

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

24.01.2014

Geschäftszahl

2013/09/0048

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok und die Hofräte Dr. Rosenmayr und Mag. Feiel als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Senft, über die Beschwerde des Dipl. Ing. MS z.H. I GmbH in T, vertreten durch Mag. Michael Steininger, Rechtsanwalt in 3100 St. Pölten, Schießstattring 35, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich vom 2. Juli 2012, Zl. Senat-PL-11-0214, betreffend Bestrafung wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (weitere Parteien: Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz; Bundesminister für Finanzen), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid der belangten Behörde wurde der Beschwerdeführer für schuldig erkannt, er habe es als das gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach Außen berufene Organ (handelsrechtlicher Geschäftsführer) der I. GmbH mit Sitz V-sraße 22, T., zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin den näher bezeichneten polnischen Arbeitnehmer O.A. vom 20. Juli 2009 (Arbeitsantritt) bis 22. September 2009 für das Verspachteln von Gipskartonwänden und das Aufstellen bzw. die Montage von Trenn- und Ständerwänden entgegen § 3 AuslBG beschäftigt habe, obwohl für diesen keine der im Einzelnen angeführten arbeitsmarktbehördlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen sei (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof).

Der Beschwerdeführer habe dadurch § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a i. V.m. § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) verletzt. Über den Beschwerdeführer wurde eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 2.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe von 48 Stunden) verhängt.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides führte die belangte Behörde - nach Wiedergabe einzelner Teile des erstinstanzlichen Aktes sowie Darstellung von Aussagen in der Berufungsverhandlung am 12. April 2012 sowie am 25. Mai 2012 - Folgendes aus:

"Seitens der Berufungsbehörde ist zunächst zusammenfassend festzuhalten, dass der Beschuldigte berufsweise Werkvertragstätigkeit einwendet und auch Arbeitnehmerähnlichkeit verneint.

Nach dem von der Rechtsprechung heranzuziehenden Beurteilungsmaßstab ist aber das Vorliegen eines behaupteten Werkvertrages zu verneinen, wenn die Arbeitskraft (die verfahrensgegenständlichen Polen)

1. kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellt oder an dessen Herstellung mitwirkt oder

2. die Arbeit nicht vorwiegend mit Material oder Werkzeug des Werkunternehmers leistet oder

3. organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert ist und dessen Dienst- und Fachaufsicht untersteht oder

4. der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet.

Bei Zutreffen bloß eines dieser in § 4 Abs. 2 AÜG genannten Merkmale ist nach Lehre und Rechtsprechung das Vorliegen eines Werkvertrages bereits zu verneinen. Ausschlaggebend ist dabei nicht ein bestehendes schriftliches Vertragsverhältnis, sondern die tatsächliche Ausgestaltung und Durchführung.

Seitens der Berufungsbehörde war zu erwägen, dass nach dem Beurteilungsmaßstab des § 4 AÜG entgegen der Meinung des Beschuldigten keine relevante Werkvertragstätigkeit vorgelegen ist, indem ein relevantes unterscheidbares Werk nicht unter Beweis gestellt werden konnte. So sind nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes einfache Hilfstätigkeiten wie Spachtelarbeiten bereits wie im Bescheid erster Instanz dargelegt einem Werkvertrag nicht zugänglich. Indem der Berufungswerber dartut, entsprechende Unterlagen seien ihm durch Computerdefekt teilweise abhanden gekommen und zur detaillierten Darstellung nur auf die Aussage der Ausländer verweist, welche vor der Berufungsbehörde wiederum auf ihren Steuerberater verweisen und welcher Steuerberater dartut, keine Detailkenntnisse zu haben, verbleibt die dienstliche Wahrnehmung der Finanzpolizei, welche lediglich einfache Hilfstätigkeit bezeugt. Herr (der Beschwerdeführer) führt vor der Berufungsbehörde als Projekt Fassadenarbeiten am 'schwarzen Loch' und auf der 'Müllraumseite' an und übersieht dabei, dass die Müllraumseite, wie auf Seite 3 der Berufungsverhandlungsschrift vom 12. April 2012 festgehalten, außerhalb des Tatzeitraumes gelegen und somit überhaupt nicht Verfahrensgegenstand ist. Er unterlässt es trotz Nachfrage genau darzustellen, wie ein einziges selbständiges Werk betreffend schwarzes Loch gleichzeitig an 4 verschiedene selbständige Auftragnehmer vergeben worden sein sollte, wie ein einziges Objekt von 4 verschiedenen 'Werkvertragsnehmern' jeweils selbständig bearbeitet worden sein soll. Das primäre Merkmal des Vorliegens eines selbständigen unterscheidbaren Werkes nach § 4 Abs. 2 Z 1 AÜG muss somit als ausgeschlossen betrachtet werden, was bereits unerlaubte Ausländerbeschäftigung indiziert.

Weiters wurde entgegen § 4 Abs. 2 Z 2 AÜG unbestritten ausschließlich mit Material, welches seitens des Beschuldigten zur Verfügung gestellt wurde, gearbeitet.

Schließlich hat der Beschuldigte in der Berufungsverhandlung hinsichtlich § 4 Abs. 2 Z 4 AÜG selbst unter Beweis gestellt, dass bei der behaupteten Werksvereinbarung keine Terminvereinbarung getroffen wurde, wo doch die rechtzeitige Ablieferung des Werkes seitens des Werkunternehmers eine Wesensvoraussetzung wäre.

Überhaupt ist es dem Beschuldigten nach Meinung der Berufungsbehörde wie gesagt in keiner Weise gelungen darzulegen, welches konkrete unterscheidbare Werk nun mit welchem der vier in Betracht kommenden Ausländer jeweils vereinbart worden sei, zumal der Beschuldigte selbst dartut, dass die ausgestellten Rechnungen nicht unbedingt zeitraumkonform gestaltet wurden, indem Rechnungen auch für Perioden, in denen gar nicht gearbeitet wurde, erstellt worden seien. Mit der schon im Verfahren erster Instanz abgegebenen Stellungnahme des Finanzamtes ist nochmals zu betonen, dass einfache Tätigkeiten wie insbesondere auch das Verspachteln nach Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes einem Werkvertrag überhaupt unzugänglich sind.

Selbst unter der Annahme, es sei dennoch Werkvertragstätigkeit vorgelegen (was wie gesagt seitens der Berufungsbehörde verneint wird) ist mit den Ausführungen der Bezirkshauptmannschaft im angefochtenen Bescheid noch festzuhalten, dass eine jedenfalls bestehende Arbeitnehmerähnlichkeit des im Straferkenntnis erfassten Geschehens dem Beschuldigten verwaltungsstrafrechtlich relevant zur Last zu legen ist.

So hätte er nicht auf das (bloß teilweise!) Vorliegen von Gewerbeberechtigungen vertrauen dürfen und ist die Frage, ob so bereits für andere Firmen gearbeitet wurde, für die Frage der Rechtmäßigkeit des gegenständlichen Geschehens irrelevant."

Nach Zitierung des hg. Erkenntnisses vom 20. Mai 1998, Zl. 97/09/0241, setzte die belangte Behörde begründend fort:

"Entsprechend dem spezifischen Beurteilungsmaßstab ist im Gegenstand somit eindeutig auf Grund des durchgeführten Beweisverfahrens festzuhalten, dass:

1. die im Gegenstand arbeitenden Ausländer überhaupt keine eigene Betriebsstätte innehatten
2. bereits entsprechend der Tatzeitanlastung eine Regelmäßigkeit und längere Dauer zu verzeichnen ist
6. jedenfalls die Arbeit mit Arbeitsmitteln (Material) des Unternehmers erfolgte
7. entsprechend den Aktenunterlagen für den vorliegenden Tatzeitraum ausschließlich eine Beschäftigung seitens der (I. GmbH) erfolgte nicht aber für eine unbegrenzte Anzahl ständig wechselnder Unternehmer gearbeitet wurde
9. eine Entgeltlichkeit jedenfalls bestand und
10. die Arbeitsleistung unzweifelhaft dem Beschuldigten bzw. dessen Gesellschaft zugute kam.

Selbst wenn man also annehmen würde, es sei selbständige Werkvertragstätigkeit vorgelegen, ergibt sich in Übereinstimmung mit der Entscheidung der Bezirkshauptmannschaft aufgrund des anzuwendenden Prüfkriteriums unzweifelhaft Arbeitnehmerähnlichkeit. Dies gilt nach obiger Auflistung auch dann, wenn man den niederschriftlichen Erstangaben (welche nach Rechtsprechung der Wahrheit am nächsten kommen) der Ausländer zu den Punkten 3, 4, 5 keine besondere Bedeutung beimisst, indem die Ausländer ihre diesbezüglichen Erstangaben dann später im Berufungsverfahren in Richtung Verteidigungslinie relativierten.

Ausgehend von den allseitigen Verhältnissen und den sonstigen Strafzumessungsgründen wie sie im erstinstanzlichen Bescheid erfasst wurden, kommt die Berufungsbehörde somit nicht umhin, die verhängten Verwaltungsstrafen als richtig und durchaus schuld- und tatangemessen und keineswegs zu hoch gegriffen zu erblicken.

Zum Vorbringen ist des Berufungswerbers ist noch entgegenzuhalten, dass im Gegenstand kein Anwendungsfall des Günstigkeitsprinzips nach § 1 Abs. 2 VStG vorliegt. Die Strafe richtet sich nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht, es sei denn, dass das zur Zeit der Fällung des Bescheides erster Instanz geltende Recht für den Täter günstiger wäre. So stellt diese Gesetzesbestimmung auf den auf den Entscheidungszeitpunkt I. Instanz ab, welcher mit 27. April 2011 (Datum des angefochtenen Bescheides; Abfertigungsvermerk 28. April 2011) ganz offensichtlich vor dem relevanten 01. Mai 2011 gelegen ist."

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vom Verfassungsgerichtshof abgetretene Beschwerde, über die der Verwaltungsgerichtshof nach Vorlage der Akten durch die belangte Behörde erwogen hat:

Nach § 79 Abs. 11 letzter Satz VwGG in der Fassung BGBl. I Nr. 122/2013 sind - soweit durch das Verwaltungsgerichtsbarkeits-Übergangsgesetz, BGBl. I Nr. 33/2013 (VwGbk-ÜG) nichts anderes bestimmt ist - in den mit Ablauf des 31. Dezember 2013 beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Beschwerdeverfahren die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Bestimmungen weiter anzuwenden.

Gemäß § 8 VwGbk-ÜG, BGBl. I Nr. 33/2013 hat der Verwaltungsgerichtshof in einem Verfahren, in dem der Verfassungsgerichtshof gemäß Art. 144 Abs. 1 B-VG in der bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Fassung bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 eine Beschwerde gemäß Art. 144 Abs. 3 B-VG in der bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Fassung dem Verwaltungsgerichtshof abgetreten hat, die Bestimmungen des B-VG in der bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Fassung und des VwGG in der bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Fassung weiterhin anzuwenden.

Für die vorliegende, bereits im Jahr 2012 gem. Art. 144 Abs. 1 B-VG erhobene und mit Beschluss vom 21. Februar 2013 - der am 26. März 2013 beim Verwaltungsgerichtshof eingelangte - abgetretene Beschwerde, sind daher die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Bestimmungen des B-VG und des VwGG weiter anzuwenden.

Der vorliegende Beschwerdefall gleicht in den für seine Entscheidung wesentlichen Gesichtspunkten - sowohl hinsichtlich des Sachverhaltes, als auch hinsichtlich der zu beantwortenden Rechtsfragen - jenem Beschwerdefall, der dem gegenüber dem Beschwerdeführer ergangenen hg. Erkenntnis vom 5. September 2013, Zl. 2012/09/0121, auf das wiederum gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG verwiesen wird, zu Grunde lag.

Aus den im zitierten Erkenntnis genannten Gründen durfte die belangte Behörde auch die Tätigkeit des O.A. im vorliegenden Fall angesichts der wirtschaftlichen und organisatorischen Verknüpfung aller ihrer Aspekte mit dem Betrieb des Beschwerdeführers zu Recht als Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG werten.

Darüber hinaus macht der Beschwerdeführer geltend, dass mit dem erstinstanzlichem Straferkenntnis vom 27. April 2001 eine Geldstrafe von insgesamt EUR 10.000,- verhängt worden sei, möge sich dieser Betrag auch aus mehreren Einzelbeträgen zusammensetzen. Zweifellos seien aber zu den Spruchpunkten a), b) und d) jeweils Strafen von mehr als EUR 2.000,-, zu Spruchpunkt c) eine Geldstrafe im Ausmaß von EUR 2.000,- verhängt worden. Gegen diesen Bescheid habe der Beschwerdeführer Berufung erhoben, über welche von der belangten Behörde in zwei getrennten Verfahren und mit zwei getrennten Bescheiden entschieden worden sei. Im Hinblick auf die Trennung dieser Verfahren werde von der belangten Behörde angeführt, dass hinsichtlich der Bescheidpunkte a), b) und d) - die Gegenstand des oben angeführten Beschwerdeverfahrens Zl. 2012/09/0121 gewesen sind - die vierte Kammer der belangten Behörde entscheidungskompetent sei, da dort der Strafbetrag von EUR 2.000,- überschritten werde, wogegen Strafpunkt c) - dieser wurde mit der gegenständlichen Beschwerde bekämpft - der Entscheidung des zuständigen Einzelmitgliedes in einem gesonderten Bescheid obliege.

Nur wenn in dem Straferkenntnis vom 27. April 2011 keine den Betrag von EUR 2.000,- übersteigende Geldstrafe verhängt worden wäre, wäre zur Entscheidung über die Berufung ein Einzelmitglied der belangten Behörde zuständig gewesen. Jedenfalls sei es unzulässig, den angefochtenen erstinstanzlichen Bescheid derart zu "zerlegen", dass über einzelne Spruchpunkte die Kammer und über andere ein Einzelmitglied entscheide. Da mit diesem Straferkenntnis eine EUR 2.000,- übersteigende Geldstrafe verhängt worden sei, wäre zur Entscheidung über die Berufung und zwar zur Gänze und ausschließlich eine Kammer der belangten Behörde zuständig gewesen.

§ 51c VStG in der gegenständlich maßgebenden Fassung BGBl. I Nr. 65/2002 lautet:

"Wenn in dem mit Berufung angefochtenen Bescheid weder eine primäre Freiheitsstrafe noch eine 2 000 EUR übersteigende Geldstrafe verhängt wurde, entscheiden die unabhängigen Verwaltungssenaten in den Ländern durch Einzelmitglied. Ansonsten entscheiden sie, abgesehen von den gesetzlich besonders geregelten Fällen, durch Kammern, die aus drei Mitgliedern bestehen."

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich, auch wenn über mehrere Übertretungen in einer gemeinsamen Bescheidausfertigung abgesprochen wird, um mehrere Bescheide, mit denen über verschiedene Taten - also über verschiedene Sachen - abgesprochen wird, wobei allerdings auch eine gemeinsame Bescheidausfertigung zulässig ist (vgl. hierzu etwa die hg. Erkenntnisse jeweils vom 27. Jänner 1993, Zlen. 92/03/0017, 0018, sowie Zl. 92/03/0268). Wenn in einer Erledigung wie dem gegenständlichen erstinstanzlichen Straferkenntnis wegen mehrerer Verwaltungsstraftaten - die

unberechtigte Beschäftigung jedes einzelnen Ausländers stellt ein eigenes Delikt dar und ist gesondert zu bestrafen - Geldstrafen verhängt werden, die teilweise EUR 2.000,-- übersteigen, handelt es sich in Wahrheit um mehrere Bescheide bzw. mehrere trennbare Spruchpunkte, die rechtlich voneinander zu unterscheiden sind. Hinsichtlich jener Teilbescheide, bei denen die Strafe die Höhe von EUR 2.000,-- übersteigt, besteht damit die Kompetenz der Kammer, für jene Bescheide bei denen die Strafe EUR 2.000,- - nicht übersteigt, die Kompetenz des Einzelmitgliedes. Auch wenn die im gegenständlichen Straferkenntnis jeweils verhängten Geldstrafen zusammen insgesamt mehr als EUR 2.000,-- betragen, kommt es für die Entscheidungszuständigkeit nur auf die Höhe der gesondert verhängten, einzelnen Strafen an (vgl. auch dazu das hg. Erkenntnis vom 27. Jänner 1993, Zl. 92/03/0268). Es kann daher keine Rechtsverletzung darin gesehen werden, wenn die belangte Behörde den angefochtenen Bescheid in Beachtung der dargestellten Regeln über die Zusammensetzung der Berufungsbehörde erlassen hat (vgl. zum Ganzen das hg. Erkenntnis vom 21. März 1997, Zl. 96/02/0027).

Die Beschwerde, in welcher die Strafhöhe nicht mehr releviert wird - vom Verwaltungsgerichtshof ist eine diesbezügliche Rechtswidrigkeit nicht zu erkennen - erweist sich damit insgesamt als unbegründet und war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Wien, am 24. Jänner 2014