

TE Vwgh Erkenntnis 2011/10/14 2009/09/0046

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.10.2011

Index

E1E;

E1T;

E6j;

40/01 Verwaltungsverfahren;

59/04 EU - EWR;

60/04 Arbeitsrecht allgemein;

62 Arbeitsmarktverwaltung;

Norm

11997E039 EG Art39;

12003T/TXT Beitrittsvertrag Europäische Union;

12003TN10/01 Beitrittsvertrag Ungarn - 1/Freizügigkeit;

12010E045 AEUV Art45;

61994CJ0107 Asscher VORAB;

61999CJ0268 Aldona Malgorzata Jany VORAB;

62004CJ0151 Nadin VORAB;

AuslBG §2;

AuslBG §28 Abs1 Z1 lita idF 2005/I/103;

AuslBG §3 Abs1 idF 2006/I/099;

VStG §5 Abs1;

1. AuslBG § 2 heute
2. AuslBG § 2 gültig ab 01.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 70/2025
3. AuslBG § 2 gültig von 01.09.2018 bis 30.11.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
4. AuslBG § 2 gültig von 01.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
5. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
6. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2012
7. AuslBG § 2 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
8. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2010 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2009
9. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007
10. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
11. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2003
12. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2003 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002

13. AuslBG § 2 gültig von 01.01.1998 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
14. AuslBG § 2 gültig von 01.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
15. AuslBG § 2 gültig von 01.07.1994 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
16. AuslBG § 2 gültig von 01.08.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 502/1993
1. AuslBG § 28 heute
2. AuslBG § 28 gültig ab 07.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2026
3. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2020 bis 06.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2020
4. AuslBG § 28 gültig von 01.10.2017 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
5. AuslBG § 28 gültig von 14.08.2015 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 113/2015
6. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 13.08.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
7. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
8. AuslBG § 28 gültig von 01.09.2009 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 91/2009
9. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2008 bis 31.08.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007
10. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 103/2005
11. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
12. AuslBG § 28 gültig von 01.05.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 28/2004
13. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2003 bis 30.04.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 160/2002
14. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2003 bis 02.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
15. AuslBG § 28 gültig von 03.12.2002 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 160/2002
16. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2002 bis 02.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2002
17. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2002 bis 30.06.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 136/2001
18. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/1999
19. AuslBG § 28 gültig von 25.11.1999 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 199/1999
20. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1998 bis 24.11.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
21. AuslBG § 28 gültig von 01.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
22. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1996 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
23. AuslBG § 28 gültig von 01.07.1994 bis 31.12.1995 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
24. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 19/1993
1. AuslBG § 3 heute
2. AuslBG § 3 gültig ab 07.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2026
3. AuslBG § 3 gültig von 01.10.2022 bis 06.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 106/2022
4. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2020 bis 30.09.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2019
5. AuslBG § 3 gültig von 01.09.2018 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
6. AuslBG § 3 gültig von 01.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
7. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
8. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
9. AuslBG § 3 gültig von 27.06.2006 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2006
10. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2006 bis 26.06.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
11. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2003 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
12. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2002 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2002
13. AuslBG § 3 gültig von 24.08.2001 bis 30.06.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 115/2001
14. AuslBG § 3 gültig von 01.01.1998 bis 23.08.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
15. AuslBG § 3 gültig von 02.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 201/1996
16. AuslBG § 3 gültig von 01.06.1996 bis 01.06.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
17. AuslBG § 3 gültig von 01.07.1994 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
18. AuslBG § 3 gültig von 01.01.1994 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 475/1992
1. VStG § 5 heute
2. VStG § 5 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VStG § 5 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2018

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok und die Hofräte Dr. Rosenmayr und Dr. Strohmayer als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Henk, über die Beschwerde des FS in W, vertreten durch Dr. Stephan Duschel und Mag. Klaus Hanten, Rechtsanwälte in 1220 Wien, St. Wendelin-Platz 6, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenat Wien vom 17. Dezember 2008, Zl. UVS- 07/A/3/5622/2008, betreffend Bestrafung wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (weitere Parteien: Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz Bundesministerin für Finanzen), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 57,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der G. GmbH (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof) zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin am 12. Juni 2007 um 13:25 Uhr auf der Baustelle des Freizeitentrums W. die näher bezeichneten ungarischen Staatsangehörigen V. und G. mit Gärtnereiarbeiten bzw. Gartengestaltungsarbeiten beschäftigt habe, obwohl für diese Ausländer keine der im Einzelnen aufgezählten näher genannten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen gemäß § 3 Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) ausgestellt gewesen seien. Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der G. GmbH (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof) zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin am 12. Juni 2007 um 13:25 Uhr auf der Baustelle des Freizeitentrums W. die näher bezeichneten ungarischen Staatsangehörigen römisch fünf. und G. mit Gärtnereiarbeiten bzw. Gartengestaltungsarbeiten beschäftigt habe, obwohl für diese Ausländer keine der im Einzelnen aufgezählten näher genannten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen gemäß Paragraph 3, Absatz eins, des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) ausgestellt gewesen seien.

Der Beschwerdeführer habe dadurch gegen § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 AuslBG verstoßen, weshalb über ihn gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 zweiter Strafsatz AuslBG zwei Geldstrafen in der Höhe von je EUR 8.400,-- und für den Nichteinbringungsfall Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils fünf Tagen und einundzwanzig Stunden verhängt wurden. Der Beschwerdeführer habe dadurch gegen Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, in Verbindung mit Paragraph 3, Absatz eins, AuslBG verstoßen, weshalb über ihn gemäß Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, zweiter Strafsatz AuslBG zwei Geldstrafen in der Höhe von je EUR 8.400,-- und für den Nichteinbringungsfall Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils fünf Tagen und einundzwanzig Stunden verhängt wurden.

Die belangte Behörde ging in ihrer Entscheidung nach Wiedergabe des bisherigen Verwaltungsgeschehens von folgenden Feststellungen aus:

Es sei erwiesen, dass die G. GmbH deren handelsrechtlicher Geschäftsführer der Beschwerdeführer im Tatzeitpunkt gewesen sei, von der Stadtgemeinde W. beauftragt worden sei, auf der verfahrensgegenständlichen Baustelle die Gartengestaltung und die Errichtung eines Beachvolleyballplatzes durchzuführen. Weiters sei erwiesen, dass die beiden verfahrensgegenständlichen ungarischen Staatsangehörigen am 12. Juni 2007 im Zuge einer Kontrolle durch die Finanzbehörde bei der Durchführung von Gartenarbeiten arbeitend angetroffen worden seien. Darüber hinaus sei erwiesen, dass neben dem Sohn des Beschwerdeführers auch dieser selbst auf der Baustelle gewesen sei und den Arbeitern Anweisungen gegeben habe, wer was wo machen solle.

Schon der Anschein spreche also dafür, dass die beiden verfahrensgegenständlichen Ausländer von der G. GmbH zur Erfüllung des, von der Stadtgemeinde W. übernommenen Auftrages zur Durchführung von Gartenarbeiten beschäftigt worden seien.

Der Beschwerdeführer bestreite dies jedoch und bringe vor, die verfahrensgegenständlichen Ausländer seien Gesellschafter der C. GmbH "in Gründung" gewesen, welche wiederum Subauftragnehmerin der G. GmbH gewesen sei, und hätten daher auf Werkvertragsbasis beschäftigt werden dürfen. Wie sich aus dem vorgelegten Notariatsakt über die Errichtung der C. GmbH und dem Firmenbuchauszug ergebe, sei der Gesellschaftsvertrag erst am 27. Juni 2007

errichtet worden und sei die Eintragung in das Firmenbuch am 1. September 2007 erfolgt, beides also nach dem Tatzeitpunkt. Der Vertreter des Beschwerdeführers habe sich, trotz genauer Befragung geweigert, die Rechtsnatur der von ihm behaupteten GmbH "in Gründung" auszuführen und sich damit begnügt, zu behaupten, die Willenseinigung über die Errichtung der GmbH sei schon vor dem 12. Juni 2007 erzielt worden. Er habe jedoch weder Datum, Ort und nähere Umstände über die Erzielung der von ihm behaupteten Willenseinigung über die Errichtung einer GmbH, noch deren genauen Inhalt dargelegt und sei dieses Vorbringen auch durch die Aussage des G. in der öffentlichen mündlichen Verhandlung widerlegt worden, der keine Angaben über eine allfällige, vor dem Tatzeitpunkt gelegene Willenseinigung über die Errichtung einer C. GmbH gemacht habe, sondern vielmehr glaubwürdig ausgesagt habe, keine Kenntnis über den Inhalt des Notariatsaktes über die Errichtung dieser Gesellschaft zu haben, ja nicht einmal etwas über die Existenz einer Gesellschaft dieses Namens gewusst zu haben.

Die C. GmbH habe jedenfalls im Tatzeitpunkt in noch keiner wie immer gearteten Form existiert.

Anschließend legte die belangte Behörde ihre weiteren beweiswärtigenden Erwägungen dar, erachtete im Weiteren das Vorliegen sowohl der objektiven als auch der subjektiven Tatseite als gegeben und führte ihre Gründe zur Strafbemessung an.

Über die gegen diesen Bescheid gerichtete Beschwerde hat der Verwaltungsgerichtshof nach Aktenvorlage durch die belangte Behörde erwogen:

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG in der Fassung BGBl. I Nr. 99/2006 darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht 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 Paragraph 3, Absatz eins, AuslBG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2006, darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht 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, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1 000 EUR bis zu 10 000 EUR, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2 000 EUR bis zu 20 000 EUR, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2 000 EUR bis zu 20 000 EUR, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4 000 EUR bis zu 50 000 EUR. Gemäß Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, AuslBG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 103 aus 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 Paragraph 3, einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (Paragraphen 4, und 4c) oder Zulassung als Schlüsselkraft (Paragraph 12,) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (Paragraph 3, Absatz 5,) oder eine Arbeitserlaubnis (Paragraph 14 a,) oder ein Befreiungsschein (Paragraphen 15, und 4c) oder eine "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt" (Paragraph 8, Absatz 2, Ziffer 3, NAG) oder ein Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EG" (Paragraph 45, NAG) oder ein Niederlassungsnachweis (Paragraph 24, FrG 1997) ausgestellt wurde, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1 000 EUR bis zu 10 000 EUR, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2 000 EUR bis zu 20 000 EUR, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2 000 EUR bis zu 20 000 EUR, im Falle der erstmaligen und weiteren

Wiederholung von 4 000 EUR bis zu 50 000 EUR.

Es blieb unbestritten, dass anlässlich einer Kontrolle durch die Finanzbehörden die beiden ungarischen Staatsangehörigen V. und G. auf der Baustelle des Freizeitzentrums W. bei der Durchführung von Gartenarbeiten arbeitend angetroffen wurden und dass die vom Beschwerdeführer vertretene GmbH mit der Durchführung dieser Gartenarbeiten beauftragt war. Es blieb unbestritten, dass anlässlich einer Kontrolle durch die Finanzbehörden die beiden ungarischen Staatsangehörigen römisch fünf. und G. auf der Baustelle des Freizeitzentrums W. bei der Durchführung von Gartenarbeiten arbeitend angetroffen wurden und dass die vom Beschwerdeführer vertretene GmbH mit der Durchführung dieser Gartenarbeiten beauftragt war.

Der Beschwerdeführer verantwortet sich dahingehend, dass eine Willenseinigung über die Errichtung der C. GmbH zwischen den Gesellschaftern, darunter die beiden Ungarn, vor dem Tatzeitpunkt am 16. Juni 2007 erzielt worden sei. Durch diese Willenseinigung sei die Gesellschaft ins Stadium der Vorgründungsgesellschaft getreten. Vertreten werde eine Vorgesellschaft vom Geschäftsführer. Im Zweifel werde namens der Vorgesellschaft gehandelt, wenn das Geschäft sofort oder vor der Registrierung mit der GmbH in Vollzug gesetzt werden solle, wie dies auch im vorliegenden Falle gegeben sei. Nach der Eintragung der GmbH setze diese die Vorgesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge fort. Das bedeute, dass die Rechte und Verpflichtungen, die der Geschäftsführer im Rahmen seiner Vertretungsmacht für die Vorgesellschaft begründet habe, mit der Eintragung der GmbH unmittelbar auf diese übergehen, ohne dass es einer Genehmigung oder Schuldübernahme bedürfe.

In Ansehung der zugrundeliegenden Leistungen auf der Baustelle des Freizeitzentrums W. sei ein Werkvertragsverhältnis zwischen der vom Beschwerdeführer vertretenen GmbH und der C. GmbH zustande gekommen, das nach der Eintragung der C. GmbH in das Firmenbuch am 1. September 2007 rückwirkend genehmigt worden sei. Der Beschwerdeführer habe rechtlichen Rat eingeholt und darauf vertraut, dass bei einer auch gegenständlich vorliegenden Kooperation mit ausländischen Gesellschaftern einer GmbH, an welcher diese zu mehr als 25 % beteiligt seien, keine Bewilligung im Sinne des Ausländerbeschäftigungsgesetzes einzuholen sei, weil diese Personen weder als Arbeitnehmer noch als arbeitnehmerähnliche Personen zu qualifizieren seien.

Mit diesem Vorbringen wendet sich der Beschwerdeführer gegen die Feststellung der belangten Behörde, dass die C. GmbH jedenfalls im Tatzeitpunkt in noch keiner wie immer gearteten Form existiert habe und somit auch keine Willenseinigung im Hinblick auf die Errichtung dieser Gesellschaft vorgelegen sei, sowie gegen die dieser Feststellung zugrunde liegenden Beweiswürdigung.

Die belangte Behörde hat sich schlüssig und in umfassender Weise mit der Frage des Bestandes einer C-GmbH auseinandergesetzt und auf Seite 17 des angefochtenen Bescheides festgehalten, dass es die bloße Behauptung nicht ausreicht, eine Willenseinigung über die Errichtung einer GmbH wäre schon vor dem 12. Juni 2007 erzielt worden: "Der Beschwerdeführer hat jedoch weder Datum, Ort, noch nähere Umstände über die Erzielung der von ihm behaupteten Willenseinigung, noch deren genauen Inhalt dargelegt. Dieses Vorbringen ist auch durch die Aussage des G. in der öffentlichen mündlichen Verhandlung widerlegt worden, der keine Angaben über eine allfällige, vor dem Tatzeitpunkt gelegene Willenseinigung über die Errichtung einer C. GmbH machte, sondern vielmehr glaubwürdig aussagte, keine Kenntnis über den Inhalt des Notariatsaktes über die Errichtung dieser Gesellschaft zu haben, ja nicht einmal etwas über die Existenz einer Gesellschaft dieses Namens wusste."

Ausgehend von den auf Grundlage einer mängelfreien Beweiswürdigung getroffenen Feststellungen ist auch die Beurteilung der belangten Behörde nicht rechtswidrig, dass die beiden Ausländer nicht aufgrund einer Vertragsbeziehung zur C. GmbH, sondern aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses gemäß § 2 AuslBG zur G. GmbH tätig wurden, sodass dem Beschwerdeargument, die G. GmbH könne nur eine Verantwortlichkeit als Generalunternehmer treffen, keine Berechtigung zukommen kann. Ausgehend von den auf Grundlage einer mängelfreien Beweiswürdigung getroffenen Feststellungen ist auch die Beurteilung der belangten Behörde nicht rechtswidrig, dass die beiden Ausländer nicht aufgrund einer Vertragsbeziehung zur C. GmbH, sondern aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses gemäß Paragraph 2, AuslBG zur G. GmbH tätig wurden, sodass dem Beschwerdeargument, die G. GmbH könne nur eine Verantwortlichkeit als Generalunternehmer treffen, keine Berechtigung zukommen kann.

Vor dem Hintergrund, dass der Beschwerdeführer als nach außen vertretungsbefugtes Organ der G. GmbH konkrete Anweisungen gab, was wo bzw. wie zu erledigen sei, und der Verwaltungsgerichtshof bereits in zahlreichen ähnlich

gelagerten Fällen ausgesprochen hat, dass derartige einfache Arbeiten wie die hier vorliegenden Gärtnereiarbeiten, die im unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf im Zusammenwirken mit anderen Arbeitern erbracht werden müssen, kein selbständiges Werk darstellen können (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. Oktober 1998, Zl. 96/09/0183, mwN), ist die Schlussfolgerung der belangten Behörde nicht rechtswidrig, dass nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit eine nach dem AuslBG bewilligungspflichtige Beschäftigung vorlag. Vor dem Hintergrund, dass der Beschwerdeführer als nach außen vertretungsbefugtes Organ der G. GmbH konkrete Anweisungen gab, was wo bzw. wie zu erledigen sei, und der Verwaltungsgerichtshof bereits in zahlreichen ähnlich gelagerten Fällen ausgesprochen hat, dass derartige einfache Arbeiten wie die hier vorliegenden Gärtnereiarbeiten, die im unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf im Zusammenwirken mit anderen Arbeitern erbracht werden müssen, kein selbständiges Werk darstellen können (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. Oktober 1998, Zl. 96/09/0183, mwN), ist die Schlussfolgerung der belangten Behörde nicht rechtswidrig, dass nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit eine nach dem AuslBG bewilligungspflichtige Beschäftigung vorlag.

Der Beschwerdeführer beruft sich darüber hinaus auf die unionsrechtlich gewährleisteten Grundfreiheiten, insbesondere auf die Niederlassungsfreiheit, die Dienstleistungsfreiheit, sowie die Freizügigkeit der Arbeitnehmer.

Damit geht er aber betreffend die ersteren beiden Grundfreiheiten entgegen der rechtlichen Beurteilung der belangten Behörde von der Selbständigkeit des angetroffenen Ausländers aus, weil nur Selbständige sich auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit berufen können. Arbeitnehmer aus den neuen Beitrittsländern (u.a. auch Ungarn) unterlagen hingegen im Tatzeitpunkt zulässigen Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Wesentlich ist daher auch unter dem europarechtlichen Aspekt die Unterscheidung zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit im konkreten Fall. Die vom EuGH entwickelten Merkmale selbständiger Tätigkeit (vgl. z.B. die Urteile des EuGH vom 15. Dezember 2005 in der Rechtssache C-151/04 und C-152/04, Nadin u.a., Slg. 2005, I-11203, Randnr. 31, vom 20. November 2001 in der Rechtssache C-268/99, Jany u.a., Slg. 2001, I-08615, Randnr. 34, und vom 27. Juni 1996 in der Rechtssache C-107/94, Asscher, Slg. 1996, I-03089), entsprechen aber im Wesentlichen der Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit im Sinne des AuslBG, wie dies auch der Verwaltungsgerichtshof schon mehrfach betont hat (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 8. August 2008, Zl. 2008/09/0163). Ausgehend davon war die Bindung unselbständiger Tätigkeiten im Inland von Angehörigen der neuen Beitrittsländer an eine Bewilligungspflicht nach der Übergangsbestimmung der Z. 1 der Beitrittsakte betreffend den Beitritt Ungarns zur EU auch unter dem Aspekt der §§ 39 f EG-Vertrag (nunmehr Art. 45 ff AEUV) zum Tatzeitpunkt zulässig und wirksam (vgl. das hg. Erkenntnis vom 15. Mai 2009, Zl. 2007/09/0168). Damit geht er aber betreffend die ersteren beiden Grundfreiheiten entgegen der rechtlichen Beurteilung der belangten Behörde von der Selbständigkeit des angetroffenen Ausländers aus, weil nur Selbständige sich auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit berufen können. Arbeitnehmer aus den neuen Beitrittsländern (u.a. auch Ungarn) unterlagen hingegen im Tatzeitpunkt zulässigen Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Wesentlich ist daher auch unter dem europarechtlichen Aspekt die Unterscheidung zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit im konkreten Fall. Die vom EuGH entwickelten Merkmale selbständiger Tätigkeit (vgl. z.B. die Urteile des EuGH vom 15. Dezember 2005 in der Rechtssache C-151/04 und C-152/04, Nadin u.a., Slg. 2005, I-11203, Randnr. 31, vom 20. November 2001 in der Rechtssache C-268/99, Jany u.a., Slg. 2001, I-08615, Randnr. 34, und vom 27. Juni 1996 in der Rechtssache C-107/94, Asscher, Slg. 1996, I-03089), entsprechen aber im Wesentlichen der Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit im Sinne des AuslBG, wie dies auch der Verwaltungsgerichtshof schon mehrfach betont hat (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 8. August 2008, Zl. 2008/09/0163). Ausgehend davon war die Bindung unselbständiger Tätigkeiten im Inland von Angehörigen der neuen Beitrittsländer an eine Bewilligungspflicht nach der Übergangsbestimmung der Ziffer eins, der Beitrittsakte betreffend den Beitritt Ungarns zur EU auch unter dem Aspekt der Paragraphen 39, f EG-Vertrag (nunmehr Artikel 45, ff AEUV) zum Tatzeitpunkt zulässig und wirksam (vgl. das hg. Erkenntnis vom 15. Mai 2009, Zl. 2007/09/0168).

Bei der Verwaltungsübertretung des § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2002/09/0207). Bei Ungehorsamsdelikten hat der Täter glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Bei der Verwaltungsübertretung des Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, AuslBG handelt es sich um ein

Ungehorsamsdelikt im Sinne des Paragraph 5, Absatz eins, VStG vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, ZI. 2002/09/0207). Bei Ungehorsamsdelikten hat der Täter glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Der Beschwerdeführer bringt in diesem Zusammenhang vor, dass er nach mehrfacher Einholung rechtlichen Rates bei Notaren und Rechtsanwälten diesen dahingehend vertraut habe, dass bei einer Kooperation mit ausländischen Gesellschaftern einer GmbH, an welcher diese zu mehr als 25 % beteiligt seien, keine Bewilligung im Sinne des Ausländerbeschäftigungsgesetzes einzuholen sei. Der Notar Dr. V. habe gerade in Ansehung der verfahrensgegenständlichen Ausländer und deren Tätigkeit die Gründung einer GmbH und den daran anknüpfenden Abschluss von Werkverträgen zwischen dieser GmbH und den Ausländern empfohlen. Er habe daher mit gutem Grund darauf vertrauen können, dass diese Vorgangsweise rechtens sei und die geplante Kooperation in der tatsächlichen Form nicht gegen Bestimmungen des AuslBG verstoße, weshalb ihn an der Begehung einer allfälligen Verwaltungsübertretung kein Verschulden treffe. Zum Beweis hierfür habe er die Einvernahme der Zeugen Dr. V., Dr. M. und Dr. B. beantragt, die belangte Behörde sei den diesbezüglichen Beweisanträgen mangels Entscheidungsrelevanz aber nicht nachgekommen. Der Beschwerdeführer bringt in diesem Zusammenhang vor, dass er nach mehrfacher Einholung rechtlichen Rates bei Notaren und Rechtsanwälten diesen dahingehend vertraut habe, dass bei einer Kooperation mit ausländischen Gesellschaftern einer GmbH, an welcher diese zu mehr als 25 % beteiligt seien, keine Bewilligung im Sinne des Ausländerbeschäftigungsgesetzes einzuholen sei. Der Notar Dr. römisch fünf. habe gerade in Ansehung der verfahrensgegenständlichen Ausländer und deren Tätigkeit die Gründung einer GmbH und den daran anknüpfenden Abschluss von Werkverträgen zwischen dieser GmbH und den Ausländern empfohlen. Er habe daher mit gutem Grund darauf vertrauen können, dass diese Vorgangsweise rechtens sei und die geplante Kooperation in der tatsächlichen Form nicht gegen Bestimmungen des AuslBG verstoße, weshalb ihn an der Begehung einer allfälligen Verwaltungsübertretung kein Verschulden treffe. Zum Beweis hierfür habe er die Einvernahme der Zeugen Dr. römisch fünf., Dr. M. und Dr. B. beantragt, die belangte Behörde sei den diesbezüglichen Beweisanträgen mangels Entscheidungsrelevanz aber nicht nachgekommen.

Darauf ist dem Beschwerdeführer zu antworten, dass derjenige, der ein Gewerbe betreibt, verpflichtet ist, sich vor der Ausübung über die das Gewerbe betreffenden Vorschriften zu unterrichten. Dabei ist auch eine irrige Gesetzesauslegung ein Rechtsirrtum, der den Beschuldigten nicht zu entschuldigen vermag, wenn nach seinem ganzen Verhalten nicht angenommen werden kann, dass dieser unverschuldet war und dass er das Unerlaubte seines Verhaltens nicht einsehen konnte. Es besteht daher für den Arbeitgeber grundsätzlich die Verpflichtung, sich u.a. auch mit den gesetzlichen Vorschriften betreffend die Ausländerbeschäftigung laufend vertraut zu machen. Bestehen über den Inhalt der Verwaltungsvorschrift Zweifel, dann ist der Gewerbetreibende verpflichtet, hierüber bei der zuständigen Behörde Auskunft einzuholen, wenn er dies unterlässt, so vermag ihn eine falsche Rechtsauffassung nicht von seiner Schuld zu befreien. Der Beschwerdeführer hätte sich nicht allein auf die Auskunft von Rechtsanwälten oder Notaren, deren Inhalt er im Übrigen auch nicht Weise substantiiert hat, verlassen dürfen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 7. Juli 1999, ZI. 97/09/0281), weshalb ihre unterlassene Vernehmung als Zeugen mangels Relevanz keinen Verfahrensfehler darstellt. Darauf ist dem Beschwerdeführer zu antworten, dass derjenige, der ein Gewerbe betreibt, verpflichtet ist, sich vor der Ausübung über die das Gewerbe betreffenden Vorschriften zu unterrichten. Dabei ist auch eine irrige Gesetzesauslegung ein Rechtsirrtum, der den Beschuldigten nicht zu entschuldigen vermag, wenn nach seinem ganzen Verhalten nicht angenommen werden kann, dass dieser unverschuldet war und dass er das Unerlaubte seines Verhaltens nicht einsehen konnte. Es besteht daher für den Arbeitgeber grundsätzlich die Verpflichtung, sich u.a. auch mit den gesetzlichen Vorschriften betreffend die Ausländerbeschäftigung laufend vertraut zu machen. Bestehen über den Inhalt der Verwaltungsvorschrift Zweifel, dann ist der Gewerbetreibende verpflichtet, hierüber bei der zuständigen Behörde Auskunft einzuholen, wenn er dies unterlässt, so vermag ihn eine falsche Rechtsauffassung nicht von seiner Schuld zu befreien. Der Beschwerdeführer hätte sich nicht allein auf die Auskunft von Rechtsanwälten oder Notaren, deren Inhalt er im Übrigen auch nicht Weise substantiiert hat, verlassen dürfen vergleiche , etwa das hg. Erkenntnis vom 7. Juli 1999, ZI. 97/09/0281), weshalb ihre unterlassene Vernehmung als Zeugen mangels Relevanz keinen Verfahrensfehler darstellt.

Der Beschwerdeführer macht noch geltend, dass die über ihn verhängte Geldstrafe (so wie die Ersatzfreiheitsstrafe) unangemessen hoch sei.

Da der Beschwerdeführer im Tatzeitpunkt bereits rechtskräftig wegen der Übertretung des AuslBG bestraft wurde, hat

die belangte Behörde rechtskonform den zweiten Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG angewendet. Da der Beschwerdeführer im Tatzeitpunkt bereits rechtskräftig wegen der Übertretung des AuslBG bestraft wurde, hat die belangte Behörde rechtskonform den zweiten Strafsatz des Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, AuslBG angewendet.

Dass die Berufungsbehörde bei der Strafbemessung ihren Ermessensspielraum überschritten hätte, kann im Rahmen einer Gesamtbetrachtung im Hinblick auf die drei weiteren, im Tatzeitpunkt rechtskräftigen und einschlägigen Verwaltungsstrafen, sowie auf den Umstand, dass sich der Beschwerdeführer im Verfahren nicht einsichtig gezeigt hat, bzw. auch nicht bereit war, zu einer mündlichen Verhandlung vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat zu erscheinen, um einen Gesinnungswandel persönlich zu bekunden, angesichts der in der unteren Hälfte des zweiten Strafrahmens des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG bemessenen Strafe, seiner unbestritten als durchschnittlich eingeschätzter Einkommensverhältnisse und der Annahme keiner Sorgepflichten nicht gefunden werden. Daran kann auch die in der mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde von seinem Vertreter bekannt gegebene Absicht des Beschwerdeführers, sämtliche Firmen, an welchen er gemeinsam mit Ausländern beteiligt gewesen sei, zu liquidieren, nichts mehr ändern. Dass die Berufungsbehörde bei der Strafbemessung ihren Ermessensspielraum überschritten hätte, kann im Rahmen einer Gesamtbetrachtung im Hinblick auf die drei weiteren, im Tatzeitpunkt rechtskräftigen und einschlägigen Verwaltungsstrafen, sowie auf den Umstand, dass sich der Beschwerdeführer im Verfahren nicht einsichtig gezeigt hat, bzw. auch nicht bereit war, zu einer mündlichen Verhandlung vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat zu erscheinen, um einen Gesinnungswandel persönlich zu bekunden, angesichts der in der unteren Hälfte des zweiten Strafrahmens des Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, AuslBG bemessenen Strafe, seiner unbestritten als durchschnittlich eingeschätzter Einkommensverhältnisse und der Annahme keiner Sorgepflichten nicht gefunden werden. Daran kann auch die in der mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde von seinem Vertreter bekannt gegebene Absicht des Beschwerdeführers, sämtliche Firmen, an welchen er gemeinsam mit Ausländern beteiligt gewesen sei, zu liquidieren, nichts mehr ändern.

Aus diesen Gründen war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen. Aus diesen Gründen war die Beschwerde gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008. Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 455 aus 2008,.

Wien, am 14. Oktober 2011

Gerichtsentscheidung

EuGH 61994CJ0107 Asscher VORAB

EuGH 61999CJ0268 Aldona Malgorzata Jany VORAB

EuGH 62004CJ0151 Nadin VORAB

Schlagworte

Verantwortung für Handeln anderer Personen Besondere Rechtsgebiete Arbeitsrecht Arbeiterschutz

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2011:2009090046.X00

Im RIS seit

28.11.2011

Zuletzt aktualisiert am

07.12.2011

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>