

TE UVS Wien 2001/03/15 07/A/36/441/99

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.03.2001

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch die Vorsitzende Dr Rotter, den Berichtler Mag Fritz und den Beisitzer Mag Pichler über die Berufung des Herrn Helmut H, vertreten durch Rechtsanwalt, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 15. Bezirk, vom 24.2.1999, ZI MBA 15 - S 7470/98, betreffend Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, nach durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG wird der Berufung Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG eingestellt.

Gemäß § 65 VStG wird dem Berufungswerber kein Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens auferlegt.

Text

Zur Tatzeit waren Herr Ivica M und der Berufungswerber (Bw) persönlich haftende Gesellschafter der I-OEG (im Folgenden kurz: OEG) mit dem Sitz in Wien, S-Straße. Aufgrund einer Anzeige des Arbeitsinspektorates für Bauarbeiten und nach erstinstanzlichen Ermittlungen wurde der Bw mit Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 15. Bezirk, vom 24.2.1999 schuldig erkannt, er habe als persönlich haftender Gesellschafter und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der OEG mit Sitz in Wien, S-Straße zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin am 2.6.1998 den Ausländer Ivica M (geboren 8.2.1969), Staatsangehörigkeit Kroatien, auf der Baustelle in Wien, O-weg/H-Straße (V-Donaustadt) als Hilfsarbeiter beschäftigt habe, weil dieser am 2.6.1998 um 10:40 Uhr mit Ausbesserungsarbeiten von schadhafte Stellen an Betonstützpfählern (Betonanierung) im Bauteil Lackiererei-Werkstätte beschäftigt gewesen sei, obwohl für diesen Ausländer weder eine gültige Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine Anzeigenbestätigung oder eine gültige Arbeitserlaubnis oder ein gültiger Befreiungsschein ausgestellt worden sei. Der Bw habe dadurch § 28 Abs 1 Z 1 lit a iVm § 3 Abs 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl Nr 218/1975, idgF (AuslBG) verletzt, weshalb über ihn gemäß § 28 Abs 1 Z 1 zweiter Strafsatz leg cit eine Geldstrafe in der Höhe von ATS 40.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe: 4 Tage und 16 Stunden) verhängt wurde. Gleichzeitig wurden die vom Bw zu ersetzenden Verfahrenskosten mit ATS 4.000,-- bestimmt.

In seiner gegen dieses Straferkenntnis erhobenen Berufung brachte der Bw im Wesentlichen vor, die von ihm beantragte Zeugin Claudia F hätte zu seinem Vorbringen vernommen werden müssen, dass Herr Ivica M vollkommen unbeschränkt als offener Erwerbgesellschafter der OEG jederzeit befugt gewesen sei, nach seinem persönlichen Gutdünken Aufträge entgegenzunehmen und diese auch selbständig durchzuführen, das Entgelt dafür zu kassieren, ohne dass er - der andere offene Erwerbgesellschafter dieser OEG - diesbezüglich irgendein Mitsprache- oder

Einspruchsrecht gehabt habe. Die Tatsachenfeststellungen der Erstbehörde, dass wegen der Bindung des Vertretungsrechtes des Ivica M an den anderen persönlich haftenden Gesellschafter der OEG die Vermutung, dass ein Personengesellschafter

Arbeitnehmer sei, nicht widerlegt werden können (§ 2 Abs 4 AuslBG), sei unrichtig und beruhe auf unzulässiger Beweiswürdigung. Die Erstbehörde hätte bei richtiger Würdigung der Ermittlungsergebnisse und unter Berücksichtigung des Rechtes der OEG eindeutig feststellen müssen, dass Ivica M sehr wohl maßgeblicher Einfluss auf die Beschlüsse der OEG zustehe, da durch Nichtmitstimmung dieses Gesellschafters rechtswirksame Beschlüsse im Rahmen der Geschäftsführung und im Vertretungsbereich überhaupt nicht zustande kommen können. In seiner zu dieser Berufung abgegebenen Stellungnahme (Schreiben vom 2.4.1999) wies das Arbeitsinspektorat für Bauarbeiten darauf hin, dass eine Bestellsurkunde zum verantwortlichen Beauftragten dem Arbeitsinspektorat für Bauarbeiten bislang nicht übermittelt worden sei. Da von Herrn M Arbeitsleistungen erbracht worden seien, die typischerweise im Rahmen von Arbeitsverhältnissen erbracht würden - dies ergebe sich aus den Wahrnehmungen der Kontrollorgane und den von diesem in das vorgelegte Personenblatt eingetragenen Angaben -, wäre für die Erlaubtheit seiner Beschäftigung durch die OEG die Erlassung eines Feststellungsbescheides vor Arbeitsaufnahme erforderlich gewesen. Da dies nicht der Fall gewesen sei, sei die Bestrafung des Bw völlig zu Recht erfolgt.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien holte im Zuge des Berufungsverfahrens Auskünfte verschiedenster Stellen ein (Meldeanfragen, Anfragen bei der Wiener Gebietskrankenkasse nach den zur Tatzeit von der OEG und der M-BAU GmbH zur Sozialversicherung gemeldeten Personen, Einholung des fremdenpolizeilichen Aktes des Herrn M, etc) und führte am 31.5.2000 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an der der Bw, der in Begleitung von seinem Rechtsvertreter erschienen war, und Herr Mag N als Vertreter des Arbeitsinspektorates für Bauarbeiten teilnahmen und in der Frau Claudia F als Zeugin einvernommen wurde. Der Bw machte bei seiner Einvernahme als Beschuldigter die folgenden Angaben:

Ich war bei der M-Bau Prokurist und hatte diese Firma den Sitz in der C-gasse. Diese Firma hatte auch angemeldete Arbeitskräfte. Meine Ehegattin Frau Mirjana H-T war die faktische Geschäftsführerin der M-Bau und Herr Miroslav T ist mein Schwager und bin ich der Onkel von Herrn Dragan R. Am 14.12.1998 ist das Büro in der C-gasse ausgeräumt gewesen. Im Februar/März 1998 ist meine Frau gekommen und war dies ihre Idee, eine Wasser- Heizung- und Installationsfirma zu gründen. Sie sagte, sie habe einen guten Mann und war dies Herr Ivica M. Sie ist immer auf die Baustellen gefahren. Sie hat mir erzählt, ich weiß aber nicht, ob dies alles stimmt, dass sie gelernte Schneiderin ist. Sie hat sich dann erweitert als Kellnerin und war sie dann auch selbständig tätig in Kroatien. Als die Krise dort begonnen hat, ist sie

nach Österreich gekommen und habe ich sie geheiratet. Ich habe sie im Jahre 1995 geheiratet und haben wir auch einen gemeinsamen Haushalt gegründet. Die M-Bau hat sich mit Bauverfugungen befasst. Wir hatten dann gemeinsam mit Herrn Ivica M ein Gespräch. M war von Beruf Mechaniker und erzählte er mir, dass er in Bosnien schon mit Installationen zu tun hatte. Wir sind dann zum Notar und ist die Firma I-OEG gegründet worden. In der S-Straße gab es von der M-Bau ein Lager und diverse Firmenquartiere. Wir vereinbarten, dass wir einen Teil dort als Büro für die Firma I-OEG (OEG) herrichten werden. In der Zwischenzeit wurde die Büroarbeit auch in der C-gasse von der Frau F von der M-Bau erledigt. Die Firma ist erst nach dem gegenständlichen Vorfall in die S-Straße übersiedelt. Herr P war ein Arbeiter und hat auch diesen glaublich Herr M gebracht. Herr S war gewerberechlicher Geschäftsführer und hat dieser auch bei der OEG gearbeitet.

Über Vorhalt, dass laut Auskunft der GKK vor September 1998 kein gemeldetes Personal aufgeschiene ist, gebe ich an, dass kann schon stimmen. Ich habe die Bürokaufmannlehre gemacht und habe von der gegenständlichen Materie keine Ahnung. Auch die Firma M-Bau ist auf Idee meiner Gattin gegründet worden. Vor diesen Firmengründungen war ich lediglich als Angestellter tätig. Vor der Firma M-Bau war ich noch nirgends Geschäftsführer. Meine Ehegattin hatte zuvor schon eine Firma T-GesmbH, die ein Lokal betrieben hat. Sie hat dann mit einem Serben namens Alexander Ni Verfugungsarbeiten durchzuführen begonnen. Alle Initiativen zu diesen Firmengründungen sind von meiner Frau gekommen. Ich habe zuvor schon in zwei Strafverfahren bezüglich der M-Bau die Strafen auf mich genommen. Denn sonst hätten meine Geschäftsführer keine Aufenthaltsberechtigung bekommen, dies hat mir meine Ehegattin gesagt. Die zwei in meinem Schreiben vom 3.6.1998 erwähnten Ausländer Tu und B haben auf der gegenständlichen Baustelle schon gearbeitet. Die M-Bau hatte einen Auftrag übernommen. Es stimmt, dass von der M-Bau der Herr T beauftragt wurde die Arbeiten am 2.6. durchzuführen. Ich glaube, dass ich gleich am Tage nach der Kontrolle eine Stellungnahme

mit Unterlagen an das AI geschickt habe. Es hat dann einen Auftrag an die OEG gegeben. Meine Gattin sagte, die Baustelle müsse fertig werden und weil irgendetwas war (ich habe das schon in meinem Schreiben vom 3.6.1998 angemerkt), haben wir gesprochen und war Herr M dabei. Die Vereinbarung haben Herr M und ich unterschrieben und hat dieses Schreiben glaublich Frau F geschrieben. Ich habe in dem Sinne die M-Bau vertreten und zwar im Auftrag von meiner Gattin. Meine Ehegattin hat die Termine auf der Baustelle abgesprochen.

Der BwV erklärt, dass er schon seit Jahren den Bw in diversen Rechtssachen vertrete.

Der § 2 Abs 4 AuslBG ist mir nicht bekannt und ist auch kein Feststellungsantrag gestellt worden.

Über Frage, welche ?selbständige Werkleistende? wie dies in der Stellungnahme vom 27.10.1998 angeführt ist, plötzlich ausgefallen sind, gebe ich an, dass die Selbständigen Herr M und der Sohn von meiner Gattin, Herrn Miroslav T gewesen sind. Ich möchte festhalten, dass dieser also nicht mein Schwager ist. Soweit ich mich noch erinnern kann, ist meine Gattin hingefahren und hat gesagt, die zwei sollen aufhören. Diese beiden haben dort gemeinsam gearbeitet. Sie hat dann gesagt, sie werde die Arbeit anders einteilen. Wer dies dann fertig gemacht hat, weiß ich nicht. Die Geschäftsbeziehungen der M-Bau und der OEG sind alle legal abgerechnet worden und hat es keine nicht deklarierten Geschäfte gegeben. Zwischen M-Bau und OEG hat es keine schwarzen Geschäfte gegeben. Herr T hat im Auftrag der M-Bau gearbeitet. Die OEG hat die Stunden, die Herr M auf der Baustelle gearbeitet hat (wie viele das gewesen sind, weiß ich heute nicht mehr) der Firma M-Bau in Rechnung gestellt. Auf die Frage, ob die OEG auch für ihre Arbeiten haftet hat, erklärt der Bw, freilich müsse sie haften, und wirft der BwV hiezu ein, es sei die gesetzliche gemeint. Den Auftrag auf der gegenständlichen Baustelle hat die M-Bau bekommen und die OEG hätte sollen mitarbeiten als Subunternehmer mit der Firma M-Bau. Auf die Frage, mit welchen Arbeitskräften die OEG die Arbeiten hätte ausführen sollen, gebe ich an, es waren damals Werksverträge da und haben die Leute nebenbei dazu gearbeitet. Über Vorhalt, dass laut Auskunft der GKK zu dieser Zeit bei der OEG kein Personal angemeldet war, erklärt der Bw, es waren sehr wohl Leute da. Wenn wir eine Arbeit gehabt haben, haben wir geschaut, dass die die Arbeit durchführen.?

Der BwV warf hiezu ein, er spreche sich gegen die wiederholte Fragestellung aus, mit welchen Arbeitskräften die Arbeit von der OEG durchgeführt worden sei, weil sie beantwortet worden sei, drei mal, nämlich durch Werkvertragsberechtigte. Daher sei der Vorhalt, diese Werkvertragsnehmer schienen nicht auf der Auskunft der Gebietskrankenkasse auf, unrichtig. Selbständige Werkvertragsnehmer seien nicht von der Gebietskrankenkasse erfasst. Diese dreifache Befragung einer bereits beantworteten Frage bringe den Bw, soweit er diesen kenne, aufgrund seiner angegriffenen psychischen Situation in eine Konzentrationsschwäche. Es habe keinen Sinn, dass man einen Beschuldigten in eine Konzentrationsschwäche bringe.

Der Bw gab dann bei seiner weiteren Befragung Folgendes an:

?Über Vorhalt, um welche Werkvertragsnehmer es sich dabei gehandelt habe, gebe ich an, bei Räumung des Büros am 14.12.1998 sind alle Unterlagen von meiner Gattin und ihrer Familie entfernt worden. Die Werkverträge für die OEG hat grundsätzlich Herr M abgeschlossen. Inhalt dieser Verträge war die Arbeit und die Frist, bis zu der sie fertig sein muss. Das Material ist meistens

von der OEG, die das zugekauft hat, beigestellt worden. Außer auf dieser Baustelle, wo es von der Firma M-Bau zur Verfügung gestellt worden ist. Herr M hat dann im 15. Bezirk in der S-Straße gewohnt. Herr M hat für seine Arbeit auf der Baustelle überhaupt nichts bekommen. Wir haben grundsätzlich festgelegt, was wir beide uns aus der OEG rausnehmen. Am Anfang durfte nur er sich etwas rausnehmen, weil ich den Gehalt von der M-Bau hatte. Am Anfang war glaublich ausgemacht ATS 14.000,- netto im Monat. Der Lohnzettel war beim Steuerberater (als Geschäftsführer). Er war versichert bei der gewerblichen Wirtschaft und hat dies die OEG bezahlt und hat er sein Geld in bar bekommen. Frau F hat dies nur in die Buchhaltung eingeschrieben.

Frau F war bei der M-Bau angemeldet und war vereinbart, dass sie zunächst auch Büroarbeiten für die OEG macht und wurden die Stunden zwischen M-Bau und OEG abgerechnet. Den Gehalt hat sie von der M-Bau bekommen.

Über Befragen des Vertreters des AI:

Meine Frau meinte, sie hätte einen guten Mann und hat sie Kontakte zur Bauleitung gehabt. Die Aufgabe des Herrn M war, dass nur er eine Ahnung von den Installationssachen hat und hatten weder meine Gattin und ich eine Ahnung. Auch hat er kalkuliert. Meine Gattin hat es sich so vorgestellt, dass sie für die

OEG Aufträge bringt. Wenn zB bei Ausschreibungen Installationsarbeiten dabei seien, dann hätte die M-Bau das

genommen und weitergegeben.

Herr M ist ein Profi, wie er die Kalkulation macht. Auf den Baustellen hat er grundsätzlich keine Arbeiten durchgeführt, am Kontrolltag hat er aber - wie oben erwähnt - auf der Baustelle gearbeitet. Die Kalkulationsarbeiten hat er meistens zu Hause, zum Teil aber auch im Büro in der C-gasse gemacht. Frau F hat zum Teil seine Kalkulationen auch ins Reine geschrieben. Meine Frau sagte, mit Arbeitern sei kein Problem, weil es gäbe genug Landsleute, die bereit seien, die Arbeiten auf Werkvertragsbasis durchzuführen. Es sind sicher solche Werkverträge abgeschlossen worden vor der Kontrolle und zwar von Herrn M. Es hat auch Zahlungsflüsse gegeben, die verbucht wurden. Von ihrer Seite waren es meistens Serben und von seiner Seite Kroaten; ich kann die Sprache nicht.

Über Befragen des Beisitzers:

Von den oben erwähnten Landsleuten war keiner dabei, bzw weiß

ich keinen, der selbständiger Unternehmer war.

Über Befragen des BwV:

Ich bin deshalb als selbständig Vertretungsbefugter in die OEG eingetreten, weil der Notar K gemeint hat, wenn der M nicht immer da ist oder Behördenwege zu machen sind (wegen der Sprache), ich alleine auftreten kann. Ich habe mit den Leuten keinen Kontakt gehabt und keine Aufträge an Land gezogen sondern machten das meine Gattin und ihre Verwandten und hatte ich nur mit diesen Kontakt. Ich glaubte auch, dass, was sie für mich übersetzt hat. Die I-OEG ist derzeit stillgelegt und entfaltet keine Tätigkeiten mehr (ca seit November 1999)?

Frau Claudia F gab bei ihrer Einvernahme als Zeugin Folgendes

an:

?Ich bin derzeit beim Roten Kreuz beschäftigt und nicht mehr bei der M-Bau. Ich war im Mai/Juni 1998 bei der M-Bau beschäftigt, doch war ich zu dieser Zeit glaublich einige Zeit als arbeitslos gemeldet. Mein Arbeitsplatz war in der C-gasse. Ich war dort als ?Mädchen für alles? tätig. Ich kenne auch die Ehegattin des Bw und die ganze Familie. Zu dieser Zeit war bei der M-Bau die Ehegattin des Bw die Chefin. Der Bw ist bei mir im Büro gesessen und ist er auf die Bank gegangen, um Erlagscheine abzugeben. Die OEG sagt mir etwas. Im Büro waren nur der Bw und ich und ist auch seine Gattin täglich für 2-3 Stunden gekommen. Die Ehegattin des Bw hat Herr M bei dessen früherer Firma kennengelernt (den Namen weiß ich nicht mehr, es war aber eine jugoslawische Firma) und ist diese zum Bw in meinem Beisein gekommen und sagte sie, sie habe jemanden, dass wir eine zweite Firma gründen, damit wir ein zweites Standbein haben. Dies war Mitte 1998. Ich habe dann eine Zeitlang nichts mehr mitbekommen. Es ist dann so gewesen, dass Herr M mit der Ehegattin des Bw um Aufträge gefahren ist. Sie sagte, dies sei kein Problem, denn durch die M-Bau bekomme sie die anderen Aufträge auch. Die Ehegattin hat Herrn M, der öfters auch bei uns gesessen ist, abgeholt. Ich habe für die OEG genauso auch Rechnungen geschrieben. Im Prinzip ist im Büro alles (sowohl für M-Bau als auch OEG) von mir geschrieben worden. Die M-Bau hatte gemeldetes Personal. In der Früh habe ich diese auch gesehen, weil sie alles in das Auto eingeladen haben. Mit dem Personal hatte ich insofern zu tun, als ich die Lohnabrechnung gemacht habe. Ich weiß eigentlich nicht, ob die OEG gemeldetes Personal hatte oder wie viele dort gewesen sind. Es hat bei der OEG eher ?tröpfelweise? angefangen. Die gegenständliche Baustelle sagt mir etwas. Die M-Bau hätte auf diese Baustelle ein paar Sanierer hinschicken sollen, hatte aber zu wenig Personal und hat der Firma OEG den Auftrag erteilt, dass Herr M und Herr T von der M-Bau dort die Sanierungen machen sollen. Ich habe das geschrieben, weil dies auch schriftlich festgehalten worden ist. Ich bin mir sicher, dass, da keine Firma umsonst arbeitet, ich irgendwann eine Rechnung geschrieben habe, Details darüber weiß ich aber nicht. Der Auftrag vom 29.5.1998 habe ich auf alle Fälle geschrieben. Diesen Auftrag habe ich vor der gegenständlichen Kontrolle geschrieben, und ist die Kontrolle im Büro auch bekannt geworden. Ich weiß nicht mehr genau, ob ich noch am Tage der Kontrolle oder am nächsten Tag von der Ehegattin von dieser Kontrolle erfahren habe. Ich weiß nur, dass die beiden dort gearbeitet haben. Herr T war Gesellschafter in der M-Bau. Herr M ist in der Früh gekommen und habe ich dann Kostenvoranschläge mit der Schreibmaschine geschrieben. Die Arbeiten auf der Baustelle hat dann Herr M gemacht. Ich habe keinen Werkvertrag gesehen, die die OEG vergeben hätte und weiß ich darüber nichts. Ich bin am 31.3.1999 von der M-Bau gekündigt worden und wurde das gesamte Büro und das Lager in der C-gasse am 14.12.1998 vollständig ausgeräumt. In der S-Straße war ich eigentlich nie. Mit der Abrechnung an Herrn M habe ich nichts zu tun gehabt, und ist dies alles über die

Buchhaltung der Steuerberatung gelaufen. Die Bürosachen waren alle in der A-gasse (die Privatwohnung der Ehegattin des Bw). Ich wollte nach meinem Krankenstand im Jänner/Februar 1999 meine Arbeit dort wieder aufnehmen, doch ist mir dies von der Ehegattin nicht gestattet worden und bin ich gekündigt worden.

Über Befragen des BWV:

Hat nur immer Herr M gearbeitet oder haben auch andere Leute die Aufträge der OEG erfüllt? Das weiß ich nicht, es war Herr M aber immer dabei. Da die M-Bau keine Leute gehabt hat, ist Herr T und Herr M auf die gegenständliche Baustelle arbeiten gegangen. Ob der Bw davon etwas gewußt hat, weiß ich nicht. Es ist klar, dass der Bw den Auftrag unterschrieben hat, weil er alles unterschrieben hat. Wenn es unterschrieben worden ist, dann ist es gleich unterschrieben worden, wenn ich es auf Maschine geschrieben habe. Die Ehegattin des Bw wollte selbst nichts unterschreiben. Hätte der Bw die Möglichkeit gehabt, sich dageganzustellen und zu sagen, Herr M geht dort nicht hin? Keine Ahnung, ich weiß es wirklich nicht.

Auf die Frage, dass Herr M angegeben habe, ATS 250,- pro Stunde zu bekommen und ob ich darüber etwas wisse, gebe ich an, wenn er es gesagt hat, dann wird es schon stimmen.

Sollte dieses Geld Herr M oder die Firma OEG bekommen? Die Firma OEG; diese war Subunternehmer der M-Bau und gehört deshalb das Geld der OEG. Ich kann mir nicht erklären, warum dieser gesagt haben sollte, ATS 250,- für Maurerarbeiten zu bekommen, es kann aber sein, dass er die Panik bekommen hat. Hat Herr M Aufträge entgegengenommen und hat er selbständig agiert? Herr M ist schon mit Aufträgen gekommen und habe ich Kostenvoranschläge zu schreiben gehabt für ihn. Wir waren froh, wenn wir Aufträge bekommen haben und ist für die M-Bau nichts gekommen, so wie es die Ehegattin des Bw versprochen hat. Wer hat die Geschäfte der OEG geführt und wer hat diese wirklich geleitet? Herr M Ivica.

BwV: Sicher? Ja.?

Nach Schluss der Beweisaufnahme wurde den anwesenden Parteien die Möglichkeit zu einem Schlusswort gegeben. Auf die mündliche Verkündung des Berufungsbescheides wurde von den anwesenden Parteien verzichtet.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Gemäß § 3 Abs 1 AuslBG in der im vorliegenden Fall anzuwendenden Fassung gemäß BGBl I Nr 78/1997 darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung oder eine EU-Entsendebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt.

Nach § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG 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 dem § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§§ 4 und 4c) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c) ausgestellt wurde, ... bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von ATS 10.000,- bis zu ATS 60.000,-, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von ATS 20.000,- bis zu ATS 120.000,-, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von ATS 20.000,- bis zu ATS 120.000,-, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von ATS 40.000,- bis zu ATS 240.000,-. Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass laut Auskunft des Magistratischen Bezirksamtes für den 10. Bezirk (Schreiben vom 31.3.2000) gegen die handelsrechtlichen Geschäftsführer der M-BAU GmbH wegen des gegenständlichen Vorfalles kein Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet worden ist. Schon der Inhalt des im erstinstanzlichen Verwaltungsstrafakt einliegenden Schreibens der M-BAU GmbH vom 3.6.1998 (dieses ist von Herrn Helmut H unterfertigt worden) lässt aber die Annahme zu, dass Herr Ivica M zur fraglichen Zeit auf der gegenständlichen Baustelle nicht im Zuge eines (echten) Werkvertrages (zwischen der OEG und der M-BAU GmbH), sondern als eine - der M-BAU GmbH - überlassene Arbeitskraft tätig gewesen ist.

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde der Bw schuldig erkannt, er habe als persönlich haftender Gesellschafter der OEG zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin am 2.6.1998 den kroatischen Staatsbürger Ivica M ohne arbeitsmarktbehördliche Bewilligung beschäftigt habe. Der Bw hat in seiner Berufung (mit

näherer Begründung) eine Mangelhaftigkeit des Ermittlungsverfahrens, unrichtige Tatsachenfeststellungen, unrichtige Beweiswürdigung und unrichtige rechtliche Beurteilung geltend gemacht.

Der Berufung kommt schon aus folgenden Überlegungen im Ergebnis Berechtigung zu:

Der Bw hat im Zuge des erstinstanzlichen Verwaltungsstrafverfahrens mit Schreiben vom 27.10.1998 eine Stellungnahme zu dem gegen ihn erhobenen Vorwurf der Übertretung des AuslBG abgegeben. Darin hat er unter anderem angegeben, wie aus einem angeschlossenen Schreiben an den Magistrat der Stadt Wien vom 9.7.1998 hervorgehe, sei Herr Ivica M lediglich im Hinblick auf die Aufteilung der Geschäftsführungsbefugnisse als verantwortlicher Beauftragter im Sinne des § 9 Abs 2 VStG der Behörde genannt worden, was aber keinen Abbruch im Hinblick auf den klaren Inhalt des § 2 AuslBG tue, sodass insgesamt betrachtet kein Zweifel daran bestehen könne, dass das AuslBG auf die selbständige, wirtschaftlich unabhängige, keinem Weisungsverhältnis unterliegende Tätigkeit des Ivica M nicht anzuwenden sei. In dem (angeschlossenen) Schreiben der OEG (dieses ist vom Bw unterfertigt worden) vom 9.7.1998 wurde dem Magistratischen Bezirksamt für den 15. Bezirk der Wohnsitz des Herrn M in Österreich bekannt gegeben und auf den Gesellschaftsbeschluss vom 29.5.1998 verwiesen, woraus ersichtlich sei, dass Herr Ivica M als verantwortlicher Beauftragter im Sinne des § 9 Abs 2 VStG bestellt worden und dafür allein verantwortlich sei. Der ebenfalls angeschlossenen Gesellschaftsbeschluss (Vereinbarung) hat folgenden Wortlaut:

GESELLSCHAFTSBESCHLUSS

VEREINBARUNG

abgeschlossen zwischen

1.)

IVICA M geb. 08.02.1969, Geschäftsführer

2.)

HELMUT H geb. 28.05.1941, Geschäftsführer

wie folgt:

Hr M Ivica, Hr Helmut H sind Geschäftsführer der Firma I-OEG unter der FN 170 in Firmenbuch des Handelsgericht Wien eingetragen.

Im Sinne des § 9 Absatz 2 Verwaltungsstrafgesetz wird einhellig beschlossen, das Hr Ivica M verantwortlicher Beauftragter bestellt wurde, und mit der Einhaltung der Verwaltungsvorschriften beauftragt ist und künftig dafür alleine verantwortlich ist, für Gewerbe Standort Wien, S-straße.

Wien, am 29.05.1998

IVICA M

HELMUT H?

Zum Tatzeitpunkt 2.6.1998 standen folgende, im gegenständlichen

Fall wesentliche Vorschriften in Geltung:

§ 9 VStG idF vor der Novelle BGBl I Nr 158/1998 lautet:

"(1) Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder Personengemeinschaften ohne Rechtspersönlichkeit ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

(2) Die zur Vertretung nach außen Berufenen sind berechtigt und, soweit es sich zur Sicherstellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit als erforderlich erweist, auf Verlangen der Behörde verpflichtet, aus ihrem Kreis eine oder mehrere Personen als verantwortliche Beauftragte zu bestellen, denen für das ganze Unternehmen oder für bestimmte

räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens die Verantwortung für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften obliegt. Für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens können aber auch andere Personen zu verantwortlichen Beauftragten bestellt werden.

...

(4) Verantwortlicher Beauftragter kann nur eine Person mit Wohnsitz im Inland sein, die strafrechtlich verfolgt werden kann, ihrer Bestellung nachweislich zugestimmt hat und der für den ihrer Verantwortung unterliegenden klar abzugrenzenden Bereich eine entsprechende Anordnungsbefugnis zugewiesen ist.

..."

§ 28a Abs 3 und 4 AuslBG idF BGBl 1995/895 lauten:

"(3) Die Bestellung von verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 Abs 2 und 3 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG, BGBl Nr 52, in der jeweils geltenden Fassung, für die Einhaltung dieses Bundesgesetzes wird erst rechtswirksam, nachdem beim zuständigen Arbeitsinspektorat eine schriftliche Mitteilung über die Bestellung samt einem Nachweis der Zustimmung des Bestellten eingelangt ist. Dies gilt nicht für die Bestellung von verantwortlichen

Beauftragten auf Verlangen der Behörde gemäß § 9 Abs 2 VStG.

(4) Der Arbeitgeber hat den Widerruf der Bestellung und das Ausscheiden von verantwortlichen Beauftragten nach Abs 3 dem zuständigen Arbeitsinspektorat unverzüglich schriftlich mitzuteilen."

§ 23 Abs 1 und 3 Arbeitsinspektionsgesetz 1993 - ArbIG, BGBl 1993/27, lauten:

"(1) Die Bestellung von verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 Abs 2 und 3 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG, BGBl Nr 52, in der jeweils geltenden Fassung für die Einhaltung von Arbeitnehmerschutzvorschriften und für die Einhaltung dieses Bundesgesetzes wird erst rechtswirksam, nachdem beim zuständigen Arbeitsinspektorat eine schriftliche Mitteilung über die Bestellung samt einem Nachweis der Zustimmung des/der Bestellten eingelangt ist. Dies gilt nicht für die Bestellung von verantwortlichen Beauftragten auf Verlangen der Behörde gemäß § 9 Abs 2 VStG.

(3) Der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin hat den Widerruf der Bestellung und das Ausscheiden von verantwortlichen Beauftragten nach Abs 1 dem zuständigen Arbeitsinspektorat unverzüglich schriftlich mitzuteilen."

Im vorliegenden Fall steht fest, dass der auf der Baustelle in Wien, O-weg/H-Straße beschäftigte Ivica M über keine arbeitsmarktbehördliche Bewilligung verfügte. Der Bw hat in seiner Eingabe vom 27.10.1998 auf die Bestellung des Herrn Ivica M zum verantwortlichen Beauftragten iSd § 9 Abs 2 VStG hingewiesen. Der Bw hat gegen seine Verantwortlichkeit im Übrigen auch noch vorgebracht, Herr Ivica M habe maßgeblichen Einfluss auf die Beschlüsse der OEG ausgeübt und könne daher von einem Arbeitsverhältnis oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnis bei diesem nicht gesprochen werden. Es erübrigen sich indes Erwägungen zu der zuletzt genannten Frage, weil der Bw bereits mit seinem Hinweis auf die Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten im Ergebnis Recht behält.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl zB das Erkenntnis vom 24.2.1995, ZI94/09/0171) wirkt die Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten erst ab dem Zeitpunkt, zu dem der Behörde die Zustimmung der zum verantwortlichen Beauftragten bestellten Person nachgewiesen wird, und es tritt erst mit dem Einlangen des Zustimmungsnachweises bei der Behörde der ihr gegenüber namhaft gemachte verantwortliche Beauftragte in rechtswirksamer Weise als Adressat der Verwaltungsstrafnorm an die Stelle des zur Vertretung nach außen Berufenen. Es muss bei der Behörde spätestens während des Verwaltungsstrafverfahrens ein - aus der Zeit vor der Begehung der Verwaltungsübertretung stammender - Zustimmungsnachweis eines derartigen verantwortlichen Beauftragten eingelangt sein. Von einem aus der Zeit vor der Begehung der Verwaltungsübertretung stammenden Zustimmungsnachweis kann aber nur dann gesprochen werden, wenn ein die Zustimmung zur Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten betreffendes Beweisergebnis schon vor der Begehung der Tat vorhanden war (etwa in Form einer entsprechenden Urkunde, aber auch einer Zeugenaussage etc). Im vorliegenden Fall liegt eine mit 29.5.1998 datierte Urkunde (Gesellschaftsbeschluss, Vereinbarung) vor, wonach Herr Ivica M und der Bw einhellig geschlossen haben, dass Herr Ivica M zum verantwortlichen Beauftragten (iSd § 9 Abs 2 VStG) bestellt werde und für das Gewerbe im Standort Wien, S-Straße mit der Einhaltung der Verwaltungsvorschriften beauftragt sei. Dieses

Schriftstück ist vom Bw und Herrn Ivica M unterfertigt worden. Wie eine Anfrage beim Zentralmeldeamt ergeben hat, ist Herr Ivica M am 15.9.1999 nach Kroatien abgemeldet worden. Eine Ladung des Herrn M, um diesen näher zu dieser abgeschlossenen

Vereinbarung befragen zu können, war daher nicht möglich. Im Übrigen liegen im Verwaltungsstrafakt keine Beweisergebnisse vor, die darauf hindeuten könnten, dass diese Urkunde erst nach der Tat hergestellt oder entscheidend ergänzt worden ist. Es war daher davon auszugehen, dass diese Bestellungsurkunde (der einhellige Beschluss der beiden persönlich haftenden Gesellschafter bedeutet nämlich, dass Herr M dieser Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten auch zugestimmt hat) noch vor dem Tatzeitpunkt abgefasst und auch von den beiden persönlich haftenden Gesellschaftern unterfertigt worden ist. Der Zustimmungsnachweis ist daher rechtzeitig erbracht worden. Aber auch inhaltlich reicht diese Vereinbarung dafür aus, den Bw von seiner Verantwortung für die Einhaltung des AuslBG auf der gegenständlichen Baustelle zu entlasten. Herr Ivica M wird in dieser Urkunde zum verantwortlichen Beauftragten für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften für das Gewerbe im Standort Wien, S-Straße bestellt, und liegt dem ein einhelliger Beschluss des Herrn Ivica M und des Bw zugrunde. Es besteht daher kein Zweifel, dass Herr Ivica M dieser Bestellung auch zugestimmt hat. Nach dem Wortlaut der Urkunde ist somit eindeutig, dass Herr M gemäß § 9 Abs 2 erster Satz VStG zum verantwortlichen Beauftragten für den gesamten Unternehmensbereich bestellt wurde. Bei einer derartigen Bestellung ist es nicht erforderlich, jede einzelne Anordnungsbefugnis anzuführen (vgl dazu das Erkenntnis des VwGH vom 21.3.1995, ZI 94/09/0184).

Das Arbeitsinspektorat für Bauarbeiten hat in seiner Stellungnahme zur Berufung vom 2.4.1999 darauf hingewiesen, dass eine Bestellungsurkunde zum verantwortlichen Beauftragten beim dortigen Arbeitsinspektorat bislang nicht eingelangt sei. Auch aus diesem Grund sei die strafrechtliche Verantwortung beim Bw als persönlich haftenden Gesellschafter der OEG verblieben. Diese Auffassung kann nicht geteilt werden. Es ist davon auszugehen, dass die Vorschriften des § 28a Abs 3 AuslBG und § 23 Abs 1 ArbIG 1993 zu § 9 VStG nicht nur die späteren, sondern auch die spezielleren Normen sind. Denn in ihnen ist eine ?Meldepflicht? als über die Tatbestandselemente des § 9 VStG hinausgehende Voraussetzung für die Wirksamkeit der Bestellung verantwortlicher Beauftragter normiert (vgl dazu das Erkenntnis des VwGH vom 28.9.2000, ZI 2000/09/0084).

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 9.2.1999, ZI 97/11/0044, 0095, Folgendes ausgeführt:

?Ein verantwortlicher Beauftragter iSd § 9 Abs 2 letzter Satz VStG und ein verantwortlicher Beauftragter iSd § 9 Abs 2 erster Satz VStG (im Folgenden als ?verantwortliches Vertretungsorgan? bezeichnet) unterscheiden sich wesentlich von einander: Ersterer zählt nicht zum Kreis der Vertretungsorgane iSd § 9 Abs 1 VStG, ihn trifft daher keine strafrechtliche Verantwortlichkeit kraft Gesetzes. Seine strafrechtliche Verantwortlichkeit entsteht erst mit seiner rechtswirksamen Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten durch ein Vertretungsorgan, sie kann immer nur Teilbereiche des Unternehmens umfassen und sie setzt im Anwendungsbereich des § 23 ArbIG überdies die vorgängige Mitteilung der Bestellung an das zuständige Arbeitsinspektorat voraus. Ein verantwortliches Vertretungsorgan ist hingegen als Vertretungsorgan ex lege, umfassend und kumulativ neben anderen Vertretungsorganen (also ?überlappend?) strafrechtlich verantwortlich. Seine Bestellung nach § 9 Abs 2 erster Satz VStG lässt seine strafrechtliche Verantwortlichkeit als Vertretungsorgan iSd § 9 Abs 1 VStG unberührt, sie bewirkt nur (nach Maßgabe ihres Umfanges) den Entfall der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der übrigen Vertretungsorgane bzw deren Einschränkung auf den Fall vorsätzlicher Nichtverhinderung (§ 9 Abs 6 VStG), ihre Wirksamkeit hängt nicht von der Mitteilung an das zuständige Arbeitsinspektorat ab.?

Wie der Verwaltungsgerichtshof in dem zitierten Erkenntnis vom 9.2.1999 ausgeführt hat, erfasst § 23 ArbIG 1993 nach seinem Sinn und Zweck von vornherein nicht Vertretungsorgane im Sinne des § 9 Abs 1 VStG. Die Bestimmung des § 28a Abs 3 ist im Wesentlichen der Bestimmung des § 23 Abs 1 ArbIG 1993 nachgebildet, sodass die vom Verwaltungsgerichtshof in dem zitierten Erkenntnis vom 9.2.1999 gemachten Ausführungen auch auf den vorliegenden Fall übertragen werden können. Dies bedeutet, dass die Wirksamkeit der Bestellung des Herrn M zum verantwortlichen Beauftragten im Sinne des § 9 Abs 2 erster Satz VStG nicht von dessen Mitteilung an das zuständige Arbeitsinspektorat (hier dem Arbeitsinspektorat für Bauarbeiten) abhängig gewesen ist.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die schon im Zuge des erstinstanzlichen Verfahrens vorgelegte Urkunde (Gesellschaftsbeschluss, Vereinbarung) vom 29.5.1998 sämtliche Voraussetzungen für die rechtswirksame Bestellung des Herrn Ivica M zum verantwortlichen Beauftragten iSd § 9 Abs 2 erster Satz VStG erfüllt hat. Für die dem

Bw zur Last gelegte Verwaltungsübertretung wäre daher nicht dieser, sondern der rechtswirksam bestellte verantwortliche Beauftragte verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich.

Die Bestimmung des § 9 Abs 6 VStG sieht vor, dass die zur Vertretung nach außen berufenen Personen im Sinne des Abs 1 sowie Personen im Sinne des Abs 3 trotz Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten - unbeschadet der Fälle des § 7 - strafrechtlich verantwortlich bleiben, wenn sie die Tat vorsätzlich nicht verhindert haben. Die Anwendung dieser Bestimmung setzt somit die rechtswirksame Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten sowie die vorsätzliche Nichtverhinderung der vom verantwortlichen Beauftragten begangenen Tat voraus (vgl das Erkenntnis des VwGH vom 2.7.1990, ZI 90/19/0084). Diese für die strafrechtliche Haftung nach der genannten Bestimmung erforderlichen Tatbestandselemente müssen daher auch bei der Umschreibung der als erwiesen angenommenen Tat im Sinne des § 44a Z 1 VStG im Spruch des Straferkenntnisses zum Ausdruck kommen, was im vorliegenden Fall jedoch nicht zutrifft und innerhalb der einjährigen Verfolgungsverjährungsfrist auch gar nicht angelastet wurde. Wenngleich aufgrund der Aktenlage nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Bw an der Gründung der OEG nur zu dem Zweck mitgewirkt hat, um Herrn Ivica M eine bewilligungslose Beschäftigung (zB für die M-BAU GmbH) zu ermöglichen, hätte eine solche Tatanlastung (nach zuvor durchgeführten Ermittlungen, insbesondere einer eingehenden Befragung des Herrn Ivica M) noch innerhalb der einjährigen Verfolgungsverjährungsfrist erfolgen müssen. Eine in diese Richtung gehende Abänderung des Spruches des angefochtenen Straferkenntnisses war dem Unabhängigen Verwaltungssenat Wien jedoch verwehrt.

Es war daher aus den angeführten Gründen der Berufung Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren spruchgemäß einzustellen. Ein Eingehen auf das weitere Vorbringen in der Berufung erübrigte sich.

Quelle: Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/uvs/index.html>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at