

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

15.02.2013

Geschäftszahl

2013/09/0004

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 der CG in A, vertreten durch Dr. Johann Eder, Dr. Stefan Knaus und Dr. Cornelia Mazzucco, Rechtsanwälte in 5020 Salzburg, Giselakai 45, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Salzburg vom 19. November 2012, Zl. UVS-11/11409/45-2012, betreffend Bestrafungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesministerin für Finanzen, Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Begründung

Auf Grund der Beschwerde und des mit ihr vorgelegten angefochtenen Bescheides steht folgender Sachverhalt fest:

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde wurde die Beschwerdeführerin schuldig erkannt, sie habe es als handelsrechtliche Geschäftsführerin der W GmbH mit Sitz in W, welche unbeschränkt haftende Gesellschafterin der W GmbH & Co KG mit Sitz in W sei, und somit als nach außen vertretungsbefugtes Organ zu verantworten, dass von dieser Gesellschaft als Arbeitgeberin

1. der kroatische Staatsangehörige BI zumindest am 15. März 2011 ab 10.30 Uhr,
 2. die slowakische Staatsangehörige ME seit 18. Februar 2011,
 3. der bosnische Staatsangehörige PB seit 8. Februar 2011 und
 4. die bosnische Staatsangehörige PM seit 1. März 2011,
- 2.-4. jeweils bis zur Kontrolle am 15. März 2011, 11.30 Uhr beschäftigt worden seien, obwohl für diese keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen seien.

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

In der Begründung des angefochtenen Bescheides führte die belangte Behörde nach wörtlicher Wiedergabe der Berufung, der Erhebungen zur Adressenfeststellung mehrerer Zeugen und der wörtlichen Angaben der in der mehrfach erstreckten mündlichen Verhandlung einvernommenen Zeugen Folgendes aus:

"Am 15.03.2011 wurden von den Kontrollorganen im W-Haus BI und PB bei der Vorbereitung des Mittagessens in der Küche arbeitend sowie ME in Arbeitskleidung, nämlich einem Poloshirt mit der Aufschrift 'W-Haus', im Personalraum angetroffen. PM war zum Zeitpunkt der Kontrolle mit Arbeiten in den Zimmern beschäftigt.

Bei der Ausfüllung des in ihrer Muttersprache verfassten Personenblattes gestanden am 15.03.2011 BI, PB, ebenso zunächst EM ihre Tätigkeit für das W-Haus jeweils zu.

Über Befragen durch das Kontrollorgan gab BI an, im W-Haus untergebracht und für die übers Internet gefundene Arbeit von GF, genannt 'R', mündlich eingestellt worden zu sein. Bei der späteren Vernehmung durch die Fremdenpolizei der Bezirkshauptmannschaft S, bei der der Arbeitsort irrtümlich mit Gasthaus 'G' bezeichnet wurde und er auch als Dolmetscher für PB sowie PM fungierte, verwies BI darauf, dass ihm für seine Arbeit von der Chefin 'R' eine Arbeitsbewilligung und ein Visum versprochen worden waren.

Das Ehepaar P gab damals ebenso an, die Arbeit, bei der es angetroffen worden war, übers Internet gefunden zu haben, wobei die Chefin 'R' mit PB für dessen tägliche Arbeit seit 08.02.2011 von ca. 09.00 bis 17.00 Uhr einen Monatslohn von EUR 980 zuzüglich EUR 100 bei guter Leistung vereinbart hatte und PM für ihre seit 01.03.2011 ausgeübte Tätigkeit EUR 43 pro Tag zugesagt worden waren.

ME, die bei freier Verpflegung auch Unterkunft im Personalhaus der W GmbH & Co KG gehabt hatte, strich ihre Erstangabe im 'Personenblatt', dass sie für die Firma 'W-Haus' als Zimmermädchen beschäftigt gewesen war, erst nach Intervention des AV tatsachenwidrig durch und führte an, dass sie für Letzteren seit Januar als Kindermädchen gegen einen Monatslohn von EUR 300 tätig gewesen wäre.

...

Wie vom Kontrollorgan SC überzeugend und in Übereinstimmung mit der damals im Service arbeitenden Zeugin SB dargelegt, war entgegen der anders lautenden Behauptung der GF der Restaurantbetrieb des W-Hauses vor 15.03.2011 noch nicht auf Selbstbedienung umgestellt gewesen.

Der bereits aus der Betriebsgröße und -art resultierende Arbeitskräftebedarf im W-Haus bzw Personalmangel bei großem Arbeitsanfall zur Tatzeit wurde nicht nur durch die Angaben der ausländischen Staatsangehörigen über die für das W-Haus im Internet angebotenen Arbeitsstellen, sondern auch durch die ebenso glaubwürdigen Aussagen anderer befragter Beschäftigten verdeutlicht. So hatte etwa SB bereits bei der Kontrolle, wie im sogenannten 'Fragenkatalog' festgehalten und unterfertigt, ausgeführt, dass sie, 'weil so viel Arbeit' gewesen war, an sieben Tagen pro Woche ca 10 bis 11 Stunden täglich und die Zimmermädchen von 07.00 bis 18.00 Uhr, jeweils mit Zimmerstunde, gearbeitet hatten. Auch VE gab damit übereinstimmend, von ihrem Ehemann VA bekräftigt und in einem Fragenkatalog festgehalten, an, nach ihrer Einstellung durch die 'neue Chefin R' seit 10.02.2011 an sechs Tagen pro Woche jeweils acht bis neun Stunden als Zimmermädchen und manchmal im Service des W-Hauses gearbeitet zu haben.

Auszuschließen war nach den Verfahrensergebnissen, dass es sich bei den ausländischen Staatsangehörigen BI sowie PB und PM um vor Ort wartende Bewerber um Arbeitsstellen und ebenso bei ME um keine Beschäftigte der 'W GmbH & CoKG' gehandelt hätte.

Nach der glaubwürdigen, auch durch Lichtbilder dokumentierten Zeugenaussage der Kontrollorgane RS und SC wurden die spruchgemäß bezeichneten Ausländer am 15.03.2011 in der Küche bzw als Zimmermädchen arbeitend bzw mit Arbeitskleidung im Personalraum beim Essen angetroffen.

Nach dem Inhalt der unbedenklichen Personenblätter, Fragenkataloge zur Feststellung der Versicherungspflicht sowie Vernehmungsprotokolle der Bezirkshauptmannschaft J gestanden BI, PB sowie PM und zunächst auch ME ihre Beschäftigung durch das 'W-Haus' in der Folge unumwunden zu. Diesen niederschriftlichen Erstangaben war bereits nach der Lebenserfahrung ein besonders hoher Grad an Wahrscheinlichkeit beizumessen (vgl. VwGH vom 24.08.2011, GZ 2000/02/0098; u.a.)

Dass ME im Personenblatt erst nach Intervention des Hausmeisters VA Streichungen sowie Ausbesserungen zu Arbeitgeber und Funktion vorgenommen hatte, legte der Zeuge RS nachvollziehbar dar, zumal VA schon bei der Kontrolle niederschriftlich behauptet hatte, dass ME seit Anfang Februar gegen ein Monatsentgelt von EUR 300 im 'W-Haus' als Kindermädchen für seinen Sohn tätig und mit seiner Chefin G vereinbart wäre, dass sie für Unterkunft, Essen und Trinken nichts zu bezahlen hätte.

Die angelastete Beschäftigung von BI, PB und PM sowie ME fand aber auch Deckung in den Aussagen anderer Befragter.

So hatte etwa SB in Übereinstimmung mit den Wahrnehmungen der Kontrollorganen die Tätigkeit des PB und BI in der Küche, ebenso die bei der fremdenpolizeilichen Vernehmung mit Beginn am 01.03.2011 zugestandene Beschäftigung der PM als Zimmermädchen angegeben. Dass ME, wie SB gegenüber den Kontrollorganen ausgeführt hatte, jedenfalls seit 18.02.2011 (auch) als Zimmermädchen im W-Haus gearbeitet hatte, war daher bedenkenlos zugrunde zu legen.

Von den spruchgemäß angelasteten Beschäftigungen war zudem im Sinne der Rechtsvermutung des § 28 Abs 7 AuslBG ohne weiteres deshalb auszugehen (vgl. Verwaltungsgerichtshof vom 24.05.2007, GZ 2006/09/0196; u.a.), weil die ausländischen Personen bei der Kontrolle jeweils in Betriebsfremden im Allgemeinen nicht zugänglichen Betriebsräumen des W-Hauses bei der Ausübung von für Dienstverhältnisse typischen Tätigkeiten bzw in Arbeitskleidung des W-Hauses angetroffen worden sind und für die 'W GmbH & Co KG' als Beschäftigter nicht glaubhaft gemacht werden konnte, dass jeweils keine Beschäftigung ohne arbeitsmarktrechtliche Bewilligung vorgelegen war."

Auf Grund dieser Sachverhaltsfeststellungen sei die Beschäftigung der im Spruch genannten Personen erwiesen. Zum Verschulden führte die belangte Behörde aus, dass die Beschwerdeführerin trotz ihrer Schwangerschaft samt Krankenhausaufenthalten für den Betrieb laufend tätig gewesen sei (Transportfahrten im Tal, Telefonate) und daher von dem "teilweise chaotischen Zustände am W-Haus informiert" gewesen sein müsse. Sie habe aber "nicht einmal behaupteterweise dagegen Maßnahmen" gesetzt, weshalb von zumindest grobfahrlässiger Tatbegehung auszugehen sei.

Abschließend legte die belangte Behörde ihre Überlegungen zur Strafbemessung dar.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Beim W-Haus handelt es sich um ein Bergrestaurant samt Zimmervermietung, das im Winter nur mittels Seilbahn erreicht werden kann. Diese abgelegene Lage ist bei allen folgenden Überlegungen insofern miteinzubeziehen, als zur gesetzlichen Vermutung des § 28 Abs. 7 AuslBG noch hinzukommt, dass sich Arbeitsuchende nach allgemeiner Erfahrung wohl schwerlich mehrere Tage zuwartend in einem derartig abgelegenen Haus aufhalten würden, ohne dass bereits eine Beschäftigung mit Erzielung von Einkünften vorliege.

Ad Spruchpunkt 1.): Die Beschwerdeführerin bringt zusammengefasst vor, dass mit BI der "Lohnanspruch noch nicht fixiert worden" wäre, nähere Arbeitsbedingungen seien noch nicht vereinbart gewesen. Es fehle sohin an allen für das Zustandekommen eines Dienstvertrages wesentlichen Elementen.

Die Beschwerdeführerin stellt nicht in Frage, dass BI zusammen mit PB bei der Kontrolle bei der Vorbereitung des Mittagessens arbeitend in der Küche des W-Hauses angetroffen wurde. Ebenso wenig werden die oben wieder gegebenen Angaben des BI, er sei für die über das Internet gefundene Arbeit mündlich eingestellt worden und im W-Haus untergebracht, bekämpft.

Es ist nicht entscheidungswesentlich, wie lang die Küchenarbeit bereits angedauert hat bzw. wie lang sie hätte dauern sollen, zumal nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes als (der Bewilligungspflicht unterworfenen) Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 2 leg. cit. unter anderem auch eine kurzfristige oder aushilfsweise Beschäftigung anzusehen ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. September 2005, Zl. 2004/09/0107). Bei der Beurteilung, ob eine - wenn auch kurzfristige und vorübergehende - Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG vorliegt, kommt es nicht darauf an, ob die Tätigkeit auf das Bestreben und die Bitten des Arbeitsuchenden zu Stande gekommen ist oder es eher der Wunsch des Arbeitgebers gewesen ist, ihn zu beschäftigen. Es ist für die Wertung einer Tätigkeit als Beschäftigung nach dem AuslBG auch gleichgültig, ob bereits ein Arbeitsvertrag zustande gekommen ist oder nicht. Selbst wenn es sich nur um eine "Probearbeit" gehandelt haben möge, ist der Beschwerdeführerin entgegenzuhalten, dass der Ausländer nicht vereinbarungsgemäß unentgeltlich oder ausdrücklich nur zur Probe verwendet wurde, sondern durch seine Arbeitsleistung seine künftige ordnungsgemäße Beschäftigung zu einem in Geld zu zahlenden Lohn erreichen wollte (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. November 2005, Zl. 2004/09/0166). Selbst wenn sich die Beschwerdeführerin eine "endgültige" Beschäftigung des BI vorbehalten haben sollte, so ändert dies doch nichts daran, dass diese Arbeitskraft offenkundig über ein bloßes Vorführen ihrer Kenntnisse und Fähigkeiten VOR Aufnahme der Beschäftigung hinausgehend im abgelegenen Berggasthaus zumindest mit einem Anspruch auf Entlohnung ihrer Tätigkeit beschäftigt worden ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 26. Februar 2009, Zl. 2009/09/0031).

Ad Spruchpunkte 2. bis 4.): Die Beschwerdeführerin rügt als Verfahrensmängel die Unterlassung der Einvernahme beantragter Zeugen.

Der belangten Behörde waren trotz Bemühungen teils überhaupt keine, teils keine Adressen im Inland bekannt oder wurden nicht bekannt gegeben. Die belangte Behörde versuchte erfolglos, PB und PM an ihrer Adresse im Ausland zu laden. Dem tritt die Beschwerdeführerin sachverhaltsmäßig in der Beschwerde nicht entgegen.

Da die belangte Behörde aber nach § 19 AVG nicht in der Lage ist, das Erscheinen von im Ausland ansässigen Zeugen durchzusetzen oder mit ihnen mangels Adresse in Kontakt zu treten, war es nicht rechtswidrig, wenn sie die Niederschriften über die Vernehmung der in Rede stehenden Ausländer gemäß § 51g Abs. 3 VStG verlesen und verwertet hat.

Mit der bloßen Rüge der Unterlassung der Einvernahme der Zeugen und der Wiederholung seines Prozessstandpunktes kann die Beschwerdeführerin keine vom Verwaltungsgerichtshof wahrzunehmenden Mängel der Beweiswürdigung der belangten Behörde aufzeigen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 16. September 2009, Zl. 2008/09/0083).

Insofern sich die Beschwerdeführerin im Sachverhaltsvorbringen in der Beschwerde von dem von der belangten Behörde festgestellten Sachverhalt entfernt, stellt sie eine Behauptung den Feststellungen der belangten Behörde gegenüber, ohne dass dargelegt würde, aus welchen Gründen die Beweiswürdigung der belangten Behörde unschlüssig, d.h. unzureichend, widersprüchlich oder unvollständig wäre. Einer solchen Darlegung bedürfte es aber, weil die Beweiswürdigung der belangten Behörde nicht schon mit der Behauptung mit Erfolg angegriffen werden kann, dass auch ein anderes (gegenteiliges) Ergebnis schlüssig begründbar gewesen wäre (vgl. das hg. Erkenntnis vom 3. April 2008, Zl. 2007/09/0300). Dass sich ME angeblich als Kindermädchen für ein Kind des VA und seiner Frau VE im W-Haus befunden habe, zeigt keine Unschlüssigkeit der u.a. auf der Zeugenaussage der BE (und zusätzlich auf der Bekleidung der ME bei der Kontrolle), dass ME "auch Zimmer gemacht und, wenn viel zu tun war, ... auch beim Abräumen geholfen" habe, beruhende Feststellung auf, woraus die belangte Behörde zu Recht in rechtlicher Beurteilung auf eine Beschäftigung im Sinne des AuslBG durch die W GesmbH & Co KG schließen durfte. Woraus die Beschwerdeführerin in der genannten Aussage einen Widerspruch zu einer früheren Bezeichnung der ME als "Zimmermädchen" abliest, ist nicht nachvollziehbar.

Auch die "Möglichkeit", dass sich die Ausländer PB und PM in einem anderen Betrieb beworben hätten (wobei dieses Vorbringen auf einer von der belangten Behörde als Schreibfehler erkannten unrichtigen

Hausbezeichnung beruht), kann angesichts der vorliegenden Zeugenaussagen keine Unschlüssigkeit der Beweiswürdigung aufzeigen.

Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin hat die belangte Behörde nachvollziehbar dargelegt, warum und welchen Aussagen sie Glaubwürdigkeit zuerkannt hat.

Bei der Strafbemessung reklamiert die Beschwerdeführerin die Anwendbarkeit des § 21 VStG. Nach dieser Bestimmung kann die Behörde ohne weiteres Verfahren von der Verhängung einer Strafe absehen, wenn das Verschulden des Beschuldigten geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind. Dass beide - kumulativ erforderlichen - Voraussetzungen gegeben gewesen wären, kann nicht gesagt werden, weil als nachteilige Folgen illegaler Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften insbesondere die Gefahr schwerer volkswirtschaftlicher Schäden (vor allem durch den Entfall von Steuern, Abgaben sowie Beiträgen zu den Systemen der sozialen Sicherheit) und die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung - also generalpräventive Gründe - gegeben sind und die volkswirtschaftliche Schädlichkeit dieses Verhaltens nicht als geringfügig angesehen werden kann. Das Verschulden der Beschwerdeführerin war nicht geringfügig, weil von einem bloß geringfügigen Verschulden im Sinne dieser Bestimmung nur dann gesprochen werden kann, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechtsgehalt und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. Februar 2010, Zl. 2008/09/0224).

Der Verwaltungsgerichtshof teilt auch nicht die Ansicht der Beschwerdeführerin, dass in ihrem Fall die Voraussetzungen für eine außerordentliche Milderung der Strafe gemäß § 20 VStG vorliegen würden. Die behauptete Beeinträchtigung der "geschäftlichen Dispositionsfähigkeit" auf Grund ihrer Schwangerschaft (sie habe "sich daher aufgrund des Höhenunterschiedes nicht mehr selbst im Betrieb aufhalten" können) bildet keinen Milderungsgrund, weil die Beschwerdeführerin dadurch nicht daran gehindert war, ihrer Verpflichtung nachzukommen, für eine geeignete Vertretung zu sorgen; es wäre ihr auch die Möglichkeit offen gestanden, einen verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 Abs. 2 VStG zu bestellen. Hiezu ist keine persönliche Anwesenheit im W-Haus nötig.

Da neben der Unbescholtenheit keine weiteren Milderungsgründe gegeben waren, kann von einem beträchtlichen Überwiegen der Milderungsgründe im Sinn des § 20 VStG als Voraussetzung für die außerordentliche Milderung der Strafe keine Rede sein.

Auch im Übrigen begegnet die Strafbemessung der belangten Behörde keinen Bedenken, zumal die gesetzliche Mindeststrafe verhängt wurde.

Da der Inhalt der Beschwerde erkennen lässt, dass die behauptete Rechtsverletzung nicht vorliegt, war die Beschwerde gemäß § 35 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung als unbegründet abzuweisen.

Wien, am 15. Februar 2013