandelt habe, der im Allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich sei, ergebe sich schon daraus, dass er versperrt gewesen sei. Die H VerwaltungsgesmbH & Co KEG habe am Standort W Straße 33, Wien, eine Gewerbeberechtigung. Bei der Örtlichkeit, an der C O angetroffen worden sei, habe es sich um einen Betriebsraum der H VerwaltungsgesmbH & Co KEG im Sinn des § 28 Abs. 7 AuslBG gehandelt. Es sei kein Umstand

hervorgekommen, dass die Zeugin Dr. R., der von ihr ärztlich geleitete (und von dem im selben Gebäude befindlichen Silberhandel abgegrenzte) "Lreport", sonst eine natürliche oder juristische Person oder die Verlassenschaft nach Dr. M L (die Eigentümerin der Silberwaren) den Zeugen C O beschäftigt habe. Es sei nachvollziehbar, dass ein mit einer Selbsthilfegruppe vergleichbares psychosoziales Projekt ("Lreport"), in dem das Selbstwertgefühl der Teilnehmer gehoben werden solle, keinen Handel mit Silberwaren betreibe.

Wenn der Beschwerdeführer die Zurechenbarkeit an die "H" und damit an seine Person als Geschäftsführer bestreite, weil es sich bei der "XXY.com" lediglich um eine Internetplattform ohne operative Tätigkeit gehandelt habe, so sei dies unglaublich. Die belangte Behörde habe im Internet Nachschau gehalten. Es seien mehrere Einträge betreffend "H" gefunden worden. In all diesen Einträgen - bis auf einen mit der Adresse "XXZ.at - eine Division der H VerwaltungsgesmbH & Co KEG in einem Weblog namens "XXY" gefunden. In diesem sei ein Arbeitsplatz unter der Adresse H VerwaltungsgesmbH & Co KEG, W Straße 33-35, Wien, angeboten worden. Aus einem im Verwaltungsverfahren verlesenen Bescheid mit der Zl. UVS-07/F/6/4985/2005 ergebe sich, dass die H VerwaltungsgesmbH & Co KEG auf zwei Tischen Silber- und Kunstgegenstände angeboten habe. Das Gebäude W Straße 33 sei von Herrn B L unter der Firma L. GmbH angemietet worden. In diesem Objekt würden gleichzeitig und parallel Aktivitäten stattfinden. Eines davon sei das psychosoziale Projekt. Die gewerbliche Tätigkeit im Gebäudeinneren führe die H VerwaltungsgesmbH & Co KEG aus.

Die "H" werbe sohin im Internet mit dem Verkauf von Silber. In der inkriminierten Örtlichkeit habe es auch tatsächlich einen realen Bestand an Silberwaren gegeben. Im Verfahren sei keine andere Person hervorgekommen, der diese Tätigkeit zuzurechnen sei. Wenn die Silberwaren auch überwiegend im Eigentum der Verlassenschaft nach Frau Dr. L. stünden, so sei im geschäftlichen Verkehr doch die "H" als Händlerin aufgetreten. Der Beschwerdeführer habe ausreichend Gelegenheit gehabt, einen anderen wirtschaftlichen Gehalt als den sich aus den vorliegenden Beweisergebnissen und Indizien ergebenden darzutun.

Letztlich sei auch die Verantwortung, C O habe sich lediglich die Hände abgetrocknet als er die Türe des Verkaufslokals geöffnet habe, misslungen, weil die dazu befragten Zeugen einhellig angegeben hätten, es habe sich bei dem Tuch nicht um ein Handtuch, sondern um ein Putztuch gehandelt.

Bei einer Übertretung des § 3 Abs. 1 AuslBG und der Erfüllung des Tatbildes des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG handle es sich um ein Ungehorsamsdelikt iSd § 5 Abs. 1 VStG, weil zum Tatbestand dieser Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehöre. Solange der Beschwerdeführer nicht glaubhaft mache, dass ihn kein Verschulden treffe, dürfe die Behörde annehmen, dass der Verstoß bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte vermieden werden können. Diese Glaubhaftmachung sei dem Beschwerdeführer nicht gelungen.

§ 3 Abs. 1 AuslBG diene dem öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung eines geordneten Arbeitsmarktes und dem Schutz der inländischen Arbeitnehmer. Der objektive Unrechtsgehalt der angelasteten Taten könne nicht als gering gewertet werden, weil die illegale Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften auf gesamtwirtschaftlicher Ebene zu einer Wettbewerbsverzerrung führe. Das Verschulden des Beschwerdeführers könne ebenfalls nicht als geringfügig angesehen werden. Die Angaben des Beschwerdeführers zu seiner Vermögenssituation seien unglaublich, weil er (erst) in der Verhandlung vom 3. Juni 2008 eingeräumt habe, dass er "auch" Oldtimerhändler und -sammler sei. Es sei daher von durchschnittlichen Einkommens- und überdurchschnittlichen Vermögensverhältnissen auszugehen. Sorgepflichten würden keine bestehen.

Sowohl C O als auch der Beschwerdeführer hätten betont, dass keine Entlohnung in Geld erfolgt sei. Es sei auch kein Umstand hervorgekommen, dass C O Naturalleistungen, deren Wert etwa dem "Kollektivlohn" entsprechen würden, geleistet worden seien. Es werde daher davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer die notorisch extrem schlechte wirtschaftliche Lage asylsuchender Schwarzafrikaner ausgenutzt habe. Angesichts dieser Strafzumessungsgründe, des Strafrahmens von EUR 1.000,- bis EUR 10.000,- sowie des Umstandes, dass der besondere Erschwerungsgrund des § 28 Abs. 5 AuslBG nicht in die erstinstanzliche Strafbemessung eingeflossen sei, sei die verhängte Strafe von EUR 1.900,- als zu niedrig anzusehen. Eine Strafherabsetzung sei daher nicht in Betracht gekommen.

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 Verwaltungsverfahrens vor. Der Beschwerdeführer erstattete eine Replik.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 2 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975 in der Fassung BGBl. I Nr. 101/2005, gilt als Beschäftigung u.a. die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis. Gemäß Abs. 4 erster Satz dieser Bestimmung ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung iSd Abs. 2 vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG in der Fassung BGBl. I Nr. 101/2005 darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nichts anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine

Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder eine "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt" oder einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EG" oder einen Niederlassungsnachweis besitzt.

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG in der Fassung BGBl. I Nr. 103/2005 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 § 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 eine "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt" (§ 8 Abs. 2 Z. 3 NAG) oder ein Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EG" (§ 45 NAG) oder ein Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG 1997) ausgestellt wurde.

Der Beschwerdeführer bringt vor, allein auf Grund des von ihm zugestanden Umstandes, dass die H VerwaltungsgesmbH & Co KEG am Standort W Straße 33, Wien, eine Gewerbeberechtigung habe, sei nicht automatisch jede in den dortigen Räumlichkeiten durchgeführte Tätigkeit dieser Gesellschaft zuzurechnen. Es seien keine Erhebungen getätigt worden, von wem in der W Straße 33 ein Geschäft betrieben werde und auf wessen Rechnung man dort tätig ist. Es sei nicht erhoben worden, wer C O allenfalls Arbeitsanweisungen erteilt habe. Die belangte Behörde habe keine Begründung dafür angegeben, weshalb er letztlich als Arbeitgeber des C O gelte.

Mit diesem Vorbringen zeigt die Beschwerde keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf.

Für die Einordnung in den Beschäftigungsbegriff des (im Beschwerdefall in Betracht kommenden) § 2 Abs. 2 lit. a AuslBG ist unter anderem maßgebend, dass die festgestellte Tätigkeit in persönlicher bzw. wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden vom Beschäftigten ausgeübt wird. Beschäftigter ist derjenige, der dem Arbeitnehmer Aufträge erteilt, Arbeitsmittel zur Verfügung stellt, eine Dienst- und Fachaufsicht im Sinn einer organisatorischen Eingliederung des Arbeitnehmers in seinem Betrieb ausübt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. Oktober 2005, Zl. 2002/09/0167).

Als (der Bewilligungspflicht unterworfenen) Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 2 Abs. 2 AuslBG ist u. a. auch eine kurzfristige oder aushilfsweise Beschäftigung anzusehen. Das Tatbestandselement der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen. Auf eine zivilrechtliche Betrachtung, ob überhaupt ein Arbeitsvertrag zu Stande kam, ob diesem (etwa im Hinblick auf § 879 ABGB oder mangels einer rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung) Mängel anhaften, oder welche vertragliche Bezeichnung die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben hatten, kommt es hingegen nicht an (vgl. das hg. Erkenntnis vom 3. November 2004, Zl. 2001/18/0129).

Die belangte Behörde geht von der Anwendbarkeit des § 28 Abs. 7 AuslBG aus. Wird nach dieser Gesetzesstelle ein Ausländer in Betriebsräumen, an Arbeitsplätzen oder auf auswärtigen Baustellen eines Unternehmens angetroffen, die im Allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich sind, ist das Vorliegen einer nach dem AuslBG unberechtigten Beschäftigung von der Bezirksverwaltungsbehörde ohne weiteres anzunehmen, wenn der Beschäftigte nicht glaubhaft macht, dass eine unberechtigte Beschäftigung nicht vorliegt.

Die Gesetzesstelle des § 28 Abs. 7 AuslBG entbindet die Behörde zwar nicht von ihrer - angesichts der im Grunde des § 24 VStG auch im Verwaltungsstrafverfahren geltenden §§ 37 und 39 Abs. 2 AVG gegebenen - Verpflichtung, den Sachverhalt von Amts wegen festzustellen, die dafür notwendigen Beweise aufzunehmen, Parteiengehör einzuräumen und ein dem Art. 6 EMRK entsprechendes Verfahren durchzuführen. Diese Grundsätze hat die belangte Behörde jedoch im gegenständlichen Verfahren nicht verletzt.

Die belangte Behörde hat insbesondere auf Grund der aus einer Internet-Recherche resultierenden Hinweise auf den Verkauf von Silber durch die H VerwaltungsgesmbH & Co KEG und deren Gewerbeberechtigung für diesen Standort festgestellt, dass es sich bei der Örtlichkeit, an der C O angetroffen wurde und in der Silberwaren zum Verkauf bereitgehalten und geputzt worden sind, um einen Betriebsraum der H VerwaltungsgesmbH & Co KEG gehandelt habe. Die Beschwerde tritt dieser Feststellung lediglich mit dem nicht tragfähigen Argument entgegen, dass sich die Schlussfolgerung aus dem Vorliegen einer Gewerbeberechtigung allein nicht ableiten lasse.

Der genannte Betriebsraum war nach den unstrittigen Feststellungen versperrt und somit - entgegen der Beschwerdeauffassung - Betriebsfremden im Allgemeinen nicht zugänglich. Bei der Tätigkeit des C O (Polieren von Silberbesteck) handelt es sich nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt (§ 2 Abs. 4 AuslBG) um Hilfsarbeiten bzw. einfache manipulative Tätigkeiten. Wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen arbeitend unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten (wie dies bei Hilfsarbeiten wie den gegenständlichen der Fall ist), dann ist die Behörde berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden können, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen. Die Behörde ist in einem solchen Fall - entgegen dem Beschwerdevorbringen - nicht gehalten, Ermittlungen und weitwendige Überlegungen zu der Frage anzustellen, ob der Hilfsarbeiter in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis steht, da dies - wenn anders lautende konkrete Behauptungen samt Beweisanboten

nicht vorliegen - unter den gegebenen Umständen ohne weiteres vorausgesetzt werden konnte (vgl. zum Ganzen das hg. Erkenntnis vom 3. November 2004, Zl. 2001/18/0129, mwN).

Mit den in der Beschwerde erstatteten Vorbringen, die Behörde hätte dem Vorbringen des Beschwerdeführers Glauben schenken müssen, C O habe sich in der Betriebsräumlichkeit im Rahmen eines Sozialprojektes aufgehalten und es seien entsprechende Nachweise über dieses Sozialprojekt vorgelegt worden, wendet sie sich der Sache nach lediglich gegen die Beweiswürdigung der belangten Behörde. Die Beweiswürdigung ist ein Denkprozess, der nur insofern einer Überprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof zugänglich ist, als es sich um die Schlüssigkeit dieses Denkvorganges handelt bzw. darum, ob der Sachverhalt, der in diesem Denkvorgang gewürdigt wurde, in einem ordnungsgemäßen Verfahren ermittelt worden ist. Die Schlüssigkeit der Erwägungen innerhalb der Beweiswürdigung unterliegt daher der Kontrollbefugnis des Verwaltungsgerichtshofes, nicht aber deren konkrete Richtigkeit (vgl. dazu die in Dolp, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit³, S. 549 ff, abgedruckte hg. Judikatur). Die Beschwerdeausführungen lassen aber Zweifel an der Schlüssigkeit der von der belangten Behörde dargelegten Erwägungen zur Beweiswürdigung nicht aufkommen. Die belangte Behörde hat in der Begründung ihres Bescheides nachvollziehbar dargelegt, dass die Gesellschaft des Beschwerdeführers an der Adresse der verfahrensgegenständlichen Betriebsräumlichkeiten den Silberhandel betreibt, dass sich in der Betriebsstätte tatsächlich Silberwaren befunden haben, dass sie im Internet Arbeitsplätze an dieser Betriebsstätte angeboten hat und dass der Ausländer mit einem Poliertuch in der Hand angetroffen wurde. Vor dem Hintergrund dieser Feststellungen kann der Behörde im Ergebnis nicht entgegengetreten werden, wenn sie von einem Beschäftigungsverhältnis mit dem Ausländer ausgegangen ist.

Aus dem vom Beschwerdeführer ins Treffen geführten Umstand, dass dem Ausländer kein Entgelt bezahlt worden sei, kann nicht der Schluss gezogen werden, dass eine Beschäftigung im Sinne des § 2 AuslBG nicht vorlag. Dass mit dem bei der Tätigkeit betretenen Ausländer im Beschwerdefall Unentgeltlichkeit vereinbart worden sei, hat das Beweisverfahren nicht ergeben. Auch hat der Beschwerdeführer nicht behauptet bzw. auch nicht nachgewiesen, dass er mit dem verwendeten (arbeitend angetroffenen) Ausländer ausdrücklich Unentgeltlichkeit vereinbart hätte. In diesem Falle schadet es nicht, wenn eine Vereinbarung über die bestimmte Höhe des Entgelts unterblieben ist, gilt doch im Zweifel ein angemessenes Entgelt für die Dienste als bedungen (§ 1152 ABGB); im Zweifel ist die Verwendung einer ausländischen Arbeitskraft entgeltlich. Ob der Beschwerdeführer ein dem verwendeten Ausländer demnach zustehendes Entgelt (vgl. auch § 29 AuslBG) in angemessener Höhe (schon) geleistet hat oder nicht, braucht nicht untersucht zu werden, bedeutet aber auch jedenfalls nicht, dass die verwendete Arbeitskraft unentgeltlich verwendet bzw. nicht beschäftigt worden sei (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 25. Februar 2004, Zl. 2001/09/0123, und vom 23. November 2005, Zl. 2004/09/0197).

Die Beschwerde macht schließlich geltend, dass der Verwaltungsakt nicht durchjournalisiert und die Zeugin K G nicht zur Schilderung der Amtshandlung (der KIAB), der Tätigkeit des C O und dessen Angaben gegenüber der Behörde vernommen worden sei. Mit diesem Vorwurf gelingt es der Beschwerde nicht, einen relevanten Verfahrensmangel aufzuzeigen, unterlässt sie es doch darzutun, inwiefern die von ihr vermisste Durchjournalisierung bzw. die Vernehmung der genannten Person ein anderes, für den Beschwerdeführer günstiges Ergebnis zur Folge gehabt hätte.

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

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 22. April 2010